

*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

87

Las Palmas de Gran Canaria, 1993



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

José M. Acedo Croft

Diputado Segundo

Alberto Ojeda Pérez

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

Francisco C. Beneyto Naranjo

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintés

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992. CUESTIONES DE PARTE GENERAL

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONSECUENCIAS EN LA PARTE GENERAL DE LA VIGENCIA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL.
- III. DEL PROYECTO Y ALGUNOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS.
- IV. EL SISTEMA DE SANCIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1.— Los Códigos Penales europeos, en su mayor parte, son fruto de un modelo de Estado, el Estado liberal decimonónico, y de la Escuela Penal, que aparece vinculada a dicho Estado, la Escuela Clásica. Este origen hace que reflejen, de una parte, las relaciones sociales, económicas y políticas de aquel momento y, de otra, el grado de desarrollo que entonces poseía la ciencia penal.

A partir de los años finales de la década de los 50 comienza a plantearse en los distintos países europeos la reforma de los Códigos Penales como un objetivo prioritario de política legislativa. Con ello no se pretende sino responder a una realidad que retoma y quiere desarrollar el modelo de Estado en el que los autores de finales del XIX y principios del XX situaron sus demandas político criminales.

La reforma Penal española debe situarse sobre las mismas exigencias, pero con el retraso que en cuanto tuvo de desconexión con las raíces liberales, supuso el régimen del General Franco. Por ello sólo con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 se estableció el marco jurídico que hizo absolutamente necesario el cambio de Código Penal.

2.— Desde 1978 hasta hoy se ha producido un proceso de reforma en legislación penal española que ha seguido dos caminos paralelos. El primero, lo constituyen las más de una docena de reformas que en mayor o menor medida, junto con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han hecho compatible el viejo Código Penal con el nuevo modelo de Estado. El segundo comprende los intentos de elaborar un nuevo Código Penal que arrancan del Proyecto de 1980 y que ahora parecen concluir con el Proyecto de 1992, publicado el pasado mes de septiembre en el Boletín Oficial de las Cortes y que en el momento actual es objeto de debate parlamentario.

3.— En este marco se ha de situar la reforma global del Derecho Penal que para que merezca una valoración global positiva debe respetar los siguientes principios:

- a) Debe de reflejar el modelo de sociedad constitucionalmente diseñado.
- b) El contenido propuesto tiene que ser aplicable, de nada valen instituciones modélicas, si éstas nunca llegan a ser realidad en la práctica.

c) Tampoco debe olvidarse que la ley penal es una de las fases de todo el sistema penal. Es decir, una reforma penal comprende como necesarios complementos, al menos, la reforma de las normas procedimentales y de ejecución de penas.

d) Finalmente, en lo posible, la ley propuesta no debe entrar en pronunciamientos dogmáticos, sino que tiene que procurar crear marcos en los que puedan coexistir los distintos modelos sistemáticos.

II. CONSECUENCIAS EN LA PARTE GENERAL DE LA VIGENCIA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

4.— La primera premisa que ha tenido que asumir todo el proceso de reforma ha sido la incorporación de la vigencia de todos los principios generales, que plasman las garantías de los derechos del hombre frente al poder del Estado. Esta consecuencia es obvia si se tiene presente el valor directamente normativo del texto constitucional y que, por tanto, la legislación penal tiene que adecuarse a los principios inherentes al modelo de Estado en él diseñado, el Estado Social y Democrático de Derecho.

Estos principios no son otros que los de legalidad, exclusión de responsabilidad objetiva, protección de bienes jurídicos, “última ratio” y proporcionalidad. Aunque, como se ha dicho reiteradamente, tales principios afectan necesariamente a todo el Código Penal el objeto de este trabajo nos lleva a centrarnos únicamente sobre sus consecuencias en el contenido de la parte general.

5.— El *principio de legalidad* ya aparece en el artículo inicial del Proyecto y su fundamentación política; como es conocido, reposa en el Estado liberal, al constituir la ley el escudo del individuo frente a la actuación del Estado.

Aunque sólo el examen de la parte especial puede permitirnos responder al interrogante de si el autor del Proyecto ha logrado el difícil equilibrio que existe entre abstracción y concreción en las descripciones de las conductas prohibidas, y si ha resuelto adecuadamente la tensión entre seguridad jurídica e igualdad en los marcos penales, ya podemos ver en la parte general alguna consecuencia concreta de la vigencia del principio de legalidad.

En concreto, el artículo 10 introduce una cláusula general que garantiza la relevancia penal de la omisión impropia, “sólo cuando la no evitación del

resultado equivalga según el sentido de la ley a su causación”. Este artículo, sin antecedentes en los textos de 1980 y de 1983, había sido demandado por la doctrina penal española para solventar, al igual que ya se hace en otros ordenamientos, las objeciones que desde el principio de legalidad pueden formularse a otorgar con carácter general relevancia penal a la producción de un resultado de lesión o de peligro a través de un comportamiento omisivo dado que normalmente el legislador acude a formulaciones activas a la hora de redactar los tipos penales.

La incorporación de un Proyecto con este contenido tiene, por ello, que ser objeto de una valoración positiva, máxime cuando la fórmula escogida evita un posicionamiento dogmático sobre la posición de garante, ejemplo habitual en los códigos influidos por el Código Penal tipo latinoamericano.

6.— La *exclusión de la responsabilidad objetiva* fue, sin duda, la gran aportación de la reforma urgente y parcial del Código Penal de 1983. Su plena incorporación era una exigencia que emanaba directamente de un modelo de Estado que constitucionalmente tomaba como punto de partida al individuo. En concreto, en ese marco, sólo se puede pretender incorporar consecuencias jurídico-penales a comportamientos evitables, es decir acciones dolosas o imprudentes.

El art. 3 del Proyecto recoge de forma absoluta este principio, sin el añadido del inciso final del artículo inicial del vigente Código Penal. Esta reducción no es sino exponente de la pretensión ya planteada en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 de prescindir, en la parte especial, del recurso a tipos estructurados como delitos cualificados por el resultado, ya que, aunque el mencionado inciso final, introducido en la reforma de 1983, supone la vía para la exclusión de la legislación vigente del “*versari in re illicita*”, trae consigo, salvo corrección vía interpretativa, castigar igual comportamientos que no lo son. Pues, en los mencionados delitos cualificados por el resultado, el resultado cualificante se realiza “al menos por culpa”, tanto en las hipótesis culposas como en las dolosas.

7.— La potenciación de la teoría del bien jurídico llevada a cabo en las últimas décadas por un significativo sector doctrinal y, en especial, la exigencia de *protección de bienes jurídicos*, como garantía vinculada al Estado liberal, está presente en todo el Proyecto. Personalmente, no comparto las razones que pueden aducirse para haber suprimido su consagración expresa en el Título Preliminar, tal como hacía el Borrador de parte general de 1990. Aunque, evidente-

mente su exigencia material reaparecerá desde la directa vigencia de los principios generales del propio texto constitucional.

Ya en la parte general, puede encontrarse una consecuencia directa de este principio en la desaparición de la relevancia penal de los supuestos de tentativa imposible.

8.— El principio de *ultima ratio* conecta directamente con la justificación del Derecho Penal. En un modelo de sociedad personalista, el recurso a la sanción penal sólo puede tener justificación en su dramática necesidad. Este principio de necesidad, que debe inspirar todas las fases por las que transcurre el sistema penal, conecta con las bases del propio modelo liberal y la vigencia del mismo supone un juicio de valoración respecto a los restantes instrumentos de control social que dispone el Estado en un determinado momento histórico.

Este principio, que justifica parte de la reforma de 1989, dirige sus exigencias sobre todo al contenido de la parte especial. Pese a ello, ya en la parte objeto de este trabajo, encontramos una clara manifestación en el abandono del sistema de cláusula general para la relevancia penal de la lesión imprudente de los bienes jurídicos, que establece el art. 11 del Proyecto y en el castigo de la conspiración, proposición y provocación para delinquir tan sólo en los casos especialmente previstos en la ley de conformidad con el art. 14.

9.— El principio constitucional de *proporcionalidad* está directamente vinculado al más amplio de necesidad y tiene consecuencias tanto en abstracto, como en concreto. En abstracto, lleva a la exclusión, con carácter general, de sanciones que por su contenido o duración supongan una lesión a la dignidad de la persona humana, base del sistema constitucionalmente diseñado. Este imperativo, de otra parte, aparece recogido expresamente en el art. 15 de la Constitución, cuando se excluyen “penas o malos tratos inhumanos y degradantes”. Pero, aunque el límite sea en sí mismo valorativo e históricamente acuñado, la necesidad de exceder el límite de 20 años, en la duración de la privación de libertad es difícilmente explicable aunque la superación de esta barrera, de conformidad con el art. 33.1, sea sólo “salvo lo que excepcionalmente pueden disponer otros preceptos del presente Código”.

La vigencia en concreto de este principio pasa por el examen de la necesidad de la respuesta penal que se da en cada tipo de la parte especial. Ahora bien, ya en la parte general, el Proyecto en su art. 4 incorpora de forma taxativa este principio para el sistema de medidas de seguridad.

III. DEL PROYECTO Y ALGUNOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS

10.— La ya mencionada reforma del Código Penal de 1983 introdujo en nuestro Derecho la regulación en el art. 6 bis a) del Código Penal de *las consecuencias que el error tenía sobre la responsabilidad penal*. La posibilidad de que, bajo determinadas circunstancias, quien actúa con ignorancia o con un conocimiento equivocado pudiera estar exento de responsabilidad penal y que, en cualquier caso, esta situación tuviera trascendencia sobre su responsabilidad, era una exigencia vinculada a principios de rango constitucional, como el de exclusión de responsabilidad objetiva o el más amplio de proporcionalidad.

La diversidad de situaciones, formas y grados, bajo los que puede presentarse el error lleva, necesariamente y por los mismos principios en que se fundamente su trascendencia, a diferenciar grupos de casos:

a) Así, si A ignora que el arma con la que juega está cargada, oprime el gatillo y hiere a B, la doctrina es unánime al afirmar que en este caso ha actuado ignorando lo que hacía, es decir con error de tipo, y si su ignorancia es invencible debe estar exento de responsabilidad penal. Por el contrario, si su ignorancia era superable, también de forma unánime, se sostiene que en su caso, esto es si el legislador ha establecido su relevancia penal respecto al bien jurídico de que se trate, tendría que responder por imprudencia. Ya que, al ser elemento indiscutido del dolo el conocimiento de lo que se hace, al no darse éste, es inviable la afirmación de la presencia del dolo y tan sólo cabría afirmar una infracción del deber objetivo de cuidado, en este caso reflejada en haber llevado a cabo un comportamiento sin haber comprobado su verdadero contenido, cuando tal comprobación era exigible.

El Código vigente, como no podría ser de otra manera, recoge esta posición en el mencionado artículo 6 bis a), al afirmar en su primer párrafo que: “el error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso”, y añadir en el párrafo segundo, “si el error al que se refiere el párrafo anterior fuera vencible, atendidas a las circunstancias del hecho de las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso como culpa”.

Pero, al haber incorporado en el primer párrafo, junto al error de tipo, el error sobre las circunstancias que agravan y, por el contrario, no tener ningún

pronunciamiento en el párrafo segundo sobre los efectos del error vencible sobre dichas circunstancias agravantes, se ocasiona un vacío sólo superable a través de la interpretación. Por ello, con buen criterio, el art. 13 del Proyecto aborda en párrafos diferenciados ambos supuestos de error llenando la actual laguna.

b) Si A sabe perfectamente lo que está haciendo pero ignora su oposición a Derecho, unánimemente la doctrina afirmará la presencia en tal comportamiento de error de prohibición. Con igual unanimidad, aunque con distinta fundamentación, según cuáles sean los presupuestos dogmáticos, sostendrá que si dicho error es invencible también debe quedar excluida su relevancia penal. El Código vigente y el Proyecto obviamente recogen esta posición.

La unanimidad desaparece cuando dicho error tiene carácter vencible, y coexisten diversas posturas susceptibles de ser agrupadas en dos grandes opciones: 1) Entender que el conocimiento de la prohibición forma parte del dolo, con lo que la ausencia de este conocimiento, aunque fuera evitable, impediría la calificación del comportamiento como doloso y su eventual relevancia penal sería sólo posible como imprudente en el caso de que el bien jurídico de que se trate esté protegido frente a ataques de esta índole. 2) Situar este conocimiento fuera del dolo, como componente de la culpabilidad. Por lo que su ausencia para nada afectará a la calificación como doloso de un comportamiento y una eventual responsabilidad penal debería concretarse en la atenuación de la pena.

De estas dos posiciones el Proyecto, al igual que el Código, sigue esta última, al establecer que “si el error fuera vencible se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

En el tratamiento de las consecuencias del error, la legislación penal española, desde la reforma de 1983, se ha pronunciado por una concreta solución dogmática incluíble dentro de las denominadas teorías de la culpabilidad, con todos los presupuestos sistemáticos que tal opción conlleva. Con ello, se abandona la señalada neutralidad dogmática que debía guiar una reforma, aunque tal abandono es aquí inevitable, pues si se quiere reconocer por el legislador efectos al error de prohibición vencible, y esto constituye una exigencia de rango constitucional, indefectiblemente debe señalarse cuáles son los mismos.

Personalmente, entiendo que la opción seguida es la correcta por ser la consecuencia necesaria a un sistema que sitúe el dolo en el tipo.

c) Con buen criterio el texto del Proyecto no entra en pronunciamientos sobre otras cuestiones relativas a error, que quedan abiertas a las distintas cons-

trucciones de la doctrina y jurisprudencia. En especial, el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación u otros casos de error como el que versa sobre los elementos normativos del tipo, o sobre las normas extra-penales.

11.— La doctrina, desde los años 60, ha cuestionado la regulación que la legislación española da a la *autoría y la participación*. Como más relevantes se formulan las siguientes objeciones: 1. Ausencia de una definición de autor en sentido estricto. 2. No regulación de la autoría mediata. 3. Problemas dogmáticos importantes para la autoría en los delitos especiales, en especial cuando interviene una persona jurídica, lo que motivó la introducción en la reforma de 1983 del actuar en nombre de otro en el art. 15 bis. 4. Carácter más que discutible de la consideración del encubridor como partícipe, acrecentada con la introducción en los años 50 del delito de recaptación.

El Proyecto aborda estas cuatro cuestiones. En primer lugar, el art. 25, siguiendo una estructura análoga al actual art. 14, antes de establecer a qué partícipes va a considerar como autores a efectos de pena, define a éstos como, “quienes realizan el hecho por sí, o por medio de otro del que se sirven como instrumento”.

Aunque la definición supone una clara mejoría respecto a la actual regulación, ya que abarca a la autoría mediata, era preferible la fórmula contenida en el Borrador de parte general de 1990, que dedicaba un artículo diferenciado a la autoría respecto a las distintas formas de participación e incluía expresamente en dicho precepto a la coautoría, que en la redacción ahora propuesta habrá que entender que queda comprendida en el art. 25.1, con lo que deja sin resolver la cuestión que, sobre la misma, plantea la legislación vigente.

El art. 28 del Proyecto mejora el art. 15 bis actualmente en vigor al introducir de forma expresa dentro del mismo la actuación en nombre de una persona física que en el momento actual queda fuera del referido precepto.

Finalmente, con buen criterio, los supuestos de encubrimiento pasan a los delitos contra la Administración de Justicia.

12.— El Proyecto contiene también importantes modificaciones en la regulación del *iter criminis*.

En primer lugar, y como ya se hizo referencia, reduce, según el art. 14, la relevancia penal de la conspiración, proposición y provocación para delinquir a los casos especialmente previstos por la Ley.

También el texto propuesto, de conformidad con los anteriores textos de reforma, abandona la problemática diferenciación entre tentativa y frustración, pasando a quedar ambas comprendidas en la definición de tentativa del art. 37.1.

Dentro de esta definición el Proyecto se pronuncia por la consideración del desistimiento como causa de exclusión de la punibilidad, art. 17.2 y aborda en el art. 18 los complejos supuestos de trascendencia del desistimiento de una o varias de las personas que intervienen en un hecho al otorgarle plenos efectos cuando éste ha sido “serio y voluntario”. Conceder plenos efectos de cara a la exclusión de la pena a los casos en que el desistimiento no haya evitado la lesión del bien jurídico protegido, si bien puede tener una justificación desde postulados político-criminales prevencionistas, cuando concurren las exigencias establecidas en el Proyecto, introduce un importante grado de inseguridad en la práctica, a la hora de una eventual valoración de la concurrencia de los señalados requisitos.

IV. EL SISTEMA DE SANCIONES

13.— En su conjunto, el sistema de sanciones de la legislación penal española refleja claramente su doble origen, liberal, en especial en el sistema de penas, y totalitario, en el de medidas de seguridad.

El sistema de penas se asienta sobre la privación de libertad con una duración que comprende desde 1 día a 30 años. La privación de libertad da contenido a penas de diversas denominaciones, que con las mismas expresan claramente su origen decimonónico. En cualquier caso y desde los fines de la pena es importante señalar que sobre la realidad de su duración gravita la reducción de penas por el trabajo del art. 100 del Código Penal. Esta institución tiene orígenes postbélicos que en nada se corresponden con la finalidad preventiva especial hoy constitucionalmente recogida.

Junto a la privación de libertad, y del amplio listado enunciado en el art. 27 del Código Penal, la pena de multa es la que en la práctica juega un papel más importante. La sanción pecuniaria normalmente aparece prevista por el legislador entre dos cantidades, y en caso de impago trae consigo la privación de libertad en los términos del art. 95 del Código Penal.

Los mencionados orígenes liberales del Código se exteriorizan no sólo en las penas utilizadas sino también en el sistema diseñado para condicionar y guiar la individualización de la pena por parte del juzgador.

El sistema de medidas de seguridad fundamentalmente aparece contenido en la Ley de peligrosidad y rehabilitación social. Esta norma supone un ataque frontal a las garantías individuales, al contener medidas de seguridad predelictuales y tener como objetivo la peligrosidad social y no la criminal. La actuación del Tribunal Constitucional, al afirmar de manera reiterada la oposición de aplicación de esta Ley al texto de la Constitución, ha llevado de hecho a que la ley constituya un texto muerto. Esta situación hace que en el momento actual las medidas de seguridad aplicables en nuestro ordenamiento, en la práctica, sean sólo las contenidas en el Código Penal, en los arts. 8.1 y 9.1.

El sistema en su conjunto acusa todos los defectos apuntados por la doctrina desde principios de siglo y, además, al ser anterior al texto de la Constitución, genera importantes tensiones con imperativos del texto fundamental, máxime si se tiene en cuenta el valor directamente normativo de este último.

14.— El sistema de sanciones es uno de los puntos clave de cualquier reforma. En él se tiene que tomar como referencia la respuesta que se dé a la interrogante de qué se quiere lograr con el sistema penal, pues las consecuencias jurídicas que en el mismo se utilizan, fundamentalmente las penas y las medidas de seguridad, son los instrumentos para obtener esos objetivos.

Aunque, el art. 25.2 de la Constitución contenga un pronunciamiento expreso sobre la orientación de las penas y medidas de privación de libertad hacia la reinserción social del reo, su contenido no excluye ni la coexistencia con éste de otros fines, ni que otra clase de penas o medidas persigan éste u otros fines.

Esta situación hace aconsejable llevar a cabo una breve reflexión sobre cuáles son los fines que la sanción penal puede aspirar a cumplimentar, pues establecidos éstos, constituyen el filtro por el que hemos de pretender hacer pasar el contenido del Proyecto.

En el momento actual, la doctrina está plenamente de acuerdo en el rechazo del pensamiento retribucionista como fin de la pena, aunque algunos le acepten como justificación y mayoritariamente como límite a las exigencias preventivas. La retribución como fin cumplió una función histórica frente a los excesos punitivos del Antiguo Régimen, pero hoy su aceptación como fin de

la sanción es difícilmente justificable en el marco más amplio de la separación entre Ética y Derecho y en el de la situación del origen del derecho de castigar en la soberanía popular y no en la divinidad. Pese a ello, la función de límite que históricamente cumplió y las propias bases de nuestra cultura siguen pesando a la hora de llegar a aceptar, como algunos hacemos, que se pueda prescindir totalmente de la retribución en la teoría de la pena.

La justificación de la respuesta punitiva del Estado en su necesidad es coherente con un modelo de organización estatal que adopte como origen al Estado liberal de Derecho. Sobre tal justificación la prevención general aparece como consustancial a la propia norma penal y es plenamente coherente con la consideración del Derecho Penal como instrumento de control social y con el modelo de Estado constitucionalmente diseñado. Esta afirmación supone excluir determinadas objeciones que tradicionalmente se formulan a esta finalidad, como el riesgo de tender al terror penal, ya que, con ello refieren a la pena críticas, que realmente deben ir dirigidas al modelo de Estado en el que ésta se sitúa.

Las exigencias de prevención general en un proceso de reforma se materializan, presupuesta la necesidad de que exista una efectiva amenaza penal respecto a una determinada conducta, en la entidad de las consecuencias jurídicas, que tienen que guardar relación con la gravedad del hecho que se trate de evitar (si no se acepta que desde la prevención general pueda llegarse a tal conclusión ésta se llevará a cabo a través de la retribución) y en el establecimiento de las condiciones para que la pena esté en situación de desarrollar un efecto intimidante real, para lo que es imprescindible que la ejecución se corresponda con la amenaza establecida por el legislador.

La prevención especial, por su parte, hunde sus raíces en el Estado social de Derecho y en una visión optimista de la sociedad. El desarrollo que la legislación y la práctica llevaron a cabo desde tres opciones preventivo especiales, propugnadas en el programa de Hamburgo (renuncia a la pena, resocialización e inocuización), puso de relieve los riesgos que esta finalidad puede llegar a suponer para los derechos de la persona.

La proyección del pensamiento preventivo especial sobre la legislación penal del siglo XIX está en los orígenes de todo el movimiento de reforma penal que se inicia a finales de siglo. Este movimiento se reinicia en los años 60 tras la interrupción que supuso la atormentada historia europea en la primera mitad de este siglo. Como primera gran exigencia de toda reforma está la inade-

cuación de la privación de libertad para lograr los fines preventivo especiales. Efectivamente, en las penas cortas privativas de libertad su duración lleva a que se logren justamente los fines contrarios a los que se decide propugnar. En las penas largas, la larga permanencia en prisión impide la efectividad de una teórica reincorporación a la sociedad.

En este marco, las alternativas a las penas cortas pasan a ser la exigencia primera de cualquier reforma, ya que prescindir globalmente de la privación de libertad o, en general, la reforma de las penas largas, aparece aún impedida por exigencias sociales aún no superadas. Éstas vinculan el monopolio de la respuesta penal frente a hechos delictivos de gravedad media o grave a la privación de libertad. En estos casos las reformas se han centrado fundamentalmente al sistema penitenciario.

La situación global de todo el movimiento de reforma del sistema de sanciones se torna más compleja en la dos últimas décadas con la crisis de la prevención especial. Esta crisis está vinculada a la económica y a la propia crisis del Estado Social y pone sobre el tapete, desde distintos y a veces opuestos puntos de vista, cuestiones como el porqué y el para qué de la resocialización o la inadecuación de la cárcel para conseguir sus fines. Todos estos factores llevan a una situación en la que la reinserción se materializa en la aspiración, más modesta, a que un ciudadano se abstenga de delinquir o en subrayar, y refiriéndonos a nuestro Ordenamiento Jurídico, que el art. 25 de la Constitución contiene un derecho del sometido a una pena privativa de libertad, pero no una obligación.

Pese a esta situación de la discusión sobre los fines de la sanción penal existen dos imperativos no cuestionados, que se relacionan con exigencias preventivo especiales. El primero, propugnar una alternativa a las penas cortas privativas de libertad, el segundo, dar cabida en las medidas de seguridad a toda una serie de limitaciones vinculadas al Estado de Derecho.

15.— El Proyecto de Código Penal en relación con las penas cortas privativas de libertad es claro continuador del contenido que tenía el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 al asumir sus dos principios rectores claves:

a) La supresión, en principio, de la pena privativa de libertad de menos de 6 meses con la utilización en su lugar de penas alternativas.

b) El empleo, en relación con las penas privativas de libertad con una duración entre 6 meses y 2 años, de instituciones que posibiliten su sustitución

por el Juez a través del recurso a penas alternativas, o a la suspensión de las mismas.

16.— La pena de multa aparece en la actualidad como la pena alternativa clave a la pena corta privativa de libertad. Aunque es difícilmente aceptable como alternativa global al empleo de la prisión, si supera la objeción de desigualdad que le es inherente, es correcto su empleo frente a delitos de escasa entidad, al cumplir las exigencias intimidatorias de prevención general y al evitar, desde la prevención especial, los efectos negativos de la corta estancia en prisión.

La superación, tal vez sea más correcta la limitación, de la desigualdad de la pena de multa vinculada a la diferente capacidad económica de los destinatarios, aparece hasta ahora unida al denominado sistema de días multa que establece la multa en unidades cuyo valor depende de la capacidad económica del condenado. Aunque el grado en que se llegue a paliar o a superar totalmente la desigualdad depende en buena medida de factores externos al Código Penal, como son la medida en que se pueda garantizar que el juzgador llegue a conocer la verdadera situación económica del reo.

El Proyecto acoge en el art. 46 este sistema diferenciando cuotas diarias, semanales o mensuales y estableciendo topes, tanto en el número de cuotas, de 1 día a 24 meses, como en el valor de las mismas, cuya concreción última se llevará a cabo por el juzgador teniendo en cuenta para ello, exclusivamente, la situación económica del reo.

Ahora bien, la realidad de las nuevas formas de delincuencia, en particular la delincuencia socioeconómica, lleva con buen criterio al autor del Proyecto a establecer en el art. 46 que: “excepcionalmente la multa será proporcional al daño causado, al valor de los efectos objeto del delito, o al beneficio reportado en los supuestos expresamente previstos en el Código”.

El Proyecto mantiene en cambio, en el art. 49, el arresto sustitutorio en caso de impago. La presencia de esta institución debe ser objeto de valoración negativa, ya que, pese a que la introducción del sistema de días multa tiene necesariamente que reducir los casos de impago de la multa impuesta, su presencia nos lleva otra vez a la pena privativa de libertad con una duración inferior a 6 meses. Probablemente debería haberse utilizado alguna otra pena alternativa antes de llegar a la privación de libertad.

17.— El arresto de fin de semana es la segunda alternativa a las penas cortas privativas de libertad que contiene el Proyecto en su art. 44. Esta pena,

con antecedentes en Derecho comparado, ya aparecía en los anteriores textos de reforma y fue entonces objeto de algunas críticas globales claramente demagógicas. Una pena con este contenido y una utilización necesariamente restringida, evita alguno de los efectos más negativos de las penas cortas privativas de libertad, lo que la convierte en muy adecuada para algunos grupos de delitos como pueden ser los delitos contra la seguridad del tráfico.

El Proyecto mejora la redacción de los textos anteriores al asumir alguna de las objeciones formuladas por la doctrina. En cualquier caso, el problema clave para la validez como alternativa de esta pena no es otro que el de su cumplimiento, el lugar y el régimen del mismo, que evite se convierta de hecho en una nueva forma de pena corta privativa de libertad. El texto del Proyecto deja esta cuestión pendiente de un posterior desarrollo legislativo.

En esta pena, al igual que en la multa, su incumplimiento, en este caso dos ausencias no justificadas, de conformidad con el art. 34.3, puede llevar a una pena privativa de libertad inferior a 6 meses.

18.— El trabajo socialmente útil es la tercera alternativa a la pena corta privativa de libertad que se emplea habitualmente en Derecho comparado. En nuestro país esta pena no aparece contenida ni en el Proyecto de 1992 ni en ninguno de los textos anteriores, aunque ha sido propugnada por un sector doctrinal.

Detrás de su no acogida, están sin duda, las previsibles dificultades prácticas de su puesta en marcha y la situación económico social de nuestro país. Pese a ello, la experiencia de otros países, recomendaciones del Consejo de Europa, y la exigencia de satisfacer a razones de prevención general y especial, deberían haber llevado a su incorporación al futuro Código Penal.

19.— En síntesis, el Proyecto contiene sólo dos alternativas a la pena corta privativa de libertad que emplea frente a aquellos delitos en los que, de mantenerse el sistema de sanciones del Código vigente, les hubiera correspondido una pena privativa de libertad de menos de 6 meses. Hubiera sido deseable la inclusión junto a ellas del trabajo socialmente útil, que unido a la concesión de un mayor arbitrio al juzgador en la parte especial a través del sistema de penas alternativas, hubiera creado un marco que erradicara de forma radical las penas cortas privativas de libertad y sobre todo hubiera permitido una mejor satisfacción a exigencias preventivas de distinto signo en el fallo.

Por otra parte, y en sentido opuesto, el Proyecto refleja mayor flexibilidad cuando el art. 88 concede al juez la posibilidad de sustituir la pena de prisión

que no exceda de dos años por arresto de fin de semana o multa, o en el caso de ser extranjero no residente legalmente en España, de conformidad con el art. 89, por la expulsión del territorio nacional.

20.— En el ámbito de penas privativas de libertad con una duración entre 6 meses y 2 años, el Proyecto contiene dos tipos de alternativas que pueden utilizarse por el Juez: la sustitución de la pena de prisión y la suspensión de su ejecución.

La sustitución de la pena de prisión por las de arresto de fin de semana o multa, de acuerdo con el art. 88, podrá llevarse a cabo por el Juez sin más condicionante, que el no tratarse de delincuente habitual. La introducción de este término, no definido, podría ser válida en las redacciones anteriores de la parte general del Proyecto, en las que se omitía o se disimulaba la referencia a la agravante de reincidencia, en la redacción definitivamente remitida al Parlamento, que incorpora esta agravante hubiera sido preferible recurrir a la misma para delimitar con mayor seguridad la potencial utilización de esta institución. Por el contrario, la inclusión como alternativa del arresto de fin de semana tiene que ser valorada de forma positiva, en cuanto hace posible un reforzamiento de una política criminal beligerante con las penas cortas privativas de libertad. Obviamente, el incumplimiento de la pena alternativa trae consigo la aplicación de la pena privativa de libertad.

La sustitución de la pena privativa, cuando se haya impuesto a un extranjero, por la expulsión del territorio nacional se torna imperativa a instancia del Ministerio Fiscal, cuando su duración sea de menos de dos años (art. 89), y facultativa (art. 89.2) cuando llegue hasta los 6 años de duración. En este último caso los intereses de prevención general deberían ser tomados en consideración por el Juez a la hora de tomar su decisión.

21.— El Proyecto, en el art. 80 y siguientes, incorpora la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta institución de la condena condicional, de amplia tradición en nuestro Derecho, presenta en la redacción propuesta modificaciones que pretenden solventar sus problemas más graves y hacer no necesaria la introducción de la suspensión del fallo.

La coexistencia de estas dos instituciones es inhabitual en Derecho Comparado, al originarse cada una de ellas en sistemas procesales que poseen una estructura diferente. En concreto, la incorporación de la suspensión del fallo a nuestro Derecho aparece dificultada por la amenaza en nuestras normas procesales de un momento diferenciado entre la afirmación de la culpabilidad y

el establecimiento de la pena. El Proyecto opta por mantener únicamente la condena condicional, pero con dos modificaciones llamativas que responden a una pretensión de hacerla más válida como alternativa a la pena corta de prisión. El art. 82 establece la inscripción de la sentencia suspendida en una sección especial separada y reservada del Registro Central de Penados y Rebeldes, con la finalidad de evitar buena parte de los efectos estigmatizantes de la condena penal.

De otra parte, el art. 83 contempla reglas de conducta durante el período de prueba, lo que es consustancial al sometimiento a prueba y que, potencialmente, convierten a la condena condicional en una institución particularmente apta frente a determinado tipo de delincuentes. De igual manera, es correcto que el incumplimiento de estas reglas de conducta no conlleve necesariamente la revocación de la condena condicional.

Finalmente, cabe señalar que, con buen criterio, el Proyecto incorpora, del art. 93 bis del Código vigente, la flexibilización de las condiciones requeridas para suspender la ejecución de la pena cuando se haya cometido el delito, “por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. El Proyecto potencia la institución desde la prevención especial, al no exigir la no presencia de la reincidencia, que, en la situación actual, supone un importante freno a esta institución, y al aumentar hasta tres años la duración de la pena susceptible de ser suspendida.

22.— En relación con la duración máxima de la privación de libertad el Proyecto, al igual que los textos anteriores de reforma, establece como regla general los 20 años. Las excepciones a este límite aparecen, de forma justificada, en la normativa del concurso y de modo más discutible en los delitos de terrorismo.

Este tope máximo, aunque suponga una disminución del actual tiene que valorarse excesivo desde la prevención especial, pues la doctrina normalmente señala 15 años como duración máxima para posibilitar finalidades resocializadoras y suficiente desde consideraciones preventivo generales.

Por el contrario, es altamente positiva desde la prevención general, la opción del Proyecto por el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, con la supresión de la reducción de penas por el trabajo y la remisión a la legislación penitenciaria de los eventuales beneficios penitenciarios, excepción hecha de la libertad condicional.

La libertad condicional mantiene, sustancialmente, su actual regulación, con el requisito del cumplimiento previo de las tres cuartas partes de la condena impuesta. Ahora bien, las exigencias preventivo especiales tienen una importante cabida en el art. 91, al bastar los dos tercios del cumplimiento para que el interno merezca dicho beneficio, “por haber desarrollado, continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales y existir respecto de los mismos un pronóstico individualizado favorable de reinserción social”.

La opción por una política criminal diferenciada y discutible frente al terrorismo vuelve a reaparecer en el art. 94, al referir en este caso cualquier beneficio penitenciario que implique acortamiento de la condena, incluida la condena condicional, “a la totalidad de las penas respectivamente impuestas en las correspondientes sentencias” y, por tanto, no a la cantidad de pena que le corresponda cumplir de acuerdo con las reglas del concurso.

23.— Ya hemos señalado los problemas que presenta el actual sistema de medidas de seguridad y cómo la doctrina es unánime respecto a la necesidad de proceder a una revisión del mismo desde sus bases. El Proyecto mejora la redacción de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 y diseña un sistema diametralmente opuesto al vigente.

En primer lugar, integra las medidas de seguridad en el texto del Código, lo que supone, no sólo incorporar su regulación, sino sobre todo incorporarlas a los mismos parámetros conceptuales y de garantías que rigen el sistema de penas, lo que es tanto como afirmar que los principios del Derecho Penal deben ser los mismos tanto para las penas como para las medidas de seguridad. Es decir, el ámbito de la respuesta penal del Estado viene delimitado por la realización del tipo del injusto, no por la concurrencia de peligrosidad social. A la persona que ha realizado un tipo del injusto puede ser necesario imponerle una pena, imponerle una medida de seguridad, imponerle ambas o no imponerle ninguna. Si se prefiere mediante otra formulación, el sujeto puede ser culpable o no culpable, puede concurrir o no peligrosidad criminal, tanto en el culpable como en el no culpable, y finalmente puede haber realizado el tipo del injusto pero el sujeto no ser culpable, ni concurrir en él peligrosidad criminal.

El Proyecto asume todas las garantías constitucionales en el sistema de medidas de seguridad. Así, se contemplan sólo medidas de seguridad postdelictuales (arts. 4.1 y 96.1) y se garantiza de forma reiterada la vigencia de las distintas garantías vinculadas al principio de legalidad (arts. 1.2 y 2.1 y 2). De igual manera, y en coherencia, el fundamento de las medidas es la peligrosidad

criminal (art. 4.1), que se define en el art. 96 nº 2, “que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

Finalmente, el principio de necesidad se refleja de forma correcta en sus diversas manifestaciones. Así, el art. 4.2 recoge con carácter general el principio de proporcionalidad al establecer como límite en abstracto, la pena que hubiere sido aplicable al hecho cometido, y en concreto, al afirmar como límite lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

De igual manera, el art. 97 establece el mantenimiento de este principio durante la aplicación de la medida, al recoger su posible desaparición cuando desaparezca la peligrosidad que sirvió de fundamento.

El conjunto del sistema que contiene el Proyecto circunscribe las medidas de seguridad, salvo lo previsto en el art. 107, a los supuestos de las eximentes del art. 19 núms. 1, 2 y 4 y a las eximentes incompletas a ellas referidas. Sobre este punto de partida, el Proyecto da cabida a las exigencias de prevención especial, al recoger tanto la posible sustitución de una medida por otra, para buscar la más adecuada desde fines resocializadores (arts. 99 y 100), como para consagrar el principio vicarial (art. 89), tal como desde 1983 establece el Código Penal para los supuestos de imposición conjunta de pena y medida.

Por su parte, el art. 107 contempla la posibilidad de que el Juez establezca el internamiento en un centro reeducador para jóvenes delincuentes, al mayor de 16 años y menor de 18, que haya sido condenado a una pena privativa de libertad inferior a 6 años. El precepto ofrece una vía de solución que hubiera sido mejor resuelta de forma más ambiciosa a través de la creación de un Derecho penal de jóvenes.

Finalmente, cabe subrayar que, en toda la regulación de las medidas de seguridad que se propone en el Proyecto, es palpable la presencia como garante del Juez a lo largo de la ejecución de las mismas.