

INTRODUCCIÓN AL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL (PARTE GENERAL)

Carlos García Valdés
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO: I.- Introducción: los denominados "informes prospectivos de efectividad práctica" de toda reforma legislativa. II.- Problemas de técnica legislativo-penal. III.- Los principios básicos del borrador de Anteproyecto de nuevo Código Penal, Parte General.

I

1. No es extraño encontrar, en los diversos Estados del ámbito cultural de la Europa occidental, leyes y disposiciones de menor rango normativo que no satisfacen las expectativas que, a través de ellas, se pretendía atender, o que producen efectos no deseados sobre la colectividad. Muy al contrario, los ejemplos de esta disfunción normativa son numerosos: normas que resultan técnicamente inaplicables; disposiciones que son fuertemente rechazadas por sus destinatarios; preceptos que contienen regulaciones insuficientes de las realidades que pretenden normar; o, entre otros tantos supuestos semejantes, reformas legislativas de costes desproporcionadamente elevados.

En todos estos casos, el descrédito para el legislador -y acaso también para el propio sistema democrático- es evidente. Lo es también la dificultad de reparar los efectos de una norma que no ha previsto los costes (económicos, sociales y políticos) de su propia entrada en vigor, e igualmente los

perjuicios que, en definitiva, repercuten sobre la colectividad.

Por ello, es cada vez más frecuente encontrar, en los procesos de elaboración normativa que se desarrollan en este contexto europeo-occidental, sistemas de comprobación, prueba y valoración de las disposiciones legislativas y reglamentarias, mediante los cuales es posible detectar, y en consecuencia corregir, con anterioridad a su entrada en vigor, sus hipotéticas deficiencias.

Estas técnicas de control para la mejora de la calidad de las leyes consisten, por lo general, en métodos de prueba, entre los que sobresalen los denominados sistemas de test de los proyectos de ley (1). En su virtud, las leyes, cuando aún se encuentran en fase de proyecto, son sometidas a un proceso de prueba o valoración, para comprobar su fiabilidad, eficacia y posibilidades de cumplimiento, como si estuvieran vigentes. De lo que se trata, en definitiva, es de controlar cómo y en qué medida ese determinado proyecto de ley cumpliría, caso de alcanzar vigencia, las exigencias formales y materiales para cuya satisfacción se elabora.

2. En España es realmente inusual el empleo de estas técnicas. Por lo general, el control de calidad de las normas legales o reglamentarias suele quedar deferido, en exclusiva, al mismo Parlamento o Administración a quien, respectivamente, corresponde su elaboración. El control externo (por ejemplo, a través del Dictamen del Consejo de Estado) tiene escasa virtualidad práctica, y la sujeción a test es prácticamente desconocida.

Tanto es esto así que las raras ocasiones en las que un proyecto de ley ha podido ser analizado y valorado en España, provocadas consciente y premeditadamente por el legislador, han sido acogidas con el máximo interés por la doctrina y los denominados operadores sociales.

Ejemplo paradigmático de ello es, sin duda, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal. Elaborado en 1983, publicado entonces por el Ministerio de Justicia (tres ediciones hasta 1985) y nunca tramitado en el Parlamento, este texto prelegislativo se ha convertido, por mérito de sus glosadores, en el proyecto normativo doctrinalmente más estudiado de la historia legislativa española (2).

Este ingente esfuerzo científico ha sometido a la PANCP de 1983 a un riguroso test: todas sus instituciones han sido analizadas desde la teoría y la práctica, criticadas y contrastadas con otras experiencias de Derecho comparado. Y, aún más, en la medida en que alguna de las previsiones contenidas en ese Proyecto de 1983 han sido incorporadas, posteriormente, al texto de las Leyes Orgánicas 8/1983, de 25 de junio, ó 3/1989, de 21 de junio, su contraste con la realidad ha sido minucioso (3).

II

El resultado final de este amplio examen doctrinal es un material de trabajo insustituible y realmente trascendental para la mejora, formal y material, de aquel texto. Así, en concreto, es posible individualizar los grandes problemas (de índole político-criminal, jurídica, económica o social) que son obstáculos potenciales para la efectividad práctica de un nuevo Código Penal que se asentará sobre la estructura de la PANCP de 1983.

Lo sintetizo a continuación.

1. Desde una perspectiva de **POLÍTICA CRIMINAL**, los problemas más relevantes que el examen doctrinal de la PANCP (Parte General) ha detectado son los siguientes:

a) Inexistencia de una regulación expresa de los supuestos de punibilidad de los comportamientos omisivos. A contrario, se trataría de llevar al Código una fórmula que los acogiera: "Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación".

b) Excesiva duración de las penas privativas de libertad, sobre todo si se considera la desaparición del beneficio de redención de penas en la actualidad previsto en el artículo 100.

Es lugar común en la doctrina legal española la crítica al carácter simbólico de la duración de las penas privativas de libertad: por un lado, se destaca que la extensión de estas penas no está justificada, en modo alguno, por los fines resocializadores que la Constitución asigna a las mismas; por otro, se critica el reiterado incumplimiento de las penas objeto de condena (fundamentalmente, por el juego conjunto de las instituciones de la redención de penas y la libertad condicional).

De esta manera, y en términos generales, el sentir mayoritario de la doctrina defiende la reducción de la duración de las penas privativas de libertad y, al tiempo, y de manera complementaria, su cumplimiento efectivo.

La PANCP de 1983 sigue estos criterios. Por una parte, limita notablemente la duración de las penas de privación de libertad; por otro, elimina la institución de redención de penas por el trabajo. Frente a las críticas que ambas decisiones pudieran hacer surgir, debe destacarse que, en términos prácticos, los resultados de ambas opciones son coincidentes. Un ejemplo lo acreditará suficientemente:

El delito de homicidio está actualmente castigado por una pena de privación de libertad de doce años y un día a veinte años (artículo 407 del Código Penal). En la PANCP, este delito pasa a tener una sanción de ocho a quince años de privación de libertad.

La disparidad de sanciones es sólo aparente. En efecto, la aplicación de la institución de redención de penas, prevista en el artículo 100 del Código vigente, puede provocar la reducción del término máximo de la sanción establecida en el artículo 407 del Código, hasta los doce años, aproximadamente. La aplicación de la libertad condicional, provoca, en este caso, el cumplimiento efectivo de tan sólo nueve años de privación de libertad.

En la PANCP, la sanción máxima prevista para el delito de homicidio, sin redención de pena, y con la sola aplicación de la institución de la libertad condicional, puede quedar reducida a una cifra aproximada a los doce años.

La subsistencia de otros beneficios penitenciarios (así, los actualmente previstos en el artículo 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), o de la institución del indulto, conocidos también en derecho comparado, no modifican esencialmente estas conclusiones.

Parecen, en fin, infundadas las críticas que pudieran efectuarse por la aparente disminución de la represión penal que se incorpora en la PANCP.

c) **Extensión del Libro III.** Se trata de seguir en la línea trazada por la citada Ley 3/89, de actualización del Código, de reducir las faltas, sin remitir todo su

contenido a las sanciones administrativas, suprimiéndolas del texto penal.

2. Desde una PERSPECTIVA TÉCNICA, resultan problemáticos los siguientes aspectos:

a) En términos globales hay que plantear, en primer y principal lugar, la concordancia del texto penal en su conjunto armónico. En efecto, un nuevo texto ha de ser redactado con visión sistemática. Las reformas parciales son retoques al Código en las cuales, muchas veces, fallan aspectos tales como las equivalencias de las penas entre los diversos delitos de semejante gravedad; se producen repeticiones de tipos penales, que no siempre son fáciles de subsanar acudiendo al principio de especialidad; proliferan los tipos en blanco o se administrativizan en exceso las conductas punibles; o, en fin, se legisla sin leer lo que se acaba de escribir, artículos atrás, es decir: sin tener todo el Código "en la cabeza" o, al menos, procurándolo.

b) En cuanto a temas concretos, hay que resaltar estos: indeterminación (relativa) del ámbito objetivo de algunas figuras penales, así como el recurso a la utilización de los tipos penales en blanco. Una depuración de la Parte Especial se impone, en este sentido, procurándose el máximo respeto al principio de reserva de legalidad.

c) Subsistencia de tipos penales calificados por el resultado. La vigencia rigurosa del principio de culpabilidad ("no hay pena sin dolo o culpa"), es la contrapartida de una técnica criticable por la doctrina penal.

d) Insuficiente regulación del error y sus consecuencias. Se trataba de añadir a la fórmula del error de tipo y al de prohibición, en sus modalidades de invencibilidad o vencibilidad, un párrafo que significara, en el error de tipo:

"El error sobre un elemento del hecho que califique la infracción, o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación".

e) Insatisfactoria regulación de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad, fundamentalmente en lo que se refiere al incumplimiento de la pena de multa.

La práctica totalidad de las legislaciones europeas han suprimido las penas cortas de prisión: en Alemania Federal, el parágrafo 38.2 StGB suprime la pena de prisión de hasta un mes de duración, aplicando las penas inferiores a seis meses únicamente cuando particulares circunstancias respecto del hecho o de la personalidad del culpable la hagan necesaria por sus efectos sobre el autor o para la defensa del ordenamiento, sustituyéndose normalmente por la pena de multa; en Portugal se puede suspender la pena de prisión inferior a tres años (artículos 48 y ss.) de su Código Penal, sustituyéndose, con carácter general la inferior a seis meses, por multa; en Austria se sigue el sistema alemán con el límite de los seis meses (artículo 37.ÖStGB); en Suiza se permite la sustitución de las inferiores a los tres meses (artículo 37.bis.StGB), y en Francia se admitieron medidas alternativas en la Ley de 11 de julio de 1975.

En España esta corriente influenció el artículo 39 del Proyecto de 1980, que suprimía las penas inferiores a seis meses; y los artículos 35 y 82.1 de la PANCP, que, además de mantener esa supresión, posibilitan la sustitución de las inferiores a dos años. En lugar de estas penas se establecen las de arresto de fin de semana o multa.

Este sistema plantea, no obstante, un problema esencial: la recurrente aparición de nuevas penas cortas de prisión. Y así, debe destacarse que el impago de una pena de multa puede dar lugar a un arresto sustitutorio que puede durar días, semanas o meses, lo que hace nacer de nuevo la

posibilidad de una prisión inferior a seis meses. Lo mismo ocurre en los supuestos de incumplimiento del arresto de fin de semana. Y este es tema de difícil solución.

3. Desde consideraciones de **ÍNDOLE SOCIAL**, pueden delimitarse, como obstáculos a la plena efectividad de las previsiones contenidas en la PANCP, las siguientes:

a) **Determinación de la mayoría de edad penal.**

El Código Penal vigente exime de responsabilidad criminal al menor de dieciseis años (artículo 8.2), y considera circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal la de ser el culpable menor de dieciocho años (artículo 9.6). En los supuestos en que el delito sea cometido por menor de dieciseis años, éste queda confiado a los Jueces de Menores, y en supuestos en los que el delincuente tenga dieciseis o diecisiete años, su responsabilidad se atenúa en uno o dos grados, pudiéndose sustituir la pena impuesta "por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable" (artículo 65).

En la PANCP de 1983 se modifica sustancialmente esta situación, al establecer el artículo 22.3 la exención de responsabilidad criminal del menor de dieciocho años. Este cambio debe interpretarse en coherencia con la previsión de la Disposición Final Segunda de la Propuesta, en la que se obliga al Gobierno a presentar a las Cortes, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del nuevo Código, una Ley sobre Derecho Penal Juvenil.

Esta solución no es enteramente satisfactoria. En primer lugar, por carecer de todo fundamento la equiparación de la mayoría de edad civil y penal, conforme se desprende también de la inexistencia de precedente alguno en este sentido en otros países del ámbito cultural

européico occidental. En segundo lugar, por las enormes dificultades de la creación, prácticamente *ex novo*, de un Derecho Penal Juvenil.

En efecto, en lo que se refiere a la primera crítica, el Derecho Comparado demuestra la posibilidad de sancionar a los menores de dieciocho años, ya mediante la aplicación de penas específicas por Tribunales juveniles, ya mediante la atenuación de las penas comunes, a través de procesos de los que conoce la jurisdicción ordinaria: en Italia se imponen penas por la jurisdicción ordinaria a los mayores de catorce años y menores de dieciocho, atenuándose su responsabilidad en un tercio; en Francia se pueden imponer penas comunes, atenuadas, a los mayores de trece años por Tribunales especializados; en Austria los mayores de catorce años y menores de dieciocho pueden ser sancionados por los Tribunales Juveniles; en Alemania existe un auténtico Derecho Penal Juvenil, aplicado por Tribunales Juveniles, pero éstos pueden imponer también, cuando no sean suficientes las medidas de seguridad o los correctivos, una pena consistente en privación de libertad en establecimiento penitenciario para jóvenes.

Por lo que hace referencia a la segunda de las críticas, es evidente la inexistencia actual de un sistema de Derecho Penal Juvenil que permita encauzar adecuadamente la exigencia de responsabilidad a los jóvenes de dieciseis y diecisiete años que se inician en el mundo criminal. Considérese, en todo caso, la existencia de una corriente crítica contra el aumento de la mayoría de edad penal a los dieciocho años, que tiene su fundamento en los posibles efectos cirminógenos de esta medida, precisamente por la falta de adecuada reacción en la vía tutelar de menores.

b) Debate sobre la eficacia de la pena de arresto de fin de semana.

Una de las innovaciones que introduce la PANCP en la regulación de las penas privativas de libertad (innovación relativa, pues ya figuraba en el Proyecto de 1980 y, con ciertas coincidencias, en la Ley de Peligrosidad Social), es la decidida incorporación del arresto de fin de semana (artículo 34), cuya extensión se fija entre uno y veinticuatro fines de semana (artículo 36.1).

La incorporación de esta figura al Proyecto de 1980 y después a la PANCP, suscitó algunos recelos, fundamentalmente derivados de su aplicación práctica, por parte de la doctrina científica. La inexistencia de lugares específicos para el cumplimiento de esta sanción no es argumento actual, por cuanto locales adecuados se construyen en los establecimientos penitenciarios actualmente existentes. En todo caso, entiendo que es pena adecuada para algunos comportamientos menos graves o leves.

4. Finalmente, desde una PERSPECTIVA ECONÓMICA, deben resaltarse los siguientes aspectos:

a) El elevado coste económico de los centros de terapia social y de los establecimientos especiales, que en otros países han provocado su ineficacia (4)

En el Código Penal vigente se prevén (artículos 8.1 y 3, 9.1 y 65) diversas medidas de internamiento en establecimientos específicos, de aplicación a los supuestos en los que el delito sea cometido por enajenado, por persona que, "por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad", o por menor de dieciocho años (pero mayor de dieciseis).

La PANCP desarrolla más minuciosamente estas previsiones de internamiento, fijando en su artículo 86 la

posibilidad de imposición de medidas de seguridad (siempre postdelictuales) privativas de libertad y, específicamente las de internamiento en centros psiquiátricos de deshabitación, pedagógicos especiales, reeducadores y de terapia social.

La doctrina científica española ha alertado ya sobre las dificultades que deben superar los centros de terapia social para su efectiva implantación: su limitada descripción legal, y la necesidad de un fuerte soporte económico para su mantenimiento. En lo que se refiere a la primera de estas críticas, la doctrina destaca la conveniencia de ampliar la descripción legal del contenido de este internamiento (recogiendo expresamente el destino de estos centros al tratamiento médico, psiquiátrico, psicológico y pedagógico de los sujetos que presentan una grave alteración de la personalidad para lograr su resocialización), a fin de evitar que tales centros terminen convirtiéndose en instituciones semejantes a la cárcel. Del mismo modo, se destaca la conveniencia de reducir su aplicación a un ámbito limitado de delincuentes (por lo común, habituales de criminalidad grave, y menores de veintiun años).

La segunda de las críticas tiene un mayor calado. La experiencia europea (República Federal, Austria, Dinamarca, Suiza, Italia y Holanda, fundamentalmente) demuestra que los centros de terapia social requieren una buena dotación de personal (la relación normal suele ser 1:1 entre personal e internos o, como mucho, 1:2) y de infraestructura material. Su coste es, en consecuencia elevadísimo, y ello ha provocado, por ejemplo, el reiterado retraso -por años- de la decisión de hacer plenamente efectiva la institución en la República Federal (parágrafo 65. StGB).

b) Los importantes problemas prácticos que plantea la obligatoriedad de recabar, *ex artículo 75 y 77 de la PANCP*, un informe criminológico.

III

La elaboración de un nuevo Código Penal en el marco democrático establecido por la Constitución de 1978 ha sido demandada reiteradamente en la última década, y con práctica unanimidad, por la doctrina científica española. La sociedad y, con particular intensidad, los partidos políticos, han atendido y respaldado estas propuestas de modificación normativa y así, en este periodo de tiempo, el Código ha visto paulatinamente modificada su fisonomía, a través de sucesivas reformas parciales, de las que las llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 8/1983, de 25 de junio, y 3/1989, de 21 de junio son, sin duda alguna, las más significativas y trascendentes.

De forma simultánea y paralela al desarrollo de este proceso, el prelegislador español ha redactado dos textos alternativos de Código punitivo. Ambos, pero fundamentalmente la Propuesta de Nuevo Código Penal de 1983 (5), construida desde la base de las enmiendas del Grupo Parlamentario Socialista al Proyecto de Código Penal de 1980 (6), han propiciado la realización de un ingente trabajo doctrinal, cuyas conclusiones contribuyen en gran medida a su importante mejora.

La redacción de un borrador de Anteproyecto de nuevo Código Penal, en 1990, tiene, así, sólido sustento en los antecedentes que han quedado sumariamente expuestos: la experiencia legislativa y prelegislativa y, fundamentalmente, la continua labor doctrinal sobre ellas han generado un elevado grado de consenso sobre la necesidad de la reforma penal y, más aún, sobre los principios e instituciones jurídicas que deben inspirar y conformar el nuevo texto legal. Nunca la elaboración de una norma jurídica ha sido precedida en España de un proceso

tan amplio de reflexión y análisis como ahora sucede con el Código Penal.

No puede, finalmente, dejar de destacarse que la doctrina científica (a la que no son extrañas las aportaciones de aplicadores del Derecho) ha efectuado un auténtico análisis prospectivo de la eficiencia de las figuras e instituciones que podrían incorporarse al mismo. La garantía que sus resultados ofrecen respalda, aún más, la viabilidad de la reforma proyectada.

La elaboración del borrador de Anteproyecto se ha encomendado por el Ministerio de Justicia a un grupo de trabajo restringido y coherente, formado por los profesores Vives Antón, Berdugo Gómez de la Torre y Mestre Delgado (Secretario), el Magistrado del Tribunal Supremo, García Miguel y el Fiscal del Gabinete Técnico de la Fiscalía General del Estado, Paz Rubio, dirigido y coordinado por quien esto escribe.

El mencionado grupo de expertos concluyó su encargo el pasado otoño, incorporándose a las tareas de revisión y elaboración, en muchos casos, de la Parte Especial, el Prof. Quintero Olivares. El borrador de Parte General fué distribuido a las Asociaciones de Jueces, Magistrados y Fiscales, Consejo de la Abogacía, Profesores de Derecho Penal, grupos parlamentarios y prensa; ha sido publicado por los Colegios de Abogados y en revistas especializadas.

En los trabajos se tuvieron en cuenta, no sólo los antecedentes legislativos y prelegislativos españoles ya conocidos, así como la más reciente jurisprudencia, sino los últimos textos legales comparados: por ejemplo, y entre tantos, se trabajó con la excelente edición comentada del Código Penal italiano, de los Profs. Stella y Zuccalá (7), la recopilación de no menor calidad de la Universidad de Coimbra, referida al nuevo Código Penal portugués (8), o el

más actual documento de presentación del Libro Blanco de la Justicia penal británica al Parlamento (9). La consulta permanente a los textos punitivos alemán, francés o suizo, entre otros, fue tarea habitual en el seno del grupo de expertos.

Para la realización del texto articulado se ha partido de los siguientes tres principios básicos y pacíficos en la Ciencia y práctica penal:

- a) **Intervención mínima:** Conforme destaca la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, este ordenamiento debe reservar su actuación "para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena", conjugando y haciendo efectivos los principios de "última ratio" y de tutela eficaz de la colectividad.
- b) **Culpabilidad:** La sanción penal ha de ser expresión de la reprochabilidad por la realización de un hecho típico y antijurídico, a un autor en condiciones psíquicas de motivilidad normal y, por ello, deben quedar excluidos del Código aquellos preceptos anclados en el principio de responsabilidad objetiva, así como todos aquellos que hacen depender la medida de la pena en la peligrosidad del autor y no de su culpabilidad.
- c) **Realismo y aplicación efectiva de las sanciones penales:** El Código no puede tener una eficacia meramente simbólica, ni prever sanciones inaplicables o de ejecución desproporcionadamente costosa. Deberá

perseguir la consecución de los fines preventivos propios de la pena, sin perjuicio del respeto al principio de resocialización.

Y así, el borrador de Anteproyecto de Parte General tiene en cuenta la realidad social en que va a aplicarse. Entre su arsenal punitivo no utiliza aquellas sanciones experimentadas sin éxito en el Derecho europeo o de elevadísimo coste (por ej.: los establecimientos social-terapéuticos, que nunca llegaron a entrar en vigor, pese a su fase experimental, en Alemania, como ya he indicado). Se atiende así a las instituciones y establecimientos que, en la actualidad, cumplen los fines preventivos o rehabilitadores marcados por nuestra Constitución. A este respecto, el establecimiento de medidas de seguridad posdelictuales, para delincuentes inimputables, se refieren a Centros penitenciarios que ya se encuentran en funcionamiento: psiquiátrico, de deshabitación, educativo especial y reeducador (art. 87).

En caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad, el cumplimiento preferente de ésta se abonará para el de la pena. El Juez o Tribunal podrá sustituir una medida por otra y, a propuesta del Juez de Vigilancia, dejar en suspenso su ejecución por un plazo no superior al que reste del señalado en la sentencia que lo impuso. (arts. 89 y sigs.).

El límite de las medidas privativas de libertad será siempre el tiempo que hubiera durado la pena. Cumplido o suspendido el período de internamiento, se podrán imponer al sujeto, por un tiempo no superior a cinco años, reglas de conducta en libertad (art. 100), cuyo cumplimiento será informado por los Jueces de Vigilancia o sus delegados; se podrá disponer, en estos casos, de ayuda o asistencia sociales por los respectivos organismos encargados de ellas.

En cuanto a las personas jurídicas (asociaciones, fundaciones, sociedades o empresas), entre las consecuencias accesorias, se prevén medidas de clausura, disolución, suspensión o prohibición de sus actividades, si estuvieran relacionadas con la comisión de hechos delictivos, los favorecieran o encubrieren.

El borrador, entiendo, presenta un elevado nivel técnico-jurídico; prueba de ello es la tipificación de la omisión, equiparable a la acción; la plasmación de la teoría del error en su articulado, más depurada que en el vigente art. 6 bis a); la supresión de la apología como acto preparatorio típico -siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional- que pasa a ser un delito autónomo de la Parte Especial en referencia a la rebelión, sedición y al terrorismo; la supresión, en el Libro I, de la excusa absolutoria del "arrepentimiento" en este último delito y en el de narcotráfico, que se traslada a su lugar específico correspondiente, inmediatamente citado; o la división tripartita de los hechos delictivos (delitos graves, menos graves y faltas), para acomodarla a la oportuna reforma procesal.

Se incorporan al articulado del nuevo Código instituciones ensayadas con fortuna en nuestro marco comparado: la amplia utilización de los días-multa y la sustitución de la pena privativa de libertad por multa, en casos en los que el internamiento puede suponer mayor disfunción que la propia ejecución.

El tema de la "probation" no está definitivamente resuelto en el texto del borrador. La suspensión de la ejecución de la pena se extiende a las penas menos graves (hasta los 2 años) y para los delincuentes primarios. Como alternativa a esta concepción, se puede pensar en introducir la posibilidad de añadir -como consecuencia de superar con éxito el periodo de prueba fijado por la Autoridad Judicial (de

2 a 5 años)-, el que este antecedente penal no se tenga en cuenta a ningún efecto.

Este sistema de prueba "a la española", favorece la resocialización del delincuente primario, concediéndole realmente dos oportunidades: no ingresar en prisión y no dejar asiento registral su ilícita conducta. Y se evitan los elevados costes estatales del control de un sistema continental de probation, así como la intervención forzosa de instituciones privadas en el cumplimiento de la prueba. Es decir, el nuevo sistema que se propone amplía el actual, únicamente, en los dos años de condena que pueden ser suspendidos de cumplimiento penitenciario; y en la ausencia de antecedente penal en el supuesto de prueba favorable del sujeto durante el tiempo señalado por el Juez. Pero en nada más, ... ni menos.

En todo caso, las garantías de su aplicación se refieren a delincuentes primarios, personas que estén tratando salir de su drogodependencia y que sean reos de delitos menos graves, cuyo ingreso en prisión puede suponer un riesgo criminógeno mayor que el que se trata de evitar.

Pienso que el nuevo Código parte de un principio esencial: el de que las sanciones criminales se cumplen; de ahí, su límite entre 6 meses y 20 años, salvo los casos que en la Parte Especial se establecerán para supuestos delictivos gravísimos (terrorismo, delincuencia organizada, narcotráfico, etc.). En estos supuestos el castigo puede llegar a los 30 años.

La supresión de la redención de penas por el trabajo, ya lo he dicho, tal y como se configura en el actual art. 100 del vigente Código Penal, con rasgos de automatismo inaceptables, pero ciertos (un día en prisión por cada dos de trabajo), es una exigencia de la filosofía expuesta en el párrafo anterior. Permanecerá siempre, pues no se puede

privar de toda esperanza al condenado, el beneficio penitenciario individual o, en su caso, el indulto particular, pero se erradica el cómputo presente en la actualidad que prácticamente divide el cumplimiento de las penas por su mitad.

En este sentido, yo siempre he hablado de otorgar al recluso una "razonable esperanza" en su posible liberación anticipada (10). He creído, porque lo conozco de primera mano, en que la filosofía del premio y el castigo funciona en el medio penitenciario y que el comportamiento del interno en el establecimiento ha de tener justa correspondencia con el cumplimiento estricto o acortamiento de su condena. Erradicado del borrador el beneficio "automático" de la redención de penas por el trabajo, cabe establecer, como beneficio individualizado, incluso, una libertad condicional más generosa en el nuevo texto, de adelantamiento del cumplimiento a las dos terceras partes de la condena, a los penados que se encuentren clasificados en régimen abierto, observen siempre buena conducta, hayan desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupaciones en el centro y, respecto de los mismos, exista un pronóstico favorable de reinserción social. El automatismo desaparece, casi, de la práctica penitenciaria, introduciéndose la idea de acceder al beneficio meritoriamente, valorado por la Autoridad penitenciaria y controlado por el Juez de Vigilancia.

De claro carácter humanitario, en fin, ha de calificarse el precepto del borrador de nueva Parte General que establece la libertad condicional de los internos septuagenarios o con padecimientos incurables. Por otra parte, lo que regula en la actualidad el art. 60 del Reglamento Penitenciario vigente, exigía, en mi opinión, reserva de Ley.

Además de las notas ya reseñadas, creo que merecen ser destacadas las siguientes del borrador de Parte General:

El artículo 11 introduce una importante novedad respecto del Código Penal vigente, pues establece que los ilícitos imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley. Ello simplifica considerablemente la sanción de estas conductas pues elimina las dudas de aplicación que hoy plantea el vigente artículo 565 del Código, pero, como contrapartida, obliga a seleccionar minuciosamente, en la Parte Especial, qué comportamientos imprudentes son susceptibles de ser inculcados como delito.

El artículo 14 limita, en sentido semejante, la punición de la conspiración, proposición y provocación delictiva a aquellos supuestos expresamente previstos en la Ley. En el Código Penal vigente estas conductas preparatorias son punibles, con carácter general, en todas las figuras delictivas, lo que ha provocado una amplia crítica doctrinal.

El planteamiento del que parte el borrador obliga también a una escrupulosa selección de los delitos en los que se estime, político-criminalmente, necesaria la punición de los actos preparatorios.

El artículo 16 hace desaparecer la frustración como forma de realización del delito. Esta innovación carece, sin embargo, de otra trascendencia que la doctrinal, porque la tentativa de delito, tal y como describe el artículo 17.1 del borrador, pasa a englobar lo que hoy en día conocemos como frustración. En cualquier caso, la equivalente terminología de tentativa acabada o inacabada, se ha impuesto en la moderna literatura penal, sin mayores consecuencias dogmáticas ni penológicas. Se suprime del texto el delito imposible, en concordancia con la proclamación del art. 3.1:

"La pena presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos".

Se introduce, en el artículo 19.2 del borrador, la circunstancia eximente de intoxicación plena por bebidas alcohólicas, estupefacientes y otras sustancias análogas (con los límites que también se exigen en el caso del trastorno mental transitorio), y se completa esta regulación con la circunstancia atenuante segunda del artículo 20, referida a la intoxicación que no llega a tener plenitud de efectos sobre el sujeto.

Para aquellos sujetos que hubiesen delinquido por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el borrador prevé dos medidas específicas más, dirigidas a su reinserción social: por un lado, conforme establece el artículo 82, puede aplicarse a estas personas el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, si la condena es inferior a tres años de privación de libertad y se certifica la deshabitación del sujeto o su tratamiento; por otro, la medida de seguridad (aplicable a quienes hubieran sido declarados exentos de pena en aplicación del artículo 19.2) consistente en internamiento en centro de deshabitación, conforme establece el artículo 95 del borrador.

Con estas previsiones, se da solución expresa -y, desde luego más efectiva que en el ordenamiento vigente- al grave problema de la delincuencia realizada por motivo de la dependencia de las drogas o bajo sus efectos, sin que sufran lesión las necesidades colectivas de tutela penal.

El artículo 19.3 mantiene la mayoría de edad penal en los dieciseis años y, en paralelo, el artículo 20.3 continúa la situación actual de considerar atenuante la edad del agente comprendida entre los dieciseis y los dieciocho años. Para estos últimos supuestos, el artículo 98 del borrador prevé

también la posibilidad de sustitución de la pena, en el caso de que sea inferior a seis años, por el internamiento en un centro reeducador para jóvenes delincuentes. Las razones de la opción de los 16 años ya han quedado explicadas anteriormente.

En el catálogo de circunstancias agravantes del artículo 21 del borrador, desaparecen la premeditación y la reincidencia. La primera, porque, entiendo, está en situación objetiva de descrédito doctrinal desde hace casi tres décadas, de tal manera que bien puede decirse que hoy en día sólo tiene alguna relevancia en el delito de asesinato; y la segunda, porque existe una fuerte crítica contra esta figura, a la que se tacha de inconstitucional, y contraria a los principios *non bis in idem* y resocializador.

La desaparición de la agravante genérica de reincidencia se ve mitigada, en todo caso, con la agravación específica, en algunas figuras delictivas (las que se cometen con mayor frecuencia, y pueden suponer, de hecho, un medio de vida para el delincuente), de habitualidad, que se describe en el artículo 70 del Proyecto. De la misma manera, tratados internacionales obligan a sancionar la reincidencia internacional en los delitos de terrorismo y los relativos a drogas y estupefacientes, y estas previsiones específicas también se mantienen en la Parte Especial.

Me inclino por la supresión de la reincidencia, por las razones apuntadas, aunque cupiera admitirla como agravante optativa o facultativa, en las reglas de aplicación de las penas, confiriendo al Juez, que ha de constatarla, el poder de no aumentar la sanción, como hace, en algunos supuestos, el Código Penal italiano (art. 99), o efectuaba el alemán (11), pero en este texto ha sido suprimida por la ley 23, de 13 de abril de 1986, de reforma del parágrafo 48 StGB.

Desaparecen las penas cortas de privación de libertad, de duración inferior a seis meses, con lo que se pretenden suprimir los efectos nocivos de estas penas cortas, que en la actualidad prácticamente no se cumplen. El arresto fin de semana se incorpora al borrador para el cumplimiento de las penas de privación de libertad.

Permite la imposición de sanciones de privación de libertad (y, en consecuencia, respalda los fines de prevención general) a conductas no muy graves, pero limita, por la forma de su cumplimiento (treinta y seis horas consecutivas cada semana, en el tiempo de descanso laboral de los reos) y su lugar (establecimiento penitenciario, depósito municipal o centro policial más próximo a su domicilio, con absoluta separación de los condenados a penas de prisión), los efectos desocializadores de la cárcel.

El límite máximo de duración de las penas de privación de libertad se fija en el artículo 34, con carácter general, en los veinte años. Ese límite tiene, no obstante, algunas excepciones muy concretas, que recoge el artículo 74 del borrador, y se justifican en el inadmisibles beneficio que, en otro caso (de mantenerse un único límite de 20 años), se reportaría a los reos autores de dos o más delitos muy graves.

Al sistema de multa-cuota, tal como se recoge en los artículos 45 y siguientes del borrador, cuyo importe se fija teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, se añade el mantenimiento de multas proporcionales, al amparo del artículo 48 del borrador, que permite sancionar adecuadamente las conductas delictivas que, realizadas en el ámbito de las drogas o el ámbito económico o empresarial, y generadoras de cuantiosos beneficios, escasa respuesta encontrarían con la aplicación de sistemas de multas fijas. Y

La responsabilidad civil queda reducida a un único artículo (105), en el que se establece una remisión al Código Civil. Este sistema es nuevo para nuestro país, siendo habitual la regulación de este aspecto en el Código Penal. Si esta fuera la decisión que, en definitiva, se adoptara, se habría optado por una técnica no desconocida en Europa. Y así, no es extraña a los Codigos francés o suizo. Este debate, por ejemplo, pertenece a los civilistas alemanes, pero se sitúa, en cambio, en los Códigos Penales italiano o portugués.

Ahora bien, en cualquier caso, la unidad jurisdiccional tendría que quedar absolutamente garantizada: el mismo Juez penal acudiría al Código Civil para deducir en la sentencia la responsabilidad civil derivada del delito.

Con esto acabo. Entiendo que el borrador, entre sus méritos, que pertenecen a cuantos Proyectos y Anteproyectos es tributario y a quienes le objetan o critican, aportando correcciones, tiene uno que el grupo de expertos que en él trabajó, y yo como su coordinador, se reserva: haber hecho renacer la esperanza de que esta vez "va en serio", que podemos tener nuevo Código Penal en esta legislatura y ello justifica la tarea efectuada.

NOTAS AL TEXTO

(1) Cfr. BÖHRET, C. y HUGGER, W., "Text und Prüfung von Gesetzentwürfen", Colonia, 1980, o KONIG, "Evaluation als Kontrolle der Gesetzgebung", en "Speyerer Forschungsberichte", número 34, 1983. En España, MONTORO CHINER, "La calidad de las normas. ¿Desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes", en "Revista Española de Derecho Administrativo", número 48, octubre-diciembre de 1985, pp. 507 y ss.

(2) Entre otros tantos ejemplos, pueden citarse a este respecto el monográfico número 6 de la "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", 1983 (1985); y los números 37/ 40 y 54 de "Documentación Jurídica", respectivamente de 1983 (1985) y 1987 (1989). Este último, preparado por mis discípulos MESTRE DELGADO y VALMAÑA OCHAITA y titulado "Observaciones y críticas formuladas por la doctrina penal española a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983", ha sido un texto recopilador fundamental para los borradores de Parte General y Especial de nuevo Código Penal.

(3) Cfr., por todos, QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, "La reforma penal de 1983", Barcelona, segunda ed., 1984; MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCÍA ARÁN, "La reforma penal de 1989", Madrid, 1989; y BOIX, ORTS y VIVES, "La reforma penal de 1989", Valencia, 1989.

(4) Especialmente expresivo, a este respecto, es EGG, "Straffälligkeit und Sozialtherapie", Colonia, 1984.

(5) Redactada por los profesores COBO DEL ROSAL, GIMBERNAT ORDEIG, MUÑOZ CONDE, LUZÓN PEÑA,

QUINTERO OLIVARES, y el Magistrado del Tribunal Supremo, GARCÍA MIGUEL.

(6) Redactado por los profesores RODRÍGUEZ MOURULLO y GIMBERNAT ORDEIG, el Magistrado del Tribunal Supremo, DÍAZ PALOS y el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, CONDE-PUMPIDO. El profesor BARBERO SANTOS y el Magistrado MORENILLA se ocuparon de las medidas de seguridad.

(7) STELLA-ZUCCALA, "Commentario breve al Codice Penale. Complemento giurisprudenziale". Cedam. Padova, 1990. Para la legislación especial, también: LATTANZI, "I Codici Penali, con la Costituzione e leggi varie. Annotati". Giuffrè. Milano, 1978; y CONSO, "Codice Penale e norme complementari". Giuffrè. Milano, 1984.

(8) FIGUEIREDO-TAPIA DE CARVALHO, "Nova legislação. Código Penal. Código de Processo Penal. Legislação Complementar". Coimbra Editora, 1983.

(9) "Crime, Justice and Protecting the Public". London, february 1990.

(10) GARCÍA VALDÉS, "Comentarios a la legislación penitenciaria", segunda ed., Civitas. Madrid, 1982, pág. 142.

(11) Vid. el trabajo de HAFFKE, al respecto, en Kriminalsoziologische Bibliografie, 1981, págs. 11 y sigs.

