

# **GARANTIAS PENALES, INFRACCION PENAL Y PERSONAS PENALMENTE RESPONSABLES EN EL CODIGO PENAL DE 1995**

**ARACELI MANJON-CABEZA OLMEDA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad  
Complutense de Madrid.

## **INTRODUCCION. VALORACION DEL NUEVO CODIGO PENAL DENTRO DEL MOVIMIENTO DE REFORMA**

En estas páginas se pretende dar una visión general de algunos aspectos del nuevo Código Penal de 1995, concretamente lo que se refiere a las garantías penales (arts. 1 a 9), a la infracción penal (arts. 10 a 26) y a las personas penalmente responsables (arts. 27 a 31). Tan amplio contenido —coincidente con la llamada Parte General, salvo en lo relativo a las consecuencias jurídicas del delito— no puede aquí abordarse de forma exhaustiva, ni con elevadas pretensiones dogmáticas. Por ello, me limitaré a dar noticia de las modificaciones y novedades que el nuevo Código encierra con respecto del todavía vigente. Es indudable que de la comparación de estos dos textos se desprenden cambios importantísimos y profundos. Así, en la materia que aquí nos va a ocupar, basta pensar en la nueva fórmula de punición de las conductas imprudentes, que hará desaparecer el sistema del "crimen culpae" para sustituirlo por el del "crimina culposa". Igualmente relevante es la limitación de la punición a título de proposición, conspiración y provocación a los casos expresamente previstos en la Parte Especial. También debe mencionarse la desaparición de la frustración, quedando la tentativa como única forma de delito no consumado. Muy especial referencia hay que hacer a la contemplación expresa de la comisión por omi-

sión y de las fuentes del deber de garante. También encontramos modificaciones importantes en la regulación de las eximentes, agravantes y atenuantes y novedosas son las definiciones que, a modo de interpretación auténtica, se hacen de "incapaz" y "documento". Finalmente, debe subrayarse la desaparición del encubrimiento como forma de participación postdelictiva, para convertirse en un delito autónomo.

Las innovaciones y modificaciones recién enunciadas sirven para adecuar definitivamente la Parte General, en lo que a teoría del delito se refiere, a las exigencias puestas de manifiesto por la doctrina. Si a ello se le une la sustitución del vigente sistema de penas por el nuevo y el tratamiento de la peligrosidad criminal y de las medidas de seguridad, entonces queda ya cerrado el proceso de reforma de la Parte General del Derecho Penal iniciado con la reforma urgente y parcial de 1983; ésta, de capital importancia, incidió en aquellos aspectos frontalmente incompatibles con los principios penales derivados del texto constitucional y con los postulados de la doctrina moderna. Fruto de esta reforma de 1983 fueron la regulación del error y del caso fortuito, adecuados al principio de culpabilidad con eliminación de las consecuencias de la responsabilidad objetiva y del "versari in re illicita" y la plasmación legislativa del delito continuado y de la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas.

El proceso de reforma debería concluir con la entrada en vigor del nuevo texto el próximo mes de mayo. Antes de pasar a la regulación de la infracción penal y de las personas responsables, parece necesaria una valoración general del texto de 1995 dentro del proceso de reforma al que, parece, pondrá fin (1).

Decía al principio que si se comparan el texto vigente y el de 1995, los cambios son importantísimos y profundos. Pero, si la comparación se establece entre el recién aprobado y el Proyecto de Código Penal de 1992, entonces se descubren dos cosas: primera, las novedades no son tantas y, segunda, las que lo son, no resultan precisamente un cambio a mejor. Me explico; por lo que se refiere a lo primero, el Proyecto de 1992 ya incluía

todas las novedades de la Parte General que ahora aparecen en el texto de 1995 y que se han enunciado anteriormente; las diferencias entre los dos son puntuales. Como ya se ha dicho, el movimiento de reforma se inicia años atrás, plasmándose en distintos textos; unos han llegado a ser ley y otros no, tal como ocurrió con el Proyecto de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 y el Proyecto de 1992. La importancia de los tres últimos, pero sobre todo del de 1992, en el proceso de reforma es innegable. Por lo que se refiere a lo segundo, decía que las novedades del Código de 1995 con respecto del texto de 1992, no todas han sido para mejorar. En las siguientes páginas se analizarán algunas de esas innovaciones que merecen un juicio negativo. Pero en la tipificación de delitos hay una que llama especialmente la atención por su falta de justificación e inoportunidad; aunque la misma no se refiere a los preceptos objeto de este comentario, debe traerse a colación por su significado —o mejor, falta del mismo—. Se trata de los *delitos contra la libertad sexual*. En la Exposición de Motivos de la L.O. 10/1995, de Código Penal, se dice lo siguiente "...Se pretende con ella (la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual) adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fue históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la legislación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto." Estas líneas y la regulación que pretenden justificar merecen algunos comentarios. Primero: la desaparición del bien jurídico "honestidad" y su sustitución por la "libertad sexual", no es obra del Código de 1995, como pretende la Exposición de Motivos redactada por el Ministerio de Justicia e Interior al remitir el Proyecto de Ley al Parlamento. Parecen desconocer sus responsables que tal sustitución se operó en virtud de la L.O. 3/1989, de 21 de junio. Segundo: esta reforma de 1989 afectó a aspectos capitales. Así, el bien jurídico honestidad desaparece para tutelarse la

libertad sexual; se amplían las conductas típicas de violación, al incluirse, junto con la penetración vaginal, la anal y la bucal; desaparecen en la violación las limitaciones del sujeto activo —hasta entonces sólo el hombre— y del sujeto pasivo —hasta entonces sólo la mujer—; en la violación de enajenados, se exige el abuso de la enajenación y no sólo la condición de enajenado, posibilitándose así las relaciones sexuales lícitas con estos sujetos; desaparece el delito de abusos deshonestos y se regula uno nuevo de agresiones sexuales; se niega relevancia al perdón del ofendido para extinguir la acción penal y se elimina todo vestigio de la honestidad como objeto de protección y de agravios en función del sexo del autor o de la víctima (2). Tercero: donde sí se aleja el nuevo Código de la tradición es en la construcción de las figuras delictivas. Ahora tenemos la violación, las agresiones sexuales y el estupro, definiéndose cada una de ellas en relación a las demás, positiva y negativamente, dependiendo de la combinación de elementos como violencia, intimidación, engaño, prevalimiento, edad de la víctima y privación de sentido o abuso de enajenación, por un lado, y acceso carnal u otra conducta con connotaciones sexuales, por otro lado. La innovación del texto de 1995 se evidencia fundamentalmente en la desaparición del delito que se llama "violación", que no de su contenido. Es obvio que tener acceso carnal, por cualquier vía, con violencia o intimidación seguirá siendo delictivo, pero ya no se llamará violación, sino agresión sexual, agravada o superagravada. No hay razón que justifique la desaparición del "nomen iuris" "violación", para sustituirlo por otro, "agresiones sexuales", que ya existe en nuestro Derecho desde 1989 con un contenido distinto. El término "violación" está perfectamente acuñado en nuestro ordenamiento y tiene un contenido claro, a partir del cual definimos las agresiones sexuales. Con la nueva regulación, lo que se propone es contraponer un término genérico, como es "agresiones sexuales", a otro, igualmente genérico, como es "abusos sexuales". A mi entender, en este caso, romper con la tradición —tradición de sólo siete años— no ha sido ningún acierto. La

regulación de 1989 requería sólo una flexibilización de la pena de la violación para adecuar el castigo al principio de proporcionalidad y, en su caso, eliminar de la violación la penetración bucal, si se entiende que tal conducta tiene menor gravedad que la penetración anal o la vaginal. Esto es precisamente lo que hacia el Proyecto de 1992; en su Exposición de Motivos se podía leer "...el texto que se propone respeta en lo posible las fórmulas allí (en la Reforma de 1989) introducidas, aunque corrigiendo ciertos defectos...la equiparación de la violación bucal con la vaginal o rectal...y el castigo imponible...que rompe la ponderación de bienes y coloca a los Tribunales en una extraordinaria tensión...". Tan correcto proceder contrasta con la absurda y falsa fundamentación de la Exposición del texto de 1995.

Esta reflexión sobre los delitos contra la libertad sexual se ha traído a colación, aun no siendo el objeto que nos ocupa, por lo significativa que resulta. De la lectura de la Exposición de Motivos parecería derivarse que el texto de 1995 es un texto radicalmente opuesto a la legislación que va a sustituir. Esta idea, por cierto, falsa, ha llevado a algunos a hablar del "Código Penal de la democracia", expresión errónea, pues parece indicar, por contraposición, que el texto todavía vigente a principios de 1996 es el "Código Penal de la dictadura", cosa que debe rechazarse de plano. El actual texto ha sufrido tantas y tan profundas reformas que ya nada tiene que ver con su estado antes de 1978. La distancia entre el texto preconstitucional y el vigente es mucho mayor que la que hay entre este último y el aprobado en 1995. A esa mayor distancia contribuyó más que ninguna la reforma de 1983 y, probablemente, en segundo lugar, la de 1989, relativa, en otras cosas, a los delitos contra la libertad sexual y de lesiones y al Libro III dedicado a las faltas (3). Si a estas dos añadimos todas las demás, resulta que la esencia del Código Penal de 1848, con el sentido mantenido desde 1944, es irreconocible en el Derecho vigente. Hasta tal punto esto es así, que una voz tan autorizada como la de Enrique Gimbernat ya negaba en 1993 la necesidad de un nuevo Código Penal (4).

Yo no estoy tan segura como Gimbernat de la innecesariedad de un nuevo Código. Las reformas que quedaban por hacer —imprudencia, comisión por omisión, actos preparatorios, penas y medidas de seguridad y algunas en la Parte Especial— justificaban la oportunidad de un nuevo Código, dotado de coherencia sistemática y desprovisto de parches, añadidos y tachaduras que proliferan hoy en el texto. Basta con ojear rápidamente el texto para comprobar que está lleno de artículos "bis" y de artículos "sin contenido". Pero el afán de innovación y cambio tenía que haber acabado en esas reformas, no precediéndose a la contrarreforma de lo más reciente.

En las siguientes páginas se dará noticia de las novedades más importantes que incluye el texto de 1995 con respecto de la legislación todavía vigente y del Proyecto de Código Penal de 1992 que es su antecedente inmediato. La extensión de la materia a tratar y su complejidad dogmática impiden recoger aquí un análisis profundo de cada precepto, por lo que partiendo de lo que son los criterios generalmente admitidos por la doctrina y la jurisprudencia, se hará sólo un comentario general.

## TITULO PRELIMINAR. DE LAS GARANTIAS PENALES Y DE LA APLICACION DE LA LEY PENAL

La existencia de un Título Preliminar en el Código es novedosa con respecto al vigente. En el mismo se aglutinan las garantías penales y las reglas generales de aplicación de la ley penal que ahora están diseminadas por distintos lugares.

El *principio de legalidad* se recoge en tres preceptos: el artículo 1.1, sobre la necesidad de ley anterior que prevea el delito o la falta; el artículo 2.1, sobre la necesidad de ley anterior que prevea la pena, y el artículo 3, relativo a la garantía de ejecución de la pena, que ha de ser impuesta por Juez o Tribunal competente de acuerdo con las leyes procesales y ejecutada conforme a lo previsto en la ley y en los reglamentos. Estos preceptos se corresponden con los actuales 23.1, 80 y 81 del Código Penal.

El artículo 2.2 admite la *retroactividad de la ley penal más favorable*, al igual que el vigente artículo 24. Como novedad incorpora, tal como se hacía en el Proyecto de 1992, la previsión de las *leyes temporales*, conforme a las cuales habrán de juzgarse los hechos cometidos bajo su vigencia, salvo que expresamente dispongan lo contrario.

Por lo que se refiere a las *medidas de seguridad*, las mismas se someten a las tres garantías derivadas del principio de legalidad ya señaladas (arts. 1.1, 2.1 y 3). El texto, en su artículo 6 sólo admite medidas de seguridad postdelictuales, fundamentadas en la peligrosidad criminal del sujeto y que no pueden ser ni más gravosas que la correspondiente pena, ni tener mayor duración, ni sobrepasar los límites de lo necesario a efectos de prevenir la peligrosidad del sujeto.

El artículo 4 se corresponde con el actual artículo 2, pero incorpora la posibilidad de suspender la ejecución de la pena para los casos en los que hubiese petición de indulto.

En el artículo 5 se afirma el *principio de culpabilidad*, tal como se hace ahora en el artículo 1.2, exigiéndose dolo o imprudencia para imponer una pena. El mismo principio se reafirma después en el artículo 10.

El artículo 7, referido a la *ley penal aplicable en el tiempo*, es novedoso con respecto al Derecho vigente, aunque ya aparecía en el Proyecto de 1992. Se acoge la teoría de que el delito se entiende cometido en el momento en el que se ejecuta la acción o se omite el acto debido, aunque la aparición del posible resultado sea posterior. Naturalmente esto será así salvo que la ley posterior sea más favorable, en cuyo caso se aplicará retroactivamente.

En el artículo 8 se contienen las reglas para resolver los *concurso de leyes*, con igual redacción a la que tenía el artículo 7 del Proyecto de 1992. Los principios llamados a resolver los concursos son los de especialidad, subsidiariedad y absorción y sólo cuando éstos no alcanzan a solucionarlo, se puede acudir al precepto que aplique más pena. El actual artículo 68 se refiere sólo a esta última regla, si bien doctrina y jurisprudencia ya venían aplicando las otras tres.

El Título Preliminar se cierra con el artículo 9 que declara aplicables los artículos 1 a 8 a las infracciones penales de *leyes especiales* y el resto del Código con carácter supletorio.

## TITULO PRIMERO. DE LA INFRACCION PENAL (ARTS. 10 A 26)

El artículo 10 tiene el mismo contenido que el artículo 9 del Proyecto de 1992 y que el párrafo 1 del actual artículo 1 en la redacción que se le dio con la reforma de 1983. De este último sólo difiere en la utilización del término "imprudentes" que viene a sustituir al actual "culposas". Salvo ésta, ninguna novedad supone el precepto con respecto a nuestro Derecho vigente desde 1983: se afirma el *principio de culpabilidad*, exigiéndose la actuación dolosa o imprudente para fundamentar la responsabilidad, desterrándose la responsabilidad objetiva por el resultado y el "versari in re illicita" y se incluye un recordatorio del principio de legalidad en su vertiente de necesidad de ley que prevea el supuesto como delictivo. Este nuevo artículo 10 debe ponerse en relación con los artículos 1.1 y 2.1, que prevén el principio de legalidad (necesidad de una ley y que ésta sea anterior a la perpetración de la infracción), y con el artículo 5, que exige para la aplicación de la pena la existencia de dolo o imprudencia.

A diferencia de lo que ocurre con el artículo anterior, el artículo 11 sí supone una novedad fundamental en nuestro Derecho, pues introduce la previsión de la *comisión por omisión* y de las *fuentes del deber de garante*, es decir, de los supuestos en los que se puede exigir responsabilidad por la no evitación de un resultado, por entenderse la omisión —la no evitación del resultado— equivalente a la acción —a la causación del resultado—. Recoger en el Código una fórmula de castigo general de la comisión por omisión resuelve el problema, hasta ahora existente, por la falta de previsión legal, de vulneración del principio de legalidad (5). Con la nueva cláusula queda salvada la tipicidad y la legalidad de la comisión por omisión en los delitos activos de resultado cuando su no evitación equivalga a la causación. Pero, a partir de aquí, cabían

dos posibilidades. Una, no decir nada más, tal como se hacía en el Proyecto de 1992, dejando a la interpretación jurisprudencial el señalamiento de los casos en los que la no evitación del resultado es equivalente a su causación, tal como se hace ahora a pesar del problema de vulneración del principio de legalidad. La otra posibilidad es establecer legalmente en qué casos se da la equivalencia entre la causación y la no evitación, es decir, establecer las fuentes de la posición de garante. Esta segunda vía es la elegida por el texto de 1995 que se refiere al "especial deber jurídico del autor" derivado de la obligación legal o contractual de actuar y a la creación del riesgo por una acción u omisión precedentes, o sea, a la injerencia. No es este el lugar de entrar a fondo en la oportunidad o corrección de la opción hecha por el legislador de 1995. Basta señalar que se ha acogido una tesis que, no sólo no es pacífica en España, sino que, además, está siendo objeto de una profunda revisión y crítica, centradas en los inconvenientes de la idea del deber jurídico del autor y del pensamiento de la injerencia (6). No siendo imprescindible señalar en el Código las fuentes del deber de garante y habiéndose hecho con desconocimiento o desprecio del parecer de la doctrina científica, hubiese sido mejor mantener la redacción que tenía el equivalente artículo 10 del Proyecto de 1992 que salvaba el problema de legalidad, pero no consagraba ninguna posición doctrinal discutible y discutida. Ocurre aquí lo mismo que veíamos anteriormente en los delitos contra la libertad sexual: la innovación ha sido para peor.

El artículo 12 del futuro Código Penal se refiere a la *imprudencia* y tiene igual contenido que el artículo 11 del Proyecto de 1992. Viene a sustituir al antiguo y todavía vigente sistema del "crimen culpae", en cuya virtud el delito imprudente se situaba al lado de todos los demás delitos (el homicidio, la malversación, la violación, etc.), regulándose como todos ellos en la Parte Especial, pudiendo tal delito tener distintos resultados (de muerte, de lesiones, de daños, etc.). Esto hacía que, en principio, la cláusula general de imprudencia pudiese extenderse a cualquier resultado de

los descritos en el Código, aunque lo cierto es que en la práctica hay delitos que no se pueden cometer en versión imprudente y otros que no deben castigarse en versión imprudente. El actual sistema no especifica en qué delitos ha de castigarse la imprudencia, con la consiguiente inseguridad jurídica. Con el futuro sistema del "crimina culposa" sólo se podrá castigar la imprudencia en los casos expresamente autorizados por el correspondiente precepto de la Parte Especial, con lo que se consigue seguridad jurídica y restricción del castigo a los casos más graves. Desde el punto de vista de la explicación de la imprudencia, la nueva fórmula supone, no ya que la imprudencia sea un delito más, distinto de los otros (distinto del homicidio o de las lesiones), sino que habrá algunos delitos que se podrán cometer dolosa e imprudentemente. Así será punible tanto el homicidio doloso como el imprudente (arts. 138 y 142), siendo en este caso la imprudencia una forma de ejecutar la muerte, junto con la forma dolosa. Lo que hasta ahora es un delito imprudente con resultado de muerte, será, tras la entrada en vigor del Código de 1995, un delito de homicidio imprudente. Con esta nueva fórmula de incriminación de la imprudencia se recoge el sentir de la doctrina manifestado ya de antiguo.

El artículo 13 clasifica las infracciones en *delitos graves, menos graves y faltas*, en función de que la pena aplicable sea grave, menos grave o leve. Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 33 que contiene la clasificación de las penas. Esta clasificación tripartita de las infracciones y de las penas sustituirá a la actual bipartita del artículo 6 en relación al 27.

El artículo 14 se refiere al *error*, apartándose su redacción en algún extremo de la que tiene el actual artículo 6 bis a) desde su inclusión en 1983. El error de tipo se identifica como "error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal" y tiene, como ahora, el mismo tratamiento: si es invencible excluye la responsabilidad y si es vencible se castiga, en su caso, como imprudencia. Habida cuenta del nuevo sistema de incriminación de la imprudencia, será evidente en qué casos el error de tipo vencible conducirá al castigo por

el tipo imprudente y en qué casos a la impunidad por inexistencia de tipo imprudente.

Una segunda novedad está en la previsión separada del error sobre un elemento cualificante o sobre una circunstancia agravante; este error conducirá en todo caso a la no apreciación del elemento cualificante o de la agravante, sin necesidad de estarse al criterio de la vencibilidad o invencibilidad. En este punto se supera la redacción actual del artículo 6 bis a) que, al tratar conjuntamente el error de tipo y el error sobre la agravación, parecía conducir ambos a la imprudencia en caso de vencibilidad, lo cual no es admisible para el error sobre la agravación, ni, con seguridad, lo quiso el legislador de 1983. El tratamiento separado de estos dos supuestos de error ya se incluía en el Proyecto de 1992.

Por lo que se refiere al error de prohibición, el mismo es identificado en el artículo 14 como "error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal", mientras que en el actual artículo 6 bis a) aparece como "la creencia errónea de estar obrando ilícitamente". La modificación parece encaminada a eliminar del ámbito del error de prohibición el error sobre los presupuestos de una causa de justificación que debería entonces seguir el régimen del error de tipo (7). El tratamiento de las consecuencias del error de prohibición sigue siendo el mismo: si es invencible elimina la responsabilidad y si es vencible se aplica la pena inferior en uno o dos grados.

En el artículo 15 se declaran punibles el *delito consumado y la tentativa de delito*, desapareciendo la frustración. En este punto se mantiene la redacción del artículo 16 del Proyecto de 1992. Con la nueva fórmula se evitan los inconvenientes en la diferenciación entre tentativa y frustración y las dificultades para determinar en qué casos cabe la tentativa pero no la frustración. Igualmente se permite aplicar la pena inferior en uno o dos grados a cualquier supuesto de no consumación (art. 62 del Código de 1995), sin tener que distinguir los casos en los que la rebaja sólo es de un grado —frustración— de los casos en los que la rebaja puede ser de un grado o de dos —tentativa—. Ahora bien, la desaparición de la frustración y su obligada rebaja de pena sólo

en un grado, no quiere decir que el legislador renuncie por completo a seguir distinguiendo entre tentativa acabada e inacabada. Así, el artículo 62 establece que la rebaja en uno o dos grados dependerá del "peligro inherente al intento" y del "grado de ejecución alcanzado". Sobre la conveniencia de la eliminación de la frustración hay consenso doctrinal.

En el artículo 16 se define la tentativa, incluyendo en sí lo que hoy es la frustración, pues se habla de practicar "todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado". Es claro que se ha optado por la teoría objetivo formal para definir la tentativa: lo importante es que se hayan practicado todos o algunos de los actos exteriores que deberían "objetivamente" producir el resultado.

El párrafo 2 de este artículo 16 se refiere al desistimiento voluntario, como causa de exclusión de la responsabilidad, consistente en abandonar la ejecución iniciada o en impedir el resultado. De esta manera se contemplan de forma unitaria las fórmulas que actualmente se contienen por separado en las definiciones de tentativa (que el resultado no se produzca por la voluntad del autor) y de frustración (no producción del delito por el propio y voluntario desistimiento). Igualmente se hace referencia a que el desistimiento no alcanza a la responsabilidad por los actos ya ejecutados que de por sí constituyan delito o falta. Así el desistimiento de matar alcanza al homicidio, pero no a las lesiones que hayan podido causarse en la ejecución de la que finalmente se desiste. El último párrafo del artículo 16 se dedica a los casos de desistimiento de uno o varios sujetos cuando en la ejecución intervienen más que no desisten. En estos supuestos el desistimiento desplegará sus efectos de exclusión de la pena, no sólo si se impide la consumación, sino también si de forma seria y decidida se intenta impedir, aunque no se consiga por la acción de los demás. Esta nueva regulación de la no consumación delictiva, coincidente en lo fundamental con la del Proyecto de 1992, es mejor que la todavía vigente.

Especial referencia debe hacerse al tratamiento que el texto de 1995 ofrece de la *pro-*

*posición, conspiración y provocación para delinquir* en los artículos 17 y 18. La conspiración y la proposición siguen teniendo la misma definición que en el actual Código, mantenida también por el Proyecto de 1992, modificándose la de la provocación e introduciéndose la de la *apología*. Sobre este extremo trataré después. La novedad más importante está en que estos llamados actos preparatorios ya no serán generalmente punibles en todos los casos, sino que sólo se castigarán cuando expresamente así se disponga en la Parte Especial, o sea, para delitos concretos que son los más graves (homicidio y asesinato -artículo 141-, lesiones -artículo 151-, detenciones ilegales -artículo 168-, etc.). En definitiva, pasaremos de un sistema que declara generalmente punibles estos actos en relación a cualquier delito, a otro que los declara generalmente impunes y sólo en los casos más graves expresamente los castiga. Sobre este particular hay que decir que nuestros Códigos de talante más liberal declaraban la impunidad general de tales actos, aunque después incriminaban como delitos autónomos determinadas conductas de conspiración, proposición y provocación; mientras que los Códigos de más marcado carácter autoritario castigaban estos actos en relación a todos los delitos. Al sistema de impunidad general responden los Códigos de 1822, 1848, 1870 y 1932; al de punición general responden los Códigos de 1850, 1928 y 1944, o sea, el todavía vigente. En definitiva el texto de 1995, así como el Proyecto de 1992, responden a la tradición liberal española en esta materia, con una técnica de tipificación acorde con el principio de intervención mínima.

La otra novedad señalada anteriormente está en la definición de la provocación y en el tratamiento de la *apología* junto a ella. El texto todavía vigente dice que hay provocación cuando se "incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito", mientras que el futuro artículo 18 dice que "La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante,

que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito". La primera diferencia está en que en un caso se habla de incitar a perpetrar un delito, y en otro de incitar directamente a perpetrar un delito.

Otra novedad que incorpora el artículo 18 es la definición de apología y su reconducción a la provocación para castigarla. Se dice que "es apología...la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor". La definición coincide con la que actualmente recoge el Código Penal en el artículo 137 bis b), en su primera parte, relativo a la apología del genocidio, y en el artículo 165 ter), 2, relativo a la apología de la discriminación. También aparecía esta definición de apología en el Proyecto de 1992 en el artículo 458.3 referido al delito de rebelión, en el artículo 477.2 sobre la apología de la sedición, en el artículo 535, referido a la apología de delitos relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y a la apología de la asociación ilícita, y en el artículo 595 sobre la apología a delitos contra la comunidad internacional. Como se ve, la novedad no está en la definición, sino en la ubicación sistemática, no ya en cada caso concreto en la Parte Especial, sino en la Parte General, junto con la provocación. O mejor dicho, como forma de provocación, puesto que a tenor del futuro artículo 18 "la apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito". Es decir, para castigar una conducta de apología la misma deberá reunir todos los requisitos de la provocación y ser una incitación directa a cometer delito, o sea, deberá ser una provocación. Así una conducta consistente en enaltecer al autor de un delito pero que no suponga incitación directa a delinquir, o sea que no suponga provocación, no será delictiva. Igual exigencia de la incitación directa se contiene en el actual artículo 137 bis), en el 165 ter), aunque se desconoce en el artículo 216 bis a), en el 221 y en el 268. Tampoco se exigía la incitación directa en los preceptos citados del Proyecto

de 1992 relativos a conductas de apología. La regulación de 1995 es mejor toda vez que unifica el tratamiento de los supuestos de apología y evita la diversidad de requisitos que se observa en el actual Código, en el que hay apologías que no requieren la incitación directa a delinquir y otras que sí. Es más, en el Código de 1995, en la Parte Especial ya no se vuelve a utilizar el término "apología", sino que se contienen previsiones expresas de la punibilidad de la conspiración, proposición y provocación (arts. 477, 548 y 578) o delitos autónomos de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia (art. 510) y de difusión de doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio (art. 607.2). Estos dos últimos no se construyen como provocaciones o apologías relacionadas con otros delitos, de ahí que no requieran la incitación directa a delinquir, sino que son delitos autónomos.

En definitiva, y volviendo al artículo 18, para castigar una apología del asesinato, ésta tendrá que reunir todos los requisitos de la provocación y como tal se castigará. Cualquier otra apología que no alcance la categoría de provocación o que lo sea a un delito para el que expresamente no se castigue la provocación será impune.

El artículo 19, relativo a la *mayoría de edad penal*, la fija en 18 años, haciéndola coincidir con la genéricamente establecida en la Constitución. Se acabará así con el actual sistema consistente en que el menor de 16 años es inimputable (art. 8.2) y el mayor de 16 años, pero menor de 18, se encuentra en una fase intermedia de mayoría de edad relativa, en la que se le considera imputable, aunque se le somete a un régimen alternativo consistente en aplicarle una atenuante (art. 9.3) muy cualificada que tiene el efecto de rebajarle la pena en uno o dos grados, o en sustituirle la pena por internamiento en una institución especial de reforma (art. 65). El futuro establecimiento de la mayoría de edad a los 18 años responde a exigencias expresadas desde muy diversos sectores, que parten de lo injustificado que resulta afirmar que un sujeto no es capaz de regirse hasta los 18 años, no pudiendo hasta ese momento ejercer el derecho de sufragio o realizar cualquier

acto jurídico, pero que sí es capaz a partir de los 16 años de sufrir una pena. Pero, admitido lo anterior, es obvio que la previsión de una nueva mayoría de edad penal requiere ir acompañada de una legislación penal aplicable al menor de 18 años. Por eso la Disposición Final 7 del futuro Código exceptúa el artículo 19 de los 6 meses de "vacatio", entrando en vigor una vez vigente la ley penal del menor.

En el artículo 20 se recogen *las causas de exención de la responsabilidad criminal*, difiriendo este precepto del correspondiente artículo 8 hoy vigente en diversos aspectos. A ellos me referiré sucintamente:

1. Desaparece del futuro artículo 20 *la minoría de edad penal* que se recoge de forma independiente en el artículo 19 con el contenido ya visto.

2. Desaparece, al igual que ocurría en el Proyecto de 1992, *la fuerza irresistible*. La misma no requiere estar incluida entre las causas de justificación y de exculpación por no ser ésta su naturaleza jurídica. La fuerza irresistible no afecta ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad, sino a la acción, siendo un supuesto de inexistencia de acción. Luego, la eliminación del artículo 20 es correcta.

3. Desaparece la *obediencia debida*, tal como ya se constataba en el Proyecto de 1992, cosa que debe aplaudirse, pues su existencia en un Estado de Derecho, en el que las actuaciones han de someterse "a la Ley y al derecho" (art. 103.1 de la Constitución), es innecesaria, en el mejor de los casos, e inadmisibles, en el peor. En efecto, la obediencia debida puede querer aplicarse a dos grupos de casos. Primero, al cumplimiento de órdenes legales que lesiona un bien jurídico penalmente protegido y, segundo, al cumplimiento de órdenes antijurídicas que lesionan un bien jurídico objeto de tutela penal. Para eximir de responsabilidad en el primer caso no hace falta la obediencia debida, pues cabe aplicar el cumplimiento del deber. La obediencia debida para lo que vale es para el segundo caso: para exonerar de responsabilidad penal al que en cumplimiento de ciertas órdenes antijurídicas, que no todas,

realiza un hecho tipificado como delito. Es obvio que quedan fuera de la eximente las órdenes manifiestamente antijurídicas, para aplicarse a las aparentemente legales. Pues bien, incluso en estos supuestos de orden que se cumple por su apariencia de legalidad creo que sobra la eximente. Si la obediencia es en estos casos "debida", dada la apariencia de legalidad, entonces también habrán de incluirse en el cumplimiento del "deber" (8), o, en su caso, reconducirse al error. A la vista de lo cual, lo mejor es eliminar la obediencia debida del catálogo de eximentes, porque lo que puede cubrir cabe en otra eximente, y lo que no puede cubrir, o sea, el cumplimiento de órdenes manifiestamente ilegales, no tiene cabida en un Estado de Derecho.

4. Se mantienen en los mismos términos actuales, *la alteración de la percepción, el miedo insuperable, el cumplimiento del deber y el estado de necesidad*, del que sólo desaparece la expresión "impulsado".

5. Por lo que se refiere a *la legítima defensa*, se repite la redacción vigente y se exigen los mismos requisitos con una excepción referida a qué se entiende por "agresión ilegítima" en caso de defensa de los bienes. En el vigente Código y en el Proyecto de 1992 es "el ataque a los mismos que constituya delito", mientras que en el Código de 1995 será "el ataque a los mismos que constituya delito o falta". Con la nueva previsión se acaba con la polémica todavía existente en nuestra doctrina relativa a si el término "delito", utilizado para definir la agresión ilegítima en caso de bienes, debe interpretarse en sentido amplio, como infracción penal, que incluye delitos y faltas, o en sentido estricto, excluyéndose las faltas (9).

6. Las eximentes que hoy llamamos enajenación y trastorno mental transitorio se recogen bajo una nueva fórmula: "*El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*". Para Gimbernat, esta modificación (que no existía en el Proyecto de 1992) es un claro ejemplo del "sectarismo doctrinal" que aparece en diversos lugares del nuevo texto, pues "el

artículo 20.1 fundamenta la culpabilidad en el libre albedrío, prescindiendo de una importante y creciente concepción doctrinal que ve su esencia en la motivabilidad o inmotivabilidad del autor (10). Lleva razón Gimbernat al constatar que es cada vez mayor el número de autores que consideran que la culpabilidad no puede basarse en el libre albedrío y que la pena es necesaria, no para retribuir la inexistente o indemostrable culpabilidad, sino por la función motivadora que cumple (11). El Código no debería optar por una posición doctrinal que no es pacífica y que además es la más antigua, desconociendo toda la elaboración doctrinal de la teoría de la motivación. En estos casos es mejor que el legislador no se suba al carro de nadie y se limite a regular los efectos penales de determinadas realidades, sin pretender dar por zanjada una discusión doctrinal vigente. Cuál sea el fundamento de la culpabilidad y de la pena no compete al legislador. Téngase en cuenta que la polémica entre determinismo e indeterminismo, para negar o afirmar la libertad de obrar del hombre, tiene sus raíces en la Filosofía y de ella se nutre la doctrina penal para fundamentar la culpabilidad y la pena. Luego no parece idóneo que el legislador penal pretenda resolver tan profunda cuestión.

7. La misma fórmula rechazada se utiliza para dar cabida entre las eximentes a *la intoxicación plena por consumo de alcohol o drogas y al síndrome de abstinencia de drogas*. La inclusión de estas causas, novedosa con respecto del Derecho vigente (aunque ya aparecían en el Proyecto de 1992), es positiva toda vez que hasta ahora quedaban a la interpretación jurisprudencial, apreciándose a veces como supuestos de trastorno mental transitorio, o como eximentes, completas o incompletas, por analogía. Puede aquí reproducirse la crítica hecha anteriormente relativa a la fundamentación de la exclusión de la culpabilidad.

El artículo 21 se refiere a las *atenuantes*. Se mantiene como primera la eximente incompleta y como última la analógica. Se modifica la hoy relativa a la embriaguez que contemplará la adicción grave al alcohol o las drogas. Desaparecen la minoría de 18 años, al haber-

se modificado el límite de edad en el artículo 19, y la preterintencionalidad, conservándose el arrebato.

La actual atenuante de arrepentimiento espontáneo se desdobra en dos. La primera se refiere a que el sujeto confiese antes de conocerse la existencia del procedimiento judicial, igual que ahora. La segunda recoge los otros supuestos de reparación del daño ocasionado a la víctima o disminución de sus efectos, lo cual podrá ocurrir en cualquier momento del procedimiento y antes de la apertura del juicio oral, y no sólo antes de iniciarse el procedimiento, como ocurre ahora.

El artículo 22 recoge las *circunstancias agravantes*, que quedan de la siguiente forma:

1. Se mantienen en iguales términos la alevosía, el precio, recompensa o promesa, el ensañamiento —con pequeñas modificaciones en la redacción—, el abuso de confianza y el prevalimiento del carácter público.
2. Se refunden en una sola circunstancia las de disfraz (desapareciendo el fraude y la astucia) y abuso de superioridad (modificándose la redacción del inciso relativo al empleo de "medio que debilite la defensa" que queda como aprovechamiento de "las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente").
3. Se modifica el contenido de la agravante de *actuar por motivos racistas, antisemitas o de discriminación*. La misma se introdujo en el vigente Código por L.O. 4/1995, de 11 de mayo, circunscrita a los delitos contra las personas o el patrimonio que se cometen por motivos racistas, antisemitas, relativos al origen étnico o nacional de la víctima, su ideología, religión o creencias. En el futuro Código la agravante es genéricamente aplicable a cualquier delito y alcanza a otros motivos nuevos como son el sexo u orientación sexual de la víctima o la enfermedad o minusvalía que padezca. En cualquiera de sus dos formulaciones, esta agravante, aun respondiendo a encomiables sentimientos, no me parece un acierto. La agravación del injusto por razón de la motivación o los móviles del autor es una

idea peligrosa en Derecho Penal. Además el castigo de la discriminación viene recogido en el futuro Código en otros preceptos con mayor eficacia. Así en el artículo 314, relativo a la discriminación en el empleo público o privado, en el artículo 510, sobre provocación a la discriminación y difusión de informaciones injuriosas, y en los artículos 511 y 512, referidos a la denegación de prestaciones debidas por motivos de discriminación. En todos estos delitos la discriminación se convierte en el eje central del tipo del injusto, la conducta consiste en discriminar en distintos ámbitos sociales. Son los casos en los que el hecho de discriminar es tan grave y reprochable que debe constituir un delito por sí. Pero fuera de estos supuestos y tratándose de cualquier otro delito no creo que esté justificada la agravante. En definitiva, puede y debe castigarse el hecho de discriminar, pero el móvil discriminatorio no debe añadir un plus de pena a otros delitos que no consisten en discriminar. No veo que sea más grave un asesinato en el que el autor haya actuado por motivos de desprecio racial hacia la víctima, que si lo ha hecho por móviles religiosos propios o por venganza. En ambos casos, la gravedad está en la acción de matar, al menos a efectos penales, y lo vil o abyecto del móvil no puede traducirse en términos penales. Por otro lado, es obvio que esta agravante, tanto la del actual Código como la del futuro texto, son fruto de unos acontecimientos concretos que en los últimos tiempos conmocionaron a la sociedad. Legislar a impulsos de desgracias sociales no es recomendable en ningún caso. La agravante se introduce en nuestra legislación en mayo de 1995 y sólo seis meses después se modifica su redacción y en esta segunda versión merece un juicio más negativo por la no limitación de delitos a los que puede aplicarse y por la ampliación de los motivos de discriminación. Así, no se entiende bien la mención a la discriminación por razón de sexo, que inevitablemente recuerda a la antigua agravante de desprecio de sexo.

4. Siguiendo con el catálogo de agravantes, muchas de las actuales desaparecen del futuro artículo 22: la de ejecutar el hecho mediante estragos, la de imprenta y radiodifusión,

la premeditación, la de cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio o calamidad, la de auxilio de gente armada, la de nocturnidad, despoblado o cuadrilla y la de ofensa de autoridad o desprecio de dignidad o edad.

5. Finalmente, por lo que se refiere a la reincidencia, la misma se mantiene con modificaciones. El antecedente capaz de generar reincidencia se referirá a "un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza", y no a un delito del mismo Capítulo, otro con igual o mayor pena u otros con menor pena, como ocurre actualmente. Al desaparecer estas dos últimas posibilidades se restringe el ámbito de aplicación de la reincidencia considerablemente, lo cual es positivo (12). La referencia a un delito del mismo Título, y no del mismo Capítulo, podrá en algunos casos suponer ampliación del ámbito de aplicación de la circunstancia, aunque la misma se podrá ver limitada en función de la exigencia de que los dos delitos sean de la misma naturaleza. La eficacia limitadora de esta cláusula dependerá de la interpretación que de la misma hagan los Tribunales. Es evidente que todos, o casi todos, los delitos incluidos en un mismo Título tendrán una naturaleza semejante; la que se deriva de referirse todos a un bien jurídico general y aglutinador, pero esa naturaleza semejante no tiene por qué ser la misma. Así, se podrá decir que el quebrantamiento de condena y la prevaricación no tiene la misma naturaleza, aunque los dos, compartiendo Título, afecten a la Administración de Justicia. Y lo mismo podrá decirse del delito de rebelión y de los delitos de funcionarios contra la inviolabilidad domiciliaria; o del asesinato y la manipulación imprudente del genotipo; o de la inducción al suicidio y la reproducción asistida sin consentimiento. Sobre la identidad que el legislador ha querido dar a los dos delitos que entren en juego en la reincidencia es buena prueba la Disposición Transitoria 7 que dice que "A efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denomi-

nación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico".

Desaparece de la regulación general de la reincidencia la llamada reincidencia internacional en delitos relacionadas con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, incluyéndose en la Parte Especial en los delitos relativos a la prostitución (art. 190), al tráfico de drogas (art. 375), los de falsificación de moneda (art. 388) y los relativos a la actividad de bandas armadas o grupos terroristas (art. 580).

En el artículo 23 se recoge la *circunstancia mixta de parentesco* con igual ámbito de aplicación y efectos que en la actualidad, sustituyéndose la expresión "permanente" por "estable" al referirse a la forma en la que se ha de estar ligado en la análoga relación de afectividad.

Los artículos 24, 25 y 26 contienen interpretación auténtica sobre qué ha de entenderse a efectos penales por "autoridad", "funcionario público", "incapaz" y "documento". Los dos primeros términos ya están definidos en el vigente Código en el artículo 119, aunque el mismo es objeto de modificación y ampliación. A partir de la entrada en vigor del Código se reputarán autoridades a los miembros del Congreso, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo.

La definición de "incapaz" del artículo 25 se centra en la existencia de una enfermedad persistente que tenga el efecto de impedir al que la sufre el gobierno de su persona o sus bienes, aunque no esté legalmente incapacitado. Esta interpretación auténtica del legislador deberá tenerse en cuenta en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (arts. 185 y 186), en los relativos a la prostitución (arts. 187 a 189) y en los de abandono de familia, menores o incapaces (arts. 228 a 233).

El concepto legal de "documento" del artículo 26 es amplio pues admite cualquier soporte material (papel, disco informático, película, grabación sonora, etc.), sea cual sea su eficacia jurídica. Este concepto deberá tenerse

en cuenta en los delitos de falsedades documentales (arts. 390 a 399), de infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 a 416), en el delito del artículo 603 sobre destrucción o falsificación de documentación reservada o secreta relativa a la defensa nacional y en la estafa del artículo 250.4.

## TITULO SEGUNDO. DE LAS PERSONAS CRIMINALMENTE RESPONSABLES DE LOS DELITOS Y FALTAS

Destacan en este Título dos aspectos: la desaparición del encubrimiento como forma de participación delictiva y la modificación de la definición de autores. A ellos me referiré después.

El artículo 30 trata de la *responsabilidad en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos*. En su primer párrafo reproduce, con distintos términos, el actual artículo 13; así en estos delitos sólo responden los autores. En el segundo párrafo se establece la responsabilidad en cascada para los autores, con distinta redacción, pero casi igual contenido, que el vigente artículo 15.

El artículo 31 se refiere a la *actuación en nombre o en representación legal o voluntaria de otro o como administrador de una persona jurídica*. El vigente artículo 15 bis) sólo incluye la mención de los que actúan como directivos u órganos de una persona jurídica. Ya en el Proyecto de 1992 se ampliaba el precepto.

El artículo 27 reproduce el contenido del artículo 24 del Proyecto de 1992 y declara responsables criminales de los delitos y faltas a los *autores* y a los *cómplices*, a diferencia del actual artículo 12 que también incluye a los encubridores. La futura regulación recoge el *encubrimiento como figura de delito autónomo* entre los que atacan a la Administración de Justicia, en los artículos 451 a 454. Deben tenerse en cuenta también las conductas de encubrimiento lucrativo o receptación que siguen regulándose dentro de los delitos contra el patrimonio, unas relativas a delitos patrimoniales o socioeconómicos o a faltas contra

la propiedad (arts. 298 a 300) y otras relativas a delitos graves o de tráfico de drogas (arts. 301 a 304), es decir, las que suelen conocerse como de blanqueo de capitales.

La desaparición del encubrimiento como forma de participación y su conversión en delito autónomo responden a exigencias doctrinales manifestadas en múltiples ocasiones. En efecto, es difícil mantener la idea de que el encubrimiento, actuación siempre posterior a la comisión del delito, sea una forma de participación en el mismo. Es imposible participar en lo que ya ha finalizado. Y si lo que se pretende es someter el encubrimiento al principio de accesoriedad y que esa accesoriedad sea la limitada (hecho principal típico y antijurídico), no superando su pena la del hecho principal, ello puede hacerse también construyendo el encubrimiento como un delito autónomo. Así el artículo 452 del futuro Código dice que "En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto..." y el 453 señala que habrá encubrimiento "...aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena".

El entendimiento del encubrimiento como delito autónomo quiere decir que el que encubre a un asesino, ayudándole a sustraerse de la investigación, no será un mero partícipe en el delito de asesinato cometido por el autor, sino que será autor de su propio delito de encubrimiento, por lo que no habrá contribuido a lesionar el bien jurídico vida, sino que habrá lesionado el bien jurídico Administración de Justicia.

Este nuevo tratamiento del encubrimiento, que ya incorporaba el Proyecto de 1992, merece una valoración muy positiva.

La definición de *complicidad* del artículo 29 es igual que la del actual artículo 16.

Novedades incorpora el artículo 28, el correspondiente al vigente 14, es decir, el relativo a la *autoría*. Según el futuro precepto "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, o por medio de otro del que se sirven como instrumento". Es decir, son autores: a) el autor individual ejecutivo o directo y los autores colectivos ejecutivos o directos que realizan cada uno la totalidad del

tipo, b) los coautores que conjuntamente realizan el tipo (coautoría ejecutiva parcial), repartiéndose cada uno una parte, c) el autor mediato que se sirve de un instrumento —autor inmediato irresponsable— para realizar el hecho. Estos son los autores, y luego hay otros que "...serán considerados autores...", o sea, que no lo son, pero que se les considera como si lo fuesen, a los efectos de aplicarles la misma pena que al autor. Son los inductores y los cooperadores necesarios, es decir, partícipes en delito ajeno (y no autores de su delito, aunque se les castigue con la misma pena que al autor).

Las principales diferencias con el actual artículo 14 son: a) El vigente precepto se refiere a todos los sujetos que enumera diciendo que "Se consideran autores...", o sea, no distingue entre los que lo son y los que sólo se asimilan a efectos punitivos. La doctrina, sin embargo, si establece la distinción. b) Se refiere en primer lugar a "Los que toman parte directa en la ejecución del hecho.". Cómo debe interpretarse esta mención no es cuestión pacífica en la doctrina (13). c) Equipara al inductor con el que fuerza a otro a ejecutar el hecho, es decir, con un supuesto, pero no todos (14), de autoría mediata.

El futuro artículo 28 responde a la teoría del dominio del hecho en la determinación de la autoría, si bien no llevada hasta sus últimas consecuencias que obligarían a considerar los supuestos de cooperación necesaria, no como supuestos de participación, sino como supuestos de coautoría (15).

## VALORACION FINAL

Para concluir quisiera hacer algunas reflexiones.

Primera. El mal llamado "Código Penal de la democracia" *no representa nada radicalmente opuesto a la legislación inmediatamente anterior*. El texto de 1995 es sólo el último paso de un proceso de reforma que empezó en 1978. Para ser exactos, hay que decir que algunas de las modificaciones son anteriores a la entrada en vigor de la Constitución; así, la Ley 22/1978, de 26 de mayo, derogó los artículos 449 a 452 que castigaban el adulterio y el

amancebamiento y la Ley 31/1978, de 17 de julio, introdujo en el Código el artículo 204 bis) relativo a la tortura.

Segunda. En el proceso de reforma han sido muchos los que, desde muy diversos sectores, han participado: anteriores responsables políticos y parlamentarios de todas las legislaturas; doctrina científica y jueces, que desde sus distintos ámbitos interpretativos han puesto de manifiesto defectos legales y señalado vías de solución; sin olvidar el papel estelar que en tal sucesión de reformas han tenido algunos acontecimientos sociales y escándalos políticos, provocando una inmediata reacción del legislador penal, a veces irreflexiva.

Tercera. Este movimiento de reforma tiene, a mi entender, dos momentos estelares; 1983, con la radical reforma urgente y parcial, que nos separó de la más arcaica legislación, y 1992, con el Proyecto de Código Penal de ese año, que recoge en sí toda la discusión generada por el anterior de 1980, por la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 y por la sucesión de reformas habidas en estos años, resultando un texto equilibrado y suficientemente meditado.

Cuarta. En estas líneas se ha querido comparar el Código de 1995 con el todavía vigente y con el Proyecto de 1992. La conclusión, prácticamente general, que se ha alcanzado es que el texto de 1995 introduce reformas muy positivas con respecto del hoy en vigor, pero todas ellas (salvo la relativa a la apología) estaban ya recogidas en el Proyecto de Código Penal de 1992 (la imprudencia, la legalidad de la comisión por omisión, los actos preparatorios, la eliminación de la frustración, de la fuerza irresistible y de la obediencia debida, el tratamiento individual del error sobre la cualificación del tipo o sobre la agravación, las reglas para resolver el concurso de leyes). La otra conclusión que alcanzaba es que hay otras modificaciones en el Código de 1995 que merecen un juicio negativo; casualmente estas novedades lo son con respecto del Proyecto de 1992 y han sido señaladas anteriormente: delitos contra la libertad sexual, el deber jurídico del autor y la injerencia en la comisión por omisión y, muy

especialmente, la fundamentación de la culpabilidad en el indemostrable libre albedrío del sujeto. En todos estos puntos el Proyecto de 1992 era muy superior al texto de 1995.

Quinta. A la vista de lo anterior, y siendo el Código Penal de 1995 el último paso del proceso de reforma, entonces hubiese sido mejor que este paso no se hubiese dado y nos hubiésemos quedado en el penúltimo, es decir, en el Proyecto de 1992, y que fuese éste y no aquél el que se hubiese convertido en Derecho Positivo. El texto de 1992, naturalmente, puede objetarse en puntos concretos desde diversas posiciones dogmáticas o de política criminal, pero no incorpora las innovaciones injustificadas, contrarreformas irreflexivas o actitudes osadas del Código de 1995. Porque osado es el legislador que pretende resolver en el Código Penal la discusión filosófica sobre el libre albedrío.

Dicho de otra manera, el *Código Penal de 1995 es el Proyecto de 1992 empeorado*.

#### NOTAS

(1) En el momento de terminarse de escribir estas páginas (25 de febrero de 1996) hay dudas sobre si el Código entrará en vigor el 24 de mayo de 1996, como se establece en su Disposición Final 7 y, en el caso que esto ocurra, si será con el contenido que ahora conocemos. Las dudas nacen de la oposición que el Partido Popular hace al sistema de penas o a la aplicación de las penas a los llamados delitos de terrorismo. Una hipotética modificación del Código en este aspecto debería tener en cuenta varias cuestiones. Primera. La rebaja de penas que, con carácter general, puede apreciarse en el texto es más bien aparente, pues al desaparecer la reducción de penas por el trabajo, se elimina la reducción automática en un tercio que ahora se produce. Segunda. Las penas de los llamados delitos de terrorismo son bastante más graves que las que corresponden a los delitos efectivamente cometidos. Así, si el homicidio se castiga con pena de 10 a 15 años (art. 138), la pena es de 20 a 30 años si el homicidio lo comete quien pertenece o colabora con grupo terrorista (art. 572). Tercera. Si a pesar de las agravaciones señaladas se habla de "cumplimiento íntegro o efectivo" como algo distinto al régimen normal, ello deberá ser a costa de eliminar beneficios penales o penitenciarios. Cuarta. Lo anterior puede plantear dudas de inconstitucionalidad, porque podría desvirtuar la reinserción social y porque podría ser contrario al principio de igualdad. Quinta. Aunque se pudiesen eliminar las anteriores dudas, lo que sí parece claro es que nos situaríamos en un Derecho Penal de autor, vedado en nuestra cultura jurídica. Sexta. La Ley de 23 de noviembre de 1995, por la que se aprueba el Código Penal, sólo puede modificarse con Ley Orgánica, y esto es así, no sólo si la reforma se hace después de que haya entrado en vigor el texto, sino también si se pretende impedir la entrada en vigor modificando la Disposición Final 7, pues ésta tiene carácter de orgánica (Disp. Final 6). Séptima. Si se dejase entrar en vigor el Código e inmediatamente después se modificase para conseguir ese "cumplimiento íntegro", estaríamos en una situa-

ción lamentable. Tres legislaciones distintas (la todavía vigente, la que entrará en vigor el 24 de mayo y la hipotética posterior) entrarían en conflicto para delitos de terrorismo cometidos bajo la vigencia de la primera (por ejemplo, el reciente asesinato de Francisco Tomás y Valiente o los atentados contra el Rey y José María Aznar), juzgados bajo la vigencia de la tercera y a los que debería aplicárseles la ley penal intermedia de ser más favorable.

(2) Además hay que tener en cuenta que por L.O. 46/1978, de 7 de octubre, se redactan los artículos 434, 435 y 436, relativos al estupro, y 440, relativo al rapto, y por L.O. 5/1988, de 9 de junio, se redactan los artículos 431 y 432 relativos a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual.

(3) Sobre la profundidad y contenido de estas reformas puede verse Quintero Olivares y Muñoz Conde, *La reforma penal de 1983*, 1983, y Boix Reig, Vives Antón y Orts Berenguer, *La reforma penal de 1989*, 1989.

(4) Prólogo a la décima edición del *Código Penal*, Ed. Tecnos, 1993.

(5) Sobre las dificultades de admitir en nuestro Derecho una comisión por omisión supralegal, ver Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, reimpresión de la 3ª edición, 1995, páginas 327 y siguientes.

(6) Ver Torío López, "Límites político-criminales del delito de comisión por omisión", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, págs. 702 y siguientes, y Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, y "Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, páginas 367 y siguientes. Es evidente que en algunos casos de actuar precedente, o sea, de injerencia, debe irse a una mayor responsabilidad. Pero para ello basta el párrafo 3 del actual artículo 489 ter) o el futuro artículo 195. 3, no pareciendo lógico que tal actuar precedente pueda servir para imputar el resultado no impedido y castigarlo con la pena del delito doloso de acción en base al futuro artículo 11. Por cierto, en relación al nuevo artículo 195, relativo al delito de omisión del deber de socorro, hay que subrayar que el mismo distingue entre "accidente ocasionado fortuitamente" y "accidente que se debiere a imprudencia", a diferencia del actual artículo 489 ter). 3, en el que sólo se habla de "accidente". La modificación no será pacíficamente admitida, toda vez que supondrá agravar la pena por una actuación fortuita, o sea, sin dolo ni imprudencia, cosa que no complace a cierto sector de la doctrina. Sobre el particular, ver Zugaldía Espinar, "Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis)", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1984.

(7) El tema del error es la prueba del nueve de toda la Teoría jurídica del delito. En su explicación se ponen a prueba la concepción del injusto y de la culpabilidad, la construcción del dolo y, en definitiva, la concepción de la norma penal. Por eso los más fervientes partidarios de unas y otras posiciones doctrinales a veces fuerzan la interpretación de las normas legales que regulan el error para encontrar respaldo legislativo a sus tesis.

(8) Sobre la innecesidad de la eximente, ver Queralt Jiménez, *La obediencia debida en el Código Penal*, 1986, páginas 448 y siguientes, y Mir Puig, ob. cit., págs. 534 y siguientes.

(9) Magaldi Paternostro, *La legítima defensa en la Jurisprudencia española*, 1976, págs. 84 y siguientes, y Luzón Peña, "Aspectos esenciales de la legítima defensa", 1978, págs. 454 y siguientes.

(10) Prólogo al *Código Penal. Texto íntegro de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el nuevo Código Penal*, Editorial Tecnos, 1996.

(11) Gimbernat Ordeig, "¿Tiene futuro la dogmática juricoponena?", en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edición, 1990, págs. 140 y siguientes, y Mir Puig, *Función de la pena y Teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*, 2ª edición, 1982, págs. 91 y siguientes.

(12) Antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre la agravante de reincidencia, declarándola conforme a la Constitución, yo sostuve lo contrario (Manjón-Cabeza Olmeda y Garzón Real, "Reincidencia y Constitución", en *Actualidad Penal*, núm. 1, 1991, págs. 1 y siguientes). A pesar de la Sentencia del Tribunal Constitucional, sigo creyendo en la valdez de los argumentos que mantuve para afirmar la inconstitucionalidad de la agravación por reincidencia. Por eso, cualquier reducción del ámbito de aplicación que se haga de esta agravante me parece un mal menor. Debe tenerse en cuenta que otra de las novedades del futuro Código es la previsión de la "habitualidad" en el artículo 94, a cuyo tenor, "... se considerarán reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello". La habitualidad se tendrá en cuenta negativamente en la suspensión de la ejecución de la pena de los que delincan por su adicción a la droga o al alcohol (art. 87) y en la sustitución de la pena privativa de libertad por el arresto de fin de semana o la multa (art. 88).

(13) Para algunos puede incluirse en el número 1 del artículo 14 al autor ejecutivo o directo; otros consideran que la autoría directa no está en el art. 14 sino que hay que deducirla de cada uno de los tipos de la Parte Especial y que el número 1 del artículo 14 lo que contempla es la coautoría ejecutiva parcial.

(14) Casos de autoría mediata que se pueden citar (aunque no todos se admiten unánimemente) son los siguientes: la utilización de fuerza u otros casos de ausencia de acción en el instrumento; la utilización de instrumento inimputable o que actúa con error o amparado en una causa de justificación; la utilización de un sujeto que actúa sin un elemento subjetivo del tipo; la actuación de un instrumento doloso no cualificado en los delitos especiales.

(15) Tal conclusión es obligada si se asume la idea del dominio funcional del hecho para explicar la coautoría. Sobre el particular, ver Gómez Benítez, *Teoría Jurídica del delito*, 1984, págs. 128 y siguientes.