

El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia

Diego Manuel LUZON PEÑA

I. INTRODUCCION

En febrero de este año 1992, el Gobierno aprueba un Anteproyecto de Código Penal (AP 1992)¹, que ha sido remitido al Consejo General del Poder Judicial para informe y también por el ministro de Justicia a penalistas teóricos y prácticos para su conocimiento y posibles sugerencias, aunque no para debate, ya que se anuncia la voluntad de remitirlo pronto como proyecto al Parlamento². Redacto estas líneas —que se me solicitan— con obligada premura para su pronta publicación, ya que quizás en breve haya un proyecto que tenga entrada en el Congreso y, con independencia de sus ulteriores avatares, lo cierto es que habría puesto fin a una corta vida del anteproyecto.

Esta premura explica que sólo pueda tratar, y sin profundidad alguna, algunos puntos significativos del nuevo texto.

Su esquema coincide en líneas muy generales con el de los anteriores proyectos de CP postconstitucionales, concretamente con el Proyecto de 1980 (P 1980) y con la propuesta de Anteproyecto de 1983 (AP 1983), introduciendo modificaciones a partir de ese último texto. Por tanto, buena parte de su orientación y estructura global no es nada original, sino que repite y confirma los grandes rasgos del eje central del sistema penal español ya trazados en los proyectos anteriores y algunas de las reformas recientes del vigente CP (que en ocasiones se han inspirado en los proyectos), aunque introduce bastantes modificaciones en cuestiones concretas.

La valoración que merece el AP 1992 no puede ser uniforme: es positiva en la medida en que insiste en el intento de modernizar nuestro CP, su sistema de sanciones y de reglas generales sobre el delito y las concretas figuras delictivas y de evitar dis-

cordancias como las que se han ido introduciendo en las múltiples reformas parciales del vigente CP. Pero, como se verá, hay numerosas regulaciones concretas que resultan discutibles, algunas tendencias regresivas respecto del anterior AP 1983, falta de previsión de medios y plazos para la puesta en práctica del sistema de sanciones y, sobre todo, resulta censurable la falta de fundamentación detallada del proyecto, de la que ya adolecía el AP 1983, pero que aquí se agudiza mucho más dado que no se quiere abrir un período de reflexión y discusión amplia, con publicidad y documentación de las propuestas y alternativas, antes de su remisión a la discusión parlamentaria. Como luego expondré y llevo sosteniendo desde hace tiempo, desde luego ésta no es la mejor manera de elaborar un Código Penal para el próximo siglo o, más modestamente, para nuestra integración en la Europa comunitaria.

II. PARTE GENERAL

1. Título preliminar

Se mantiene un título preliminar sobre garantías generales y sobre la ley penal, como en los anteriores proyectos. En el mismo se prevén el principio de legalidad, la garantía judicial y las reglas sobre irretroactividad y retroactividad —principios que desde el AP 1983 incluyen no sólo las penas, sino las medidas de seguridad—, el principio de responsabilidad subjetiva, el criterio de la acción como momento de comisión del delito a efectos de ley aplicable, los criterios del concurso de leyes y la regla de la aplicabilidad subsidiaria del CP a las leyes especiales; y se añade un precepto —artículo 4— sobre el

para que estas entidades, con seguridad representativas de diversos sectores de la vida política, social, institucional y científica, tenga cabal conocimiento de las propuestas que el Gobierno considera más razonables en orden a la articulación de un nuevo Código Penal».

Esta insistencia en que no se pretende debate y que se envía el texto sólo para conocimiento puede parecer un tanto contradictoria con la anterior invitación a formular sugerencias y críticas y con el reconocimiento de que los destinatarios del texto «tienen algo que decir» sobre el mismo, y en cualquier caso no marca el mejor camino para la elaboración del Código. Parece que se quiere excluir una larga y profunda discusión del anteproyecto, seguramente porque se piensa que ya hubo una discusión técnica y político-criminal bastante amplia tras el P 1980 y el AP 1983. Pero cuando se presenta un nuevo texto con múltiples variantes, innovaciones o supresiones respecto de los anteriores, sin ninguna fundamentación expresa y detallada de las opciones elegidas y de sus ventajas frente a las posibles alternativas, no se puede pretender que ya no hace falta debate. Sobre ello ver *infra* V.

¹ Aunque en una primera versión mecanografiada remitida por el Ministerio de Justicia aparecía en portada como fecha la de 31 de diciembre de 1991, posteriormente el ejemplar publicado como libro editado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, ya figura como «Anteproyecto de Código Penal 1992». En efecto, el texto se aprobó en Consejo de Ministros a mediados de febrero de 1991, lo que parece sugerir que debió de haber retoques desde finales del año anterior hasta esa fecha.

² En la Introducción al Anteproyecto (p. 4) el ministro de Justicia, señor Cuadra-Salcedo, tras expresar que se agradecerán las sugerencias coincidentes o las críticas y que unas y otras se valorarán y, en su caso, aceptarán, dice: «Este proyecto no nace, con todo, con una vocación de incitar al debate, como lo hiciera la PANCP, sino con vocación de convertirse, tras superar los trámites pertinentes, en norma jurídica vigente», y si bien reconoce que ha sido enviado a entidades y especialistas, «a todos cuantos verosíblemente tienen algo que decir» respecto del mismo, añade: «Pero les ha sido enviado no ya a título de debate, sino

fundamento y límites de las medidas de seguridad. Comentaré sólo algunos de estos extremos.

Se mantiene en el artículo 3 el principio de responsabilidad subjetiva y la prohibición de la pura responsabilidad objetiva o por el resultado en la fórmula «no hay pena sin dolo ni imprudencia», ya utilizada en el precepto homólogo del AP 1983 y que, incorporada en la reforma de 25-6-1983 al artículo 1,2.º CP, junto con la supresión de los artículos 1,3.º, 50 y la exigencia de licitud inicial del acto en el caso fortuito, sirvió para erradicar la amplia vigencia del *versari in re illicita* en nuestro CP. Dicha fórmula va seguida en el artículo 1,2.º CP de la exigencia al menos de culpa para las cualificaciones por el resultado, mientras que los AP 1983 y 1992 no añaden tal inciso porque han intentado suprimir las diversas figuras de delitos cualificados por el resultado —con independencia de si la formulación de algún tipo agravado (con expresiones como «se causare», «se produjere» o similares) pudiera hacer pensar que subsiste alguna cualificación por el resultado, ante lo que procederá una interpretación restrictiva sobreentendiendo la exigencia de dolo, al menos eventual—. Con ello se pretende dar pleno cumplimiento al principio de responsabilidad subjetiva, exigiendo no sólo como mínimo imprudencia, sino que la pena se adecue al grado de desvalor subjetivo de la acción: dolo o imprudencia, aplicando en su caso las reglas del concurso entre dolo e imprudencia.

En cambio, los AP 1992 y 1983 no consagran solemnemente el principio de culpabilidad, a diferencia de la fórmula del artículo 3 P 1980 o del artículo 3.2 BAP (borrador de anteproyecto, parte general) 1990: «no hay pena sin culpabilidad» (que iba seguida en el P 1980 de la misma exigencia de al menos culpa respecto de las cualificaciones por el resultado contenida en el artículo 1,2.º CP). Ello se debe, por una parte, a que la denominación «principio de culpabilidad» para la exigencia de dolo o culpa, aunque esté muy extendida, es incorrecta para quienes —entre los que me incluyo— consideran que dolo e imprudencia no pertenecen a la culpabilidad, sino al desvalor de la acción del injusto típico (proponiendo por eso la expresión «principio de responsabilidad subjetiva», más precisa y que además no prejuzga su ubicación sistemática). Por tanto, el tenor elegido en el precepto «no hay pena sin dolo ni imprudencia» es una fórmula neutra que puede satisfacer tanto a quienes incluyen esa exigencia en la culpabilidad como a quienes la incluimos en el injusto. Ahora bien, por otra parte, el principio de culpabilidad en sentido estricto excluye la pena sin culpabilidad individual y exige que la pena se acomode al grado de dicha culpabilidad, y esto ciertamente no se recoge en la fórmula del artículo 3 AP 1992 (y 1983). Esa ausencia posiblemente se deba a las reticencias de un sector doctrinal a admitir la «culpabilidad» —concepto cargado de connotaciones valorativas y generalmente vinculado a la reprochabilidad basada en la libertad, por lo que algunos proponen no ya cambiarlo de carácter, sino suprimirlo o sustituirlo por otro más neutro— como fundamen-

to y límite de la pena³. Sin embargo, prescindiendo de polémicas doctrinales sobre los fundamentos de la pena y del Derecho penal, la no formulación expresa del principio de culpabilidad en los AP no obsta para entender que en los mismos se exige en todo caso como presupuesto de la pena culpabilidad individual en el sentido que se le da a ese elemento en la teoría del delito —ya se lo entienda como la concepción normativa, ya en sentido neutro como mera atribuibilidad o responsabilidad— y que la pena, atenuándose en su caso, se adecue a la medida de la culpabilidad; para ello basta con generalizar (recurriendo si es preciso a la analogía favorable al reo) las exigencias implícitas en todas las eximentes, atenuantes y eximentes incompletas que excluyen o disminuyen la culpabilidad.

El AP 1992 no ha acogido la fórmula del apartado 1 de ese artículo 3 en el BAP 1990, que decía: «La pena presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.» Como la verdad es que es discutible si hay lesión o puesta en peligro —sobre todo si se entiende como peligro concreto— en los delitos de omisión, en los de peligro abstracto, en algunos delitos formales, o de infracción de deber o en los actos preparatorios punibles, parece en efecto preferible la supresión de tal precepto y dejar la cuestión a la interpretación doctrinal y jurisprudencial; lo cual no excluye que, en virtud de la exigencia de antijuridicidad material entendida en aquel sentido, se puedan adoptar posturas e interpretaciones restrictivas, por ejemplo, en cuanto a los delitos de infracción de deber o los formales, o en cuanto a la admisibilidad de la tentativa inidónea (cuya mención expresa en el artículo 52,2.º CP o en los artículos 25,2.º P 1980 y 21.2 AP 1983 es, por cierto, suprimida en los artículos 17 y 58 AP 1992).

Se han suprimido los preceptos del P 1980 y el AP 1983 relativos a la aplicación de la ley penal en el espacio, seguramente porque la LOPJ 1985 ya ha incluido una nueva redacción de las reglas de extraterritorialidad de la ley penal inspirada en el AP 1983. Sin embargo, el lugar más adecuado para tales reglas es el CP, ya que la LOPJ debería limitarse más bien a las reglas de competencia de los tribunales españoles. Pero sobre todo, la LOPJ 1985, a diferencia del artículo 335 de la anterior LOPJ 1870, no regula el lugar de comisión del delito; por ello no parece plausible que el AP 1992 haya suprimido la regla sobre lugar del delito a efectos de aplicación espacial de la ley penal que prevían los artículos 14 P 1980 y 11 AP 1983 consagrando el criterio de la ubicuidad; éste no es sólo el criterio más ampliamente aceptado y más correcto, sino que su previsión expresa contribuiría a la seguridad jurídica.

En cuanto a las reglas del concurso de leyes en el artículo 7 AP 1992, que reproducen el modelo de los proyectos anteriores, es plausible que se mencionen expresamente los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción como anteriores y prioritarios respecto del de alternatividad, que no debe ser el único criterio, ni siquiera el más importante,

³ Desde luego esas reticencias influyeron en que se suprimiera la formulación expresa de la exigencia (o principio) de «culpa-

bilidad» en el AP 1983, en cuya comisión redactora participe

de solución del concurso de leyes, como parece dar a entender el actual artículo 68 CP, pero que tampoco puede suprimirse, pues, contra lo que opina cierto sector, es necesario entre otras cosas para resolver ciertos defectos de técnica legislativa⁴. Pero en cambio, en todos estos textos se regula imprecisa y restrictivamente el criterio de consunción (o absorción) al decir la regla 3.ª: «el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castigan las infracciones consumidas en aquél». Esta fórmula debe cambiarse —como sostuve sin éxito en la comisión redactora del AP 1983—, ya que se limita al supuesto del delito complejo integrado por otros que lo componen, pero pasa por alto los supuestos en que un delito grave consume ya el desvalor de otro u otros delitos menos graves que lo suelen acompañar, aunque no sean «componentes» de aquél, es decir, los supuestos de los actos anteriores, coetáneos o posteriores copenados; por ello debería añadirse a la regla 3.ª un inciso de tenor similar a éste: «el precepto que sancione una infracción más grave puede absorber a los que castigan infracciones menos graves que acompañen normalmente a aquélla»⁵.

Por último, como luego veremos (infra 3), es discutible la limitación del artículo 4.2 a la gravedad de las medidas de seguridad.

2. El delito

Me limitaré igualmente sólo a algunas cuestiones concretas.

El artículo 10 AP 1992 introduce como novedad una regulación de la comisión por omisión en estos términos: «Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido de la ley, a su causación.» Tal novedad me parece en principio satisfactoria. Aunque para algunos tal precepto no haga más que confirmar algo que ya rige actualmente, o sea, que la omisión impropia sólo es compatible con el principio de legalidad en la medida que sea directamente subsumible en la redacción de los tipos comisivos, para otros dicha cláusula general vendrá a evitar una vulneración del principio de legalidad. En cualquier caso, con tal precepto se gana en seguridad jurídica, pues queda claro que la co-

misión por omisión no sólo es una construcción doctrinal sino una figura legalmente admisible. Y además se ha adoptado una fórmula que puede satisfacer a las diversas posiciones sobre la comisión por omisión: Para la opinión quizás mayoritaria la equivalencia jurídica y según el sentido legal con la comisión activa se dará en cuanto la omisión vaya acompañada de posición de garante. Pero para las posiciones restrictivas, que exigen requisitos adicionales junto a la situación de garantía, o que incluso exigen requisitos distintos (y más restrictivos), tales como el de que la misma omisión desde el punto de vista sicionormativo cree o incremente decisivamente el riesgo —criterio que comparto—, o el de la retirada de las barreras de contención, la fórmula del artículo 10 no sólo es compatible con ellas, sino que se puede entender que su redacción apunta precisamente en un sentido claramente restrictivo de la comisión por omisión. En efecto, se admite la realización por omisión, pero «sólo cuando...»; y además ya no se dice, como en la redacción del artículo 10 en el BAP 1990, que la no evitación del resultado «equivalga a su causación», que podría haberse interpretado como una equivalencia o equiparación laxa e imprecisa⁶, sino que la no evitación del resultado equivalga, «según el sentido del texto de la ley», a su causación, es decir, que la omisión sea tan completamente equivalente a la causación activa que sea directamente subsumible en el tipo legal comisivo.

Ahora bien, si se opta por esta interpretación claramente restrictiva, entonces hay que reconocer que hay casos en que, pese a un deber especial o posición de garante en el omitente, ello es insuficiente para la equivalencia típica —como lo reconoce, por ejemplo, el § 13 StGB alemán, que exige equivalencia junto con el deber jurídico especial, y que además permite en su apartado II rebajar la pena—, y que por tanto no hay comisión por omisión, sino omisión pura, pero que, eso sí, debería castigarse como tipo omisivo agravado, generalizando la fórmula del artículo 489 ter, 3.º CP o 192.3 AP 1992, que prevé una cualificación para la ingerencia. Por ello sería conveniente un apartado 2 del siguiente tenor: «Si, pese a concurrir un deber especial [o una posición de garantía] en el sujeto, la omisión no fuera equivalente según el sentido del texto legal a la causación activa del resultado, se aumentará en uno o dos grados la pena correspondiente en su caso a la omisión, pero sin que pueda exceder de la mitad infe-

⁴ Como sucede si en un tipo en relación de especialidad y con sentido agravatorio respecto de otro la ley ha olvidado prever cualificaciones como en el tipo paralelo más general —o remitir a las cualificaciones de éste—; por ejemplo, en el CP vigente no están previstas en el rapto del artículo 440 ni en la sustracción de menor de siete años del artículo 484 cualificaciones como las del artículo 481 para las detenciones ilegales: con lo cual, pese al desvalor adicional que supone el ánimo de atentar contra la libertad sexual o la menor edad del sujeto pasivo (y que se refleja al menos en que en ellos no hay un subtipo privilegiado como en el 480,3.º), paradójicamente una detención de más de quince días, o exigiendo rescate, o con simulación de funciones públicas, en virtud del principio de especialidad se castigaría absurdamente menos que las detenciones ilegales del artículo 481, a no ser que se aplique precisamente el principio de alternatividad.

⁵ La enmienda n.º 855, del grupo comunista, al artículo 15

P 1980 proponía su supresión, o subsidiariamente el cambio de redacción de la regla 3.ª por: «el precepto cuya infracción implica de suyo la de otro, consume a éste». La expresión «de suyo» podría incluir tanto «siempre» como «normalmente», pero se olvida indicar que la infracción que consume ha de ser de mayor gravedad.

⁶ Por eso en una ponencia que mantuve sobre «Error y omisión» en el encuentro sobre «La reforma del CP» patrocinado por el Ministerio de Justicia y celebrado en la UIMP de Santander del 24 al 26 de julio de 1991, sostuve que se sustituyera la fórmula del BAP 1990 por «cuando la no evitación del resultado sea absolutamente equivalente a la causación activa del mismo». A mi juicio, el sentido restrictivo es idéntico (e incluso más expresivo, pues deja claro que la total equivalencia ha de ser a efectos de subsumición de la omisión en el tipo legal comisivo) con la fórmula «equivalga, según el sentido de la ley, a su causación» adoptada en el AP 1992.

rior de la pena aplicable al delito de resultado»; esta última salvedad tiene la finalidad de que esa omisión cualificada no llegue a equivaler o superar en pena al delito de resultado.

Es plausible el sistema de *numerus clausus* de delitos culposos establecido en todos los proyectos, y concretamente en el artículo 11 AP 1982 («las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley»), pues se adecua mejor al carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal, aparte de suprimirse incertidumbres interpretativas propias del actual sistema de cláusulas generales y ganarse por ello en seguridad jurídica. Pero, para evitar lagunas indeseables y quizás no meditadas, este sistema debería acompañarse de una minuciosa y particularizada reflexión sobre la posibilidad técnica y conveniencia político-criminal —no sólo por la frecuencia y probabilidad de comisión, sino por la importancia de los bienes jurídicos afectados— de incriminación de la comisión imprudente en las diversas figuras típicas, sobre todo en las graves. Y tengo la impresión de que en los diversos proyectos en general y en el AP 1992 en particular ese examen sólo se ha hecho de modo un tanto apresurado (aunque naturalmente no es posible confirmar plenamente esa sospecha al carecerse de una fundamentación detallada de cada precepto en la que se aludiera a la imposibilidad o inconveniencia del castigo de la comisión imprudente).

En materia de error, se mantiene en lo esencial, con algunas variantes, el distinto trato al error de tipo y error de prohibición actualmente previsto en el CP, lo que me parece correcto. Y concretamente es preferible la redacción del artículo 13.3 AP 92 para describir el error de prohibición: «el error... sobre la *ilicitud* del hecho...» a la fórmula del actual artículo 6 bis a, 3.º CP, de «creencia errónea... de estar obrando *licitamente*»; pues puede haber error de prohibición sólo con que se ignore la ilicitud, aun sin llegar a crear positivamente en la licitud (p. ej., el sujeto no se detiene a valorar, o considera su actuación jurídicamente indiferente)⁷. También es un acierto la redacción del apartado 2 artículo 13 AP 92, que concede relevancia eximente a cualquier error, sea invencible o incluso vencible, sobre elementos cualificantes del tipo o sobre agravantes y clarifica así la confusa redacción de los párrafos 1 y 2 del actual artículo 6 bis a CP o del artículo 17 AP 1983, que pueden interpretarse como posibilidad de comisión imprudente de los subtipos cualificados (en concurso ideal con el tipo básico doloso) en caso de error vencible sobre elementos accidentales agravatorios del tipo, lo que no parece la mejor solución. En cambio, supone un retroceso respecto del artículo 17.1 AP 1983, que hablaba simplemente de que el error de tipo sea «vencible», sin especificar más con arreglo a qué criterios se determina si es vencible, el haber vuelto en el artículo 13.1 AP 92 a la fórmula del actual 6 bis a, 1.º CP, de «si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias *del hecho y las personales del autor*».

El manejo por la ley de ese doble criterio, objetivo y subjetivo, para la vencibilidad del error de tipo es equivocado. Ciertamente para la concepción clásica del dolo y la imprudencia como formas de culpabilidad, o para la teoría de la doble relevancia del dolo, y de la imprudencia, en el tipo y en la culpabilidad, es importante examinar la vencibilidad del error tanto desde el punto de vista objetivo como desde el subjetivo para apreciar o no imprudencia. Pero para la posición, cada vez más extendida y a mi juicio correcta, que entiende que la existencia de imprudencia y la exclusión de dolo es una cuestión de tipo de injusto, lo que importa (salvo para el sector minoritario que defiende un concepto subjetivo de injusto y un deber subjetivo de cuidado) es únicamente que el error sea *objetivamente vencible*, con independencia de si es o no *personalmente (subjetivamente) invencible*. En cualquier caso la ley no debe tomar partido en una cuestión discutible y doctrinalmente controvertida, por lo que debe hablarse de error vencible sin más; del mismo modo que no se menciona el criterio de la invencibilidad del error de tipo, ni tampoco el de la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición, tampoco hay por qué tomar aquí posición.

En las eximentes, por una parte, se suprime el caso fortuito, que, si ciertamente no es imprescindible mencionar expresamente como el actual 6 bis b CP, dada la fórmula «no hay pena sin dolo ni imprudencia» del artículo 3 AP (o del art. 1.2.º CP), tampoco hubiera estorbado y acaso sería más clarificador mantener el nombre específico de caso fortuito con una formulación similar a la actual en un párrafo 2 de dicho artículo 3. Además en el artículo 19 se ha suprimido del catálogo de eximentes la fuerza irresistible y la obediencia debida, lo que no me parece un acierto, pues, aunque la (ausencia de) fuerza irresistible pueda reconducirse al requisito de acción u omisión de la definición legal de delito y aunque la obediencia debida encaje de todos modos en el cumplimiento del deber, se rompe sin necesidad con la vieja tradición de los códigos españoles. La fuerza irresistible es un supuesto muy característico de falta de acción (y si es resistible puede apreciarse eximente incompleta por disminución de la culpabilidad), y la obediencia debida es un supuesto totalmente peculiar de cumplimiento del deber, ya que éste no deriva directamente de la ley, sino de una orden vinculante. Por eso la mención expresa de ambas no es superflua, sino que responde a la misma tendencia de nuestros códigos de especificar también como eximentes el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y el cumplimiento del deber. Si se siguiera un criterio de suprimir la mención específica de aquellas eximentes que no fuera estrictamente indispensable enumerar, también se podría haber suprimido toda referencia a estas últimas en el CP, como sucede en otros códigos, sin que por ello dejaran de ser aplicables como causas de justificación en virtud de la coherencia interna del ordenamiento jurídico; y sin embargo el artículo 19.8.º AP 92 ha mantenido aquí la tradición espa-

⁷ Además la expresión «ilicitud» tiene la ventaja de que no prejuzga si se trata de ilicitud general o sólo de ilicitud penal, por lo que deja margen de interpretación a las diversas teorías

ñola y por tanto la redacción del actual n.º 11.º del artículo 8 CP.

En el trastorno mental transitorio y en la modalidad separada de intoxicación alcohólica o por drogas el artículo 19, 1.º y 2.º mantiene la plausible propuesta de los proyectos de exceptuar el supuesto de *actio libera in causa* no sólo dolosa, sino también imprudente, y en este último caso mejorando la fórmula técnica de los proyectos anteriores al sustituir al expresión «hubiera podido» por «hubiera debido prever». En el discutible tema de la minoría de edad penal el AP 1992 —artículos 19, 3.º, 69 y 106— ha preferido mantener el sistema del CP vigente, de mayoría a los dieciséis años y atenuación de pena o sustitución por medida de seguridad entre dieciséis y dieciocho años (aunque el artículo 106 AP 92 limita plausiblemente el tiempo máximo de la medida de internamiento a la duración de la pena sustituida), y desechar la propuesta de los artículos 22, 3.º y 99 AP 1983 de elevar la mayoría de edad penal a los dieciocho años, con sumisión del menor a la jurisdicción de menores, y de poder sustituir la pena por medidas de seguridad a los jóvenes entre dieciocho y veintiún años. Sobre el límite de la mayoría de edad penal se pueden dar argumentos a favor y en contra: a favor de elevarlo a dieciocho años, que se equipara la responsabilidad penal con la mayoría de edad general y que al fin y al cabo se somete al menor a medidas reeducativas y correctoras; a favor de mantenerlo en dieciséis años, no sólo el incremento y peligrosidad de la delincuencia juvenil, sino que el límite de la imputabilidad o mínima capacidad de responsabilidad penal no tiene por qué coincidir con la capacidad civil, como lo prueba que en otros códigos penales extranjeros tal límite penal es aún inferior, por ejemplo los catorce años, y que al fin y al cabo en nuestro sistema por debajo de los dieciocho años la responsabilidad penal está siempre disminuida en uno o dos grados e incluso puede sustituirse por medidas de seguridad. Pero lo que sí parece un claro retroceso es haber suprimido la posibilidad de sustituir la pena por medidas reeducativas a los menores de veintiún años; propuesta del P 1980, artículo 148, y del AP 1983, artículo 99, que abría la posibilidad de poner en marcha ampliamente un específico Derecho penal, o correccional, juvenil, acorde con las experiencias de otros países avanzados y de la que sería triste que se huyera por una previsión de falta de medios. En cuanto a las otras causas de inimputabilidad, no plantea problemas el mantenimiento de la fórmula «enajenación», suficientemente apta para una interpretación flexible por doctrina y jurisprudencia; en cambio, en las alteraciones congénitas o infantiles de la percepción, el efecto debería ser la grave alteración de «la conciencia», tanto real como moral o jurídica, y no de «la conciencia de la realidad».

Por lo demás, es correcto el mantenimiento en ese artículo 19 AP 1992 de las actuales fórmulas sobre legítima defensa y estado de necesidad; y la referencia en el n.º 7.º a «el que obre impulsado por miedo insuperable» mejora la redacción del actual artículo 8, 10.º CP, pues, al suprimir el inciso final «de un mal igual o mayor», se evitan posibles confusiones con el estado de necesidad y queda lo que es fundamental para la exculpación o inexigibilidad in-

dividual: que el miedo sea subjetivamente insuperable, sea cual sea el carácter o entidad objetiva del mal.

En la tentativa el artículo 17 ha suprimido la mención a la tentativa imposible que contenía el artículo 21.2 AP 1992, que mencionaba la inidoneidad de los medios y la ausencia de objeto, y tampoco se alude a la misma en las reglas sobre la pena de la tentativa al modo del actual artículo 52, 2.º CP. La admisibilidad de la tentativa inidónea —o imposible, o delito imposible— es una cuestión muy controvertida, pues enfrenta a concepciones objetivistas, subjetivistas y mixtas sobre el injusto. Personalmente creo que la tentativa imposible, en que *ex ante* puede afirmarse la peligrosidad de la acción aunque *ex post* no haya peligro concreto —así si alguien toma una pistola que él había previamente cargado, pero que otro ha descargado en su ausencia, y efectúa varios disparos contra un tercero: inidoneidad del medio comprobable posteriormente—, es totalmente diferente de la tentativa irreal o absolutamente inidónea (en que *ex ante* es objetivamente perceptible para cualquiera la no peligrosidad de la acción), fundamenta suficientemente el injusto —no sólo por el aspecto subjetivo del dolo sino por la peligrosidad para bienes jurídicos— y es por ello merecedora de pena, aunque sea discutible si debería castigarse menos que la tentativa idónea. Por tanto, no es censurable su mantenimiento en el artículo 52 CP. Pero en todo caso, aunque la *voluntas legislatoris* sea la de considerarla impune al suprimir la referencia a la misma, ello no obsta para posteriormente en una interpretación objetiva de la ley siga habiendo posiciones que entiendan que la *tentativa imposible encaja ya, aunque no sea mencionada expresamente, en la definición general de tentativa*, como v. gr. sostiene la doctrina alemana absolutamente dominante respecto del concepto legal de tentativa, que nada dice expresamente de la inidónea.

Los preceptos sobre codelinencia, por último, mejoran desde el P 1980 al extraerse de los mismos el encubrimiento para llevarlo a los delitos contra la Administración de Justicia, lo que ha encontrado general asentimiento. Pero se ha perdido hasta ahora una oportunidad magnífica en los proyectos para aclarar que los inductores y los cooperadores, aunque sean necesarios, no son autores, sino partícipes. Así se debería comenzar definiendo como responsables criminalmente a los autores y los partícipes, y luego enumerar entre los partícipes a los inductores, cooperadores necesarios y cómplices. En lugar de esto los artículos 24-26 AP 92 siguen hablando de autores y cómplices, favoreciendo la confusión terminológica, sobre todo jurisprudencial, de inductores y cooperadores necesarios con autores o coautores. Bien es verdad que, siguiendo el modelo del P 1980 y el AP 1983, el artículo 25 AP 1992 ya da un cierto pie para distinguir entre los que «son» autores y aquellos que sólo «se consideran» autores, al decir: «Además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro, del que se sirven como instrumento, se consideran autores», enumerando a continuación los tres números del actual artículo 14 CP (aunque suprimiendo en el n.º 2.º el forzar a otro). Pero sería preferible añadir a continuación de «se consideran autores» únicamente «los

que toman parte directa en la ejecución del hecho», con lo que no se prejuzgaría la debatida cuestión de si ahí encaja la coautoría —y si ésta es realmente autoría o participación— o también (o sólo) encaja la cooperación o participación ejecutiva, equiparada en pena a la autoría. Y en cambio, un artículo siguiente debería enumerar como partícipes a los inductores, cooperadores necesarios y cómplices, aclarando después que los dos primeros tienen la misma pena que los autores. Por lo demás, me parece acertado mantener la actual distinción entre cooperador necesario y cómplice, no sólo porque la necesidad de la cooperación es un criterio más preciso que la fórmula de la atenuación facultativa para cualquier cooperación, sino porque además la cooperación necesaria, al suponer sólo dominio negativo —poder impedir—, pero no dominio positivo del hecho, no es autoría, sino participación (e incluso entre quienes se conforman con el dominio negativo como base para el «dominio funcional», muchos admiten que no basta la cooperación necesaria sin más para el dominio funcional y la coautoría).

Por lo demás, la supresión del inciso «los que fuerzan a otro a ejecutar el hecho», que se piensa que es superflua con la fórmula amplia de la autoría mediata, no repara en que ésta —realizar el hecho por medio del utilizado como instrumento— no es aplicable a delitos con requisitos especiales, como los tipos especiales, de propia mano, etc.; y al menos en el caso de la fuerza, la fórmula del actual 14,2.º CP permite evitar la laguna de punición y castigar al que fuerza a un instrumento que sí es intraneus o actúa de propia mano, etc., a realizar el hecho. Por eso no debería suprimirse la hipótesis del forzar a otro a realizar el hecho, sino ampliarla a casos de provocar o aprovechar su error, incapacidad o similares, añadiendo un inciso como éste: «y los que, sirviéndose de otro como instrumento, le hacen realizar el hecho», que tendría un sentido ampliatorio de la tipicidad y de evitación de lagunas similar al precepto del actuar por otro o por personas jurídicas.

Por cierto que, en este último tema, el artículo 28 AP 1992 vuelve —salvo en que la amplía con la actuación por otro— a la fórmula del artículo 15 bis CP, que en junio de 1983 copió la del artículo 35 P 1980 y no tuvo aún en cuenta la nueva fórmula del artículo 31 AP 1983. Pero se equivoca al relegar la redacción del AP 1983, quizás por no darse cuenta de su sentido; pues al hablarse en el CP y en el AP 92 simplemente de que «el que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica [o en representación legal o voluntaria de otro]» responderá personalmente etc., puede dar lugar a interpretar que el sujeto es penalmente responsable solamente con actuar como directivo o representante y aunque por lo demás no lleve a cabo ni colabore con la conducta que cumple el tipo salvo el requisito especial. Por el contrario, el artículo 31 AP 1983, en una redacción más precisa y que despeja cualquier duda, deja claro que es preciso que el sujeto realice todo el resto de la conducta típica, al decir: «El que como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro *realizare un hecho que constituiría delito o falta si concurrieren en aquél las condiciones, cualidades o relaciones re-*

queridas por el correspondiente precepto penal, responderá con arreglo a éste, siempre que concurren en la persona en cuyo nombre hubiere actuado».

3. Penas, medidas y otras consecuencias del delito

a) En las penas privativas de libertad, unificadas en una única pena de prisión, se pretende en principio como en los proyectos anteriores evitar penas demasiado cortas o demasiado largas a efectos de prevención especial, lo que es plausible, fijando su duración entre un mínimo de seis meses y un máximo de veinte años. Por debajo de los seis meses de prisión se prevén como alternativas el arresto de fin de semana o la multa temporal, aunque en ocasiones en la parte especial el legislador tiene la propensión a aumentar a seis meses el mínimo de la privación de libertad, sin que esté claro que haya que aumentar la de arresto mayor que figura en el CP vigente, y olvidándose de aquellas otras alternativas. Ahora bien, en cuanto a la regla del límite máximo de veinte años de prisión, hay en el AP 1992 una tendencia, no siempre compartible (por no ser necesario preventivamente el aumento, sobre todo con la supresión de la redención de penas por el trabajo, aunque se argumente que el DP español común no prevé ni la pena de muerte ni la reclusión perpetua), a aumentar considerablemente ese máximo en diversas excepciones. Así el artículo 76 AP 92 prevé para el concurso real un cumplimiento superior a veinte años: hasta veinticinco años si concurren penas de hasta veinte años —ya previsto por el artículo 71 AP 1983—, y si concurren dos o más penas superiores a veinte años, lo que se le había escapado al AP 1983, un cumplimiento de hasta treinta años (pese a que aquí se podía haber mantenido un límite absoluto de cumplimiento de veinticinco años o ligeramente superior). El artículo 70 AP 92 prevé de modo general que la pena superior en grado —por ejemplo para terrorismo en el artículo 66 AP 92— a la prisión de hasta veinte años llega hasta treinta años (mientras que en el art. 66 AP 83 la regla era subir hasta veinticinco años, y excepcionalmente a treinta en delitos de rebelión y terrorismo). Otros preceptos del AP 1992 en que se supera la prisión de veinte años son los artículos 144 (asesinato con dos o más agravantes, veinte a veinticinco años), 445 (rebelión de promotores y jefes, quince a veinticinco años, y si es con armas, de veinticinco a treinta), 457 ss. (homicidio del Rey, regente o sucesor, veinte a veinticinco años, y con dos o más gravantes, veinticinco a treinta), 575 (homicidio de jefes de Estado extranjeros o personas internacionalmente protegidas, igual que el anterior) o 577 (genocidio, con dos o más agravantes la superior en grado: de veinte a treinta años).

Aparte de ello, el AP intenta aproximar la duración nominal a la real de las penas, suprimiendo —lo que es plausible— el cuasiautomático y general privilegio de la redención de penas por el trabajo.

También es acertada la configuración en los proyectos de la multa temporal, de un día a veinticuatro meses (art. 46 AP 92, salvo la excepción del

art. 70.3.4.º: hasta treinta meses para la pena superior en grado) como alternativa a las penas cortas de prisión, ya en los propios tipos, ya en las reglas generales de sustitución de la pena, siguiendo un modelo crecientemente usado en otras legislaciones. Pues tal sistema de multa permite adecuarse mejor en la medición de la pena a la gravedad del hecho y la prolongación temporal aumenta los efectos intimidatorios y preventivo-especiales (también en el aspecto resocializador).

Sin embargo, los proyectos españoles, incluyendo el AP 1992, acuden además a una pena restrictiva o no ininterrumpidamente privativa de libertad, que es el arresto de fin de semana como otra alternativa a la pena corta de prisión. Se aduce a su favor que no tiene los negativos efectos desocializadores de ésta y que en cambio puede ser más adecuado que la multa para ciertas clases de delitos leves. Y en el artículo 34.2 AP 1992 se le introduce una mejora de concepto al reconocer que por regla general, pero no necesariamente, se cumplirá los sábados y domingos, pues se trata realmente de un arresto del período de descanso semanal. Sin embargo, la escasísima aplicación del mismo en España —a diferencia de otros países— pese a estar previsto en la LPRS 1970, posiblemente por falta de infraestructura y de convicción en los jueces sobre su eficacia, debería poner en guardia para que no suceda lo mismo con la pena prevista, máxime si —como veremos *infra* IV— no se prevé su desarrollo reglamentario ni los centros adecuados. Siendo así, parece demasiado pretencioso e irreal que el artículo 34.2 AP 92 disponga como regla que se cumplirá en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado (cuando será frecuente que diste cerca o más de cien kilómetros, o que no haya cerca ningún centro adecuado) y que sólo excepcionalmente se cumplirá en depósitos municipales o centros policiales; por eso era más realista el artículo 36 AP 83, que admitía indistintamente el cumplimiento en centro penitenciario, depósito o centro policial. Y por lo mismo debería admitirse también como modalidad alternativa de cumplimiento, aunque excepcional, el arresto domiciliario, que prevé el artículo 85 CP vigente para cumplir el arresto menor y que admitía el artículo 42 P 1980 para el arresto de fin de semana; si bien, por ser menos intimidatorio y por sus dificultades de control, debiera reservarse para situaciones especiales o especialmente favorables en el sujeto o para casos excepcionales de imposibilidad de cumplimiento en otro centro.

En cualquier caso, y al margen del cumplimiento del arresto de fin de semana, se echa en falta en los proyectos y también en éste una moderna sanción alternativa a la pena corta de prisión, de progresiva implantación en el ámbito angloamericano, que es el arresto domiciliario bajo control o vigilancia por transmisores electrónicos. Esta sanción, centrada sobre todo en la restricción del tiempo libre diario, se puede imponer aisladamente para infracciones poco graves, o conjuntamente con la aplicación de una condena condicional, libertad condicional o alguna medida de seguridad.

b) Respecto de la aplicación y determinación de la pena y de su sustitución destacaré lo siguiente:

Aunque desde el P 80 y AP 1983 se simplifican y mejoran las reglas de medición de la pena en comparación con el actual artículo 61 CP, no se ha acabado de flexibilizar tales reglas permitiendo que en caso de concurrencia únicamente de agravantes no fuera obligatorio aumentar la pena (lo cual no obsta para que de todos modos se puedan formular propuestas doctrinales y jurisprudenciales de tener en cuenta como atenuantes analógicas la situación favorable del sujeto o la menor gravedad de injusto o culpabilidad pese a la reincidencia). Y la rigidez aumenta en la regulación de la reincidencia específica en el artículo 65 AP 92 como agravante fuera de las reglas generales del artículo 63, equivalente al actual 61 CP, con lo que se convierte en agravante obligatoria no compensable con atenuantes —mientras que en la reincidencia genérica correctamente resulta sólo facultativa la agravación.

En el concurso ideal o medial de delitos se mantiene en el artículo 77 AP 92, al igual que en el 71 CP, el tope de la mitad superior de la pena del delito más grave. Ello puede representar una exasperación insuficiente, sobre todo si con un solo hecho se realizan numerosos delitos. Por eso sería preferible admitir para el concurso ideal o medial la posibilidad del artículo 69 bis CP, que para el delito continuado prevé la pena de la infracción más grave, pero pudiendo aumentarse hasta el grado medio de la pena superior. Al no adoptarse una solución así, se ha provocado una equivocada excepción para el caso llamativo de originar varias muertes o lesiones con una sola acción u omisión, en el que el artículo 77.4 AP 92 dispone que se sancionen las infracciones por separado. Pero inmediatamente surge la pregunta de por qué limitar la regla a esos casos y no extenderla a otros de pluralidad de resultados homogéneos que pueden ser también muy graves. La ley debe dejar a la interpretación la discusión de si es un concurso ideal o real realizar con un solo hecho varios delitos homogéneos; y por otra parte, podría ser que, aunque se considere conceptualmente concurso ideal, se entienda inaplicable la regla de pena del artículo 71 CP (o 77 AP 92) porque parte de exasperar la «pena del delito más grave» y aquí todos son iguales, con lo que podría resultar que a ese concurso ideal se le aplicaran no obstante las reglas penológicas de la acumulación limitada, previstas como principio general para el concurso de delitos —y no expresamente limitadas al concurso real— en los artículos 69-70 CP y 73-76 AP 92.

En cuanto al concurso real, el artículo 76 AP 92 mantiene inalterada, salvo en la concreción de los plazos temporales máximos, la fórmula del actual artículo 70 CP sobre máximo de cumplimiento de las penas impuestas. Pero en el artículo 93 AP 92 se establece la rechazable regla de que «los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, en los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, se referirán siempre a la totalidad de las penas respectivamente impuestas en las correspondientes sentencias»; con lo cual, *sensu contrario* consagra para las restantes penas la interpretación del artículo 70 y concordantes, mayoritaria en la ju-

risprudencia actual pero errónea, de que las reducciones se computan desde el máximo no de pena impuesta (que es de donde parte el art. 70 CP), sino de pena que se puede cumplir. Tal interpretación, aparte de no ser ni mucho menos obligada por el tenor legal, es político-criminalmente muy indeseable ya que resulta preventivo-generalmente ineficaz la previsión y aplicación de sanciones para los posteriores delitos si ya se sabe que luego no se van a cumplir prácticamente o en absoluto. Por ello debería justamente generalizarse la fórmula del artículo 92 AP a todos los delitos y no limitarla a los de bandas armadas o terroristas. Además, tal excepción resulta discriminatoria: pues ya las penas previstas para terroristas son más graves (las superiores en grado según el art. 66 AP 92) por mayor gravedad del injusto y coherentes razones preventivo-generales; pero una vez aumentadas las penas a imponer, es difícilmente compatible con la orientación resocializadora del cumplimiento de las penas de prisión del artículo 25.2 CE que se les dé un trato distinto del dispensado a otros sujetos para la libertad condicional y los beneficios penitenciarios temporales, es decir, para comprobar si necesitan o no tanta pena para su resocialización.

La supresión, ya propuesta desde el P 1980, de la redención de penas por el trabajo, en cuanto beneficio generalizado, dependiente realmente más de la Administración penitenciaria que del juez (de vigilancia), que contribuye al descrédito de las penas nominales y que muy poco o nada tiene que ver con el pronóstico preventivo-especial del sujeto concreto, es, como he indicado, muy correcta. Pero por esas mismas últimas razones deberían suprimirse también los beneficios penitenciarios de acortamiento del tiempo de condena y del cómputo para la libertad condicional, de los artículos 256 s. RP, como proponía la disposición derogatoria 1 AP 1983, mientras que el AP 1992 los mantiene. En cambio, sí es aceptable la posibilidad excepcional del artículo 90 AP 92 de conceder por el juez a propuesta de la Administración penitenciaria la libertad condicional tras el cumplimiento sólo de dos tercios de condena (en vez de los tres cuartos normales), condicionada a una actividad laboral continuada y a un pronóstico individualizado y favorable de reinserción.

Respecto a los substitutivos penales en general se produce un retroceso en el AP 92 frente al AP 1983, puesto que el Capítulo III, Título III, Libro I en el AP 1992 vuelve a limitar las formas substitutivas a la ejecución sólo de la pena privativa de libertad, y no de cualquier pena como en el AP 1983. Con ello desaparece la suspensión del resto de otras penas o la aplicabilidad de la condena condicional a penas de multa —prevista en Alemania como amonestación con reserva de pena— o de inhabilitación o suspensión, pese a que en el caso de un individuo concreto la ejecución de una de esas penas pueda resultar preventivo-especialmente tan innecesaria e inadecuada como la de una pena de prisión. En la sustitución de penas el artículo 87 AP 92 mantiene la sustitución de la prisión inferior a dos años por multa o arresto de fin de semana, pero injustificadamente suprime la posibilidad del AP 83 de substituir el arresto de fin de semana por multa. Por otra par-

te, se echan en falta otras posibilidades de sustitución de penas no graves (en general) por trabajo de utilidad pública, por reparación del daño de acuerdo con la víctima, combinada en su caso con condena condicional, o, como antes se ha indicado, por arresto domiciliario con o sin control electrónico, o por control electrónico de la restricción de desplazamientos, por ejemplo en la condena condicional o la libertad condicional.

En la condena condicional el AP 92, artículos 79 ss. mantiene la orientación correcta del AP 83 en cuanto a que el requisito fundamental es el pronóstico favorable, aunque lo vuelve a vincular a la ausencia o cancelación de antecedentes, lo que no es decisivo; y en la libertad condicional los artículos 89 ss. mantienen el requisito correcto de las razones, fundamentales por expertos, para un pronóstico favorable, pero vuelven a vincularla a la buena conducta en prisión y a configurarla como beneficio penitenciario, orientación de la que hay que prescindir. La remisión condicional, que el AP 92 configura de modo intermedio entre la actual y la suspensión del fallo, prevé la imposición de reglas de conducta que podrá fijar el juez de entre una serie de ellas. Si ello se entiende en el sentido de que es facultativo fijarlas o no, caben algunas reservas por su contenido y por su posibilidad de puesta en práctica (ver *infra* IV), pero no estoy en total desacuerdo con esa posibilidad para los casos limitados en que haya pronóstico favorable, pero dependiente de que se establezcan ciertos controles o asistencia al sujeto (lo que significa que debería aclararse legalmente la no previsión de reglas de conducta si el pronóstico es total e incondicionalmente favorable). En contraste con esto y sin justificación el AP 1992 suprime la posibilidad concedida al juez de vigilancia en el artículo 84.2 AP 1983 de disponer ayuda al sujeto por los organismos asistenciales penitenciarios durante la libertad condicional.

c) En las medidas de seguridad, el artículo 4 AP 1992 aclara en su apartado 1 que han de ser postdelictivas y que su fundamento es la peligrosidad criminal exteriorizada en el hecho —lo que ciertamente anticipa al Título preliminar algo que ya se desprendía de los requisitos de las medidas en los artículos 131 P 80 y 87 AP 83—. Pero sobre todo, el apartado 2 substituye el principio de proporcionalidad de las medidas con la peligrosidad criminal y la gravedad de los hechos que sea probable que pueda cometer —según el art. 133 P 80— y con la gravedad del hecho cometido, como añadía el artículo 88 AP 83, por la siguiente regla: «las medidas de seguridad no pueden ser más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». Su primera parte ciertamente evita de modo absoluto el «fraude de etiquetas», pero es discutible, ya que la gravedad del hecho pasado y de la culpabilidad van a funcionar siempre como límite estricto de las medidas (aunque sólo en comparación con la pena abstracta, no con la concreta impuesta en la medición de la pena), y ello, aparte de no explicarse desde los fines preventivo-especiales de la medida, sino desde fuera a ésta, quizás sea demasiado rígido. Por eso parece preferible la fórmula del artículo 88 AP 1983 de exigir sólo

que la medida sea proporcional, lo que permite que sea algo superior a la pena correspondiente, sin ser desproporcionada, y proporcional no sólo al delito pasado, sino a la peligrosidad criminal, o sea, a la probabilidad y frecuencia con que pueda cometer futuros delitos, y a la gravedad de los mismos.

En referencia a la relación de acumulación o sustitución entre penas y medidas, el artículo 97 AP 1992 mantiene para la concurrencia de penas y medidas privativas de libertad el sistema vicarial que introdujo el artículo 89 AP 1983, pero sin la excepción que el artículo 100 de éste preveía para delinquentes habituales acumulando a la pena el internamiento en centro de terapia social de hasta cinco años (y en cambio, el AP 1983 suprimía la agravante de reincidencia). El AP 1992 sí contempla la reincidencia como agravante especial en el artículo 65 del modo ya indicado; y por eso no contempla excepciones al sistema vicarial para el caso de la habitualidad. Sin embargo, ello —al margen de la postura a favor o en contra de la reincidencia como agravante— parece demasiado rígido, dado que además puede haber habitualidad sin reincidencia; por lo cual estaría justificada la previsión de una medida acumulativa de internamiento para los habituales de delitos graves.

d) Es correcta la consideración en los AP 1983 y 1992 del comiso, privación de beneficios ilícitos y la clausura, suspensión, disolución o prohibición de actividades de entidades como «consecuencias accesorias» al modo del StGB alemán —con independencia de que puedan regularse más detenidamente— Pues es más correcto que considerarlas penas o medidas de seguridad (éstas inaplicables a personas jurídicas, que no pueden delinquir y por tanto no son criminalmente peligrosas), y por otra parte, dada su conexión con la pena y su sentido preventivo, no es correcto calificarlas de medidas administrativas, sino como una tercera clase de sanciones penales.

Por último, el AP 1992 ha mantenido finalmente —frente a la propuesta de supresión del art. 105 BAP 1990— la regulación en el CP de la responsabilidad civil derivada de delito. Pero ésta se trata del modo tradicional, y se echa en falta una incorporación de las tendencias modernas de atención especial a la víctima mediante fondos de garantía o responsabilidad estatal y de las posibilidades indicadas de utilización de la reparación del daño y el acuerdo con la víctima, en su caso unidad a la condena condicional, como posible sustitución de penas leves.

III. PARTE ESPECIAL

Dada la enorme amplitud de la parte especial, es absolutamente imposible hacer un mínimo repaso de ella, por lo que me limitaré a seleccionar unos cuantos aspectos concretos a título de ejemplo.

En general aumentan las penas en los delitos significativos, no ya en comparación con los proyectos anteriores sino incluso a veces de modo absoluto en comparación con el CP vigente (en cuyo caso la agravación en la pena práctica es aún mayor que en la nominal, dado que en el AP 92 no se admite la redención de penas por el trabajo). Así, por citar algu-

nos delitos muy representativos, aumentan en general bastante las penas de hurtos y robos y aumentan algo las del homicidio o las lesiones. En el homicidio el artículo 142 AP 92 convierte en prisión de diez a quince años la de ocho a quince prevista en los proyectos anteriores; en las lesiones básicas la pena es similar a la del CP vigente (prescindiendo de la posibilidad intermedia de arresto mayor en el 420 CP), pero los artículos 155 y 156 AP 1992 castigan las lesiones muy graves y graves por el resultado, sin exigir dolo directo con penas de prisión de seis a doce años o de cuatro a ocho años, muy superiores a las del actual 421,2.º CP. En el delito de hurto, el artículo 233 AP 92, siguiendo al 227 AP 83, castiga el tipo básico con prisión de seis meses a dos años, en vez del arresto mayor de uno a seis meses del artículo 515.1 CP, y el artículo 234 AP 92 con prisión de uno a cinco años el hurto cualificado, que también supera ampliamente la pena correlativa del artículo 515 y 516 CP, de arresto mayor en grado máximo, que sólo sube a prisión menor si hay pluralidad de circunstancias cualificadas o una muy cualificada. El robo con fuerza, que en el CP vigente se castiga sólo con arresto mayor si es de menos de 30.000 pesetas y con prisión menor si supera esa cantidad, operando a partir de ambas penas las cualificaciones, ya veía aumentada la pena del tipo básico en el artículo 231 AP 1983 a prisión de seis meses a tres años, pero sube aún más en el artículo 239 AP 92 a prisión de uno a cinco años, y según el artículo 240 llega a prisión de tres a seis años si ese robo es cualificado. Y en el robo violento o intimidatorio, frente a la pena de prisión menor (de seis meses a seis años) del artículo 501,5.º CP, el artículo 242 AP 92 la sube a prisión de tres a siete años —agravando la tendencia del art. 235.1,4.º AP 83: prisión de dos a cinco años—, que luego se impondrá en su mitad superior si hay uso de armas. En cambio, el AP 1992 no prevé tipos complejos o compuestos para los robos con resultados graves como en el Derecho vigente, que permiten aplicar penas mayores que las de las reglas generales concursales; tal modificación del Derecho vigente es criminológica y político-criminalmente bastante discutible, sobre todo en el caso del robo con homicidio doloso, que no se vé por qué ha de ser menos grave que el asesinato por precio.

Prescindiendo de esto, como se ve, el AP, contra lo que dicen algunas afirmaciones apresuradas o demagógicas, no tiene que producir excarcelaciones en masa, máxime cuando suprime la redención de penas por el trabajo. Al revés, pretende claramente invertir la tendencia a una benignidad en algunos casos excesiva de la reforma parcial del CP de 1983 en los delitos contra la propiedad; hasta el punto de que en ocasiones este nuevo incremento puede considerarse excesivo, como sucede con la pena mínima de seis meses de prisión para el simple hurto (mientras que por ejemplo el StGB alemán, nada benigno, prevé para el mismo en su § 242 multa como alternativa a la pena de prisión de un mes a cinco años). También resultan excesivas las indicadas penas de los artículos 155 y 156 AP 1992 para las lesiones graves por el resultado; y por lo demás, resulta un empobrecimiento rechazable que en las mutilaciones y lesiones graves el AP 92 prescinda del

desvalor de la intención, concretamente del propósito o dolo directo como factor agravatorio de la pena (como correctamente se hace en el CP vigente, en los anteriores proyectos o en otros textos extranjeros).

No me parece objetable, ni por exceso ni por defecto, la rebaja de pena en uno o dos grados prevista en el artículo 147.4 AP 92 para la eutanasia consentida expresa y seriamente. Pues, dada la importancia básica e irreparabilidad del bien jurídico vida y la peligrosidad de resquebrajar el tabú de su intangibilidad, sería altamente insatisfactoria y preocupante la solución desincriminadora de la eutanasia; en cambio, la rebaja de pena en uno o dos grados se justifica —a mi juicio, incluso ya de *lege lata*— por un estado de necesidad incompleto por falta de proporcionalidad en el conflicto entre vida y ausencia de dolor y padecimiento psíquico. Por el contrario, me parece que, frente a la propuesta liberal del artículo 157 AP 1983 de conceder eficacia eximente al consentimiento en las lesiones, supone un retroceso —dado que en la salud e integridad no concurren las peculiaridades del bien jurídico vida— que en el artículo 161 AP sólo atenúe la pena de las lesiones consentidas (sin distinguir siquiera entre lesiones permanentes o graves y lesiones no graves, en las que no cabe ver un mínimo interés social en su castigo si hay consentimiento), salvo los supuestos de exención ya admitidos en el actual 428.2.º CP.

No me detendré en la regulación de las exenciones de pena al aborto en el artículo 151 AP 92, que mantiene en lo sustancial las mismas indicaciones que el CP vigente, ya que no se puede asegurar que ésta sea una decisión legislativa firme, sino que la opción por un sistema u otro de indicaciones o del plazo depende de posiciones políticas, que pueden cambiar en cualquier momento.

En los delitos contra el honor constituye en términos generales un acierto del AP 92 que no se puedan castigar con prisión, sino con multa, salvo las calumnias reiteradas del artículo 201. En cuanto al nuevo tipo de difamación del artículo 205, que tanta controversia ha suscitado, en primer lugar se podía haber evitado quizás el polémico nombre e incluirlo entre las injurias, ya que, si hay Códigos como el alemán que denominan difamación, con algún parecido al AP 92, a la imputación de hechos que puedan resultar denigrantes o afrentosos, otros dan ese nombre a las injurias o calumnias reiteradas y con publicidad. Por otra parte, se ha ampliado innecesariamente en el 205.1 AP 92 la tipificación a la imputación de hechos que puedan atentar contra su intimidad; y cuando se añade los que puedan racionalmente perjudicar la fama, imagen, etc. —en lo que por cierto hay una considerable vaguedad—, no se precisa, como sería deseable (para un tipo agravado) que puedan perjudicarla gravemente. Por fin, la redacción del 205.3 sobre la prueba de la verdad y la legitimidad en ese tipo, pese a sus pormenores, no va a impedir que en su caso el TC y el TS sigan aplicando su interpretación del artículo 20.1 a) y d) CE en términos extensivos y favorables a las libertades de expresión e información.

Y eso mismo seguirá sucediendo respecto de la aplicación de estas causas de justificación a los de-

sacatos, por mucho que el AP 1992, regresivamente, haya suprimido en el correspondiente Capítulo (V Tít. XIX) la acertada fórmula del artículo 474 AP 1983 según la cual es aplicable a desacatos la *exceptio veritatis* prevista en los delitos contra el honor frente a funcionarios y autoridades públicas. Por último, en las injurias es desafortunada la sustitución de la clásica fórmula del artículo 457 CP por la complicada definición del artículo 206 AP 92 («referirse a otra persona utilizando expresiones o calificativos innecesarios y abiertamente ofensivos o vejatorios, aun cuando ello se produzca con ocasión de referirse a un hecho cierto»). Tal fórmula supone un intento no muy logrado de combinar el concepto de injuria con la prueba de la verdad y la fijación de sus límites. Pero además prescinde erróneamente de la exigencia del *animus iniuriandi*, que resulta sumamente adecuado para excluir del ilícito penal y relegarlos al campo civil los casos menos graves de injurias sin dolo directo. Y para colmo, ese artículo 206 suprime sin ningún motivo, y no sabemos si conscientemente, las injurias de hecho, que puedan tener la misma o mayor gravedad que las de palabra: por ejemplo escupir a alguien en la cara, o someterlo a tratos altamente vejatorios o indignos, en donde no basta con la mera calificación de falta de malos tratos de obra (que por sí solos no implican ese atentado al honor).

Para concluir, un último ejemplo de una modificación no suficientemente meditada: al final del Capítulo II, Título XX, Libro II, relativo a delitos cometidos por funcionarios contra las garantías constitucionales, el artículo 543 AP 1992 reproduce el artículo 204 bis a CP, en el sentido de que lo dispuesto en ese Capítulo se entenderá sin perjuicio de otros preceptos que señalen mayor pena a cualquiera de los hechos comprendidos en el mismo. Pero no se ha tenido en cuenta que el 204 bis a, introducido en el CP por la reforma parcial y urgente de 25-6-1983, era una solución provisional a la espera de poder comparar en un nuevo CP la gravedad de cada delito especial con la del delito común contra las distintas facetas de la libertad, seguridad o intimidad. Y lo procedente hubiera sido esa confrontación caso por caso, pues la regla del artículo 204 bis a CP, ahora reproducida, tiene el grave inconveniente de no distinguir adecuadamente entre aquellos casos en que la actuación del funcionario, totalmente injustificada, supone un plus de gravedad por prevalimiento del cargo, y aquellos otros en que la conducta funcional es menos grave que la del sujeto común por encajar en principio en el ámbito competencial del ejercicio de su cargo y suponer sólo un exceso intensivo por no haber dado cumplimiento a algún requisito o garantía adicional.

IV. PUESTA EN PRACTICA

Es muy correcta la disposición transitoria 2.ª 1 AP 1992, sustancialmente coincidente con la 3.ª AP 1983, que, para evitar los indeseables efectos, que supondrían excarcelaciones masivas, de una aplicación retroactiva de la nueva ley más favorable en cuanto a duración nominal de las penas pero uni-

da a una aplicación parcial del antiguo CP en lo más favorable por acortamientos prácticos generalizados de la condena por la redención de penas por el trabajo, dispone que para determinar la ley más favorable se parta de la aplicación completa de las normas de uno u otro CP y que la redención de penas por el trabajo sólo se aplicará con el antiguo CP, no con el nuevo.

En cambio, es demasiado corta la *vacatio* sólo de cuarenta días de la disposición final AP 1992, pues parece más prudente para el conocimiento y preparación para la entrada en vigor de todo un nuevo Código por la Justicia y sus colaboradores, Administración penitenciaria y ciudadanos el plazo de un año que preveía la disposición transitoria 1.ª AP 1983.

Pero sobre todo parece censurable la supresión en el AP 92 de las tres disposiciones finales del AP 83, fundamentalmente la 1.ª, que obligaba al Ministerio de Justicia a dictar en el plazo de seis meses —inferior por tanto al año de *vacatio*— las normas de desarrollo de los artículos sobre arresto de fin de semana, cancelación de antecedentes, sustitutivos penales y medidas de seguridad; lo que —aunque mejor hubiera sido consignarlo expresamente— también obligaría a una simultánea previsión económica y de medios materiales en esos extremos. Y también eran muy interesantes las previsiones de la disposición final 2.ª AP 83, que obligaba a remitir también en el plazo de seis meses proyectos de ley sobre aplicación de medidas de seguridad. Derecho penal juvenil (a lo que actualmente se está dando parcial cumplimiento) y potestad sancionadora de la Administración (esto último para adaptarla y aproximarla al máximo a las garantías penales); y de la disposición final 3.ª, que ordenaba al Gobierno la habilitación de centros idóneos para cumplimiento de las medidas de internamiento y, en tanto no estuvieran habilitados, disponía el cumplimiento en centros no carcelarios. Todos estos preceptos mostraban una clara voluntad de hacer efectivos los medios para el cumplimiento de los aspectos novedosos o más positivos del sistema de sanciones. Pero sin una articulación y desarrollo legal y reglamentario y sin previsión concreta y a plazos fijos de medios materiales y humanos, toda la pretendida reforma de las sanciones y sustitutivos puede quedar prácticamente en papel mojado.

V. METODO DE ELABORACION DEL CODIGO

Para concluir, unas reflexiones sobre algo que me parece esencial: el procedimiento de elaboración del nuevo Código Penal.

El AP 1979, elaborado por una comisión de cuatro personas, aunque no se hizo público, sino que fue objeto de difusión restringida, se sometió a una amplia discusión y revisión en la Sección de lo Penal de la Comisión General de Codificación, que por cierto fue ampliada al efecto, antes de ser enviado al Congreso como P 1980, que al menos iba precedido de una breve exposición de motivos y que fue

acompañado de una publicación oficial conteniendo una más amplia Memoria explicativa⁸. Como es sabido, el P 1980 originó una gran cantidad de enmiendas parlamentarias y una intensa discusión científica. La propuesta de AP 1983, de cuya comisión redactora —de seis miembros— formé parte, partió de esa situación, pero, en contra de mi opinión expresada en el seno de la misma, se cometió el error de no acompañar el texto de una amplia exposición de motivos o fundamentación explicativa del porqué de cada regulación, innovación o modificación respecto del P 1980 o del CP vigente. De todos modos cabía sostener que eso no era tan trascendente, ya que la propuesta formalmente no era ni siquiera un Anteproyecto presentado como tal al Consejo de Ministros, sino que se publicaba por el Ministerio de Justicia para abrir un amplio periodo de discusión científico-técnica y político-criminal, tras el cual se presentaría al Gobierno un AP formal y, después de discutirlo éste y someterlo en su caso a dictamen de alguna comisión u organismo, se aprobaría como proyecto definitivo, en cuyo proceso ya se podría acompañar de una fundamentación detallada. Sin embargo, nada de ello se produjo, pues por diversas razones, conjeturables pero nunca expresas, no se presentó formalmente el AP al Gobierno ni menos se remitió un P al Congreso. Al cabo de siete años, en 1990 el Ministerio vuelve a nombrar una comisión restringida —de seis miembros— para elabore otro AP y éste es presentado al Gobierno en febrero de 1992, casi nueve años después de la propuesta de AP 1983; pero nuevamente se publica sin fundamentación ni explicación alguna de las propuestas y de los cambios y, lo que es más preocupante, anunciando que se quiere enviar en breve como proyecto de CP al Parlamento, sin someterlo a un debate detenido, ni general ni de una amplia comisión de expertos, salvo el dictamen solicitado al Consejo General del Poder Judicial. Ahora bien, éste no es un órgano especializado en Derecho penal, y por eso y por la premura de tiempo su informe, que —a la fecha, en mayo de 1992— tampoco es público salvo lo que se ha filtrado a la prensa, no puede tener toda la profundidad, extensión, detalle y oferta de alternativas que sería deseable.

Como vengo sosteniendo públicamente desde hace mucho tiempo y mantuve expresamente en el encuentro sobre la reforma del CP organizado por la UIMP bajo el patrocinio del Ministerio de Justicia en julio de 1991, para la elaboración del CP hace falta *luz* y *taquígrafos* y la previa intervención de una *gran comisión de expertos para la reforma del CP*, sea la sección penal de la Comisión General de Codificación convenientemente ampliada para un motivo tan especial, sea una comisión *ad hoc*, en la que estén ampliamente representados profesores universitarios, magistrados, fiscales, expertos de la Administración pública y de la Administración penitenciaria y abogados, y que evalúe detenida y exhaustivamente el correspondiente Anteproyecto (y los anteriores).

Un Código Penal completo es una obra extraordi-

⁸ Proyecto de LO de CP, Instituto Nacional de Prospectiva en colaboración con la Secretaría de Estado para el Desarrollo Cons-

titucional y el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

nariamente compleja, que no sólo requiere que estén bien trazadas sus líneas maestras político-criminales, sino que estén bien estudiados y cuidados sus innumerables detalles técnicos, lo cual es especialmente prolijo y difícil de dominar en la parte especial. Téngase en cuenta que las observaciones al AP 1983 publicadas por el Ministerio de Justicia en diversos números de «Documentación Jurídica»⁹, y a las que se hace referencia en la Introducción del ministro al AP 1992, no son más que una mínima parte de las opiniones doctrinales —sin contar las jurisprudenciales— sobre las posibles regulaciones legales, las reformas proyectadas o posibles y las alternativas de Derecho comparado, ya que infinidad de estudios en monografías y manuales, o son anteriores al AP 1983 o no se refieren específicamente al mismo sino a regulaciones, reformas o cuestiones reformables del CP o de otros proyectos o de la legislación comparada. Por eso, si se quiere un Código Penal para el siglo XXI —que como mínimo dure su primera mitad sin grandes modificaciones— y que en cualquier caso suponga una aproximación a los modelos de los CP avanzados de otros países europeos, sobre todo los comunitarios, es preciso que una gran comisión de expertos teóricos y prácticos supervise a fondo la totalidad de la propuesta, sobre todo en la amplísima parte especial, en la que, si es preciso, debería solicitar dictámenes de especialistas en temas concretos. Y para que en todo caso la comisión levante actas de sus sesiones, en las que se detalle la fundamentación de las propuestas y de los cambios o no del Derecho vigente, sus pros y contras y los de otras posibles alternativas que se ofrezcan, eventualmente mediante votos particulares o posiciones de mayorías y minorías; lo que a su vez debería reflejarse en una Memoria explicativa del proyecto que se remita a las Cortes.

Sólo un procedimiento así permitirá que el Gobierno primero y después el Parlamento estén perfectamente asesorados técnicamente sobre el significado, alcance y coherencia de las nuevas o antiguas regulaciones y de sus alternativas, de modo que con conocimiento de causa puedan elegir lo que les parezca político-criminalmente —y también técnicamente— preferible y se eviten modificaciones como algunas citadas, que inconscientemente empeoren una regulación o una propuesta anterior. No se trata ni mucho menos de tardar una década larga como la Gran Comisión alemana para la reforma del Derecho penal y la discusión posterior al proyecto oficial alemán de 1962, entre otras cosas porque en España se lleva más de una década, aunque con altibajos, de discusión sobre la elaboración de un nuevo CP y además se cuenta con la experiencia de la reforma penal reciente en otros países europeos (lo que no sucedía en Alemania en los años cincuenta). Pero cuando hace ya doce largos años que el Gobierno encargó —en 1978— un primer anteproyecto de CP en la democracia y han transcurrido nueve años desde la propuesta de AP 1983 sin que se hayan aprovechado para proceder del modo expuesto, no parece excesivo, máxime cuando es altamente improbable —y desde luego indeseable por lo que tendría de apresurado y superficial— que un proyecto de todo un CP se pueda discutir y aprobar por el Parlamento en lo que queda de legislatura (que como muy tarde tiene que concluir a comienzos de verano de 1993), esperar a que esa gran comisión, trabajando intensamente, tardará un año o dos en preparar detenidamente el proyecto. De ese modo se facilitaría enormemente la labor y el acierto de las decisiones de Gobierno y Parlamento y se garantizaría contar con un buen Código Penal ya en la próxima legislatura.

⁹ Cfr. DJ 37/40, 1983, Monogr. dedicado a la PANCP; DJ 54, 1987, Observaciones y críticas formuladas por la doctrina penal española a la PANCP de 1983 (recop. p. Mestre y Valmaña).