

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Ponente General de la Comisión Redactora y Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid.

Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código penal español de 1979*

(*) Texto de la ponencia mantenida por el autor el día 6 de marzo de 1979 en el “Seminario Hispano-Germánico sobre la reforma del Derecho Penal”, organizado por la Universidad Autónoma de Barcelona y el Instituto Alemán, y que sirvió de base a la Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Santiago de Compostela el día 23 de marzo del mismo año.

“A medida que pasan los días se siente con más fuerza la necesidad de una reforma penal, no parcial ni limitada, de mera superficie, como las hasta ahora realizadas, sino una renovación profunda y completa que asiente sobre nuevas bases nuestro ordenamiento punitivo. El Código penal que nos rige envejece sin tregua”. Así se manifestaba el Prof. Cuello Calón, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (*La reforma penal en España*, Madrid, 1949, p. 9). Estas palabras, pronunciadas hace treinta años, no han perdido, sino ganado vigencia.

El Código penal español, texto refundido de 14 de septiembre de 1973, actualmente en vigor, no es en última instancia más que una nueva versión del de 1848, configurada a través de las reformas de 1850, 1870, 1932 y 1944. En el Preámbulo del Decreto promulgador del Código de 1944, el propio legislador advirtió que no estábamos ante “una reforma total ni una obra nueva, sino sólo una edición renovada o actualizada de nuestro viejo cuerpo de leyes penales que, en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado de 19 de marzo de 1848”.

Cada una de las sucesivas reformas introducidas en el Código penal a partir de 1848 estuvo esencial-

mente determinada por motivaciones políticas. La historia de nuestra Codificación penal refleja con extraordinaria fidelidad los vaivenes políticos que han sacudido a España. Se ha dicho que sin la comprensión del momento político en el que nace y opera una legislación penal no se puede entender el alcance y el íntimo valor de ésta. Si fuese preciso aducir un ejemplo histórico para probar esta estrecha conexión entre Derecho penal y política, bastaría recordar las vicisitudes del Código penal español.

El Código penal de 1848 fue obra de un gobierno moderado, presidido por Narváez. Las agitaciones revolucionarias de ese año habían persuadido al Gobierno de la conveniencia de reforzar los poderes públicos. A esta idea responde la reforma de 1850, de signo autoritario. De signo liberal fue, en cambio, la reforma de 1870. La Constitución de 1869, fruto de la revolución de Septiembre de 1868, adoptó posiciones mucho más liberales que sus predecesoras. Era preciso acompañar la legislación penal a la nueva ley política fundamental, y a tal fin surgió el Código penal de 1870, presentado a las Cortes siendo Ministro de Gracia y Justicia Eugenio Montero Ríos y aprobado, tras breve debate, con fecha 30 de Agosto. Por la precipitación con que se discutió y aprobó fue calificado por Silvela de "Código de verano", pese a lo cual, y como paradójicamente ha sucedido en nuestro país con otras leyes que nacieron con carácter provisional, fue hasta ahora el de más prolongada vigencia. Rigió hasta el año 1932, con el paréntesis de los años 1928-31 en que estuvo en vigor el Código de 1928, promulgado bajo la dictadura de Primo de Rivera. La República proclamada el 14 de abril de 1931, deroga al siguiente día el Código de 1928 y pone de nuevo en vigor el de 1870, pero la nueva Constitución republicana obligaba a sincronizar

el viejo texto punitivo y a esta motivación obedeció la reforma de 17 de octubre de 1932. Al Código de 1932 sucede, pasando por una legislación especial intermedia, el de 1944, de evidente carácter autoritario, acorde con el régimen político surgido de nuestra guerra civil.

Es cierto que estas distintas reformas corrigieron algunos errores técnicos denunciados por los comentaristas, pero fueron esencialmente reformas parciales cuyo objetivo primordial ha sido el de acomodar urgentemente la legislación penal con el cambio político.

Ninguna de ellas se propuso como fin atender a las nuevas necesidades político-criminales planteadas por las profundas transformaciones sociales operadas desde 1848 o incorporar los avances que las ciencias criminales consiguieron desde entonces. Podemos decir, pues, que tenemos una reforma penal pendiente desde el siglo pasado.

Acaso existió la posibilidad de realizarla durante la segunda República, cuyo advenimiento coincidió con un momento de esplendor de la ciencia penal española debido a la escuela de Jiménez de Asúa. Pero el propio Jiménez de Asúa optó por una reforma parcial orientada fundamentalmente a poner de acuerdo el Código penal de 1870 con la Constitución de 1931, posponiendo la elaboración de un nuevo Código. Es más, en la exposición de motivos del Código penal de 1932 se alega como una de las razones de la parquedad de la reforma que “cuantas menos sean las enmiendas introducidas, más urgente se presentará a la conciencia técnica del país y del Parlamento la necesidad de un Código verdaderamente nuevo”. A partir de entonces todos los reformadores advertirán que se limitan a ofrecer nuevas ediciones

del viejo texto al tiempo que repiten el anuncio de la reforma total que traerá consigo un nuevo Código. Esa reforma total no ha llegado todavía porque la experiencia indica que el argumento de la exposición de motivos del Código de 1932 puede volverse: una vez que se ha operado la urgente sincronía entre cambio político y legislación penal, la necesidad de un Código verdaderamente nuevo dejan de sentirla con apremio los políticos y parlamentarios.

El proceso democrático que culminó con la aprobación de la Constitución de 1978 produjo, una vez más, la necesidad de reajustar el sistema penal. Pero, por primera vez la reforma se planteó simultáneamente a dos niveles: una reforma parcial de carácter urgente y una reforma en profundidad de todo el sistema. La primera se llevó a cabo a través de una serie de leyes que fueron modificando el Código penal al compás de los cambios políticos que se iban produciendo. La segunda a través de la elaboración de un Anteproyecto de nuevo Código penal, que tiene en cuenta no sólo el nuevo orden político, sino también las nuevas realidades sociales y los avances que ofrecen actualmente la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria.

Las concepciones reinantes en los días en que se elaboró el Código de 1848 eran distintas de las actuales: "El Derecho penal descansaba por completo sobre el concepto de la imputabilidad moral fundado en aquella idea del libre albedrío. Faltaban aún muchos años para que se iniciara el estudio de la criminalidad; la investigación de las múltiples y diversas causas e influjos que intervienen y condicionan su producción no había comenzado todavía. La libre voluntad, aislada por entero de toda influencia o

condición psicológica o social, era la única explicación de la conducta criminal. La represión penal era uniforme, todos los delincuentes se consideraban de condición análoga y eran sometidos a la misma clase de pena. La pena de privación de libertad, la de prisión, sin otra diferencia en su ejecución que el grado mayor o menor de su severidad, o su más corta o larga duración, constituía la base del sistema represivo y en su aplicación no se aspiraba a la reforma del penado, sino a que expiase su delito, a intimidarle, a apartarle de la conducta criminal, por el miedo inspirado por la ejecución del castigo conminado por la ley” (Cuello, *La reforma penal*, cit. p. 14).

Todas estas concepciones pertenecen al pasado. Son ya historia de la ciencia penal, que se orienta hoy por otros derroteros. Los mismos que intenta seguir el Anteproyecto de nuevo Código penal. Se ha partido de la base de que dogmática penal, política criminal y criminología están llamadas a contribuir conjuntamente en la formación de un sistema punitivo socialmente justo y eficaz. En definitiva —como indica el Prof. Roxin— los conocimientos criminológicos deben transformarse en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas configuradas de acuerdo con los principios de la dogmática penal.

¿Cuáles son las directrices político-criminales que inspiran al Anteproyecto?

A grandes rasgos podemos señalar las siguientes:

Digamos, en primer término, que el sistema penal del Anteproyecto responde a una concepción propia

del Estado social y democrático de Derecho que la nueva Constitución española sanciona. Esto significa, en relación con la etapa política anterior, un cambio sustancial acerca de la función misma que se atribuye a la legislación penal. El Derecho penal no debe ser instrumento de opresión en manos del grupo político dominante, que sirva para imponer coactivamente determinadas ideas políticas o morales, sino, por el contrario, garantía de libertad moral y política, que precisamente hace posible en una sociedad pluralista el ejercicio pleno de todas las libertades reconocidas en las restantes ramas jurídicas. El Derecho penal debe estar al servicio únicamente de un marco mínimo de convivencia. Por eso, el Anteproyecto ha eliminado del ámbito penal todo lo que representa pura discrepancia ideológica y, en general, se muestra tolerante con el comportamiento desviado, hasta donde las exigencias mínimas impuestas por la convivencia lo han permitido.

En un Estado social y democrático de Derecho, el Derecho penal debe aparecer siempre como la última *ratio legis*, debe encontrarse siempre en último lugar y entrar en juego tan sólo cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico y la paz ciudadana.

Por la dureza de sus sanciones, que afectan a los bienes más preciados de la persona y son las más drásticas del Ordenamiento jurídico, el Derecho penal debe intervenir tan sólo cuando resulten insuficientes e ineficaces otros remedios menos gravosos. Se habla a este respecto del principio de intervención mínima. Intervención mínima en un doble sentido: se deben penar tan sólo aquellos hechos que necesitan

ser penados, y para el castigo de tales hechos se deben preferir las penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resultan menos onerosas. El principio de intervención mínima constituye para el legislador una verdadera exigencia ética, que los regímenes políticos dictatoriales acaban siempre quebrantando. Por un lado, porque suelen utilizar el sistema penal como instrumento para eliminar o reducir al silencio al disidente político, criminalizando indebidamente la opinión discrepante. Por otro, porque las dictaduras profesan una concepción autoritaria del Derecho Penal que les lleva a exasperar la gravedad y dureza de la amenaza penal en la que ven un remedio para reprimir todo aquello que no son capaces de resolver. El Anteproyecto ha corregido la hipertrofia tanto cuantitativa como cualitativa del sistema penal que había provocado el régimen anterior, despenalizando, por supuesto, todos los delitos de opinión y reduciendo a sus justos términos la gravedad de las penas. Como ejemplo podemos mencionar la desaparición del Capítulo dedicado a las propagandas ilegales o la rebaja de pena que se establece para el supuesto contemplado en el número 1º del vigente artículo 164, que castiga actualmente nada menos que con la pena de reclusión menor —la misma del homicidio— al que se limita a dar, en una reunión pública, vivas o gritos que provocaren aclamaciones directamente encaminadas a la sustitución del Gobierno de la Nación.

En todo caso, el proceso de despenalización que el Anteproyecto lleva a cabo no se contrae únicamente al campo de los delitos políticos, sino que va mucho más allá. Así, el Libro III, dedicado a las

faltas —que a partir de ahora solo se castigarán si fueren consumadas—, experimenta una importante y notoria reducción, y, en general, el principio de intervención mínima ha sido tenido en cuenta constantemente en la configuración de los delitos en particular, de tal suerte que incluso en muchas ocasiones en que el delito subsiste con el mismo *nomen iuris* sus límites se ven notablemente restringidos. Sirva de ejemplo la modalidad de celebración de matrimonios ilegales del vigente artículo 471. Este precepto castiga hoy al que “con algún impedimento dirimente no dispensable contrajese matrimonio”. Según el Anteproyecto sólo se castiga al que “con ánimo de perjudicar al otro cónyuge contrajere matrimonio inválido”.

Una importante reducción del ámbito de lo punible se produce como consecuencia del nuevo tratamiento de la imprudencia. Como es sabido, nuestro vigente Código penal ofrece la particularidad de que todos los delitos pueden ser, en principio, susceptibles de incriminación culposa. Por eso, consecuente con esta opción político-criminal, no contiene un repertorio cerrado de *crimina culposa*, sino una cláusula genérica reguladora de la imprudencia punible. El Anteproyecto se inclina por la opción inversa: la comisión culposa de los hechos constitutivos de delito es, por regla general, impune y sólo excepcionalmente punible. Por eso, el Anteproyecto presenta un catálogo cerrado de delitos imprudentes y prescinde de la actual cláusula genérica. Con ello no sólo se gana en certeza y seguridad jurídicas, al determinar la ley de modo preciso cuáles son los únicos delitos imprudentes, sino que se restringe sensiblemente

el ámbito de lo punible, al excluir del mismo y dejar sometidas a la regulación civil de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia bastantes causaciones imprudentes de resultados dañosos.

Así como la despenalización, tendente a eliminar la hipertrofia cuantitativa del actual Código, no se contrajo al campo de los delitos políticos tampoco la moderación de penas emprendida para corregir la hipertrofia cualitativa se limita a dicho ámbito, sino que se generaliza. Desaparece, de acuerdo con la prohibición constitucional, la pena de muerte y se reduce a 20 años el límite máximo de la pena de prisión que, en casos excepcionales —coincidentes con los que actualmente tienen señalada pena de muerte— puede llegar a veinticinco. El Anteproyecto rechaza la prisión perpetua como sucedáneo de la pena de muerte. La prisión perpetua resulta difícil de conciliar con el mandato constitucional de que las penas privativas de libertad “estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social” (art. 25 de la Constitución). En general se rebaja la pena de cada uno de los delitos en particular, en una proporción de la que puede servir como muestra el homicidio doloso, castigado actualmente con la pena de reclusión menor, que va de 12 años y un día a 20 años, y para el que el Anteproyecto establece la pena de prisión de ocho a quince años. Esta moderación de las penas no supone ningún reblandecimiento del sistema penal, ni significa, como ya se han apresurado a manifestar algunos nostálgicos del pasado, “bajar la guardia” ante la criminalidad. El Anteproyecto hace suyo un viejo y fructífero principio político-criminal que ya expuso Beccaria: “Uno de los mayores frenos de los

delitos —escribió Beccaria— no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad... La certeza de un castigo, aunque este sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de la impunidad... La clemencia, virtud que a veces ha sido para algún soberano el sustitutivo de todos los deberes del trono, debería ser excluída en una perfecta legislación, en la que las penas fuesen suaves y el método de juzgar regular y expedito. Esta verdad parecerá dura a quien vive en el desorden de un sistema criminal, en que el perdón y los indultos son necesarios en proporción a lo absurdo de las leyes y a la atrocidad de las condenas”. El Anteproyecto de Código penal, junto con la reforma penitenciaria, quiere acabar con el actual desorden. El Código vigente obliga a los Tribunales a imponer en muchas ocasiones penas excesivamente elevadas, que luego no se cumplen en la extensión impuesta, por la aplicación mecanicista de una serie de beneficios que en la mayoría de los casos queda confiada a órganos administrativos y sustraída al control del Tribunal. Esto produce un desajuste entre lo que podría llamarse valor nominal de la pena —la extensión impuesta en la sentencia condenatoria— y el valor efectivo —tiempo de cumplimiento— que es urgente corregir. Poco importa que los Tribunales analicen minuciosamente las circunstancias del hecho enjuiciado y se preocupen de calibrar hasta en días la extensión de la pena que van a imponer, si no están en condiciones de saber ni predecir cuanto va a durar luego el cumplimiento de la pena impuesta. El Anteproyecto parte de la premisa de que la pena impuesta va a ser efectivamente cumplida bajo control judicial, sin perjuicio, en su caso, de los correspondientes beneficios penitenciarios de que pueda gozar el condenado. Porque el Antepro-

yecto quiere que la pena impuesta se cumpla efectivamente, prescinde de la redención de las penas por el trabajo, que en la actualidad produce de modo mecánico, al margen de consideraciones de prevención especial y general, la reducción a su mitad en la práctica totalidad de las más importantes penas privativas de libertad. El Anteproyecto reconoce en su artículo 38 que el trabajo durante el cumplimiento de la pena de prisión tendrá entre sus fines la rehabilitación del condenado y garantiza que será retribuido con arreglo a las estipulaciones de las ordenanzas laborales del sector a que pertenezca la prestación efectuada, pero entiende que la actual redención de penas por el trabajo es, desde el punto de vista político-criminal, inconveniente y debe, por tanto, desaparecer.

La intervención mínima, así entendida, de los recursos penales pretende desarrollarla el Anteproyecto bajo un escrupuloso respeto al principio de legalidad. La vigencia de este principio está formalmente reconocida en el Código actual, pero no resulta siempre respetada a la hora de definir los delitos en particular y establecer las correspondientes sanciones, de tal modo que, por un lado, se proclama con carácter general solemnemente y, por otro, se conculca mediante la introducción de cláusulas vagas o indeterminadas en la regulación de concretas infracciones punibles. El Anteproyecto ha querido acabar con esta discordancia entre la declaración programática del principio de legalidad y su real vigencia. Por eso no se ha limitado solo a proclamar de modo formal que tanto los hechos constitutivos de delito como las penas o medidas de seguridad que se señalan para los mismos quedan sometidos al principio de legalidad, sino que ha procurado conseguir la auténtica vigencia material de este principio, suprimiendo o revisando

todos aquellos preceptos del actual texto legal que quebrantan las exigencias de certeza y seguridad jurídicas propias de un Estado de Derecho. Desaparece, por ejemplo, el actual artículo 131 del Código penal, perteneciente al Capítulo de los delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado, cuyo tenor es el siguiente: “El funcionario público que, abusando de su cargo comprometiére la dignidad o los intereses de la Nación española, de un modo que no esté comprendido en este capítulo, será castigado con las penas de prisión mayor e inhabilitación especial”. Se ha entendido que falta aquí una verdadera descripción de la conducta típica, y que la referencia negativa “de un modo que no esté comprendido en este capítulo”, resulta inadmisibile desde la perspectiva del principio de legalidad. Por las mismas razones se ha modificado el actual artículo 65 que, como es sabido, faculta a los Tribunales para que, en atención a las circunstancias del mayor de dieciseis años y menor de dieciocho, sustituya la pena impuesta “por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable”. Se ha considerado que este artículo consagra un internamiento de duración absolutamente indeterminada, incompatible con la vigencia material del principio de legalidad. Por eso el Anteproyecto, estimando muy positiva esa posibilidad de sustitución amplía su aplicación incluso hasta la minoría de los 21 años, pero señalando a este internamiento en centros de rehabilitación social para jóvenes delincuentes el límite máximo de diez años.

El Anteproyecto parte de la idea de que el Derecho es un sistema de garantías de la acción. Esto significa que el Derecho tiene que hacer posible que cada cual sepa, una vez concebida la acción, no cuál será su resultado histórico, lo que valdría tanto como conocer

lo absoluto, sino por lo menos *cómo* será calificada la acción y *qué* consecuencias jurídicas acarreará. Esta función garantizadora, que es propia del Derecho en general aunque no siempre se haya reconocido así, se siente con particular intensidad en el marco penal por la sencilla razón de que las consecuencias que esta rama jurídica asocia a las acciones son las más graves con que cuenta el ordenamiento. Por eso, esa característica general del Derecho que consiste en la necesidad de la certeza se proclamó, desde el punto de vista histórico, en primer lugar en el Derecho penal, dando origen a la consagración de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ahora bien, para que cada cual sepa —o, al menos, pueda saber— una vez concebida la acción, si ésta va a ser castigada o no, y en caso afirmativo con qué pena, es necesario que la ley esté en vigor con anterioridad a la comisión del hecho. La máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se convierte así en el principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, del que se desprende la prohibición de retroactividad de las leyes en materia de fundamentación o agravación de la responsabilidad criminal, que el Anteproyecto respeta enteramente. Reconoce, no obstante, el Anteproyecto que el problema de la retroactividad de las medidas de seguridad presenta peculiares matices. El presupuesto de la pena es un acto *aislado*, cometido en un lugar y en un momento histórico determinados. En cambio, el presupuesto de la medida de seguridad es siempre un *estado*, el estado peligroso, que, aunque haya sido revelado, en su caso, por un acto aislado, se prolonga, como tal estado que es, en el tiempo. Un mismo estado peligroso puede subsistir durante una sucesión de leyes y aparecer, por tanto, como presupuesto fáctico *actual* respecto de cada una de ellas. Por consiguiente, cuando se aplica la ley posterior a la comisión del delito

que reveló la peligrosidad a un estado peligroso que subsiste en el momento de la promulgación de la nueva ley, no se está aplicando ésta, en realidad, retroactivamente. Esto, unido a la consideración de que las medidas de seguridad no son castigos que se impongan en atención al hecho cometido, sino sanciones adecuadas al fin de prevención, explica que el Anteproyecto establezca que las disposiciones que regulan medidas de seguridad se aplicarán con carácter retroactivo, si bien, para dar cumplimiento al mandato constitucional, consagra la excepción “salvo que resulten más restrictivas de los derechos individuales del sometido a ellas”, al que se oirá en caso de duda.

El Anteproyecto concibe al delito, desde el punto de vista sustancial, como lesión o efectivo peligro de bienes jurídicos. Este punto de partida lleva consigo la eliminación de ciertos delitos formales y de mera desobediencia que habrían permitido a algún comentarista asegurar que la teoría de que todo delito es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es insostenible a la luz de nuestro Derecho positivo y que, por tanto, dicha teoría debía ser sustituida por la que concibe al delito como infracción de un deber impuesto por la ley. El Anteproyecto ha estimado que la sustitución del axioma de que todo delito entraña la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos por el de que todo delito es sustancialmente infracción de un deber, origina una muy peligrosa formalización del Derecho penal, que debe ser cuidadosamente evitada. Por eso el Anteproyecto destierra aquellas figuras delictivas que dieron pie para sostener semejante sustitución, como es el caso del delito de conducción de vehículos de motor sin habilitación legal previsto en el actual artículo 340 bis, c que, como es sabido, se consuma por el simple hecho de conducir por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el corres-

pondiente permiso, aunque no se haya lesionado ni puesto en peligro ningún bien jurídico. Precisamente por ello, el Anteproyecto relega tal comportamiento al ámbito de las infracciones administrativas.

Al concebir al delito desde el punto de vista sustancial como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, el Anteproyecto elige al bien jurídico como criterio clasificador. Los delitos en particular se sistematizan en atención al bien jurídico que ofenden. En este sentido el Anteproyecto cambia la estructura formal del Código vigente. Regula, en primer lugar, los delitos que ofenden bienes individuales —empezando por los de carácter altamente personal: vida, libertad, honor—, pasa luego a los delitos que afectan a intereses familiares o colectivos —por ejemplo, delitos contra la familia y delitos contra la seguridad colectiva— y se ocupa finalmente de los delitos que comprometen intereses de los que es titular el propio Estado o la Comunidad internacional. Se ha ido de lo más simple a lo más complejo: bienes individuales, colectivos, estatales y pertenecientes a la comunidad internacional.

El Anteproyecto parte, pues, de la idea de que toda norma creadora de delitos sirve a la protección de bienes jurídicos. Pero en virtud del principio de intervención mínima, cumple esa función protectora de un modo fragmentario. Doblemente fragmentario, porque, por un lado, no aspira a proteger penalmente a todos los bienes jurídicos sino tan sólo aquellos que representan los valores más fundamentales del orden social y, por otra parte, ni siquiera aspira a proteger siempre a esos bienes jurídicos más valiosos frente a cualquier clase de atentados, sino tan sólo frente a los ataques que por su modalidad ofensiva aparecen como más intolerables desde el punto de vista de la convivencia social.

Para proceder a la selección de los bienes jurídicos que deben quedar amparados por el Derecho penal, el Anteproyecto, de acuerdo con lo que se anticipó en las líneas generales de la reforma que en su día aprobó ya el Gobierno, tuvo en cuenta algunas ideas básicas que se remontan al pensamiento de Max Ernesto Mayer y que habían sido retomadas en nuestra más reciente doctrina por el Prof. Muñoz Conde. El Derecho penal debe cubrir únicamente aquellos bienes jurídicos que se muestran merecedores, necesitados y susceptibles de protección penal. Un bien jurídico es merecedor de protección penal cuando la generalidad y no sólo una minoría o un determinado sector social, lo considera altamente valioso y digno, por tanto, de máxima protección. Un bien jurídico está necesitado de protección penal, cuando fracasan en su amparo los medios de que disponen las otras ramas jurídicas. Un bien jurídico es susceptible de protección penal cuando, por su estructura y contenido, los ataques a él dirigidos pueden ser realmente reprimidos o evitados por medio de sanciones penales. Cuando concurren estas tres características el bien jurídico aparece como digno de protección.

El principio de dignidad de protección del bien jurídico, llevó al Anteproyecto a despenalizar ciertos hechos que no suponen ataques a bienes jurídicos que la generalidad sienta merecedores de protección penal, así como aquellos otros que entrañan atentados contra bienes incapaces de protección penal frente a los cuales la ley penal fracasa sistemáticamente y resulta totalmente ineficaz, como sucede a veces en el marco de la moral sexual. El mismo principio, en cambio, condujo al Anteproyecto a criminalizar ciertos hechos, hoy no constitutivos de delito, que la generalidad considera merecedores de protección penal.

Sirvan de ejemplo los denominados “delitos financieros” de nueva creación, a través de los cuales pretende el Anteproyecto castigar las maniobras lucrativas realizadas en perjuicio de otros prevaliéndose de la estructura y organización de sociedades mercantiles e industriales: creación de sociedades “vacías”, utilización de sociedades de “fachada”, captación de socios o crédito mediante información falsa, adopción de acuerdos por mayoría ficticia, simulación de aportaciones de capital o en especie, agrupación de sociedades en perjuicio de la generalidad de los socios de alguna de ellas, etc.

En cuanto a las sanciones penales, el Anteproyecto adopta el sistema dualista por entender que la lucha contra el delito debe desplegarse a través de penas y medidas de seguridad y que la confusión de estos dos recursos en una sanción penal unitaria es contraproducente. Las limitaciones que, por su estructura y contenido, padece la pena desde el punto de vista preventivo, obligan a integrar el sistema penal con medidas de corrección y seguridad que cubran aquellas necesidades preventivas que la pena no puede cumplir.

Penas y medidas de seguridad aparecen concebidas como *consecuencias* jurídicas del delito. Esto quiere decir que el Anteproyecto repudia las medidas de seguridad predelictivas que admite, en cambio, la actual Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social que sigue, en este punto, el camino iniciado por su antecesora la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933. Por evidentes razones de garantía de los derechos fundamentales de la persona, el Anteproyecto contrae el sistema de medidas a los estados peligrosos postdelictivos y a la denominada peligrosidad criminal. Es decir, el juicio de peligrosidad sólo deberá incidir sobre sujetos que hayan demostrado ya su energía criminal me-

diante la comisión de un hecho previsto por la ley como delito, y el objeto de ese juicio no debe ser la mera peligrosidad social (probabilidad de cometer en el futuro cualquier hecho socialmente dañoso o peligroso aunque no sea delictivo), sino precisamente la peligrosidad criminal (probabilidad de volver a cometer en el futuro un nuevo hecho previsto por la ley como delito). Con ello se cumple una triple función garantizadora: se refuerza el pronóstico de peligrosidad, se fortalece la vigencia del principio de legalidad y se reduce a límites tolerables la intervención preventiva.

El Anteproyecto concibe a la pena como un castigo que ha de guardar proporción con la gravedad del hecho cometido y que deberá orientarse a finalidades preventivas. Acoge, pues, una teoría mixta de la pena, que trata de conciliar el *quia peccatum* y el *ne peccetur* o, si se quiere, los puntos de vista sobre la justicia con los criterios de utilidad. La pena se conmina y se impone, en su caso, en atención al hecho cometido, pero ha de aspirar a ser en todo caso útil y sólo conseguirá serlo si sirve a finalidades de prevención.

Presupuesto de la pena, así entendida, es la culpabilidad. El artículo 3 del Anteproyecto contiene en su primer inciso la rotunda declaración de que “no hay pena sin culpabilidad”. Consecuente con esta declaración, se han radiado del Anteproyecto todos los supuestos actuales de responsabilidad objetiva, suprimiendo los preceptos de carácter general en los que anida actualmente el principio del *versari in re illicita* (párrafo 3º del artículo 1º del Código, apartado 8º del art. 8, circunstancia 4ª del artículo 9, artículo 50) y eliminando los delitos cualificados por el resultado mediante la exigencia, en todos aquellos supuestos en los que la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, al menos de culpa

respecto a éste. Pero la declaración “no hay pena sin culpabilidad” está ahí no sólo para desterrar la responsabilidad objetiva, sino para cumplir también otra importantísima función: la de indicar que la culpabilidad constituye presupuesto y límite de la pena. Lo que, por lo demás encuentra confirmación en el último párrafo del artículo 1º del Anteproyecto que, en la línea del actual artículo 2º, establece que el Tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de la ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo o la pena fuese notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y la culpabilidad del reo, con lo que se viene a reconocer que la pena está, y debe estar, en relación proporcional con el contenido de injusto del hecho y el grado de culpabilidad.

Se ha dicho, con razón que las reglas de aplicación de penas suelen ser una buena piedra de toque para calibrar si, efectivamente, se considera a la culpabilidad como límite de la pena. Pues bien, el Anteproyecto se ha preocupado de eliminar todos aquellos preceptos que más allá de la culpabilidad, hacían depender la medida de la pena de la peligrosidad del autor. Desaparece, así, por ejemplo la regla que permitía imponer la pena superior en grado al multirreincidente, porque se trataba de un aumento de pena por la peligrosidad. El esfuerzo para que quedase claro que la culpabilidad, y no la peligrosidad, constituye medida y límite de la pena, llevó a modificar, atendiendo una enmienda del Prof. Cerezo, el texto del actual artículo 256, relativo a tenencia de armas. Este precepto dice hoy: “Si de los antecedentes del procesado y de las circunstancias del hecho se dedujere la escasa peligro-

sidad social de aquél... los Tribunales podrán rebajar las penas señaladas en esta Sección en uno o dos grados”. Aunque no sea la única interpretación posible, este precepto podría prestarse para argumentar que las penas señaladas para los respectivos casos, y que precisamente este artículo permite rebajar, están determinadas en atención a la peligrosidad social del autor. Para evitar cualquier duda y zanjar la cuestión, el Anteproyecto sustituye la alusión a la peligrosidad social por la mención de la personalidad del autor.

El Anteproyecto toma, pues, a la culpabilidad como medida y límite de la pena, que no puede ser sobrepasado invocando exigencias de prevención general o especial. Reconoce, en cambio, que por razones de prevención especial, cuando las exigencias de prevención general lo consientan, la pena pueda permanecer por debajo a la correspondiente a la culpabilidad, se renuncie a su ejecución o incluso a su misma imposición.

Aunque el Anteproyecto, como queda dicho, concibe a la pena como castigo adecuado a la culpabilidad, los fines de prevención y en particular el de la reinserción social del condenado, están presentes en todo el sistema de penas que el Anteproyecto propone. Sólo desde esta perspectiva se puede comprender el tratamiento que el Anteproyecto dispensa a las penas privativas de libertad. Reconoce sólo dos: el arresto de fin de semana y la prisión. El primero, que se cumplirá los sábados y domingos, con una duración de 36 horas, en régimen de aislamiento en celda en el establecimiento penitenciario, centro de diligencias o policial más próximo al domicilio del arrestado, tiene una extensión mínima de un fin de semana y máxima de 24. La pena de prisión tiene una duración mínima de 6 meses y máxima de 20 años. Como se ve, el An-

teproyecto pretende prescindir de las penas de prisión inferiores a 6 meses, operando, para colmar el vacío que ellas dejan, con el arresto de fin de semana —que por su forma de cumplimiento se espera que no produzca los efectos negativos de la prisión de corta duración— y con la pena de multa regulada según el sistema escandinavo de los días-multa. Pues bien, la abolición de las penas de prisión inferiores a seis meses se explica en función de finalidades de prevención especial. Si hay algo seguro en la moderna política-criminal es, sin duda, como expuso el Prof. Jescheck, que “el uso de la pena privativa de libertad se ha de limitar tanto cuanto se pueda, porque la prisión ejerce siempre sobre el condenado un influjo desfavorable por muchos esfuerzos que se hagan para modificar la ejecución de la pena. Incluso en un establecimiento penitenciario ideal —añade el Prof. Jescheck— regiría también la ley psicológica de que la labor educativa de los funcionarios sobre los presos es de una eficacia inferior a la que ejerce la subcultura de los presos mismos, determinada por los peores elementos”.

El Anteproyecto se alinea en la lucha contra las penas privativas de libertad de corta duración, que comenzó hace más de un siglo y tuvo uno de sus momentos estelares en 1882 con el célebre Programa de Marburgo de von Liszt. Por eso, además, de prescindir de la prisión inferior a seis meses, y conservar la remisión condicional de la pena que ya admite el Código vigente, crea nuevas instituciones individualizadoras, como son la suspensión del fallo y la sustitución de la pena de prisión. Mediante la suspensión del fallo, que puede aplicarse cuando el delincuente sea menor de 21 años —o en casos excepcionales mayor de esa edad—, no sea reincidente y el hecho cometido no sea delito grave, el Tribunal declarará la culpabilidad del reo, pero se abstendrá de dictar la parte dispositiva

propia de las sentencias condenatorias. La suspensión queda condicionada a que el reo observe buena conducta en el período que se señale, durante el cual estará sometido a la observación del Juez de Vigilancia, quien podrá acudir en cualquier momento al Tribunal interesando la revocación del beneficio. Transcurrido el plazo de suspensión, el reo comparecerá de nuevo ante el Tribunal quién, oídos el Juez de Vigilancia y el Fiscal, acordará pronunciar el fallo o dejar definitivamente sin efecto la sentencia. La sustitución de la pena de prisión reviste dos modalidades. Por un lado cuando la pena de prisión no exceda de 1 año se podrá sustituir por el arresto de fin de semana, en la extensión correspondiente a los fines de semana que queden comprendidos en el tiempo de la condena a prisión. Por otro, en casos excepcionales y siempre que el reo no sea reincidente ni haya obrado por móviles abyectos o fútiles, los Tribunales podrán sustituir las penas privativas de libertad inferiores a dos años por la de multa, aunque la Ley no prevea esta pena para el delito de que se trate. En dichos casos, cada día, semana o mes de privación de libertad será sustituido, respectivamente, por cuotas diarias, semanales o mensuales de multa.

Con estas nuevas instituciones el Anteproyecto ha pretendido evitar, hasta donde le resultó posible, la pena privativa de libertad, tal como aconseja la moderna política criminal.

Al lado de la pena, cuyo presupuesto y límite es la culpabilidad, aparece la medida de seguridad orientada exclusivamente a finalidades preventivas y cuyo presupuesto es la peligrosidad del autor del delito. De seguir hasta sus últimas consecuencias la finalidad de prevención especial que está llamada a cumplir la medida de seguridad, ésta debería ser absolutamente in-

determinada: habría de durar tanto como dure el estado peligroso que trata de conjurar. El Anteproyecto considera que esta absoluta indeterminación es incompatible con las exigencias del Estado de Derecho, por eso señala un límite máximo para cada una de las medidas de seguridad. Y en aras de esas mismas exigencias, va todavía más allá e introduce el principio de proporcionalidad, hoy desconocido en nuestro Derecho vigente, en los siguientes términos: “Las medidas de seguridad guardarán proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer” (art. 131).

El Anteproyecto recoge medidas de carácter curativo (para enfermos y semienfermos mentales, drogadictos, etc.), educativo (para jóvenes delincuentes) y asegurativo (para delincuentes habituales y profesionales). El cuadro se completa con medidas específicamente previstas para las asociaciones, empresas o sociedades y que pueden imponerse a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieron en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes. Estas medidas consistentes en clausura, disolución, suspensión de actividades, prohibición de realizar determinadas operaciones, etc. se han considerado especialmente eficaces en el marco de los delitos contra el orden económico. El Anteproyecto da cabida, así, a lo que algún monografista llama casos de “peligrosidad objetiva”, en los que excepcionalmente la medida de seguridad se justifica en virtud de acciones, no de la persona sometida a dichas medidas, sino de sujetos distintos. Esto es lo que sucede siempre que se imponen medidas de seguridad a personas jurídicas. Las acciones sintomáticas no pueden proceder de la propia

persona jurídica, que carece de capacidad de acción, sino de las personas individuales que obraron en nombre de aquélla.

Aunque el Anteproyecto se ha preocupado de establecer una neta distinción entre pena y medida de seguridad y sus respectivos fundamentos no ha querido seguir el nefasto sistema del Derecho vigente de acumular siempre, cuando concurren en el mismo sujeto los presupuestos de ambas, la ejecución de la pena y de la medida de seguridad, empezando por el cumplimiento de la pena. Salvo las medidas asegurativas previstas, como complemento de la pena, para los delinquentes habituales y profesionales, la aplicación de medidas de internamiento de carácter curativo o educativo se antepone siempre a la ejecución de la pena, y el tiempo de duración de aquél se computa para el cumplimiento de ésta, sin perjuicio de que el Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al éxito obtenido a través de la medida.