

## EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián

Marzo 1999

81 - 95

## LA REFORMA PENAL EN ESPAÑA: SITUACIÓN ACTUAL. LA REFORMA PENAL DE 1983\*

**Resumen:** Se examinan los puntos fundamentales de la reforma del Código penal introducida por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, realizando un juicio crítico de la misma. De esta forma, y aunque se considera que el balance de la reforma es positivo, se subraya la necesidad de realizar determinados cambios importantes, tanto en relación a la teoría del delito y de la pena como en determinados tipos penales en particular.

**Laburpena:** 8/1983-ko Ekainaren 25-eko Lege Organikoak Kode penaleko eraberritzean ematen diren puntu garrantzitsuenak aztertzen dira, hauen komentario kritikoa eginez. Hau hala izanik, eta eraberritzea baikorra izan den arren, aldaketa garrantzitsua batzuk beharrezkoak dira bai delituaren teorian, baita zigorren teorian ere.

**Résumé:** On examine les points fondamentaux de la réforme du Code pénal introduite par la Loi Organique 8/1983 de 25 de juin, en réalisant un jugement critique sur celle-ci. Ainsi, et même si on pense que le résultat de cette réforme est positif, on souligne la nécessité de mener quelques changements importants en ce qui concerne la théorie du délit et des peines et quelques types pénaux en particulier.

**Summary:** The essential points of the Penal Code reform, introduced by the Law 8/1983 of June the 25th, are examined, and it is made a critical judgement of this reform. Likewise, although the evaluation of the reform is positive, it is underlined the necessity of making some important changes related to the crime and penalty theory and, in particular, certain penal types.

**Palabras clave:** Derecho penal, Legislación penal, Principios de Derecho penal, Penología.

**Hitzik garrantzizkoenak:** Zuzenbide Penala, Zuzenbide Penaleko Jarraipideak, Legepena, Penologia.

**Mots clef:** Droit Pénal, Législation Pénale, Principes de Droit Pénal, Pénologie.

**Key words:** Penal Law, Penal Legislation, Principles of Penal Law, Penology.

---

\* Cfr. *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. 357-373, A. BERISTAIN (Comp.).

## I. SALUDO

En primer lugar quiero dejar constancia de la satisfacción que me produce encontrarme en estas tierras, en las que he vivido años inolvidables y en las que sólo he recibido satisfacciones en mi larga vida judicial y universitaria, a pesar de la dificultad que en tantas ocasiones ofrece la aplicación del Derecho y de la amargura que produce frecuentemente el contacto con la triste realidad social, soporte de tantas manifestaciones delictivas.

Paralelamente quiero expresar mi agradecimiento al Prof. Beristain por haberme invitado a colaborar con él en las tareas de su Departamento. El reencuentro con los universitarios, ahora que por razón de mi actividad judicial estoy alejado de ellos, es motivo de especial contento y la participación en las tareas del querido Profesor, motivo de orgullo en razón de la admiración que siento hacia él, en el que tantas veces he destacado su extraordinaria categoría científica y su ejemplar humanismo.

Dicho esto y sin más preámbulos, voy a exponerles algunas ideas sobre la reforma penal de la que existe ya una muy amplia e interesantísima bibliografía y que sin duda permitirá al futuro legislador llevar a cabo la vigente y trascendental tarea de construir un nuevo Código penal que esté ajustado a las circunstancias sociales y políticas de nuestra época. En este sentido me voy a permitir exponer en primer lugar unas ideas que me parecen básicas sobre la reforma penal, denominador común de cuanto enseguida voy a señalar, recordando brevisimamente, a continuación, los principios informadores del Proyecto de 1980 para pasar después al examen de algunos de los puntos más fundamentales del Proyecto de 1983, porque el de 1982, en el que participé de manera muy activa, ha quedado, como consecuencia del cambio político producido recientemente en España, superado por el de 1983 aunque, teniendo en cuenta que aquél fue, creo, un intento serio de anticipar algunas modificaciones de la gran reforma, con ciertas novedades más o menos importantes, varias de sus realizaciones han sido incorporadas a la reforma parcial recientísimamente presentada por el Gobierno a las Cortes Generales.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES

En mi opinión, y así lo he expuesto en muchas ocasiones, la reforma de 1980, que en sus principios generales recogidos en su Exposición de Motivos es digna de todo elogio (aunque no tengamos tiempo de comprobarlo), ofrece, en cambio, en su desarrollo deficiencias, lagunas e incluso errores a veces importantes.

A pesar de que el tema de la descriminalización y despenalización trataré de desarrollar esta tarde en la segunda de estas Conferencias, no tengo más remedio que, aun cuando sea de forma muy ligera y superficial, referirme, incluso de pasada, a algunas de las conclusiones que allí mantendré.

Quiero decir ante todo que toda gran reforma jurídica (y nada hay tan próximo a la persona como el Derecho), y sobre todo si la reforma es jurídico-penal, por razones obvias que todos conocemos y que por límites de tiempo no podemos desarrollar, ha de partir de las convicciones más profundamente arraigadas en el pasado, porque si no es así los textos legales viven distanciados de la sociedad, de las gentes, que no los

asumen, que no los defienden porque no los consideran suyos. Sé que a veces urgencias legislativas imponen una andadura galopante a las reformas porque el tiempo juega en ellas un papel muy preponderante, y yo recuerdo en este sentido los amables, pero firmes, reproches que el Prof. Beristain hizo a la reforma del Reglamento de Instituciones Penitenciarias, de 29 de julio de 1977, en cuya preparación también tuve la satisfacción de participar. La reforma de 1983, aunque con superior rango legal –nivel de ley orgánica– y por consiguiente habiendo de decidir sobre la misma el Poder legislativo, el Congreso de Diputados y Senado, en quienes reside la potestad legislativa del Estado, conforme al artículo 66 de la Constitución, como legítimos representantes del pueblo, también era urgente. Así, pues, aunque el período preparatorio haya sido muy rápido, la transparencia, la dinámica de las diversas posturas, y la publicidad quedan garantizadas por la intervención de los parlamentarios y por su correspondiente voto y por consiguiente habrá de aplazarse, tal vez hasta la gran reforma, el amplio debate de juristas y no juristas sobre sus fundamentales aspectos y soportes.

En cualquier caso las líneas maestras de cualquier reforma penal creo que deben responder a estos principios:

1º. La reforma ha de buscar una cierta correspondencia o adecuación entre el Derecho penal sustantivo, el Derecho penal procesal, el Derecho penitenciario y el Derecho orgánico (Judicial, Ministerio fiscal y Abogacía). Hace pocos meses y con ocasión del Curso que sobre las reformas legales y la Constitución organizó la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y en el que corrí a mi cargo la exposición de las modificaciones procesales, mantuve, reiterando afirmaciones tantas veces expuestas, que esta idea es un presupuesto indispensable para que la reforma penal sea un éxito. ¡Cuántas veces leyes buenas han fracasado por no disponer de los complementos indispensables! Pensemos en un determinado Código penal, el que ustedes quieran imaginarse, y llevémoslo a la práctica de forma ideal, es decir, pensemos inmediatamente en su aplicación en función de distintas leyes de enjuiciamiento criminal o de procedimiento penal. El número de condenas será en cada caso distinto, en razón del sistema que cada una de esas leyes procesales establezca en cuanto a las pruebas, en razón a la discrecionalidad que se conceda al juzgador, a la intervención del Ministerio fiscal (a quien yo siempre veo y deseo ver únicamente como instrumento de la justicia), a la intervención de las partes (acusadoras y acusados), a la existencia o no de recursos (apelación, casación), a la naturaleza y extensión de éstos, etc., y lo mismo podemos decir en cuanto a la prisión preventiva. Otro tanto, con los adecuados temperamentos, ha de predicarse de la ejecución de las penas privativas de libertad. Cumplir la pena en uno u otro establecimiento, en uno y otro grado, confiere a la misma sanción unos perfiles absolutamente distintos. Es imprescindible, pues, que la ejecución de las penas corresponda a las autoridades judiciales y que esté ordenada bajo los mismos principios que informen el Derecho penal. Y para terminar, de la ubicación de los órganos judiciales, de su mayor o menor trabajo, puede depender en buena medida la inmediatez del Juez, la marcha del proceso y la duración de éste, aspecto este último definitivamente importante.

Por ello, sólo la reforma en profundidad de todo el ordenamiento puede conducir a un cambio radical en el Derecho penal, una de cuyas características, como ustedes sin duda saben, es que sólo puede realizarse a través del proceso (recordemos la significación del principio de legalidad) frente a lo que sucede con el Derecho privado (civil,

mercantil, laboral) en el que lo normal y ordinario es precisamente que las relaciones jurídicas discurren por cauces no procesales, es decir, al margen de la intervención de los órganos jurisdiccionales.

2º. Deben reducirse considerablemente los límites del Derecho penal.

No es acertado esperar que los Códigos penales resuelvan las crisis sociales como si de una panacea se tratase. Pero de esto hablaré esta tarde. El Derecho penal debe ser la "última ratio" y jamás debe defender, y en ello ha puesto un especial acento el Prof. Marino Barbero, ni opciones políticas ni comportamientos que no hayan obtenido un consenso social generalizado.

3º. Debe fortalecerse el principio de seguridad jurídica que tiene hoy rango constitucional y que, a mi juicio, no es un simple complemento de la Justicia, sino que forma parte de ella misma. Ninguna norma puede ser justa si no conlleva la imprescindible dosis de seguridad jurídica. No puede haber en el Derecho penal (y me refiero por supuesto a las leyes penales sustantivas, a las procesales y a las penitenciarias) asomo de ambigüedad e imprecisión. El Derecho penal es, hoy por hoy, indispensable, pero ya que lo es hagamos de él un ordenamiento jurídico que propicie la seguridad. Que los límites de actuación del ciudadano estén muy bien limitados, es decir, que la frontera entre la licitud y la ilicitud penal sea muy clara, sin asomo de equívoco o duda.

4º. Debe, por consiguiente, ponerse al día la Justicia y deben desarrollarse intensamente, más que extensamente, los derechos del hombre. Es decir, sólo un movimiento paralelo de reforma penal y de decidido desarrollo y protección, incluso penal, de los fundamentales derechos humanos será capaz de hacernos avanzar positivamente en el camino que todos deseamos recorrer, pronto, hacia una sociedad más equilibrada y más justa.

5º. Es imprescindible, como también trataré de demostrar esta tarde, que la tarea descriminalizadora y despenalizadora se acompañe de un reajuste de bienes jurídicos protegibles penalmente con un trasvase de conductas del mundo penal al extrapenal, del extrapenal al penal, y una mejor dosimetría punitiva que en varios trabajos ha permitido exponer, y que en nuestro Código vigente y aun en el Proyecto de 1980 creo que es muy imperfecta.

6º. Al elaborar la plataforma de la reforma han de contribuir juristas y no juristas, y el Prof. Beristain también en esto ha sido ejemplo de buen hacer científico y universitario buscando y obteniendo la colaboración de diversos especialistas de distintos campos: psiquiatría, medicina, psicología, sociología, pedagogía, criminología, ecología, etc., etc.

### III. LA REFORMA DE 1983

Voy a hacer un brevísimos resumen de ella, pues el tiempo no da para más y serán imprescindibles muchas horas para llevar a cabo un estudio incluso superficial de la misma. No es mi propósito dar cuenta puntual de las modificaciones que van ustedes a conocer a través de un equipo de Profesores de tanta categoría como los que en esta Facultad, con el Prof. Beristain al frente, llevan a cabo la docencia. Pretendo exponer-

les muy breve y sistematizadamente, la reforma y hacer un provisional juicio crítico de ella.

1º. Se dota de mayor firmeza y seguridad al Derecho penal al eliminar, como consecuencia de la introducción del principio de culpabilidad en la Parte General, los graves residuos de responsabilidad objetiva o de responsabilidad por el resultado. La sola introducción del artículo 3 del Proyecto 80 en el último párrafo del artículo 1º puede dar lugar a una positiva revolución en nuestro ordenamiento: es decir, el artículo 1º dice: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa". Es decir, cuando un Juez o Tribunal haya de aplicar cualquier precepto del libro II en el que como es relativamente frecuente aprecie residuos de responsabilidad objetiva debiera, a mi juicio, eliminarlos, sin más, en función de este artículo 1º. Antes incluso de conocer esta reforma así lo propuse en la Conferencia que di en la Escuela de Estudios Judiciales de Lisboa el pasado año.

La inclusión de la teoría del error (art. 6 bis a) no me parece, en cambio, urgente porque sin ella venían ya aplicándola, de acuerdo con los principios generales, los Tribunales. Pero desde luego es aceptada y en este sentido me remito a las importantes aportaciones del Prof. Torío.

2º. Se concede un mayor arbitrio judicial, lo cual siempre es bueno si se mantiene dentro de unos límites que no atenten contra la seguridad jurídica, y se exige que el Juez o Tribunal motive expresamente su uso, aspecto éste que me parece esencial y que creo responde a la filosofía que inspira la Constitución (v. art. 120.3).

En este mismo sentido de mayor arbitrio podemos citar las medidas de seguridad aplicables a los supuestos de enajenación y sordomudez, en el sentido de sustituir el internamiento por otras medidas cuales son las de sumisión a tratamiento ambulatorio y las privaciones del derecho a conducir y a portar armas (art. 8-1 y 3 y art. 9)¹. También puede incluirse en este apartado a efectos de atenuación de la pena, la incorporación al lado del parentesco, la análoga relación de afectividad de aquellas personas (arts. 11 y 18), reforma que deriva de los Proyectos 80 y 82 y que me parece muy positiva pues existen relaciones de afecto y cariño que no se comprenden dentro de los límites puramente legales del parentesco y que la ley no puede ni debe desconocer.

3º. Un menor rigor punitivo. Con lo cual se incorpora nuestro texto penal a la moderna corriente despenalizadora. Aparte del supuesto, importantísimo, de la nueva estructuración de los delitos contra la propiedad, a la que enseguida nos referiremos, debemos señalar en este orden de cosas las siguientes manifestaciones:

Imposición de penas (art. 61) A) Si concurre una agravante se impondrá la pena en un grado medio o máximo; si varias, en su grado máximo. B) Si no concurren circunstancias habrá de imponerse el grado mínimo o medio.

---

1. Aunque no entiendo bien por qué en el caso del enajenado la sustitución del internamiento puede hacerse desde el principio o durante el tratamiento y en cambio en los supuestos de sordomudez (o de alteraciones de la percepción –innovación del Proyecto–) que tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad, sólo puede hacerse cuando la evolución del tratamiento lo permita.

Unificación de la reincidencia y reiteración. Sólo habrá reincidencia cuando se trate de un delito comprendido en el mismo capítulo, otro de igual o mayor pena, o dos o más de pena mayor (art. 10,15) y su efecto consiste simplemente en la obligación de imponer la pena en un grado máximo, sin posibilidad de elevar la pena en grado.

Penas accesorias. Sólo se imponen cuando la profesión u oficio hubiere tenido relación directa con el delito cometido (art. 42).

Comiso. Si los efectos o instrumentos no son de ilícito comercio y su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente (art. 48)<sup>2</sup>.

Suspensión de condena. Se extiende a los rehabilitados y se dispone que la primera condena por imprudencia no temeraria no se tendrá en cuenta (art. 93). En cambio desaparece la suspensión del fallo (Proyecto 80) o la suspensión de condena sin inscripción registral (Proyecto 82), institución una u otra que tal vez hubiera dado buen resultado en orden a la esencial finalidad de conseguir la reinserción social del condenado, en los correctos términos en que dicha expresión ha de entenderse.

Rehabilitación. La rehabilitación, siguiendo la orientación del Proyecto 80, que también continúa el Proyecto 82, va a extinguir de modo definitivo todos los efectos de la pena (y ya hemos visto hace un instante uno de sus efectos). Sólo elogios merece la reforma en este sentido (ver artículo 118).

Interdicción. Queda suprimida, en buena hora, esta pena que también suprimía el Proyecto 82 (art. 43) lo que obligará a modificar simultáneamente el Código civil (arts. 228 a 230)<sup>3</sup>.

Pena de privación del permiso de conducir. No puede ya imponerse con carácter definitivo (arts. 340 bis a) y 565).

Supresión del delito de conducción ilegal (art. 340 bis c). Se trata pues, de una descriminalización, manteniendo simplemente la ilicitud administrativa.

La multirreincidencia deja de existir y la pluralidad de condenas de faltas no transforma el hecho en delito (sigue en esto a los Proyectos del 80 y 82).

4º. Corrección de situaciones de injusticia, por deficiencias técnicas. En este sentido el artículo 15 bis, que se refiere a la actuación como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro, que responderá penalmente aunque no concurren en él y sí en la entidad o persona en cuyo nombre obra, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo. Reforma que trae su origen en el Proyecto 80 y que recogió también el Proyecto 82. Pensemos en los delitos de quiebra, entre otros, a los que se han referido los Profesores Rodríguez Devesa y Viladás.

---

2. Esta innovación se introduce ya en la Ley de Contrabando y lo siguió el Proyecto de 1982.

3. V. Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, Parte especial, 1980.

5º. Mayor precisión técnica. Por ejemplo, la legítima defensa que se reagrupa acertadamente en un solo número (art. 84, 5 y 6) supresión del número 8 del artículo 8 que pasa al artículo 6 bis b) (caso fortuito y fuerza mayor que evidentemente son una circunstancia eximente de responsabilidad criminal); la unificación de los estados pasionales en cuanto atenuantes de la responsabilidad criminal: la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semeiante entidad.

Se introduce el delito continuado, recogéndolo del Proyecto 80 (también el Proyecto 82 lo recogió siguiendo la dirección marcada insistentemente por la doctrina jurisprudencial y científica) (art. 69 bis).

En relación a la responsabilidad civil se reforma el artículo 20 sin apenas trascendencia práctica porque, en general, de los supuestos contemplados en dicho artículo (enajenación, minoría de edad, sordomudez, estado de necesidad, miedo insuperable) los casos de enajenación, minoría de edad y sordomudez que son los más frecuentes no terminan por sentencia sino por auto y el proyecto se refiere a las sentencias absolutorias. Por tanto será escasísima, creo, la efectividad de la reforma en este sentido. En cambio prescinde de la reforma introducida por el Proyecto 82, a mi juicio definitivamente importante (aunque sin duda debió ser equivocada porque no ha tenido excesivo eco, sino más bien amplias reservas), de que el Juez penal en determinados supuestos pueda, a pesar de la sentencia absolutoria penal, resolver el problema de la responsabilidad civil. (Pienso especialmente en los supuestos de imprudencia (arts. 565, 586-3 y 600, en relación con el 1902 del Cc. y el 39 de la Ley de 24 de diciembre de 1962). No tengo tiempo material de desarrollar esta idea, pero con los retoques oportunos (en este sentido se manifestó mi compañero Soto Nieto) creo que hubiera sido, mientras el proceso civil no se reforme, un acierto y que hubiera contribuido a dotar de mayor eficacia a la Justicia.

6º. Adaptación a la Constitución y a las leyes que lo han desarrollado. Supresión "formal" de la pena de muerte (art. 16 CE.). El efecto de mantener esta pena, aunque sea de forma residual, en el Código era muy negativo.

Eliminación del dualismo anacrónico y obsoleto de los presidios-prisiones (art. 14 CE.).

Inclusión de los delitos de injurias, calumnias o amenazas graves a las Instituciones constitucionales (art. 161.1).

Nuevo enfoque del tema de la libertad religiosa y su protección penal (arts. 205 y ss.) (art. 16 CE.). La supresión de la circunstancia 17 del 10 (lugar sagrado o dedicado al culto, según la redacción del Proyecto 82) es, en cambio, a mi juicio, de dudoso acierto porque los sentimientos religiosos, todos ellos, son dignos de especial protección.

Supresión de la distinción entre filiación legítima o ilegítima, autoridad marital, etc. Prácticamente todo ello estaba recogido en los Proyectos 80 y 82.

7º. Nuevas protecciones penales (consecuencia también, sin duda, de la Constitución):

Libertad Sindical y derecho de huelga. El nuevo artículo 177 bis dice: "Los que de cualquier manera impidieran o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del

derecho de huelga". Como se ve, se trata de la protección de la libertad sindical (arts. 7 y 28.1 CE.) y del derecho a la huelga (art. 28.2 CE.). En cualquier caso creo que está redactado con excesiva amplitud. Tal vez pudo decir: "Los que dolosamente impidan o gravemente limiten el ejercicio legítimo..." y, si acaso, añadir: "Cualquier otra restricción dolosa a estos derechos será castigada con pena de multa de 30.000 a 100.000 pesetas".

Protección al consumidor. El artículo 346 queda redactado así: el productor, distribuidor o comerciante que ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las Leyes o Reglamentos sobre caducidad o composición y pusiera en peligro la salud de los consumidores, será castigado con la pena de prisión menor y multa de 750.000 a 3.000.000 de pesetas.

En mi opinión (siempre modesta y que someto al más acertado criterio de cuantos me escuchan), el tipo penal construido por la reforma del 82 era más eficaz: 1) porque el Proyecto del 82 se refería no sólo a caducidad y composición, sino a cualquier otro requisito de análoga significación (por ejemplo envases) y no exigía peligro para la salud del consumidor. Sé que no es bueno echar mano de la analogía en el Derecho penal y menos en la Parte Especial, pero tal vez se pudo buscar otra fórmula de cierre de conductas merecedoras de reproche punitivo.

Como ya he anticipado y trataré de exponer con mayor detalle esta tarde, la des-criminalización y despenalización han de entenderse referidas no sólo al fenómeno de la menor incidencia del Derecho penal en los comportamientos sociales sino también en una nueva concepción global de los bienes dignos de protección punitiva. La defensa del consumidor, a la que el Consejo de Europa ha dedicado tan especial preocupación e inquietud, es un bien jurídico de primerísimo rango, digno de protección penal.

Medio ambiente.—El artículo 347 bis a) castiga al que contraviniendo las leyes<sup>4</sup> o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier naturaleza en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas que puedan perjudicar gravemente la salud de las personas, de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Me parece en principio acertada la redacción que a su vez es consecuencia de un mandato constitucional (art. 45 CE.).

Seguridad en el trabajo. El artículo 348 bis a) dice: "Los que estando legalmente obligados no vigilen o faciliten los medios para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad exigibles con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física...".

Tal vez hubiera sido mejor esta redacción: "Quienes estando legalmente obligados a hacerlo no tomen las medidas necesarias para que los trabajadores desempeñen su actividad con la seguridad exigible o no impidan el trabajo hasta que se hayan tomado, si se pusiere en peligro la vida o la integridad física o psíquica...".

8º. Nuevo enfoque de algunas figuras de delito.

---

4. Sáinz Cantero, José A., "Criminología de los fraudes de alimentos", en *Estudios penales y criminológicos*, VI, Universidad de Santiago de Compostela. Presentación del Profesor Fernández Albor, 1983.



Despenalización del aborto en determinados supuestos. En este sentido quiero, anticipadamente y de manera expresa, dar testimonio de mi mayor respeto a todas las opiniones.

El tema del aborto ofrece connotaciones de muy diversa naturaleza, de orden ético, médico, sociológico, político y por supuesto jurídico. Sólo después de una reflexión muy serena, respetuosa y tolerante con las posturas contrarias y de un cambio de impresiones amplio y sincero, estará el Derecho en condiciones de dar una solución equilibrada a los problemas que plantea.

Como anticipo a lo que ustedes tal vez puedan preguntarme, quiero señalar que en mi modesta opinión la protección de la vida humana, sea o no ésta independiente, debiera mantenerse siempre en el ámbito penal. Creo que son muchas las razones que apoyan esta idea. La descriminalización, que patrocino incondicionalmente, ha de seguir un orden, en función del lugar que ocupa en la jerarquía de bienes protegibles el bien discriminable y el ser humano, desde que es concebido hasta que muere, creo que está situado en los primeros lugares de la tabla penal.

Ahora bien, esta conclusión es perfectamente compatible con no desconocer la dramática situación de aquellas madres que se encuentran en situaciones muy graves por circunstancias de una u otra índole que todos cuantos hemos conocido y vivido la realidad penal apreciamos bien, que a ninguno puede pasarnos desapercibida y que el ordenamiento jurídico que, en definitiva, ha de ser regulación justa, y por consiguiente humana de la convivencia, no puede ni debe olvidar.

Creo que, en este sentido, hay que destacar tres aspectos importantes: 1) Que es imprescindible llevar a cabo una política de información seria y clara en orden a la planificación familiar. 2) Que la sociedad debe asumir la filosofía de la Ley de 13 de mayo de 1981, en relación con las madres solteras, a las que expresamente se refiere la Constitución española y a los hijos no matrimoniales (art. 39 de la Constitución); la situación actual es muchas veces resultado de hipocresías insostenibles: condenar el aborto y no acoger a las madres, solteras o no, que han dado a luz un hijo es absolutamente inaceptable, y 3) Debe agilizarse y dotársele de mayor efectividad al Instituto de la adopción.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, único en el que acaso mi modesta opinión puede tener algún valor, reitero mi punto de vista de dar solución al problema en la Parte General en función de una construcción más amplia y generosa del estado de necesidad, y tal vez, y en este sentido me he manifestado con anterioridad, dando entrada a la eximente de no exigibilidad de otra conducta, distinta de la seguida por el autor, sin perjuicio de un reajuste del sistema punitivo, y de la incorporación de una circunstancia atenuante muy privilegiada dentro del delito de aborto cuando se den determinados supuestos.

Centrando nuestro comentario en el Proyecto de Ley, y concretamente en el artículo 417 bis, nos permitimos indicar lo siguiente:

1º. El supuesto de grave peligro para la vida de la madre está comprendido en la circunstancia de exención de la responsabilidad criminal número 7 del artículo 8º del Código penal. La expresión "salud" nos parece, en cambio, ambigua y por consiguiente peligrosa. ¿Cómo se acredita el grave peligro? ¿Ante quién?

2º. En cuanto a este supuesto las dudas e inquietudes son aún mayores. Parece que el precepto exige: A) Que exista un delito de violación, presupuesto incontestable para que el aborto no sea punible. B) Que se haya denunciado, y C) Que se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación. Y preguntamos: ¿Qué sucede si se acredita que la denuncia se presentó falsamente? ¿Cómo se resolverán los supuestos de participación culposa por parte del médico? ¿Qué sucede con la superación del plazo?, (la observación es aplicable al supuesto siguiente). El problema de la no existencia de violación se planteó en la Comisión General de Codificación y uno de los Ponentes respondió que sería condenado por aborto una vez dictada la sentencia absolutoria. El problema, pues, parece que queda sin resolver.

3º. También es muy ambigua la expresión “graves taras físicas o psíquicas”.

Como indicaciones comunes a todos los supuestos anteriormente indicados podemos preguntarnos: ¿siendo el aborto un delito perseguible de oficio, en el que únicamente cuando concurren circunstancias excepcionales no es punible (es decir, tratándose de un supuesto de “excusa absolutoria”) (v. art. 18 Cp.), será necesario que los Tribunales decidan en cada caso si concurren o no tales circunstancias? La Ley no dice nada. ¿Será indispensable incoar un sumario en todo caso? ¿Qué sucederá en los supuestos de denuncias de familiares o no familiares? Pensemos que una mujer consiente (¿cómo se acredita el consentimiento?) en que se practique un aborto y como consecuencia de él, muere y sus padres, enterados de las maniobras abortivas, denuncian el caso estimando que no se dan los requisitos legalmente establecidos. ¿Le bastará al médico con la certificación de la denuncia y el acreditamiento del consentimiento?

También deberían estudiarse la incidencia del error en estos supuestos en función de la reforma a la que nos venimos refiriendo.

Delitos contra la propiedad.

Robo con violencia o intimidación en las personas. En el número 1 la muerte tiene que ser producida dolosamente; en el 4 se refiere al homicidio culposo (¿por qué en un caso se habla de muerte y en otro de homicidio?). Debiera unificarse la terminología y tal vez referirse en ambos casos a la muerte, sin más.

Robo con fuerza en las cosas:

La pena que se impone es la siguiente:

- Arresto Mayor: No excede de 30.000 pesetas.
- Prisión Menor: Sí excede (art. 505).

Son circunstancias agravantes (art. 506)<sup>5</sup> (las expresiones que utilizamos están resumidas):

1. Llevar armas u otros objetos peligrosos.
2. Realizar el hecho en casa habitada o sus dependencias.

---

5. Hay un error, sin duda material, porque la agravación no se produce como dice el artículo 506 a los efectos del artículo anterior. Tal vez debió decir: “son circunstancias que obligan a imponer la pena en su grado máximo, las siguientes...”

3. Asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo.
4. Contra oficina bancaria, recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra la persona que custodie el transporte.
5. Llevarlo a cabo en edificio público o dependencias.
6. Que se trate de cosas destinadas a un servicio público con grave perturbación o de cosas de primera necesidad si se produce situación grave de desabastecimiento.
7. Que se refiera a cosas de valor histórico, cultural o artístico (creemos que sería suficiente referirse al valor cultural) (art. 46 de la Constitución).
8. Que el hecho revista especial gravedad por el valor o los daños.
9. Si el delito coloca a la víctima o su familia en grave situación económica o se abusa de superioridad.

Penas: Si concurre la 1ª con la 2ª, 3. ó 4ª puede ponerse la pena superior en grado, es decir: Prisión Menor en el primer caso y Prisión Mayor en el segundo si excede.

Hurto: Se suprimen los números 2, 3 y 4 del artículo 514. Creemos que es acertado (Proyectos 80 y 82).

Penas:

- Arresto Mayor: Si excede de 30.000 pesetas.
- Si concurren dos o más circunstancias o una muy cualificada, la pena será de Prisión Menor.

Circunstancias agravatorias (también se expresan resumidamente):

1. Afectar al servicio público con grave perturbación del mismo o tratarse de cosas de primera necesidad si producen situación grave de desabastecimiento.
2. Referirse a cosas de valor histórico, cultural o artístico (v. lo dicho anteriormente).
3. Que el hecho revista especial gravedad por el valor o los perjuicios.
4. Que el delito coloque a la víctima o su familia en grave situación económica o que se haya realizado con abuso de superioridad.

Estafa: Se toma acertadamente la definición del Prof. Antón Oneca.

Penas:

- Arresto Mayor: Si el valor excede de 30.000 pesetas.
- Si concurren dos o más circunstancias o una muy cualificada: Prisión Menor.
- Si la 1ª ó 7ª con la 8ª (ésta aparece pues como superagravatoria): Prisión Mayor.

Son circunstancias agravatorias si el delito se lleva a efecto:

1. Alterando sustancia, calidad o cantidad de cosas de: a) primera necesidad, b) viviendas, c) otros hechos de reconocida utilidad social.

2. Simulación de pleito o fraude procesal análogo.
3. Con abuso de firma en blanco.
4. Con destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones o autolesiones para defraudar al asegurador o a un tercero.
5. Si coloca a la víctima en grave situación económica o si se abusa de superioridad.
6. Traficando sobre supuestas influencias o a pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos
7. Cuando los hechos revisten especial gravedad por el valor económico del delito.
8. Cuando afecte a múltiples perjudicados.

Observaciones:

1. Debería acaso haberse construido un catálogo unitario de agravaciones específicas en los delitos contra la propiedad.
2. El robo, resulta incomprensiblemente privilegiado. Las circunstancias de agravación pueden elevar la pena en el delito de robo, lo elevan necesariamente en los demás supuestos.
3. No es precisa (y en la deficiencia incurrió también el Proyecto 82) cómo se determinará la calificación de las agravantes.
4. No queda claro (y reiteramos que aquí el defecto ha de imputarse al Proyecto 82) el juego conjunto de las agravantes genéricas y específicas. ¿O es que en estos casos no actúan las primeras?
5. La expresión “múltiples perjudicados” que puede producir la elevación obligada a Prisión Mayor es muy ambigua y rechazable en función de su especialísima significación.

A todos estos problemas me referí en los Comentarios que formulé al Proyecto de 1982, en el que, como ya he dicho en varias ocasiones, tuve la satisfacción de intervenir muy activamente.

Drogas:

Respecto al tipo viene así establecido: “Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o las poseyeran con este último fin”.

En cuanto a la pena: serán castigados con Prisión Menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas cuando causen grave daño a la salud. Se impondrá la pena de Arresto Mayor, cuando sin concurrir las circunstancias del párrafo anterior (creo que hay aquí un error de redacción)<sup>6</sup> se trate de sustancias que no causen un daño grave, inmediato y eventualmente irreversible (art. 344).

---

6. Me parece que hay un error de redacción: “cuando sin concurrir las circunstancias del párrafo anterior”.

El delito se agrava, debiéndose imponer, conforme establece la reforma, las penas superiores en grado cuando la sustancia psicotrópica se difunda entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios.

Aparte del que creemos es error de redacción, arriba indicado, estimamos que falta una sanción económica en el segundo párrafo y que la elevación en grado debió referirse a menores de dieciocho años en todo caso y a la distribución en colectividades (¿por qué no en un centro de trabajo o en un hospital y sí en una Universidad, por ejemplo?).

9º. Otras innovaciones. En las que por razones de tiempo no podemos ya entrar, referidas por ejemplo a la posibilidad de adoptar determinadas medidas de seguridad en ciertos supuestos, a que el perdón sólo se puede otorgar en los delitos contra la honestidad antes de que recaiga sentencia en la instancia (art. 443, párrafos 4 y 5), etc.

10º. La actualización económica de las multas. Se elevan un 50 por 100 en general, de 20.000 pasan a 30.000; por ejemplo de 20.000 a 200.000 pesetas pasan a ser de 30.000 a 300.000 pesetas.

Y en los tipos penales que suben el doble aproximadamente: de 15.000 a 30.000 pesetas; de 30.000 a 50.000; de 150.000 a 250.000; de 300.000 a 500.000; de 1.500.000 a 2.500.000 pesetas.

#### IV. RESUMEN

Como síntesis muy apretada de cuanto queda dicho podríamos, tal vez, señalar lo siguiente:

Existe una excesiva imprecisión en los supuestos de medidas de sustitución del internamiento en los casos de enajenación, sordomudez o alteraciones en la percepción con grave alteración de la conciencia. Pensemos en los casos de muerte que sería calificada de asesinato, en supuesto de violación, etc. A mi juicio esta sustitución debería poderse hacer efectiva en los supuestos de delitos a los que correspondieran penas superiores a prisión menor; la supresión de la institución de la supresión de condena sin inscripción registral no me parece afortunada, tampoco la eliminación de los beneficios de redención a los presos preventivos (aunque la modificación ya anunciada de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación a la prisión provisional atenúe mucho sus efectos), el cierto confusiónismo que impera en la reforma de los delitos contra la propiedad, la relativa indeterminación o vaguedad de algunos tipos penales, la regulación del aborto no punible en los términos ya examinados, etc., son aspectos que estoy seguro que corregirán las Cortes Generales. También la no inclusión de la reforma del artículo 369 en relación con la negativa a obedecer un mandato constitucional me parece injustificada.

En cambio, creo que hay que elogiar sin reservas la configuración mucho más precisa y técnica del delito, permitiendo de esta manera, para decirlo en términos muy utilizados actualmente, una nueva lectura del libro II del Código penal, el mayor árbitro judicial, el menor rigor punitivo, las nuevas protecciones a bienes jurídicos de especial

significación, el nuevo enfoque, con los temperamentos ya indicados de los delitos contra la propiedad, etc., etc.

En definitiva, estoy convencido de que si entre todos ponemos al servicio de quienes en última instancia han de decidir, que son los Diputados y Senadores, nuestras inquietudes, nuestras reservas y apreciaciones, cada una desde su punto de vista, con profundo respeto hacia quienes no opinan como nosotros, podrá tener el legislador mayores elementos de juicio para acertar en su difícil pero trascendental tarea de legislar y de poner al día nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo en todo, en sus principios generales y en sus mandatos, con la Constitución<sup>7</sup>. En resumen el balance de la reforma es altamente positivo, pero exige retoques y recambios importantes, por acción u omisión.

Si se tuviera que hacer un esquema de observaciones al Proyecto, de forma todavía muy provisional por no haber dispuesto de tiempo suficiente para una más profunda reflexión, diría lo siguiente:

Artículo 1º No debiera decirse “no hay pena sin culpa ni dolo”, sino “no hay delito...” porque sin culpabilidad jamás puede hablarse de delito o falta.

Artículo 93. Debiera reconsiderarse la conveniencia de incluir la suspensión del fallo, conforme al Proyecto 80 o la suspensión de condena sin inscripción registral, como recogía el Proyecto 82.

Artículo 100. Estimamos injusto que el preso preventivo no pueda beneficiarse “ad cautelum” de la redención de penas por el trabajo.

Artículo 177 bis. Debiera configurarse como delito doloso.

Artículo 344. La agravación en el delito de tráfico de drogas debe aplicarse siempre que el destinatario sea una colectividad, cualquiera que sea la naturaleza de ésta.

Artículo 346. Debiera ampliarse su contenido e incorporarse medidas en el supuesto de producirse el delito dentro de una organización o empresa.

Artículo 348. Tal vez convendría una redacción más precisa.

Artículo 369. Debió seguirse la orientación del Proyecto de 1982, incluyendo la Constitución como norma básica, cuya defensa y respeto deben determinar la ausencia de responsabilidad criminal para quienes desobedecen órdenes que la contradicen directa y abiertamente.

Artículo 417 bis. Estimamos que debiera reconsiderarse porque su redacción es muy ambigua e imprecisa y pudiera acaso atentar al principio de legalidad que es, en definitiva, una manifestación muy importante de la seguridad jurídica.

---

7. López Rocha, Manuel Antonio, *O novo Código penal português* (algunas cuestiones de Política Criminal) Lisboa, 1983. En este importante trabajo en relación con el recientísimo Código penal portugués, destaca el autor la época de crisis en la que nace el Código y que el tema merecería ser tratado en profundidad al trascender en mucho las limitadas proporciones de un análisis sectorial a cargo de juristas y criminólogos requiriendo un esfuerzo colectivo y multidisciplinar.

Artículo 443. Debiera decirse expresamente que si el perdón se produce con posterioridad necesitará, oído el Ministerio fiscal, la aprobación del Tribunal.

Artículo 506. Corregir lo que me parece que es equivocada referencia inicial son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior... Determinar cuál es el efecto de la concurrencia de estas agravantes o de las agravantes genéricas. Precisar cómo debe declararse la naturaleza cualificada de una circunstancia de agravación y exigir su motivación. Si no se precisan estos efectos el confucionismo creemos sería más grave.

Artículo 514. Debe quedar claro que la multirreincidencia en las faltas no transforma jamás éstas en delito (cf. art. 587).

Artículo 515. Nos reiteramos, en general, a las observaciones del artículo 506.

Artículo 528. La agravación especial del inciso final debiera suprimirse en cuanto a sus efectos, por su indeterminación, o corregir su redacción.

Tampoco debiera olvidarse el problema que intentaba solucionar el Proyecto de 1982 de las absoluciones penales, cuando es procedente conforme al ordenamiento jurídico declarar una responsabilidad civil, lo que en la práctica conduce desgraciadamente, en muchas ocasiones, con toda seguridad, las más necesitadas de protección, a que las víctimas por la preocupación de iniciar un proceso civil, largo y costoso, no reclamen<sup>8</sup>.

---

8. Lógicamente el cabal entendimiento de este trabajo exige tener presente el Proyecto de Ley correspondiente.

Ruiz Vadillo, Enrique, *Algunas observaciones al Proyecto de Ley de reforma parcial del Código penal*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.

V. también *Interrupção voluntaria de gravidez*, Procuradoria Geral da Republica, Lisboa, 1982. Informe redactado por el Procurador General Adjunto D. Manuel Antonio Lópes-Rocha.

PAGINA A SUSTITUIR