

***El nuevo delito de fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas destinados a la comisión de estafas: ¿Un ejemplo más de expansión desmedida del denominado “moderno Derecho Penal”?***\*

Dr. Alfonso Galán Muñoz.

*1. Introducción. 2. El nuevo delito del art. 248.3 CP como delito de emprendimiento respecto a las estafas. a) La remisión del art. 248.3 CP a las estafas: Delimitación y efectos. b) Problemas derivados de esta concepción. 3. El delito del artículo 248.3 CP como delito de peligro abstracto. 4. Toma de postura: El artículo 248.3 CP como delito protector de valores supraindividuales. 5. Problemas derivados de la interpretación sostenida.*

---

**Palabras claves: Delincuencia informática; Moderno Derecho Penal; Delitos de peligro abstracto; Bienes jurídicos colectivos; Delitos de posesión**

**I. Introducción.**

La reciente aprobación de la Ley orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre ha venido a representar la que tal vez tendría que ser considerada como la más importante reforma del Código Penal de 1995, de entre las que se han acometido hasta el momento, ya que su entrada en vigor supondrá la modificación de un significativo número de preceptos tanto de su Parte General, como de su Parte Especial, donde vendrá a determinar la aparición de algunas novedosas figuras delictivas.

Muchas son, por tanto, las cuestiones y problemas interpretativos a los que la doctrina habrá de enfrentarse para alcanzar una correcta delimitación de la importancia y repercusiones de dichas modificaciones, y es en esta línea de estudio, aún inicial, pero indudablemente necesaria en la que pretendemos incardinar el presente trabajo, el cual, lejos de pretender dar una visión global de los efectos que generará la entrada en vigor

---

\* O autor é Doctor en Derecho penal por la Universidad de Sevilla. Profesor de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla- España.

de la mencionada ley, tiene por finalidad, la mucho más humilde y específica, de intentar concretar aquellos efectos que se derivarán de la inclusión de un nuevo apartado en el artículo 248 del vigente Código Penal.

En efecto, la comentada ley orgánica de reforma del Código Penal, en su apartado Octogésimo segundo, ha venido a añadir al artículo 248 de nuestro Código Penal un tercer apartado, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“3. La misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.”<sup>1</sup>*

Varios son los retos a los que este nuevo precepto nos enfrenta, ya que no sólo tendremos que delimitar y concretar las conductas que alcanzarán relevancia penal como consecuencia de su entrada en vigor, sino que también estaremos obligados a establecer la relación existente entre dicho delito y los contemplados en los apartados precedentes del mismo artículo.

Planteados los objetivos generales de este estudio pasemos, sin mayor dilación a afrontar el desarrollo, del primero de los mismos, la delimitación del delito que se viene a contemplar en el nuevo art. 248.3 CP.

## **2. El nuevo delito del art. 248.3 CP como delito de emprendimiento respecto a las estafas.**

El referente básico e inicial a la hora de delimitar cualquier injusto delictivo, nos vendrá dado por el bien jurídico que se pretendiese salvaguardar mediante su sanción penal, referente éste que, sin embargo, no puede ser establecido de una forma

---

\*Este artículo es una actualización del que se publicó previamente, bajo el título “*El nuevo delito del 248.3 CP: ¿Un adelantamiento desmedido de las barreras de protección penal del patrimonio?*” en el diario LA LEY nº 6037, 2004.

<sup>1</sup> El texto finalmente aprobado respecto a este precepto es exactamente el mismo que el que se contemplaba en el proyecto de ley 121/000145 presentado en su día por el Gobierno, cuyo texto íntegro se puede contemplar en el BOCG nº 145-1 de 5 de Mayo de 2003, no habiéndose presentado enmienda alguna respecto al dicho artículo durante toda la tramitación parlamentaria de la ley orgánica comentada, tramitación que concluyó con la aprobación definitiva de la ley orgánica 15/2003 por el Congreso de los Diputados el 12 de Noviembre y su publicación posterior en BOE de 25 de Noviembre del mismo año.

apriorística, sino que ha de definirse atendiendo precisamente a la concreta descripción típica de la que se lo hubiese dotado.

Resulta imposible, por tanto, sostener la naturaleza eminentemente patrimonial individual del nuevo delito contemplado en el artículo 248.3 CP, atendiendo tan sólo a su incardinación dentro del capítulo referido a las Defraudaciones. Pero tampoco podría afirmarse rotundamente su naturaleza supraindividual, partiendo de su posible consideración como delito informático, postura que ha sido defendida con carácter general por algunos autores<sup>2</sup>.

Habrà de partirse en todo caso del análisis de la concreta descripción típica de dicho delito para poder alcanzar a una posición concluyente y fundamentada con respecto a la naturaleza y contenido de su bien jurídico, así como a su concreta naturaleza jurídica.

En este sentido, hemos de destacar que la primera particularidad que se tiene que reseñar con respecto a la descripción típica contemplada en el artículo 248.3 CP se deriva de su carácter de *tipo mixto alternativo*, ya que en dicho delito se contemplan cuatro posibles conductas o modalidades comisivas, cuya ejecución individual podría dar lugar por sí sola a la realización del delito en cuestión.

Será suficiente, por tanto, con que un sujeto fabrique, introduzca, posea o facilite programas específicamente destinados a la comisión de las estafas del artículo 248 CP, para que se pueda apreciar la ejecución del injusto típico de dicho delito, no siendo necesaria la realización acumulada de tales conductas.

---

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, quienes consideran como FROSINI, V. que lo que se protege en dichos delitos es la información propiamente dicha “Telemática e informática jurídica”. En Enciclopedia del Diritto, Vol XLIV. 1992. Pg. 64, o la de aquellos otros que como REYNA ALFARO, L. M. diferenciaban entre delitos computacionales (los efectuados por medios informáticos contra bienes jurídicos ya tutelados por el ordenamiento) y delitos informáticos propiamente dichos que serían aquellos que vendrían a proteger un nuevo bien jurídico de naturaleza propiamente informática. En “La criminalidad informática: cuestiones para una reflexión inicial”, en AP nº 21, 2002. Pg. 545, o ROVIRA DEL CANTO, E., quien delimitaba el concepto de delito informático por entender que el mismo “... debe configurarse en la actualidad como un delito pluriofensivo, en el que, pudiendo coexistir otros bienes jurídicos tradicionales protegidos, el nuevo y más relevante bien jurídico protegible es la información en sí misma, como bien o valor económico social y no sólo individual, y secundariamente los datos informáticos en sí mismos y en cuanto representación de aquella, o los sistemas y redes informáticos y de telecomunicaciones, su seguridad, y fiabilidad colectiva de la sociedad en ellos, en cuanto vías o medios de procesamiento, transferencia, acceso y conocimiento de la información”. En “Delincuencia informática y fraudes informáticos”. Ed. Comares. Granada, 2002. Pg. 187. Postura cercana a la sostenida por RODRÍGUEZ MOURULLO, G. /ALONSO GALLO, J. / LASCURRAÍN SÁNCHEZ, J. A. autores que delimitaban el concepto de delito informático, atendiendo precisamente al hecho de que todos los delitos que se integrasen en dicho grupo tendrían la característica común de tener como objeto de lesión o de puesta en peligro a un nuevo bien jurídico estrictamente informático, la confidencialidad, integridad y

Junto a este carácter, el delito comentado presenta la particularidad de delimitar parte de su injusto, en concreto, el objeto sobre el que tendrían que recaer todas estas conductas para llegar a ser típicas, mediante la exigencia de que han de tener el carácter de estar específicamente destinados a cometer los delitos de estafas contemplados en el mismo artículo.

Esta configuración típica no resulta novedosa para nuestro ordenamiento jurídico, puesto que se había utilizado ya con anterioridad, de una forma muy similar, por nuestro legislador en otros preceptos del Código, como, por ejemplo, en el art. 270.3 CP (en materia de propiedad intelectual<sup>3</sup>); el art. 371.1 CP (referido al tráfico de drogas y de forma más específica al de precursores<sup>4</sup>); el 400 CP (en sede de falsedades documentales<sup>5</sup>) o el ya derogado artículo 509 del Código Penal de 1973, que castigaba la tenencia de instrumentos especialmente destinados a la realización de robos<sup>6</sup>.

---

disponibilidad de los datos y sistemas informáticos. En “Derecho Penal e Internet” en “Régimen jurídico de Internet” de AAVV. Ed. La Ley, Madrid, 2002. Pg. 260

<sup>3</sup> Artículo dotado de nueva redacción conforme al apartado nonagésimo quinto de la ley orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre, que establece como nuevo tenor literal del apartado tercero del artículo 270 CP:

*“3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga 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 o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”*

Este nuevo tenor literal vendría a acoger las propuestas de reforma efectuadas por quienes consideraban incomprensible el que no se extendiese la protección penal de este delito a todas las posibles creaciones intelectuales, ya que conforme al tenor literal del todavía hoy vigente artículo 270.3 CP sólo se vendría a sancionar los ataques contra los sistemas de seguridad de los sistemas de protección de los programas de ordenador, pero no del resto de obras susceptibles de ser amparadas por los derechos de la propiedad intelectual. Así lo proponían, por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, V. en “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, parr 3º CP)” RECPC 4-12 (2002) disponible en <http://criminet.ugr.es/> RECPC (Ult. Vis. 24-2-2004). Pg. 16:26 o MIRÓ LLINARES, F. “La protección penal del derecho de explotación exclusiva sobre el software” en RP, 13. 2003. Pg. 99

<sup>4</sup> *“371. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias, enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos”*

<sup>5</sup> *“400. La fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores, se castigará con la pena señalada en cada caso para los autores”*

<sup>6</sup> *“El que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente a ejecutar el delito de robo, será castigado con la pena de arresto mayor.*

*En igual pena incurrirán los que fabricaren dichos instrumentos. Si fueren cerrajeros se les aplicará la pena de prisión menor”*

Todos estos preceptos presentan el factor común de haber sido considerados, por parte de la doctrina mayoritaria como artículos que crean figuras delictivas eminentemente orientadas a elevar a la categoría de delitos, lo que, en realizada, no dejarían de ser sino meros actos preparatorios de los delitos a los que cada uno de ellos hacen referencia; actos que permanecerían impunes de no ser por su expresa tipificación, ya que ni siquiera podrían ser considerados como supuestos de conspiración, de proposición o de provocación<sup>7</sup>.

En todos estos delitos se contemplan conductas que si bien son previas al comienzo de los actos ejecutivos de otros tipos delictivos (tráfico de drogas, delito contra la propiedad intelectual, falsedades...), podrían contribuir finalmente a su realización, como se refleja en el hecho de que se requiera expresamente por algunos de ellos el que concurra una especial tendencia subjetiva dirigida, precisamente, a garantizar que sus autores querían o por lo menos sabían que su conducta podría facilitar o contribuir a la realización del delito referenciado<sup>8</sup>.

Esta especial naturaleza ha determinado que se haya venido considerando a tales delitos como ejemplos de los denominados *delitos de emprendimiento* ya que vendrían a sancionar “... un acto preparatorio de la ejecución del “ciclo global” en que consisten otros tipos principales”<sup>9</sup> (p. ej. el llamado “ciclo de la droga”)<sup>10</sup>, naturaleza

---

<sup>7</sup> Vid. en relación al art. 371.1 CP SUAREZ MONTES, J. “El tráfico de precursores” en <http://criminnet.ugr.es/recpc> (ult. vis. 15-1-2004); MENDOZA BUERGO, B. en “Compendio de Derecho Penal” Ed. Ramón Areces. Madrid, 1998. Pg. 689; en relación al. 270.3 CP. MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal Parte Especial”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Pg. 478. QUINTERO OLIVARES, G. en “Comentarios a la Parte Especial del Código Penal” Ed. Aranzadi. Navarra, 2002. Pg. 800, ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup> “Voz Delitos informáticos” en “Enciclopedia Penal básica”. Ed. Comares. Granada, 2002. Pg. 526, MATA Y MARTÍN, R. M. en Criminalidad informática: Una introducción al cibercrimen” en AP n° 37, 2003. Pg. 949, GÓMEZ MARTÍN, V. lo considera como un delito de emprendimiento, en Op. cit. ant. Pg 16:8; respecto al artículo 400 CP, ECHANO BALDASUA, J. I. “Compendio de Derecho Penal” Ed. Ramón Areces. Madrid, 1998. Pg. 814, MUÑOZ CONDE, F. en Op. cit. ant. Pg. 721, QUINTERO OLIVARES, G. en Op cit. ant. Pg. 1578 y ss; mientras que también sostenían la naturaleza de acto preparatorio específicamente tipificado con respecto al antiguo art. 509 CP de 1973 BAJO FERNANDEZ, M. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Ed. Ramón Areces. Madrid, 1993.* Pg. 176; entre otros.

<sup>8</sup> Así sucede, por ejemplo, en el delito de tráfico de precursores del art. 371 CP, como señala, SUAREZ MONTES, J. M. Op. Cit. Ant. 02:13. MENDOZA BUERGO, B. Op. cit. ant. Pg. 689. Esta exigencia típica ha sido considerada por VALLE MUÑIZ, J. M. / MORALES GARCÍA, O. como delimitadora de una elemento subjetivo de dicho injusto típico, tan sólo cuando su autor no hubiese tenido por finalidad inicial la de contribuir a la realización de la conducta delictiva posterior de un tercero, puesto que “... cuando el sujeto materialice las conductas típicas con conocimiento de su utilización delictiva por terceros, tales fines deben integrar el elemento cognitivo del dolo, siendo suficiente, en tal caso, la simple prognosis sobre la probabilidad de utilización de las mismas en la fabricación ilícita...” en “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” Ed. Aranzadi. Pamplona, 2002. Pg. 1563

<sup>9</sup> GÓMEZ MARTÍN, V. Op. cit. ant. Pg. 16:8

que parece que también se podría predicar del delito que nos ocupa, dadas las evidentes similitudes que presenta con respecto a todos los anteriormente citados.

Sin embargo, tal afirmación requiere de un estudio algo más detenido, estudio que habrá de partir de la delimitación de aquellos delitos que vendrían a constituir, el denominado “*ciclo global*” delictivo, respecto del cual, el presunto delito de emprendimiento del artículo 248.3 CP vendría a representar un mero acto preparatorio; esto es, las estafas previstas en los dos primeros apartados del artículo 248 CP.

*a) La remisión del art. 248.3 CP a las estafas: Delimitación y efectos.*

Como ya hemos apuntado anteriormente, el delito que venimos analizando viene a sancionar una serie de conductas (la fabricación, la introducción, el facilitamiento y la

---

<sup>10</sup> Alguna aclaración adicional requiere a nuestro juicio, la utilización en el presente artículo del concepto de delito de emprendimiento. El concepto de delito de emprendimiento ha sido desarrollado por la doctrina alemana en relación a lo establecido por el § 11.6 StGB, en el que se establece que se emprende un delito tanto con su tentativa como con su consumación. De dicha prescripción legal se infiere que nos encontraremos ante un delito de emprendimiento cuando el tipo delictivo de que se trate venga a sancionar con la misma pena tanto la consumación como la mera tentativa de dicho delito, lo que no solo supone una excepción con respecto al efecto atenuatorio de la tentativa, sino que también impide la aplicación a estos delitos de los efectos derivados del desistimiento voluntario del § 24 StGB. Sin embargo, aún existe otra modalidad de delito de emprendimiento, el denominado delito de emprendimiento impropio, caracterizado venir a sancionar con la misma pena a quien efectivamente consuma un delito que a aquel otro que actuase con una tendencia subjetiva dirigida precisamente a conseguir dicha consumación delictiva. Sobre esta clasificación, véase JESCHECK, H-H/ WEIGEND. T. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Ed. Comares. Granada, 2002. Pg. 287 y 565 y ss, ROXIN, C. “Derecho penal. Parte general”. Vol I. Ed. Civitas, Madrid 1997. Pg 337 o SCHMIDT, R/ SEIDEL, S. “Strafgesetzbuch. Allgemeine Teil”. V. Rolf Schmidt. 2000. Pg. 5. LACKNER, K. “Strafgesetzbuch mit Erläuterungen” V. Beck. München, 1999. Pg. 64. FISHER, T. en “Strafgesetzbuch mit Nebengesetze”. V Beck. München, 2003. Pg. 70, entre otros. Partiendo de esta delimitación conceptual resulta difícilmente explicable, como GÓMEZ MARTÍN podría calificar los delitos que nos ocupan como verdaderos supuestos de delitos de emprendimiento, ya que, como este mismo autor reconoce, en estos delitos nos encontramos ante figuras que sancionan conductas que se desarrollan en el ámbito del acto preparatorio del delito de referencia y no en el del acto ejecutivo del mismo, es decir, no son delitos que vengan a sancionar verdaderas tentativas del delitos, que se haya asimilado a efectos punitivos a la consumación del mismo, sino ante delitos que sancionan meros actos preparatorios del delito con la misma pena que la que le corresponde a la figura consumada. No se puede olvidar, sin embargo, que muchos de los delitos comentados presentarían una configuración típica subjetiva que podría permitirnos el considerarlos como delitos de emprendimiento impropios, pero también tampoco se puede pasar por alto que no en todos los delitos se da dicha configuración típica. Tal vez por ello, hubiese resultado mucho más conveniente calificar a estas figuras delictivas comentadas como ejemplos de delitos de emprendimiento o de delitos de preparación, como llega a hacer el propio GÓMEZ MARTÍN en relación al artículo 270 3º CP, en Op. cit. ant. Pg. 16:6; ampliación que resulta a nuestro juicio mucho más precisa, ya que permitiría solventar las dificultades que tendrían muchos de los delitos comentados para poder ser encuadradas en el concepto tradicional de delito de emprendimiento. Consideramos necesario el realizar esta aclaración para dejar constancia de que a lo largo de este trabajo utilizaremos la expresión “delito de emprendimiento” en un sentido más amplio que el que generalmente se da a dichos delitos, queriendo aludir con tal expresión tanto a los delitos de emprendimiento propiamente dichos (propios e impropios) como a los denominados delitos de preparación, referidos a los meros actos preparatorios de un delito.

posesión) que tienen como elemento común el recaer sobre un objeto material muy determinado, un programa de ordenador específicamente destinado a cometer estafas.

¿Pero a qué estafas se está aludiendo con dicha expresión?

La respuesta a esta pregunta nos viene dada por el propio tenor literal del precepto analizado, a las estafas del artículo 248 CP, es decir, a las contempladas en los dos primeros apartados de dicho artículo, delitos éstos que mantienen una controvertida relación, sobre todo, como consecuencia de la polémica doctrinal referida a si el segundo de dichos delitos, el de estafa informática, podría llegar o no a considerarse como un delito de estafa propiamente dicho.

Muchas y muy diversas son las opiniones doctrinales vertidas sobre esta controvertida cuestión, la cual, sin embargo no habría de tener incidencia alguna, a nuestro modo de ver, en la posibilidad de que el art. 248.3 CP, aludiese mediante su remisión a las estafas, también a aquella que sólo puede ser considerada como tal, a nuestro entender, de una forma cuando menos impropia, es decir, a la que se ha venido a denominar como “estafa informática”<sup>11</sup>.

Varias son las razones que llevan a tal conclusión.

Así, entendemos, en primer lugar, que es el propio tenor literal del 248.2 CP, el que nos obliga a sostener dicha interpretación, ya que en el mismo se establece que se tendrá que considerar a los autores de dicho delito como autores de una verdadera estafa, lo que los asimila a aquellos a todos los efectos.

Por otra parte, si se entiende, como aquí hacemos, que la mayor particularidad que presenta el delito de estafa informática frente a otros delitos patrimoniales de enriquecimiento, se derivaría precisamente del hecho de que se tendría que ejecutar mediante la utilización de un sistema informático, resulta evidente que la previsión del artículo 248.3 CP estará orientada, precisamente, a sancionar conductas que recayesen sobre programas informáticos que resultasen adecuados para manipular dichos sistemas.

De hecho, resulta mucho más fácil de concebir un supuesto de fabricación de un programa destinado a cometer una estafa del artículo 248.2 CP, que la de uno

---

<sup>11</sup> Para un mayor detalle de esta polémica doctrinal, véase GALÁN MUÑOZ, A. “La estafa y el fraude mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 CP” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. Pg. 183 y ss

específicamente destinado a realizar una verdadera estafa de las que se contemplan en el primer apartado del citado artículo.

Ello, no obstante, tampoco debe llevarnos a pensar que resulte imposible el concebir algunos supuestos en los que las conductas del artículo 248.3 CP podrían venir a recaer sobre programas específicamente destinados a cometer delitos de estafa tradicional, sobre todo, si se tiene en cuenta que el actual mercado ha provocado que en múltiples ocasiones se determinen el precio de las mercancías y los servicios que se prestan a los consumidores mediante la utilización de programas informáticos; programas que, evidentemente, pueden ser diseñados precisamente para lograr engañar a los consumidores para que paguen un importe mayor de lo correspondiente a la mercancía o al servicio que se les hubiese prestado.

Parece, por tanto, que ni el propio tenor literal, ni la realidad criminológica a la que hace referencia el artículo 248.3 CP vendrían a representar óbice alguno a la hora de entender que la remisión que se hace a las estafas en el mismo está referida tanto al delito que se contempla en el primer apartado de dicho artículo, como al del segundo.

Habría de entenderse por tanto, que esta nueva figura delictiva vendría a sancionar un delito de emprendimiento respecto a unos delitos lesivos de un bien jurídico netamente individual (el patrimonio); concepción ésta que vendría a plantear graves problemas interpretativos, de los cuales pasamos a ocuparnos a continuación.

*b) Problemas derivados de esta concepción.*

Concebir el delito del artículo 248.3 CP como un verdadero delito de emprendimiento respecto a las estafas que se contemplan en los apartados precedentes, representa un doble adelantamiento de las barreras de protección penal del patrimonio, puesto de este modo, no sólo se vendrían a sancionar conductas que inicialmente podrían ser consideradas todo lo más, como meros actos preparatorios impunes de dichos delitos, sino también se llegaría incluso a sancionar, como ya veremos, algunas formas de participación intentada en los mismos, ajenas a la provocación, la conspiración o la proposición sancionadas en el artículo 269 CP.

De esta forma, se vendrían a sancionar al autor de las conductas típicas del artículo 248.3 CP tanto si las efectuaba como acto preparatorio previo de su posterior delito de

estafa, como si con su ejecución objetiva pudiese llegar a facilitar la comisión de tal delito por parte de un tercero.

Fue precisamente este doble adelantamiento de las barreras de intervención penal, característicos de los delitos que venimos comentando, lo que llevó a algunos autores a entender que esta técnica de tipificación vendría siempre a suponer una flagrante infracción del *principio de intervención mínima*, dado que vendría a sancionar conductas muy alejadas aún de la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido por el delito de referencia<sup>12</sup>; bien jurídico que, por otra parte, como sucede en el caso que nos ocupa, no goza de un valor tal que permitiese legitimar una protección tan desmedida que incluso podría ser superior a la que recibían otros de mucha mayor importancia, como podían ser la vida o la salud humana.

Resulta difícil sostener, en este sentido, que comportamientos, como los de creación, facilitamiento, introducción o la mera posesión de un instrumento idóneo para la comisión de una estafa, pudiese representar una alteración del bien jurídico patrimonio suficiente como para considerarla como merecedora de represión penal, postura que determinó que se llegase a calificar a muchos de estos delitos como delitos desdotados de cualquier atisbo de *lesividad*, lo que las convierte en figuras incompatibles con las exigencias del principio de lesividad.

Por otra parte, concebir el delito que venimos comentando como un delito de emprendimiento también conlleva la equiparación a efectos punitivos de lo que podría considerarse, todo lo más, como una participación intentada en un delito de estafa con las verdaderas autorías del injusto consumado de dicho delito, propuesta que resulta difícilmente compatible con el principio de *proporcionalidad penal*.

---

<sup>12</sup> En este sentido resulta relevante señalar como JESCHECK, H-H/ WEIGEND, T. afirman que un adelantamiento de la intervención penal hasta los momentos meramente preparatorios sería excesiva, por lo que no se deberían sancionar las “tentativas de la tentativa”, en Op. cit. ant. Pg. 566. Dentro de nuestra doctrina, consideran que estos delitos infringirían el principio de intervención mínima GONZÁLEZ RUS, J. J. en “Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial” Ed. Marcial Pons. Madrid, 1996. Pg. 781, el mismo autor en “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos” [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-14.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html) (Ult. vis. 24-2-2004) MATA Y MARTIN, R. considera difícil de justificar la apreciación de la necesaria lesividad en el delito del artículo 270.3 CP, en “Delincuencia informática y Derecho Penal”. Ed. EDISOFER. Madrid, 2001. Pg. 100, postura también sostenida por MIRÓ LLINARES, F. en Op. cit. ant. Pg. 101; mientras que se el respecto del principio de intervención mínima por parte del delito del artículo 371 CP ha sido puesto en duda por autores como MENDOZA BUERGO, B. Op. cit. ant. Pg. 689 o SUÁREZ LÓPEZ, J. M. en Op. cit. ant. Pg. 02:10, entre otros

En este sentido, se debe señalar que el artículo 248.3 CP sanciona conductas previas incluso al comienzo de la ejecución de dichos delitos, que no sólo no tendrían que estar dirigidas a contribuir a la ejecución del delito de referencia, sino que ni tan siquiera tendrían que haber sido ejecutadas con conocimiento de que pudiesen ser susceptibles de facilitar su comisión por parte de terceros, exigencia subjetiva que si configura y delimita el injusto de otros tipos delictivos<sup>13</sup>.

Esta ausencia de elementos subjetivos del injusto amplía el campo de aplicación típica del delito que venimos analizando, abriendo dos posibilidades que han de ser tratadas de forma autónoma e independiente. Por un lado, se vendría a permitir su aplicación, a los casos en los que se ejecutase alguna de sus conductas típicas como acto previo y preparatorio de ejecución del delito de estafa que el mismo sujeto pensaba ejecutar (verdadero acto preparatorio de la autoría del delito de referencia), pero también se podría aplicar cuando lo que se produjese con su ejecución fuese un simple auxilio objetivo a los autores de tales delitos, conducta que podría llegar a considerarse incluso como determinante de una forma impropia de participación intentada, ya que ni siquiera tendrían que estar subjetivamente orientadas a contribuir a la ejecución del delito de referencia<sup>14</sup>

En cualquier caso, y como consecuencia de lo anterior, tendríamos que entender que tan autor del delito del artículo 248.3 CP podría ser quien, fabricase un programa de los comentados para usarlo en una estafa informática propia, como quien lo hiciese para auxiliar a un tercero para que la realice posteriormente, circunstancia que vendrá a provocar que se brinde el mismo tratamiento penal, tanto al posible y futuro autor de un delito de estafa, como a aquel que todo lo más podría ser considerado como un mero participe del mismo, y ello a expensas de que el tercero al que se ayudase, comenzase finalmente a realizar los actos de ejecución del delito de estafa, y pudiese ser considerado, por tanto, como autor de una tentativa de dicho delito.

Analícemos con algo más de detenimiento las conclusiones a las que podríamos llegar partiendo de esta concepción dual de su injusto típico, concepción que nos

---

<sup>13</sup> Vid. notas al pie nº 8 y 10, con objeto de analizar los efectos que tendrían dicha configuración subjetiva de los injustos de dichos delitos a efectos de calificarlos como delitos impropios de emprendimiento

<sup>14</sup> Compartimos por tanto la opinión, de CORCOY BIDASOLO, M. quien señala que estos tipos delictivos vendrían a sancionar comportamientos que hace previsible la comisión de un delito, del que ni tan siquiera se ha iniciado su ejecución y en el que, tal vez, no se tenga previsto participar. En "Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Pg. 283

permitiría agrupar las modalidades típicas alternativas de dicho delito en dos grandes grupos.

En el primero de dichos grupos estarían aquellas conductas que presentarían el denominador común, de sancionar actuaciones que podrían ser consideradas, por lo menos de una forma *ex ante*, como contribuciones generales a la posible comisión de estafas futuras, ya que, tanto la creación, como la facilitación o introducción de los programas comentados vendrían siempre representar una cierta contribución general a la futura realización dichos delitos por parte de aquellos terceros, que llegasen a tener acceso a unos programas específicamente adecuados o idóneos para conseguir su realización, lo que evidentemente vendría a facilitarles su realización.

Así, por ejemplo, la fabricación de este tipo de programas -incluso la realizada por quien pretende utilizarlo en la comisión de un delito de estafa posterior- vendrá siempre a provocar la aparición de un instrumento utilizable por terceros para la comisión de otros delitos de la misma clase; hecho este, que unido a que fuese muy probable que dichos terceros no tuviesen la capacitación necesaria para crearlos por si mismos, provocará que en la mayoría de estos supuestos se pudiese apreciar cuando menos una tentativa impropia de cooperación necesaria en posibles y futuras estafas, derivándose dicha impropiedad del hecho de que quien la hubiese realizado no tendría por qué haber actuado con el dolo de colaborar en el hecho delictivo realizado por el tercero.

Similares consideraciones se pueden hacer respecto a la facilitación o la introducción de este tipo de programas, si bien es cierto que estas conductas, se diferencian de la modalidad comisiva anterior, por tener un más marcado carácter de codelinuencia intentada respecto al concreto delito de estafa para cuya comisión el programa resultase idóneo.

Así, mediante la tipificación de la facilitación de los comentados programas se vendría a sancionar a aquel sujeto que, sin haberlo, lo entregase o transmitiese directamente a otro; conducta que en caso de que se hubiese realizado con la intención de ayudar a cometer una estafa al receptor de dicho programa habría de ser considerada como un supuesto de participación intentada o incluso de coautoría, para aquellos casos en los que el suministrador pudiese llegar a ostentar con su conducta un verdadero dominio funcional del hecho delictivo que realizase posteriormente el receptor del programa.

Por otra parte, la tipificación de la introducción de los citados programas habría venido a sancionar penalmente, en nuestra opinión, a quien si bien no creo el programa ni lo suministro a un tercero, esto es, no se lo facilitó, sí lo hubiese hecho accesible a un grupo indeterminado de terceros mediante su inclusión en un medio al que éstos pudiesen llegar a acceder.

Las posibilidades de atribuir un verdadero dominio funcional al autor de esta modalidad comisiva con respecto al posible delito posterior de estafa que realizase el tercero, son muy inferiores a las que existen en la anterior, lo que nos ha llevado a pensar que nos encontraríamos todo lo mas ante un supuesto de mera participación intentada impropia en dicho delito, participación que podría ser calificada, todo lo más, como constitutiva de una cooperación necesaria o incluso como complicidad intentada, dependiendo de la importancia que se le atribuya a la contribución realizada con la misma<sup>15</sup>.

La infracción del principio proporcionalidad a la que lleva esta interpretación parece incuestionable, ya que mediante la misma se vendría a sancionar con la pena correspondiente a los autores del delito consumado de estafa correspondiente, a quienes podrían ser considerados, todo lo más, como responsables de una participación intentada en dicho, participación que en algunos casos podría llegar a ser constitutiva incluso de una mera complicidad intentada.

Con ello se introduce en este apartado una clara manifestación de un, desde nuestro punto de vista, inaceptable concepto unitario de autor, según el cual, cualquier persona que tomase parte en la comisión de un delito habría de ser sancionado como autor, independientemente de la concreta contribución que realmente hubiese hecho al delito.

No acaban aquí, sin embargo, los problemas que se habrían de derivar de esta propuesta, puesto que, aún cuando se pretendiese apoyar la legitimidad de la efectiva represión penal de estas conductas, en el hecho de que algunas de ellas siempre vendrían a facilitar objetivamente la realización de estafas por parte de terceros, hecho que justificaría parte del contenido de antijuridicidad material de este injusto delictivo, lo cierto es que tampoco esta cualidad resulta predicable respecto a todas las

---

<sup>15</sup> Sobre la delimitación de la autoría y la participación constitutiva de cooperación necesaria o de mera complicidad, véase en más extenso LÓPEZ PEREGRÍN, M. C. “La complicidad en el delito” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. Pg. 389 y ss o MUÑOZ CONDE, F. J. / GARCIA ARÁN, M. en Op. cit. ant. Pg. 447 y 462 y ss, entre otros

modalidades comisivas de dicho delito, siendo difícilmente sostenible con respecto a la mera posesión de estos programas.

En efecto, el artículo 248.3 CP contempla como una de sus posibles modalidades comisivas alternativas, la mera tenencia o posesión de un programa específicamente destinado a la realización de estafas, no siendo necesaria para la apreciación de la tipicidad de dichas conductas prueba alguna de que se hubiesen realizado estando orientadas a ayudar a la posterior ejecución de tales delitos.

Como ya hemos señalado, la pretensión de utilizar o suministrar el programa para la ejecución de posibles futuras estafas no resulta inmanente a la conducta realizada, no pudiendo deducirse tampoco la presencia de tal tendencia del mero hecho de que un sujeto tuviese en posesión tales programas, puesto que, como declaró en su día el TS en relación a la tenencia de de útiles para el robo, (delito contemplado en el derogado artículo 509 ACP), ello supondría la creación de un “*delito de sospecha*”, lo que resultaría claramente inconstitucional<sup>16</sup>.

Así pues, la mera posesión de estos programas no conlleva contribución objetiva ni subjetiva alguna a la realización de futuras estafas, siendo este dato una circunstancia que no puede presumirse y tampoco ha de probarse, lo que nos obliga que entender que resulta completamente ajena al injusto de la modalidad comisiva que venimos analizando, hecho que unido a la lejanía que presenta tal conducta con respecto a la efectiva lesión del patrimonio, hace más difícil de sostener la legitimidad de la tipificación de esta modalidad comisiva que las del resto de las que se contemplan en el artículo 248.3 CP<sup>17</sup>.

Pero es más, la consideración de todas estas conductas como meros actos preparatorios punibles de los correspondientes delitos de estafa, genera también serios problemas técnicos, ya que, obliga a replantearse la tradicional relación que se debería apreciar entre dichas conductas delictivas y aquellas otras que ya se pudiesen considerar como constitutivas del comienzo de la tentativa de uno de dichos delitos.

---

<sup>16</sup> Vid. BAJO FERNÁNDEZ/ PEREZ MANZANO “Manual de Derecho Penal (...)”. Pg. 177, MUÑOZ CONDE, F. “Derecho Penal. Parte especial” 7º Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1988. Pg. 242.

<sup>17</sup> No le falta razón a GÓMEZ MARTÍN, V. cuando afirma en relación a la sanción penal de las conductas de mera posesión, fabricación y distribución de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas del art. 270.3 CP, que dichas conductas sólo gozarían de verdadera antijuridicidad material en la medida en que se realizasen con la finalidad de neutralizar tales dispositivos. En Op. Cit. Ant. Pg. 16:10

En este sentido, parece lógico pensar que una vez que se comenzasen a realizar actos ejecutivos de las estafas en cuestión, se tendría que considerar al autor de las conductas del art. 248.3 CP como un simple autor o partícipe de la tentativa de estafa iniciada, ya que, no cabe duda de que esta segunda calificación debería haber venido a absorber el desvalor del inicial acto preparatorio de estafa, por contemplar una conducta mucho más cercana respecto a la efectiva lesión del bien jurídico protegido, lo que evidentemente debería haber determinado que fuese considerada como una calificación jurídica más grave que la primera de las comentadas<sup>18</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que no resulta tan fácil apreciar una verdadera relación de consunción entre los actos preparatorios del art. 248.3 CP y las tentativas de estafas correspondiente, ya que tal solución concursal vendría de hecho a otorgar un trato más benévolo a aquel que consiguiese finalmente ayudar a la ejecución del delito, que a aquel que simplemente se hubiese limitado a colaborar en la preparación de un delito que ni tan siquiera se había comenzado a ejecutar.

Se produciría, de este modo, una quiebra evidente y difícilmente justificable del principio de consunción expresamente reconocido por el artículo 8 de nuestro Código Penal<sup>19</sup>.

Esta incoherencia punitiva llevó a algunos autores a entender que la única posibilidad para sancionar adecuadamente las conductas en las que se pudiese apreciar simultáneamente estas calificaciones sería la de apreciar un concurso ideal de delitos entre aquella que sancionase el concreto acto preparatorio del artículo 248.3 CP realizado y la que estaría referida a la concreta autoría o participación que se hubiese llegado a ostentar respecto al delito de estafa consumado o intentado, pero cuya ejecución se hubiese comenzado<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, ROXIN, C. considera que debe apreciarse una relación de subsidiaridad entre las formas de participación intentada (provocación (Anstiftung) y la conspiración (Verabredung)) y la correspondiente autoría o participación en el delito de estafa intentado o consumado al que dichas formas hacen referencia, resultando siempre de preferente aplicación esta segunda calificación. En "Strafrecht. Allgemeine Teil. Band II" V. Beck, München, 2003. Pg. 301 y 311.

<sup>19</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. "Derecho Penal. Parte General". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002. Pg. 494 y ss

<sup>20</sup> Así lo entiende en relación a algunas de las modalidades comisivas del delito del artículo 270. 3 CP GÓMEZ MARTÍN, V. quien, consideraba que ésta sería la única calificación que permitiría valorar el completo injusto realizado por aquel sujeto que habiendo realizado una conducta, por ejemplo, de creación de un medio tendente a desproteger programas de ordenador, lo hubiese utilizado a posteriori para realizar una copia no autorizada de un programa. En Op. Cit. Ant. Pg. 16:19 y ss BAJO FERNÁNDEZ/ PÉREZ MANZANO entendían, por su parte, con respecto al delito de tenencia y

Esta calificación se contrapondría, sin embargo, con la que se podría sostener en caso de que se entendiese como perfectamente posible, como sostienen otros autores, el apreciar una relación de consunción entre la tentativa de un delito y su acto preparatorio, aún cuando este último estuviese sancionado con igual o incluso mayor pena que aquel<sup>21</sup>.

La existencia de todos estos problemas interpretativos llevó a parte de la doctrina a considerar necesario derogar algunos de estos tipos delictivos directamente referidos a actos preparatorios de otros delitos<sup>22</sup>, o bien proponer una interpretación lo más restrictiva posible de los mismos; llegando a exigirse, por ejemplo, la presencia de elementos subjetivos del injusto no expresamente contemplados por la descripción típica de tales delitos<sup>23</sup>.

Pero lo cierto es que la aprobación de la Ley orgánica 15/2003, no sólo no ha venido a derogar este tipo de delitos, sino que ha introducido una nueva figura de esta clase caracterizada por no venir delimitada por ningún tipo de elemento subjetivo del injusto que pudiese restringir su campo de aplicación, hecho que nos ha llevado a centrar nuestra atención a partir de este momento en el estudio de la otra gran corriente interpretativa referida a este tipo de delitos, aquella que los considera como delitos de peligro abstracto.

---

fabricación de útiles para el robo, que si la fabricación constituyese el acto de complicidad en el robo, éste consumiría a aquel, pero en caso contrario se podría apreciar el correspondiente concurso. En Op. Cit. Ant. 177.

<sup>21</sup> Así lo entiende, GÓMEZ MARTÍN, V. respecto a la relación que se tendría que apreciar entre los delitos del artículo 270. 1º CP y del 270 3º CP, basando su argumentación en lo previamente sostenido por en relación a este tema por MIR PUIG, S. en “Derecho Penal. Parte General” 6ª Ed. Reppetor. Barcelona, 2002. Pg. 642.

<sup>22</sup> En esta línea se incardinaría la opinión manifestada por VALLE MUÑIZ, J. M./ MORALES GARCÍA, O. autores que consideraban que tal vez resultase más adecuado “*lege ferenda*” el mantener las conductas previstas en el delito del artículo 371 CP en el ámbito de la cooperación necesaria respecto al tipo básico del delito de tráfico de drogas. En Op. cit. ant.. Pg. 1463. También se muestra partidario de la supresión de este precepto SUAREZ LÓPEZ, J. M. quien propugna su desaparición por considerar que en dicho artículo se contempla “... *una figura de poca eficacia e innecesaria* (...). En Op. cit. ant. Pg. 02:14.

<sup>23</sup> Así, pese a que el tipo de injusto del delito contra la propiedad intelectual del art. 270.3 CP, no exige expresamente elemento subjetivo alguno en su autor, existe una tendencia doctrinal importante que considera que dicha exigencia se deriva necesariamente de los antecedentes legislativos de dicho delito, así como de la relación de subsidiariedad que ha de existir entre el mismo y el ilícito administrativo que también sancionaría las conductas que se contemplan en el mismo. Véase en tal sentido lo sostenido por BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S. en . “Derecho Penal económico”. Ed. Areces. Madrid, 2001. Pg. 450; GONZÁLEZ RUS, J . J. en “Curso de Derecho Penal (...)”. Pg. 781, el mismo autor en “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos” [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-14.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html) (Ult. vis. 24-2-2004); MIRÓ LLINARES, F. Op. cit. ant. Pg. 101, CALDERÓN CERESO, A. en “Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial”. Ed. BOSCH. Barcelona, 2001. Pg. 299; o de una forma limitada (sólo para los casos de fabricación y puesta en

Como puede comprobarse fácilmente los problemas de la comentada interpretación referida al artículo 248.3 CP son notables, lo que obliga a plantearse si realmente no existe ninguna otra, que permita dar una respuesta adecuada a todas las cuestiones planteadas.

### **3. El delito del artículo 248.3 CP como delito de peligro abstracto.**

Como hemos señalado anteriormente el artículo 248.3 CP, tipifica una serie de conductas que en caso de que no existiese tal precepto habrían de ser consideradas, en principio, como constitutivas de meros actos preparatorios atípicos de los delitos de estafas de los dos primeros apartados del citado artículo.

Considerar el delito del artículo 248.3 CP como un mero acto preparatorio punible del delito de estafa, vendría a representar un difícilmente justificable adelantamiento de las barreras de protección penal del patrimonio y, sobre todo, una flagrante infracción del principio de proporcionalidad penal.

Estos problemas han llevado a algunos autores, como CORCOY BIDASOLO, a considerar que todas estas conductas sólo deberían adquirir relevancia penal, en tanto en cuanto, constituyesen por si mismas delitos de peligro, teniendo, por tanto, que venir su mera realización a crear una situación de peligro para el bien jurídico, sin necesidad de consideraciones sobre los posibles delitos futuros que se realizasen gracias a los mismos<sup>24</sup>.

La propuesta de CORCOY BIDASOLO tiene, como principal virtud, a nuestro juicio, la de haber venido a excluir como posible fundamento del injusto típico de estos

---

circulación de instrumentos neutralizadores de la protección de programas de ordenador) GÓMEZ MARTÍN, V. Op. cit. ant. Pg. 16:44

<sup>24</sup> CORCOY BIDASOLO, M. Op. Cit. Ant. Pg. 283. Esta propuesta ha encontrado eco en otros autores, que como MATA Y MARTÍN, R. M. afirman que el delito del artículo 270.3 CP tendría que ser considerado como un delito de peligro abstracto para la tutela de la propiedad intelectual. En "Delincuencia informática...". Pg. 100. En el mismo sentido, se manifiesta, CALDERÓN CEREZO, A. en Op. cit. ant. Pg. 299. En contra de la consideración de estos delitos, y de forma más concreta del delito del art. 270.3 CP se manifiesta, sin embargo, GÓMEZ MARTÍN, V. quien niega dicha consideración por entender que en ningún modo se podría entender que el mismo viniese a proteger valores supraindividuales y de forma especial bienes jurídicos intermedios, lo que determinaría la inexistencia de legitimación suficiente de dicho adelantamiento de las barreras de intervención penal. En Op. cit. ant. Pg. 16:6

delitos cualquier posible referencia que atendiese a la “previsibilidad” de la comisión de otros delitos por parte de su autor o de terceros ayudados por éste.

Esta postura tendría la ventaja de que no sólo cerraría cualquier posibilidad de conformar los tipos delictivos comentados como delitos de sospecha, lo que vendría a respetar el principio de culpabilidad penal; sino que también vendría a impedir que se pudiesen sancionar mediante los mismos, conductas que sólo pudiesen ser consideradas como meras formas de participación intentada de cualquiera de los delitos a los hacen referencia sus descripciones típicas, lo que vendrá a solventar el problema de proporcionalidad que presentaba su delimitación como delitos de emprendimiento.

Por otra parte, considerar estos delitos como simples delitos de peligro abstracto no dejaría de ser, a nuestro modesto entender, sino un efecto reflejo inevitable del principio de lesividad, principio que obliga a que toda conducta delictiva tenga que producir una cierta perturbación del bien jurídico protegido, puesto que sólo entonces podría ser considerada como una verdadera conducta delictiva<sup>25</sup>, siendo la perturbación derivada del peligro abstracto la forma más leve de las posibles y la efectiva lesión la más grave.

Partiendo de este dato y de la lejanía que presentan las conductas típicas de los artículos que venimos comentando y de forma más concreta del artículo 248.3 CP, con respecto, no sólo de la lesión del patrimonio, sino incluso de la verdadera puesta en peligro concreto del mismo, parece razonable pensar que la afección de dicho bien jurídico que justificará la existencia de dicho delito sólo se podría sustentar cuando se exigiese la producción de una puesta en peligro abstracto del mismo.

De hecho el carácter de delito de peligro abstracto del comentado delito y el rechazo de su consideración como mero delito de emprendimiento se vería respaldado por el propio tenor literal del artículo comentado, que, si bien no exige la producción de un resultado estructural, si requiere que todas las conductas comentadas viniesen a recaer en un “...programa de ordenador específicamente destinado a la comisión de las estafas...”, esto es, en un programa idóneo para cometer dichos delitos.

Esta delimitación del instrumento de este delito va a convertirse, a nuestro juicio, en el referente básico de la peligrosidad o idoneidad lesiva exigible a la conducta típica

---

<sup>25</sup> LAURENZO COPELLO, P. “El resultado en el Derecho Penal”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992. Pg. 135

contemplada por el mismo<sup>26</sup>, ya que tanto la creación como la posesión, la facilitación o la introducción de programas de ordenador sólo adquirirán relevancia típica en la medida en que viniesen a recaer sobre programas realmente peligrosos, cualidad que habrá de ser constatada por el juez, en cada caso concreto<sup>27</sup>.

Nos encontraríamos, por tanto, ante un verdadero delito de peligro hipotético<sup>28</sup> en el que la peligrosidad respecto al bien jurídico protegido no se derivaría directamente de la ejecución de su conducta típica, ni podría presumirse, sino que habría de ser siempre constatada por el juzgador que tendría que comprobar que el programa creado era idóneo para realizar estafas, esto es, estaba específicamente destinado a la comisión de dichos delitos.

La importancia típica del instrumento delictivo es tal que vendrá a ser el principal referente al que hay que atender a la hora de delimitar no sólo la peligrosidad de la conducta realizada, sino también su posible relevancia típica con respecto a este delito, por lo que no nos sorprende en absoluto el hecho de que el legislador haya pretendido restringir al máximo los programas que podrían tener cabida en su seno, limitándolos sólo a aquellos estuviesen “*específicamente destinados*”, es decir, a aquellos cuyo único uso posible fuese el de poder servir de instrumentos que facilitasen la comisión de tales delitos<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Nos encontraríamos ante un delito sin resultado estructural pero con un claro desvalor potencial del resultado, siendo dicho desvalor el que vendrá a conformar el resultado típico de dicho delito. Vid. sobre la delimitación entre resultado típico y resultado estructural del delito en los delitos de peligro abstracto en LAURENZO COPELLO, P. Op. cit. ant. Pg. 181.

<sup>27</sup> Estaríamos ante uno de aquellos delitos que exigirían la constatación del peligro para afirmar la relevancia penal de la conducta formalmente típica, en palabras de DE LA CUESTA AGUADO, P. M. “Sociedad Tecnológica y Derecho Penal del Riesgo” en RdPP nº 4, 2001. Pg. 141

<sup>28</sup> Sería de hecho, uno de aquellos delitos en los que además de exigirse la constatación de un juicio de pronosis con respecto a la peligrosidad inherente a la conducta delictiva, también se exigiría que se hubiese verificado el hecho de que en la situación concreta había sido posible el contacto entre dicha acción y el objeto jurídico protegido, esto es el bien jurídico, configuración típica que no sólo vendría a justificar la apreciación del correspondiente desvalor de acción de dicho delito, sino que también permitiría apreciar el desvalor potencial del resultado que se exige en todo delito de peligro abstracto, conforme a la interpretación que dio en su día de los mismos TORIO LÓPEZ, A. en “Los delitos de peligro hipotético” en ADPCP 1981, Pg. 846.

<sup>29</sup> Así lo entendieron, entre otros, con respecto a la expresión similar utilizada en relación al delito de fabricación, tenencia o puesta en circulación de instrumentos neutralizadores de sistemas de seguridad del artículo 270.3 CP, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S. en Op. cit. ant. Pg. 447, ORTS BERENGUER, E/ ROIG TORRES, M. “Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. Pg. 97, GÓMEZ MARTÍN, V. Op. cit. ant. Pg. 16:30 y ss, MIRÓ LLINARES, F. Op. cit. ant. Pg. 100; GONZÁLEZ RUS, J. J. quien acertadamente, a nuestro juicio, excluye de este concepto a aquellos “... programas que junto a la posibilidad de desproteger programas, incluyan utilidades distintas (compresión/ descompresión, encriptación/descriptación, comparar(...))” en “Curso de Derecho Penal (...)”. Pg. 781, el mismo autor en “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos” [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-) Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.02.02/05

Nos encontramos ante un verdadero delito de medios legalmente determinados, puesto que quedarían al margen de su tipo de injusto todas aquellas conductas que hubiesen venido a recaer sobre programas que, si bien podían ser utilizados para cometer estafas, también podrían ser utilizados para finalidades diferentes, incluso lícitas, como por ejemplo, los programas que se pudiesen utilizar, tanto para cometer una estafa informática, como para rescatar claves olvidadas de archivos encriptados, cuya información se perdería para siempre en caso de que no existiesen dichos programas.

Ahora bien, si se considera que el delito que venimos analizando es un delito de peligro hipotético con respecto al mismo bien jurídico que se protege en los delitos de estafa contemplados en los dos apartados que lo preceden, esto es, con respecto al patrimonio ¿cómo se podría justificar que habiendo en éstos últimos una afección patrimonial mucho mayor que la contemplada en aquellos se viniese a sancionar a sus respectivos autores con idéntica pena? ¿No estaríamos incurriendo de nuevo en una clara infracción del principio de proporcionalidad?

Por otra parte, ¿cuál sería el fundamento o razón de ser del adelantamiento de las barreras de protección del patrimonio que se habría producido en este delito? ¿Qué diferencia presentarían estas conductas con respecto a aquellas otras que también podrían representar una afección abstracta del patrimonio de un sujeto, pero que quedarían impunes por no poder ser considerados como constitutivos de ninguno de los actos preparatorios de los delitos de estafa que se sancionan en el artículo 269 CP, ni como verdaderos actos ejecutivos de dichos delitos?

#### **4. Toma de postura: El artículo 248.3 CP como delito protector de valores supraindividuales.**

---

[14.html](#) (Ult. vis. 24-2-2004) Esta interpretación del elemento típico “*específicamente*”, se contrapone con la defendida por ECHANO BALDASUA, J. I. en relación a la fabricación o tenencia de instrumentos específicamente destinados a la comisión de falsedades, ya que, en opinión de dicho autor, también podrían determinar la apreciación de dicho delito objetos que no hubiesen sido fabricados para la falsificación. En Op. cit. ant. Pg. 814. En sentido similar, QUINTERO OLIVARES, G. quien afirma que la ilegitimidad del objeto no depende sólo de su naturaleza, sino también de la legalidad de su uso. En Op. cit. ant. Pg. 1579.

Como hemos señalado, la postura doctrinalmente mayoritaria viene a considerar que los delitos que presentan una estructura típica similar a la del delito del art. 248.3 CP, podrían ser calificados como delitos de peligro hipotético respecto al mismo bien jurídico que se protegía en los delitos a los que se alude en su descripción típica, postura que obligaría a considerar que el delito del artículo 248.3 CP sería un delito de peligro hipotético con respecto al patrimonio individual.

Sin embargo, dicha concepción vendría a plantearnos toda una serie de problemas a la hora de legitimar tanto el adelantamiento de las barreras de protección penal que se vendría a producir con el delito del artículo 248.3 CP, como la asimilación punitiva que se establece entre dicho delito y los de estafa que se contemplan en los apartados anteriores del mismo artículo, hecho que nos ha llevado a plantearnos la posibilidad de reinterpretar la concepción que tradicionalmente se ha venido sosteniendo respecto a dicha naturaleza.

En concreto, consideramos que los problemas comentados podrían encontrar una solución satisfactoria, simplemente con interpretar que el nuevo delito del artículo 248.3 CP no vendría a sancionar penalmente aquellas conductas que viniesen a recaer sobre programas que no sólo estuviesen específicamente destinados a cometer una estafa de entre las que se contemplan en los dos apartados anteriores de dicho artículo, sino a aquellas otras que recayesen sobre programas que fuesen idóneos para cometer una multitud, un número indefinido de dichas estafas; esto es, sobre programas idóneos para ser utilizados en la comisión reiterada o repetida de dichos delitos.

Esta interpretación, perfectamente compatible con el tenor literal del artículo comentado, vendría a transformar la naturaleza jurídica de dicho delito, convirtiéndolo en un delito protector de un bien jurídico supraindividual y de titularidad general, cuyo contenido material nos vendría dado por la espiritualización de la suma 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 comentados<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Esta postura enlaza con la sostenida por aquellos autores que entienden que la existencia de delitos de peligro abstracto sólo estará legitimada en la medida en que con los mismos se viniese a proteger bienes jurídicos de naturaleza eminentemente supraindividual, no siendo legítima la creación de delitos de peligro abstracto –y no olvidemos que el peligro hipotético no deja de ser una forma o especie de peligro abstracto- referidos a conductas que resultasen exclusivamente peligrosas para un bien jurídico individual; postura que ha sido sostenida, en nuestra doctrina por MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. en “Los Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.02.02/05 20  
[www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp)

Esta interpretación del bien jurídico protegido por el nuevo delito del artículo 248.3 CP, supone un cambio radical con respecto a la configuración tradicional de los denominados bienes jurídicos intermedios, los cuales tradicionalmente han sido delimitados por el hecho de tener una naturaleza eminentemente supraindividual, pero también por aparecer siempre vinculados a otros con un marcado carácter individual<sup>31</sup>.

Fue esta especial vinculación entre los bienes jurídicos intermedios y los individuales, la que llevó a que se clasificaran los delitos protectores de los mismos, en dos grandes grupos: Los delitos de lesión-peligro y de peligro-lesión.

En el primer grupo se incardinarían aquellos delitos que exigiesen la efectiva producción de la lesión del bien jurídico colectivo-intermedio, lesión que quedaría constatada al apreciarse la efectiva puesta en peligro del individual, mientras que en el segundo grupo se incardinarían aquellos delitos cuyo injusto típico exigiría la simple puesta en peligro del bien jurídico supraindividual y pero también la simultánea producción de una lesión del de naturaleza individual al que éste estaba vinculado<sup>32</sup>.

En nuestra opinión, pese a que el bien jurídico protegido por el delito comentado se hubiese derivado de la espiritualización de un bien jurídico tan marcadamente individual, como es el patrimonio, ello no permitiría entender que dicho delito se hubiese de considerar como un delito de peligro-lesión, ni como un delito de lesión-peligro, puesto que su injusto típico no exigiría de la lesión ni del bien colectivo, ni del individual para que se pudiese apreciar su consumación.

En efecto, la producción de un concreto perjuicio patrimonial es un resultado completamente ajeno al injusto del artículo 248.3 CP, pero también lo es la lesión del bien jurídico supraindividual espiritualizado, puesto que bastaría su puesta en peligro hipotético para apreciar la consumación delictiva.

---

delitos de peligro y sus técnicas de tipificación”. Servicio General de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1993. Pg. 154 y ss o CORCOY BIDASOLO, M. en Op. cit. ant. Pg. 217, entre otros.

<sup>31</sup> Véase, MATA Y MARTÍN, R. M. “Bienes jurídicos Intermedios y delitos de peligro” Ed. Comares. Granada, 1997. Pg. 22 y ss.

<sup>32</sup> Respecto a esta clasificación de los delitos con bienes jurídicos intermedios, véase, MATA Y MARTÍN, R. M. En “Bienes jurídicos Intermedios y delitos de peligro” (...). Pg. 58, donde se alude expresamente a la clasificación de delitos de peligros que en su día efectuó LUZÓN PEÑA, D. M., según la cual se podría distinguir entre los delitos de peligro una categoría de delitos que se denominarían “delitos de lesión y peligro”, en atención precisamente a cada uno de los bienes que se tomaban en consideración en los mismos. En “Curso de Derecho Penal, parte General I”, Madrid, 1996. Pg. 314.

En este sentido, entendemos que tiene razón MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ cuando señala que en estos delitos, lo importante no es que se lesione intensamente al bien jurídico individual, sino que se haga extensamente<sup>33</sup>, esto es afectando a un número tal de sujetos pasivos que resultase imposible delimitar o fijar la frontera objetiva del peligro. Dicho en otros términos, la apreciación de la afección del bien jurídico colectivo espiritualizado no se derivaría de la apreciación de una intensa lesión del bien jurídico individual, sino de la puesta en peligro hipotética de un número indefinido de bienes jurídicos individuales.

Con ello, venimos a proponer una nueva interpretación de la configuración típica propia de los delitos protectores de los denominados bienes jurídicos intermedios, concepción que, en el caso particular que nos ocupa, nos permitirá solventar muchos de los problemas que suscita la interpretación y delimitación del nuevo delito contemplado en el artículo 248.3 CP.

Así, por ejemplo, vendría a justificar no sólo la legitimidad de la existencia de este delito, sino también el adelantamiento de las barreras de protección penal que se contempla en el mismo, ya que esta configuración de su tipo de injusto dotaría al delito del artículo 248.3 CP de una naturaleza análoga a la de otros delitos protectores de bienes jurídicos espiritualizados referidos a intereses patrimoniales de un grupo o colectivo más o menos amplio de individuos, como sucedería, por ejemplo, en el caso del delito de publicidad fraudulenta del artículo 282 CP<sup>34</sup>.

Por otra parte, la interpretación sostenida con respecto a los caracteres del medio comisivo de este delito, nos permitiría restringir su ámbito típico, haciendo que dicho delito sólo fuese aplicable a aquellos supuestos en los que el juez comprobase

---

<sup>33</sup> Partimos de la diferenciación que realiza MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. respecto a la afección de los bienes individuales que sirven de substrato para este tipo de bienes colectivos, según la cual, dicha afección podrá ser “intensa” o “extensa”. En “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”. En “La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir”. Ed. Tecnos. Madrid, 2002. Pg. 427, si bien, en nuestra opinión, será la extensión de la afección y no su intensidad el único medio de apreciar, a su vez, una verdadera afección del bien colectivo, la cual, en nuestra opinión debe considerarse como constitutiva de una mera puesta en peligro hipotética y no de una verdadera lesión, como sostiene el mismo profesor en la obra citada.

<sup>34</sup> Este delito vendría a proteger, en opinión de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., un bien jurídico espiritualizado referido a la interés difuso que tendría el colectivo de consumidores en la veracidad de los medios publicitarios, interés que no se protegería de forma autónoma, sino por el hecho de estar ineludiblemente referidos a genuinos bienes individuales, como sería el patrimonio o la libertad de disposición de las personas. En “Derecho Penal Económico”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002. Pg. 81. En similares términos, VALLE SIERRA, M. “Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. Pg. 125 y ss

fehacientemente que el programa del que se tratase no sólo era idóneo para cometer una concreta estafa, sino que también se podría utilizar en la comisión de muchas otras.

Esta exigencia vendría a dejar al margen de este tipo delictivo, por ejemplo, a aquellas conductas que consistiesen en la creación o la difusión de un programa utilizable tan sólo para vulnerar las medidas de seguridad de un concreto sistema de transferencia electrónica de activos patrimoniales, conducta que permanecería, de este modo, en el ámbito de los actos preparatorios típicamente irrelevantes del correspondiente delito de estafa informática<sup>35</sup>.

Por otra parte, la inclusión de la comentada idoneidad lesiva del instrumento delictivo como elemento básico fundamental del tipo objetivo del injusto de este delito, obligará, inevitablemente, a que se tenga que abarcar dicha peligrosidad por el dolo de sus autores, exigencia que provocará que tampoco se pueda apreciar la realización de este delito, cuando un sujeto se limitase a crear, poseer, facilitar o introducir un programa de este tipo, sin tener consciencia de que el mismo se podía utilizar para cometer una multiplicidad de dichas conductas delictivas.

El efecto restrictivo de la interpretación sostenida queda fuera de toda duda, pero también presentará otra serie de ventajas técnicas, sobre todo a efectos de solventar el controvertido tema referido a la relación concursal que se tiene que dar entre el delito del artículo 248.3 CP y aquellos otros que, como las estafas, vendrían a sancionar verdaderas lesiones patrimoniales individuales.

Así, si se configura el delito del art. 248.3 CP como un delito de peligro hipotético para una colectividad de individuos, tendremos siempre que apreciar un concurso ideal de delitos, entre esta figura y la concreta estafa que se hubiese llegado a realizar mediante la utilización de los programas a los que se alude en el referido delito, puesto que la mera apreciación exclusiva de los correspondientes delitos de estafa, en grado de tentativa o de consumación, no podría llegar nunca a absorber el completo desvalor derivado de todas aquellas afecciones patrimoniales hipotéticas que, pese a haber llegado a producirse, no hubiesen llegado a concretarse en la realización de ningún acto ejecutivo de una estafa.

---

<sup>35</sup> Para un mayor desarrollo de la diferenciación entre actos preparatorios y ejecutivos del delito de estafa informática del artículo 248.3 CP, véase GALÁN MUÑOZ, A. Op. cit. ant. Pg. 664 y ss

En este sentido, consideramos que será la indeterminación de la frontera del peligro inherente y exigida por el delito del artículo 248.3 CP, la que obligará a entender que la única forma de valorar el completo injusto producido cuando con la realización de dicho delito se llegase también a lesionar efectivamente el patrimonio de uno o más sujetos individuales, será la de apreciar un concurso medial de delitos entre dicha figura delictiva y la que viniese a sancionar la correspondiente lesión patrimonial finalmente producida.

De hecho, ésta solución sería la aplicable aplicable, a nuestro juicio, tanto si quien utilizase el programa para realizar una estafa y quien lo hubiese creado o contribuido a su difusión fuesen la misma persona, como si fuesen personas diferentes; aun cuando, evidentemente en el segundo de los supuestos sólo se podrá atribuir responsabilidad al creador o difusor del programa por la concreta contribución que hubiese efectuado a la estafa realizada, pudiendo ser ésta una contribución tal, que determinase tan solo su responsabilidad a título de participe en la misma<sup>36</sup>.

Las enormes ventajas técnicas e interpretativas de la interpretación sostenida son innegables, pero ello no nos puede hacer olvidar que también plantearía una serie de nuevos problemas de muy difícil solución; problemas que pasamos a exponer a y a analizar a continuación, para efectuar seguidamente propuestas de *lege ferenda* que viniesen a solventarlos.

## **5. Problemas derivados de la interpretación sostenida.**

Como hemos visto, nos decantamos por una interpretación del artículo 248.3 CP que vendría a diferenciar netamente la naturaleza de este delito con respecto a los de estafa que lo preceden, ya que la naturaleza de delito de peligro hipotético protector de un bien jurídico de naturaleza supraindividual que le hemos otorgado a dicho delito, contrastaría claramente con la de delitos de lesión patrimonial individual, que caracteriza a las estafas de los dos primeros apartados del artículo 248 CP.

---

<sup>36</sup> Así pues, aún cuando la creación del programa constituyese un mero acto de complicidad en la estafa posteriormente efectuada por otro, no podrían entenderse que ésta última calificación pudiese absorber a aquella, como sostenían, BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO respecto a al relación que se tendría que apreciar entre el delito de tenencia y fabricación de útiles para el robo y la complicidad en dicho delito. En Op. cit. ant. Pg. 177.

Esta interpretación viene a solventar alguno de los problemas que se derivaban de la concepción meramente patrimonial individual del bien jurídico protegido por dicho delito, pero también nos introduce algunos nuevos problemas.

Así, por ejemplo, pese a que parece evidente que la mera ejecución de algunas de las modalidades comisivas comentadas –en concreto, la fabricación, la facilitación y la introducción de alguno de los programas que hemos comentado–, vendrían siempre a suponer la generación de una puesta en peligro hipotético de los patrimonios de una colectividad indeterminada de personas, lo cierto es que la presencia de una peligrosidad de este tipo resultaría mucho más difícil de apreciar cuando la conducta realizada consistiese en una simple posesión de tales instrumentos.

En efecto, la creación de los citados programas viene a incrementar los niveles de riesgo a que está sometido el patrimonio de la generalidad de las personas, puesto que conlleva la aparición de un instrumento específicamente orientado a lesionarlo, instrumento que, evidentemente podría llegar a ponerse en contacto con el bien jurídico protegido, tanto por la propia actuación de su creador, como por la de terceros distintos de aquel, lo que podría llegar a determinar la aparición de un peligro efectivo para el mismo.

Lo mismo sucede con las dos modalidades de difusión de dichos programas, puesto que también ellas vendrían a incrementar el peligro de la lesión de dichos patrimonios, al suponer una facilitación a terceras personas de unos medios especialmente peligrosos para dicho bien jurídico, siendo previsible que se pudiese llegar a poner en contacto dicho instrumento peligroso y el bien jurídico comentado, momento en el que se podría entender producida una verdadera puesta en peligro concreto de dichos bienes.

Pero, ¿existe una verdadera puesta en peligro hipotética del patrimonio supraindividual, cuando un sujeto, que no ha creado el programa peligroso en cuestión, se limitase a poseerlo, sin tener la menor intención ni de utilizarlo, ni mucho menos de distribuirlo o facilitárselo a terceros?

A nuestro modo de ver sólo se puede responder a esta pregunta de forma negativa, puesto que, aun cuando se pudiese sostener que el mero hecho de poseer un instrumento peligroso supondría ya una conducta peligrosa para el objeto de protección penal valorada de una forma *ex ante*, nada permitiría afirmar simultáneamente que estuviese

suficientemente probado el que con dicha conducta se pudiese llegar a producir un contacto entre dicho instrumento peligroso y bien jurídico protegido por este delito.

Dicho en otros términos, si bien, se puede afirmar que dicha conducta es peligrosa, con lo que se constataría el desvalor de acción de dicho delito, nada nos permitiría sustentar que con la realización de dicha conducta se hubiese generado una verdadera posibilidad de producción de un resultado peligroso, lo que obliga a que tengamos que negar la presencia en la misma del desvalor potencial del resultado que ha de caracterizar a los delitos de peligro hipotético.

Poseer un instrumento peligroso de los que se describen en el tipo delictivo del artículo 248.3 CP sin la intención de utilizarlo, no genera ninguna posibilidad de contacto de dicho instrumento peligroso con el patrimonio de terceros, carencia de potencialidad lesiva que se verá agravada como consecuencia de la no exigencia típica de que tal conducta se tuviese que realizar cuando menos con la intencionalidad de distribuir programas especialmente peligrosos.

Mientras un sujeto se limite a poseer un programa de ordenador específicamente destinado a la realización de estafas, tiene la completa capacidad de controlar el peligro inherente a dicho instrumento, luego no se podrá afirmar que la mera posesión del programa conlleve la posibilidad de que dicho peligro pudiese entrar en contacto con el bien jurídico protegido, contacto que si resultaría posible si se constatase que dicho poseedor tenía la intención de utilizarlo para lesionar el patrimonio de un tercero o bien la de distribuir dicho programa, conducta esta última que determinará que llegase a perder el control del riesgo generado que podría llegar, por tanto, a entrar en contacto con el bien jurídico<sup>37</sup>.

Nos enfrentamos, por tanto, a una modalidad típica meramente formal, carente de cualquier lesividad y por tanto vacía de contenido material de antijuridicidad, hecho que nos obligaría a entender que se introduciría en nuestro ordenamiento una mera figura delictiva de desobediencia, de la que, tal vez, sería mejor prescindir para eliminar así

---

<sup>37</sup> Nos encontraríamos, a nuestro modo de ver, frente a uno de aquellos casos que, en opinión de TORIO LÓPEZ, A. debería ser considerado como formalmente correlativo a una tentativa imposible de un delito de peligro hipotético, en Op. cit. ant. Pg. 843, como consecuencia de que no se podría considerar que existiese o por lo menos que se hubiese constatado la existencia de la posibilidad de contacto entre la acción peligrosa realizada y el objeto de protección contemplado en el delito.

cualquier atisbo de duda que pudiese existir con respecto a la legitimidad de la existencia del delito contemplado en el artículo 248.3 CP<sup>38</sup>.

Otra posible vía de solución sería el configurar esta modalidad delictiva de una forma tal que apareciese, cuando menos subjetivamente orientada a la difusión de dichos instrumentos peligrosos, lo que permitiría constatar aquella peligrosidad potencial con respecto al bien jurídico que legitimaría la tipificación de dicha conducta y la convertiría en una modalidad de peligro hipotético análoga a las anteriores.

Un problema diferente sería el derivado del hecho de que la configuración sostenida respecto al injusto del delito del artículo 248.3 CP, vendría a enfrentarnos a un delito que tendría una eminente naturaleza socioeconómica, lo que resulta difícilmente compatible con la ubicación sistemática de dicho precepto, incardinado dentro de las defraudaciones, inmediatamente después de dos delitos eminentemente patrimoniales.

Es por ello, que consideramos necesario, por un principio de coherencia sistemática, desplazar el delito comentado, extrayéndolo de un título con un marcado carácter patrimonial individual, para llevarlo a uno con carácter económico supraindividual, como sería, por ejemplo, el título XI, referido a los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.

En otro orden de cosas, una vez que hemos sostenido la naturaleza de delito socioeconómico del delito comentado y la cercanía de la misma con otros delitos de los que se contemplan en el Título comentado nos tendríamos que cuestionar el porqué se sanciona al autor de este delito con una pena idéntica a la del autor de una estafa consumada (esto es, una pena de prisión de seis meses a tres años), mientras que contemplan injustos muy similares, como el de facturación ilícita del artículo 283 CP, delito caracterizado por ser también un delito de peligro hipotético con respecto al mismo bien jurídico, tiene una pena de prisión de tan solo seis meses a un año.

La única explicación plausible tanto de esta incoherencia punitiva, nos vendrá dada precisamente por el carácter de delito informático que se le ha pretendido atribuir al

---

<sup>38</sup> Compartimos por tanto la opinión manifestada en su día por FLETCHER, G. quien criticaba la amplitud de los delitos consistentes en la posesión (*possession offenses*), puesto que dicha amplitud llevaría a que en múltiples ocasiones se castigase conductas mediante los mismos, en las que ni tan siquiera se podía apreciar la existencia de un daño potencial. En “Conceptos básicos de Derecho Penal” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Pg. 256; postura que enlaza con la sostenida en su día por LAURENZO COPELLO, P., quien señalaba que la creación de un delito sin resultado, esto es, sin

mismo, carácter que también pudo haber sido la causa que llevó al legislador a restringir los medios especialmente peligrosos utilizables en la comisión del artículo 248.3 CP, tan sólo a los programas de ordenador; restricción sobre cuya legitimidad tal vez habría que reflexionar un poco más, sobre todo si se tiene en cuenta que existen otros múltiples instrumentos diferentes de los programas, que podrían resultar tanto o más adecuados para la realización de múltiples estafas o estafas informáticas que los programas<sup>39</sup>.

Habría de entenderse por tanto que el delito del artículo 248.3 CP no dejaría de ser sino un ejemplo más de ese denominado Derecho Penal Moderno, que pretende controlar penalmente los nuevos riesgos que la sociedad postindustrial ha venido generando mediante una extensión, en ciertos casos, desmedida de las barreras de intervención penal; extensión que, por otra parte, olvida en muchas ocasiones, la importancia de las garantías y principios que vendrían a delimitar el *ius puniendi* estatal<sup>40</sup>.

Resulta indudable que la implantación de los modernos sistemas informáticos en las más diversas facetas de la vida económica ha venido a generar nuevas posibilidades de ataque respecto al patrimonio de los sujetos que intervienen en las mismas, llegando incluso a generar riesgos para dichos bienes infinitamente más graves que los anteriormente existentes.

Sin embargo, también resulta incuestionable, a nuestro juicio, que la respuesta penal siempre tendrá que ser proporcionada a la afcción real del bien jurídico que conlleve el riesgo realmente generado y no a prejuicios derivados del temor que se tiene hacia todo aquello que nos suena a nuevo o desconocido.

En este sentido, entendemos que, si bien la creación o difusión de los programas de ordenador del artículo 248.3 CP podría llegar a representar un peligro para el patrimonio de una colectividad social mucho mayor que la que podría ver afectada por la realización de un delito de publicidad fraudulenta del artículo 283 CP, también lo es que

---

afcción real de ningún bien jurídico, determinaría la carencia de justificación de su existencia en un ordenamiento penal orientado a la protección de bienes jurídicos. En Op. cit. ant. Pg. 181.

<sup>39</sup> Esto es lo que sucedería, por ejemplo, con algunos elementos de *Hardware*, que podrían ser utilizados de forma reiterada a la hora de vulnerar ciertos sistemas de seguridad utilizados en algunos de los sistemas de transferencia electrónica de activos patrimoniales, que se caracterizan por combinar elementos de software y de Hardware, para evitar accesos y usos no autorizados de dichos sistemas

<sup>40</sup> Así lo señala también MUÑOZ CONDE, F. quien considera a las denominadas "*possesions offences*" como una de los instrumentos técnicos que se utilizan para proteger los bienes jurídicos institucionales o universales por parte del denominado Derecho Penal Moderno. En "*Rethinking the universal structures of Criminal law*" en *Tulsa Law Review* V. 39, nº4, 2004. Pg. 947

contempla un peligro hipotético para el patrimonio de dichos sujetos mucho más alejado que el que allí se exige.

Es este hecho el que lleva a terminar este breve análisis del artículo 248.3 CP, señalando que sería conveniente reducir la pena contemplada en el mismo para acercarla a la prevista en aquellos otros delitos que contemplan afecciones de bienes jurídicos muy similares a la configura este tipo de injusto; modificación que resulta, en nuestra opinión, absolutamente necesaria para mantener un sistema de protección penal del patrimonio que responda de una forma coherente y proporcionada, también a aquellos nuevos riesgos a los que se enfrenta la denominada sociedad del riesgo como consecuencia del imparable desarrollo tecnológico.

## Bibliografía.

BAJO FERNANDEZ, M. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Ramón Areces. Madrid, 1993.

\_\_\_\_\_ y BACIGALUPO, S. *Derecho Penal económico*. Ed. Areces. Madrid, 2001.

CALDERÓN CERESO, A. *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. Ed. BOSCH. Barcelona, 2001.

CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M. “Sociedad Tecnológica y Derecho Penal del Riesgo”. En RDPP nº 4, 2001.

ECHANO BALDASUA, J. I. “*Compendio de Derecho Penal*”. Ed. Ramón Areces. Madrid, 1998.

FISHER, T. “Strafgesetzbuch mit Nebengesetze”. V Beck. München, 2003.

FLETCHER, G. *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

FROSINI, V. “Telematica e informatica giuridica”. En Enciclopedia del Diritto, vol XLIV. 1992.

GALÁN MUÑOZ, A. *La estafa y el fraude mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 CP*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

GÓMEZ MARTÍN, V. “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, parr 3º CP)” RECPC 4-12 (2002) disponible en <http://criminet.ugr.es/RECPC> (Ult. Vis. 24-2-2004).

GONZÁLEZ RUS, J . J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1996.

\_\_\_\_\_ “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos” [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-14.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html) (Ult. vis. 24-2-2004).

JESCHECK, H-H/ WEIGEND. T. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Comares. Granada, 2002.

LACKNER, K. “Strafgesetzbuch mit Erläuterungen”. V. Beck. München, 1999.

LÓPEZ PEREGRÍN, M. C. *La complicidad en el delito*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal, parte General I*, Madrid, 1996.

LAURENZO COPELLO, P. *El resultado en el Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos Intermedios y delitos de peligro*. Ed. Comares. Granada, 1997.

\_\_\_\_\_ “Criminalidad informática: Una introducción al cibercrimen” en AP nº 37, 2003.

\_\_\_\_\_ . *Delincuencia informática y Derecho Pena*”. Ed. EDISOFER. Madrid, 2001.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Cruch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”. En *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Ed. Tecnos. Madrid, 2002.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal Económico*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

MENDOZA BUERGO, B. *Compendio de Derecho Penal*. Ed. Ramón Areces. Madrid, 1998.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. 6ª Ed. Reppetor. Barcelona, 2002.

MIRÓ LLINARES, F. “La protección penal del derecho de explotación exclusiva sobre el software”. En RP, 13. 2003.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 .

\_\_\_\_\_ *Derecho Penal. Parte Especial*. 7º Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1988.

\_\_\_\_\_ “Rethinking” the universal structures of Criminal law”. En Tulsa Law Review , v. 39, nº4, 2004.

\_\_\_\_\_ y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

ORTS BERENGUER, E/ ROIG TORRES, M. *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2002.

REYNA ALFARO, L. M. En “La criminalidad informática: cuestiones para una reflexión inicial”, en AP nº 21, 2002 .

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. /ALONSO GALLO, J. / LASCURRAÍN SÁNCHEZ, J. A. “Derecho Penal e Internet” en “Régimen jurídico de Internet” de AAVV. Ed. La Ley, Madrid, 2002.

ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup>. “Voz Delitos informáticos” en “Enciclopedia Penal básica”. Ed. Comares. Granada, 2002.

ROVIRA DEL CANTO, E. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Ed. Comares. Granada, 2002.

ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general*. Vol I. Ed. Civitas, Madrid 1997.

\_\_\_\_\_ .“Strafrecht. Allgemeine Teil. Band II” V. Beck, München, 2003.

SCHMIDT, R/ SEIDEL, S. “Strafgesetzbuch. Allgemeine Teil”. V. Rolf Schmidt. 2000.

SUAREZ MONTES, J. “El tráfico de precursores”. En <http://criminet.ugr.es/recpc> (ult. vis. 15-1-2004).

TORIO LÓPEZ, A. “Los delitos de peligro hipotético” en ADPCP 1981.

VALLE MUÑIZ, J. M. / MORALES GARCÍA, O. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2002.

VALLE SIERRA, M. *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

