

CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ

Catedrático de Derecho penal
Universidad de A Coruña

**Las reformas penales de la L.O. 15/2003 en el ámbito
patrimonial y socioeconómico***

* Este trabajo se publicará también en el Libro Homenaje al Prof. Dr. Ruperto Núñez Barbero

Sumario

I. LA MODIFICACIÓN DE LOS LÍMITES CUANTITATIVOS.
II. LOS DELITOS DE HURTO. **III. EL DELITO DE ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS DE MOTOR.** **IV. EL DELITO DE DISTRACCIÓN DE LAS AGUAS.** **V. EL DELITO DE ESTAFA.** **VI. LOS DELITOS DE INSOLVENCIAS PUNIBLES.** **VII. LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL.** 7.1. El tipo específico del apdo. 2 del art. 270. 7.2. El tipo específico del apdo. 3 del art. 270. 7.3. Tipos cualificados (art. 271). 7.4. Consecuencias accesorias. 7.5. Perseguibilidad. **VIII. LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.** 8.1. Delitos referentes a signos distintivos (art. 274 apdos. 1 y 2). 8.2. El nuevo delito relativo a obtenciones vegetales (art. 274, apdos. 3 y 4). 8.3. El tipo cualificado común del art. 276. 8.4. La supresión de la consecuencia accesoria en el art. 276. **IX. LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES: LA NUEVA FIGURA DELICTIVA DEL ART. 286.** **X. DISPOSICIONES COMUNES A LAS SECCIONES ANTERIORES (SECCIÓN 4ª DEL CAPÍTULO XI DEL TÍTULO XIII).** **XI. ALTERACIÓN DE PRECIOS EN CONCURSOS Y SUBASTAS PÚBLICAS.** **XII. BLANQUEO DE BIENES.** 12.1. El tipo básico del art. 301-1, párrafo 1º. 12.2. El tipo cualificado del art. 301-1, párrafo 2º. 12.3. El tipo cualificado del art. 302. 12.4. El comiso. **XIII. LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL.** **XIV. DAÑOS AL PATRIMONIO CULTURAL.** **XV. EL NUEVO DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE DEL ART. 325-2.** **XVI. LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA Y LA FAUNA.** 16.1. Ataques a la flora amenazada (arts. 332 y 632-1). 16.2. Caza o pesca prohibidas (art. 335)

I. LA MODIFICACIÓN DE LOS LÍMITES CUANTITATIVOS

La LO 15/2003 modifica todos los límites cuantitativos existentes en el ámbito de los delitos patrimoniales y socioeconómicos, límites que en unos casos sirven para diferenciar el delito de la falta y en otros casos para deslindar el delito de la infracción extrapenal, administrativa o civil.

Ciertamente, cabe observar que todos los referidos límites se incrementan en la misma proporción, esto es, en un 33,33 %, lo que supone un reconocimiento de la inflación (eso sí, computada al alza) acumulada desde la entrada en vigor del CP de 1995.

Así las cosas, es indiscutible que –como escriben CARBONELL/GUARDIOLA- el legislador de 2003 ha mantenido un “patrón coherente y unitario” en todas las modificaciones, “ajustando los valores en función de su estimación del incremento del coste de la vida”¹. Ahora bien, que ello sea así no proporciona necesariamente una plena coherencia o racionalidad político-criminal a la decisión del legislador, puesto que los límites

1 CARBONELL/GUARDIOLA, p. 49.

cuantitativos no desempeñan idéntica función político-criminal en todos los delitos: no cumplen la misma función en un delito inequívocamente patrimonial, en el que se trata de una cifra pequeña que delimita el delito de la falta (p. ej. en el hurto), que en un genuino delito contra el orden económico, en el que la cifra es mucho más elevada y sirve para trazar la frontera entre el delito y la infracción administrativa (p. ej. en el delito de defraudación tributaria)². Y ello se corrobora con el dato de que los límites cuantitativos de los delitos contra la Hacienda de la Comunidad Europea no han sido, en cambio, objeto de variación alguna.

En los delitos patrimoniales (infracciones de apoderamiento, usurpación, defraudaciones y daños) las variaciones pasan de las cincuenta mil pesetas a los 400 euros, salvo en los daños cometidos por imprudencia grave, donde la cifra de diez millones de pesetas se eleva a 80.000 euros.

En el marco de los delitos socioeconómicos las modificaciones de límites cuantitativos afectan al delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores o de instrumentos negociados (arts. 285), en el que la cifra de 75 millones de pesetas pasó a ser de 600.000 euros, y en los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social (arts. 305-1, 307-1, 308-1 y 2 y 310), en los que, respectivamente, las cifras pasaron de 15 millones de pesetas a 120.000 euros en los dos primeros casos, de 10 millones de pesetas a 80.000 euros en el tercero y de 30 millones de pesetas a 240.000 euros en el cuarto.

Con todo, hay que advertir de que –según anticipé más arriba– los límites cuantitativos incluidos en las figuras delictivas relativas a la protección de la Hacienda de la Comunidad europea no han experimentado incremento alguno: la reforma realizada por

2 A esto último es a lo que se refiere G. CUSSAC, 2003, p. 37, cuando califica las modificaciones de las cuantías que separan los ilícitos penales de los administrativos como “discriminatorio, inmotivado y a la vez elocuente”. En sentido crítico vid. también DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, p. 8, nota 8; ABEL SOUTO, 2004, pp. 87 s.

la LO 15/2003 en los tipos delictivos de los arts. 305-3, 306, 309, 627 y 628 se circunscribe a sustituir la unidad monetaria virtual de los ecus por euros, pero sin modificar el límite cuantitativo de 50.000 euros en el caso de los delitos y de 4.000 euros en el caso de las faltas. De esta forma, se acentúa todavía más la diferencia entre la protección de la Hacienda de la Comunidad europea y la de la Hacienda española.

Finalmente, en materia de retroactividad hay que indicar que es obvio que la elevación de los límites cuantitativos operada por la LO 15/2003 comporta que los preceptos modificados resulten más favorables para el reo que los tipos redactados conforme al CP de 1995, en virtud de lo cual deberán ser objeto de aplicación retroactiva de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 del CP. Por consiguiente los apoderamientos o defraudaciones (patrimoniales o socioeconómicos) realizados antes de la entrada en vigor de la LO 15/2003 que no sobrepasen las cuantías que sirven ahora para definir los delitos serán atípicas o, en su caso, constitutivas de simple falta, aunque hubiesen rebasado el límite cuantitativo (inferior) existente en el momento de realizar el delito. Y, por supuesto, tal retroactividad debe extenderse a los supuestos en que hubiese ya recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena³.

II. LOS DELITOS DE HURTO

La LO 11/2003 había introducido una nueva figura delictiva en los delitos de los arts. 234 (hurto simple) y 244 (robo y hurto de uso de vehículos) con el fin de castigar la conducta de

3 La retroactividad de la ley más favorable es aplicable también sin duda a los delitos socioeconómicos. Esta cuestión ya se planteó en el delito fiscal, a partir de las reformas efectuadas en 1985 y 1995, que también elevaron el límite cuantitativo (vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, 1995, pp. 201 s.)

realizar cuatro veces en el plazo de un año la acción descrita en el art. 623-1 o en el art. 623-3, respectivamente.

Sin embargo, el texto de la LO 15/2003 definitivamente aprobado en el Congreso de los Diputados⁴, y publicado en el BOE del día 26 de noviembre de 2003, suprimió involuntaria pero inequívocamente los párrafos de los arts. 234 y 244, añadidos por la LO 11/2003, en los que se contenían las nuevas figuras delictivas.

Ello no obstante, al percatarse posteriormente de la involuntaria derogación, el Gobierno publica en el BOE de 16 de marzo de 2004 (p. 11.556), durante el período de vacatio de la LO 15/2003, una “Corrección de errores de la LO 15/2003”, sin firma, a través de la cual se pretende salvar la vigencia de las mencionadas figuras delictivas.

Así las cosas, se plantea la cuestión de saber si a partir del día 1 de octubre de 2004 (fecha de la entrada en vigor de la LO 15/2003) las citadas figuras delictivas continúan vigentes o han sido derogadas.

A mi juicio, tales figuras deben entenderse derogadas, porque así constaba de forma inequívoca en el texto definitivamente aprobado por el Congreso el 12 de noviembre de 2003, que era el mismo que había sido aprobado antes por el Pleno del Senado el 5 de noviembre de 2003 y, previamente, por la Comisión de Justicia del Senado, el 28 de octubre, que fue donde se generó el error.

Y es que, efectivamente, lo que existió fue un error del legislador (primero en el Senado y luego en el Congreso), que no puede ser enmendado mediante una “corrección de errores” del BOE, dado que este Boletín únicamente puede corregir sus propios errores, pero en modo alguno puede subsanar los errores del legislador⁵.

4 Vid. BOCG, Congreso, VII Legislatura, nº 145-146, p. 320, de 12 de noviembre de 2003.

5 Vid. en este sentido, contundentemente, GUARDIOLA, 2004, p. 54. En este trabajo puede encontrarse una cumplida exposición del proceso legislativo

Por lo demás, no puede dejar de señalarse que nunca un error del legislador fue tan oportuno, desde el momento en que deroga un precepto unánimemente criticado por la doctrina española, en la medida en que resucitaba una técnica legislativa arcaica, totalmente abandonada en nuestro Derecho desde el año 1983 por ser fiel exponente de un Derecho penal de autor, según se deducía ya de la propia Exposición de Motivos de la LO 11/2003, en la que se podía leer que las cuatro sustracciones en el plazo de un año eran el síntoma de una “delincuencia profesionalizada”, que hace de este tipo de hechos su medio de vida⁶.

Con todo, hay que reconocer que, pese a la propaganda gubernamental orquestada en el momento de su gestación, la

seguido en las Cortes Generales (pp. 51 ss.). Por lo demás, este autor no sólo afirma categóricamente que las sentencias condenatorias basadas en los mencionados preceptos son susceptibles de ser recurridas por infracción de ley, incluyendo, por supuesto, el recurso de amparo, sino que considera que la publicación dolosa de una corrección de errores que altera un texto legal aprobado por las Cortes Generales constituye un delito de usurpación de atribuciones del art. 506 del CP (p. 56). Por su parte, VIVES/G. CUSSAC (P.E., 2004, p. 417) entienden que la vigencia de los citados delitos es “más que dudosa”, puesto que “la corrección de errores está para eliminar los sufridos al examinar lo aprobado por el Parlamento, no para sustituir la manifestación de voluntad de éste, por mucho que se haya producido así por error”; de ahí que, a la postre, acaben por sostener la “falta de vigencia del precepto” y que, por tanto, “su aplicación supondría una condena sin ley, revisable en sede constitucional”. En sentido parecido, LASCURAIN (2004, p. 39) ha denunciado el preocupante desapego a la labor parlamentaria que supone tal “corrección de errores”, que “obvia el voto de nuestros representantes” y supone efectuar una “enmienda” sin su concurso. En opinión de MUÑOZ CONDE (P.E., 2004, p. 383), se trata de un “procedimiento bastante recusable”. Sobre la cuestión vid. más ampliamente MELENDO PARDOS, 2003, *passim*.

- 6 Vid. por todos VIVES/G. CUSSAC, P.E., 417; MUÑOZ CONDE, P.E., p. 382, quien agrega que la imposición de una pena de prisión (que en el caso de extranjeros no puede ser suspendida condicionalmente, ni sustituida por otra, salvo por su expulsión del territorio nacional) constituye una reacción punitiva desproporcionada y una forma de “criminalización de la pobreza”, rayana en los límites de la Ley de vagos y maleantes y de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social; G. RUS, P.E., p. 441, quien subraya que el fundamento del precepto es la peligrosidad del autor; G. ARÁN, Comentarios, p. 641; ABEL SOUTO, 2004, p. 86, ofreciendo una espléndida síntesis crítica.

trascendencia práctica de esta figura delictiva era muy reducida, porque no podía ser aplicada cuando alguna de las faltas de hurto hubiese sido ya sancionada en un juicio anterior, so pena de vulnerar el principio *ne bis in idem* (como entendió ya la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 2/2003, de 18 de diciembre), y porque, en los pocos casos en que el nuevo delito fuese susceptible de aplicación, la figura del delito continuado (art. 74 CP) ya permitía castigar los supuestos realmente merecedores de un castigo agravado⁷.

III. EL DELITO DE ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS DE MOTOR

Aparte de las modificaciones anteriormente mencionadas, el apartado 1 del art. 244 se ve reformado por la LO 15/2003 en otro aspecto diferente, a saber, la incorporación de una nueva modalidad de conducta en la definición del hecho antijurídico: al lado de la modalidad consistente en “sustraer” (el vehículo), se añade la de “utilizar sin la debida autorización”.

Es muy probable que la voluntad del legislador de 2003 haya sido resolver el conocido problema práctico que en los últimos años había venido preocupando a nuestra jurisprudencia: se trataba del frecuente caso en que un sujeto había sido sorprendido conduciendo un vehículo que previamente había sido sustraído (normalmente, tras haber sido forzada una puerta), pero sin que se

7 Vid. GUARDIOLA, 2004, p. 55, quien califica por ello acertadamente la reforma de la LO 11/2003 en este punto de claro ejemplo de legislación “simbólica”. Obsérvese, en efecto, que, comoquiera que las reformas procesales permiten un enjuiciamiento rápido de las faltas patrimoniales, la acumulación de cuatro faltas en períodos anuales no resulta realmente factible, salvo que se tratase de supuestos de denuncia simultánea de los cuatro hechos constitutivos de falta (vid. G. ALBERO/TAMARIT, 2004, p. 19, n. 7.). Vid. también G. RUS, P.E., p. 442, quien subraya la limitación que comporta el requisito de exigir que el “montante acumulado” de las faltas sea superior a 400 euros.

hubiese podido demostrar que había sido él el autor de la sustracción del coche en el lugar en el que lo había dejado su dueño.

Ante la imposibilidad de acreditar esta última circunstancia, el sector mayoritario de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia había venido entendiendo que no era factible aplicar el delito del art. 244.

Con todo, había que reconocer el mérito del esfuerzo interpretativo desplegado por el TS, que en una sentencia de 9-7-1999 (ponente Jiménez Villarejo), estableció una doctrina en la que, pese a reconocer que en casos como el relatado no se podía apreciar la figura de robo de uso (art. 244-2), admitió, empero, la viabilidad de aplicar la figura de hurto de uso (del art. 244-1), sobre la base de interpretar que la conducta de entrar en un vehículo ya abierto y apoderarse de él para utilizarlo constituye una verdadera “sustracción”, siempre que el vehículo presente signos inequívocos de haber sido objeto de un robo previo y que, por tanto, no se trata de un vehículo abandonado por su propietario.

Aunque, a mi juicio, esta exégesis del TS podía ser defendible, no fue compartida por algunas sentencias posteriores, en las que se consideró que tal exégesis, por representar una interpretación extensiva, no se avenía con el principio de legalidad (vid. ya STS 20-10-2003)⁸.

De ahí, pues, la razón de la modificación legal del tipo del art. 244-1, que indudablemente permite ahora castigar dicha conducta.

Ahora bien, dado que el legislador de 2003 no ha estado afortunado a la hora de redactar la modificación del tipo, la cuestión que se plantea a mayores es la de saber si la expresión “utilizare sin la debida autorización” como *alternativa* a “sustrajere”

8 En sentido crítico vid. también G. ARÁN, Comentarios, pp. 703 ss., quien entiende que en los supuestos enjuiciados por el TS no podía existir hurto de uso porque se trataba de un cosa “perdida”; por tanto, la conducta analizada era una apropiación indebida (de cosa perdida) de uso.

comporta además reintroducir en este delito la denominada “estafa de uso” (acceso al vehículo mediante engaño) o, especialmente, la “apropiación indebida de uso” (p. ej., propietario de un garaje que utiliza el vehículo allí guardado para fines privados o chófer que usa el vehículo fuera de las horas de servicio), comportamientos que se incluían en la regulación anterior al CP de 1995.

Para unos, el inequívoco tenor literal del art. 244-1 conduce a entender que la reforma de 2003 ha vuelto a sancionar la estafa y la apropiación indebida de uso⁹.

Sin embargo, en opinión de otros autores hay que descartar esta conclusión, que resulta insatisfactoria desde la perspectiva político-criminal, en la medida en que se considera que la denominada estafa y la apropiación indebida de uso son comportamientos de menor gravedad, que no poseen el rango suficiente para integrar un ilícito penal o, al menos, no poseen el mismo rango que el robo o hurto de uso. A ello se añade el argumento técnico de que la rúbrica del capítulo IV no se ha modificado y sigue mencionando el “robo y hurto de uso”, así como que los restantes apartados del art. 244 continúan remitiéndose a las figuras delictivas del hurto o del robo¹⁰.

Vaya por delante que la cuestión es discutible, y que, debido a la torpeza del legislador de 2003, ambas tesis son sostenibles. Por tanto, es imprescindible solicitar una reforma legal en este punto, que aclare inequívocamente el alcance de la órbita típica.

La segunda de las tesis expuestas es más restrictiva y, por ello, más satisfactoria político-criminalmente, pero no se acomoda bien con el tenor literal de la modificación efectuada. Y es que para que esta tesis posea sentido, es imprescindible sobreentender una característica típica que el legislador no ha previsto,

9 Cfr. MUÑOZ CONDE, P.E., p. 412; G. ARÁN, Comentarios, p. 700, quien subraya que la reforma de 2003 implica un retorno a la situación anterior a la entrada en vigor del CP de 1995.

10 Vid. VIVES/G. CUSSAC, P.E., pp. 458 s.; G. RUS, P.E., pp. 473 ss.

esto es, interpretar que la “utilización sin la debida autorización” presupone una *previa tenencia ilícita* del vehículo¹¹. Pero además hay que sobreentender que la exégesis jurisprudencial marcada por la STS 9-7-1999 es ilegal, dado que si esta exégesis fuese correcta (como a mí me lo parece), entonces la inclusión de la modalidad de la “utilización sin la debida autorización” sería completamente superflua.

Por su parte, la primera de las tesis citadas posee pleno sentido y, como queda dicho, aportaría una indudable novedad al tipo del art. 244-1: volver a sancionar la estafa y la apropiación indebida de uso.

Es evidente que la solución que se otorgue a este dilema debe tener en cuenta las consecuencias político-criminales que se derivan de una y otra tesis.

Ahora bien, si nos situamos en la lógica argumentativa de los partidarios de la interpretación restrictiva sustentada por la segunda tesis, lo que no me parece correcto es achacar a los partidarios de la primera tesis el llegar a una conclusión contraria a los principios de intervención mínima y de proporcionalidad¹², puesto que si se admite (en sintonía con la segunda tesis) que con la modificación de 2003 se castiga ya a quien se limita a utilizar el vehículo aunque no haya sido el autor de la sustracción inicial, bastando una mera “tenencia ilícita” (lo cual presupone partir de la base de que *no existe ya conceptualmente una acción de hurto*), no se comprende bien cuál es la diferencia valorativa sustancial entre esta conducta y la de quien utiliza el vehículo para fines diferentes a los autorizados por el propietario o la de quien recurre a un engaño idóneo para conseguir que el propietario le entregue el vehículo y poder utilizarlo indebidamente.

En otras palabras, si la diferencia pretende situarse exclusivamente en la previa “tenencia ilícita” que existiría en el primer caso, cabría oponer, cuando menos, que quien consigue

11 Sobreentendiendo este requisito, vid. G. RUS, P.E., 475.

12 Lo entiende así, sin embargo, G. RUS, P.E., p. 475.

la entrega de un vehículo mediante un engaño (afirmando, p. ej., ser un enviado fingido del propietario) con el fin de utilizarlo indebidamente, “tiene” el vehículo de un modo valorativamente tan “ilícito”, con arreglo a criterio jurídico-penales, como aquel que recibe el vehículo de otra persona que le confiesa que se trata de un vehículo sustraído.

Más atendible me parece el argumento técnico-jurídico de que la rúbrica del capítulo IV sigue empleando los conceptos de “hurto” o “robo” y que los restantes apartados del art. 244 mantienen la misma redacción, conservando las remisiones al hurto y al robo.

Ello no obstante, tampoco este argumento me parece definitivo. Por una parte, el enunciado de las rúbricas posee, como es sabido, un limitado valor hermenéutico, y, por supuesto, no puede modificar el tenor literal del precepto; en particular, la rúbrica del capítulo IV no constituye un obstáculo para entender que el tipo incluye todas las hipótesis de conductas de utilización ilegítima del vehículo, puesto que cabe entender que el vocablo hurto no se usa en la rúbrica en el sentido técnico estricto de “apoderamiento” de una cosa mueble ajena, sino precisamente como un concepto más amplio que engloba también toda utilización ilegítima del vehículo.

Por otra parte, algo en cierto modo parecido puede decirse de la redacción de los restantes apartados del art. 244, y, en concreto, del apartado 3: cabría interpretar que lo que el legislador pretende es efectuar una remisión a efectos meramente penológicos, o sea, indicar que la estafa de uso o la apropiación indebida de uso por un tiempo superior al señalado en el apartado 1 no convierte el hecho en un hurto, sino que *“el hecho se castigará como hurto”* (según reza literalmente el precepto), y no como estafa o apropiación indebida, lo que, por cierto, supondría una pena superior. De hecho, en este sentido meramente penológico se interpretaba la remisión que efectuaba el antiguo art. 516 bis (que contenía el delito de “utilización ilegítima de vehículos de motor”) a los delitos de hurto o robo.

IV. EL DELITO DE DISTRACCIÓN DE LAS AGUAS

En el delito de distracción de las aguas del art. 247 la LO 15/2003 añade la expresión “o de su embalse natural o artificial”, como alternativa a “de su curso”.

La nueva expresión viene a cubrir una laguna de punibilidad, puesto que la redacción anterior se limitaba a castigar la “distracción *del curso* de las aguas”.

Ante semejante redacción, la opinión dominante venía entendiendo que si las aguas distraídas tenían que tener “curso”, forzosamente tenían que provenir de “corrientes”¹³, en virtud de lo cual no quedaban englobados en el tipo los casos en que las aguas estuviesen embalsadas¹⁴. Téngase en cuenta que, según el Diccionario de la RAE, el vocablo “curso” en la acepción que aquí interesa significa “movimiento del agua ... que se traslada en masa continua por un cauce”.

Por lo demás, la aclaración legal de que los embalses pueden ser “naturales o artificiales” despeja cualquier duda acerca de la amplitud del objeto material, indudablemente perseguida por el legislador¹⁵.

Por otra parte, la LO 15/2003 ha introducido también la novedad de tipificar una falta en el párrafo 2º del art. 624, que castiga la realización de los actos contemplados en el art. 247, si la utilidad reportada no excediese de 400 euros.

Con ello se corrige un olvido del legislador, puesto que no tenía explicación alguna que se previese una falta relacionada con el delito del art. 246 y no con respecto al delito del art. 247. El principio de legalidad impedía, obviamente, castigar la distracción de las aguas como falta: ni podía quedar englobada en la redacción

13 Cfr. VIVES/G. CUSSAC, P.E., p. 471.

14 Cfr. QUINTERO, P.E., p. 666. Vid., sin embargo, BAUCCELLS, Comentarios, p. 734.

15 Cfr. BAUCCELLS, Comentarios, p. 736.

anterior del art. 624, dado que éste se remitía exclusivamente al art. 246, ni tampoco podía entenderse incluida en el art. 623-4, habida cuenta de que éste va referido a la defraudación de agua y el art. 247 no es una defraudación.

V. EL DELITO DE ESTAFA

En materia de estafa la LO 15/2003 introduce dos modificaciones, que requieren un análisis separado: de un lado la variación de la penalidad prevista para el tipo básico en el art. 249; de otro lado, la introducción de una nueva figura delictiva en el apartado 3 del art. 248.

En lo que atañe a la primera modificación, se rebaja el límite máximo de la pena de prisión del tipo básico de la estafa (de 4 a 3 años), fijado en el art. 249. Consecuentemente, ello supone modificar también la pena de la apropiación indebida, dada la remisión que, a efectos de penalidad, efectúa el art. 252 al art. 249.

Semejante modificación no va acompañada de explicación alguna y no encuentra correlato en los restantes delitos patrimoniales o socioeconómicos, en los cuales no se efectúa una modificación parecida.

Ello suscita diversas cuestiones.

Así, por de pronto, obsérvese que las estafas específicas del art. 251 conservan, en cambio, el marco penal consignado en la redacción del CP de 1995 (prisión de uno a cuatro años), de tal suerte que ahora estas estafas son de *lege lata* más gravemente sancionadas que el tipo básico de la estafa genérica del art. 248.

Esta nueva discordancia penológica, que acentúa la gravedad de las figuras de estafa del art. 251 con respecto al tipo básico del art. 249, nos plantea la cuestión de averiguar en qué parcelas del injusto de los delitos del art. 251 reside el plus de gravedad que justifique la significativa diferencia de penalidad.

Ello resulta singularmente sorprendente en el caso de las figuras de los números 1º y 2º, que la doctrina y jurisprudencia dominantes vienen considerando como supuestos en que concurren todos los requisitos del concepto de estafa del art. 248: si aquellas figuras son supuestos de estafas *propias* no se comprende bien por qué se castigan con una pena significativamente superior, tanto en su límite mínimo como en su límite máximo; asimismo, la discordancia se acentúa si, sentado lo que se acaba de indicar, se recuerda que los tipos cualificados del art. 250 no son aplicables, en cambio, a las infracciones del art. 251.

Ahora bien, en otro orden de cosas, la rebaja de la penalidad de la estafa y la apropiación indebida puede incidir en el plano de *lege lata* en las relaciones con otros delitos afines, llegado el momento de resolver conflictos de normas¹⁶, o, cuando menos, pueden hacerse más chocantes determinadas comparaciones de marcos penales¹⁷.

En lo que concierne a la segunda de las modificaciones efectuadas por el legislador de 2003, el nuevo apartado que se agrega en el nº 3 del art. 248 dispone que “la misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de estafas previstas en este artículo”.

La primera cuestión problemática que plantea el nuevo precepto va referida a la penalidad, cuya previsión es criticable desde diferentes perspectivas.

16 Piénsese, p. ej. en la relación concursal entre la estafa y el delito societario de falsedades en documentos sociales del art. 290, delito éste que ahora recibe ya en todo caso una pena superior a la de la estafa.

17 Compárese, p. ej. la penalidad del tipo básico de la apropiación indebida, que ahora no puede exceder de los tres años de prisión, con la penalidad del delito de administración desleal de patrimonio ajeno del art. 295, que, pese a ser de *lege lata* un delito de menor gravedad y establecer consecuentemente una pena de multa alternativa a la de prisión, permite llegar a imponer en cambio, paradójicamente, una pena más grave que la prevista para la apropiación indebida, dado que el límite máximo de la prisión del art. 295 se mantiene en los cuatro años.

Ante todo, y aunque sea una observación puramente formal, hay que censurar la descuidada técnica empleada por el legislador, al indicar en el inciso inicial del apartado 3 que “la misma pena se aplicará”, toda vez que lo cierto es que en los apartados anteriores del art. 248 no se menciona pena alguna. Hay que sobreentender, por tanto, que la remisión se efectúa a la penalidad señalada en los arts. 249 y 250.

Ahora bien, sentado lo anterior, cabe añadir una nueva observación crítica: la imposición del marco penal consignado en el art. 249 (prisión de seis meses a tres años) exige que “la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros”. Así las cosas, en puridad de principios, no hay más remedio que concluir que la nueva figura delictiva del apartado 3 del art. 248 tipifica una conducta que no “está penada por la ley”, puesto que, al describirse un acto meramente preparatorio, su injusto se sitúa en un momento anterior al de una efectiva defraudación (incluso al de una tentativa de defraudación), y, por tanto, es imposible vincularlo a cuantía alguna¹⁸. En otras palabras, el marco penal establecido en el art. 249 presupone la efectiva realización de un delito de resultado lesivo y contiene un límite cuantitativo, que constituye una característica del resultado típico; de ahí que no pueda servir como consecuencia jurídica aplicable de un delito de peligro abstracto¹⁹.

18 Cfr. VIVES/G. CUSSAC, P.E., p. 492, quienes juiciosamente concluyen que, una de dos, o la conducta se elimina del Código o se tipifica al margen del tipo básico de la estafa con una penalidad autónoma y proporcionada a la gravedad del injusto.

19 Lo califican expresamente de tipo de peligro abstracto: GALÁN, 2004; G. RUS, P.E., p. 505. A lo que se indica en el texto hay que añadir que el art. 249 señala a continuación que para la fijación de la pena concreta el juez habrá de tener en cuenta unos criterios específicos de determinación de la pena: “el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”. Repárese en que ninguno de los criterios enumerados puede ser aplicado al tipo del apartado 3 del art. 248.

Por lo demás, al margen de todo lo anterior, sorprende en todo caso que el legislador de la LO 15/2003 asigne idéntica pena a un delito de resultado lesivo y a un acto meramente preparatorio de ese delito de resultado lesivo²⁰. De hecho, la regla general prevista en el art. 269 para los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación para cometer un delito de estafa se castiga con una pena inferior en uno o dos grados.

Hay que reconocer que la importancia de los medios informáticos en el tráfico económico general puede justificar la anticipación de las barreras de intervención penal para castigar conductas que, examinadas desde la perspectiva patrimonial, no son más que simples actos preparatorios de estafa, pero no puede admitirse que éstos sean castigados con la misma pena que se prevé para la estafa consumada.

Probablemente, a la hora de ponderar la criminalización de tales conductas, en la mente del legislador pesó decisivamente la idea del peligro masivo que potencialmente entraña la preparación de programas de ordenador para la futura comisión de un número indeterminado (y a priori inabarcable) de estafas²¹.

De ahí que merezca ser tomada en consideración la propuesta de GALÁN, que interpreta el art. 248-3 no como un delito de peligro hipotético respecto del mismo bien jurídico que se tutela en los delitos de los apartados 1 y 2 del art. 248 (delito de peligro, pues, para el patrimonio individual) sino como un delito protector de un bien jurídico supraindividual y de titularidad general, cuyo contenido vendría dado por la espiritualización de la suma de los intereses individuales que tendrían todas aquellas personas que podrían llegar a convertirse en sujetos pasivos de las estafas que se podrían llegar a cometer gracias a la creación y difusión de los programas de ordenador²². De este modo, la naturaleza jurídica

20 Críticamente también MUÑOZ CONDE, P.E., p. 426; VIVES/G. CUSSAC, P.E., p. 492; MAGALDI, Comentarios, p. 773; GALÁN, 2004, p. 6.

21 Vid. en este sentido MUÑOZ CONDE, P.E., p. 426; G. RUS, P.E., p. 506; GALÁN, 2004, pp. 4 s.

22 Vid. GALÁN, 2004, pp. 4 s.

del delito del art. 248-3 vendría a asimilarse a la de los delitos de los arts. 282 y 283, en los que lo decisivo no es una intensa afectación individual (concebida como lesión) del bien jurídico, sino el peligro de una afectación individual *extensa*²³.

Así las cosas, si se acepta esta exégesis, hay que tener en cuenta que la conducta que se tipifica en el apartado 3 del art. 248 es una conducta que, por entrañar un peligro abstracto para posteriores estafas indeterminadas, debe ser castigada, en principio, con independencia de la pena que en su caso pueda corresponder al falsificador por la posterior realización de un concreto delito consumado de estafa. La comisión de este delito específico no puede absorber el peligro general de la confección de programas de ordenador destinados a su introducción en el mercado, de tal suerte, por tanto, que cabría apreciar el correspondiente concurso de delitos entre esta figura y la posterior comisión de un delito de estafa de los apartados 1 y 2 del art. 248, del mismo modo que sucede en el caso de los delitos de los arts. 282 y 283²⁴.

Finalmente, entiendo que, aun cuando se interprete el nuevo delito del art. 248-3 como aquí se propone, esto es, como genuino delito socioeconómico de naturaleza supraindividual, ello

23 Esta idea, expuesta por mí en diversos trabajos, puede verse sintetizada en MARTÍNEZ-BUJÁN, L.H. Cerezo, 2002, p. 427. Asume este planteamiento, expresamente, GALÁN, 2004, p. 5, quien añade acertadamente que ello permitiría justificar no sólo la legitimidad de la existencia de este delito, sino también el adelantamiento de las barreras de protección penal que se contienen en él. Por lo demás, subraya este autor que, consecuentemente, la interpretación sostenida sobre el art. 248-3 permitiría restringir su ámbito típico.

24 Vid. en este sentido GALÁN, 2004, p. 5 con ulteriores consideraciones. A mi juicio, el concurso de delitos únicamente quedaría excluido en el caso de que la fabricación de los programas de ordenador fuese llevada a cabo por el autor con el único fin de realizar él mismo posteriormente una estafa. En tal supuesto, la efectiva comisión del delito de resultado lesivo absorbería el injusto del acto preparatorio, en la medida en que éste no sería más que un mero episodio del *iter* delictivo, necesario para la ejecución del delito fin, y, por tanto, no comportaría el peligro (general) imprescindible para la aplicación del art. 248-3.

no permite justificar la gravedad de la pena que se asigna al injusto que se describe, puesto que éste se asemeja sustancialmente a los injustos definidos en los delitos de los arts. 282 y 283. Por consiguiente, de *lege ferenda* hay que reclamar una reducción del marco penal del art. 248-3, que lo aproxime a los de los citados delitos socioeconómicos de consumidores²⁵.

VI. LOS DELITOS DE INSOLVENCIAS PUNIBLES

La L.O. 15/2003 ha modificado el texto de los artículos 259, 260 y 261 con el fin de adaptar la redacción de los delitos contenidos en estos artículos al nuevo régimen concursal de la nueva Ley Concursal española (Ley 22/2003, de 9 de julio)²⁶: así, en lugar de la expresión “quiebra, concurso o suspensión de pagos”, ahora simplemente se alude a “concurso”²⁷.

La explicación de ello reside en el hecho de que tras la aprobación de la nueva Ley concursal, cabe hablar ya ahora de *lege lata* de “unidad de presupuesto objetivo” en el nuevo procedimiento concursal civil. Dicho presupuesto aparece integrado

25 De acuerdo con esta solicitud, vid. GALÁN, 2004, p. 6, incluso reconociendo la especial trascendencia del medio informático (especial desvalor de acción), genuino ejemplo de la singular peligrosidad de los “nuevos riesgos” de la sociedad postindustrial, como posible factor explicativo de la particular severidad en el castigo del delito del art. 248-3

26 Según se indica en su Disposición final trigésima quinta, esta Ley entró en vigor el día 1 de septiembre de 2004. A su vez, según la Disposición final quinta de la L.O. 15/2003, la reforma penal de los arts. 259, 260 y 261 entró en vigor el mismo día que la Ley concursal

27 El nombre elegido por el legislador mercantil (“concurso”) para denominar el procedimiento único (o, mejor dicho, “unificador” de los diversos procedimientos de insolvencia), en virtud del cual se describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común, es una expresión clásica que proviene ya de los tratadistas españoles del siglo XVII y que pasó posteriormente al vocabulario procesal europeo (vid. Exposición de Motivos de la Ley 22/2003).

por la situación de insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones (vid. Exposición de Motivos). En concreto, en el art. 2 de la Ley, que define el “presupuesto objetivo” del concurso, se indica que “la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común” (apdo. 1) y que “se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” (apdo. 2). Como novedad, en el art. 3 se señala que si la solicitud de concurso proviene del deudor, la insolvencia podrá ser “actual o inminente”, entendiéndose que “se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”²⁸.

Por lo demás, el legislador de la LO 15/2003 ha llevado a cabo ulteriores cambios meramente terminológicos en el art. 259, sustituyendo la expresión “órganos concursales” por la de “administradores concursales” y el vocablo (acreedores) “preferentes” por “privilegiados”.

Ahora bien, no hay duda de que, más allá de estos simples y obligados cambios terminológicos, la regulación de la nueva Ley concursal comporta introducir nuevas perspectivas en la interpretación de algunos elementos de los delitos citados.

Así sucede señaladamente con la exégesis del presupuesto del delito del art. 259 (la admisión a trámite de la solicitud de declaración del estado de insolvencia) y la del requisito de la “ausencia de autorización”²⁹, con la interpretación de la condición objetiva de punibilidad del art. 260 (la declaración civil de

28 Ahora bien, esta caracterización de la insolvencia no prejuzga el concepto que deba ser utilizado a efectos penales, puesto que una cosa es la noción que deba acogerse en el seno de la ley civil y otra la que deba ser empleada como presupuesto de un delito, noción esta última que, por lo demás, podrá revestir perfiles diferentes en cada uno de los tipos legales.

29 Vid. por todos MARTINEZ-BUJÁN, LH Ruiz Antón, pp. 670 ss. y P.E., pp. 93 ss., y bibliografía citada.

concurso)³⁰, y con el presupuesto del tipo del art. 261 (el procedimiento concursal)³¹.

VII. LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La LO 15/2003 introduce modificaciones en los apdos. 2 y 3 del art. 270 y en el art. 271, y elimina la condición de delitos semi-públicos que hasta ahora venían ostentando estas infracciones penales, al prescindir del requisito de perseguibilidad que el texto anterior incluía en el art. 287-1.

7.1. El tipo específico del apdo. 2 del art. 270

En esta figura el **objeto material** no es ya la obra, o su transformación, interpretación o ejecución, sino los ejemplares en los que se materializan las obras, producciones o ejecuciones.

Las **conductas típicas** se describen de forma alternativa (tipo mixto alternativo) y taxativa: importar, exportar o almacenar. Tales conductas expresan un peligro para el bien jurídico, pero ello no es óbice para entender que, desde la perspectiva de la estructura del tipo, estamos ante delitos de resultado material, por lo que cabrá siempre la tentativa³².

30 Vid. por todos MARTINEZ-BUJÁN, LH R. Mourullo y P.E., pp. 108 ss., y bibliografía citada.

31 Vid. por todos MARTINEZ-BUJÁN, LH Ruiz Antón, pp. 684 ss. y P.E., pp. 133 ss., y bibliografía citada.

32 El *almacenamiento* sólo puede ser típico si los ejemplares son ilícitos, toda vez que el almacenamiento de ejemplares reproducidos lícitamente no está prohibido en el art. 107-2 TRLPI.

En cambio, y aunque la cuestión haya sido discutida, parece que la *exportación* será penalmente típica con tal de que la conducta se lleve a cabo en contra

La LO 15/2003 ha modificado el texto de este apdo. 2 para aclarar que la **conducta de importación** será punible aunque “los productos tengan un origen lícito en su país de procedencia”. De este modo, el legislador viene a zanjar una enconada polémica sobre las llamadas “importaciones paralelas”, que se había venido suscitando en doctrina y jurisprudencia con relación al texto anterior, el cual se limitaba a mencionar la conducta de “importación” sin mayores precisiones³³.

Las opiniones se hallaban divididas entre quienes sostenían que el delito sólo se aplicaba a las importaciones de obras ilícitas ya en el país de origen, considerando atípicas las importaciones de obras adquiridas legítimamente en el extranjero aun cuando no se contase con la autorización del titular del derecho, (QUINTERO, CARMONA, FERRÉ, MUÑOZ CONDE) y quienes mantenían que también estas últimas importaciones tenían que ser calificadas como delictivas ARROYO/GARCÍA RIVAS, GONZÁLEZ GÓMEZ, GIMBERNAT, MIRÓ y la Fiscalía General del Estado). Existía también al respecto una jurisprudencia contradictoria, que se había ocupado de enjuiciar los casos de fonogramas, que son los objetos sobre los que, en la práctica, recaen las importaciones paralelas, dada la “universalidad” del mercado discográfico, a diferencia de los libros o los videogramas³⁴.

de la voluntad del titular del derecho de explotación (cfr. art. 107-2 TRLPI); por consiguiente, y según lo ha venido entendiendo la opinión mayoritaria, sobre la base de argumentos teleológicos, la conducta de exportación no sólo englobará los ejemplares ilícitamente reproducidos, sino también los ejemplares que hubiesen sido reproducidos legalmente (vid. por todos MIRÓ, 2003, pp. 425 ss.; de otra opinión QUINTERO, 1988, p. 105).

33 Vid. RODRÍGUEZ MORO, 2003, 3.3.1.; BAUCELLS, Comentarios, p. 957; G. RUS, P.E., p. 563.

34 Vid. GIMBERNAT, LH Torío, pp. 736 ss. Con todo, el TS se había inclinado por la primera tesis: vid. STS 2-4-01 (con comentario de MIRÓ, 2003, pp. 416 ss.), en la que se consideró que no constituía delito adquirir en el exterior los objetos originales a un precio más barato que el fijado por su titular en España e importarlos, aun cuando el titular no hubiese autorizado ese precio en España

Crítica al respecto R. MORO³⁵ que el legislador de 2003 no haya previsto una disposición semejante para la exportación, puesto que, a su juicio, el nuevo tenor literal del apdo. 2 del art. 270 parece aludir sólo a los ejemplares ilícitos, al limitarse a mencionar “las obras a las que se refiere el apartado anterior”, obras que son sólo las ilícitas o plagiadas. En cualquier caso, reconoce que en la exportación concurren las mismas razones que en la importación para extender el ámbito de lo punible a los ejemplares reproducidos lícitamente.

Por lo demás, el legislador ha introducido la (obligada) salvedad de que la importación de productos de un Estado perteneciente a la UE no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado o con su consentimiento. De esta manera el legislador penal reconoce la figura del agotamiento del derecho de propiedad intelectual (arts. 19-2 y 117-2 TRLPI), en virtud de la cual en el ámbito de la UE el derecho se extingue con la primera venta, dada la libre circulación de mercancías y servicios que rige en el territorio de la UE³⁶.

7.2. El tipo específico del apdo. 3 del art. 270

Este tipo ha sido también modificado por la LO 15/2003 en un doble aspecto: se amplía tanto el objeto material como el catálogo de conductas típicas³⁷.

35 R. MORO, 2003, epígrafe 3.3.1

36 Vid. R. MORO, 2003, 3.3.1., G. RUS, P.E., p. 563, MUÑOZ CONDE, P.E., p. 495, quien ejemplifica que la importación desde Holanda de productos americanos, vendiéndolos en España a un precio menor del fijado por el titular de su concesión en España es un hecho lícito)

37 En su versión inicial este tipo fue introducido en el CP de 1995. Representa una anticipación de la línea de intervención penal, al castigar hechos que constituyen simples conductas preparatorias de ataque a los derechos de propiedad intelectual, y que, de no estar expresamente previstas, serían actos preparatorios impunes o, como mucho, formas de participación (vid. por todos ya GUINARTE, 1996, p. 889).

El **objeto material** no consiste ya sólo en “cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador”, sino que ahora se añade “o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1”.

El legislador atiende así la sugerencia de un autorizado sector doctrinal³⁸, que había criticado que el objeto material no se extendiese a otros tipos de obras que también incorporan dispositivos técnicos con la finalidad de evitar la piratería, especialmente en el caso de los CD o DVD que sirven de soporte a obras musicales o cinematográficas³⁹.

De este modo, no hay duda ahora de que usar un programa que rompe la protección *anticopy* constituye delito aunque sea para efectuar una copia privada.

Por otra parte, hay también una modificación en la redacción del objeto material ya definido en el texto anterior, a saber, se cambia el género del participio (“destinado” en lugar de “destinada”). Así, queda claro ahora que lo que se destina a facilitar la supresión o la neutralización es el “medio”⁴⁰.

En lo que concierne a las **conductas típicas**, se introduce la modalidad de “*importar*”, que viene a añadirse a las conductas -ya conocidas en el texto anterior- de “fabricar, poner en circulación o tener” cualquier medio específicamente destinado al fin antijurídico que se describe.

La novedosa inclusión de la “importación” puede encontrar su explicación en la pretensión de que las conductas del apdo. 3 guarden sintonía con las de los apdos. anteriores: así, si en el apdo. 1 se sanciona la distribución de las obras y en el apdo. 2 se tipifican dos facultades de este derecho (como son la importación

38 GONZÁLEZ GÓMEZ, pp. 201 ss.; MIRÓ, 2003, p. 428.

39 Elogiando la reforma, vid. R. MORO, 2003, epígrafe 3.3.2.

40 Vid. R. MORO, *ibid.*

y la exportación), parece coherente que en el apdo. 3, que ya se prevé la puesta en circulación, se sancione también la importación. No obstante, esta conducta carece de relevancia en la práctica, porque en la actualidad quienes deseen sistemas *anticopy* los pueden conseguir fácilmente en su propia localidad (cuando no desde su propia casa) sin necesidad de recurrir a la importación. Por lo demás, lo que no se comprende bien es por qué no se ha introducido asimismo la conducta de “exportación”⁴¹.

En cualquier caso, la opinión dominante ya venía reclamando una interpretación restrictiva de las conductas de fabricación, puesta en circulación o tenencia, entendiéndose que (con apoyo en el adverbio “específicamente”) deben ser atípicas las conductas realizadas sobre un instrumento cuyo único uso no sea el que se describe en el precepto penal, sino que incorpore otros distintos⁴², lo que en la práctica equivale a sobreentender que el precepto debe limitarse a supuestos de profesionalidad o habitualidad⁴³.

Asimismo, tener enlaces en una web hacia sitios donde se ofrecen programas de desprotección no es una conducta típica, puesto que ello no supone “poner en circulación” ni “tener” el sistema de desprotección, sino informar de quién lo tiene.

7.3. Tipos cualificados (art. 271)

La LO 15/2003 también reforma el contenido de este precepto, modificando la redacción de las agravaciones definidas en las letras a) y b) e introduciendo como novedad las que ahora se incluyen en las letras c) y d).

41 Críticamente vid. R. MORO, *ibid.*

42 Vid. por todos MIRÓ, 2003, p. 429

43 Vid. ya GUINARTE, 1996, p. 889

Se trata de agravaciones ya conocidas (y estudiadas con detenimiento) en otros delitos patrimoniales y socioeconómicos⁴⁴. Aquí baste con unas breves consideraciones sobre la circunstancia definida en la letra b), en la medida en que el legislador de 2003 ha mejorado técnicamente su contenido, atendiendo la sugerencia de la doctrina especializada.

En lugar de circunscribirse a la “especial gravedad del daño causado”, como se preveía en el texto anterior, ahora la circunstancia expresa que la especial gravedad puede provenir de la “especial importancia de los perjuicios ocasionados”, de un lado, o del “valor de los objetos producidos ilícitamente”, de otro.

En cuanto al primer criterio, se sustituye el término “daño” por el vocablo “perjuicios”, lo cual había sido solicitado por la doctrina⁴⁵, dado que, si se interpretaba en su sentido estricto, en rigor el daño sólo aludía a una clase de perjuicios (los efectivamente realizados) y excluía otro tipo de perjuicios, como señaladamente el lucro cesante. Por lo demás, la opinión mayoritaria considera que, a los efectos de aplicar esta circunstancia, los perjuicios cuantificables serán sólo los de carácter patrimonial, y no los de índole moral.

En punto al segundo criterio, hay que elogiar su inclusión, puesto que el “valor” (*scil.*, económicamente elevado) de los objetos permite abarcar las situaciones en que no se ha producido todavía un perjuicio económico efectivo a los titulares del derecho de propiedad intelectual (p. ej. incautación de multitud de ejemplares ilícitos pendientes de distribución)⁴⁶.

7.4. Consecuencias accesorias

En materia de consecuencias accesorias la LO 15/2003 suprime el párrafo 2º del art. 271, con lo que se resuelve la

44 En referencia concreta al art. 270, vid. BAUCELLS, Comentarios, pp. 964 s.

45 Vid. por todos ya QUINTERO, 1988, pp. 185 s.

46 Vid. R. MORO, 2003, epígrafe 3.3.3.

duda que existía en el texto anterior acerca de si este precepto prevalecía, o no, sobre la norma general contenida en el párrafo 2º del art. 288.

7.5. Perseguibilidad

Otra de las novedades de la LO 15/2003 es convertir los delitos contra la propiedad intelectual en delitos públicos, perseguibles de oficio, a diferencia del régimen anteriormente vigente, que condicionaba su persecución a un requisito de procedibilidad. Obsérvese que el apartado 1 del art. 287 ya no incluye estos delitos en su ámbito de aplicación⁴⁷.

No deja de ser sorprendente que pasen a ser delitos públicos infracciones que se orientan a la tutela de bienes jurídicos individuales, y, en cambio, mantengan la condición de semipúblicos los delitos de la sección tercera.

En el ámbito de la propiedad intelectual ello tiene importantes repercusiones prácticas: así, la justicia deberá actuar de oficio en los casos de venta callejera para detener a los *manteros*, aunque no hubiese mediado denuncia alguna.

VIII. LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

En el ámbito de la sección segunda del capítulo XI del título XIII (delitos relativos a la propiedad industrial), la LO 15/2003 introduce modificaciones en los delitos referentes a signos distintivos (art. 274, apartados 1 y 2) y en el tipo cualificado común del art. 276. Además, añade dos nuevos apartados (el 3 y

47 Vid. infra el comentario a la sección 4ª del capítulo XI, art. 287.

el 4) al art. 274, que se destinan a la protección de las llamadas “obtencciones vegetales”.

8.1. Delitos referentes a signos distintivos (art. 274 apdos. 1 y 2)

Se añade un nuevo inciso al apdo. 1 del art. 274, en virtud del cual se extiende la conducta delictiva a quienes “importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento”, siendo indiferente para la tipicidad del comportamiento el dato de que los productos tengan un “origen lícito en su país de procedencia”.

Con la introducción de este inciso el legislador tipifica expresamente el supuesto de las llamadas “importaciones paralelas”, del mismo modo que, según se indicó anteriormente, se prevé en el caso de los delitos relativos a la propiedad intelectual en el art. 270-2.

Ello no obstante, esta nueva modalidad de conducta tiene la (obligada) excepción en el caso de que el Estado del que se importen los productos pertenezca a la Unión Europea: en tal supuesto la importación no será punible cuando dichos productos “se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado, o con su consentimiento”.

Ello supone reconocer el agotamiento del derecho de propiedad industrial, en virtud del cual en el ámbito de la UE el derecho se extingue con la primera venta, dada la libre circulación de mercancías y servicios que rige en el territorio de la UE.

8.2. El nuevo delito relativo a obtenciones vegetales (art. 274, apdos. 3 y 4)

Hay que elogiar que el legislador haya atendido, por fin, la solicitud efectuada por la doctrina dominante, que, tras la

publicación del nuevo CP de 1995, había venido reclamando la tipificación de las conductas vulneradoras de propiedad industrial que recayesen sobre ese objeto material.

La razón de ello estriba en que la vigente Ley de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales (LPOV 3/2000, de 7 de enero) otorga al titular registral similares derechos de exclusividad y exige análogos requisitos a los previstos en la LPMU. A mayor abundamiento, se había venido argumentando que el propio art. 19 de la anterior LPOV 12/1975 remitía al antiguo art. 534 del C.p. a los efectos de castigar como delito las violaciones intencionadas del derecho de exclusividad⁴⁸.

Precisamente esta última remisión, unida a otras consideraciones, había llevado a PORTELLANO⁴⁹ a concluir que la vulneración de los citados derechos sobre las obtenciones vegetales continuaba siendo típica en el nuevo CP de 1995, a pesar de que el legislador no la hubiese mencionado explícitamente. Sin embargo, con respecto a esta opinión hay que oponer que, sin necesidad de entrar a analizar en detalle los argumentos que se manejan, la tesis de incluir las aludidas obtenciones vegetales como objeto material del art. 273 cuando éste ha procedido a una enumeración taxativa -sin haber previsto cláusula *ad exemplum* alguna- supone nada menos que utilizar la analogía en perjuicio del reo a la hora de crear delitos. Por consiguiente, es claro que semejante exégesis tenía que ser tajantemente descartada, por muy incomprensible que resultase la decisión del legislador penal de 1995 y por muy necesaria que se considerase la criminalización del comportamiento de referencia. Colmar lagunas de punibilidad es tarea del legislador y no del intérprete⁵⁰.

De ahí, en suma, que la opinión dominante llegase a la conclusión de que la omisión de las obtenciones vegetales en el

48 vid. por todos GUINARTE, 1993, 102, y 1996, 1337; MARTÍN URANGA, 507

49 PORTELLANO, pp. 642 s.

50 Vid. en este sentido ya GUINARTE, 1993; vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., 2005, p. 192 y bibliografía citada.

art. 273 por parte del legislador del CP de 1995 fue el fruto de un despiste del legislador, y que la violación de este derecho de propiedad industrial a través de las conductas consignadas en el art. 273 había dejado de ser típica con arreglo al nuevo CP. Por tanto, lo único que procedía era reclamar, de *lege ferenda*, su mención específica en el precepto penal. Y esto es lo que ha hecho el legislador de 2003.

Eso sí, el legislador de 2003 incluye la nueva figura delictiva en el art. 274 (que tipifica los delitos referentes a signos distintivos), pese que –como queda dicho– la figura de obtenciones vegetales es un derecho de propiedad industrial materialmente análogo a los que se incluyen en el art. 273 y cuya concreta técnica de tipificación reproduce prácticamente de forma literal, *mutatis mutandis* el contenido del precepto definido en el art. 273-1.

La explicación de este proceder del legislador radica en la creación de otro nuevo precepto (el contenido en el apartado 4 del art. 274), que protege las obtenciones vegetales desde la perspectiva de los signos distintivos.

El injusto descrito en el art. 274-3, referido a las obtenciones vegetales, contiene los mismos elementos que el delito del art. 273-1.

La conducta vulneradora del derecho de propiedad industrial ha de ser realizada sin consentimiento del titular, con conocimiento de su registro y con fines agrarios o comerciales⁵¹.

Lo único que varía ligeramente es la enumeración de las modalidades específicas de acción, que se adapta a las peculiaridades de este derecho de propiedad industrial: así en lugar de la acción de “fabricar” (del art. 273) el art. 274-3 incluye las mo-

51 En lo que atañe al “consentimiento del titular de un título de obtención vegetal”, hay que acudir a los arts. 12 y ss., 20 y 23 y ss. LPOV. Vid. BAUCELLS, Comentarios, pp. 987 s.

dalidades de “producir o reproducir” y “acondicionar con vistas a la producción o reproducción”⁵².

Por lo demás, dado que el objeto material del delito se describe como “variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales”, hay que entender que únicamente podrán constituir objeto de este delito aquellas variedades vegetales sobre las que se hubiese concedido un “título de obtención vegetal” con arreglo a lo que se dispone en el procedimiento fijado en los arts. 35 y ss. LPOV⁵³

Finalmente, como acabo de señalar, el legislador penal de 2003 ha creado otra figura delictiva en materia de obtenciones vegetales en el apartado 4 del art. 274, a través de la cual se castiga la utilización indebida de una *denominación* de variedad vegetal protegida.

La razón de ser de este precepto estriba en el hecho de que el art. 47-1 de la LPOV prevé que la variedad vegetal sea designada con una denominación que permita identificarla sin riesgo de confusión con otra⁵⁴

Evidentemente, en este caso se trata de una conducta análoga a la que se define en el delito referente a la utilización indebida de signos distintivos del apartado 1 del art. 274, puesto que se está comercializando un material vegetal de reproducción o multiplicación que, en realidad, no se corresponde con la denominación que se le atribuye.

52 Las modalidades de acción descritas en el precepto penal coinciden con las facultades que el art. 12 LPOV otorga al titular de los derechos de explotación del título de “obtención vegetal”. Vid. BAUCELLS, Comentarios, p. 986.

53 Vid. además arts. 2-1 y 5 y ss. LPOV, en donde se indica qué es lo que se entiende por variedad vegetal a los efectos de esta ley y cuáles son los requisitos exigidos para poder otorgar el título de obtención vegetal. Sobre ello vid. BAUCELLS, Comentarios, pp. 983 s.

54 Vid. BAUCELLS, Comentarios, p. 988.

8.3. El tipo cualificado común del art. 276

En el art. 276 se contiene un tipo cualificado común a todas las figuras delictivas descritas en los arts. 273, 274 y 275, y que se basa en la concurrencia de unas circunstancias agravatorias que se incluyen asimismo en los tipos cualificados de otras familias delictivas. Este precepto ha sido también modificado por la LO 15/2003.

Precisamente una de las modificaciones introducidas en el texto del precepto por parte de dicha LO ha sido suprimir la referencia explícita que se contenía en el primitivo art. 276-1 a los “delitos tipificados en los anteriores artículos”. Ello no obstante, el ámbito de aplicación de esta norma debe seguir siendo obviamente el mismo, puesto que sería absurdo vincularlo exclusivamente al delito del art. 275. Además, la nueva redacción del art. 276-1 mantiene que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión estará “relacionada con el delito cometido”.

En particular, cabe resaltar que un tipo cualificado parecido se prevé en el art. 271 para agravar los delitos contra la propiedad intelectual (precepto que, según se indicó, ha sido modificado también por la LO 15/2003 de un modo idéntico a como se ha hecho en el art. 276). Como con razón observó ya GUINARTE, parece claro que para redactar la norma del vigente art. 276 (que no se contemplaba en los textos prelegislativos anteriores) el legislador de 1995 se inspiró en aquel precepto, puesto que en el C.p. derogado figuraba ya este tipo cualificado en materia de propiedad intelectual en el antiguo art. 534 bis b), introducido en una reforma del 1987.

En cuanto a su contenido, la novedad de la reforma de 2003 consiste en añadir ulteriores circunstancias de agravación a la que ya existía con anterioridad.

De este modo, la única agravación incluida en el texto primitivo del CP de 1995 pasa ahora a ser la letra b): “Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los

objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados”.

Por lo demás, con relación a las **tres restantes circunstancias** introducidas en la reforma de la LO 15/2003, baste con recordar que se trata de elementos agravatorios conocidos ya en otras figuras delictivas.

La circunstancia incluida en la letra a) (“que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica”) se contempla también en otro delito incardinado en el propio Capítulo XI (art. 285), así como en diversas figuras delictivas. Ello no obstante, los tribunales deberán tener en cuenta las peculiaridades de los delitos contra la propiedad industrial y, en concreto, que normalmente la presencia de esta circunstancia aparecerá en la realidad criminológica asociada a la circunstancia de la letra a), bien porque los objetos ilícitamente producidos posean un especial valor, bien porque los perjuicios ocasionados sean especialmente importantes.

La circunstancia de la letra c) cuenta ya asimismo con un reconocimiento en otras figuras delictivas, como sobre todo en el delito de blanqueo de bienes y en el de tráfico de drogas, con relación a los cuales existe ya una relevante doctrina científica y jurisprudencial⁵⁵.

La circunstancia de la letra d), que existe también en el delito de tráfico de drogas, no requiere aquí tampoco mayores explicaciones.

8.4. La supresión de la consecuencia accesoria en el art. 276

La LO 15/2003 ha **suprimido** el apartado 2 del art. 276, según la redacción del CP de 1995, que indicaba que en el caso

⁵⁵ Vid. por todos MARTINEZ-BUJÁN, P.E., 2005, pp. 516 ss., y bibliografía citada.

de que el Tribunal apreciase la concurrencia del tipo cualificado del apdo. 1 “podrá decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado”, sin que dicho cierre pudiese exceder de cinco años.

Se trataba de una **consecuencia accesoria**, que ya se prevé con carácter general en la letra a) del art. 129-1. Ahora bien, la deficiente técnica del legislador penal de 1995 planteaba un problema interpretativo, puesto que el art. 276-2 entraba en colisión con lo que se establecía y sigue estableciéndose en el párrafo 2º del art. 288, que se incluye entre las disposiciones comunes a todo el capítulo XI y que, por tanto, es de aplicación también a las figuras delictivas contra la propiedad industrial: así, en contradicción con lo que disponía el art. 276-2, la norma del art. 288-2º no sólo resultaba aplicable a las figuras básicas de los delitos contra la propiedad industrial sino que además contemplaba la posibilidad de adoptar (no ya sólo la consecuencia accesoria del cierre de la industria o establecimiento) todas las medidas incluidas en el art. 129.

Es de alabar, pues, que el legislador de 2003 haya eliminado la incongruencia que ofrecía la presencia de dicho precepto, en abierta contradicción con la norma del párrafo 2º del art. 288, que preveía y sigue previniendo inequívocamente que el Juez o Tribunal podrán imponer **cualquiera de las consecuencias accesorias** enumeradas en las letras a) a e) del art. 129, de un lado, y que tales consecuencias podrán ser aplicadas a **todos** los delitos tipificados en cualquiera de las secciones del capítulo XI, de otro lado.

Resultaba sorprendente, por ello, la específica previsión del apartado 2 del art. 276, según la redacción inicial del CP de 1995, que, con respecto al tipo cualificado de las infracciones de propiedad industrial, ofrecía al Juez únicamente la posibilidad de imponer sólo una de esas consecuencias accesorias (la definida en la letra a).

La doctrina que se ocupó del tema coincidía mayoritariamente en señalar que el régimen específico y excepcional del art. 276-2 con respecto a la norma general del art. 288-2 carecía

de todo sentido y conducía a resultados absurdos. Y es que, en efecto, la falta de sintonía obedecía, sin duda, a un nuevo “despiste” del legislador, según permitía concluir una indagación histórica sobre los textos de proyectos anteriores. De ahí que la doctrina dominante reclamase ante todo una reforma legislativa que suprimiese el apdo. 2 del art. 276.

Con todo, hay que reconocer que, para algunos autores era ya posible (con arreglo a la legislación anterior) salvar la grave incongruencia sobre la base de estimar que no había inconveniente en que prevaleciese la norma general del art. 288, de tal modo que todas las consecuencias accesorias descritas en el art. 129 eran ya aplicables también a los delitos contra la propiedad industrial, tanto a las figuras básicas como al tipo cualificado del art. 276⁵⁶.

IX. LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES: LA NUEVA FIGURA DELICTIVA DEL ART. 286

En el seno de la sección tercera del capítulo XI del título XIII, la principal novedad de la LO 15/2003 radica en la creación de un novedoso precepto en el art. 286, que motivó que el tipo cualificado del delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores o de instrumentos negociados, incluido en el antiguo art. 286, pase a convertirse ahora en el apartado 2 del art. 285, y que el tipo básico de este delito se defina en el apartado 1⁵⁷.

56 Vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, 1996, 1401 y SORIANO, 92; vid. además JORGE, 797, si bien limitándose a reconocer que es una de las formas posibles de resolver el problema; de acuerdo también últimamente PAREDES, 248 y n. 276. Para mayores detalles vid. la 1ª edición de mi Parte Especial, 1999, pp. 153 s.

57 Por lo demás, La reforma llevada a cabo por la LO 15/2003 se circunscribió a efectuar modificaciones no sustanciales en el art. 285: se cambió el límite

La nueva figura contenida en el vigente art. 286 (delito de piratería de servicios de radiodifusión o interactivos) fue introducida con la finalidad –según se razona en la Exposición de Motivos- de “dar respuesta a los fenómenos delictivos surgidos en torno al fenómeno de la incorporación masiva de las tecnologías de la información y de la comunicación a todos los sectores sociales”⁵⁸. A tal efecto, se crean figuras delictivas “relacionadas con el acceso a los servicios de radiodifusión sonora o televisiva o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica”.

Uno de los casos paradigmáticos en que está pensando el legislador penal es el de las conductas relacionadas con la utilización ilegítima de descodificadores para acceder fraudulentamente a las televisiones digitales, caso recientemente detectado en nuestro país, cuando la policía descubrió la existencia de organizaciones dedicadas a la falsificación y venta de tarjetas descodificadoras, así como incluso redes destinadas a difundir a través de páginas *web* de Internet claves para descodificar tales tarjetas: se llegaba al extremo de facilitar verdaderos manuales para fabricar los dispositivos informáticos y electrónicos, que, junto con la difusión de códigos (*keys*) permiten el acceso fraudulento a las televisiones digitales. Desde esas páginas *web* (se han llegado a contabilizar hasta mil visitas diarias) el usuario “bajaba” a su ordenador personal el *software* y los códigos de acceso a una plataforma digital determinada y, posteriormente, a través de un programador de tarjetas inteligentes, grababa la clave en el microprocesador de la tarjeta correspondiente. En algunos casos los códigos facilitados a través de las páginas *web* se actualizaban cada mes, puesto que algunas plataformas digitales modifican las

cuantitativo, que, en lugar de 75 millones de pesetas, pasó a ser de 600.000 euros y se añadió la pena de inhabilitación especial.

- 58 Con todo, hay que tener en cuenta que, en lo que concierne a las conductas descritas en el apdo. 1, el legislador penal español está cumpliendo el compromiso impuesto por el considerando 13 y el art. 5.2 de la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso. Vid. BAUCELLS, Comentarios, p. 1063.

claves de acceso de forma periódica con el fin, precisamente, de evitar estos fraudes; de ahí que los usuarios tuviesen que volver a grabar los códigos para continuar accediendo gratuitamente a la programación codificada.

Ello no obstante, el art. 286 está pensado también para castigar las conductas que facilitan el acceso a toda clase de servicios interactivos, que ciertamente pueden ser prestados a través de entidades de radiodifusión pero también -y sobre todo- a través de internet e incluso por vía telefónica (piénsese en la venta de tarjetas piratas para móviles).

A la vista del complejo *modus operandi* de estas actividades fraudulentas el legislador de 2003 incluye en el art. 286 una minuciosa regulación de todas las conductas que se suceden en la realidad criminológica: desde el fabricante hasta el usuario final, pasando por todas las acciones intermedias.

El legislador parte de la base de que la mayor parte de estas actividades no tienen encaje en los delitos contra la propiedad intelectual o en los delitos de defraudaciones. Y de hecho, por lo que alcanzo a ver, los tribunales penales no han aplicado estos delitos en los casos relatados.

En realidad, desde la perspectiva de los delitos contra la propiedad intelectual, las conductas que se tipifican en el art. 286 afectan a los derechos de explotación de las entidades de radiodifusión (derechos de reproducción, distribución y comunicación), que son derechos de propiedad intelectual protegidos en la vigente Ley de propiedad intelectual como derechos “conexos”, afines a los derechos de autor. Ciertamente, tales derechos pueden entenderse tutelados penalmente por el art. 270-1 CP, dado que éste incluye las conductas relativas a las interpretaciones y ejecuciones de la obra, pero con la importante particularidad de que (según la opinión dominante) ello sólo sería factible en el caso específico de que la interpretación o ejecución fuese referida a una “obra literaria, artística o científica”, porque el art. 270 emplea el posesivo “su” interpretación o ejecución, referido a dicha obra y porque (según la misma opinión dominante) la emisión de la

señal audiovisual no es en sí misma una obra artística⁵⁹. Pero es que, además, la mayoría de las conductas tipificadas en el art. 286 (salvo la del apdo. 4) serían simples actos preparatorios de las citadas conductas del art. 270-1, en virtud de lo cual aquéllas encontrarían correspondencia con el tipo del apdo. 3 del art. 270 (según la nueva redacción aprobada por la propia LO 15/2003). Ahora bien, el delito del art. 286 posee una órbita de aplicación mucho mayor (tanto en lo que atañe a las acciones típicas como al objeto material), cuyo injusto, si bien englobará en la práctica la vulneración de derechos conexos de propiedad intelectual en el conjunto de servicios que presta, no exige conceptualmente tal afectación.

Finalmente, la conducta de mera utilización de los equipos o programas (en sí misma considerada) es muy similar a la definida en las defraudaciones de los arts. 255, 256 y 623-4 (y de hecho el apdo. 4 del nuevo art. 286 se remite a la pena del art. 255).

Así las cosas, es indudable que el **bien jurídico directamente protegido** es de naturaleza exclusivamente patrimonial individual, esto es, los intereses económicos de las entidades que prestan servicios de radiodifusión o interactivos, entidades que, por tanto, son los sujetos pasivos del delito⁶⁰.

Por ello, su ubicación sistemática en la sección relativa a los delitos relativos al mercado y a los consumidores (y, en particular, implícitamente, entre los delitos contra el libre mercado o la libre competencia, que tutelan un bien jurídico supraindividual) no es correcta. Más adecuado habría sido situar el delito en la sección relativa a los delitos contra la propiedad intelectual o,

59 Vid. MIRÓ, pp. 268 ss. y vid. supra el comentario al delito del art. 270

60 De esta opinión también: MUÑOZ CONDE, P.E., p. 523; BAUCCELLS, Comentarios, p. 1063, quien agrega que en el tipo penal los intereses económicos de los consumidores sólo se protegen de forma mediata, por más que en el considerando nº 15 de la Directiva 98/84/CE se llegue a afirmar que “estas actividades comerciales va en perjuicio de los consumidores a los que no se manifiesta el origen de los dispositivos ilícitos”.

en su caso, entre las defraudaciones de la sección 3ª del capítulo VI del título XIII⁶¹.

En el los **tipos de los apdos. 1, 2 y 3 el objeto material** no viene integrado por las interpretaciones o ejecuciones de la obra (como sucede en el art. 270-1), sino por el *equipo o programa informático* que facilita el acceso inteligible a los servicios de radiodifusión o interactivos.

La descripción del objeto material coincide exactamente con la que se contiene en el art. 5-e) de la Directiva CE y está redactada de un modo amplio (“cualquier equipo o programa”), que únicamente permite dejar al margen del precepto las conductas que gramaticalmente no tienen cabida en los términos “equipo” o “programa”, como, p. ej., las que recaen sobre una contraseña⁶².

Por lo demás, el equipo o programa informáticos deben estar “adaptados o diseñados para hacer posible” el acceso a un “servicio de radiodifusión sonora o televisiva” o a “servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica”⁶³

61 Se inclina por esta segunda ubicación: G. RUS, P.E., p. 586.

62 Cfr. BAUCELLS, Comentarios, pp. 1066 s.

63 Por “servicio de radiodifusión sonora” hay que entender (según se indica en el art. 2 de la Directiva) “cualquier transmisión por hilo o radioeléctrica, incluida la transmisión por satélite, de programas de radio destinados a su recepción por el público”. De este modo, quedan claramente excluidas las comunicaciones de radioaficionados o los canales privados de radiocomunicación, sin perjuicio de que éstas puedan integrar un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 (cfr. BAUCELLS, Comentarios, p. 1064).

La citada Directiva define asimismo de forma pormenorizada el “servicio de radiodifusión televisiva” como la “emisión primaria, con o sin hilo, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisivos destinados al público”, añadiendo ulteriores precisiones, como la de excluir “los servicios de comunicaciones que presten, previa petición individual, elementos de información u otras prestaciones, como la telecopia, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares”. Precisamente, desde la perspectiva del tipo penal del art. 286, estos últimos servicios deberán ser reconducidos a la mención alternativa que a renglón seguido efectúa el legislador a “servicios interactivos” (vid. BAUCELLS, Comentarios, p. 1064, quien acertadamente

En cuanto a la **conducta** de la figura del **apdo. 1**, puede decirse con carácter general que *prima facie* consiste en “facilitar el acceso inteligible” a dichos servicios o “suministrar el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente”, pero después tal conducta se concreta en una amplia gama de acciones, similares a las conocidas en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, que contiene actos meramente preparatorios como “poseer”.

Así las cosas, en rigor las conductas de facilitar o suministrar el acceso constituyen el resultado del delito, cuya concurrencia es, por tanto, imprescindible para la consumación del delito. Ahora bien, a ese resultado no se puede llegar con la simple posesión de equipos o programas informáticos no autorizados⁶⁴.

Con todo, lo más censurable es la extraordinaria anticipación de la línea de intervención penal que se produce en los referidos tipos, dado que se van a castigar a título de autoría conductas que materialmente son sólo constitutivas de simple participación y se van a sancionar también como hechos consumados actos que son simplemente tentativas o incluso meros actos preparatorios. Paradigmático al respecto es el tipo del apdo. 3, cuyo injusto se fundamenta en la expresión “incitando a lograrlos”, y que desde luego describe un comportamiento muy alejado de la lesión del bien jurídico⁶⁵.

agrega que servicios tales como las videoconferencias deben quedar excluidas de dicho concepto, por no ser programas de televisión ni estar destinados al público).

Por último, en la locución “servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica” habrá que incluir todo servicio que requiera una actividad por parte del usuario, bien a través de un ordenador, bien de un teléfono, bien del mando de un televisor (vid. BAUCELLS, Comentarios, p. 1065).

64 Cfr. BAUCELLS, Comentarios, p. 1067.

65 Cfr. MUÑOZ CONDE, P.E., p. 523. Muy crítico también BAUCELLS, Comentarios, p. 1067, subrayando la vulneración del principio de proporcionalidad que supone castigar con idéntica pena la conducta de quien posee estos instrumentos la conducta de quien los instala.

Por su parte, la **conducta del apdo. 2** se halla específicamente destinada a castigar una reciente conducta de la realidad criminológica, como es la manipulación de los PIN's o números de identificación para acceder a servicios telefónicos (habitualmente en telefonía móvil)⁶⁶.

Por tanto, el objeto material recae aquí exclusivamente sobre “equipos de telecomunicación” y la conducta puede consistir en una “alteración o duplicación” del número identificativo, de un lado, o bien en la “comercialización de equipos que hayan sufrido alteración fraudulenta”, de otro. Consiguientemente, a través de esta figura no se castiga la “utilización” del aparato (cosa que se hace en el apdo. 4), sino su mera manipulación o su comercialización.

En los tipos del los apdos. 1 y 2 tales conductas sólo constituyen delito si su realización va acompañada de un **elemento subjetivo del injusto** (“con fines comerciales” o “ánimo de lucro”)⁶⁷.

En cambio, en el caso del tipo del **apdo. 3** se indica expresamente que la conducta es delictiva aunque se realice “sin ánimo de lucro”: ello obedece al dato de que, al consistir la acción típica en una comunicación pública a una pluralidad indeterminada de personas, la conducta entraña ya en el plano objetivo un desvalor de resultado suficiente sin necesidad de ulteriores requisitos; de hecho, el legislador penal se inspiró en la aludida realidad criminológica, en la que el sujeto que comunicaba en internet los códigos de acceso obraba sin ánimo de lucro⁶⁸. Eso sí, el legislador concibe esta figura materialmente como una atenuación con respecto a la figura del apdo. 1 (únicamente impone

66 Cfr. BAUCELLS, Comentarios, p. 1069.

67 Con todo, la expresión “fines comerciales” debe ser interpretada como equivalente a “ánimo de lucro”, según se infiere de razones gramaticales, sistemáticas y teleológicas (vid. en este sentido BAUCELLS, Comentarios, pp. 1068 s.).

68 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., 2005, p. 313; BAUCELLS, Comentarios, p. 1071.

la pena de multa prevista en el apdo. 1, y no la de prisión), en atención al menor desvalor de acción que presenta la conducta del apdo. 3, aunque formalmente no se construye como un tipo derivado del apdo. 1, sino que se trata de un tipo autónomo⁶⁹. Por lo demás, aunque en principio el legislador español incluye toda clase de comunicaciones (“comerciales o no”), contiene como contrapartida dos requisitos que permiten restringir la órbita típica: por una parte, la información ha de ser “pública” y de ir dirigida a una “pluralidad de personas”; por otra, la información ha de ir acompañada de una “incitación” a lograr los accesos ilícitos, lo cual no sólo presupone una idoneidad objetiva para conseguir el propósito antijurídico⁷⁰, sino además la constatación de una cierta actividad complementaria de estímulo para que esa pluralidad de personas realice el acceso ilícito.

En el tipo del apdo. 1 el **consentimiento** del prestador de servicios elimina la responsabilidad penal, configurándose como una cláusula de exclusión de la tipicidad sobre la base de las mismas razones apuntadas al analizar los delitos contra la propiedad intelectual. En las figuras de los restantes apartados la referencia al consentimiento del sujeto pasivo carecería de sentido.

En caso de que el hecho descrito en el apdo. 1 pueda ser calificado como delito del art. 270-3, éste (que se castiga con pena ligeramente superior) será de preferente aplicación.

En el tipo del **apdo. 4** el objeto material no es ya el equipo o el programa informático en sí mismo considerado (como sucede en los dos primeros apdos.), sino el propio servicio o prestación que se consigue a través del equipo o el programa. De ahí que la conducta consista en la mera “utilización” de los referidos equipos o programas.

Según reconoce explícitamente el legislador, en esta conducta estamos ante una infracción que se aproxima a una auténtica

69 Vid. BAUCELLS, Comentarios, p. 1072, quien recuerda que la figura del apdo. 3 representa la transposición del art. 4-c) de la Directiva 98/84/CE.

70 A la que alude BAUCELLS, Comentarios, p. 1072.

defraudación, análoga a las de la sección 3ª del capítulo VI del título XIII. Precisamente por ello le asigna “la pena prevista en el art. 255 de este Código con independencia de la cuantía de la defraudación”. De esta manera, se renuncia a fijar aquí un límite cuantitativo mínimo similar al incluido en el art. 255, que separe el delito de la falta, con lo que la simple utilización del equipo o programa por parte del usuario en su domicilio particular es en todo caso constitutiva de delito, aunque haya causado un perjuicio patrimonial nimio a la entidad prestadora de servicios. Esta conclusión no es aceptable desde la perspectiva del principio de proporcionalidad y, en concreto, a la vista de su comparación con los delitos de los arts. 255 y 256⁷¹.

Todos los tipos del art. 286 se construyen como **delitos comunes**, por lo que regirán las reglas generales en materia de autoría y participación.

X. DISPOSICIONES COMUNES A LAS SECCIONES ANTERIORES (SECCIÓN 4ª DEL CAPÍTULO XI DEL TÍTULO XIII)

La LO 15/2003 modifica la redacción del apartado 1 del art. 287, en el sentido de que el ámbito de aplicación del requisito de perseguibilidad se limita ahora a los delitos incluidos en la sección tercera (“Delitos relativos al mercado y a los consumidores”, arts. 278 a 286), a diferencia de la anterior regulación, que incluía todos los delitos del capítulo XI.

No deja de ser sorprendente que ahora, tras la reforma de 2003, pasen a ser delitos públicos, perseguibles de oficio, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, que se orientan a la tutela de bienes jurídicos individuales, y, en cambio, manten-

71 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., 2005, p. 313; BAUCCELLS, Comentarios, p. 1073.

gan la condición de semipúblicos los delitos de la sección tercera, que, salvo los delitos de violación de secretos de empresa, tutelan bienes jurídicos supraindividuales y, por tanto, quedan siempre incluidos en la excepción del apartado 2 del art. 287⁷².

XI. ALTERACIÓN DE PRECIOS EN CONCURSOS Y SUBASTAS PÚBLICAS

En el art. 262 la LO 15/2003 introduce como novedad un apartado 2, que, al igual que el art. 288 párrafo 2º, permite imponer alguna de las consecuencias accesorias incluidas en el art. 129. Ello no obstante, en el caso del art. 262 tal posibilidad sólo es factible si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de las actividades ilícitas descritas en el apartado 1 del art. 262.

XII. BLANQUEO DE BIENES

12.1. El tipo básico del art. 301-1, párrafo 1º

La LO 15/2003 elimina la exigencia de que el delito *previo* deba ser *grave*.

Como es sabido, según la redacción del CP de 1995, el delito previo se calificaba de grave, por lo que, de conformidad con el art. 13, la conducta de blanqueo aparecía circunscrita a aquellos casos en que el presupuesto viniese integrado por un

72 En efecto, en los genuinos delitos socioeconómicos de consumidores y en los delitos contra el libre mercado se produce conceptualmente cuando menos la afectación a una pluralidad de personas, vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., 2005, pp. 239 ss. y 278 ss., y bibliografía citada.

delito castigado con pena grave (en el caso de la prisión, la pena superior a tres años, según el art. 33 en su redacción anterior).

La ampliación de los hechos previos a cualquier actividad delictiva representa una aberrante modificación, se mire por donde se mire: por un lado, genera una insalvable discrepancia entre la legislación preventiva y la represiva, porque la Ley contra el blanqueo, desde la reforma de 4 de julio de 2003, sólo entra en juego ante delitos castigados con prisión superior a tres años (art. 1.1 *in fine*) mientras que el CP admite el blanqueo de hechos sancionados con tres meses de prisión (cfr. art. 301-1 en relación con los arts. 13-2 y 33.3 a) del CP tras la reforma de la L.O. 15/2003, que califica como pena menos grave la prisión de tres meses hasta cinco años), lo cual invierte paradójicamente las relaciones del Derecho penal con el administrativo, pone en peligro la seguridad jurídica y quebranta el principio de intervención mínima; por otro lado, la desmesurada expansión de los hechos previos del blanqueo en el campo penal, que alcanza hasta los delitos de bagatela y a todos los imprudentes, limita la eficacia de la norma, incrementa los costes sociales de forma intolerable, vulnera la consideración del Derecho penal como *ultima ratio* y priva al blanqueo de significación autónoma respecto a otras figuras delictivas. En resumidas cuentas, la modificación del blanqueo realizada en este punto por L.O. 15/2003 supera los límites de una política criminal racional y es fiel exponente de una legislación puramente simbólica⁷³.

Por otra parte, la LO 15/2003 añade un novedoso inciso al apartado 1, en el que se otorga al juez la facultad de imponer al culpable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o industria; asimismo se incluye la posibilidad de imponer la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local, puntualizándose que la duración de la clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

73 Cfr. ABEL SOUTO, 2004, p. 87, y 2005, I.1.4. y IV.4.2.2. Críticamente también MUÑOZ CONDE, P.E., p. 546; G. ARÁN, Comentarios, p. 1155

12.2. El tipo cualificado del art. 301-1, párrafo 2º

El principal problema interpretativo que planteaba este tipo cualificado antes de la reforma de 2003 era el de decidir si la agravación surgía ya por el simple hecho de que la conducta recayese sobre bienes que procedían de cualquier delito relativo al tráfico de drogas, fuese cual fuese la pena prevista para éste, o si, por el contrario, sólo operaba cuando la conducta recayese sobre bienes que procedían de delitos calificables como graves.

En mi opinión, resultaba claro que el legislador construyó un auténtico tipo cualificado, dependiente del tipo básico, en atención a lo cual habían de concurrir necesariamente todos los presupuestos de este último, y entre ellos, por tanto, la exigencia de que el delito precedente fuese grave. Esta interpretación conducía a excluir del ámbito del delito de blanqueo las conductas que recayesen sobre bienes que tuviesen su origen en el delito de tráfico de drogas denominadas “blandas” tipificado en el art. 368, dado que es un delito menos grave⁷⁴.

Ahora bien, comoquiera que, según indiqué anteriormente, la reforma introducida por la LO 15/2003 no limita los hechos antecedentes del blanqueo a los delitos graves, sino que los extiende expresamente a toda clase de delitos, esta modificación ya no permite sostener la atipicidad del blanqueo de bienes procedentes del delito menos grave de tráfico de drogas blandas. Por tanto, esta conducta se reconduce ahora al tipo agravado del artículo 301.1, párrafo segundo.

74 Vid. en este sentido DEL CARPIO, 153 ss., quien se inclinaba por esta segunda interpretación aun reconociendo la incongruencia que suponía castigar como tráfico de drogas la conducta que realiza un mero consumidor-traficante y no castigar en cambio el comportamiento de quien se enriquece ilícitamente con el tráfico de esas drogas blandas. Con todo, reconocía acertadamente esta autora que el blanqueo que recae sobre bienes procedentes del tráfico de drogas blandas puede ser perseguido a través de otras vías (pp. 154 s.). En análogo sentido, vid. ABEL, 2005, IV, 4.2.3.3. y bibliografía citada.

12.3. El tipo cualificado del art. 302

También tiene carácter imperativo el comiso que la Ley 15/2003 introduce como medida nueva en el apartado 2 del art. 302.

Además de agregar una novedosa disposición específica en materia de comiso (que comentaré posteriormente) en el apartado 2 del art. 302, la LO 15/2003 introduce como ulterior novedad el contenido de la letra a) del art. 302-2, lo que supone declarar aplicables cualquiera de las medidas previstas en el art. 129. De este modo, al vigente redacción no sólo engloba las antiguas letras a), b) y c) del art. 302, sino que amplía el catálogo de las medidas que facultativamente puede decretar el juez.

Por último, también es nueva la medida de pérdida de posibles subvenciones o ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social (art. 302.2 b), consecuencia jurídica *sui generis* no prevista en la Parte general del Código. Aunque probablemente el legislador estaba pensando en que esta consecuencia fuese aplicable exclusivamente a organizaciones, nada impide aplicarla al sujeto individual (siempre que pertenezca a una organización)⁷⁵

12.4. El comiso

La reforma llevada a cabo por la LO 15/2003 introduce en la regulación de los delitos de blanqueo diversas disposiciones referentes al comiso, que constituyen una novedad en esta materia.

En primer lugar, en lo que atañe a todas las figuras contenidas en el art. 301, se añade un nuevo apartado 5, que se limita a

⁷⁵ Vid. en este sentido G. ARÁN, Comentarios, p. 1170, con ulteriores consideraciones sobre su naturaleza y alcance.

prever el comiso de las ganancias en sintonía con la regla general del art. 127, proveniente del CP de 1995: “si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código”.

En segundo lugar, en lo que se refiere al tipo cualificado definido en el apartado 1 del art. 302, el apartado 2 de este precepto agrega una disposición específica en materia de comiso, indicando que los jueces “impondrán ... el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo”.

Finalmente, en lo que concierne al tipo cualificado del párrafo segundo del apartado 1 del art. 301, relativo al blanqueo de bienes que tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, la reforma añade un nuevo inciso en el que se indica que “en estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código” (precepto que también es objeto de una profunda reforma en la propia Ley 15/2003).

Con relación a la aplicación de las disposiciones específicas del art. 374 al delito de blanqueo, hay que preguntarse ante todo si ello resulta correcto desde la perspectiva del fundamento de tales disposiciones.

La respuesta a este interrogante debe ser negativa, puesto que el fundamento de las disposiciones específicas sobre el comiso en materia de tráfico de drogas responde al fin de permitir decomisar aquí los bienes que constituyen el *objeto material* del delito (o sea, las propias drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), algo que no permite la regulación genérica contenida en el art. 127. Pues bien, sucede que en el delito de blanqueo el objeto material no aparece integrado ya por las drogas, sino por los “bienes” procedentes de un previo delito de tráfico de drogas, esto es, por cualquier cosa o derecho de lícito comercio valorable económicamente. Ello significa que en el delito de blanqueo únicamente podrán ser decomisables los

efectos, instrumentos y ganancias de esta infracción; pero éstos ya están incluidos en la regulación general del art. 127.

Así las cosas, cabe concluir que la remisión del art. 301-1 al art. 374 es en realidad una remisión sustancialmente superflua. Ahora bien, es indudable que, al establecerse efectivamente tal remisión, el delito de blanqueo queda sometido al novedoso y discutible régimen específico del art. 374⁷⁶, que además en algunos casos sólo cobra sentido cuando el objeto material del delito viene constituido por drogas.

Y es que, con respecto a este último precepto, hay que recordar que es objeto también de una profunda reforma en la propia Ley 15/2003, merced a la cual se introducen importantes novedades⁷⁷.

Entre tales novedades cabe destacar ante todo la posibilidad de imponer el “comiso del valor equivalente”. En efecto, en la regla 4ª del apartado 1 del art. 374 se establece que “si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse (sic) el de otros por un valor equivalente”.

Esta regla sobre el comiso del valor equivalente se incluye también en la regulación general del comiso en el nuevo apartado 2 del art. 127. Ello no obstante, en el art. 374 se añade una ulterior regla específica (la 5ª), que aclara el contenido de esta medida: “cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse (sic) el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables”.

A través de esta importante previsión del comiso del valor equivalente se trata de ofrecer una solución a los casos en que el sujeto responsable del hecho delictivo destruye u oculta

76 Vid. PUENTE ABA, 2003, p. 997.

77 Sobre ella vid. PUENTE ABA, 2003, 985 ss.

los bienes decomisables, de conformidad con la propuesta de la doctrina especializada y tomando como modelo la disposición ya existente en el Derecho alemán.

Dicha previsión guarda sintonía además con la Decisión marco del Consejo de la UE, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

La medida del comiso del valor equivalente resulta adecuada en el caso de la confiscación de las “ganancias” provenientes del delito, dado que el fundamento de la medida reside en frustrar el enriquecimiento ilícito. Sin embargo, la medida es discutible en el supuesto de los “medios o instrumentos” del delito, puesto que aquí el comiso sólo tiene sentido cuando quepa acreditar la existencia de una peligrosidad objetiva de tales medios o instrumentos, de cara a evitar que sean empleados en futuros actos delictivos. De hecho el CP alemán limita la aplicación del comiso del valor equivalente a los casos en que el responsable hubiese frustrado la confiscación de los efectos o instrumentos (señaladamente mediante su uso, consumo o enajenación); en cambio, obsérvese que el CP español dispone, sin restricción alguna, que “sí, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos ...”⁷⁸.

Por lo demás, al lado de la novedad que representa el comiso del valor equivalente, el art. 374 añade la posibilidad de que el objeto material (las drogas) sea *destruido* (regla 1ª del apdo. 1) o enajenado sin esperar a que la sentencia sea firme (apdo. 2), así como la posibilidad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos (apdo. 3).

78 Vid. PUENTE ABA, 2003, pp. 994 s.

La posibilidad de que se permita enajenar sin sentencia firme las ganancias derivadas del tráfico de drogas que sean objeto de blanqueo debe ser criticada por su inconstitucionalidad⁷⁹.

Finalmente, el apdo. 5 mantiene la previsión de que los bienes e instrumentos (así como los medios y las ganancias) definitivamente decomisados por sentencia serán adjudicados (“íntegramente”, se agrega ahora) al Estado, pero se aclara inequívocamente que los citados objetos “no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales”.

La explicación de esta última previsión, que mantiene una clara ruptura con el régimen general del comiso, debe hallarse en el contenido de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados, que destina dichos bienes a la prevención de toxicomanías y a la atención a drogodependientes, así como a la prevención y persecución de los delitos de tráfico de drogas, esto es, a las denominadas “víctimas sociales”⁸⁰.

XIII. LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

Además de la elevación de los límites cuantitativos contenidos en las diversas figuras delictivas (ya comentada más arriba), la LO 15/2003 incrementó ligeramente las penas de las faltas relativas a la Hacienda de la Comunidad Europea, incluidas en los arts. 627 y 628, cuya multa pasa ahora de uno a dos meses.

Asimismo, la ley modificó la pena del delito contable tributario del art. 310, que pasa a ser la de prisión de cinco a siete meses, en sustitución de las penas de arresto de fin de semana y de multa.

79 Cfr. ABEL, 2004, p. 87, y 2005, I.1.4.

80 Vid. críticamente PUENTE ABA, 2003, p. 1005

En cambio, en el delito de defraudación a la Seguridad Social del art. 307 la reforma de 2003 ha ido más allá, dado que ha modificado la redacción de algunos elementos del tipo básico, definido en el párrafo 1º del apartado 1.

Como es sabido, aunque confesadamente el legislador de 1995 había construido el delito de defraudación a la Seguridad Social tomando como modelo fiel la estructura del delito de defraudación tributaria⁸¹, lo cierto es que, sin que se supiese por qué, a la postre el texto que el legislador del CP de 1995 redactó en el párrafo 1º del apartado 1 del art. 307 ofrecía algunas diferencias en la descripción gramatical de la acción típica y del elemento subjetivo, que habían dado pie a que algunos autores hubiesen interpretado algunos aspectos de este delito de un modo parcialmente diferente a como se venía interpretando el delito de defraudación tributaria.

Pues bien, la reforma efectuada por la LO 15/2003 elimina tales diferencias y asimila plenamente el texto del art. 307 al del art. 305. En concreto, las modificaciones consisten en sustituir la proposición final (“para eludir”) por otra de gerundio (“eludiendo”), así como en suprimir la expresión “con ánimo fraudulento”.

Así las cosas, tras la reforma de 2003, es claro que resulta ahora insostenible la exégesis discrepante sobre el tipo de injusto del art. 307, sustentada por PÉREZ MANZANO/MERCADER, quienes, sobre la base de las mencionadas expresiones legales, interpretaban este tipo en un sentido diferente al tipo del art. 305.

En efecto, partiendo de la premisa de que la redacción anterior del art. 307, en lugar de emplear la proposición de gerundio

81 El texto del CP de 1995 provenía de la LO 6/1995, que, en la fecha de entrada en vigor del nuevo Código, se acababa de publicar. En la propia Exposición de Motivos que acompañaba al Proyecto de la LO 6/1995 se reconocía sin ambages que el delito de defraudación a la Seguridad Social era “ciertamente equiparable” al delito de defraudación tributaria, con la única salvedad que impone el objeto material y consecuentemente la diferente titularidad del bien jurídico

que se utiliza en el art. 305, recurría a una proposición adverbial final (“para eludir... obtener... o disfrutar...”), los citados autores entendían que, a diferencia de lo que sucedía en el art. 305, en el delito del art. 307 las referencias a la elusión, a la obtención y al disfrute no constituían un elemento del tipo objetivo, sino que expresaban solamente la finalidad exigida, con la particularidad añadida de que -en su opinión- ello tendría aquí el sentido de adelantar el momento consumativo, de un lado, y de “desconectar objetiva y subjetivamente el perjuicio económico en abstracto y la cuantía del mismo en concreto de la conducta típica”, de otro⁸².

A mi juicio, hay que elogiar la modificación efectuada por la LO 15/2003, puesto que la tesis de esos autores conducía a consecuencias muy insatisfactorias, puestas de relieve por la doctrina dominante⁸³.

Por el contrario, hay que lamentar que el legislador de 2003 no haya aprovechado la ocasión para subsanar los incomprensibles (y unánimemente criticados) descuidos del legislador de 1995, consistentes en no haber incluido en el art. 307-1 las consecuencias accesorias que se contienen en el párrafo 3º del apartado 1 del art. 305 y en no prever en el art. 307-3 la tercera “*causa de bloqueo*”, o supuesto negativo, que sí se contiene, empero, en el art. 305-4, a los efectos de impedir aplicar la causa de anulación de la pena.

XIV. DAÑOS AL PATRIMONIO CULTURAL

La LO 15/2003 modifica la redacción del tipo cualificado de la falta de daños incluida en el apartado 2 del art. 625, que permite imponer la pena fijada en el apartado 1 en su mitad superior

82 Vid. PÉREZ MANZANO/MERCADER, pp. 194 ss.

83 Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., 2005, pp. 594 ss.

cuando “los daños se causaran en los lugares o bienes a que se refiere el artículo 323 de este Código”⁸⁴.

Por un lado, cabe resaltar que la nueva redacción otorga mayor amplitud a esta infracción, habida cuenta de que, al remitirse ahora al art. 323, no sólo quedan abarcadas todas las circunstancias del antiguo apartado 2 del art. 625 (“daños en bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental”) sino que quedan incluidos además “los bienes de valor científico”, así como los “lugares” donde se producen dichos daños, que se enumeran de forma pormenorizada en el párrafo 1º del art. 323.

Por otro lado, la remisión expresa al art. 323, que ahora se efectúa en al art. 625-2 posee la virtualidad de corroborar la tesis de la doctrina mayoritaria, consistente en entender que el tipo delictivo del art. 323 requiere que el daño exceda de los 400 euros⁸⁵.

XV. EL NUEVO DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE DEL ART. 325-2

Con la finalidad de dar cumplimiento a la Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo de Europa, en orden a tipificar de forma expresa la emisión de radiaciones ionizantes, la LO 15/2003

84 Se mantiene la redacción del apartado 1 de este artículo para definir el tipo básico de la falta dolosa de daños, con la consabida novedad de situar el límite cuantitativo en 400 euros: “los que intencionadamente causaren daños cuyo importe no exceda de 400 euros”.

85 En este sentido, expresamente cfr. MUÑOZ CONDE, P.E., p. 572, CARMONA, P.E., p. 671; BAUCCELLS, Comentarios, p. 1376. La opinión mayoritaria así lo venía sosteniendo antes de la reforma de 2003, sobre la base de entender que este límite cuantitativo es el único criterio que nos permite diferenciar la falta del delito. Y ello a pesar de reconocer que, en contraposición al delito del art. 263, en el que se tutela un bien jurídico de naturaleza patrimonial individual, en el art. 323 se protege un bien jurídico colectivo, que impone pautas interpretativas distintas, como es la de atender al valor “cultural” del bien. Vid. por todos GUIASOLA, pp. 618 s.

incorporó esta figura delictiva, lo que provocó que el tradicional (por antonomasia) *delito ecológico* pasase a incardinarse consecuentemente en un nuevo apdo. 1.

La peculiaridad que diferencia esta nueva figura de la definida en el apdo. 1 reside en que las sustancias nocivas (que no aparecen taxativamente descritas, puesto que la referencia a “radiaciones ionizantes” es meramente ejemplificativa) deben haberse liberado, emitido o introducido en una cantidad tal que hayan llegado a causar efectivamente la muerte o (al menos) una lesión del tipo básico del inciso 1º del art. 147-1.

En tal caso el legislador impone la solución del concurso real material de delitos en atención al medio comisivo empleado: además de las penas que correspondan por la aplicación de los delitos de homicidio o lesiones cometidos, se añade una pena de prisión de dos a cuatro años.

Parece evidente que lo que ha pretendido el legislador de 2003 es castigar autónomamente el ataque al bien jurídico del medio ambiente cuando se realiza a través de la utilización de este tipo de radiaciones, con independencia no ya sólo, por supuesto, de la ulterior lesión de la vida o la salud de las personas, sino también del peligro para estos bienes jurídicos⁸⁶.

Sin embargo, y con independencia de su carácter simbólico, la redacción del nuevo tipo del art. 325-2 plantea insalvables problemas técnicos con relación a las restantes figuras delictivas reguladas en nuestro Código penal.

Así, por un lado, hay que tener en cuenta que en los arts. 341 y siguientes (situados entre los delitos de riesgo catastrófico, en el seno del título XVII) ya se venían sancionando infracciones delictivas relativas a la emisión de energía nuclear y de radiaciones ionizantes, aunque tales infracciones aparecen configuradas

86 Vid. BAUCCELLS, Comentarios, p. 1398, quien recuerda que, en la línea del CP alemán, el art. 325-2 no exige “el peligro para la vida o la salud de las personas”, sino que se limita a exigir contaminación de “aire, tierra o agua”.

como tipos de peligro concreto para la vida, la salud de las personas o los bienes.

El problema es que estas infracciones del título XVII no han sido modificadas y mantienen unos marcos penales de extraordinaria gravedad (prisión de quince a veinte años en el art. 341), cuya comparación con las penas del art. 325 no es comprensible. Así las cosas, ahora las penas previstas para los delitos de peligro concreto de los arts. 341 y siguientes podrán ser en muchos casos superiores a las que resultarían de aplicar las penas del art. 325-2 en concurso con el delito de lesión o incluso de homicidio, planteándose cuestiones concursales difíciles de resolver. Lo que, desde luego, parece claro es que, pese a la creación del nuevo art. 325-2, en la mayoría de los casos la estructura concursal formada por los delitos de peligro concreto de los arts. 341 ss., de un lado, y los delitos de homicidio y lesiones, de otro, recibirá una pena superior y dejará sin aplicación la norma del art. 325-2⁸⁷.

Por otro lado, la coordinación con el delito del apartado 1 del art. 325 es imposible de establecer, puesto que si se quiere dotar de virtualidad al delito del apartado 2, habría que llegar a la insostenible conclusión de que las radiaciones ionizantes resultarían privilegiadas frente a las restantes radiaciones incluidas genéricamente en el apartado 1⁸⁸. Así las cosas, parece preferible entender que el delito del apartado 2 debe quedar sin aplicación y considerar que el castigo de los actos de contaminación a través

87 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., p. 825; MUÑOZ CONDE, P.E., p. 586. De otra opinión CARMONA, P.E., p. 690, pero partiendo de la errónea premisa de que la figura del art. 325-2 contiene un delito de peligro concreto para la vida o la salud de las personas, lo cual es insostenible: si se interpreta que el tipo del art. 325-2 encierra un tipo de peligro, entonces habría que llegar a la conclusión de que esta figura sería un tipo privilegiado con respecto a la figura del art. 325-1, como por cierto acaba por reconocer la propia CARMONA. Vid. en este sentido críticamente con razón: BAUCCELLS, Comentarios, p. 1400.

88 Esta es la tesis por la que se inclina CARMONA, según se acaba de indicar en la nota anterior.

de radiaciones ionizantes habrá de ser reconducido al tipo básico del apartado 1 del art. 325⁸⁹.

XVI. LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA Y LA FAUNA

16.1. Ataques a la flora amenazada (arts. 332 y 632-1)

La LO 15/2003 introdujo una novedosa expresión (la exigencia de un “**grave perjuicio para el medio ambiente**”) que, a mi juicio, va referida únicamente a la primera modalidad de conducta (“cortar, talar, quemar, arrancar, recolectar”) según se desprende de una interpretación sistemática con la nueva falta (también introducida por la LO 15/2003) del art. 632-1. De hecho, cabe asegurar que la voluntad del legislador se dirigía exclusivamente a ofrecer un criterio de diferenciación entre el delito y la falta⁹⁰.

Por lo demás, desde el punto de vista dogmático la nueva expresión habrá de ser concebida como una referencia a la mayor gravedad de la afectación al bien jurídico, que se produce con la

89 Esta es la tesis por la que se acaba inclinando BAUCELLS, Comentarios, pp. 1400 s., quien de *lege ferenda* propone juiciosamente que el nuevo tipo penal se configure como un delito referido exclusivamente al peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, configuración que permitiría dotar de sentido al precepto, dado que entonces mientras cualquier radiación merecería la pena de seis meses a cuatro años (art. 325-1), las ionizantes merecerían una pena de dos a cuatro años (art. 325-2).

90 Parece claro que en el art. 332 hay que diferenciar tres modalidades diferentes de conducta: primera, destrucción o alteración del habitat; segunda, tráfico ilegal; tercera, conductas directamente destructivas de la especie (cfr. expresamente así MUÑOZ CONDE, P.E., p. 595; CARMONA, p. 701). Pues bien, resulta evidente a mi juicio que la nueva expresión legal introducida en 2003 únicamente cobra sentido si va referida a las conductas directamente destructivas de las especies, como son “cortar, talar, quemar, arrancar y recolectar”.

realización del delito en relación con la falta y que no altera la naturaleza jurídica de la infracción penal⁹¹. En consecuencia, si antes la doctrina especializada venía entendiendo que la primera modalidad (al igual que las restantes del art. 332) contenía un tipo de peligro concreto para la biodiversidad⁹², ahora deberá seguir manteniéndose esa calificación.

16.2. Caza o pesca prohibidas (art. 335)

Este precepto contiene el tipo proveniente de la redacción inicial del CP de 1995 (ahora incluido en el apdo. 1), y además, tras la LO 15/2003, unos tipos novedosos (definidos en los apdos. 2, 3 y 4).

Dicha Ley modificó asimismo la redacción del **apdo. 1**, de tal manera que, al lado de la conducta ya conocida de “cazar o pescar especies distintas de las indicadas en el artículo anterior”, se añade ahora la locución “cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca”, locución que sustituye a la de “no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia”.

Esta modificación del tipo contenido en el actual **apdo. 1** no es intrascendente, porque en la mayor parte de los casos que han motivado una condena por este delito la caza o la pesca –sí bien no expresamente autorizadas en la normativa administrativa– no estaban expresa y específicamente prohibidas. Los tribunales se apoyan en la prohibición general de cazar contenida en los arts. 26-4 y 33-1 de la LENFF y art. 6 RD 1095/1989. Sirvan de

91 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., p. 837. En sentido análogo vid. MUÑOZ CONDE, P.E., p. 596, quien entiende que dicha expresión “dota de mayor contenido material a este delito”; BAUCCELLS, Comentarios, p. 1438, quien recuerda que la doctrina y la jurisprudencia ya venían interpretando el tipo de este modo, o sea, como “un resultado de antijuridicidad material”.

92 Vid. Por todos HAVA, 2000, pp. 301 ss.

ejemplos extremos la SAP Almería 3-6-98, en la que se condenó a un sujeto que había cazado gorriones comunes, y la SAP Cáceres 25-5-98, en el que se condenó por la pesca de un galápago común⁹³. Por tanto, conductas como las enjuiciadas por dichas sentencias serán ahora ya formalmente atípicas⁹⁴.

El **nuevo apdo. 2** del art. 335 contiene un delito configurado explícitamente por el legislador como **independiente** de la figura del apdo. 1, basado en el hecho de que las conductas de caza o pesca se lleven a cabo en terrenos “sometidos a régimen cinegético especial”. El fundamento de la infracción reside exclusivamente en la cualidad del terreno, que goza de especial protección y que, por lo demás, puede ser público o privado⁹⁵. La expresión “sin el debido permiso de su titular” debe ser entendida en el sentido de que la autorización del particular propietario del terreno o la de la autoridad administrativa excluyen el tipo. Las críticas efectuadas con relación al delito del apdo. 1 son trasladables también aquí, puesto que la figura del apdo. 2 aparece configurada también como un delito formal o de pura desobediencia. Finalmente, el legislador reconoce explícitamente la posibilidad de que esta figura entre en concurso de delitos con la figura del apdo. 1. Esta última previsión sólo puede tener sentido si se interpreta que, a diferencia del apdo. 1, el tipo del apdo. 2 no requiere que la caza o pesca se hallen “expresamente prohibidas por las normas específicas”. De este modo, la figura del apdo. 2 es una figura menos grave que

93 Vid. los comentarios críticos de MUÑOZ LORENTE, en Revista Mensual de Gestión Ambiental, La Ley, nº 6, 1999 y nº 18, 2000.

94 De acuerdo explícitamente, vid. BAUCCELLS, Comentarios, p. 1455. Elogiando también la reforma en este punto, vid. MUÑOZ CONDE, P.E., 598

95 Tras criticar la redacción legal de este apartado, BAUCCELLS (Comentarios, p. 1459) se inclina por considerar que la autonomía de este delito debe basarse en la idea de que se protegen exclusivamente los intereses de uso y explotación con exclusividad de estas zonas por parte de sus legítimos titulares, lo cual vendría avalado por las expresiones típicas “ajenos” y “sin el debido permiso”. Con todo, reconoce que no se acaba de comprender por qué entonces la conducta de caza o pesca se sanciona sólo cuando “esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca”, y no en cualquier caso.

la del apdo. 1, según puede deducirse, por lo demás, de la menor penalidad que tiene asignada. Así interpretado, el tipo del nuevo apdo. 2 vendría a sustituir a la figura que hasta la LO 15/2003 se incluía en el art. 335 (caza o pesca no expresamente autorizadas), si bien circunscrita ahora a determinados terrenos.

En el nuevo **apdo. 3** se incluye un **tipo cualificado** con respecto al tipo del apdo. 2⁹⁶, que agrava sobre la base de exigir una multiplicación del resultado naturalístico, de tal suerte que no se produce la caza de unos pocos ejemplares, sino una profunda afectación al patrimonio cinegético de un terreno determinado sometido a un régimen de especial protección. En atención a ello cabe entender que lesiona (en el sentido de destrucción naturalística) la biodiversidad de dicho terreno protegido⁹⁷. Dada su naturaleza de tipo cualificado del tipo del apdo. 2, no puede entrar en concurso con esta figura delictiva; sí puede concurrir, en cambio, con la figura del apdo. 1.

Finalmente en el **apdo. 4** se recoge un **tipo cualificado común** a las tres figuras anteriores. La agravación surge cuando concorra alguna de las dos circunstancias que se describen de forma alternativa: actuación en grupo de tres o más personas, de un lado; utilización de artes o medios prohibidos, de otro.

Con relación a la primera de dichas circunstancias no deja de causar perplejidad que el legislador introduzca la agravación únicamente para las figuras del art. 335.

Con respecto a la segunda, hay que tener en cuenta que el delito del art. 336 tipifica ya expresamente como delito inde-

96 Rectifico la calificación de delito autónomo que atribuí a esta figura en MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., 2005, p. 841. Por lo demás, la remisión a las "conductas anteriores" debe entenderse efectuada exclusivamente a la figura del apdo. 2 y, en concreto, a las modalidades de acción de "cazar o pescar". Cfr. BAUCELLS, Comentarios, p. 1460.

97 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., 2005, pp. 841 s. En sentido similar vid. BAUCELLS, Comentarios, pp. 1460 s., quien subraya que el tipo exige un resultado lesivo para la fauna.

pendiente una conducta que comporta la utilización de artes o medios prohibidos, con la particularidad añadida de que ha de tratarse de instrumentos de singular eficacia destructiva. Dada esta especificidad, parece que en este último supuesto habría que aplicar, en principio, el delito del art. 336⁹⁸. Ahora bien, la falta de congruencia de los marcos penales de los arts. 335 y 336 puede hacer imaginables hipótesis delictivas en las que la aplicación del tipo cualificado del art. 335-4 (en relación con el delito del art. 335-3) reciba mayor pena que la estructura concursal formada por el delito del art. 336 y el delito del art. 335-3. Situados ante semejante panorama, habrá que aplicar la solución que obtenga mayor pena.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, *Discordancias y errores introducidos en el Código penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre, que deben ser erradicados del Texto punitivo*, en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 11, 2004
- ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, (en prensa) Barcelona 2005
- BAUCELLS LLADÓS, *Comentarios al Código penal*, (J. Córdoba/M. G. Arán, dirs.), Madrid 2004
- CARBONELL/GUARDIOLA, *Consideraciones sobre la reforma penal de 2003*, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2004, Nº 12
- CARMONA SALGADO, *Derecho penal español. P.E.*, (M. Cobo, dir.), Madrid 2004
- DÍEZ RIPOLLÉS, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 06-03 (2004), en <http://criminnet.ugr.es/recpc>

98 En este sentido, vid. BAUCELLS, *Comentarios*, p. 1462.

- GALÁN MUÑOZ, *El nuevo delito del artículo 248.3 CP: ¿un adelantamiento desmedido de las barreras de protección penal del patrimonio?*, en *La Ley*, nº 6037, 2004
- GARCÍA ALBERO/TAMARIT, *La reforma de la ejecución penal*, Valencia 2004
- GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código penal*, (J. Córdoba/M. G. Arán, dirs.), Madrid 2004
- GIMBERNAT ORDEIG: *Las llamadas “importaciones paralelas” y el art. 270, párrafo 2º del CP*, en L.H. Torío, Granada 1999
- GONZÁLEZ CUSSAC, *La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal*, en *Revista Xurídica Galega*, nº 38, 2003
- GONZÁLEZ GÓMEZ: *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid 1998
- GONZÁLEZ RUS, *Derecho penal español*. P.E., (M. Cobo, dir.), Madrid 2004
- GUARDIOLA, *Corrección de errores en el BOE y principio de legalidad en materia penal*, en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, 2004, nº 10
- GUINARTE CABADA: *Algunas notas sobre la nueva regulación de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en el CP de 1995*, en *Acatas de Derecho Industrial*, t. XVI, 1996
- GUISASOLA LERMA, *Delitos contra el patrimonio cultural: arts. 321 a 324 CP*, Valencia 2001
- HAVA GARCÍA: *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, Valladolid 2000
- JORGE BARREIRO: *De los delitos relativos a la propiedad industrial*, en *Comentarios al C.p.*, (G. R. Mourullo, dir.), Madrid 1997
- LASCURAIN SÁNCHEZ, *¿Qué les corten la cabeza?*, en *Claves de razón práctica*, nº 145, 2004

- MAGALDI PATERNOSTRO, *Comentarios al Código penal*, (J. Córdoba/M. G. Arán, dirs.), Madrid 2004
- MARTÍN URANGA: *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas. Especial consideración de su protección penal*, Granada 2003
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social*, Madrid 1995
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. P.E.*, Valencia 1999
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “Big Crunch” en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)*, en L.H. Cerezo, Madrid 2002
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. P.E.*, 2ª ed., Valencia 2005
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *El delito de insolvencia del art. 260 CP, tras la nueva Ley concursal*, en LH R. Mourullo (en prensa)
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: en AAVV, *Comentarios al C.p. de 1995* (ed. T. Vives), Valencia 1996
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Las nuevas figuras especiales de insolvencia*, en L.H. Ruiz Antón, Valencia 2004
- MELENDO PARDOS, *Bromas y veras en nuestra reciente legislación penal: sobre la fugacidad de las nuevas figuras de acumulación de faltas patrimoniales*, en diario La Ley, nº 5919, 2003
- MIRÓ LLINARES: *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Madrid 2003
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. P.E.*, 15ª ed., Valencia 2004
- MUÑOZ LORENTE, en *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, La Ley, nº 6, 1999 y nº 18, 2000
- PAREDES CASTAÑÓN: *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, Madrid 2001

- PÉREZ MANZANO/MERCADER UGUINA: *El delito de defraudación a la Seguridad social*, en AAVV Comentarios a la legislación penal, T. XVIII, Madrid 1997
- PORTELLANO DÍEZ: *Los nuevos delitos contra la propiedad industrial*, en CPC, nº 60, 1996
- PUENTE ABA: *La nueva regulación del comiso en el Proyecto de L.O. de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código penal*, en AP, nº 39, 2003
- QUINTERO OILVARES, en GÓMEZ BENÍTEZ/QUINTERO OLIVARES, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid 1988
- QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código penal*, (G. Quintero, dir.) 3ª ed., Pamplona 2004
- RODRÍGUEZ MORO: *La nueva protección penal de la propiedad intelectual (Análisis de la reforma del CP por la LO 15/2003)*, en Actas de Derecho Industrial, t. XXIV, 2003
- SORIANO SORIANO: *Los delitos contra la propiedad industrial*, en CDJ, t. XX, 1996
- VIVES ANTÓN/G. CUSSAC, en *Derecho penal. Parte Especial*, (VIVES/ORTS/CARBONELL/G. CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN) Valencia 2004