

PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1992: PARTE GENERAL (TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO)¹

ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

1. Introducción — 2. Análisis del Proyecto de Código Penal
3. Reflexiones críticas al proyecto de Código Penal de 1992.

1. Introduccion

El presente trabajo examina las directrices fundamentales del *Título Preliminar* del Proyecto de Código Penal de 1992, y de los *Títulos I y II* del *Libro I.º* del mismo, esto es, los arts. 1 a 28, ambos inclusive.

El *Título Preliminar* consagra las garantías legales y contiene criterios relevantes para la aplicación de la ley penal, según reza su rúbrica ("De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal"). Consta de ocho artículos, y según el último de ellos sus preceptos gozan de una eficacia supletoria general (art. 8).

El *Libro I.º* versa sobre las "Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas y demás consecuencias de la infracción penal." El *Título I* de éste ("De la infracción penal") agrupa seis capítulos (arts. 9 a 23 ambos inclusive), que aportan criterios generales y soluciones válidas para los

problemas suscitados por cualquier infracción penal. El *Título II* ("De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas"), en sus arts. 24 a 28 traza los principios básicos en materia de autoría y participación criminal.

El objetivo de este trabajo es resaltar las innovaciones que introduce el Proyecto de Código Penal de 1992 en la denominada "Parte General" de la teoría jurídica del delito (se excluye, pues, todo lo relativo a la teoría de la pena y demás consecuencias jurídicas); y formular algunas reflexiones críticas al proceso de reforma penal que la examinada iniciativa legislativa culmina.

2. Análisis del Proyecto de Código Penal

A efectos expositivos procede distinguir, siguiendo la sistemática del texto legal:

A) *Título Preliminar*

El *Título Preliminar* del Proyecto introduce algunas innovaciones dignas de mención. La incorporación de las medidas de seguridad al texto punitivo ha sugerido a nuestro prelegislador la expre-

1. El presente trabajo es la ponencia defendida por el Autor en las *Jornadas Hispano-Portuguesas* el día 5.3.93. No se ha tenido en cuenta, por ello, las posteriores vicisitudes del texto del Proyecto de Código Penal.

sa referencia a las mismas en el momento de consagrar las garantías penales.² La segunda novedad significativa son las precisiones que el art. 7 dedica al denominado "concurso de leyes", al haber optado aquél por no relegar a la doctrina científica ni a la praxis la definición de los criterios y pautas que han de resolver tales conflictos. Otros preceptos, a los que se hará mención, representan modificaciones menos significativas en nuestro ordenamiento penal.

1. El art. 1, § 2, del Proyecto extiende a las medidas de seguridad las exigencias derivadas del *principio de legalidad*, declarando que "nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no se hallen establecidas legalmente con anterioridad ni para supuestos distintos de los expresamente señalados por las leyes."³

Con idéntico propósito, los §§ 1 y 2 del art. 2 del Proyecto consagran la *garantía judicial*, y la llamada *garantía de ejecución*, respectivamente, haciendo una referencia explícita a las medidas de seguridad ("no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente", declara el primero de ellos; "tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto: "Añadiendo el comentado § 2 del art. 2 un inciso de nuevo cuño: "la ejecución de la pena o de la medida de seguridad será intervenida judicialmente en los términos previstos en la legislación penitenciaria."

2. Semejante criterio adopta el Código Penal portugués, de 23.9.82 (publicado por Dec.-ley 400/82, que entró en vigor el 1.1.83), en sus arts. 1, §§ 2 y 3, y 2, § 1. El Código Penal portugués contempla, también, las medidas de seguridad (arts. 91 a 106).

3. El Código Penal portugués prohíbe expresamente la analogía *in malam partem* (art. 1, § 3).

2. Con relación a la *medidas de seguridad* (de las medidas de seguridad *posdelictuales*, dado que el Proyecto prescinde de las pre o ante delictuales), su art. 4 contiene una doble declaración de considerable trascendencia: que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto... exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito (§ 1); y que dichas medidas "no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor" (§ 2).

3. Los §§ 3 y 4 del art. 1 del Proyecto establecen modificaciones de escaso interés a lo dispuesto en los preceptos correlativos del art. 2 del Código Penal hoy vigente. La fórmula: "*ejerciendo su jurisdicción*", para referirse restrictivamente al juez o tribunal que puede hacer uso de la facultades que consagra el mismo se adiciona al § 3.

El § 4 se limita a especificar las atribuciones que corresponden al órgano jurisdiccional, sustituyendo la fórmula del § 2 del art. 2 ("acudirá al gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia") por otra más ambiciosa, que trasciende la mera solicitud de indulto: "Acudirá al gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia."

En ambos casos, no obstante, sigue el Proyecto las directrices del art. 2 del Código Penal vigente: en el primer supuesto, se abstendrá el juez o tribunal "de todo procedimiento" (dice ahora el § 3 del art. 1); en el segundo, ejecutará "desde luego" la sentencia, sin posibilidad de que su solicitud alcance eficacia suspensiva alguna.

4. El art. 3 del Proyecto pretende consagrar sin cortapisas el *principio de culpabilidad*, acudiendo deliberadamente

a la misma fórmula que acoge su art. 9: "no hay pena sin dolo o imprudencia."⁴ El Proyecto suprime además, el § 2 del art. 1 del Código Penal vigente ("cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos por culpa") y la circunstancia atenuante 4.^a del art. 9.^o (preterintencionalidad), previsiones complementarias de la declaración contenida en el actual art. 1 del Código Penal que matizan el limitado avance del principio culpabilístico.

5. El art. 5 del Proyecto recoge la *prohibición de retroactividad* al disponer, tanto en relación a las penas como a las medidas, que: "Los delitos y faltas serán sancionados de acuerdo con las leyes vigentes en el momento de su comisión" y "... no se aplicarán retroactivamente" (§ 1).⁵

El § 2 del artículo comentado acoge el criterio de la retroactividad de la Ley penal posterior más favorable, en los mismos términos que el hoy art. 24 del Código Penal ("aunque al entrar en vigor aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena."⁶ si bien, incorpora un trámite, preceptivo pero no vinculante, de *audiencia del reo* para todos los supuestos de duda en la determinación de la Ley más favorable.

Una novedad digna de ser resaltada es la previsión contenida en el § 3 del art. 5 a propósito de la *leyes "temporales"*

4. Formulación semejante es la del art. 13 del Código Penal portugués ("dolo" y "negligencia").

5. El principio de la no retroactividad se consagra, también, en el art. 2, § 1, del Código Penal portugués, referido tanto a las penas como a las medidas de seguridad.

6. Sobre la aplicación retroactiva de la Ley posterior más favorable, vid. el art. 2, § 4 del Código Penal portugués, de alcance más limitado que el mandato del art. 5, 2, del Proyecto del Código Penal español.

(el Proyecto no se refiere a las de "excepción", que plantean un problema doctrinal semejante): "Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados conforme a ésta, salvo que legalmente se disponga la contrario." Dicho de otro modo, por razones de prevención general el Proyecto opta a favor de la ultraactividad de la ley temporal, derogando el principio de la aplicación retroactiva de la ley posterior más favorable.⁷

6. Novedoso es, también, lo dispuesto en el art. 6 del Proyecto. A los efectos de determinar el *momento de comisión del delito o falta* y, por tanto, la Ley aplicable (caso de que existan dudas sobre lo primero y se haya producido una sucesión de normas jurídico-penales) aquéllos — declara el art. 6 — "se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar."⁸

7. El Proyecto de Código Penal de 1992 reglamenta el denominado "*concurso de leyes*", acogiendo en su art. 7 las cuatro reglas tradicionales descritas por la doctrina científica: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad. Tales reglas, por supuesto, dejan a salvo los problemas del concurso ideal y lo concurso de delitos, en virtud de la remisión explícita del art. 7 a los arts. 74 a 78 del Proyecto (éste cita por error los arts. 73 a 78).

8. Finalmente, el art. 8 del proyecto, con una dicción alambicada y rica en demostrativos, subraya la *supletoriedad* de los preceptos del Código Penal, como

7. Igual criterio sigue, para las leyes penales temporales, el art. 2, § 3, del Código Penal portugués (ultraactividad).

8. También el Código Penal portugués adopta el criterio de la acción (momento de la acción o de la omisión, y no del resultado): vide art. 3.

El Código Penal portugués contiene, además, una previsión específica para determinar el "lugar" de comisión del delito, de acuerdo con el expediente de la ubicuidad (art. 7).

derecho común, respecto a la legislación especial, y el rango, en todo caso prioritario de las disposiciones contenidas en el Título Preliminar del cuerpo punitivo. ("Las disposiciones de este Código se aplicarán también a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales en lo no previsto expresamente por éstas y, en todo caso, se aplicarán a aquéllas los preceptos de este Títulos.")

B) Libro 1.º Título 1

Las innovaciones que aportan los seis Capítulos del *Título 1* tienen particular interés.

1. El art. 10 del Proyecto introduce una cláusula general que permite fundamentar la responsabilidad a título de *comisión por omisión*, tratanto de delimitar bajo qué presupuestos y con arreglo a qué criterios legales puede imputarse un resultado al comportamiento omisivo precedente. "Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión — establece el art. 10 del Proyecto — pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación."⁹

El prelegislador ha optado, pues, por el sistema de la cláusula general, abandonando otra posibilidad: la de tipificar, caso a caso, en la Parte Especial los supuestos de omisión impropia merecedores de pena.

2. Particular interés, desde un punto de vista político-criminal, merece la *incriminación "uti singuli" de la imprudencia*. Haciéndose eco de una opinión que goza

de amplio consenso en la doctrina española, el Proyecto sustituye al sistema tradicional del ordenamiento español de las cláusulas generalizadoras (p. ejemplo, la del art. 565 del CP), por el sistema de la incriminación selectiva, caso a caso, de los supuestos de imprudencia punible. "Las acciones u omisiones imprudentes — declara el art. 11 del Proyecto — sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley."¹⁰

El castigo, por ello, de la conducta imprudente devine excepcional, según el precepto comentado, requiriendo éste una previsión explícita en la Parte Especial que fundamente su posible incriminación.

3. Semejante criterio selectivo, sigue el Proyecto también, a propósito de la incriminación de los actos preparatorios (proposición, provocación y conspiración). Estos sólo se castigarán en aquellos casos donde expresamente lo disponga el Código (art. 14 del Proyecto), a diferencia del sistema de incriminación genérica que, como el texto punitivo vigente (art. 3), han seguido todos los Códigos Penales españoles de cuño conservador.¹¹

Una ponderación realista del nuevo sistema de incriminación *uti singuli* de los actos preparatorios, obliga a examinar las decisiones adoptadas por el prelegislador en la Parte Especial, como sucede, también, a propósito de la punibilidad de la imprudencia.

4. El art. 12 del Proyecto opta por una *clasificación tripartita* de las infracciones penales, distinguiendo las graves, las menos graves y las faltas de acuerdo con el criterio de la mayor o menor entidad de la pena (el art. 30 del Proyecto, por su parte, especifica qué penas son graves, menos graves y leves).

10. Sistema que sigue, igualmente, el art. 13 del Código Penal portugués.

11. El art. 21 del Código Penal declara impunes los actos preparatorios, salvo los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario.

9. El art. 10 del Código Penal portugués contiene una cláusula general incriminadora de la comisión por omisión que subraya la necesaria existencia de un "deber jurídico" de evitar la producción del resultado.

En estos casos, se autoriza una reducción especial de la pena.

El § 4 del art. 12 del Proyecto contempla y resuelve un supuesto conflictivo, inevitable en las clasificaciones tripartitas: el de la caracterización de la infracción cuando ésta puede hallarse comprendida tanto entre las graves como entre las menos graves. Dispone aquí: "Cuando la pena, por su extensión pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave."

Tanto el sistema bipartito, como el tripartito, suscitan, por cierto, el problema del necesario y recíproco acomodo de la legislación sustantiva y la procesal. Y, en todo caso, conllevan importantes consecuencias prácticas cuyo análisis excede el objeto del presente trabajo.

5. El art. 16 del Proyecto declara punibles el delito consumado y la tentativa, categoría esta última que unifica todas las *formas imperfectas de ejecución*. Desaparece, por tanto, la frustración. El art. 17 ofrece una nueva definición de tentativa, muy amplia: "Hay tentativa cuando el sujeto practica todos o parte de los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente."¹²

Por su parte, el art. 58 del Proyecto impone a los autores de tentativa "la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo la seriedad del intento y al grado de ejecución alcanzado."¹³

En consecuencia, el § 2 del art. 16 del Proyecto declara punibles las faltas exclusivamente si se han consumado, "ex-

cepto las intentadas contra las personas o el patrimonio", lo que implica una intervención penal más intensa respecto a las infracciones leves (faltas) que la descrita en el art. 5 del Código Penal vigente, al referirse éste a las faltas "frustradas."¹⁴

6. El Proyecto contempla, igualmente, ciertos supuestos de *desistimiento* penalmente relevante, colmando una tradicional laguna de nuestro ordenamiento criminal. El § 2 del art. 17 declara impune la conducta de quien "evitare voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado..." Y el art. 18, a propósito de la intervención de una pluralidad de personas en un hecho, establece que "quedará impune aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada e impidan o intenten impedir, seria y voluntariamente, la consumación..."¹⁵

7. La definición de delito (art. 9 del Proyecto),¹⁶ el régimen del error y su relevancia penal (art. 13)¹⁷ y el alcance

14. Criterio distinto sigue el art. 23.1, según el cual, y salvo disposición contraria de la ley, la tentativa sólo se castiga si el correspondiente delito consumado se conmina con pena superior a dos años de prisión.

15. El Código Penal portugués contempla el desistimiento de la tentativa (art. 24) y el desistimiento en supuestos de participación o codelincuencia (art. 25).

16. El art. 9 del Proyecto sustituye el término "*culposas*" que utiliza el art. 1 del Código Penal vigente por el de "*imprudentes*", como hace, también, el art. 3 del propio Proyecto cuando pretende consagrar el principio de culpabilidad.

17. Dice, ahora, el nuevo art. 13: "El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente" § 1. El error sobre un elemento del hecho que cualifique la infracción, o

12. El art. 22 del Código Penal portugués define la tentativa, precisando qué debe entenderse por "actos ejecutivos".

13. La pena del delito intentado se establece con arreglo a criterios diferentes en el ordenamiento portugués (vide art. 23).

e interpretación de los diversos actos preparatorios punibles (art. 15)¹⁸ no implican modificaciones sustanciales dignas de mención.

8. En cuanto a las "*causas que eximen de la responsabilidad criminal*." (Cap. II del tít. I del Proyecto) cabe anotar la supresión de dos circunstancias del hoy art. 8 del Código Penal que tradicionalmente habían formado parte del catálogo de eximentes: *la fuerza irresistible* (circunstancias 9) y *la obediencia debida* (circunstancia 12).¹⁹

El art. 19 del Proyecto (n. 7) modifica la circunstancia correlativa del art. 8 vigente (*miedo insuperable*), al suprimir la exigencia relativa a la entidad de dicho miedo (miedo insuperable "de un mal igual o mayor").

El n. 1 del citado art. 19 acude al expediente de las acciones *liberae in causa* para establecer una nueva deli-

sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación (§ 2). El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados" (§ 3).

El *Código Penal portugués* contiene dos previsiones sobre el error: el art. 16 (error sobre las circunstancias del hecho) y el art. 17 (error sobre la ilicitud o antijuricidad).

18. A tenor del art. 15, § 3, "*La provocación* existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de eficacia semejante, a la perpetración de cualquier delito..." ("cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia...", dice el art. 4, § 3, del Código Penal vigente).

19. El Código Penal portugués no conoce la "fuerza irresistible", como causa de exclusión de la responsabilidad criminal. Si la "obediencia" (art. 37) — "obediencia no debida disculpante" — referida a funcionarios, que figura entre las causas que excluyen la ilicitud y la culpabilidad. A la obediencia se refiere, también, el art. 36 ("conflicto de deberes"), declarando el § 2 de este precepto que el deber de obediencia jerárquica cesa cuando conduce a la comisión de un delito.

mitación del *trastorno mental transitorio* ("siempre que este último no hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o no hubiera previsto o debido prever su comisión").²⁰ Y su n. 2 extiende la exención de responsabilidad criminal, sirviéndose de idéntico expediente teórico a quien "se halle en estado de *intoxicación plena por bebidas alcohólicas*, estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos análogos siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometer el delito o no se hubiese previsto o debido prever su comisión."²¹

Por el contrario, el Proyecto conserva sin alteraciones significativas: el límite de la *mayoría de edad penal* (16 años, a tenor del n. 3 de su art. 19),²² la circunstancia 3 del art. 8 del Código Penal vigente (n. 4 del art. 19 del Proyecto), esto es, la alteración grave de la *conciencia de la realidad* derivada de problemas sensoriales y de percepción; la *legítima defensa* (circunstancia 4 del art. 8 del CP y 5 del art. 19 del Proyecto),²³

20. El art. 20, § 4, del Código Penal portugués descarta también la aplicación de una causa de inimputabilidad cuando la anomalía psíquica fue provocada por el agente con el propósito de cometer el hecho.

21. El Código Penal portugués contiene disposiciones especiales en el Cap. II ("alcohólicos y equiparados" de su Tít. V ("De la pena relativamente indeterminada") relacionadas con el alcohólico (arts. 86 y 87) y el drogodependiente (art. 88) que delinquen.

22. Según el art. 19 del Código Penal portugués, los menores de 16 años son penalmente inimputables. Pero a los mayores de 16 años y menores de 21 años se les aplicará la legislación "especial" en lugar del Código Penal común a tenor de lo dispuesto en el art. 9 del Código Penal, concretamente el Dec.-ley 401/82, de 23 de septiembre ("Regimen penal de los jóvenes adultos").

23. El Código Penal portugués regula la legítima defensa en el Cap. III del Tít. II (exclusión de la ilicitud), arts. 31, 32 y 33 ("exceso" en la defensa).

el *estado de necesidad* (circunstancia 7 del art. 8 del CP y 6 del art. 19 del Proyecto),²⁴ y la eximente 11 del art. 8 del CP, 8 del art. 19 del Proyecto: obrar “en cumplimiento de un *deber* o en el *ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*.”²⁵

A tenor de lo dispuesto en el § 2 del n. 8 del art. 19 del Proyecto, en “los cuatro primeros números de este artículo se aplicarán, en su caso, las *medidas de seguridad*...” prevista en el mismo.

9. La principal innovación del Proyecto en el ámbito de las circunstancias atenuantes (Cap. III, art. 20) reside en la suspensión de la *preterintencionalidad* (circunstancias 4.^a del art. 9 del CP) Dicha supresión, necesaria ya desde la reforma de 25.6.83 (que eliminó el art. 50 del CP y potenció el principio culpabilístico) se ha visto facilitada por una encomiable doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que restringía la apreciación de tan anómala circunstancia a los supuestos de preterintencionalidad homogénea aplicando, con buen criterio, los principios generales en materia de culpabilidad y concurso a todos los restantes.²⁶

El art. 20 analizado, en su n. 2, modifica el tenor literal de la circunstancia correlativa, 2 del art. 9 del Código

Penal (embriaguez) — que extiende, además, a otras hipótesis de *intoxicación no ética* — en los siguientes términos: “la de que el culpable... se encuentre, al tiempo de cometer la infracción en estado de intoxicación alcohólica o de otra índole que, sin ser preordenada al hecho, no lleve a tener plenitud de efectos sobre el sujeto”.

La circunstancia 5 del art. 19 del Proyecto (*arrepentimiento espontáneo*) modifica, también, su correlativa del Código Penal (circunstancia 9 del art. 9) al admitir la relevancia del arrepentimiento que se manifieste por el culpable “antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él” (“antes de conocer la apertura del procedimiento judicial”, dice el art. 9, n. 9 del texto punitivo en vigor).²⁷

El Proyecto no introduce modificaciones sensibles en las restantes causas de exención de la responsabilidad criminal: eximentes incompletas (circunstancia 1 del art. 20); minoría de 18 años (circunstancia 3 del citado art.); estados pasionales (circunstancia 4); circunstancia analógica (6 del art. 20).²⁸

10. El Cap. IV del Proyecto simplifica y reordena el catálogo de *causas de agravación de la responsabilidad criminal* (art. 21).

Suprime la circunstancia de premeditación (6.^a del art. 10 del CP); la 3.^a (“ejecutarlo por medio de inundación,

24. El Código Penal portugués distingue el estado de necesidad justificante (art. 34) del estado de necesidad “disculpante” (art. 35).

25. El Código Penal portugués reconoce, entre las causas de exclusión de la ilicitud (art. 31): el ejercicio de un derecho (b) el cumplimiento de un deber impuesto por la Ley o por orden de la autoridad legítima (c) y el consentimiento del titular del interés lesionado (d), consentimiento que puede ser expreso (art. 38) o presunto (art. 39).

26. Esta nueva doctrina jurisprudencial, de la que es claro exponente la sentencia de 28.3.84, cierra el paso a la apreciación de la circunstancia 4.^a del art. 9.^o del Código Penal español en los supuestos de “preterintencionalidad heterogénea”.

27. El arrepentimiento que autoriza una “atenuación especial de la pena” en el Código Penal portugués (art. 73) es el arrepentimiento sincero que se manifiesta por actos dirigidos a la reparación del daño (§ 2.c).

28. En cuanto a la *atenuación* de la responsabilidad criminal, el Código Penal portugués faculta al Tribunal (art. 73) para apreciar cualquier circunstancia — anterior, simultánea o posterior al hecho — que disminuya significativamente la ilicitud de ésta o la culpabilidad del autor, haciendo una relación o catálogo *ad exemplum*, puramente ilustrativo, de tales circunstancias.

incendio, veneno, explosión, destrucción de aeronave... o del uso de otro artificio ocasionado a grandes estragos"); la 4.^a ("realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad"); la 7.^a ("emplear astucia, fraude o disfraz"); la 11.^a ("cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia"); y la 16.^a ("ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad e edad mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso").

La nueva circunstancia 2 del art. 21, con su amplísima dicción ("ejecutar el hecho con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente") reagrupa las hoy agravantes ns. 8, 12 y 13 del art. 10 del Código Penal (abuso de superioridad, auxilio de gente armada y ejecución del delito de noche, en despojado o en cuadrilla, respectivamente).

El Proyecto modifica sustancialmente la circunstancia de *alevosía*, imprimiendo a la misma un inesperado giro objetivista el inciso final del § 2.º de su art. 21.1 ("... o cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa") de acuerdo con una conocida interpretación jurisprudencial que considera 'alevosía' el aprovechamiento de una situación objetiva de indefensión no buscada deliberadamente por el sujeto.²⁹

29. La doctrina jurisprudencial reconoce tres modalidades de comportamiento *alevoso*: el *proditorio* (el culpable acecha, busca, aguarda y ataca a la víctima), el *sorpresivo* y, por extensión, el consistente en aprovechar una situación de desamparo o indefensión no buscada de propósito por quien se beneficia de ella (así, sentencias de 25.4.85, 31.4.86 y 25.9.86). El Proyecto da, pues, carta de naturaleza a esta tercera modalidad de conducta *alevosa*, la más polémica y controvertida.

Por el contrario, establece una saludable restricción a la denominada *reincidencia específica* requiriendo el § 1 de la circunstancia 7.^a del art. 21 no sólo que el delito por el que previamente fue condenado ejecutoriamente el culpable se halle comprendido en el mismo Capítulo del Código, sino que además "sea de la misma naturaleza".³⁰

Las demás circunstancias agravantes no experimentan modificaciones dignas de mención: la 3.^a del art. 21 y 2.^a del art. 10 del Código Penal (precio, recompensa o promesa); la 4.^a del art. 21 — 5.^a del art. 10 — (ensañamiento); la 5.^a — 9.^a del art. 10 del Código Penal — (abuso de confianza); y la 6.^a 10.^a del art. 10 del CP: "prevalerse del carácter público que tenga el responsable".³¹

Por último, los Caps. V y VI mantienen, casi literalmente, la *circunstancia mixta de parentesco* (art. 22 del Proyecto y 11 del CP vigente) y los conceptos de *autoridad* y *funcionario* (art. 23 del Proyecto y 119 del CP), sin más modificación que el añadido que introduce el art. 23 (por "autoridad", a efectos penales se entienden también los "órganos colegiados").³²

C) Libro 1.º, Título II

1. Bajo la rúbrica: "De las personas criminalmente responsables de los deli-

30. A la reincidencia (art. 76) — y sus efectos (art. 77) — se refiere el Código Penal portugués. Se circunscribe ésta a los delitos "dolosos" y requiere un intervalo mínimo de cinco años entre los dos hechos criminales.

31. La circunstancia 6.^a del art. 21 del Proyecto de Código Penal español sustituye el término "culpable" (de la hoy circunstancia 10 de art. 10 del CP vigente) por el de "responsable".

32. El Código Penal portugués conoce, también, un concepto de "funcionario" amplio (art. 437) "a efectos de la Ley penal".

tos y faltas", dedica el Título II del Proyecto cinco artículos (arts. 24 a 28, ambos inclusive) a los trascendentales problemas de *autoría y participación*.

2. El art. 24 declara *responsables criminales* a los autores y cómplices (el Proyecto elude el término técnico de "partícipes")³³ y suprime el *encubrimiento*, forma de participación impropia, espúrea, que se emplaza entre los delitos contra la Administración de Justicia (Cap. III del Tít. XVII) o contra el patrimonio, según los casos (Cap. XVI del Tít. XII).

3. El art. 25 del Proyecto hace una mención expresa a la *autoría mediata* ("realizan el hecho... por medio de otro, del que se sirven como instrumento"); elimina la "*fuerza*" (tradicionalmente equiparada a la inducción como modalidad de autoría en el n. 2 del art. 14 del CP) y "considera" también autores a *inductores y cooperadores* (ns. 2 y 3 del art. 25), siguiendo las pautas tratadas por el art. 14 del CP vigente.³⁴

La *complicidad* (art. 26) no experimenta modificación alguna³⁵ y sí, por el contrario, el régimen de autoría y participación que el art. 15 actual diseña para los delitos cometidos por medio de imprenta, grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión, etc. En efecto, el art. 27 del Proyecto declara (n.

1) que "en los delitos y faltas cometidos utilizando medios mecánicos o soportes de difusión no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente"; articulando el n. 2 del citado art. 27 una *responsabilidad criminal en cascada* ("escalonada y subsidiaria") en la persona de los autores reales del texto ("y quienes les hayan inducido a realizarlo", supuesto añadido y de nuevo cuño), los Directores de la publicación o programa en que se difunda y quienes lo sean de la Empresa grabadora, reproductora o impresora. El último párrafo del art. 27 del Proyecto, finalmente, amplía el ámbito de aplicación de este mecanismo *sui generis* a hipótesis no comprendidas en el actual art. 15 del Código Penal, al declarar la posibilidad de dirigirse al responsable penal subsidiario "cuando por cualquier motivo, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números anteriores".³⁶

Tampoco existen diferencias significativas entre el art. 28 del Proyecto y el art. 15-bis del Código Penal (*actuación en nombre y representación de otro*). A tenor del primero, "el que actuare como directivo u órgano de la persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias de dieran en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obrare".³⁷

33. El art. 26 del Código Penal portugués define la 'autoría'. El art. 27, la complicidad. Los arts. 28 y 29 contemplan dos importantes previsiones sobre el injusto y la culpabilidad en la "participación" criminal, respectivamente.

34. El art. 26 del Código Penal portugués declara responsable, a título de 'autor', a quien ejecuta el hecho, por sí mismo o por medio de otro, o toma parte directa en su ejecución, en virtud da acuerdo o juntamente con otro u otros; y, también, quien determina dolosamente a otra persona a cometer el hecho.

35. Es cómplice, según el art. 27 del Código Penal portugués, quien dolosamente y de cualquier forma, presta auxilio material o moral para la comisión dolosa de un delito por otro.

36. Una responsabilidad criminal "sucesiva" contempla, también en materia de *prensa e imprenta* el art. 26 del Dec.-ley portugués 85-C/75, del 26 de febrero.

37. El actuar "en nombre de otro" se prevé en el art. 12 del Código Penal portugués.

3. Reflexiones críticas al Proyecto de Código Penal de 1992

Primera

Los tres Títulos examinados del Proyecto de Código Penal de 1992 contienen decisiones que merecen una valoración muy positiva. Aunque no sean estrictamente novedosas (El Proyecto de Código Penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 asumía ya alguna de ellas, y otras se hallan implícitas en el propio proceso de reformas, de modo especial, en la de 25.6.83) tampoco sería justo restar méritos al prelegislador.

Positiva es, por ejemplo, desde el punto de vista culpabilístico, la supresión de la *preterintencionalidad*, auténtico cuerpo extraño en nuestro ordenamiento desde que la reforma antes citada potenciaría al máximo el principio de responsabilidad subjetiva (art. 1) y derogase el art. 50 del Código Penal. Se permite, así la plena vigencia de los principios generales en el ámbito de la culpabilidad.

Un juicio muy favorable merece, también el nuevo sistema de *incriminación de la imprudencia*. Sustituir el régimen de incriminación a través de cláusulas generales, por el de incriminación específica y singular, caso a caso, se aviene a exigencias político-criminales resaltadas por la doctrina científica con significativo consenso.

Lo mismo puede afirmarse de la punibilidad excepcional de los *actos preparatorios* (proposición, provocación y conspiración) que, de acuerdo con un saludable criterio político-criminal asumido por el Proyecto, sólo se castigarán en aquellos casos donde expresamente lo declare el legislador.

La simplificación de los prolijos *catálogos de circunstancias modificativas* de la responsabilidad criminal que son objeto de una rigurosa y sistemática clasificación con una técnica depurada es digna de elogio.

La supresión de las *medidas predelictuales* o *antedelictuales* (el Proyecto sólo contempla como consecuencias jurídicas de naturaleza criminal las denominadas medidas de seguridad "*postdelictuales*") la explícita extensión de las *garantías* contempladas en el Título Preliminar a estas últimas (arts. 1, §§ 1 y 2; art. 2, §§ 1 y 2; art. 5, § 1, todos ellos del Proyecto); la introducción del trámite preceptivo de "*audiencia del reo*", preceptivo aunque no vinculante (art. 5, § 2, *in fine*), para la determinación de la Ley penal más favorable en casos de duda; la eliminación del "*caso fortuito*" enclave obsoleto que conserva el art. 6-bis b) del Código Penal vigente; el propósito de plasmar en el Título Preliminar el principio de *culpabilidad* como "garantía" fundamental del ciudadano (art. 3 del Proyecto); las previsiones específicas sobre el *momento de comisión del delito* a los efectos de determinar la Ley penal aplicable (art. 6); sobre la "comisión por omisión" (art. 10 del Proyecto), que evitan la forzada equiparación, por vía interpretativa y sin la preceptiva cobertura legal habilitadora, de comportamientos omisivos y comisivos; o sobre el *desistimiento* penalmente aplicable relevante (arts. 17, §§ 2 y 18 del Proyecto), laguna significativa del ordenamiento español que carece de un precepto *ad hoc* en relación a los actos preparatorios punibles; la unificación del régimen de las *formas imperfectas de ejecución* en torno a la nueva figura de la tentativa (arts. 16 y 17, § 1); la supresión del *encubrimiento* como forma de participación impropia (*ex post*), que no se menciona en el art. 24; son otras tantas innovaciones del Proyecto dignas de aplauso.

Segunda

En cuanto al proceso de gestación del Proyecto y *modus operandi* seguido cabe resaltar un *grave déficit criminológico y político criminal*.

1. La trascendencia de una reforma penal exige el previo conocimiento, con instrumentos empíricos y técnicas científicas de evaluación, de la realidad social a la que aquélla se dirige. Un Código pretende aportar soluciones a los problemas y conflictos reales de una sociedad concreta en un momento histórico determinado. Es preciso tener información verificada sobre las variables, perfiles y tendencias del problema criminal que, antes todo, es y debe contemplarse como problema "social".

El prelegislador español, lamentablemente, ha prescindido de dicha información. No ha ponderado material empírico alguno sobre la realidad histórica española (encuestas de victimización, informes de autodenuncia, estadísticas, trabajos de campo, etc...). De suerte que muchas de sus opciones son más producto de la *intuición* y el *decisionismo* que de una valoración reflexiva y meditada.

No se trata, desde luego, de que las "batas blancas" sustituyan a las "togas negras" ni de apelar extemporáneamente a la denominada "falacia naturalista". Se trata de que las decisiones político-criminales que el mundo del derecho instrumenta cuenten con un respaldo empírico-científico, garantía de acierto y credibilidad.

La supresión de la circunstancia agravante de *premeditación* del catálogo del art. 21; el giro objetivista que cobra la de *alevosía* (1.ª del art. 21); la redefinición de la polémica circunstancia de la *reincidencia* (7.ª del art. 21), que coexiste con la extravagante figura de la *habitualidad* (art. 73 del Proyecto); la devaluación de la de *parentesco* en la Parte Especial (supresión del delito de infanticidio); la delimitación de los presupuestos de la *peligrosidad criminal* y el *régimen de medidas* que se articula como respuesta a la misma (arts. 4 y 95 y ss. del Proyecto); y, especialmente, la configuración de las "*causas que eximen de la responsabilidad criminal*", del art. 19

(enajenación, trastorno mental transitorio, minoría de edad penal), o que la *atenúan* (art. 20) son decisiones trascendentales del prelegislador que han carecido del más mínimo bagaje empírico-científico.

2. A dicho *vacío empírico-criminológico* se añade una no menos lamentable *carencia político-criminal*. Todo Código Penal requiere un previo debate social, y no sólo una discusión entre expertos. Es precisa una amplia y transparente reflexión de toda la sociedad, dado que el crimen es un problema "social" y "comunitario". No bastan decisiones técnico-jurídicas, propias de los llamados "modelos tecnocráticos". Es necesario trazar objetivos y metas respecto al problema criminal, escoger reflexivamente entre diversas opciones, diseñar programas y estrategias... En definitiva, frente a una mera "política-penal" parece imprescindible una "política criminal" sobre el delito que evite el dogmatismo tecnocrático, el despotismo no siempre ilustrado o una *praxis* errática e incoherente.

El denunciado *déficit* o vacío político-criminal ha gravitado sobre todo el sinuoso *proceso de las reformas penales*, como lo demuestran los llamativos cambios de criterio y vicisitudes que experimentan algunas instituciones.³⁸ El tími-

38. Véanse, por ejemplo, las vicisitudes de la *responsabilidad civil derivada del delito*, que el Anteproyecto remite a la legislación civil y rescata para la penal, siguiendo una inveterada tradición, el Proyecto. O las del "*delito continuado*", que evidencian los cambios de criterio a lo largo de los diversos momentos del proceso de reforma (art. 75 del Proyecto, 74 del Anteproyecto, 74.1.º de la Propuesta de Anteproyecto). La muy distinta configuración y régimen de la *reincidencia* (suprimida por la PACP de 1983; contemplada por el art. 65 del Anteproyecto a propósito de la "reglas generales para la aplicación de las penas"; o prevista entre las circunstancias agravantes del art. 21 del Proyecto). O el régimen errático del *delito fiscal*, que la redacción inicial del Proyecto remite a la legislación especial y, sin embargo,

do y poco innovador sistema de *penas y consecuencias jurídicas* del Proyecto (no examinado en este trabajo) es la manifestación o síntoma más expresivo de tal carencia. Pero incluso en la *Parte General* del Proyecto³⁹ y, desde luego, en su *Parte Especial*, que hace gala de una sistemática indefinición y de calculadas ambigüedades en materias de gran trascendencia políticocriminal y social⁴⁰ se detecta la muy limitada voluntad innovadora del prelegislador.

3. *Momentos de crisis social y económica*, de inseguridad, tampoco son los más adecuados para elaborar un Código Penal. La redefinición de las pautas fundamentales de la convivencia reclama un clima estable que exteriorice el necesario consenso social. Todo Código tiene su momento! En épocas, como la presente, de conflicto y convulsiones sociales existe el riesgo de que se desvirtúe la función que corresponde a las leyes penales, porque la crisis genera miedo, inseguridad, y tales sentimientos colectivos suelen manipularse interesadamente. La política criminal es suplantada, entonces, por una ciega e inexorable política penal de inútil y desproporcionado rigor sin más argumentos que las “iras de la ley” y la “ejemplaridad” del castigo.

No se trata, pues, de la dificultad de obtener las imprescindibles mayorías parlamentarias, ni de la dudosa oportunidad política de una gran empresa que se aborda al terminar la legislatura. Se

trata de la función que corresponde al Código Penal, y de la función que, de hecho, cualquier Código Penal cumple en contextos históricos de crisis y conflicto social. Todo Código Penal debe ser fiel expresión de un *consenso social previo*. Su misión es reforzarlo, salvaguardarlo. La pena cumple, pues, una función “*instrumental*”, dado que la amenaza del castigo pretende la efectiva protección de los bienes jurídicos, es un medio que previene la lesión o puesta en peligro de éstos. En momentos de crisis y conflicto social, todo Código Penal corre el riesgo de cumplir más una función “*simbólica*” que instrumental. La experiencia demuestra que en lugar de reflejar y exteriorizar el consenso social, se convierte en un sutil mecanismo para recabarlo, para concitarlo. Que es utilizado no para tutelar los valores personales y comunitarios fundamentales para la convivencia sino para fomentar determinadas actitudes del ciudadano respecto al sistema y las instituciones (confianza, sumisión, etc.).

La sistemática derogación que experimentam los principios generales de Código en determinadas parcelas de la criminalidad “expresiva” (delitos de expresión,⁴¹ narcotráfico⁴² y terrorismo)⁴³ es

contemplaba la PACP de 1983 (art. 298 y ss.).

39. El Proyecto es poco *innovador*. Autoría y participación, formas imperfectas de ejecución, error, causas de justificación y de inculpabilidad, circunstancias modificativas, etc., experimentan modificaciones poco significativas.

40. Ejemplo paradigmático de tal *indefinición* es el ambiguo régimen de indicaciones a propósito del delito de aborto, y, en particular, la referencia del art. 153.2.^a b) al “estado de angustia o ansiedad en la gestante”.

41. En los delitos de *opinión*, por ejemplo, se introduce la innecesaria y extravagante figura de la difamación (art. 208, 2, 2.^a), al tiempo que se amplían los contornos del delito de calumnia (art. 204) y se desnaturaliza — por su alcance desmedido — el de injurias (art. 208). El art. 27 (siempre del Proyecto) potencia aún más la llamada responsabilidad en cascada, con la correlativa derogación de las normas generales sobre autoría y participación. Los §§ 1 y 2 del art. 211 recortan la operatividad de la *exceptio veritatis* con criterios restrictivos. El art. 215 (retractación) consagra una institución humillante que excepciona, además, los principios del Derecho común aplicables a los demás delitos en materia de consumación, desistimiento y arrepentimiento (art. 16, 17, 2.^o, 20, 5.^a, etc.). El art. 214 otorga unos efectos *sui*

el alto tributo que paga el Proyecto de Código Penal de la democracia al ino-

portuno momento político y social que lo gestó.

generis a la reincidencia en ciertos delitos de expresión (inhabilitación especial), que no lleva asociados esta circunstancia agravante a propósito de las demás infracciones. El art. 116,2.º dos prevé normas *ad hoc* en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de delitos contra el honor cometidos a través de los medios de comunicación. El art. 214,2.º dispone, en ciertos supuestos, la responsabilidad civil "solidaria" de la propia empresa periodística, etc.

42. La función simbólica del Derecho Penal se manifiesta, también, en los delitos relacionados con el *narcotráfico*. El rigor de las penas, los amplios márgenes de discrecionalidad que se otorgan a jueces y tribunales, la consagración de ciertas figuras por razones exclusivamente pragmáticas o utilitarias (vg., delación) y la deliberada derogación de los principios generales vigentes para los restantes hechos delictivos, son muestras inequívocas de dicha función simbólica. Véanse, por ejemplo, los arts. 354 (agravación preceptiva de las penas), 363,2.º (eventual remisión completa de la pena por colaborar eficazmente con la autoridad), 364 (cómputo de la pena y de los beneficios penitenciarios *sui generis* para estos delitos), etc., todos ellos del Proyecto.

43. También en los delitos relacionados con el *terrorismo* y las *bandas terroristas* introduce el Proyecto normas *ad hoc* que derogan los principios generales; preceptos que conducen a un rigor que ni siquiera por razones de prevención negativa se justifican. De una parte, los delitos de "asociaciones ilícitas" (art. 529 y ss.) establecen penas particularmente severas a sus miembros y directivos (art. 530,1.º y 2.º); penas extensibles a terceros que colaboran con las organizaciones terroristas (art. 531); se consagran criterios concursales *ad hoc* (art. 531, *in fine*) y declara la punibilidad excepcional de los actos preparatorios (art. 535,1.º), la apología (art. 535,2.º), etc. Pero, además, contempla el Proyecto, en su Parte General, algunas previsiones con relación a la criminalidad terrorista. Así, el mecanismo agravatorio del art. 6,1.º ("reglas generales para la aplicación de las penas"), que dispone la aplicación preceptiva de la pena superior en grado a la señalada por la ley para el delito cometido; el

Tercera

Adolece, también, el Proyecto de Código Penal de algunas deficiencias e imprevisiones, bien de carácter técnico legislativo, fácilmente subsanables, bien instrumentales, logísticas, que pueden dañar su crédito y operatividad.

1. Es incomprensible, por ejemplo, su exigua "*vacatio legis*" (40 días, a tenor de la disposición final única), a todas luces insuficiente. Aunque no deslumbre la voluntad innovadora del prelegislador, el cambio que todo nuevo Código Penal implica recomienda una sensible ampliación de la "*vacatio legis*", a fin de que la sociedad y los propios operadores jurídicos se compenentren con el mismo. O incluso, su entrada en vigor escalonada, discriminando materiales o partes del Código con sus respectivos plazos.

2. El *Derecho transitorio* del Proyecto parece poco previsor.

Algunas penas de nueva planta exigen medios de infraestructuras inexistentes, sin que el Proyecto consigue el compromiso de llevar a cabo las dotaciones necesarias, ni el *timing* de las mismas.

El efecto retroactivo de la Ley penal posterior más favorable que el Proyecto reconoce (art. 5, § 2), planteará, a corto

reconocimiento de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, a los efectos de la reincidencia (art. 66,2.º); el régimen cuasi discrecional que permite, bajo ciertos presupuestos descritos con notable ambigüedad, la sensible reducción de la pena (art. 67,1.º) o incluso su total remisión (art. 67,2.º); el criterio concursal previsto en el § 4 del 78, que deroga las normas generales establecidas en los tres apartados anteriores del mismo artículo; el cómputo de los beneficios penitenciarios y la libertad condicional partiendo de la pena impuesta en la sentencia condenatoria, a tenor del mandato del art. 94, etc.

plazo, serios problemas a la entrada en vigor de éste.

Cuarta

Tres opciones del Proyecto sobre temas capitales (*mayoría de edad penal, criminalidad asociada a la drogodependencia y responsabilidad civil derivada del delito*) merecen severas críticas desde un moderno enfoque policriminal.

1. La decisión del Proyecto de mantener la *mayoría de edad penal* a los 16 años (art. 19, 3.^a) no es ya de recibo. Pugna con la experiencia empírica acumulada por las ciencias del hombre a lo largo de los últimos lustros, con las actuales orientaciones político-criminales que suministra el Derecho comparado y con las necesidades y exigencias de la realidad española destacadas por nuestra doctrina.

El problema de la delincuencia de jóvenes y menores no puede seguir relegado a un segundo plano. Criminológicamente ha sido y es la piedra de toque de cualquier modelo teórico explicativo de la conducta irregular, de su prevención y de las posibles técnicas de intervención en el infractor. Político-criminalmente, constituye el sector más dinámico y sintomático de la criminalidad en un momento histórico concreto, el mejor *test* de sus claves, perfiles y tendencias.

El Proyecto hace tabla rasa de las inquietudes, realizaciones y legítimas expectativas generadas durante varios decenios. Parece olvidar que un tercio de la población reclusa española se recluta entre jóvenes de menos de 24 años. Que nuestra legislación de jóvenes y menores resulta hoy anacrónica y obsoleta, habiéndose limitado las recientes reformas de la misma a aspectos procesales para mitigar su frontal contradicción con principios y mandatos de la Constitución. Que la infraestructura y medios existentes rayan en la penuria y el abandono,

provocando la desazón y lógico escepticismo de los propios operadores jurídicos especializados.

La problemática *sui generis* de jóvenes y menores requiere una respuesta *ad hoc* como entendió con buen criterio la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 al anunciar un Proyecto de Ley sobre Derecho Penal Juvenil.⁴⁴ No basta con aumentar el límite de la mayoría de edad,⁴⁵ ni con atenuar el rigor de las penas: ambas soluciones son insuficientes, insatisfactorias. Lo decisivo es la naturaleza de las medidas que se arbitren y sus efectos. El establecimiento de unos topes biológicos férreos, de forma apriorística y generalizadora, no puede convencer, porque la madurez personal se adquiere a lo largo de un lento y sinuoso proceso de vivencias. Por ello, suelen optar los diversos sistemas actuales por abarcar un amplio espectro o abanico de edades, en lugar de fijar un límite biológico férreo, siempre caprichoso y discutible, sea cual fuere. Pero responder al joven o menor que delinque con el mismo Derecho Penal, es tratarle como a un adulto, olvidando que no lo es. El joven o el menor que delinquen requieren algo distinto, cualitativamente diferente, del Derecho Penal: no un poco menos de lo mismo, no una pena atenuada. La respuesta ha de ser otra, inequívocamente orientada a su corrección, pues la conducta irregular o delictiva de jóvenes y menores debe comprenderse, en definitiva, como expresión de un fracaso del pro-

44. Disposición Final Segunda: "El Gobierno, en un plazo de seis meses, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley... sobre Derecho Penal Juvenil..." (PACP, 1983).

45. La elevación de la mayoría de edad penal a los dieciocho años resuelve poco, si las medidas aplicables siguen conservando la naturaleza y efectos propios de la respuesta criminal. Coordinar la mayoría de edad civil y la penal no es el desideratum óptimo, sino una meta insatisfactoria y poco exigente.

ceso educativo y de socialización.⁴⁶ Y todo ello sin perjuicio de que la ley sugerida contemple, también, previsiones de particular rigor (internamiento) con relación a comportamientos de jóvenes y menores de especial gravedad.

2. Tampoco convence el sistema que articula el Proyecto (§§ 2 de los arts. 19 y 20) como solución jurídico penal al grave problema de la criminalidad asociada a la drogodependencia, acudiendo, por cierto, al trasnochado expediente de las acciones *liberae in causa*. El Proyecto, en primer lugar, establece un régimen *ad hoc* y restrictivo que deroga los principios generales consagrados en el mismo en el solo particular de los delitos cometidos en situación de drogodependencia. Pero, además, acude a un falso e impropio paralelismo entre alcoholismo y drogadicción que no se justifica ni desde un punto de vista farmacológico ni desde un punto de vista político-criminal. Pues el problema social de la droga no es básicamente el problema de la imputabilidad del drogodependiente — reducida o eventualmente anulada por el consumo de ciertas sustancias — sino el de su incidencia criminógena y el de la naturaleza “instrumental” de los delitos asociados a ella. Dicho de otro modo: mientras la criminalidad relacionada con el alcohol es consecuencia directa del efecto (farmacológicamente comprobado) de aquel en el organismo humano, la inducida por la droga es una delincuencia “instrumental”. El alcohólico que delinque, delinque por el alcohol, el drogodependiente que delinque no delinque por hallarse bajo la influencia de la

droga, sino para conseguirla, porque le falta.

La fórmula del Proyecto desconoce incluso la existencia de una matizada doctrina jurisprudencial que aplicando simplemente los principios generales, con pragmatismo y sensibilidad, consiguiera, de hecho, unos resultados bastantes más justos.

3. Aunque la persona de la *víctima* del delito ha ocupado tradicionalmente una posición marginal en el Derecho punitivo (el sistema legal se ha dicho que nace para “neutralizar” a la víctima),⁴⁷ no cabe duda que la atención de los derechos y expectativas de ésta es uno de los indicadores más fiables de la calidad de cualquier ordenamiento de un Estado “social” de Derecho. No debe extrañar, por tanto — algo que no hace el Proyecto de Código Penal español de 1992 — que se cuente con la víctima en el momento de diseñar el catálogo de penas, medidas y sustitutivos penales; ciertos beneficios penitenciarios; circunstancias modificativas (atenuantes) de la responsabilidad criminal; determinación de la responsabilidad civil derivada del delito, etc. Que se consigne, incluso, en algún Código Penal el compromiso de los poderes públicos de crear un fondo o seguro social a favor de las víctimas del delito para hacer efectiva la reparación del daño cuando el infractor sea declarado insolvente.⁴⁸

Las vicisitudes de la responsabilidad civil derivada del delito, que el Anteproyecto de Código Penal llegó a remitir al ordenamiento civil; y, especialmente, el perverso art. 122, § 2 del Proyecto (responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas por razón del delito de autoridades y funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos)

46. La orientación “tuitiva”, “tutelar” tradicional ha de ser sustituida por un nuevo modelo de fuerte componente rehabilitador y educacional inspirado por el principio de “*responsabilización*” del joven o menor y cuyas sanciones (*sanciones “positivas”*) trasciendan las pretensiones de mera prevención general que estigmatizan inevitablemente a aquél.

47. En este sentido, Hassemer, W., *Fundamentos de Derecho Penal*, 1984, Barcelona (Bosch), p. 92.

48. Es el caso, por ejemplo, del Código Penal portugués (art. 129,1.º).

evidencian la escasa sensibilidad de nuestro prelegislador.

El citado art. 122, § 2 establece un injusto e inconfesable privilegio para las Administraciones Públicas, a costa del perjudicado, más propio de concepciones mandarinistas del poder que de sistemas sociales y democráticos de derecho. Consagra, *de facto*, el principio de irresponsabilidad de las Administraciones. Otorga a éstas un régimen discriminatorio frente al de los demás responsables civiles subsidiarios.

Priva a la víctima de la vía penal, civil y laboral para obtener de la Administración Pública la reparación del daño, obligándola a un largo peregrinaje (vía penal, administrativa y contencioso-administrativa) que vulnera el principio constitucional de tutela efectiva y el derecho de todo administrado a un juicio sin dilaciones indebidas.

Quinta

Criticables, y también por razones político-criminales, son otras previsiones del Proyecto examinado.

1. Que no contemple, por ejemplo, el § 4 de su art. 1 el deseable *efecto suspensivo* de la solicitud de *indulto* dirigida al Gobierno por el juez o tribunal, parece insatisfactorio. Claro que semejante, suspensivo sería indeseable con relación a las otras dos hipótesis descritas en dicho artículo (derogación o modificación del precepto razonadas por el órgano jurisdiccional). Pero no cuando éste promueve la concesión del indulto. La realidad cotidiana demuestra, una vez más, que el Proyecto carece de una decidida voluntad innovadora, que se queda a mitad de camino, rezagado.

2. Tímida parece, igualmente, la configuración del *trámite de audiencia* previsto en el art. 5, § 2, *in fine*, del Proyecto.

Pues debiera hacerse extensivo a todos los supuestos en que vienen a colación

penas heterogéneas y no resuelve la Ley cual de ellas ha de ser aplicada. No tiene sentido que se oiga al reo sólo cuando el Tribunal dude respecto a cuál de las dos penas es más favorable a aquél.

3. Discutible, por su rigor, es el criterio de la *ultraactividad* que adopta el art. 5, § 3, del Proyecto con relación a las *leyes temporales*, excepcionando la aplicación retroactiva de la Ley posterior más favorable, consagrada en el propio art. 5, § 2. Esta manifestación del *tempus regit actum*, sólo explicable por razones de prevención general, podría atemperarse con una referencia expresa a las facultades que el § 4 del art. 1 confiere "cuando de la aplicación de la Ley resultare penada una acción u omisión, a juicio del Juez o Tribunal no debiera serlo o la pena fuere notablemente excesiva..."

Se atenderían, de este modo, exigencias elementales de justicia ligadas al caso concreto, dejando a salvo objetivos político-criminales de carácter general.

4. La *clasificación tripartita* de las infracciones penales (art. 12 del Proyecto), introducida por razones que la Exposición de Motivos no explícita, no tiene más repercusión y consecuencias que las estrictamente penológicas (art. 30). Se consagra en la Parte General, para prescindir, a continuación, de la misma el prelegislador, que sólo se refiere a "delitos" y "faltas" en el resto del articulado. Un cambio significativo como el que la tripartición representa puede justificarse por perseguir el acomodo y congruencia entre la legislación material y la procesal (lo que no parece ser nuestro caso); o porque sirva de instrumento para la consecución de determinados objetivos político-criminales (lo que tampoco sucede con el Proyecto).

5. La neocriminalización de las *faltas intentadas* contra las *personas* o el *patrimonio* (art. 16,2.º) es consecuencia del automatismo y la imprevisión. Al suprimirse la figura de la frustación, el mandato del art. 16 del Proyecto incrimina

comportamientos contra personas y propiedades que el art. 5, § 2 del Código Penal vigente no sanciona (tentativa de falta). El principio de intervención mínima sugiere evitar tales fenómenos de neocriminalización o, en todo caso, restringirlos a las faltas contra las personas.

6. La mayor amplitud que experimenta la exigente de “miedo insuperable” en el Proyecto, al suprimir éste la exigencia relativa a la entidad del mal que lo genera (art. 19,7.º) tampoco satisface desde una óptica político-criminal. La generosidad con que se concibe el trastorno mental transitorio por el Proyecto (éste pondera la perturbación del psiquismo con independencia de la naturaleza del agente que lo ocasiona y la necesidad imperiosa de objetivar los contornos de una sutil vivencia subjetiva que, según la Ley, libera por completo de responsabilidad criminal, recomienda un retorno a la fórmula tradicional hoy vigente. El miedo que aquí se contempla es el miedo objetivable con criterios normativos: el miedo a un mal igual o mayor: no cualquier otro miedo.

7. La contemplación por el Proyecto de la *circunstancia agravante de reincidencia* (art., 21,7.º), en su doble modalidad: reincidencia específica y reincidencia genérica, y el régimen de una y otra,⁴⁹ es una decisión político-criminalmente cuestionable. Más cuestionable parece, sin embargo, que coexista dicha circunstancia agravante con la anómala figura de la habitualidad,⁵⁰ introducido por el art.

73; y que, en la Parte Especial del Proyecto, se modifiquen, a su vez, los efectos de la primera⁵¹ o la propia noción y requisitos de esta última.⁵² De suerte que se lleva a cabo un aparatoso e injustificado despliegue de mecanismos agravatorios de discutible fundamento criminológico y político-criminal cuyos respectivos contornos se delimitan con escasa precisión.

Sexta

Cabe formular, por último, algunos reparos meramente *dogmáticos* al Título Preliminar del Proyecto, y a los Títulos I y II de su Libro 1.º.

1. La dicción del art. 3 (“no hay pena sin dolo o imprudencia”) no convence, si con ella — como parece — se pretende plasmar una “garantía” fundamental. Sería preferible la fórmula: “no hay pena sin *culpabilidad*”.⁵³ Afirmar que “no hay pena sin dolo ni culpa” equivale simplemente a prohibir la responsabilidad objetiva.⁵⁴ La plena vigencia de la garantía culpabilística exige bastante más. De otra parte, el enunciado dista de aceptarse

un plazo no superior a cinco años, salvo lo que especialmente puedan disponer otros preceptos de esta Ley.”

51. Por ejemplo, el art. 214,1.º impone, además, la pena de inhabilitación especial a los reincidentes.

52. Así sucede en las infracciones patrimoniales, a tenor de lo dispuesto en el art. 237,2.º del Proyecto.

53. Que el art. 9 del Proyecto utilice los términos: “dolosos e imprudentes” no es razón para hacer lo propio en el art. 3, ya que el primero se limita a aportar una de finición del hecho punible, de pretensiones técnicas, mientras el art. 3 formula una garantía del ciudadano, función distinta que reclama un lenguaje jurídico también diferente.

54. Como advierte acertadamente — y en sentido crítico — Cerezo Mir, J. (*Estudios sobre la Moderna Reforma Penal Española*, Madrid 1993, Tecnos, p. 199).

49. La reincidencia específica (art. 21,7.º, § 1) sigue el régimen ordinario de las demás circunstancias agravantes (art. 63). La genérica (art. 21,7.º, § 3) es de aplicación potestativa, según el art. 65 del Proyecto: los jueces o tribunales “podrán imponer la pena en su mitad superior, si lo estiman adecuado a las circunstancias del hecho y del autor”.

50. Dispone el art. 73: “A los efectos de este Código, se consideran habituales los que hubieren sido condenados por tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en

pacíficamente por la doctrina científica, dado que para un cualificado sector de la misma — la finalista — puede existir dolo o culpa y no necesariamente culpabilidad.⁵⁵

Carece de fundamento la alergia del Proyecto al concepto de culpabilidad. Procede, por el contrario, su expresa consagración en el Título Preliminar del Código Penal porque la dignidad de la persona humana es uno de los pilares de nuestro orden constitucional y la imposición de una pena sin culpabilidad — o rebasando la medida de ésta — implica un intolerable atentado contra aquélla.⁵⁶

2. Tampoco acierta el Proyecto al formular la idea de *proporcionalidad en las medidas de seguridad* (art. 4.2.º) olvidando incomprensiblemente el distinto fundamento y fin de las penas y las medidas de seguridad.⁵⁷ En las medidas (postdelictuales) la previa comisión de un delito opera como presupuesto indispensable para la aplicación de aquéllas. Pero el fundamento de las mismas es la peligrosidad del autor, no la mayor o menor gravedad del delito o culpabilidad del sujeto activo.

Por tanto, la proporcionalidad deseable de las medidas de seguridad no puede articularse con los mismos baremos que

la de la pena, como erróneamente hace el Proyecto al señalar un límite impropio a la duración de las medidas ajeno al de la peligrosidad del autor. De esta forma, aun sin reconocerlo, el prelegislador impone un sistema monista, negando la propia autonomía de las medidas.⁵⁸

3. La novedosa regulación del *concurso de leyes* (art. 7) tampoco merece un juicio favorable. Contiene erratas materiales en las concordancias o remisiones a otros preceptos del Proyecto.⁵⁹ Redefine y desnaturaliza alguna de las nociones fundamentales, como la de la “consunción”, cuyo contenido poco tiene que ver con el que la doctrina asigna a la misma.⁶⁰ Y olvida dos cuestiones: que no existe consenso científico ni unanimidad alguna en torno a la delimitación conceptual de todas estas categorías (subsidiariedad, alternatividad, especialidad); y que, en último término, la dificultad del problema reside no tanto en definir las mismas como en fundamentar cuándo y por qué entre dos preceptos existe una u otra clase de conexión.⁶¹

58. Con mejor técnica afirmaba el art. 133 del Proyecto de 1980: “Las medidas de seguridad guardarán proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer.” Cf., Cerezo Mir, J., ob. cit., p. 200.

59. El art. 7 excluye de su ámbito de aplicación los supuestos comprendidos en los arts. 73 a 78, por error, ya que debía referirse a los arts. 74 a 78.

60. Declara el art. 7.3.º: “El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castigan las infracciones consumadas en aquél.” Tal formulación no sólo es ambigua e imprecisa, sino no define satisfactoriamente las relaciones de consunción.

61. Los conceptos de “especialidad” y “subsidiariedad” tampoco son pacíficos y, menos aún, la aplicación de los mismos a los supuestos concursales concretos. Así, por ejemplo, mientras unos autores consideran que entre homicidio y asesinato existe una relación de especialidad, otros mantienen que dicha relación es de subsidiariedad.

55. Por ejemplo, si concurre una causa de inimputabilidad o de inculpabilidad (así, Cerezo Mir, J. *Estudios sobre la Moderna Reforma...*, cit., p. 199).

56. En este sentido, Cerezo Mir, J. *Estudios sobre la Moderna Reforma...*, cit., p. 200. También Bacigalupo estima que el principio de culpabilidad entronca con los pilares del Estado de Derecho (art. 1.1 de la Constitución) y con la propia dignidad de la persona (art. 10 de la Constitución), sea o no sea la culpabilidad fundamento de la pena o de su medida (*tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad*), en *La Ley*, año III, n. 434, 8.6.82, pp. 1 a 3). Cf., Cerezo Mir, J., ob. cit., p. 200, nota 2.

57. Como señala acertadamente Cerezo Mir, J. (*Estudios...*, cit. p. 200).

Paradójicamente, sin embargo, la regla 4.^a del art. 7 del Proyecto reproduce con escasa precisión el mandato del hoy vigente art. 68 del Código Penal, precepto este último muy socorrido en la *praxis* jurisprudencial y de peligrosa tendencia expansiva, cuyo genuino ámbito de aplicación bien hubiera podido restringirse con esta ocasión.

4. La cláusula general del art. 10 tampoco define con el rigor técnico deseable los presupuestos de la responsabilidad criminal a título de *comisión por omisión*. Pues no basta para fundamentar ésta con declarar que puede imputarse el resultado a una omisión sólo cuando la no evitación de éste “equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación”. Se trata, precisamente, de determinar cuándo cabe tal “equiparación”: bajo qué requisitos y presupuestos puede la ley imputar el resultado no evitado a una omisión previa. Esto es: cuando surge el deber jurídico personal de impedir la causación del resultado cuya infracción fundamenta la responsabilidad criminal en concepto de comisión por omisión (posición de garante).

5. Los preceptos del Título II del Proyecto sobre *autoría y participación criminal* (arts. 24 a 28) son técnicamente poco correctos.

El art. 24 debiera referirse a “autores y *partícipes*” — y no a “autores” y “cómplices” — cuando declara que personas son criminalmente responsables de los delitos y faltas. Pues “inductores” y “cooperadores” son genuinos “*partícipes*” — no “cómplices” ni “autores” — aunque el art. 25 equipare impropriamente unos y otros a los “autores”.

El art. 25 no contempla la *coautoría*; y el 27 amplía aún más el alcance de la denominada “*responsabilidad escalonada*” o en cascada; responsabilidad ésta de signo objetivista, incompatible con los principios de responsabilidad por el hecho propio y por la culpabilidad de su autor que equivale a una intolerable

solidaridad penal y amenaza la libre expresión de las ideas, la crítica y el debate político.⁶²

Séptima

La unificación de las formas imperfectas de ejecución en torno a la nueva figura de la tentativa prevista en el art. 17, § 1, del Proyecto⁶³ simplifica, sin duda, numerosos problemas y evita, o debiera evitar, los agravios comparativos que la *praxis* jurisprudencial provoca al ofrecer soluciones distintas a supuestos idénticos. Sin embargo, el art. 58⁶⁴ revive, en buena medida, y con escasa fortuna, la división en grados (“atendiendo a la seriedad del intento y al grado de ejecución alcanzado”); potenciando, además y paradójicamente, la discrecionalidad e incertidumbre conceptual, al otorgar un amplio margen de discrecionalidad a los Jueces y Tribunales en el momento de proceder a la reducción preceptiva de la pena (“la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada”).

62. El art. 27 sustituye la referencia inicial del hoy art. 13 del CP a los “autores” (“responderán criminalmente sólo los autores”) por una fórmula ambigua e imprecisa: “no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente”. Su § 2 menciona a los “autores” citados en el art. 25 y, sin embargo, al tipificar los diversos supuestos contempla comportamientos que poco tienen que ver con la “autoría”.

63. Art. 17,1: “Hay *tentativa* cuando el sujeto practica todos o parte de los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.”

64. A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo a la seriedad del intento y al grado de ejecución alcanzado.”

Octava

La figura del desistimiento penalmente relevante, introducida en el art. 17, § 2⁶⁵ y en art. 18⁶⁶ pretende, sin duda, hacer extensivo aquél a los actos preparatorios, de acuerdo con el principio de que: "lo que vale para lo más, vale también para lo menos" (si el desistimiento tiene relevancia en el caso de la tentativa, con más razón ha de tenerla en el de los actos preparatorios). Sin embargo, tanto el § 2 del art. 17, como el art. 18, refieren el desistimiento a comportamientos ejecutivos ("..., bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado"), lo que parece frustrar la finalidad genuina de los preceptos examinados. Estos, de otra parte, evidencian una llamativa asimetría a favor del desistimiento contemplado en el art. 18, menos exigente en sus requisitos, a pesar de la particular gravedad de los casos a que se refiere, por la participación de una pluralidad de personas no exigida en el § 2 del art. 17. Por último, la cláusula final o reserva del § 2 del art. 17 y el art. 18 ("salvo que los actos realizados sean por sí mismos constitutivos de delitos consumados"), induce a error, pues sugiere la irrelevancia del consentimiento si los hechos ya realizados constituyen delito. Sería más correcto afirmar: "sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que pudiera haber incurrido por los

65. Art. 17,2.º: "Quedará impune el que evitare voluntariamente la consumación del delito, bien *desistiendo* de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, salvo que los actos realizados sean por sí mismos constitutivos de delito consumado."

66. Art. 18: "Cuando intervengan varios sujetos en un hecho quedará impune aquél o aquéllos que *desistan* de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria y voluntariamente, la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito."

actos ya cometidos". En efecto, la relevancia del desistimiento es compatible con la responsabilidad criminal en que pueda haber incurrido el autor por otro título o delito no afectado por dicho desistimiento.

Novena

La incriminación *uti singuli* de los actos preparatorios (art. 14 del Proyecto: conspiración, proposición y provocación para delinquir) es, sin duda, un acierto. No obstante, se observan algunas disfunciones por exceso y por defecto. No parece razonable, por ejemplo, que el art. 280 declare punibles la conspiración, la proposición y la provocación para cometer los delitos de robo, extorsión o estafa, y que no mencione otros delitos, de semejante naturaleza, incluidos en el propio Título XII (Caps. 1 a 10), castigados con la misma pena (por ejemplo, los hurtos agravados del art. 238, el delito de apropiación indebida, del art. 256, determinadas figuras agravadas del delito de daños, del art. 276, etc.); en sentido inverso, esto es, por exceso, declarar punible, como hace el art. 535, § 5, la conspiración, proposición y provocación — así como la apología — para cometer el delito de asociación ilícita, parece sumamente criticable, pues dado que este último delito implica una anticipación de las barreras de protección penal, incriminar, a su vez, actos preparatorios respecto al mismo, supone un verdadero abuso represivo.

Décima

El Proyecto de Código Penal de 1992 pierde, a mi juicio, una excelente oportunidad para acoger, en su art. 19, § 6 (estado de necesidad) la doble naturaleza de esta circunstancia, eximente, en unos casos, mera causa de exculpación, en

otros, como hacen con buen criterio otros Códigos⁶⁷ y sufiere nuestra doctrina.

Tampoco parece acertado conservar la definición auténtica de "agresión ilegítima", en el particular de la defensa de bienes y moradas, in justificadamente restrictiva.⁶⁸ Siendo la legítima defensa una causa de justificación, la naturaleza del bien jurídico agredido no explica una severa limitación en su ámbito de aplicación. La racionalidad de la defensa o la proporción entre ésta y el ataque puede conseguirse a través de los requisitos generales de esta eximente o bien apli-

cando otros mecanismos interpretativos,⁶⁹ sin necesidad de acudir a vagas cláusulas generales plagadas de elementos normativos, que degradan la relevancia de una causa de justificación y restringen insatisfactoriamente la tutela de ciertos bienes jurídicos.

Los complejos problemas que la participación criminal suscita en el ámbito del injusto y de la culpabilidad hubieran merecido alguna previsión específica, semejante a los §§ 28 y 29 del StGB alemán, o arts. 28 y 29, también, del Código Penal portugués.

67. Así, el Código Penal portugués: arts. 34 y 35; o el alemán, §§ 34 y 35, respectivamente.

A favor de la tesis que se sustenta se ha pronunciado recientemente, Cerezo Mir, J. (*Estudios sobre la Reciente Reforma Penal Española*, cit., p. 149).

68. Art. 19, § 5, 1.º (*in fine*) del Proyecto, que coincide con el 8,4, 1.º (*in fine*) del Código Penal vigente.

69. Así Cerezo Mir, J., entiende que la prohibición del abuso del derecho (art. 7, apartado del Código Civil) puede enervar la invocación de la legítima defensa de bienes jurídicos de valor insignificante y en cuanto a la agresión ilegítima de morada estima, con la opinión mayoritaria, que la omisión no puede constituir en sí misma una agresión (ob. cit., p. 149).