

Consideración crítica en torno al Código Penal español (*)

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ

Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I.—El sistema de penas en el Código Penal (CP 1995). Valoración crítica. Las nuevas sanciones y sus substitivos penales. El arresto de fin de semana. La multa: el sistema escandinavo de los días-multa. Valoración crítica. Las medidas de seguridad. II.—Principales novedades en la parte general del CP 1995. Valoración crítica. Especial referencia a los delitos de omisión. La comisión por omisión en el CP 1995. III.—Principales innovaciones en la parte especial del CP 1995. Particular referencia a los delitos: contra la vida, la integridad corporal, la libertad, intimidad y propia imagen. Delitos contra el honor y contra la familia. Los delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. La utilización abusiva de la informática en el campo del Derecho penal. Otras innovaciones: Los delitos contra la ordenación del territorio y medio ambiente. Delitos contra la seguridad colectiva y contra la Administración Pública y de Justicia. Los delitos contra el orden público y defensa nacional. El sistema de faltas en el CP 1995. IV.—Disposiciones adicionales, transitorias y finales. Repercusiones procesales. Valoración crítica. V.—Consideraciones finales y valoración general.

(*) *Referencia al Título preliminar.* En el Título preliminar del CP 1995 se recogen —de forma más sistemática que en el anterior CP— los principios generales donde se asienta el de legalidad en sus diversas variantes: las garantías criminal (art. 1.1), penal (art. 2.1), judicial (art. 3.1) y de ejecución (art. 3.2) que en el antiguo CP estaban dispersas. Se mantiene el principio de irretroactividad, con excepción de la ley más favorable al reo, debiendo éste ser oído en caso de duda, y la prohibición analógica «in malam partem», cuando no se reconoce la aplicación «in bonam partem», aplicable sin embargo como circunstancia atenuante. Cabe la suspensión condicional de la pena si media petición de indulto. Sobre la cuestión *Vid.* MANZANARES, J. L., y CREMADES, J., «Comentarios al Código Penal», *La Ley - Actualidad*, Madrid, 1996, p. 5.

I

El Código Penal derogado en 1995 se remontaba a 1848 y, lógicamente, en él han tenido que llevarse a cabo numerosas reformas, aunque únicamente de carácter parcial y coincidiendo generalmente con los cambios políticos; si bien algunas de ellas de gran importancia, especialmente las que se realizaron a partir de la promulgación de la Constitución de 1978, como las de 1983 y 1989. Y es precisamente la necesidad de su adaptación a la Constitución el criterio que mantiene el legislador en el Código Penal (1).

El cambio más significativo tiene lugar, precisamente en el sistema de penas y medidas de seguridad. El CP anterior ofrecía un sistema de penas de larga duración teórica que luego no se correspondía en la práctica con su apariencia legal, junto a lo cual aparecían también penas de corta duración y automatismo en las reglas de aplicación (la llamada aritmética penal), así como una escasa y casi nula posibilidad de sustitución de unas penas por otras. En el CP 1995 están ahora formuladas por magnitudes o unidades de tiempo máximas o mínimas con la denominación común de prisión respecto de las privativas de libertad, y no por especies penales completas como en el texto legislativo derogado. Las circunstancias agravantes o atenuantes sitúan al juez en la mitad superior o inferior de la duración total de una posible pena, concediéndose a aquél un margen de decisión relativamente amplio. Se produce, además, una mayor comprensión para el ciudadano de las consecuencias jurídicas del delito, lejos de las viejas escalas graduales y de las complicadas reglas de determinación de la pena mantenidas en la anterior legislación punitiva (2).

En el sistema de penas se advierten numerosas e importantes diferencias en relación a los códigos penales anteriores. Lo primero que salta a la vista es la simplificación de las penas privativas de libertad que, según lo dispuesto en artículo 35, se reducen a las penas de pri-

Vid. además SERRANO PASCUAL. «Comentarios y notas al especial monográfico del Código Penal», pres. por J. A. Belloch Julbe, Tapia *PMD*, Madrid, 1996. Vid. también, VIVES, ANTÓN, T. S., *Comentarios al Código Penal*, (coord. Vives Antón), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 47 ss. y 62 ss.; ídem. QUINTERO OLIVAES-MORALES PRATS, «De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal»..., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 44 ss.

(1) Vid. Exposición de motivos del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre), Tecnos, Madrid, 1995, p. 3.

(2) Vid. «Exposición de motivos del Proyecto del Proyecto de Ley Orgánica de CP de 23 de septiembre de 1992», *BOCE*, Congreso de los Diputados, p. 7; QUINTERO OLIVARES, G., «Presentación a los comentarios al CP», cit., pp. 21 ss.

sión y arresto de fin de semana, junto con la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, que tendrá naturaleza leve o menos grave, según la que corresponda a la pena que sustituya, y que podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana. Tal responsabilidad subsidiaria no ha de exceder de un año de duración e incluso puede ser sustituida, de conformidad con el penado, por una sanción de nuevo cuño: los *trabajos en beneficio de la comunidad*, que el legislador estima como privativa de derechos.

La pena de prisión tiene una duración máxima de veinte años y mínima de seis meses (art. 36). Este límite máximo nos parece razonable, ya que el de treinta años establecido en el CP anterior al vigente venía siendo demasiado elevado y choca con el criterio mantenido por la moderna ciencia del Derecho penal que considera que una pena superior a 20 años puede producir un grave deterioro en la personalidad del recluso y sería contraria a lo dispuesto por el artículo 15 de la Constitución donde se prohíbe la aplicación de penas inhumanas (3).

La moderación de las penas, respecto al CP anterior, no supone ningún reblandecimiento del sistema punitivo, al suprimirse la llamada redención de penas por el trabajo que permitía reducir en un tercio la duración de la pena, abonándose un día de cumplimiento por cada dos de trabajo. Por consiguiente, una pena de prisión sólo dejará de cumplirse generalmente en una cuarta parte de la misma por la concesión de la libertad condicional.

El CP anterior obligaba en muchas ocasiones a los tribunales a imponer penas excesivamente elevadas que luego no se cumplían en la extensión señalada, por la aplicación de beneficios que, en la mayoría de los casos, quedaba confiada a los organismos penitenciarios con escaso o nulo control del tribunal, produciéndose así un desajuste entre el tiempo de duración de la pena impuesta en la sentencia condenatoria y su cumplimiento efectivo (4).

El beneficio de la redención de penas por el trabajo fue instaurado en nuestro Derecho por el Código franquista de 1944 para ser aplicado

(3) Cf. CEREZO MIR, J., *Consideraciones político criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992*. Lección inaugural del Curso Académico de MCMXCIII - MCMXCIV, Universidad de Zaragoza, pp. 10-11.

(4) *Vid.* Exposición de Motivos. Últ. cit. p. 5; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Prólogo a la Edición del Código Penal*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, p. 35, quien critica más contundentemente que el CP 1995 establezca sanciones superiores a los quince años como aniquiladoras de la personalidad. Confr. Además MAPELLI CAFARENA, B. - Terradillos Basoco, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Madrid, 1996, pp. 69 ss.

a los presos políticos procedentes de la guerra civil, extendiéndose más tarde a los demás penados (5). Tal solución, cuya razón de ser fue —en su momento— descongestionar las prisiones, es hoy contraproducente y su desaparición, ya propuesta en el Proyecto de 1980 (6), me parece un gran acierto del CP 1995.

El legislador parte del punto de vista de que la pena va a ser realmente cumplida, sin perjuicio de los beneficios penitenciarios que —en aras de la reinserción social— pueda y deba disfrutar el penado; en este sentido me parece positiva la reforma. Las funciones preventivas de la pena no dependen tanto de la severidad de la misma como de la eficacia y rapidez en la persecución del delincuente y de la certeza de su cumplimiento (7). La ciencia penal ha demostrado que la pena más cruel no es la más grave, sino la más inútil, la que encierra un sufrimiento más ineficaz (8).

A pesar de que la pena de prisión tiene un límite máximo de veinte años, en los supuestos de concurso de delitos, se establece que, excepcionalmente, pueda llegar a veinticinco o treinta, cuando el sujeto hubiera sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos estuviera castigado con pena de hasta veinte años o superior. Y esto, habida cuenta de que el CP 1995 suprime la redención de penas por el trabajo (art. 76 a y b). En esta misma línea de severidad se inscribe el artículo 78 que se ha llegado a calificar, sin exageración, de verdadero dislate, pues en tal precepto se dispone que si, a consecuencia de las limitaciones previstas para las distintas hipótesis concursales, la pena a cumplir resulta inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal, atendida la peligrosidad del penado, podrán acordar —eso sí, motivadamente— que los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refiera a la *totalidad de las penas* impuestas en la sentencia. Este precepto debe ser considerado como la traducción legislativa de la tan reiterada exigencia del *cumplimiento íntegro de las penas* para delitos como el terrorismo o el narco-

(5) Confr. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., anotada y puesta al día por J. J. Hernández Guijarro y L. Benítez Merino, Madrid, Akal, 1986, p. 553. La redención de penas por el trabajo, con antecedente en los «bonos de condena» del CP de 1928, realmente tuvo su origen en el Decreto de 28 de mayo de 1937, que concedió el derecho al trabajo a los prisioneros de guerra y presos por delitos políticos, organizándose posteriormente por el Patronato Central de redención de penas por el trabajo, e insertándose finalmente en el CP de 1944.

(6) Vid. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal, Ley Orgánica de 17 de enero de 1980, *BOCG*, Congreso de los Diputados, p. 660.

(7) Cf. BECCARIA, C., *De los delitos y las penas, con comentarios de Voltaire*. Trad. de J. A. de las Casas, Alianza Ed., Madrid, 1986, cap. XXVII, pp. 71-72.

(8) ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, cit. p. 514.

tráfico (9). Por todo lo expuesto, me parece loable la supresión en el CP 1995 de los polémicos artículos 94 y 364 del PCP de 1992, según los cuales, en los delitos relacionados con actividades de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y de tráfico de drogas, los beneficios penitenciarios que pudieran suponer acortamiento de la condena y el cómputo de tiempo para la concesión de la libertad condicional habrían de referirse siempre a la totalidad de las penas impuestas, sin tener en cuenta los límites máximos de cumplimiento fijados por el artículo 77 (hoy art. 76) para el concurso de delitos. La aplicación de los suprimidos artículos hubiera dado lugar a consecuencias injustas dada la distinta gravedad de las diversas conductas en cada uno de los grupos de delitos aludidos (v.g., drogas blandas y duras, pequeños o grandes traficantes, o en los delitos relacionados con bandas armadas y grupos terroristas que pueden ir desde el asesinato colectivo con el fin de subvertir el orden constitucional a la simple colaboración informativa o de ocultación de personas del art. 576.2) (10); asimismo, existen delitos de mayor gravedad que alguno de los citados, como el asesinato o la violación (hoy agresión sexual del art. 180, 1.º y 5.º del CP 1995). Por todo ello no parece coherente la postura de quienes pretenden restringir los beneficios penitenciarios a los autores de referidos delitos de terrorismo y narcotráfico, quizás por considerar que no son reinsertables, y no a los autores de otros delitos castigados con penas igualmente graves, como, por ejemplo, el asesinato de un niño mediante torturas (ensañamiento) (11).

Las disposiciones del artículo 78 del CP 1995 son aplicables a todos los delitos concurrentes que se corresponden con las penas mencionadas en el artículo 76 (v.g., asesinato, delitos contra la Corona, salud pública, rebelión, terrorismo, genocidio, etc.). Creo que el precepto —que roza la inconstitucionalidad— es consecuencia del viejo principio de *acumulación material de las penas* en el concurso de delitos. Tal vez sería preferible, sin perjuicio de atender debidamente las exigencias de la prevención general, abandonar tal principio y seguir, como en el Derecho comparado, el de *la exasperación de la pena del delito más grave*, lo que, por otra parte, es admitido por el CP 1995 en el artículo 77 para el caso de que un solo hecho constituya varias

(9) Cf. SANZ MORÁN, A., «El concurso de delitos en la reforma penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Servicio de Publicaciones del CGPJ, 1994, pp. 229-230.

(10) En el mismo sentido CEREZO MIR, J., *Consideraciones...*, cit., pp. 11-12. Ídem ROMEO CASABONA, C. M.ª, *El Anteproyecto de Código Penal de 1992. Presupuestos para la reforma penal*, Universidad de La Laguna, 1992, p. 11.

(11) Cf. GIMBERNAT, E., *Prólogo a la 6.ª edición del Código Penal*, LO 10/1995 de 23 de noviembre, Tecnos, Madrid, 2000, p. 25.

infracciones (concurso ideal) o un delito sea medio necesario para cometer otro (concurso real) (12).

Consideraciones de prevención general y una mayor gravedad de lo injusto han motivado al legislador a tratar más rigurosamente determinadas conductas que se estima atacan gravemente bienes jurídicos fundamentales para la convivencia y que afectan al individuo, a la sociedad o a la defensa del Estado social y democrático de Derecho. Por ello las penas aplicables a estos hechos pueden sobrepasar el límite de los veinte años que el texto legal señala para las penal privativas de libertad, si bien dicho texto precisa que esto suceda *excepcionalmente*. Así, por ejemplo, cuando en el asesinato concurra más de una circunstancia agravatoria, la pena de prisión puede alcanzar los veinticinco años y exceder del máximo en la violación del núm. 5 del artículo 180, si concurren dos o más circunstancias. Del mismo modo –para los delitos contra la Constitución– en la rebelión puede la prisión alcanzar los veinticinco años para los promotores o jefes principales, o los treinta si se utilizan armas o se ejercitan violencias graves; a los veinticinco años en el homicidio del Rey o incluso a los treinta si concurrieren circunstancias agravantes, ampliándose –quizá excesivamente– el tipo a todos los miembros de la familia real. En los delitos de terrorismo puede llegar a los treinta años si se causa la muerte de alguna persona (art. 572. 1.º) y superar los veinte en los de traición y genocidio (arts. 583. 1.º y 607. 1.º del CP 1995).

Es evidente que el legislador ha puesto aquí el acento sobre la prevención general –en su vertiente intimidatoria–, y amplía la duración de las penas –particularmente en determinados delitos– con excesiva largueza, quizás no tanto por la especial gravedad de algunos de ellos como por su repercusión social, como es el caso de los cometidos por bandas armadas y organizaciones terroristas (13). Pero no obstante la evidente gravedad de estos delitos y la excepcional severidad de las penas, no me parece que quepa excluir en principio, sin más, la posibilidad de que consideraciones de prevención especial operen en el tra-

(12) Vid. SANZ MORÁN, A., *El concurso...*, cit., pp. 230-231.

(13) Se trata de una forma de criminalidad organizada aunque con finalidad política, muy difícil de controlar penalmente y cuya novedad más importante en el CP del 95 (independientemente de la reciente LO de 28 diciembre del 2000 que introduce nuevos tipos penales reformando tanto el CP como la tan reciente Ley de Responsabilidad penal del Menor) resulta ser la exigencia de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, quizá con objeto de eliminar cualquier atisbo de connotación política en este tipo de delincuencia, ya que los delitos de terrorismo se excluyen del Principio de no extradición que rige para el delito político (Vid. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 83-84).

tamiento penitenciario para los autores de este tipo de delitos, mediante la individualización de la pena en cada caso particular, ya que el principal –aunque no único– fin de las penas privativas de libertad es el de la reeducación y reinserción social a la que se refiere el artículo 25.2 de la Constitución de 1978. Obviamente, habida cuenta de que exista posibilidad de la misma.

Mientras que en los preceptos aludidos, el CP 1995 pone excesivo énfasis en la prevención general, en otros, por el contrario, se atiende con exceso a la prevención especial en desdoro de la general y de la necesidad de reafirmación del ordenamiento jurídico. Razones de prevención especial aparecen, por ejemplo, en la posibilidad de sustituir las penas de prisión que no excedan de un año e incluso de hasta dos años, si bien en este último caso debe tratarse de delincuentes no habituales, por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate (14). Tal extensión parece excesiva, aunque sea facultativa del tribunal.

El límite mínimo de seis meses de duración para la pena de prisión me parece elogiable, pues implica la supresión de las penas cortas privativas de libertad, lo que ha sido objeto de numerosas críticas desde hace más de un siglo, a partir de Von Listz y su *Programa de Marburgo* (15). Y ciertamente este tipo de penas desarraigan al delincuente de su ámbito familiar, son estigmatizadoras, no inocuizan y son ineficaces –por su corta duración– respecto de su resocialización (16).

La pena de arresto de fin de semana es otra innovación dentro del CP 1995 en el que es considerada como una pena corta privativa de libertad, si bien al ser de cumplimiento discontinuo evita el desarraigo del delincuente y la influencia corruptora del ámbito carcelario. Su-

(14) Vid. CEREZO, J., *Consideraciones...*, cit., p. 12.

(15) Von LISTZ, F., «Der Zweckgedanke un Strafrecht», en *ZSTW*, 2, 1983, pp. 1 ss. Sobre el tema en cuestión NAUCKE, «Die Kriminalpolitik der Marburger Programs», en *ZSTW*, 94, 1982, pp. 525 ss.

(16) ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, cit., p. 561, Ídem LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 66-67. MIR PUIG, S., «Derecho Penal, Parte General», *PPU*, Barcelona, 1985, pp. 636-37. Aunque en el Derecho alemán la pena privativa de libertad de corta duración se ha reducido, no ha sido, sin embargo, eliminada. Se admite como pena sustitutoria en caso de impago (arts. 38, II, 48 inc. 2, *StGB*) y como arresto penal frente a militares (arts. 9-12 *WStG*). JESCHECK, H. H., *Derecho Penal II*, Trad. S. Mir Puig y Fco. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 1066, afirma, sin embargo, que el sistema penal no puede prescindir de la pena privativa de libertad de corta duración, que puede ser indispensable por razones de prevención especial o para la defensa del ordenamiento jurídico. Vid. además JESCHECK, H. H., «Die Freiheitstrafe und ihre surrogate in deutschen und auslandischen Recht», en *Die Freiheitstrafe in rechtsveirgleichender Darstellung*, Baden Baden, 1989, pp. 1939 ss.

pone una aflicción totalmente distinta de la prisión y parece apta para establecer un equilibrio entre las penas cortas privativas de libertad y la multa. Tiene una duración de treinta y seis horas y equivale a dos días de privación de libertad, pudiendo imponerse, como máximo, veinticuatro fines de semana, salvo que lo sea como sustitutiva de la pena privativa de libertad (art. 37). Sin embargo, además de que el campo de aplicación de esta pena es excesivamente amplio, su aplicación práctica planteará graves dificultades si no existen los Centros penitenciarios a los que la Ley alude (art. 37.2) en el lugar de residencia del penado, o los medios adecuados para el cumplimiento del arresto (17). Esto podría ser subsanado en parte si se permitiera —en estos casos— la aplicación al arresto de fin de semana de la suspensión condicional de la pena, ya que ésta es aplicable a las penas cortas privativas de libertad y el arresto de fin de semana es, sin duda, una pena corta privativa de libertad (18).

La polémica doctrinal respecto al arresto de fin de semana no parece afectar a la nueva configuración de la pena de multa, que goza, en general, de gran aceptación. Con arreglo a este sistema la pena de multa mediante cuotas diarias, semanales o mensuales. El número de cuotas está en función de la gravedad del delito (de la medida de lo injusto y de la culpabilidad) y su cuantía en función de la capacidad económica del delincuente, lo que me parece razonable. La duración mínima será de cinco días y la máxima de dos años, si bien los tribunales determinarán la extensión de la pena teniendo en cuenta la situación económica del reo, así como otras circunstancias personales, pero deben hacerlo motivadamente (art. 50.5.º). Se establece, además una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que a su vez pueden ser cumplidas en arresto de fin de semana (art. 53) y también —previa conformidad del penado— por trabajos en beneficio de la comunidad (posibilidad no prevista por el PCP de 1992), lo cual parece apropiado (art. 53.2) (19).

(17) Vid. CEREZO MIR, J., *Consideraciones...*, cit., p. 22; Vid. además HIGUERA GUMERA, «La pena de arresto de fin de semana», *CPMJ*, Madrid, 1982, pp. 51 ss.

(18) Cf. JESCHECK, H. H., «Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», en *Estudios Penales y Criminológicos VIII*, Univ. de Santiago de Compostela, 1985, p. 18. Ídem STILE, «Neue italienische Kriminalpolitik nich dem Strafrechtsreformengesetz», vom. 1981, *ZSTW* 96, (1984), pp. 87 ss. El arresto de fin de semana surge por vez primera en el PCP de 1980. Sobre la dificultad de su aplicación práctica Vid. CEREZO MIR, J., *Consideraciones...*, cit., p. 25. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.-FERRÉ OLIVÉ, J. C. Y SERRANO-PIEDecasas, J. R., *Manual de Derecho penal, parte general, III*, Praxis, Barcelona, 1994, p. 49.

(19) Sobre la pena de multa, Vid. BERISTAIN IPIÑA, A., *La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad*, III, J Pr. DP, Univ.

El CP 1995 no introduce, sin embargo, entre los sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad la suspensión del fallo, que se inspira en el sistema de *probation* anglosajona en la que, una vez declarada la culpabilidad del reo (*conviction*), se suspende la condena para someterle a prueba durante un cierto tiempo. La introducción de la suspensión del fallo sería deseable, pero tropieza con graves dificultades procesales en nuestro Derecho, ya que no existe la división del proceso en dos fases (*conviction* y condena) y no se puede interrumpir el proceso, sino que una vez comprobada la culpabilidad del reo ha de pronunciarse la condena (20). El CP 1995 ha optado por la inclusión en la tradicional suspensión condicional de la pena (la mal llamada «condena condicional», donde lo que se suspende es la ejecución de la pena, no la condena) de elementos propios de la *probation* anglosajona con lo que se llega así a una especie de figura híbrida a la que se da el nombre de «suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad» (art. 80 CP 1995) (21). Se introduce así la posibilidad de que el juez imponga al reo determinadas reglas de conducta durante el período de suspensión, v.g., prohibición de acudir a determinados lugares, de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial, obligación de comparecer ante el tribunal o realizar otros deberes que éste les imponga (22). Se establece así, aunque tímidamente, el trata-

de Santiago de Compostela, 1976, pp. 29 ss. LANDROVE DÍAZ, G., *Ob. cit.*, pp. 188 ss. RODRÍGUEZ RAMOS, L., «El sistema de días multa en el PCP», en *La Ley* núm. 13, 1980.

(20) La suspensión del fallo fue una de las principales novedades, junto con la tradicional suspensión condicional de la pena, en el PCP de 1980 y se mantuvo con modificaciones en la Propuesta de Anteproyecto de 1983. La suspensión del fallo es una opción sostenida sobre todo en el sistema inglés y norteamericano de *probation*. Las dificultades del proceso español para establecer una distinción entre suspensión del fallo y suspensión de la ejecución de la pena han propiciado las reticencias en la doctrina a la hora de manifestarse en pro de la viabilidad de la suspensión del fallo (Vid. NÚÑEZ BARBERO, R., *Suspensión condicional de la pena y Probation*. Universidad de Salamanca, 1970, p. 37. Vid. además DE SOLA DUEÑAS, *Alternativas jurídicas a la pena de prisión*. Barcelona, 1988, p. 88. Ídem. BARBERO SANTOS, M., «La división en dos fases del proceso penal», en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1972, pp. 197 ss.

(21) NÚÑEZ PAZ, M. A., «Alternativas a la pena privativa de libertad: Suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena», en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 155 ss. MAPELLI CAFFARENA B. - TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 1994, pp. 86-87. MAQUEDA ABREU, M. L., *Suspensión condicional de la pena y «probation»*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pp. 229-234. CEREZO MIR, J., *Consideraciones...*, cit., p. 33.

(22) En relación al Derecho alemán Vid. JESCHECK, *Alternativas...*, cit., p. 14, Vid. artículos 132.40 a 133.53 del *Nouveau Code Pénal* francés y artículo 56 del *StGB* (Código Penal alemán) en los que se prevé la posibilidad de que el tribunal imponga

miento en libertad y se aumenta hasta dos años las penas sobre las que es posible aplicar la suspensión. Por supuesto, no se tienen en cuenta las anteriores condenas imprudentes, si bien este punto no es novedoso, pues había sido ya considerado en reformas anteriores (23). Todas estas medidas deben estar orientadas a evitar la reincidencia y favorecer la reinserción del condenado bajo suspensión, cumpliéndose de este modo el mandato constitucional.

Las medidas de seguridad, antes diseminadas entre el CP y la polémica Ley de Peligrosidad Social, prácticamente inaplicada y que modificó negativamente la vieja Ley de Vagos y Maleantes, se establecen y catalogan por vez primera en el CP 1995 como es constitucionalmente exigible. Al igual que en los Proyectos de 1980 y 1992 se establecen solamente medidas de seguridad no predelictuales, sino postdelictuales; lo que quiere decir que sólo se aplican a aquellas personas cuya peligrosidad se haya puesto de relieve a través del delito cometido y no con anterioridad. Por consiguiente, tales medidas deberán vincularse a la peligrosidad criminal y no a la social, como en la Ley de Peligrosidad citada, pues ello supondría la anticonstitucionalidad de tales medidas (24).

El CP 1995 mantiene el criterio de que la duración de las medidas de seguridad privativas de libertad no puede exceder de la pena que hubiere sido impuesta al autor del hecho en caso de que hubiera sido declarado responsable criminalmente, lo que no me parece acertado. La medida de seguridad, a diferencia de las penas, ha de ser proporcionada a la peligrosidad del sujeto, no a la gravedad del delito; lo que no quiere decir que no pueda operar necesariamente tal limitación en los supuestos de los semiimputables peligrosos a los que se refiere el artículo 104 del CP 1995 para las eximentes incompletas, pero no para los supuestos de irresponsabilidad plena del artículo 21 (art. 101.1.º). Si bien el legislador palía en parte el problema, al establecer que el sometido a la medida no pueda abandonar el establecimiento donde esté internado sin autorización del tribunal (art. 101.2). Esto no significa que no deba establecerse un límite máximo de duración de las medidas

al delincuente tareas o reglas de conducta (obligaciones e instrucciones) o que disponga que se le preste la ayuda por medio del auxiliar de prueba (*Bewährungshelfer*). En nuestro Derecho es positiva la referencia al juez de vigilancia a cuyo control queda sometido el delincuente. *Vid.* además artículo 92.4 del PCP de 1980.

(23) *Vid.* artículo 93.7.º CP derogado, reformado en 1983. Confr. GARRIDO GUZMÁN, L., «Nuevas perspectivas de la remisión condicional de la pena», en *Comentarios a la Legislación penal. La reforma de CP de 1983*, Ed. Revista de Derecho privado, tomo V, vol. I, pp. 526-527.

(24) *Vid.* ROMEO CASABONA, C. M.ª, *El Anteproyecto...*, cit., pp. 12-13.

de seguridad privativas de libertad. Pero tal limitación, particularmente en el caso de internamiento en centros psiquiátricos, debe estar en relación con el tiempo que dure el tratamiento, no con la hipotética pena que habría podido ser impuesta al delincuente si hubiera sido considerado responsable criminalmente (25).

Las medidas pueden ser privativas de libertad, como las de internamiento en un centro psiquiátrico o de deshabitación (arts. 100 y 101 CP 1995), o restrictivas de libertad —por un tiempo de hasta cinco o diez años, según los casos, en centros médicos o socio-sanitarios— como la obligación de residir en un lugar determinado, la prohibición de hacerlo, o bien la privación del derecho a la conducción de vehículos; algunas de las cuales no se diferencian, en principio, de las obligaciones o «tareas» que el juez puede imponer en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o de algunas de las privativas de derechos (v.g., el art. 39 d.). El tratamiento en un centro de terapia social a la que alude el CP 1995 —como medida no privativa de libertad— me parece acertado; no así el que no figure entre las privativas de libertad el internamiento en centro de custodia para los delincuentes peligrosos habituales. *Habitualidad* que el CP 1995 no define, como hacía el PCP de 1992 (art. 73), aunque sí la *reincidencia*, sustituyendo acertadamente el término «Capítulo» por el de «Título» (art. 22. 8.ª del CP 1995).

El CP 1995 ha regulado, además, ampliamente la responsabilidad civil dimanante del delito. La anterior regulación resultaba ya anticuada e insuficiente; si bien el articulado actual es quizás demasiado abigarrado y prolijo. Más, de todos modos, es loable la amplitud con que se trata lo relativo a la responsabilidad solidaria y subsidiaria tanto de las empresas aseguradoras como de las sociedades mercantiles y de los entes públicos en general (26).

Es evidente que, a pesar de las críticas que el CP 1995 puede y debe recibir desde la óptica político-criminal, en lo que al nuevo sistema de penas y medidas de seguridad se refiere, ha supuesto un considerable avance sobre los textos punitivos anteriores y, en consecuencia, el ba-

(25) Vid. CEREZO MIR, J., *Consideraciones...*, cit., p. 36. Ídem MANZANARES, S. J. y CREMADES, J. J., *Comentarios...*, cit., pp. 50 ss.

(26) Vid. MANZANARES, S. J. y CREMADES, J. J., *Comentarios...*, cit. El artículo 118 al referirse al artículo 14 parece equiparar el error de tipo invencible y de prohibición, si bien tales errores pueden afectar no sólo a autores y a cómplices. Los nuevos artículos 120 y 121 del CP 1995 actualizan la responsabilidad civil subsidiaria que alcanza a padres, tutores, titulares de medios de comunicación o de establecimientos donde se cometa el delito y personas dedicadas a la industria y al comercio, Estado y demás entes públicos.

lance ha de estimarse necesariamente positivo. El problema fundamental va a radicar sobre todo en la dificultad de aplicación en la práctica de algunas de las nuevas sanciones y de sus substitutivos penales, por ejemplo, en el arresto de fin de semana o en los trabajos en beneficio de la comunidad, o bien en el cumplimiento de determinadas obligaciones impuestas al delincuente en la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena. Igualmente en el tratamiento de los delincuentes en las nuevas medidas de seguridad. Todo lo cual supone la obtención de las necesarias dotaciones presupuestarias para crear o habilitar centros o instituciones, medios y personal adecuados para que estas nuevas sanciones puedan resultar realmente eficaces en beneficio del delincuente y de la sociedad (27).

Por último, si bien es cierto que el artículo 25.2 de la CE establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social...», éste no es, sin embargo, el único fin de las penas privativas de libertad, ni de la pena en general. La pena se propone fines preventivos que miran al futuro: busca la «resocialización» del delincuente, pero además de los objetivos de prevención especial, trata de lograr otro que debe ser concebido, en principio, como *ejemplaridad* y sólo en segundo término como *intimidación* (especialmente para determinados delitos), no ya tan sólo en el delincuente, sino en los demás ciudadanos, y con ello se consigue la prevención general. Quizás habría que distinguir, en principio, dos momentos –aunque coordinados entre sí–: aquel en que las normas penales se dirigen a los ciudadanos con finalidad de prevención general y el momento ejecutivo (o penitenciario en las penas privativas de libertad) de la sanción, en el cual deberá aplicarse en virtud de consideraciones de prevención especial. Pero la pena supone, también, un castigo, un sufrimiento para el delincuente, al que se le priva de importantes bienes jurídicos (libertad, patrimonio, derechos) aunque no sea ésta su finalidad (28).

Creo, por tanto, que el legislador mantiene en el CP 1995 una teoría unitaria de la pena. La CE se limita a señalar uno de los fines –la reinserción social–, pero no es éste el único, ya que de otro modo no se podría cumplir la función fundamental del Derecho penal que es la *protección de los bienes jurídicos*. En la «Exposición de Motivos» del PCP de 1992 se estimaba obvio que la pena cumple múltiples funciones, pues «la Constitución ciñe la reeducación y la reinserción a una

(27) Vid. DE LA CUADRA, B., «El nuevo Código Penal ante la hora de la verdad», en *EL PAÍS*, 19 de mayo de 1996, p. 18.

(28) Vid. CEREZO MIR, J., *Consideraciones...*, cit., p. 8.

orientación de la misma que no excluye, sino que da por supuestos otros fines de aquélla...». Y en este sentido también se ha manifestado reiteradamente el TC (29).

II

El CP 1995 no hace mención expresa de la culpabilidad, como hacía el PCP de 1980. Se limita a establecer en el artículo 10 que «son

(29) Las teorías unitarias aún dominantes, aunque con importantes diferencias de matices entre sus mantenedores consideran la retribución como esencia de la pena pero estiman que ésta tiene al mismo tiempo fines de prevención general y especial. Vid. JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrecht, Allgm. Teil* 3.ª ed., pp. 49 ss., *Tratado de Derecho penal, Parte General*, I, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 108 ss.; ídem. *Tratado de Derecho penal*, Trad. De la 4.ª ed. Por J. L. Manzanares, Ed. Comares, Granada, 1995, pp. 66 ss.; más reciente JESCHECK, H. H.-WEIGEND, Th., *Lehrbuch des Strafrecht*, 5.ª Aufl., Duncker & Humbold, Berlín, 1996, pp. 71 ss. Vid. además ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, cit., p. 510-511. Sin embargo, mantiene en realidad una teoría relativa de la pena en cuanto afirma que la proporcionalidad entre el delito y la pena es una exigencia de ejemplaridad que constituye para él la manifestación más importante de la prevención general. (Vid. ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena* (Lección de apertura Curso 1944-45), Universidad de Salamanca, p. 93 ss. donde incluye la retribución en la prevención general; en el mismo sentido «Die modernen Straftheorien in dem lateinschen Ländern», *ZSTW*, 80, 1968, pp. 456-458).

MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, cit., pp. 3 ss. y 54 ss., distingue entre el concepto de la pena y su justificación que se basa en la protección de los bienes jurídicos a través de la prevención. MUÑOZ CONDE, F., *Adiciones al Tratado de Jescheck*, cit., I, pp. 111-112, justifica la pena por su necesidad aunque en la fase judicial la limita con un criterio retribucionista. Ídem MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 46-47. En sentido análogo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho penal, Parte General*, Tomo I, Praxis, 1994, pp. 64-67, se adhieren a la postura anterior formulando el principio de culpabilidad en el sentido de atribuibilidad por ser el sujeto motivable, y consideran que dicho principio, con independencia de que no encuentre formulación expresa en el Texto Constitucional, puede considerarse implícito.

En la ciencia penal española, un sector aún minoritario mantiene una teoría relativa o utilitaria de la pena: GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal? y El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 108 ss. y 146 ss., respect.; ídem LUZÓN PEÑA, D.M., «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», *CPC*, núm. 16, 1982, pp. 93 ss.

En realidad, particularmente en la doctrina alemana, se afirma que el punto de partida hoy defendible sólo puede ser de tipo preventivo (Teoría unificadora de la pena), vid. Por todos, ROXIN, C., «Derecho penal», *PG, I*, Trad. De la 2.ª ed. Alemana por Luzón Peña-Díaz García Conlledo-De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 95 ss.

delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley», en forma análoga a lo que el CP derogado especificaba en su artículo 1.º. Sin embargo, puede existir dolo o imprudencia y no haber culpabilidad al concurrir una causa de exculpación, como ocurre, por ejemplo en el miedo insuperable o en el error de prohibición (30). El legislador, al no aludir expresamente a la culpabilidad, parece querer soslayar la actual polémica en la que un importante sector de la doctrina penal, aunque minoritario, pone en entredicho la categoría jurídica de la culpabilidad como fundamento o límite de la pena, y basa ésta en razones de prevención general y especial (31).

Pero no resulta fácil renunciar a la culpabilidad, al menos como límite de la pena, y mantener luego sus consecuencias, como es la exclusión de la responsabilidad objetiva (32).

Sin embargo, el legislador en el CP 1995 parte del principio de culpabilidad (reprochabilidad) para excluir la responsabilidad criminal a quien, por causa de anomalías o alteraciones psíquicas (enajenación mental), «no pueda comprender la ilicitud el hecho o actuar conforme a esa comprensión» (núm. 2 del art. 20), aunque un importante sector de la doctrina considera indemostrable que el sujeto haya podido o no actuar de otra manera (33).

El CP 1995 suprime además la vieja atenuante de preterintencionalidad, contraria al principio de culpabilidad y en virtud de la cual se sancionaba, v.g., por homicidio (intención de matar) con la atenuante de no haber tenido intención de matar; si bien cabe reconocer que el antiguo CP paliaba la cuestión del resultado más grave que el pretendido, exigiendo al menos la culpa respecto de aquél, solución, así todo, insatisfactoria. Por ello la supresión me parece acertada.

(30) Vid. CEREZO MIR, J. *Consideraciones...*, cit., p. 15. Ídem. MANZANARES, S. J., y CREMADES, J. J., *Comentarios...*, cit., p. 4. Para SERRANO PASCUAL, *Comentarios al CP*, cit., p. 30 en el CP 1995 se establece el principio de culpabilidad aunque sólo de forma indirecta.

(31) GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?», cit., pp. cit.

(32) Vid. ROXIN, C., *Strafrecht, Allg. Teil, Band 1*, Verlag C.H.Beck, München, 1992, pp. 540 y 551. BACIGALUPO ZAPATER, E., «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», *La Ley* núm. 434, 1982, pp. 1-3, señala cómo el principio de culpabilidad podría derivarse (como señaló el TC alemán) del Estado de derecho, si bien estima que las consecuencias de tal principio tiene rango constitucional con independencia de que la culpabilidad sea o no fundamento de la pena.

(33) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Prólogo...*, cit., p. 29 quien se adhiere a la tesis no de que el autor haya podido actuar de otra manera para fundamentar la «culpabilidad», sino en la accesibilidad a la motivación por la norma penal, habida cuenta de la imposibilidad en el caso concreto de demostrar si el autor tenía libertad para actuar o no de otra manera.

Es altamente positivo, a mi juicio, que el CP 1995, inspirado también en el principio de *intervención mínima*, establezca –por vez primera– el principio de la *excepcionalidad* en el castigo de los delitos imprudentes (34). El artículo 11 dispone que «las acciones y omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley»; suprimiéndose así el antiguo artículo 565 del CP derogado, incompatible con el principio de certeza y donde se sanciona el delito imprudente de manera general. Por consiguiente, el homicidio o las lesiones imprudentes sólo se castigarán cuando vengan expresamente determinadas en la ley, ya que no todos los delitos son incriminados por imprudencia, v.g., el hurto, robo o bigamia sólo son punibles en su forma dolosa, y existen dudas respecto de las falsedades documentales, aunque me inclino a creer que tampoco. Es igualmente positivo y loable que los actos preparatorios, conspiración, proposición y provocación se castiguen no en relación a cualquier delito, como hasta ahora, sino tan sólo en los casos especialmente previstos en la ley, que sólo se aplica para hechos punibles especialmente graves, v.g., delitos contra la vida (art. 141), detención ilegal (art. 103) o rebelión (art. 477), lo cual es lógico puesto que los actos preparatorios son equívocos y únicamente debe estar justificada su punición por la importancia de los bienes jurídicos protegidos penalmente y amenazados por tales actos (35).

Debe señalarse también como novedoso que el viejo concepto de la frustración queda incluido en el de tentativa, a la que el legislador define como dar inicio a la ejecución del delito, practicando todos o parte de los actos que deberían objetivamente producir el resultado, aunque éste no se produzca por causas ajenas a la voluntad del autor (art. 16.1). Definición que parece menos incorrecta que la mantenida

(34) Vid. NÚÑEZ BARBERO, R., *El delito culposo*, Universidad de Salamanca, 1975, pp. 75 ss. Vid. también, ROMEO CASABONA, C. M.ª, «Los delitos culposos en la reforma penal», en *ADPCP*, 1990, p. 442 ss., ídem ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.ª, «La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo», en *ADPCP*, 1984, pp. 322 ss. y JAKOBS, G., *Das Fährlosigkeitdelikt*, IX Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Teherán, 1974, esp., p. 38 ss. Vid. asimismo, SERRANO PASCUAL, *Comentarios al CP*, cit., p. 33. Vid. además «Exposición de motivos del PCP de 1980», *BOCG*, p. 180.

(35) Vid. «Exposición de motivos del PCP 1992», cit., p. 5. Los Códigos penales más autoritarios han castigado de modo general los actos preparatorios mientras que los más liberales han limitado la punición de estas figuras a ciertos casos determinados en la Parte especial (1848, 1870, 1932 y PCP 1980 y 1992). La apología del delito ha quedado reducida en el CP 1995 a la del terrorismo, con lo que hacer apología de cualquier delito que no sea éste, por grave que fuera, no será típica ni –por lo tanto– punible. Vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, «Nuevo Código penal comentado», *EDR*, Madrid, 1996, p. 49, quien afirma que la apología sólo será delictiva como forma de provocación.

por el PCP de 1992 (art. 17.1), al introducir el término «dar principio a la ejecución»; mas no plenamente convincente, porque también podría decirse que si se hubieren realizado «todos» los actos que «objetivamente» deberían producir el resultado, tendría que haberse producido la consumación. De todos modos pienso que, a pesar de las posibles «incorrecciones» definitorias, es de alabar la inclusión de la «frustración» dentro del concepto de tentativa, sobre la base de que la conducta del autor pueda acercarse más o menos a la consumación, siquiera sea subjetivamente (36).

Debe valorarse asimismo de manera positiva que el CP 1995 deje de considerar el encubrimiento como forma de participación «*post delictum*», como hacía el CP anterior (art. 17), para tipificarlo exclusivamente como delito autónomo (arts. 45 ss.); lo cual es razonable, pues en la ayuda posterior al delito nos encontramos ante un delito contra la Administración de Justicia, y en el aprovechamiento lucrativo de éste estaremos ante un delito de receptación (arts. 298 a 300); si bien el CP 1995 amplía excesivamente esta última figura de complicada sintaxis y confuso casuismo, lo cual dificulta –sin duda– la interpretación, tanto en relación a los hechos como a las diversas posibilidades de aplicar las diferentes penas y medidas a las que alude (37).

No parece, sin embargo, convincente el impreciso concepto de *autor* que se define en el párrafo 1.º del artículo 28 y en el cual se incluye de modo incompleto la autoría mediata (38).

Tampoco parece congruente la noción que se da del *error*, ya que, una de dos, o se escoge la tradicional posición de la doctrina y la jurisprudencia del error de hecho y del error de derecho, o la más moderna del error de tipo (el autor no sabe lo que hace) y el error de prohibición (el autor sabe lo que hace pero no conoce su ilicitud), que fue acogida ya después de la Reforma de 1983 por el CP ahora derogado. Hoy, por contra, parece que se alude de un lado al error de hecho (error sobre un hecho constitutivo de infracción penal), y de otro al error, no ya de derecho, sino al de prohibición (error sobre la ilicitud del hecho), pues aplica la tesis de la culpabilidad en el caso del error vencible (art. 15, 2

(36) NÚÑEZ BARRERO, R., *El delito imposible*, Salamanca, 1963, *Vid.* además FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa del delito*, Bosch, 1986, pp. 268-270. No está prevista la punición de la tentativa inidónea o delito imposible.

(37) El núm. 1 del artículo 451 CP 1995 excluye el ánimo de lucro en el auxilio a los autores o cómplices. De concurrir aquél estaríamos ante un delito de receptación del artículo 228 CP 1995, que regula el favorecimiento con ánimo de lucro a los responsables de un delito contra el patrimonio o socioeconómicos previstos en el Título XIII del CP 1995.

(38) *Vid.* MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, cit., pp. 318 ss.

y 3). Se produce de esta forma una especie de «batiburrillo dicotómico», aludido acertadamente por algún autor (39).

Considero, no obstante, elogiable la supresión entre las circunstancias eximentes de la de obrar violentado por una *fuerza irresistible*, ya que falta en estos casos, cuando el sujeto es mero instrumento de otro que lo utiliza, la acción penal (40). Igualmente, la inclusión entre las agravantes de los motivos racistas, ideológicos o religiosos con lo que el CP 1995 se pone de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución (41).

Es de igual forma positiva la definición que de la agravante de reincidencia da el CP 1995, al aludir a que el culpable haya sido condenado ejecutoriamente, con antelación, por un delito comprendido en el mismo «Título» del Código Penal y no en el mismo «Capítulo» —como incorrectamente establecía el CP anterior— y simplifica, además, la definición al referirla a «delitos de la misma naturaleza» (art. 22, 8.º) (42).

La nueva regulación que eleva la edad penal a los dieciocho años, excluye a los jóvenes delincuentes —entre dieciséis y dieciocho años— del ámbito del Derecho penal, y sólo podría valorarse positivamente si fuera acompañada de la creación de una ley penal juvenil y de tribunales especiales para jóvenes delincuentes, como en otros países de nuestro entorno cultural; pues los actuales Tribunales de menores no parece que sean adecuados ni posean los medios suficientes para controlar una delincuencia que crece incesantemente (43). (En prensa este artículo, se produjo la entrada en vigor de la nueva Ley 5/2000 de Res-

(39) Vid. GIMBERNAT, E., *Prólogo al CP*, cit., p. 40.

(40) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Prólogo al CP*, cit., p. 33.

(41) El artículo 16.1 CE garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los españoles sin más limitaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público. El CP 1995 amplía un tanto reiterativamente esta circunstancia introducida recientemente en el CP anterior (Ley 4/1995 de 11 de mayo).

(42) Se da un concepto más restringido de la reincidencia (propia o específica), en cuanto a los que han de entenderse por delitos de la misma naturaleza, deberán a mi juicio ser aquellos que afecten al mismo bien jurídico. Vid. SERRANO PASCUAL, M., *Comentarios y notas al monográfico del CP*, cit., p. 41, ídem VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código Penal*, cit., pp. 83-84.

(43) Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1993, p. 140. Hay que tener en cuenta que esta norma ha entrado ya en vigor, una vez aprobada la Ley penal del menor, según establece la disposición final 7.ª CP 1995, aplicándose a los hechos realizados por los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho los artículos 9.3 y 65 CP derogado, preceptos declarados subsistentes por el apartado 1 a. de la disposición derogatoria; solución que no parece satisfactoria (Vid. Circular núm. 2/1996 de 22 de mayo sobre Régimen Transitorio del CP 1995, de la Fiscalía General del Estado, en *Actualidad Penal*, núm. 26, junio, 1996).

ponsabilidad Penal del Menor que establece que a partir de los 14 años y hasta los 18 (art. 19) –excepcionalmente hasta los 21 (art. 69)– se exigirá la responsabilidad penal conforme a la citada Ley, que se caracteriza por su talante garantista y preponderantemente educativo, salvo excepciones, en las medidas que han de imponerse. No se excluyen medidas de carácter más aflictivo en la aplicación de la citada Ley, como son el internamiento en centro cerrado o el acondicionamiento de su aplicación a los mayores de 18 años, o la duración de la medida en función de la gravedad y la naturaleza del delito. Algunos graves sucesos protagonizados recientemente por menores de 18 años han planteado problemas de orden social en relación con la aplicación de la Ley, y hay que hacer hincapié en que, a pesar de la positiva finalidad de la misma, ésta debía haber ido acompañada de un sistema de infraestructura adecuado (44).

Otra novedad del CP 1995 es el tratamiento de los delitos de comisión por omisión. En los Códigos penales anteriores no existía un precepto general que previese tales conductas.

Sabido es que la ciencia penal dominante distingue los delitos de omisión propia y omisión impropia, llamados también de comisión por omisión. Los primeros se agotan en la no realización de una acción exigida por la ley, v.g., omisión del deber de socorro (arts. 195-196 del CP 1995), omisión de perseguir delitos (art. 407) y de auxilio (art. 412). En los segundos (de omisión impropia) se impone al autor (*garante*) el deber de evitar un resultado tipificado en la Ley (el guardaguasas que conscientemente deja de cambiar las agujas y produce el accidente de ferrocarril y la muerte o lesiones de varias personas). En este caso se imputa al garante (guardaguasas) la producción del resultado lesivo por omisión igual que si lo hubiera causado por una acción. El artículo 11 del CP 1995 equipara la acción a la omisión cuando exista una especial obligación legal o contractual de actuar o cuando el autor haya creado una situación de riesgo (*teoría de la injerencia*). El problema radica en cuándo puede afirmarse que existe una posición de garante: El CP 1995 sigue aquí la vieja teoría formal del deber jurídico de un

(44) Confr. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., pp. 416-417. Vid. Texto completo de la Ley en *Código Penal*, 6.ª edic. actualizada, apartado 8, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 555 ss.

Se hacía, sin duda, necesaria la cracción de un Derecho penal juvenil al modo, v.g., de la *Jungerichtsgesetz* (JGG) –Ley de Tribunales de la juventud de 1974 alemana–, tarea, sin duda, loable, pero que debe ir unida a la creación de una infraestructura de los Centros de cumplimiento de las medidas y sanciones a menores y, muy esencialmente, de personal idóneo para el cumplimiento de la Ley (Cf. CEREZO MIR, *J. Curso de DP, PG*, cit., 5.ª ed., p. 145).

lado y la de la injerencia o del actuar precedente, de otro. Pero no basta que exista el deber formal, pues una cosa es que el deber exista y otra muy distinta la imputación del resultado. De otro lado, la actuación precedente no es aplicable en determinados casos, v.g., el sujeto que conduciendo prudentemente atropella a quien voluntariamente se coloca ante las ruedas del coche, y huye posteriormente (45). Las posiciones anteriores, mantenidas por el CP 1995 han sido sometidas últimamente al fuego cruzado de la crítica, sustituyéndolas por otros criterios más modernos y en los que desempeña un papel importante la creación o aumento de riesgo atribuible a su autor y no, por ejemplo, a la víctima, y que aquél no sólo sea ajeno al peligro, sino que sea responsable del mismo y quede éste bajo su control. No, v.g., cuando la víctima pueda ser socorrida por otras personas. Debe haber, por tanto, una dependencia personal del bien jurídico protegido —como la vida o la integridad corporal— respecto del causante del peligro (46).

Quizás hubiera sido preferible una disposición genérica, análoga a la que establece el artículo 13 del Código Penal alemán (*StGB*), donde se dispone que «el que omite evitar un resultado previsto en el tipo penal, no será punible más que si está legalmente obligado a evitar la realización de ese resultado y si la omisión equivale a la acción». Sería, por tanto, la doctrina científica la que debería precisar los supuestos en que el especial deber de evitar el resultado lesivo habría de atribuirse al autor omitente (47).

No se especifica siquiera, a pesar de que el CP 1995 parece adoptarla —al menos parcialmente— la discutible tesis de la injerencia, la po-

(45) Cf. MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, cit., p. 269.

(46) Vid. KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gottingen, 1959, pp. 283 ss.; ídem *Unterlassung und Vorsatz, Festschrift für H. von Weber*, 1963, pp. 207 ss.; ESER, A., *Strafrecht, II*, 2.^a ed., 1976 (*Zur Studienkurs*) núm. 25, A 49 ss.; WESSEL, J., *Derecho penal, Parte General*, trad. C. A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 213 ss. Vid. también BACIGALUPO, E., *Delitos improprios de omisión*, Temis, Bogotá, 1983, pp. 143 ss.

(47) Vid. MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, cit., p. 256.; TORIO LÓPEZ, A., «Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión», en *ADPCP*, 1984, p. 703. Vid. Además, GIMBERNAT ORDEIG, E., «Causalidad, omisión e imprudencia», en *ADPCP*, 1994, III, pp. 25 ss.; ídem, críticamente al CP de 1995, el mismo autor, «Prólogo...», cit., pp. 25-26, donde pone de relieve que «según la voluntad objetiva de la Ley y conforme a una interpretación integradora y conjunta de todo el CP, el criterio de la posición de garante ni es decisivo, ni tampoco exclusivo...», Sobre el problema, Vid. Sobre todo SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

Sobre la problemática de la omisión, Vid. también, SERRANO PIEDECASAS-FERNÁNDEZ, J. R., «Crítica formal del concepto de omisión», en *ADPCP*, III, 1993, pp. 981 ss.

sibilidad de atenuación de la pena, como ocurre en otras legislaciones, ya que el contenido de culpabilidad es normalmente superior al del hacer positivo, pues requiere mayor energía criminal llevar a la práctica mediante una acción activa la resolución de delinquir (48).

III

En relación a los delitos en particular, el CP 1995, siguiendo la pauta de los Proyectos de 1980 y 1992, comienza por los delitos contra la vida, como máximo bien jurídico de la persona, tipificando después todos aquellos hechos punibles que tienen por objeto bienes jurídicos fundamentales de naturaleza individual, y posteriormente trata los delitos contra la colectividad (sociedad, Estado y comunidad internacional); lo cual no significa que el legislador haya dado una mayor importancia a los bienes jurídicos individuales que a los colectivos, sino que las figuras más simples deben preceder a las más complejas para una mejor comprensión de estas últimas (49).

En los delitos contra la vida y la integridad física, que analiza el Libro II, desaparece la específica incriminación del parricidio e infanticidio, sin duda, formas agravadas o atenuadas del homicidio y donde puede y debe operar —en su caso— la circunstancia mixta de parentesco. No me parece, sin embargo, convincente la desaparición de la premeditación en el asesinato, no obstante las críticas de un sector doctrinal a esta agravante, si se demuestra una mayor reprochabilidad del autor (50).

Destaca también como novedoso en relación al homicidio consentido, el reconocimiento de la eutanasia activa directa. El legislador establece un tipo privilegiado en el supuesto de muerte a petición de la víctima en casos extremos (enfermos sin curación presa de padecimientos insufribles) y que exigen un tratamiento penal muy atenuado (penas inferiores en uno o dos grados a las de cooperación en el suici-

(48) Vid. § 13 *StGB*; Confr. JESCHECK, H. H., *Derecho penal*, II, cit., p. 389.

(49) Vid. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, cit., p. 168-169 y Adic. Éste es el sistema seguido por la mayoría de los Códigos Penales europeos, v.g., el alemán, austriaco y suizo entre otros.

(50) Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal*, cit., p. 141. Vid. también DIÉZ RIPOLLÉS, J. L. Y GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 120, sostienen que la premeditación debe mantenerse como agravante de apreciación facultativa cuando revele una mayor reprochabilidad.

dio o ejecución de la muerte) (art. 143.4 CP 1995) (51). Se trata, por tanto, de una fórmula —la recogida en el CP 1995— moderada, equilibrada y no despenalizadora.

No se parece muy acertada la desaparición en el CP 1995 de las causas exculpatorias de la interrupción consentida del embarazo —dejando sin embargo vigente en este punto el antiguo CP (art. 417 *bis*)— que el CP derogado había regulado para adecuarlas a la Sentencia del TC de 11 de abril de 1985 (52). Parece más lógico que la ley punitiva fundamental regule los supuestos de despenalización por motivos terapéuticos (peligro para la salud física o psíquica de la madre), éticos (violación) y eugenésicos (graves taras físicas o psíquicas para el feto). El sistema fue seguido por el PCP de 1992, que incluía, además, entre las indicaciones por motivación ética, la inseminación artificial no consentida (art. 153).

En realidad, las indicaciones despenalizadoras del aborto abordan casos límite, fórmulas más o menos amplias con base en el estado de necesidad (conflicto de intereses) y que el CP anterior recogía, añadiendo determinadas garantías señaladas en la referida Sentencia del TC (53).

Persiste dentro del CP 1995, lógicamente, la punición del aborto no consentido por la mujer, o consentido por ésta fuera de los casos permitidos por la ley con punición optativa entre prisión o multa para la mujer. Me inclino en este caso por la última opción. Finalmente, al

(51) De lo cual se deduce la práctica impunidad de la eutanasia pasiva, de la indirecta y la ortotanasia (desconexión de la máquina que mantiene con vida al enfermo). Cf. GARCÍA VALDÉS, C., *El proyecto de nuevo Código Penal de 1992*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 20-22. ROMEO CASABONA, C. M.^a, «La eutanasia en el Derecho comparado y en el Código Penal español», en *Eutanasia hoy, un debate abierto* (S. Urraca, ed.), Ed. Noesis, Madrid, 1996, p. 234, califica de acertado el planteamiento del CP 1995, y pone énfasis en que el fundamento de la atenuación para la figura de la eutanasia radica en el consentimiento —menor reproche a la culpabilidad del autor— junto con el móvil altruista de la acción, con lo que la figura *atenuadísima* sólo se daría si los elementos objetivos concurren junto a los subjetivos.

Formulaciones análogas a la del CP 1995 aparecen en los principales Códigos penales europeos, v.g. Código Penal alemán (§ 216 *StGB*), austriaco (§ 77 *StGB*), suizo (§ 114 *StGB*) o portugués (art. 134 CP).

(52) Permanece así el artículo 145 del CP 1995 como una especie de ley penal en blanco. Parece que los casos permitidos por la ley a que se refiere el citado artículo, siguen siendo los del artículo 417 *bis* del CP derogado que a estos efectos sigue vigente. Cf. SERRANO PASCUAL, M., *Comentarios...*, cit., p. 124. Ídem MANZANARES, J. J. y CREMADES, J., *Comentarios...*, cit., p. 64.

(53) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Ob. cit.*, p. 23, sobre el conflicto de intereses y análisis de la STC de 15 de abril de 1985. Vid. NÚÑEZ BARBERO, R., «Significación trascendencia actual del sistema romano de la "portio mulieris" en el aborto consentido», en *ADPCP*, Tomo XLIII, 1990, pp. 126-127 y 136 ss.

desaparecer la punición genérica del delito de imprudencia, se sanciona a quien imprudentemente cause un aborto, pero no a la mujer embarazada cuya conducta imprudente no es punible, lo cual me parece acertado.

Las lesiones habían sido ya actualizadas en la reforma de 1989. Parece que una nueva reforma no tendría mucho sentido sin que las circunstancias hubieran variado de forma importante, lo que no parece haya sucedido (54). A pesar de todo, el CP 1995 ha modificado —si no sustancialmente, sí de forma importante— algunas tipologías, realizando ampliaciones o suprimiendo conductas o palabras que no sólo no aclaran, sino que pueden producir confusión al intérprete, v.g., las «mutilaciones», que —en algunos casos— parece sustituir por el término «pérdida», o incluir dentro de las «inutilizaciones» en otros. Se atenúan, además, las lesiones consentidas y se amplían algunas conductas por la necesidad de incluir los actos preparatorios y las lesiones imprudentes, así como un mayor arbitrio del juez a la hora de optar por la sanción aplicable. De todos modos, aparte de la inclusión de las lesiones consentidas e imprudentes, así como de los actos preparatorios de manera específica, no me parece que fuese tan necesaria la reforma en este punto, y no es extraño que un sector autorizado de la doctrina acuse al legislador de «*penelopismo*» legislativo (tejer y destejer), lo que incide de modo negativo para la seguridad jurídica del ciudadano (55).

En cambio, se incluyen las lesiones graves producidas en el feto y se exonera de pena a la embarazada cuando aquellas son producidas imprudentemente por ésta (art. 158 del CP 1995) (56). Es también

(54) Vid. BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 93 ss. Vid. además, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 87 ss. p. 118; y PÉREZ ALONSO, E., «El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma», *ADPCP*, 1990, pp. 609 ss.

(55) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo...», cit., p. 40. También Vid. Exposición de motivos PCP de 1992, cit., p. 9.

La relevancia del consentimiento en el CP no supone, sin embargo que pueda ser causa de justificación. El consentimiento determina únicamente una atenuación de la pena salvo excepciones como son los supuestos de trasplantes de órganos, esterilización o cirugía transexual. Vid. CARBONELL MATEU, J. C.-PRATS CANUT, J. M., *Observaciones generales sobre el CP de 1995*, cit, pp. 78-79; ídem. CEREZO MIR, J., *Curso de DP*, cit., pp. 142-143, quien parte del principio opuesto: relevancia del consentimiento en las lesiones, salvo que éstas fueran ético-socialmente reprobables.

Vid., sobre el tema del consentimiento, esencialmente: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El consentimiento en las lesiones, veinte años después», en *Libro homenaje al Prof. Barbero Santos*, en prensa.

(56) CUERDA RIEZU, A., «Nuevas técnicas genéticas y derecho penal», *ADPCP*, 1988, p. 712, señala la importancia de la salud en las distintas etapas del desarrollo

novedad la inclusión de los delitos relativos a la manipulación genética con diversos fines (arts.159-162), v.g., la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, lo que me parece, en principio positivo, por su repercusión ético-social y su trascendencia negativa en un futuro próximo, dadas las posibilidades de abuso (57).

La imprecisión del legislador en relación a la protección de las víctimas de malos tratos con la finalidad de evitar tales ataques contra la integridad corporal y que, en un número importante de casos, han supuesto incluso la pérdida de la vida, ha obligado a la modificación de determinados artículos del CP y de la LECr que han tratado de subsanar la laguna legal; aunque, a mi juicio, de modo insuficiente dada la proliferación progresiva de tales conductas en la actualidad y su indudable repercusión social.

Así, v.g., el artículo 153 del CP sanciona a quien habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o quien haya estado ligado a él de forma estable por análoga relación de afectividad (58).

Respecto de los delitos contra la libertad sexual se emplea de manera amplia y confusa el término «agresión sexual» para incluir diversas conductas, desnaturalizando, además, el tradicional concepto de violación y rebajando las penas respecto de supuestos sancionados con mayor gravedad en el CP anterior, en un momento en que, dada la actual repercusión social de estos delitos, tal rebaja ha de ser vista de modo negativo por la colectividad (59). De otro lado, dentro de los

genético, ya que una lesión al ser engendrado puede permanecer en el parto y persistir desde entonces, siendo necesaria, por lo tanto, la previsión de un delito que prohibiera las lesiones en un ser engendrado y no nacido, al menos para los casos de las lesiones dolosas. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *ob. cit.*, pp. 28-29.

(57) Vid. ESER, A., «Genética humana desde la perspectiva del derecho alemán», *ADPCP*, 1985, pp. 347 ss. y p. 362. El artículo 169 sanciona la inseminación artificial no consentida sin definirla, por lo que se deduce que el tipo prevé cualquier método por el cual aquella se realice artificialmente en el cuerpo de una mujer. Cf. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código Penal...*, cit., p. 162.

(58) Vid. Artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 153, 617 y 620 CP modificados por LO 14/1999 de 9 de junio.

(59) El Capítulo I del Título VIII del CP 1995 recoge dos tipos básicos de agresión sexual propiamente dicha caracterizada por la violencia e intimidación (art. 178) y la antigua violación propia (existiendo también violencia e intimidación) a la que se equiparan las agresiones sexuales que consisten en la introducción de objetos (art. 179) y un tipo cualificado por determinadas circunstancias (art. 180). El término violación, de arraigo secular en nuestra legislación, clarificado por la doctrina y la jurisprudencia, ha desaparecido inexplicablemente de nuestro derecho punitivo, que también disminuye la pena correspondiente a la violación (acceso carnal o penetración bucal o anal) respecto del CP anterior. Vid. SERRANO PASCUAL, *Comentarios...*, cit., p. 145.

tipos agravados hay conductas dispares y confusas, tanto en relación a los medios como a las personas y relación de parentesco o tipos abiertos, como cuando la «violencia o la intimidación tengan un carácter degradante o vejatorio (art. 180.1), de muy difícil prueba e interpretación». Tampoco se alude, en el caso de la agresión sexual, a los menores de doce años de manera expresa para las formas agravadas, y sí, en cambio, en las conductas relativas a abusos sexuales.

Debe recalcar además que la sustitución de la pena privativa de libertad por multa —en el caso de abusos sexuales semejantes al estupro— parece menor para mayores de doce años, salvo acceso carnal o penetración de otro tipo (agresión sexual), resultando —a mi juicio— excesivamente atenuatorio y en gran parte de los casos en desacuerdo con el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y su sanción (arts. 181 a 183 del CP 1995). Sin duda existe diferencia entre un adulto y un niño de trece años que queda «cuasi» desprotegido por la disposición referida. Pensemos, por ejemplo, en el caso en el que el autor realice el delito prevaliéndose de superioridad manifiesta (art. 181.3 del CP 1995). Si bien hay que reseñar que la Reforma de la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril ha subsanado en buena parte tal anomalía legislativa al proteger más adecuadamente tales supuestos.

En el CP derogado se sancionaban los ataques sexuales consentidos contra los menores de doce años y, por tanto, los abusos sexuales cometidos sobre menores de trece años y menores de doce quedaban impunes, acudiéndose por los Tribunales en estos casos al tipo de corrupción de menores, quienes quedaron desprotegidos al suprimirse inadecuadamente este delito en el texto de nuestro actual Código. La nueva LO del 99 parece, como señalé anteriormente, haber subsanado algunos la laguna legal, al sancionar tales supuestos con la pena de prisión de tres años, pudiendo llegar hasta los diez en el caso de que tal agresión conlleve el acceso carnal (60).

Finalmente, el delito de acoso sexual, en el que el legislador parece haber querido abarcar todos los supuestos posibles extendiendo exageradamente el tipo, debe ser mirado con cautela, no sólo por las dificultades probatorias, sino por la posibilidad de abusos en el futuro, para buena parte de los casos (61).

(60) *Vid.* artículos 181.2 y 180.1, 3.º y 4.º, en relación con el artículo 179 CP, tras la Reforma de la LO de 30 de abril de 1999.

(61) En la legislación anterior sólo estaba prescrito respecto de funcionarios, ahora se regula de forma general (solicitud, prevalimiento y amenaza). Además, en los Capítulos IV y V se elimina el exhibicionismo ante mayores de edad y se sancionan las conductas relativas a pornografía y la utilización de menores con miras pornográficas.

También aquí, con mayor razón que en los delitos de lesiones, una buena parte de la doctrina científica acusa al legislador de 1995 de ese llamado «penelopismo» legislativo. La reforma legislativa de 1989 había introducido un régimen penal totalmente distinto al que hasta entonces había estado en vigor, y sólo seis años después el legislador decide dar un tratamiento sustancialmente diverso, cambiando los criterios básicos que habían informado la reforma de 1989 (62).

Señalar finalmente que la Ley de 1999 tipifica la comercialización de la pornografía infantil tan tristemente de moda en nuestros días; nuevo fenómeno delictivo y que el legislador de 1995 no previó o no supo abordar en la redacción del CP. La reciente reforma, al modificar la legislación actual, protegiendo la indemnidad y dignidad de los niños, contribuye a evitar la expansión de la moderna y degradante industria en este campo, generadora además de pingües y repugnantes beneficios económicos (63).

Dentro de los delitos contra la libertad (Título VI), el secuestro aparece como una forma agravada de detención ilegal, dada la insuficiencia de aquél para captar determinadas acciones, lo que me parece positivo, como también la atenuación de la pena respecto del CP anterior en el caso de quien no da razón del paradero del detenido o secuestrado, pero el tipo, aunque atenuado respecto de la legislación anterior, no deja de constituir un vestigio de responsabilidad objetiva. Pensemos que se castiga —o puede castigarse— con la misma pena que el homicidio, y no deja de tratarse de una presunción que puede ser destruida por la prueba en contrario de la aparición del secuestrado, presuntamente desaparecido, cuando el autor del secuestro haya sido ya condenado.

El delito de chantaje sigue formando parte del delito de amenazas condicionales; si bien de manera específica, y excesivamente ampliificada, el legislador ha considerado prevalente el ataque a la libertad sobre el ataque al patrimonio en aquellos casos en los que el que amenaza exige una cantidad de dinero o recompensa (art. 171.2 y 3 del CP 1995), parece acertada la atenuación para el amenazado de denuncia por la presunta comisión de un delito (64).

(62) Cf. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo...», cit., pp. 40-41, quien ve además graves inconvenientes a la hora de aplicar estos preceptos con sustrato reciente, distinto y con posibilidad en muchos casos de llegar en casación al TS, dada la modificación de las normas procesales en la Disposición Final 1.ª del CP 1995.

(63) Vid. GIMBERNAT, «Prólogo», cit., pp. 18-19, quien considera tales delitos semejantes estructuralmente al delito de receptación, aparte del ataque brutal que supone a la libertad del niño.

(64) Díez RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Delitos contra los bienes fundamentales*, cit., p. 226-227.

En el texto de 1995 la intimidad aparece por primera vez encabezando un Título del Código Penal (Título X), consecuencia del proceso de autonomía que ha experimentado este derecho que constituye uno de los fundamentos del sistema democrático. Y si bien este derecho de la personalidad puede ceder en ocasiones ante el derecho a la información por imperativo del interés público, según ha manifestado el TC, los tipos que integran el Título X del CP marcan un mínimo irreductible que es contenido del derecho a la intimidad recogido en la Constitución (art. 20.4) y que en estos casos prevalece frente a otros derechos con los que pueda colindar.

Los artículos 197 y 198 sancionan la revelación de secretos respecto de documentos personales o familiares o su apoderamiento con esa finalidad, y protege el secreto de las comunicaciones al sancionar la interceptación de telecomunicaciones y la utilización de artificios técnicos de escucha o cualquier otra señal de comunicación en defensa del derecho a la intimidad. Se cumple así el mandato constitucional, ya que la Ley Fundamental garantiza en el artículo 18.3 el secreto de las comunicaciones. Ciertamente cabe también aquí la posibilidad de que una resolución judicial restrinja este derecho, pero salvo estas excepciones, el secreto de las comunicaciones habrá de constituir un obstáculo para que puedan –en su caso– ser utilizadas como medio de prueba (65).

La actual tecnología electrónica e informática permite obtener datos e informaciones sobre las personas, lo que puede significar, si se emplea abusivamente, un grave ataque a la intimidad de aquéllas. Por ello es acertada la decisión del legislador de incluir tales conductas, por vez primera, en el CP 1995 con el fin de proteger la intimidad frente a las agresiones perpetradas mediante el empleo o manipulación abusiva de tales técnicas.

Es por tanto novedad del Título X, en el descubrimiento y revelación de secretos, la inclusión del delito informático al sancionar conductas que suponen apoderamiento, utilización, modificación o alteración de datos reservados (personales o familiares) que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos o el acceso indebido a los mismos con o sin fines lucrativos, incluyendo como sujetos pasivos a las personas jurídicas. La introducción del delito en estos supues-

(65) Vid. LUCAS MURILLO, P., «La protección de datos personales ante el uso de la informática», *RFDUC*, núm. 15, Madrid, 1990. Vid. también, ROMEO CASABONA, C., «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», en *Poder Judicial* núm. 31, sep. 1993, pp. 163 ss. Ídem. BUENO ARÚS, F., «El delito informático», en *Actualidad Informática Aranzadi*, abril 1994, p. 2.

tos, como en otros que afectan a distintos bienes jurídicos (patrimonio, fe pública, seguridad, etc.), me parece positivo, no tanto el abigarrado y exagerado casuismo y el afán de prever todas las posibles conductas nocivas, lo que puede producir efectos negativos en la interpretación y comprensión de algunas tipologías (66).

El CP 1995 en el artículo 199 tipifica la violación del secreto profesional, esto es, el deber de guardar silencio ante las informaciones que puedan ser calificadas de secretas o confidenciales conocidas a través del ejercicio de una profesión, cargo u oficio. Es el caso de los abogados, médicos, sacerdotes, informadores, etc. El citado artículo tiene su paralelismo en el artículo 24.2 de la CE en el que se releva de la obligación de declarar por razón de secreto profesional sobre hechos presuntamente delictivos. Tanto el secreto profesional de abogados como el de los médicos tiene el carácter de derecho/deber, mientras que el de los informadores tiene el carácter de derecho y deber sólo desde una perspectiva deontológica (67).

Es de señalar que el CP 1995, no obstante la ampliación de la protección del domicilio que realiza, no ha previsto, sin embargo, la intromisión al mismo mediante artilugios tecnológicos (teleobjetivos, grabadoras, etc.), en la que no es necesaria la entrada personal en aquél para invadir la intimidad del titular, de la misma forma que ocurre en otros ordenamientos jurídicos (68).

Los delitos contra el honor se distinguen en el CP 1995 de los delitos contra la propia imagen, tratándolos el legislador en Títulos diferentes (X y XI), y presentan un parentesco que se deduce de la propia proximidad que la tutela constitucional concede a ambos derechos fundamentales y que se ha plasmado incluso en su unificación en la vía civil a través de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, pero ello no supone que en la vía penal se una en un mismo Título la protección de bienes jurídicos que son, en gran medida, diferentes. Ciertamente la imagen puede tener un valor de uso patrimonial, pero ello no impide que prevalezca, sobre todo, el bien jurídico intimidad (69).

La verdad es que aunque en el Título X del Libro II del CP 1995 se alude, junto a los delitos contra la intimidad, al «derecho a la propia imagen» y a la «inviolabilidad del domicilio», sólo existe una referencia indirecta en el artículo 197.3 del CP 1995 que alude a la difusión,

(66) Vid. Exposición de Motivos PCP de 1992, cit., p. 10, ídem MANZANARES, J. J. y CREMADES, J., *Comentarios...*, cit., pp. 85-86.

(67) Respecto a la inviolabilidad del domicilio se tipifica el allanamiento del domicilio de las personas jurídicas.

(68) Vid. MANZANARES, J. J. y CREMADES, J., *Comentarios...*, cit., p. 91.

(69) Vid. Exposición de Motivos PCP de 1992, cit., p. 10.

revelación o cesión a terceros de datos o imágenes a que se refieren artículos anteriores, contrariamente a lo establecido por el PCP de 1992, que incorporaba un Capítulo dedicado a los «delitos contra la propia imagen», y un artículo —el 201— en el que se sancionaba al que utilizaré la imagen de otra persona sin su consentimiento con fines profesionales, comerciales o utilitarios (70).

En los delitos contra el *honor* ha sido novedad del CP 1995 el ampliar el concepto de calumnia. El artículo 205 no establece ya la exigencia de que se trate de la imputación falsa de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, basta la imputación de un delito (público o privado). Por consiguiente, la falsa imputación de una falta constituiría si acaso un delito de injurias, pero no de calumnia. El tipo se amplía también en el sentido de que no será necesario que el hecho imputado sea objetivamente falso, sino que basta un «*temerario desprecio hacia la verdad*», ya que se emplea una disyuntiva y no una copulativa. La ampliación parece tener su base en el criterio del TC de que la veracidad de la información (al ser la calumnia un claro límite al ejercicio ilegítimo de la información) va entendida más que a la exigencia de una total y objetiva exactitud de aquélla, al menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose el informador de forma negligente e irresponsable. Por tanto, la diligencia respecto de los informadores profesionales es incompatible —según el TC— con el «*temerario desprecio hacia la verdad*» a que alude el artículo 205 del CP 1995. Por ello se ha hablado de que la calumnia en el CP 1995 se configura sobre la base de la «*inveracidad subjetiva*» (71). De aquí que la *exceptio veritatis* (exención de responsabilidad por la prueba de la verdad de las imputaciones) haya de restringirse o limitarse por la necesidad de protección de la intimidad (72). En todo caso, el «*teme-*

(70) Vid. MANZANARES, J. J. y CREMADES, J., *Comentarios...*, cit., p. 78, las penas por calumnia se rebajan considerablemente respecto a las del CP derogado.

(71) Vid. BACIGALUPO ZAPATER E.

(72) La restricción de la *exceptio veritatis* en el momento actual puede explicarse desde la necesidad de proporcionar protección penal al bien jurídico «intimidad». El artículo 20.1 d. de la CE abordaba el derecho a la información y el carácter veraz del mismo, y el artículo 20.4 parece dejar resuelto el problema de la colisión de derechos estableciendo la preponderancia del derecho al honor como límite externo a la libertad de expresión, el fundamento de la preponderancia de las libertades respecto del honor y la intimidad radica en su contribución a la formación de la opinión pública como pilar de una sociedad libre y democrática (STC 104/1986). Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I, «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a su problemática jurídico-penal», en *ADPCP*, 1991, p. 344.

rario desprecio hacia la verdad» supone una valoración social que deberá hacer el juez con todos los inconvenientes que comportan los elementos normativos del tipo.

El delito de injurias es el que roza más a menudo con el ejercicio de la libertad de expresión, lo que ha supuesto una polémica doctrinal sobre si existe un derecho preferencial al honor o a la libertad de expresión (73). El TC ha considerado que el derecho al honor se debilita cuando sus titulares son personas que desempeñan una función pública, siendo la sujeción a la crítica un presupuesto inseparable de tal función (74). Pero esto no significa conceder vía libre a expresiones innecesarias y desorbitadas, incompatibles con la dignidad de la persona o el prestigio de las instituciones, y por supuesto, dejando el derecho a la libertad de expresión de ser preferente en el ámbito de lo privado (75).

(73) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I, «Revisión del contenido del bien jurídico honor», en *ADPCP*, 1984, p. 305, Vid. también, BACIGALUPO ZAPATER, E., *ob. cit.*, pp. 108 ss.

Hasta la entrada en vigor de la CE de 1978 el conflicto entre libertad de expresión se resolvía en el ámbito del Derecho penal, mediante su consideración de un conflicto de «ánimos». El CP actuaba como límite a la libertad de expresión, aparte de 1978 la doctrina entendió que había que abandonar el conflicto de ánimos y acudir al conflicto de derechos (Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Los Límites...*, cit., p. 341; ídem GARCÍA PABLOS, *La tutela penal del honor y la intimidad como límite de la libertad de expresión*. Barcelona, 1984, p. 400.

(74) STC núm. 107 de 5 de junio de 1988.

(75) STC núm. 105 de 6 de junio de 1990; ídem STC núm. 214 de 11 de noviembre de 1991. Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Los límites...*, cit., p. 360, distingue tres grupos de casos de preponderancia de la libertad de expresión: 1.º afirmaciones de hechos que —al ser ciertos— no afectan a la intimidad, o ante valoraciones que en la consideración social no se refutan lesivas al honor. No hay lesión del bien jurídico. 2.º Supuestos de *exceptio veritatis* en que hay ausencia de tipo. 3.º Supuestos veraces en que se contribuye a la formación de la opinión pública, se respeta el principio de proporcionalidad y se aplica la eximente 11 del artículo 8.º del anterior CP (hoy art. 20 núm. 7 CP 1995).

Fuera de estos casos la solución del conflicto estará a favor de la intimidad y el honor, y nos encontraremos en el campo penal siempre —claro está— que concurra el *animus iniuriandi*. La anuencia del mismo excluye el tipo penal sin perjuicio de la responsabilidad civil.

COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 656, opinan, sin embargo, que la *exceptio* ni excluye ni puede excluir la tipicidad o la antijuricidad, y es una técnica de devolución del conflicto entre libertad de expresión y honor, aunque después afirman que el conflicto se resuelve aplicando la causa de tipificación núm. 11 del artículo 8 del CP derogado (art. 20, núm. 7 CP 1995). Pero si las causas de justificación excluyen la antijuricidad parece existir cierta contradicción.

El legislador sintetiza y limita este delito calificando únicamente de delictivas aquellas acciones o expresiones atentatorias a la dignidad de la persona que sean tenidas en el concepto público por graves, valoración que habrá de hacer el juzgador. Además, las imputaciones sólo se consideran graves si se hacen con conocimiento de su falsedad, equiparándose por tanto, en este punto, injuria y calumnia, si bien se diferencian en orden a la aplicación de la pena, que en la primera es de multa y en la segunda de prisión o multa, de forma optativa, si se propaga publicitariamente.

Coincido con Gimbernat (76) al resaltar las consecuencias negativas de que las injurias tengan hoy como elemento del tipo la falsedad de los hechos imputados, lo que podría suponer que el artículo 208.3 del CP resultara una carta blanca para que se pueda atacar impunemente la intimidad de los ciudadanos, ya que si el hecho imputado es cierto, no constituiría delito de injurias; y, no siendo cierto, habría que demostrarlo *a posteriori* en un futuro y degradante procedimiento penal, lo que lo hace además inviable.

La retractación atenúa la pena, aun en contra de la opinión del ofendido, lo que parece —cuando menos— discutible. Por otro lado, si la injuria es un delito meramente circunstancial, la mayor dignidad del deshonrado debería influir en su gravedad (77). Pero tal circunstancia no ha sido considerada por el legislador, como sería lógico, máxime habiendo desaparecido tanto el desacato (calumnias, injurias o amenazas contra autoridades o funcionarios públicos) como la circunstancia agravante de desprecio a la dignidad del ofendido (agravante núm. 16 del artículo 10 del CP derogado). No obstante, la calumnia e injurias cualificadas reaparecen cuando el sujeto pasivo es el Rey, la familia real, el Gobierno, CGPJ, TS, TC o Gobierno de las CC.AA., sin que se admita la *exceptio veritatis*. Se trata aquí de un interés de la comunidad, la seguridad del Estado y el prestigio de las instituciones democráticas, que aparecen, según el TC, como límite a las libertades de expresión o información, aunque en algún caso la amplitud de la pro-

(76) GIMBERNAT, *Prólogo...*, cit., pp. 22-23.

(77) Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, Parte Especial*, cit., pp. 1035 ss.

El CP 1995 abandona —debido a la presión de los medios informativos de opinión— la tipificación del delito de difamación que había prevalecido en el Anteproyecto de 1992 y que hoy sólo puede considerarse difuminado, como en el CP anterior, en el delito de injuria. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *El Proyecto...*, cit., p. 38, quien pone de relieve la existencia y precisión de la difamación en el Derecho comparado con independencia de los delitos de calumnia e injuria. Vid. además, MANZANARES y CREMADES, *Comentarios...*, cit., pp. 105 y 107.

tección resulte excesiva. Son, por tanto, delitos que, dentro del CP 1995, se encuadran dentro de los delitos contra la Constitución (Título XXI, artículos 490, 3 y 504) (78).

En cuanto a la *exceptio veritatis* en la injuria, se limita a las imputaciones a funcionarios en el ejercicio de su cargo, pero éstas habrán de referirse a hechos y no a juicios de valor, que difícilmente pueden ser susceptibles de prueba y quedan por tanto fuera de tal *exceptio veritatis* (79).

Por último, es novedad también, dentro de los delitos contra el honor, la tipificación de la responsabilidad civil solidaria, en la calumnia e injuria propagadas a través de los medios de información y de las personas físicas o jurídicas propietarias de aquéllos, y destaca además la incorporación de una sanción de inhabilitación profesional por tiempo de seis meses a dos años, siempre que medie precio (art. 213).

Me parece acertada la creación del Título XII dedicado a los «delitos contra las relaciones familiares», que la doctrina viene reclamando desde hace años (80), ya que la familia es un bien jurídico necesitado de protección frente a los ataques de terceros y donde la bigamia y los matrimonios ilegales o la suposición de parto tengan cabida junto al abandono de familia ubicado hasta ahora inadecuadamente dentro de los delitos contra la libertad y seguridad. El legislador centra su intervención en el cumplimiento de los deberes de asistencia a los familiares con especial referencia a menores e incapaces, lo cual me parece igualmente positivo (81).

(78) Vid. STC núm. 51/1985 de 10 de abril.

(79) Afirma, con razón, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Los límites...*, cit., p. 346, que no siempre resulta claro en la práctica saber cuándo se está ante la afirmación de los hechos o la exteriorización de opiniones, pues de hecho las afirmaciones suelen ir acompañadas de la valoración de los mismos y los juicios de afirmación presuponen hechos. Dificultad que se acrecienta para los que propugnan que sólo la libertad de información contribuye a la formación de la opinión pública.

(80) Vid. DIEGO DÍAZ SANTOS, R., *Delitos contra la familia*, Madrid, 1974; TERRADILLOS BASOCO, J., *El delito de celebración de matrimonios ilegales y la reforma del Código Civil en materia matrimonial*, Madrid, 1982; BELLO LADROVE, F., *Los delitos contra la familia*, Madrid, 1978. En el Título XII (Delitos contra las relaciones familiares) se protege una pluralidad de bienes jurídicos conectados por una relación base que es la familia. En el 1.º Capítulo se protege el núcleo matrimonial, en el 2.º la relación paternofilial y en el 3.º se protegen ciertos derechos que tienen su causa en esa relación (Vid. SERRANO PASCUAL, en *Comentarios...*, cit., p. 167. Vid., además, Exposición de motivos del Proyecto de CP de 1992, cit., p. II). Vid. también PCP 1980, cit., Título VI.

(81) Se suprimen las formas de comisión del antiguo CP, el abandono malicioso o la conducta desordenada, ahora basta con el incumplimiento de los deberes familiares.

El Título XIII de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico es otra de las novedades del CP 1995. La polémica actual se centra en las analogías y diferencias entre delitos patrimoniales y económicos y ha de relativizarse, ya que lo patrimonial no pertenece sólo al ámbito individual, ni lo económico sólo al interés general. En los delitos patrimoniales individuales se atenta también contra bienes jurídicos de carácter colectivo (*insolvencia fraudulenta o maquinaciones para alterar el precio de las cosas*), y el llamado patrimonio individual es en la actualidad un derecho amparado constitucionalmente que se limita en razón del interés social (arts. 33, 1 y 2 de la CE).

De otro lado, dentro de los delitos socioeconómicos, si bien algunos implican primordialmente agresiones al orden socioeconómico (como los relativos al mercado y a los consumidores o el blanqueo de dinero), otros como las infracciones contra la propiedad intelectual o industrial, o incluso las prácticas abusivas contra el libre mercado acaban incidiendo en el patrimonio individual, participando, por tanto, de naturaleza mixta. Quizás por la interferencias entre unos y otros delitos, el legislador no ha establecido una separación tajante en Títulos distintos de los delitos patrimoniales y los económicos, tal vez no imprescindible, aunque entre ellos existan diferencias significativas. Por consiguiente, la teórica distinción entre lo individual (patrimonial) y lo comunitario (económico) habrá de mantenerse con reservas (82).

Respecto del contenido del amplio Título XIII me parece acertada la supresión de las figuras complejas del robo con homicidio, violación o lesiones mantenida por la legislación anterior, que se han de resolver ahora a través de las normas generales del concurso de delitos; también la consideración de la extorsión como delito autónomo, que requiere el ánimo de lucro y la violencia e intimidación, si bien aquella no abarca plenamente las conductas de chantaje, como en otros países europeos, que en nuestro Derecho continúan todavía ubicándose dentro del delito de amenazas condicionales del artículo 169.

(82) Vid. Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., pp. 12-13; Ídem PCP 1980, cit., Título VIII; Ídem. SERRANO MARTÍN, *Código Penal*, cit., p. 175. Sobre el problema Vid. TIEDEMANN K., «Delitos contra el orden socioeconómico», en *La Reforma penal*, Madrid, 1982, pp. 161 ss. Vid. además BARBERO SANTOS, M., «Los delitos contra el orden socioeconómico», en *La Reforma penal*, Madrid, 1982, pp. 143 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el Patrimonio en el PCP de 1980* (Títulos VIII y V), en *ADPCP*, 1980, pp. 467 ss. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal, 1988, pp. 1-18. Vid. también BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal*, Parte especial, II, 1987. Vid. también FERRÉ OLIVÉ, J. C., *El delito contable*, Praxis, Barcelona, 1987.

Es acertada la consideración como llaves falsas de las tarjetas magnéticas de crédito y mandos de apertura a distancia, lo que impedirá en el futuro la impunidad de conductas que no podrían tipificarse como robo, aunque los medios empleados sean análogos y respondan a la misma finalidad (83).

La punición del hurto de uso (antes sólo limitada a los vehículos de motor) es de alabar, aunque se limite a la de cualquier equipo terminal de comunicación y a las «defraudaciones de fluido eléctrico y análogos».

También novedad del CP 1995 es la consideración como usurpación de la ocupación de un inmueble o vivienda ajenos que no constituyan morada, que se sanciona con multa. Aparte de la amplitud con que se configura este tipo delictivo, la solución de la vía penal no parece plenamente convincente (84).

Cuando se utiliza abusivamente la tecnología informática, como medio para defraudar, v.g., las transferencias fraudulentas de fondos y la utilización abusiva de tarjetas de crédito, las conductas son difícilmente subsumibles dentro de los delitos patrimoniales y especialmente dentro del delito tipo: *la estafa* (núm. 1 del artículo 248 CP 1995). Por ello el legislador de 1995 ha establecido, junto al tipo básico de estafa del núm. 1 del artículo 248, una figura especial en la que sanciona como estafa la manipulación de la técnica informática para obtener, sin consentimiento del perjudicado, cualquier activo patrimonial. Se trata, por consiguiente, de una estafa impropia (art. 248.2), de una figura especial creada por el legislador ante la insuficiencia del tipo tradicional de estafa y en la que no son ya necesarios los elementos típicos del engaño, error, nexo psicológico y relación causal entre éstos y el acto dispositivo que ocasiona el perjuicio (85).

(83) Sobre la polémica doctrinal precedente a la vigencia del CP 1995 en torno a las tarjetas magnéticas de crédito y origen de la reforma *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, E., «Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados», en *PJ* núm. esp., Madrid, 1989, pp. 85 ss. y *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Akal, Madrid, 1991, pp. 170 ss. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual...*, cit., pp. 187 ss.; BUENO ARÚS, *El delito informático*, cit., pp. 12 ss. *Vid.* también, ROMEO CASONA, C., «Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos», en *PJ*, núm. esp., pp. 109 ss.

(84) El caso de los llamados «okupas» es un hecho relativamente frecuente hoy, dadas las dificultades existentes para acceder a una vivienda, si bien la sanción penal está solamente limitada a la multa.

(85) *Vid.* SERRANO MARTÍN, M., *Código Penal*, cit., p. 183. ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», en *Enciclopedia Jurídica SEIX*, Tomo IX, Barcelona, 1958, pp. 24 ss. En realidad el artículo 248.2 del CP 1995 parece que ha de considerarse una tipología especial de estafa o una estafa impropia, una versión mutilada de

En realidad, el problema de las manipulaciones informáticas fraudulentas adquiere cada día mayor gravedad no sólo en el ámbito de lo patrimonial, que se centra especialmente en la estafa, sino también en relación a otros bienes jurídicos; afecta, por ejemplo, a la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos), a la fe pública (falsedades), defraudaciones a la Hacienda Pública, a la Seguridad Social o a la Defensa nacional (revelación, falseamiento o inutilización de información legalmente calificada como reservada o secreta) (86).

Pero el legislador de 1995 no sólo ha tenido en cuenta las conductas realizadas mediante manipulaciones informáticas contra diversos bienes jurídicos, especialmente patrimoniales, sino aquellas que son empleadas contra los propios medios, esto es, sobre el propio sistema informático (sabotaje, daños, espionaje informático, copia de datos o programas con o sin destrucción de los mismos, ataques al «software»...). Así, por ejemplo, en el hurto de uso de tiempo (art. 256 CP 1995) y en los daños agravados del núm. 5 del artículo 264 (destrucción o alteración de datos, documentos o programas electrónicos); lo cual supone un indudable avance sobre la legislación anterior.

Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial se sitúan junto a los delitos relativos al mercado y consumidores (Capítulo XI

la «*Computer betung*» del Derecho alemán introducida en el § 263 a. del StGB por la «*Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*» (2 WikG) (2.ª Ley para la lucha contra la criminalidad económica), dadas las dificultades doctrinales y jurisprudenciales para aplicar el delito de estafa del núm. 1 del artículo 248 a las manipulaciones informáticas (Vid. BACIGALUPO, E., «Estafa de abuso de crédito», en *La Ley*, vol. 3, 1983, p. 998; ROMEO CASABONA, C., *La utilización abusiva de tarjetas de crédito*, cit. pp. 1835-1837). El padre de la definición de estafa del núm. 1 del artículo 248, ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños*, cit., p. 66. niega la tipicidad por falta de engaño en relación con el uso de aparatos automáticos. La sola adición de un tipo especial de estafa como respuesta ante el fraude informático no resulta satisfactoria a GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.ª L., «Estafa informática», *CPMJ*, Madrid, 1987, p. 618, que la considera solución limitada, en lo que estamos de acuerdo, aunque no tanto en la reinterpretación que hace del núm. 1 del artículo 268 (antes art. 528 del CP derogado) contra la posición dominante en la doctrina, cuando en su, por otra parte excelente monografía, trata de justificar una interpretación de este artículo que lo haga aplicable a un núcleo importante de las defraudaciones por ordenador, lo que parece discutible desde el punto de vista del principio de legalidad y seguridad jurídica; Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual...*, II, cit., pp. 170 y 175. Cuestión distinta es que la posibilidad de separar el fraude informático no se agote en el delito de estafa, y es político-criminalmente deseable que el legislador contemple otras conductas realizadas mediante el abuso de medios informáticos, especialmente los delitos económicos (Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.ª L., *ob. cit.*, p. 620), lo que en gran parte ha sido ya considerado en el CP 1995 en relación a la protección de los diferentes bienes jurídicos. Vid. SERRANO MARTÍN, M.-VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código Penal*, cit., p. 371. (86) Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.ª L., *ob. cit.*, p. 659.

del Título XIII). En los primeros, modificados ya por la reforma de 1989 se sancionan ahora las conductas de reproducción o plagio de obras literarias o artísticas realizadas con ánimo de lucro y fijadas en soportes informáticos o realizadas contra dispositivos protectores de ordenadores. La informática vuelve a estar presente en la configuración de estas figuras delictivas, mientras que en los delitos contra la propiedad industrial, la Ley de Patentes de 1986 veta la protección del «*software*», elemento lógico e intelectual del ordenador, excluyéndolo de la posibilidad de ser patentado al no ser considerado producto industrial. Tanto en estos delitos como en los relativos al mercado y consumidores predomina el carácter económico sobre el estrictamente patrimonial, pero el legislador se limita a sancionar las infracciones más graves, que exceden de las previsiones administrativas, para no conculcar el principio de «intervención mínima» (espionaje industrial y uso de información relevante para la cotización en mercado oficial) (87).

El Capítulo dedicado a los delitos societarios es nuevo en nuestro Derecho positivo, si bien figura en los diversos proyectos anteriores (desde 1980) (88), pues no ha parecido aceptable la ampliación de figuras como la estafa, apropiación indebida o falsedades documentales, ya que tales figuras no son siempre aplicables a las prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil, como son el falseamiento de cuentas para perjudicar a la sociedad, a los socios o a terceros, o la imposición maliciosa de acuerdos abusivos o el impedimento por parte de los administradores de la sociedad al ejercicio del derecho de información o de voto a los socios; lo que no impide el posible concurso con otro tipo de delitos cometidos por los órganos de la sociedad contra terceros, como estafas, falsedades o delitos fiscales, ya que los delitos societarios son, esencialmente, delitos cometidos entre los miembros de la sociedad, aunque puedan redundar en perjuicio de terceros (89).

Cabe señalar, sin embargo, como el caso de los delitos cometidos por medio de la informática la excesiva amplitud de los tipos y el extenso casuismo de una buena parte de estas conductas, lo cual produce

(87) Vid. Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., p., ídem ROMEO CASABONA, C., *Tendencias actuales...*, cit., p. 163 ss.

(88) Vid. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos societarios», en *Derecho penal de la empresa*, Trota, Madrid, 1995, pp. 75 ss., ídem RODRÍGUEZ MOURULLO, «Algunas consideraciones sobre los delitos societarios», en *ADPCP*, 1984, p. 641. En relación al CP 1995, Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «Delitos societarios», en *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 1406 ss.

(89) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *El proyecto...*, cit., pp. 55-58.

cierto confucionismo en el intérprete y perplejidad para el ciudadano, lego en estas materias.

El Capítulo relativo a la receptación, ya aludida y al blanqueo de dinero ha tenido en cuenta la realidad social actual y los Tratados internacionales asumidos por España, y comprende todas aquellas conductas que incorporan al tráfico jurídico legal de bienes o dinero ilegalmente obtenidos, con lo cual la figura del viejo perista va quedando ya desplazada por la del que no simplemente adquiera, sino que convierta o transmita bienes para ocultar o encubrir su origen ilícito, con importante repercusión en los delitos relacionados con el tráfico de drogas, por lo que el legislador ha aumentado en estos casos la pena, a mi juicio, acertadamente (art. 301) (90). La excesiva amplitud e inconcreción de los tipos se hace, sin embargo, patente aquí (91).

Los delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio artístico y medio ambiente (el denominado «delito ecológico») tienen su origen en el Proyecto de 1980 y persisten con diversos matices en los proyectos posteriores, siendo regulados en el Título XVI. Obedecen sobre todo a una razón de índole constitucional: el artículo 45 de la CE, que declara el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo y protegerlo por parte de los organismos públicos (92).

En lo que se refiere a los delitos que afectan a la ordenación del territorio, parece que el CP 1995 parte de que el problema del urbanismo está íntimamente ligado al del medio ambiente, y castiga a quienes realicen construcciones (promotores, constructores o técnicos directo-

(90) *Vid.* Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., p. 16.

(91) Así, v.g., en el propio artículo 301, el legislador trata más bien una figura de encubrimiento en la que no existe ánimo de lucro ni exige que el delito receptado sea contra el patrimonio, y aunque el espíritu de la Ley sea sancionar el blanqueo de dinero, especialmente el procedente del narcotráfico, amplía el tipo de tal manera que rebaja el bien jurídico patrimonio que trata de proteger en el Título XIII. Cf. SERRANO MARTÍN, *Comentarios al CP*, cit., pp. 275 y 205. *Vid.* también, VIVES ANTÓN, T. S.-GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al CP*, (Coord. Vives Antón), cit., pp. 1449 ss. En el Tit. XIV relativo a las defraudaciones a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social debe significarse que quien regularice su situación tributaria queda exonerado de responsabilidad penal, pero siempre antes de que se le haya notificado por la Audiencia Territorial el inicio de actuación (art. 305.4).

(92) El CP 1995 sanciona aquellas conductas más graves que atentan contra el derecho urbanístico y hay que acudir a las normas administrativas estatales, autonómicas o locales, especialmente es obligado el conocimiento de los planes de ordenación urbana. Son autores los promotores, constructores de empresas (art. 319) y las autoridades o funcionarios cuando realizan las conductas prevaricadoras citadas anteriormente (art. 320).

res) no autorizadas en suelos no urbanizables por su valor ecológico o especial protección. Sin embargo, y aún partiendo del punto de vista de que el legislador se limite a sancionar aquellas conductas que estime de mayor gravedad, no cabe desconocer la dificultad de deslindar entre los campos penal y administrativo y el peligro de engrosar el primero a costa del segundo con infracción del principio de *ultima ratio*.

En relación a la protección del patrimonio histórico, el CP 1995 sistematiza de modo más adecuado las conductas dañosas contra dicho patrimonio, antes desperdigadas entre las agravaciones del robo (art. 506.7), hurto (art. 516.2), daños (art. 558.5) y daños agravados (art. 563 bis a) del CP derogado, situándolos lógicamente entre los delitos relativos a la ordenación del territorio y contra el medio ambiente (93).

Así como los tipos delictivos que sancionan las construcciones ilegales o los informes favorables sobre concesión de licencias ilegales son de nueva creación en el CP 1995, los delitos relativos al medio ambiente proceden de la reforma de 1983 y tienen su precedente legislativo en el artículo 347 bis del CP anterior, aunque no se amplían los tipos delictivos y se considera, sobre todo, la finalidad de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Se desgajan, además, estos delitos de los denominados «contra la salud pública» contrariamente a lo establecido en el CP anterior (94).

De todos modos, la Ley penal en blanco está, más o menos, parcialmente presente en estas tipologías, pues no es posible prescindir de la remisión a las normas administrativas protectoras del medio ambiente. Particularmente algunas de las conductas (arts. 326 y 329) plantean la duda de si no se tratará de criminalizar infracciones admi-

(93) En los delitos contra el patrimonio histórico se trata de daños especiales por referirse a bienes de interés histórico, artístico o monumental. *Vid.* Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., pp. 14 y 15.

(94) *Vid.* Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., p. 17. El Capítulo III recoge el llamado delito ecológico sea provocado por conductas individuales o actividades industriales, ampliando los tipos y endureciendo las penas. En el Capítulo IV se incluyen los delitos de caza y pesca, lo que ha supuesto la derogación o conversión en infracciones administrativas los preceptos penales de las Leyes especiales de caza y pesca, incluyéndose la posibilidad de atenuación por reparación del daño causado, pero también una considerable agravación de la pena si se trata de espacios naturales privilegiados, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código Penal*, cit., p. 490 afirma que se trata de una disposición reiterativa que no resultará aplicable cuando la causa de agravación integre la figura (art. 67 del CP 1995). *Vid.* GARCÍA VÁLDÉS, C., *El Proyecto...*, cit., pp. 6-63; *Vid.* además, RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Delitos contra el medio ambiente», en *Comentarios a la Legislación penal; la reforma del Código Penal de 1983*, tomo V, vol. II, RDP, Madrid, 1985, p. 827 ss.

nistrativas contraviniendo así el principio de intervención mínima que informa el Derecho punitivo.

En los delitos de incendios y estragos, hasta ahora mezclados con los patrimoniales y también hasta ahora dentro de los «delitos contra la seguridad colectiva» (Título XVII) se toma en consideración, precisamente, el impacto ecológico para el suelo además del peligro para las personas, imponiéndose la pena en el primer caso (si el incendio revistiese especial gravedad) en su mitad superior y pudiendo imponerse en el segundo hasta veinte años de prisión. Motivaciones de prevención general aparecen, sin duda, en estos delitos más que el significado estrictamente patrimonial de la pérdida de la masa forestal (95).

También en este Título (aunque en Capítulo diferente) se tratan los delitos relativos al tráfico de drogas, si bien no son sólo éstos los tipificados dentro de los «delitos contra la salud pública» (96), bien jurídico que, en su totalidad, no es el que la ley pretende, al menos en lo que a la salud individual se refiere, dada la no punición del «autoconsumo». El CP 1995 ofrece, sin embargo, al delincuente drogodependiente la posibilidad de recuperación mediante medidas especiales, como el internamiento en centros de deshabituación o la sumisión a tratamiento en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario (arts. 96.2, 2.ª y 105.1 a) lo que supone la convicción, por parte

(95) Se incluyen en este Título los que antes se denominaban delitos de riesgo general que afectan a la colectividad, tipificándose tanto los de peligro abstracto como concreto. Se incluyen también los relativos a la energía nuclear (art. 341) como delito de peligro concreto, quedando lógicamente derogados los preceptos correspondientes a la Ley de Energía Nuclear (LEN), con sanciones que pueden alcanzar los veinte años; al igual que en el caso del delito de estragos o incendio cuando comporten necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas, agravándose considerablemente las penas en la concurrencia de circunstancias (superficie considerable, graves efectos erosivos, alteración de las condiciones de vida animal o vegetal, deterioro o destrucción) y especialmente si el autor actúa con ánimo de lucro. Precepto nuevo es el del artículo 355 otorgando a los jueces y tribunales la posibilidad de acordar que la calificación del suelo en las zonas afectadas no pueda modificarse en un plazo de treinta años, evitándose así la «rentabilidad» derivada de algunos incendios.

(96) Se sancionan además las conductas relacionadas con sustancias peligrosas y venta de medicamentos caducados o deteriorados, aumentándose la pena si existe peligro para la vida o salud de las personas, así como en el caso de diversas conductas que ponen en peligro la salud de los consumidores.

Las penas de los delitos relacionados con el cultivo, tráfico y elaboración de drogas se endurecen claramente, de forma particular si tenemos en cuenta la desaparición de la redención de penas por el trabajo. Vid. SERRANO MARTÍN, M., *Código Penal*, cit., pp. 229-244 y GARCÍA VALDÉS, *El proyecto...*, cit., pp. 63-69.

del legislador, de que se trata de un mal cuya propagación debe evitarse por ser criminógeno y producir la invalidez de los sujetos a quienes afecta (97). En realidad, estos delitos se mantienen esencialmente de acuerdo con la reforma de 1988 recogida por el CP anterior, y aunque algunas conductas figuran en el CP 1995 como delitos nuevos —como el blanqueo de dinero—, se agravan algunas conductas y se produce una novedad, la reducción de la pena en uno o dos grados para los llamados «*arrepentidos*» que abandonen voluntariamente su actividad delictiva y colaboren en la desarticulación de bandas o redes de distribución de droga (art. 376) (98).

No parece que sea compatible con el principio de intervención mínima la novedosa figura —contenida en el mismo Título y en el Capítulo dedicado a la seguridad del tráfico— de la expresa punición de la negativa a someterse a la prueba de la alcoholemia, castigando al infractor con la pena correspondiente al delito de desobediencia grave, lo que parece excesivo (99).

Los delitos de falsedades (Título XVIII) han sufrido considerables reducciones, particularmente por lo que se refiere a las falsedades documentales, que se simplifican excesivamente, si bien por lo que a la falsificación de moneda se refiere es de elogiar la consideración como moneda de las tarjetas y cheques de viaje, así como la disposición general que incluye los programas de ordenador entre los instrumentos destinados a cometer hechos delictivos constitutivos de falsedades. Pero en el CP 1995 resulta insuficiente la respuesta normativa ante la realidad del documento electrónico, lo que plantea problemas ante el actual apogeo de la tecnología informática. El PCP de 1992 resolvía el problema al ampliar el concepto de documento incluyendo los soportes informáticos tales como cintas magnetofónicas, cintas de vídeo o «disquetes» de ordenador. No entiendo por qué no se ha respetado el contenido del artículo 376 del PCP de 1992 en el CP 1995, pues ello repercutirá negativamente en el futuro, especialmente en cuanto a la prueba documental, por la dificultad de incluir dentro del concepto de documento los soportes informáticos, a pesar de la ampli-

(97) Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., p. 18.

(98) Se trata de una figura especial de atenuación de la pena como forma específica y privilegiada de arrepentimiento, al margen de la atenuante genérica del artículo 21, 4.º del CP 1995.

(99) El artículo 380 del CP 1995 eleva al rango de desobediencia grave la negativa, sancionando al desobediente con la pena del artículo 556 —prisión de hasta un año—, si bien pudiera ser amortiguada con la suspensión condicional de la ejecución de la pena si no se ha cometido previamente un delito doloso (*Vid.* art. 81.1 y 2 del CP 1995) sin perjuicio de posibles responsabilidades civiles.

tud de criterio que últimamente parece manifestar, en este punto, buena parte de la jurisprudencia (100).

En el Título XIX (delitos contra la Administración pública) el CP 1995 regula las conductas de infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos, antes incluidas dentro de los «delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus cargos». La verdad es que este tipo de delitos había sido ya reformado por la Ley de 1991, por lo cual, aparte de la ubicación sistemática, que parece más acertada, no creo fuera necesaria la reforma, que tan sólo sintetiza lo que antes eran dos capítulos en uno, pero conservando en esencia las tipologías fundamentales e incluyendo el uso de información privilegiada, por lo que a la violación de secretos se refiere, cuando la autoridad o funcionario haga uso de aquella información para obtener un beneficio económico (arts. 418 y 443). En estos delitos se sanciona la deslealtad, sea o no en beneficio propio. La infidelidad en la custodia de documentos es un tipo delictivo en el que el funcionario falta a su deber de guardar, con el debido cuidado y vigilancia, los documentos que le son confiados a su cargo; y, en relación con la violación de secretos, merece especial atención la revelación por parte de las autoridades o funcionarios de los secretos que conozcan por razón de su oficio o cargo y no deban ser divulgados, pudiendo derivarse perjuicio público o de tercero, lo que hemos de conectar con los delitos contra la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos de carácter personal o familiar) cuando el sujeto actúa como autoridad o funcionario que se prevale de su cargo. El problema adquiere hoy especial relevancia en relación a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, ya que la Ley de 13 de mayo de 1986 impone a éstos la obligación de guardar secreto sobre aquello que conozcan por razón del desempeño de sus funcio-

(100) El bien jurídico protegido es la fe pública; y aun cuando la posibilidad de su comisión culposa ha sido controvertida para doctrina y jurisprudencia, dicha comisión se sanciona en las falsedades documentales, lo cual es discutible (*Vid.* BACIGALUPO, E., *Estudios de la parte especial...*, cit., p. 331). En relación a la falsificación de moneda, el artículo 387 soluciona –sin importante debate doctrinal– la aplicación de estos delitos a casos de uso abusivo de tarjetas de crédito, pero con respecto a la falsedad documental el problema continúa siendo discutido por doctrina y jurisprudencia, ya que el CP 1995 ha hecho caso omiso del artículo 376.1 del PCP, que incorporaba una amplia definición material de documento: «todo papel o soporte material que exprese hechos o narraciones de inmediata o potencial relevancia jurídica o eficacia probatoria». La calificación de falsedad documental referida exclusivamente a la tarjeta magnética, cintas de vídeo, etc., plantea ahora serias objeciones a su consideración como documento en sentido jurídico penal. Cf. ROMEO CASABONA, C., *La utilización...*, cit., p. 1838, y *Tendencias actuales...*, cit., pp. 185-186.

nes. Existe aquí un cierto paralelismo con el secreto profesional de los periodistas, abogados, etc. (101).

Finalmente, cabe señalar también, que son razones de prevención general, dada la repercusión social de tales conductas, la que llevan al legislador a ampliar la figura del cohecho, añadiendo la aceptación de regalos por actos realizados o no, y estén o no prohibidos, variando las penas en cada caso sobre la legislación anterior, generalmente en sentido agravatorio, lo cual me parece excesivo.

La imposición de la misma pena al funcionario que se corrompe o se deja corromper que al particular que atiende la solicitud del funcionario no me parece convincente por los posibles efectos criminógenos, ya que puede transformarse el primero en encubridor forzado por el segundo. Lo cual no quiere decir que se conceda la impunidad al particular, pero sí una importante reducción de la pena, como, por otra parte, hace el legislador, aunque sólo en el caso de quienes atiendan las solicitudes de las autoridades o funcionarios, imponiendo al particular que se ha dejado corromper la pena inferior en grado, pero no al que corrompe o lo intenta, al que se impone la misma pena que al funcionario que accede a su solicitud, sancionándose, además, la tentativa con idéntica pena a la del delito consumado, todo lo cual parece discutible. Sin embargo, y quizás por evitar el encubrimiento al que aludíamos al principio, respecto del funcionario corrupto, el legislador concede aquí una especie de premio al particular que, habiendo cedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente, denuncia el hecho a la autoridad antes de la apertura del procedimiento (art. 427); la finalidad del legislador es la de facilitar la persecución de los casos especialmente graves (102).

(101) *Vid.* MANZANARES y CREMADES, *Comentarios...*, cit., p. 114.

(102) *Vid.* Exposición de motivos del PCP de 1992, p. 21. El legislador recoge en el artículo 427 una excusa absolutoria de nueva creación con la finalidad de facilitar la persecución de estos delitos.

En relación al tráfico de influencias del Capítulo IV, a diferencia del CP anterior, el delito se consuma aunque no se llegue a conseguir el beneficio económico, basta con que se intente y sea posible a partir de la influencia del autor, es un delito de consumación anticipada. Si el beneficio económico se consigue se agrava la pena. *Vid.* VIVES ANTÓN, *Comentarios...*, (coord. Vives Antón), cit.

Sin embargo, ante hechos de este tipo —como los que ocupan estos días a la prensa (caso Gil)— conviene precisar que no basta acogerse al CP 1995 para ampararse en la exención de pena contemplada en el artículo 427 del mismo, sino que se exige el cumplimiento de tres requisitos: 1.º que el soborno se haya producido a instancia del funcionario, no del particular; 2.º de forma ocasional, no reiterada y 3.º que para demostrar un auténtico arrepentimiento la denuncia se haga dentro de un plazo de diez días desde que se cometieron los hechos, y no después de varios años.

Dentro del Título XX (Delitos contra la Administración de Justicia) (103) es novedad del CP 1995 el Capítulo VII que trata de la «obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional». No existía en el anterior CP un precepto de esta naturaleza. En el artículo 463 del CP 1995 se establece el deber de comparecer ante el órgano judicial pertinente mediando citación legal. Tal obligación ligada al deber de prestar declaración en el proceso penal se establece de manera general en la LECr (arts. 410-412) y sólo es dispensable en determinadas hipótesis (arts. 416 ss. de la LECr). Por otra parte, ya el artículo 118 de la CE se refiere a la obligación de prestar a los jueces y tribunales la colaboración solicitada por éstos en la ejecución de lo resuelto. Si bien el artículo 24 de la propia CE señala que no se estará obligado a declarar contra sí mismo, ni sobre hechos presuntamente delictivos en casos de parentesco o secreto profesional. Los secretos familiar, profesional y de Estado son obstáculos admisibles respecto de los medios de prueba.

Por último, el artículo 466 protege la confidencialidad de las actuaciones judiciales declaradas secretas por la autoridad judicial ante las revelaciones que puedan realizarse por abogados, jueces, tribunales, fiscales o secretarios judiciales y demás funcionarios de la Administración de Justicia o particulares intervinientes en el proceso. Se sanciona así la violación del secreto de sumario o la publicación de sus resultados. Se trata de una excepción al principio de publicidad que preside las actuaciones judiciales. Esperemos que estas disposiciones sean efectivas y no queden convertidas en letra muerta, evitándose la filtraciones que se puedan producir y sus correspondientes consecuencias. La difusión del contenido del sumario, particularmente en cierta prensa sensacionalista, puede menoscabar el buen curso del proceso y el propio principio de *presunción de inocencia* e incluso producir una aparente alarma social sin base real (104).

Dentro de los delitos que atentan contra el sistema constitucional se sancionan, entre otros, los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos y libertades garantizados por la Constitución. Interesa como novedad aludir a las asociaciones ilícitas, dentro de

Vid. GONZÁLEZ CUSSAC y VALLDECABRES ORTIZ, «También en el infierno hay reglas», en *EL PAÍS*, 5 de julio de 1996, p. 14. Vid. además ORTS BERENGUER, E., VALEJIE ALVAREZ, I., *Comentarios al CP*, cit. pp. 1608 ss.

(103) Es importante constatar que entre estos delitos se tipifica el encubrimiento como delito autónomo contra la Administración de Justicia (arts. 451 a 454) y no como forma de participación; y se deja fuera del tipo delictivo el encubrimiento con ánimo de lucro que se tipifica como receptación.

(104) Vid., MANZANARES y CREMADES, *Comentarios...*, cit., p. 115; ídem BERNAL VALLS, J., «Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal», en *PJ*, núm. 5, 1987, pp. 11-12.

las cuales se incluyen ahora las bandas armadas y organizaciones de tipo terrorista (núm. 2 del art. 515) y junto a las que, aún teniendo como objeto un fin lícito, emplean medios violentos para su consecución, se agregan además las que los emplean para alterar o controlar la personalidad (v.g. determinadas sectas religiosas) (núm. 3 del art. 515).

Los actos de terrorismo, desperdigados en el CP anterior entre las asociaciones ilícitas, rebelión, atentados a la autoridad o funcionarios públicos, delitos contra la libertad y seguridad, etc., son ahora tipificados expresamente de manera general –sin perjuicio de la consideración como asociaciones ilícitas de las bandas y organizaciones o grupos terroristas– dentro de los delitos contra el orden público (Sección 2.ª, Capítulo V del Título XXII), utilizándose por tanto una sistemática más adecuada y lógica. Se sanciona la pertenencia o colaboración con bandas armadas, grupos u organizaciones, cuando éstas cometan delitos de incendios, estragos o ataques a la vida, la integridad o la libertad de las personas, pudiéndose incrementar la pena de prisión por encima del límite de los veinte años que señala el artículo 36 del CP 1995 hasta alcanzar los treinta si se causa la muerte de alguna persona o incluso superándolos si se realizan contra determinadas autoridades o miembros de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de la Seguridad del Estado (arts. 571 y 572). Pero, sobre todo, debe resaltarse como novedad del CP 1995 la tipificación de las conductas realizadas por quienes sin pertenecer a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, alteren gravemente la paz pública con resultados lesivos para la vida, libertad o salud de las personas o causen estragos, incendios, etc. (art. 577 CP 1995). Lo que pone de relieve esta tipificación es la no necesidad de pertenencia a banda armada para la configuración del delito, aunque –como en los restantes tipos delictivos– es precisa la finalidad de subvertir el orden constitucional, pues no es posible determinar claramente las conductas de terrorismo sin considerar los fines perseguidos por el sujeto (105). La gravedad de las conductas reseñadas ha sido considerada por el legislador en cuanto impone la pena correspondiente al hecho cometido, aumentada en su mitad superior. El CP 1995 pone aquí excesivamente el acento en la prevención general y en la reafirmación del orden jurídico. Es ésta una de las parcelas donde –de modo más explícito– aparece el deseo del legislador de reforzar el sistema de garantías. De otro lado, la intimidación está presente en la considerable elevación por encima de los límites establecidos de manera general en el artículo 36, sin tener en cuenta los máximos esta-

(105) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal*, cit., p. 143.

blecidos por el artículo 76 CP 1995 (106). Parece que el legislador pretende proteger la subsistencia misma del Estado democrático de Derecho, distinguiendo entre quienes intentan cambiar la organización del Estado por los cauces establecidos y quienes pretenden hacerlo fuera de las vías legales (107).

Por lo que se refiere a los delitos contra la defensa nacional, correspondientes al Capítulo III del Título XXIII del CP 1995, el artículo 598 tipifica la acción de revelar, falsear o inutilizar información calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad o defensa nacional o relativa a los medios técnicos y sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o industrias de interés nacional. Por consiguiente la libertad de información choca con un interés público y superior como es la seguridad del Estado, y que la misma Constitución pone ya de relieve en el artículo 105, b., al establecer una limitación al acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado. De otro lado, en la Ley de Secretos oficiales reformada en 1978 se establece el carácter secreto de determinadas materias clasificadas expresamente como tales. Tal declaración corresponde al Consejo de Ministros. Otras materias son secretas por Ley sin necesidad de ser clasificadas. Unas y otras no pueden ser difundidas ni publicadas salvo en lo casos en que, excepcionalmente, lo establece la ley. La seguridad del Estado se refiere tanto a la interior como a la exterior; debe señalarse cómo el legislador —que recoge nuevos tipos penales respecto al CP derogado— aumenta, además, la pena en su mitad superior si el sujeto activo es depositario del secreto, o la revelación sea realizada por algún medio de comunicación que asegure su difusión (108). Prevención general y seguridad jurídica son aquí también los motivos fundamentales de la punición de estas conductas de repercusión social indudable en el momento actual, lo que justifica su mención aquí.

Respecto de los delitos contra el deber de prestación del servicio militar, me parece excesiva la sanción para aquellos casos de falta de presentación para cumplir el servicio militar previa citación legal y sin causa justificada, ya que aquélla puede llegar hasta los dos años de privación de libertad e inhabilitación de hasta catorce (art. 604). Consi-

(106) Vid. SANZ MORÁN, A., *Ob. cit.*, pp. 229-230.

(107) Vid. Exposición de motivos del PCP de 1980, cit., p. 664. Ídem GARCÍA-VALDÉS, C., *Proyecto...*, cit., pp. 95 ss. Vid. además, CARBONELL MATEU, J. C.-MIRA BENAVENT, J., *Comentarios al CP*, cit. (coord. Vives Antón), p. 2224.

(108) Vid., MANZANARES y CREMADES, *Comentarios...*, cit., pp. 125-126.

dero que existe aquí una cierta exacerbación de los criterios de prevención general, aún menos justificada ante la actual situación de crisis del servicio militar obligatorio, cuya vigencia se pone hoy en entredicho (109).

Por último, en cuanto al controvertido contenido del Libro III relativo a las faltas, un buen número de ellas desapareció ya en la reforma de 1989 (110), aunque subsisten, sin embargo, en gran medida dentro del CP 1995, que con una correcta sistemática comienza por las faltas contra las personas, continuando contra el patrimonio, intereses generales y orden público, lo que es de alabar por idénticas razones a las anteriormente expuestas en relación a los delitos (111).

La existencia de las faltas es controvertida, hay quien piensa que deberían pasar, si no en su totalidad sí en gran parte, al ámbito administrativo, mas existe también otro sector doctrinal que las considera delitos «en miniatura». Lo cierto es que la existencia hoy de las faltas es residual (112). La mayoría de las que restan tras la reforma de 1989 no se diferencian de los delitos sino en su menor gravedad, y no parece que haya una diferencia ontológica o sustancial entre ambos, pues buena parte de las faltas afectan a importantes bienes jurídicos aunque no tengan entidad suficiente para ser consideradas delitos; y tampoco la disposición del artículo 13 CP 1995, al establecer que son faltas las infracciones a las que la Ley señale penas leves, dice nada sobre la naturaleza intrínseca de la infracción, que no puede deducirse de

(109) El sujeto activo del delito que se pretende fundamentar constitucionalmente (art. 30.1 y 2 CE) no ha de haberse incorporado al servicio militar, ya que de otro modo habría que aplicar el Código de Justicia Militar. Sin embargo, según el programa del Partido Popular, el servicio militar obligatorio desaparecería paulatinamente a lo largo de las dos próximas legislaturas; y es de señalar además, el aumento progresivo de los «insumisos».

Acerca del problema, *Vid.* GARCÍA RIVAS, N., «Los delitos de insumisión en la legislación española», en *ADPCP*, III, 1992, pp. 881 ss.

(110) En la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989 de 31 de junio, de actualización del CP, se descriminalizaron muchas faltas, unas porque ha operado el principio de intervención mínima y otras porque ya vienen sancionándose en el campo administrativo, pero el legislador no se atrevió a despenalizar algunos comportamientos que sin duda deben permanecer en el campo penal (*Vid.* BOIX REIG, J.-ORTS BERENGUER, E.-VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, cit., pp. 193 ss y 200-202; Crítica a la reforma BAJO FERNÁNDEZ, M., *La actualización del CP de 1989*, pp. 17-21).

(111) SERRANO MARTÍN, M., *Código Penal*, cit., p. 349, estima sin embargo que las rúbricas bajo las que se reúnen no responden a veces al mismo bien jurídico protegido, y hay faltas que, afectando al mismo bien jurídico, se incluyen en Títulos diferentes. Tal afirmación podría también plantearse en relación a los delitos, lo que no obsta para que la sistemática que hoy sigue el CP 1995 sea muy superior a la de los Códigos penales anteriores.

(112) *Vid.* «Exposición de motivos PCP de 1992», cit., p. 28.

la gravedad de la pena (113). En definitiva, la falta sería –como indicaban los clásicos– el delito venial (114). Algunas faltas son de nuevo cuño, como la de carecer de seguro obligatorio de responsabilidad civil (art. 637), y su inclusión en el campo penal –en lugar del administrativo– me parece cuando menos discutible por resultar contraria al principio de intervención mínima.

IV

El CP 1995 contiene una serie de artículos de carácter procesal de gran importancia, pero interesa aquí solamente la referencia a las repercusiones procesales que afectan en primer término a los presupuestos de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales.

El CP 1995 ha modificado el apartado 3.º del artículo 14 de la LECr y limita la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal al enjuiciamiento y fallo de los delitos menos graves y de las faltas relacionadas con el delito principal, lo que va a producir –sin duda– una importante modificación en la competencia de las Audiencia Provinciales y la Sala 2.ª del TS, dado el mayor número de asuntos que tendrán acceso a la casación. Por consiguiente, determinados hechos delictivos de gran frecuencia y complejidad que venían siendo resueltos por los Juzgados de lo Penal, pasarán ahora a ser fallados por las Audiencia Provinciales, y tal alteración de competencias puede provocar una congestión a los órganos colegiados. El problema se agudiza al asumir las Audiencias competencias en el enjuiciamiento de los delitos que se tramitan por el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, ya que el juicio oral lo debe presidir un Magistrado de aquéllas. También en el TS, que conoce de los recursos de casación, aumentarían excesivamente el número de causas, produciéndose por todo ello un importante atasco de la Justicia penal (115). De otro lado, en un momento de restricciones y ajustes presupues-

(113) ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, cit., pp. 165-166, estima que no hay diferencias cualitativas. También RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.-SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 352.

(114) PACHECO, J. F., *El Código penal*, Madrid, 1849. Terminología clásica acogida por ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, p. cit.

(115) *Vid.* LORRENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, A., «La incidencia del nuevo Código en las competencias de los juzgados de lo penal y catálogo de delitos», en *AP*, núm. 25, 1996, p. 433-434.

tarios, no parece que puedan mejorarse dotaciones e infraestructuras (116).

La modificación del artículo 14, 3.ª de la LECr que la Disposición Final 1.ª del CP 1995 establece sobre la competencia del Juez de lo Penal, debe ponerse en relación con la nueva división que hace el citado Código de las infracciones penales en delitos graves, menos graves y faltas. El CP 1995 vuelve así a la distinción tripartita, conservada desde el CP de 1848 hasta el de 1932, distribución más precisa y más de acuerdo con la LECr.

Por consiguiente, el Juez de lo Penal conocerá de las causas por delitos menos graves, que son las infracciones que la ley castiga con penas menos graves (art. 13.2 CP 1995), tales penas están establecidas en el artículo 33.3 del CP 1995, teniendo –por lo que a la pena de prisión se refiere– una duración de seis meses a tres años, multa de más de dos meses-multa y arresto de siete a veinticuatro fines de semana, por señalar algunas de las más importantes, debiendo considerarse la penalidad en abstracto. Pero el problema se plantea, sobre todo, a la hora de considerar las penas conjuntas, accesorias, etc.

En resumen, la reforma procesal sustrae a la competencia de los Jueces de lo Penal el enjuiciamiento de los delitos que el CP 1995 sanciona con pena de prisión superior a tres años y otras accesorias, correspondiendo ahora a las Audiencias Provinciales, que se ocupan, por tanto, de los hechos más complicados y frecuentes, con la consiguiente sobrecarga de asuntos y retraso en la Administración de Justicia; consecuencias que deberían haber sido previstas por el legislador, ya que afectan precisamente a los delitos más graves y de mayor repercusión social, correspondiendo, sin embargo a los Jueces de lo Penal, a pesar de su formación especializada, el enjuiciamiento de delitos menores (117).

En las disposiciones transitorias se resuelve el problema de la Ley penal más favorable por los hechos realizados durante la vigencia del CP derogado y enjuiciados después de la entrada en vigor del CP 1995.

La disposición transitoria 1.ª permite la aplicación retroactiva de las disposiciones del CP 1995 cuando sean más favorables para él, reiterando así la que ya establece el propio texto legal en su artículo 2.2, que confiere efecto retroactivo a aquellas leyes penales que favorezcan al reo aunque al entrar en vigor hubiese recaído sentencia firme y el

(116) Vid. DE LA CUADRA, B., «El nuevo Código Penal ante la hora de la verdad», (Reportaje) en *EL PAÍS*, 19 de mayo de 1996, p. 18.

(117) Vid. LLORENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, A., Ob. cit., p. 439. Vid. además, GÓMEZ COLOMER, J. L., «El sistema de penas y su repercusión procesal», en *La Ley*, núm. 3991, marzo de 1996, p. 1420.

condenado estuviese cumpliendo condena. No se resuelven –sin embargo– problemas como los relativos a los delitos continuados, permanentes o habituales, siendo, por consiguiente, factible la aplicación de las disposiciones del CP 1995 –siempre que sean favorables– a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia mientras no exista sentencia firme en el momento de su entrada en vigor.

La pena más favorable se determina tomando en consideración no sólo la sanción penal, sino también los beneficios penitenciarios y de suspensión o sustitución, si bien la redención de penas por el trabajo no es –lógicamente– de aplicación (al haber desaparecido, en el CP 1995, del catálogo de los beneficios penitenciarios) a aquellos a quienes se apliquen las disposiciones del actual texto punitivo, si éstas son más favorables; y debiéndose oír siempre, además, al reo (disposición transitoria 2.^a). Los Tribunales revisarán las sentencias firmes y aquellas en las que el condenado esté ya cumpliendo condena, pero no las sentencias en las que la pena esté suspendida o ejecutada (disposiciones 5.^a y 6.^a).

La distinta configuración entre las nuevas penas y las antiguas ha obligado al legislador en el CP 1995 a establecer una equiparación comparativa en la disposición transitoria 11.^a, por ejemplo, la pena de reclusión mayor se entenderá sustituida por la de prisión de quince a veinte años con la cláusula de elevación de veinte a veinticinco años si concurren dos o más circunstancias agravantes. En la disposición transitoria 8.^a se considerará para valorar la gravedad comparativa, por ejemplo, respecto del arresto de fin de semana, que la duración de la privación de libertad equivale a dos días por cada fin de semana, y si la pena fuera de multa se considerará que cada día de arresto sustitutorio que se impusiera o pudiera imponerse conforme al CP derogado equivale a dos cuotas diarias de la multa del CP 1995. Tales disposiciones necesitan, sin embargo, de criterios complementarios para resolver los diversos problemas que pueden plantearse (118).

Cabe señalar finalmente que el artículo 19, en el que se declara la irresponsabilidad penal del menor de dieciocho años, no ha entrado en vigor según establece el párrafo 2.º de la disposición final 7.^a, puesto que la Ley reguladora de la responsabilidad del menor a la que se supe- dita la vigencia de aquélla es una ley de futuro y no vigente. Serán por

(118) Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., «El sistema de penas y su repercusión procesal», en *La Ley*, marzo 1996, año XVII, p. 10. Vid. también, «Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/1996 de 22 de mayo sobre Régimen transitorio del CP 1995; incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores», en *Actualidad Penal* núm. 24, 1996, pp. 1239 ss. y 1251 ss. Vid. Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., p. 29.

tanto aplicables a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho los artículos 9.3 y 65 del CP derogado, pues tal precepto se deja subsistir en el apartado 1 a. de la disposición derogatoria del CP 1995. Por consiguiente, la edad inferior a dieciocho continúa siendo una atenuante privilegiada mientras no se promulgue la nueva legislación penal de menores a la que alude la citada disposición final 7.^a, que se limita a establecer que, hasta la aprobación de una Ley penal del menor, el juez o tribunal competente deberá requerir a los equipos técnicos para la elaboración de un informe sobre la situación y estado del menor. En todo caso, si se aplica la medida del artículo 65 del CP derogado y la opción es, en vez de la pena atenuada, el internamiento en una institución especial de reforma, habría de ser aplicable el artículo 102 en relación al artículo 96.3 en cuanto a las medidas privativas de libertad.

Por otro lado, se ha venido afirmando que, como consecuencia de la entrada en vigor del CP 1995, podrían quedar en libertad varios miles de reclusos que serían excarcelados paulatinamente a medida que los jueces revisen su situación penitenciaria, de acuerdo con el nuevo sistema de penas. Las cifras que presentan los medios informativos (entre doce mil y trece mil penados), o determinados sectores parlamentarios, están bastante fuera de la realidad. No parece que la alarma social que pudieran suscitar tales excarcelaciones esté suficientemente fundada. Las informaciones de círculos autorizados demuestran que la puesta en libertad está muy limitada, y el problema no va a situarse tanto en las liberaciones, que por la aplicación de la Ley penal más favorable puedan producirse, como en la limitación presupuestaria para dotar de la infraestructura necesaria y medios adecuados a las nuevas sanciones y sus sustitutivos (119). Es cierto que pueden producirse algunos efectos indeseables por aplicación del principio de la Ley penal más favorable, por ejemplo, en ciertos casos de narcotráfico o en aquellos casos que en el CP derogado estaban tipificados, v.g., como desórdenes públicos, incendios o estragos y que, con el CP 1995 –probado el móvil subversivo–, pudieran ser calificados de actos de terrorismo en colaboración con bandas armadas (art. 577 del CP 1995). Tales casos serán, sin embargo, muy limitados y excepcionales.

(119) Vid. DE LA CUADRA, B., *El nuevo Código Penal...*, cit., p. cit. Ídem Editorial de *EL PAÍS* de 26 de mayo de 1996, p. 25. La verdad es que hasta el momento sólo 350 presos han sido puestos en libertad. Vid. también a propósito del tema *EL PAÍS*, 15 de julio de 1996, p. 15.

V

Concluyendo, puede afirmarse que el CP 1995 constituye en definitiva una obra necesaria e importante. Es indudable que merece una valoración positiva, a pesar de las críticas, reparos y reticencias que puedan hacerse y de la dificultad de aplicación —como ya se ha dicho— de las nuevas sanciones tales como el arresto de fin de semana, el trabajo en beneficio de la comunidad o de determinadas medidas de seguridad. En especial el sistema de sanciones ha cambiado radicalmente el obsoleto del anterior Código, con sus viejas escalas penales. La nueva pena de multa por medio del sistema escandinavo de los días multa, que establece su cuantía según la situación económica del reo, debe considerarse como muy positiva, máxime cuando no impone siempre subsidiariamente la cárcel, sino que permite sustituirla por trabajos en beneficio de la comunidad. Es cierto que se reduce el tiempo de duración de la condena, pero al suprimirse la redención de penas por el trabajo, el penado estará, a pesar de los beneficios penitenciarios, más tiempo en prisión.

Es evidente, además, la imprevisión del legislador respecto de la falta de infraestructuras, centros y medios idóneos y personal cualificado para el cumplimiento efectivo de algunas sanciones y sus substitutos penales, especialmente en el caso de las medidas de seguridad —como ya se ha expuesto— y que por primera vez se incorporan al CP. Pensemos, por ejemplo, en el caso de los centros adecuados para la deshabitación de toxicómanos, máxime en tiempo de restricción presupuestaria como el actual. La imprevisión del legislador se pone igualmente de relieve en la no aprobación de una Ley penal del menor o juvenil al modo de otros países de nuestro entorno cultural, con mayor razón cuando se ha elevado la mayoría de edad penal a los dieciocho años y, por consiguiente los menores de esa edad no serán ya responsables criminalmente con arreglo al CP 1995 (eximente del art. 19), a pesar del considerable crecimiento actual de la delincuencia juvenil. La imprevisión alcanza a los jóvenes mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, ya que las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad del menor a que se remite el artículo 69 CP 1995 no son aplicables a aquéllos, pues dicha Ley aún no se ha elaborado. El CP anterior (art. 61) resolvía el problema del menor de dieciocho y mayor de dieciséis dando opción al juez para imponer una pena privativa de libertad inferior en uno o dos grados a la que le hubiera correspondido si hubiere tenido más edad, o el internamiento en insti-

tución de reforma, medida que pocas veces se ha utilizado. Tal solución es aplicable hoy aunque no sea la más deseable (120).

La normativa establecida por el CP 1995 en este punto sólo sería elogiada si fuera acompañada de un Derecho penal juvenil y de unos tribunales especiales para jóvenes delincuentes. Los actuales Tribunales Tutelares de menores carecen de medios para tratar a los delincuentes juveniles (121).

Aunque la Parte General del CP 1995 debe valorarse en general de forma positiva, sin perjuicio de las consideraciones críticas reseñadas en epígrafes anteriores y en el que nos ocupa, debe finalmente reprocharse al legislador el olvido imperdonable de las víctimas del delito, de los que se ha llamado los «convidados de piedra del Derecho penal» (v.g., las víctimas de los delitos terroristas). No se dice nada, v.g., en el artículo 66 del CP 1995 para que en la aplicación de la pena se tengan en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de las víctimas (122). Todo lo cual me parece negativo.

Por último, y sin perjuicio de las valoraciones ya realizadas en la parte especial (epígrafe III) que arrojan igualmente —a pesar de las considerables consideraciones críticas realizadas— un saldo positivo a mi juicio, debe ser también puesto de manifiesto que algunas de las reformas realizadas en el CP 1995 no eran, sin duda, tan necesarias después de las reformas realizadas en 1980, 1983 y 1989. Algunos de los delitos configurados o ampliados en recientes reformas o en el propio CP 1995, como, v.g. el tráfico de influencias o el abuso de información privilegiada, que pueden constituir diversas figuras delictivas

(120) Vid. supra p., y disposición final 7.ª Vid., ídem VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código Penal*, cit., pp. 50-51. Ídem SÁNCHEZ ILLERA, I., *Comentarios al CP*, cit., pp. 109 y 223.

(121) Vid. SÁNCHEZ ILLERA, I., *Comentarios al Código Penal*, cit. (Coord. Vives Antón), pp. 109 y 2230. Sin embargo, para GARCÍA VALDÉS, C., «Aspectos más importantes que justifican la aparición de un nuevo Código Penal», en *EPCr*, Santiago de Compostela, 1993, p. 118, no es necesario de un Derecho penal juvenil para resolver el tratamiento de los menores de dieciséis años (hoy dieciocho) y considera aplicable la medida de seguridad del artículo 106 en Centros de Educación para jóvenes delincuentes, retocando la actual red de establecimientos penitenciarios juveniles, lo que no me parece muy convincente; más lógico sería promulgar una nueva legislación juvenil y resolver de una vez el problema sin volver a intentar ligeros retoques y «parches».

(122) Vid. BERISTAIN IPIÑA, A., «Las víctimas siguen olvidadas», en *EL PAÍS*, 25 de mayo de 1996, p. 16. y del mismo autor, «Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados», en *ADPCP*, III, 1986, pp. 731 ss. Vid. también, HASSEMER, W., «Consideraciones sobre la víctima en el delito», en *ADPCP*, 1990, pp. 241 ss. y esp. 259.

y afectar a diferentes bienes jurídicos, tienen su explicación más en la voluntad de acabar con algunos escándalos recientes de corrupción política que en la insuficiencia de la legislación. Las figuras, por ejemplo, del cohecho, la prevaricación o la revelación de secretos podrían ser perfectamente suficientes para castigar tales hechos sin bordear quizás los límites del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho. Lo cual no significa que el CP 1995 no haya supuesto un indudable avance respecto de la legislación anterior, pues no hay obra nueva –por ser humana– que no adolezca de alguna imperfección amén de los muchos valores positivos que posea. De otra parte, cabe la posibilidad de sobrepasar el límite establecido en el artículo 36 del CP 1995 para la pena de prisión en el concurso de delitos, que puede llegar a tener una duración de treinta años –aunque sin perjuicio de los beneficios penitenciarios– e incluso sobrepasarla en determinados supuestos de terrorismo (Sección 2.ª, Capítulo V, Título XII, Libro II del CP 1995). Si bien en este caso se trata de situaciones excepcionales, por la gravedad de las conductas y la alarma social que producen. El legislador ha puesto, sin duda, el énfasis en la prevención general, ya que tales hechos afectan a los bienes jurídicos más importantes para el individuo o la colectividad, e incluso para la propia existencia del Estado democrático de Derecho. El rigor extraordinario de la Ley se temple, sin embargo, por el abandono de las actividades delictivas y la colaboración eficaz para impedir la producción del delito, o coadyuvando a la captura de los responsables. También aquí, como en algunas otras figuras delictivas, aparece esa especie de premio a la mal llamada figura del «arrepentido», que se traduce en la imposición de la pena inferior en uno o dos grados (123).

No debe olvidarse que la organización política global en un Estado de Derecho sólo puede ser variada dentro de los cauces legales, y nunca por medio de la fuerza o la violencia. Se protege aquí, en definitiva, la subsistencia misma del propio Estado democrático de Derecho.

(123) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Aspectos más importantes...*, cit., pp. 118-120.