PENAL

ALFONSO SERRANO GÓMEZ*

I. DEROGACIÓN DE LA LEY PENAL Y DISCIPLINARIA DE LA MARINA MERCANTE Y RETROACTIVIDAD

La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, recoge en su Disposición Derogatoria Única, apartado i): «queda derogada la *Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955*».

Se déroga así una ley que mantenía la pena de muerte¹, a pesar de no ser una ley penal militar², se debió actualizar después de lo que dispone el art. 14 de la Constitución Española de 1978: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». En esta línea el Código Penal Militar de 1986 dispone en su art. 14 lo que ha de entenderse por «tiempos de guerra»³. Este Código mantiene la pena de muerte, nunca como pena única, en diversos supuestos; generalmente oscila de la

* Profesor de Derecho Penal y Criminología. UNED.

¹ No se establecía como pena única, sino la compuesta de reclusión mayor a muerte, para supuestos de piratería (art. 12) e insulto de obra a superior o a los mandos del buque con resultado de muerte del superior agredido (art. 31.1.º).

² Véase SERRANO GÓMEZ, A.: «La pena de muerte en el Real Decreto-Ley 45/1978, de 21 de diciembre; en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1980.

³ Según el art. 14 del C.P.M.: «A los efectos de este Código se entenderá que la locución «en tiempo de guerra» comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas».

prisión entre diez, quince, veinte y veinticinco años, añadiendo «pudiendo imponerse la de muerte»⁴. En la misma situación se encontraba la Ley Penal y Procesal de la navegación aérea, donde también se preveía la pena de muerte para algunos supuestos, sin ser tampoco Ley Penal militar, sin embargo, se suprimió en 1986⁵.

La Ley de Puertos del Estado de 1992 no recoge ninguna disposición transitoria donde se haga referencia a las penas impuestas de acuerdo con la derogada LPDMM, a los procedimientos iniciados o por iniciar, ni a sentencias en fase de ejecución o pendientes. Se plantea así el problema de dar solución a todas esas posibles situaciones, aunque se ha de recordar que ha sido excepcional la aplicación de esa ley.

Teniendo en cuenta que la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992 es una ley administrativa, sin contenido penal, se plantea el tema de si entra en aplicación el Código Penal para los casos pendientes que correspondían a la LPDMM. A este respecto hay que tener en cuenta: Que la ley derogada ha perdido todo su valor normativo. De otra, lo que dispone el art. 7.º⁶ del Código Penal y el art. 1.º de la ley derogada⁷. Por su parte la LPDMM era una ley especial respecto del Código Penal y precisamente por esta condición se llevaron a la misma supuestos típicos fuera del Código.

La Ley de Puertos debió establecer un derecho transitorio para adaptar el régimen penal de la LPDMM anterior a su derogación, por lo que se da un vacío legislativo, que no puede suplirse con la aplicación del Código Penal que sólo será posible para los hechos que se cometan con posterioridad a la derogación

⁴ Está prevista la posibilidad de la pena de muerte para tiempos de guerra en el Código Penal Militar en los delitos de traición arts. 49 y 50, espionaje (art. 52), delitos contra las leyes y usos de guerra (arts. 70, 71 y 76), rebelión (art. 79), delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar que causan lesiones graves o muerte (arts. 85 y 86), atentado contra autoridad militar igualmente con resultado de muerte o lesiones graves (art. 87), lo mismo en el delito de sedición (art. 91), maltrato a superior, con los mismos resultados, o insultos (art. 98), desobediencia (art. 102), abuso de autoridad con resultado de muerte (art. 104), cobardía (arts. 107, 109 y 111), delitos contra los deberes del mando (art. 130), abandono de un servicio de armas o transmisiones (art. 144), abandono del puesto por centinela (art. 146) o incumplir sus obligaciones con grave daño para el servicio (art. 147), delitos contra la integridad del buque de guerra o aeronave militar (art. 165).

⁵ Véase Ley Orgánica 1/1986, de 8 de enero.

⁶ Según el art. 7 del C.P.: «No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. No obstante, sí les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo». La referencia que hace de «este capítulo» se refiere a los seis artículos anteriores.

⁷ Disponía el art. 1.º de la LPDMM, en su párrafo segundo: «Los preceptos del Libro I del Código Penal tienen carácter supletorio en lo que de modo expreso no esté regulado por este título». Ninguna referencia se hace respecto a los delitos en particular recogidos en el Libro II del Código Penal.

de la LPDMM. Cuando el legislador hace modificaciones con leyes especiales suele argumentar sus razones; en este sentido cabe hacer referencia al punto 3 del preámbulo de la Ley 3/1967, de 8 de abril⁸.

II. POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA

Sólo conozco un supuesto en el que se condenó conforme a la LPDMM y que resolvió el Tribunal Supremo en recurso interpuesto estando en vigor esta ley y confirmando la sentencia con posterioridad a su derogación. La Audiencia Provincial condenó por un delito de naufragio del párrafo primero del art. 59 de la derogada LPDMM. El recurso ante el Supremo se interpuso en abril de 1991. La vista tuvo lugar el 22 de marzo de 1993, y la sentencia el 1 de abril del mismo año.

Un resumen de los hechos que llevaron a la sentencia condenatoria, según recoge la propia sentencia son:

«El procesado Francisco M..., mayor de edad, armador del buque Big... que explota el referido barco, se puso de acuerdo con su yerno el también procesado Francisco, mayor de edad, sin antecedentes penales, a la sazón patrón de pesca de dicha embarcación y con el maquinista de la misma y también inculgado Victoriano, mayor de edad, sin antecedentes, para proceder a hundir el precitado barco, y cobrar, de esta forma, el importe del seguro que cubría los riesgos de mar de dicho buque, concertado con la Mutua de Seguros... por un capital de 39.000.000 de pesetas.»

En el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia se dice que:

«Los hechos anteriormente descritos son legalmente constitutivos de un delito de naufragio intencionado de buque, previsto y penado en el art. 59-1.º de la Ley Penal de la Marina Mercante, como medio (art. 71 de dicho texto

⁸ Según el Preámbulo de la Ley 3/1967: «La persistencia y continuidad con que se producen los delitos cometidos con ocasión del tránsito de automóviles y su indudable semejanza con otros previstos en el Código Penal aconsejan la conveniencia de su inserción en el principal texto punitivo, aunque sea preciso, en muy limitados casos, trasplantar al mismo algunos tipos que, configurados en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor parece necesario conservar en razón a los bienes jurídicos que protegen... La experiencia proporcionada con la aplicación de la ley especial permite dar ya este paso adelante, encuadrando los delitos que tipificaba en el Código Penal común».

legal, para cometer estafa, prevista y penada en los arts. 528-4.º y 529-7.º del Código Penal... en grado de frustración art. 3 del referido texto legal...».

Se condenó por la Audiencia a los tres procesados a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor, por el delito de estafa, y a la de seis años y un día de prisión mayor, con sus accesorias, por el delito contra la integridad del buque, de naufragio intencionado.

Como ya se apuntó más arriba el Tribunal Supremo desestimó el Recurso de Casación, confirma la resolución de la Audiencia, en sentencia de 1 de abril de 1993, sin hacer ninguna mención a la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992, que había derogado la LPDMM. El Recurso de aclaración interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo, como consecuencia de haber confirmado la resolución estando derogada la LPDMM en Auto de 30 de septiembre de 1993, declara no haber lugar al mismo, no obstante en el primero de sus Razonamientos Jurídicos, tras especificar que la LPDMM había sido derogada por la de Puertos del Estado y de la Marina Mercante recoge lo que sigue:

«Si bien es cierto que aquella ley fue derogada por la segunda que se cita, no debe olvidarse que la misma es especial respecto al Código Penal común, en el que también se incrimina el comportamiento de los procesados en alguno de sus preceptos, y como tal derogación se produjo después de dictarse la sentencia de instancia, y a los términos y derecho aplicado en la misma ha de sujetarse el recurso de casación que se interponga contra ella, es a dicha sala de instancia a la que corresponde en trámite de ejecución de sentencia y no a este Tribunal de Casación, proceder a ajustar el fallo cuestionado a la legalidad que lo rija, lo que hará previa audiencia de las partes y tras el examen y comparación de los artículos de ambos textos legales que tipifican como delitos las conductas enjuiciadas que es la manera de saber si debe mantenerse el pronunciamiento proferido como más beneficioso para el reo o deben hacerse en él algunas modificaciones, por tal razón.»

Teniendo en cuenta que durante la tramitación del Recurso en el Tribunal Supremo se había derogado la LPDMM, debió seguirse el mismo trámite que se estableció en la regla 3.ª de la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 8/1983, de 5 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, que disponía:

«Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de parte por el término de ocho días para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos reformados, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el Magistrado Ponente, continuando la tramitación con arreglo a Derecho.»

El legislador debió establecer en una Disposición Transitoria de la Ley de Puertos del Estado la situación respecto de los hechos enjuiciados, no ejecutados o pendientes de enjuiciar.

El Tribunal Supremo, en el auto de referencia, dice que se dé «audiencia a las partes» para llegar a la solución «más beneficiosa para el reo». Como se verá más adelante no se puede dar vista a la acusación particular, ni estamos en un tema de retroactividad de Ley Penal más favorable como igualmente parece indicar el Tribunal Supremo, y así lo ha entendido la Audiencia Provincial que condenó y el Ministerio Fiscal.

III. TRASLADO A LAS PARTES

La Audiencia Provincial dio traslado al Ministerio Fiscal, acusación particular y defensa para que se pronunciaran respecto del Auto de 30 de septiembre de 1993 del Tribunal Supremo.

Si estamos ante un supuesto de precepto legal más beneficioso para el reo, no procede dar traslado para que se pronuncie sobre la ley aplicable a la acusación particular, por lo que sigue:

a) La acusación particular, precisamente por ser su función la de acusar, hay que pensar que no será parcial en este tema, sin duda que no es función suya determinar cuál es la ley más favorable respecto de quien acusa, pues conocida es la tendencia casi generalizada de los acusadores de pedir la pena máxima posible.

b) A lo sumo correspondería informar al Ministerio Fiscal, que con frecuencia sigue la tendencia de la acusación particular. Tampoco debía de informar el Fiscal, aunque normalmente sí lo hace. Debía resolverse entre el Tribunal sentenciador, la defensa y oír al reo. No obstante, se cita a título de ejemplo lo que dispone la regla tercera del art. 5.º de la Ley 3/1967 de 8 de abril que modifica el Código Penal, Enjuiciamiento Criminal y Ley Penal del Automóvil:

«... Esta rectificación se tramitará por el Tribunal sentenciador con dictamen del Ministerio Fiscal y audiencia del reo...».

Cuando se trata de penas de distinta naturaleza se dice que «será oído el reo». Valga como ejemplo la Disposición Adicional de la Ley 23/1976 de 19 de julio que modifica el Código Penal, al disponer:

«Los Tribunales y Juzgados procederán de oficio, oído el Ministerio Fiscal, a rectificar las sentencias firmes no ejecutadas, total o parcialmente, y dictadas conforme a los preceptos del Código Penal derogados o modificados por la presente ley, en las que con arreglo a las nuevas normas hubiera correspondido al reo la absolución o una condena más beneficiosa para la aplicación taxativa de sus preceptos y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En caso de tratarse de penas de distinta naturaleza será oído el reo.»

El Proyecto de Código Penal de 1980⁹ y el de 1992¹⁰ disponían que «en caso de duda será oído el reo». También el Código Penal militar de 1985¹¹.

La situación todavía es más irregular si se tiene en cuenta que la Audiencia Provincial simultáneamente dio traslado a la acusación particular y a la defensa –antes lo había hecho al Ministerio Fiscal– para que expusieran lo pertinente en relación con el auto varias veces citado del Tribunal Supremo. La defensa se sitúa en desventaja al desconocer la postura de la acusación, lo que no sucede en cualquier procedimiento iniciado por sumario o en diligencias previas del procedimiento abreviado.

IV. RETROACTIVIDAD

No estamos ante un supuesto de retroactividad del art. 24 del Código Penal, pese a que así lo entiende la Audiencia Provincial encargada de ejecutar la sentencia y el Ministerio Fiscal.

Dispone el art. 24 de referencia:

«Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme...».

Para que pueda darse la retroactividad en el supuesto del art. 24 es necesario que la ley retroactiva sea una ley penal. La Ley de Puertos del Estado y

⁹ Disposición Transitoria tercera del Proyecto de 1980.

¹⁰ Disposición Transitoria undécima número 2 del Proyecto de 1992.

¹¹ La Disposición Transitoria tercera del CPM dispone que: «En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por hallarse pendientes de recurso, se aplicarán de oficio o a instancia de parte los preceptos de este Código, cuando resulten más favorables al reo, previa audiencia del mismo».

de la Marina Mercante de 24 de noviembre de 1992 es una ley que no tiene ningún contenido penal, por lo que no puede tener efecto retroactivo a efectos penales. En suma, no procede hacer referencia al art. 24 del Código Penal, que tampoco puede ser retroactivo respecto de la LPDMM, por ser ley anterior.

V. APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE

Podía plantearse el tema, según se desprende del propio Auto del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1993, que nos encontramos ante un supuesto de ley más favorable, pero no retroactiva, y que se llegaría a esta solución a través de la analogía «in bonam partem» del principio de retroactividad. Si fuera así hay que defender la imposibilidad de que los condenados cumplan pena alguna, pues la ley más favorable es la de Puertos del Estado que no tiene contenido legal.

Si nos encontramos ante un supuesto de Ley más favorable no hay duda que la más beneficiosa para los condenados es la Ley de Puertos del Estado, pues en realidad no hay ley penal. Ni siquiera sería necesario consultar a los condenados, pues al no poderseles aplicar la LPDMM quedarán exentos de todo tipo de responsabilidad criminal. Es más, no podrían cumplir condena, al no estar penados.

VI. INMERSIÓN DE NAVE

Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular sostienen que debe aplicarse el art. 554 del Código Penal que castiga a quien «causare maliciosamente daños de cualquier cuantía mediante la destrucción de aeronave, inmersión o varamiento de nave...».

Sin entrar ahora de nuevo a insistir que no es posible la ejecución de la pena impuesta por la Audiencia Provincial, como consecuencia de la derogación de la LPDMM por la Ley de Puertos, que carece de contenido penal y disposición transitoria alguna respecto de la ley derogada, tampoco es aplicable el art. 554 del Código Penal por tratarse de destrucción de bienes propios, pues uno de los condenados –Francisco M.– era el propietario y armador del buque objeto del naufragio.

Disponía el párrafo primero del art. 559 de la LPDMM, por el que se condenó:

«El abordaje, el naufragio o la destrucción de un buque realizado intencionadamente en la mar, aun con la anuencia de su propietario o armador, se castigará con la pena de presidio mayor o reclusión mayor».

El delito de daños para ser punible ha de llevarse a cabo sobre bienes ajenos, lo que se deduce de lo previsto en el art. 557 del Código Penal, en relación con el art. 554. Dispone el primero: «son reos de daños y están sujetos a las penas de este capítulo los que en la propiedad ajena causaren alguno que no se halle comprendido en el anterior».

El art. 557 es el primero del capítulo VIII, título XIII, del Libro II del Código Penal, que se ocupa «De los daños». Se castiga en este capítulo IX los supuestos no comprendidos en el capítulo anterior, es decir el VIII donde se encuentra el art. 554, dentro de los estragos. Se dice en éste, como ya se apuntó más arriba que se castiga al «que causare maliciosamente daños de cualquier cuantía mediante destrucción de aeronave, inmersión o varamiento de nave».

Los autores nunca pretendieron cometer un delito de daño, pues la finalidad, según la sentencia, era estafar a la compañía aseguradora, pues así se recoge en la propia sentencia.

La Audiencia condenó en base al párrafo primero del art. 59 de la LPDMM, cuando estaba vigente, pues el naufragio o la destrucción de un buque realizado intencionadamente se castigaba en todo caso «aun con la anuencia de su propietario o armador». Hoy no podría hacerlo en base al art. 554 del Código Penal. Derogada la ley la conducta no puede subsumirse en el art. 554 del Código Penal, pues se insiste que la inmersión de un buque por su propietario es impune. Francisco M. era su propietario, mientras que los otros dos condenados siempre estuvieron convencidos de que así era, pues trabajaban para aquél, que según la propia sentencia era quien explotaba el barco.

VII. MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En la Memoria de 1993 aparece un estudio en el que se mantiene que los hechos por los que fueron condenadas las personas referidas no se encuentran hoy tipificados en el Código Penal¹². Recoge:

«El abordaje, el naufragio o la destrucción de un buque realizados intencionadamente en la mar, aun con la anuencia de su propietario o armador, se

¹² Memoria F.G.E., 1993, págs. 786-787.

castigaba (art. 59, párrafo primero) con las penas de presidio mayor a reclusión menor. Ciertamente, penas de una dureza semejante las establece el Código Penal en el art. 547.2.º, cuando castiga con la pena de reclusión mayor a los que incendiaron un buque fuera de puerto, incendio que supone la inmensa mayoría de las veces la destrucción o naufragio del buque: y cuando impone la pena de reclusión a los que incendiaron un buque en puerto (art. 548). Pero fuera de estos supuestos, suprimido el precepto de la ley especial, el abordaje, el naufragio o la destrucción de un buque realizados intencionadamente en la mar, hechos todos muy graves no merecen actualmente otro castigo que el señalado en el art. 563 del Código Penal, pena de multa de 100.000 a 700.000 pesetas, porque no pueden incluirse en los arts. 558, 561 y 562 del Código. Lo mismo puede decirse de los abordajes, naufragios o destrucción de buques causados intencionadamente dentro de un puerto.»

Si se ejecutara la sentencia que en su día impuso la Audiencia Provincial, sea cual fuere la pena que se fijara, pues el citado art. 554 permite al Tribunal rebajarla hasta un mes y un día de arresto mayor, podría vulnerarse el principio de legalidad garantizado en el art. 9.3 de la Constitución española de 1978, en relación con el art. 25.1.