

Informe sobre el anteproyecto de bases del Libro I del Código penal

JOSE CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Zaragoza

Quisiera manifestar en primer lugar mi agradecimiento por el envío de la Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal. La difusión que se ha dado a este trabajo implica la apertura de un período de información pública y dada la invitación que se formula en la página 2 de la Exposición, me atrevo a dirigir al Gabinete de Estudios de la Comisión General de Codificación algunas observaciones o sugerencias sobre el Anteproyecto. Me limitaré, con este objeto, a formular mi opinión, fruto de numerosas lecturas y reflexiones, que avalaré sólo con las citas indispensables, absteniéndome de polemizar con otras doctrinas o propuestas de política criminal por no parecerme el momento y lugar oportuno.

En relación con la pregunta que se formula acerca de la oportunidad de llevar a cabo en este momento la ansiada y necesaria reforma de nuestro Código penal mi respuesta es negativa. Creo que este momento no es adecuado. Es cierto que desde 1945 a 1972 las transformaciones experimentadas por nuestra sociedad han sido muy grandes, pero pueden ser aún mayores las que se produzcan en los próximos años. Nos hallamos en un momento de transición y el cumplimiento de las previsiones sucesorias podría hacer de nuevo necesaria la reforma del Código penal.

Iniciaré mi estudio con unas consideraciones sobre la sistemática del Anteproyecto, para analizar después diversas cuestiones, siguiendo el orden de las Bases.

A) *Sistemática.*

Uno de los defectos capitales del Anteproyecto es su sistemática, totalmente anticuada.

Se incluye, acertadamente, un Título I dedicado a la Ley penal, pero luego se distribuye la materia restante en tres Títulos: El delito, El delincuente y La responsabilidad.

Este esquema era el dominante en la doctrina a principios de siglo como consecuencia de la polémica de las escuelas. Los positivistas y los representantes de las direcciones intermedias, dividían las materias de la Parte General en dos grandes apartados: el delito y el delincuente. En este esquema se basaba el Código penal ita-

liano de 1930. Existían discrepancias en cuanto a la distribución de determinadas materias (1). En el Anteproyecto todos los problemas de la teoría del delito que no tienen fácil encaje en los Títulos del delito y del delincuente se incluyen en el Título IV, de la responsabilidad, junto a las consecuencias del delito (penas, medidas de seguridad, responsabilidad civil), que viene a ser una especie de cajón de sastre. En el Título IV se comprenden materias tan heterogéneas como la codelincuencia, las causas de justificación, las causas de inculpabilidad, las circunstancias atenuantes y agravantes, todos los problemas relativos a las penas y medidas de seguridad, la responsabilidad civil y la extinción de la responsabilidad criminal.

La distinción de un título destinado al delito y otro al delincuente, donde se incluye la imputabilidad, la culpabilidad y la peligrosidad me parece desacertada, pues la culpabilidad es una nota o elemento del concepto del delito y la imputabilidad no es sino la capacidad de culpabilidad. Al regularse en el Anteproyecto únicamente la peligrosidad manifestada a través de la comisión de un hecho delictivo no hay tampoco inconveniente en tratar de ella en el título del delito.

Creo que sería más correcta una clasificación sistemática que distinguiera tres títulos solamente: La ley penal, El delito y Las consecuencias del delito. En el título del delito deberían incluirse las materias que se agrupan actualmente en los Títulos II y III, más la regulación de la codelincuencia, las causas de justificación, las causas de inculpabilidad y las circunstancias atenuantes o agravantes (es decir, la materia comprendida en los capítulos I, II y III del Título IV). La autoría y la participación son concebidas en la doctrina moderna como cuestiones pertenecientes a un elemento del sistema del delito (generalmente como parte de la teoría de lo injusto; la participación es participación en lo injusto y no en la culpabilidad, pues suele admitirse el principio de la accesoria limitada) y no como una mera forma de aparición o manifestación del delito, como sucedía en la doctrina tradicional (2). Al ser la antijuricidad y la culpabilidad elementos del concepto del delito, las causas de justificación y las causas de inculpabilidad deberían estar incluidas también en el título del delito. Lo mismo hay que decir de las circunstancias atenuantes y agravantes, pues atenúan o agravan la pena porque implican una menor o mayor gravedad de lo injusto o la culpabilidad.

En el título de las consecuencias del delito debería incluirse únicamente todo lo referente a las penas, medidas de seguridad y responsabilidad civil, así como a la extinción de la responsabilidad criminal.

B) *Ley penal.*

Me parece un acierto, como decía anteriormente, la inclusión de un título destinado a los problemas de la ley penal (concepto de ley penal, eficacia de la ley penal en el tiempo, en el espacio, extradición, etc.). Es igualmente satisfactorio que se establezcan los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de la igualdad de todos los españoles ante la ley penal.

Una consecuencia del principio de legalidad de los delitos y de las penas es la prohibición de la analogía in malam partem. En el Anteproyecto no se distingue, sin embargo, entre la analogía y la interpretación extensiva. Parece

(1) Véase, ANTON ONECA, *Derecho penal, Parte General*, 1949, pág. 134.

(2) Véase, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed. 1967, págs. 327-8

que quiere prohibirse incluso ésta, lo cual me parece realmente excesivo. En la Exposición del Anteproyecto se dice: «en su función normativa, en cuanto la formulación del principio impide al legislador el empleo de fórmulas análogas en la configuración de los tipos penales; en su función aplicadora del Derecho, en cuanto veda a los tribunales de Justicia la interpretación y aplicación extensiva de los tipos penales» (3). La mera interpretación extensiva, que implica la aplicación de una norma a casos no comprendidos en su letra o tenor literal, pero sí en su espíritu o voluntad, no es contraria al principio de legalidad. Parece que los autores del Anteproyecto se han inspirado aquí en el Código penal de 1928 que prohibía, incluso, la interpretación extensiva.

No se preocupa, en cambio, el Anteproyecto del problema de las leyes penales indeterminadas, cuyos preceptos no están redactados con la debida precisión. No es frecuente su aparición en nuestra legislación aunque puede señalarse algún ejemplo. En la Ley de Extradición de 26 de diciembre de 1958 se declara exentos de la misma (art. 6.º, 1.º) a los autores de delitos políticos, salvo que el hecho constituya delito común o revele *una singular perversidad en el delincuente* (4). Las leyes penales indeterminadas constituyen actualmente el mayor peligro para el principio de legalidad de los delitos y las penas.

Se establece, acertadamente, en el Anteproyecto el principio de la irretroactividad de las leyes penales y el de la retroactividad de la ley penal favorable. Se introduce, sin embargo, una excepción, al principio de la retroactividad de la ley penal favorable. No se aplicará con carácter retroactivo cuando se trate de «sujetos peligrosos por habitualidad o profesionalidad, a no ser que la nueva ley elimine la entidad delictiva de los actos o la peligrosidad de los estados» (5). No me parece justo este criterio en relación con las penas. De introducirse una desviación de la regulación general para las medidas de seguridad o algunas de ellas —lo cual no me parece oportuno— no debería establecerse el principio de la irretroactividad de la ley favorable, sino el de la retroactividad de las leyes favorables y desfavorables, pues la ley posterior es la que está conforme con las exigencias actuales de la política criminal (6).

Sería conveniente una regulación expresa del problema de las leyes penales temporales y las leyes penales intermedias. Respecto a las primeras debería instaurarse el principio de la irretroactividad de la ley más favorable cuando haya cesado la situación excepcional. En relación con las leyes penales intermedias podría establecerse, en cambio, con carácter general, la aplicación con carácter retroactivo de la ley penal más favorable.

Al tratar de la extradición (7) se excluye de ella a los autores de delitos políticos, pero no se hace la salvedad —obligada de acuerdo con un concepto mixto restrictivo del delito político— de que no se trate al mismo tiempo de

(3) Véase, pág. 10. El subrayado ha sido añadido.

(4) El subrayado ha sido añadido.

(5) Exposición, pág. 13, 4, C.

(6) Véase a este respecto, ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte General*, 1949, págs. 110-1.

(7) Bases, pág. 3.

un delito común (8). Se omite, en cambio, acertadamente la referencia a la singular perversidad del delincuente.

C) *El delito.*

En este Título II hay que destacar el acierto de la modificación de la definición del delito («la acción u omisión maliciosa o culposa penada por la ley») de modo que incluya, sin duda, los delitos dolosos y culposos. Se ahorran así las discusiones estériles en torno al sentido de la palabra voluntarias, en la anterior definición y se descarta la tesis del crimen culpae en la interpretación del art. 565, núm. 3.º del art. 586 y art. 600. No hay un, o varios, crimen culpae, en nuestro Código, sino crimina culposa. Es un acierto, asimismo, que los delitos culposos se regulen por medio de tipos concretos, específicos, situados junto a los correspondientes delitos dolosos (9), como sucedía ya en nuestro Código penal de 1822. Sería conveniente también, aunque esto es materia de la regulación de la Parte Especial que se castigaran únicamente los delitos culposos más graves (homicidio, lesiones, incendio, por ejemplo), es decir, que se siguiera el principio consagrado en todos los modernos Códigos penales de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos. El castigo con pena, la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico, de todos los delitos culposos, no es justa, dada la escasa gravedad de muchas de las conductas, ni es oportuno. desde el punto de vista político-criminal, pues da lugar a una inflación penal.

Sería conveniente introducir un precepto de carácter general referente a los delitos de comisión por omisión, similar al art. 13 de la nueva Parte General del Código penal alemán. Un precepto en el que se establezca, que el que no impida la producción de un resultado descrito en una figura de delito, incurrirá únicamente en la pena establecida para dicho delito, si tenía el deber jurídico de evitar el resultado y la omisión es equivalente a la acción desde el punto de vista del contenido de lo injusto.

Sumamente desacertada es la regulación del error. Se parte de la distinción, ya superada, entre error de hecho y de Derecho (10). Al error de hecho se le atribuye eficacia excluyente del dolo. Si es vencible dará lugar a una responsabilidad culposa. En relación con el error de Derecho se establece el principio del error iuris nocet, la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Se hace una única salvedad para el error de Derecho no penal cuando afecte a un elemento del tipo (11) (aflora aquí de repente la distinción moderna entre error sobre un elemento del tipo y error de prohibición) que eximirá de la pena. Si el error sobre el elemento normativo del tipo es vencible no debe eximir de pena sino dar lugar

(8) Es delito político, conforme a la teoría mixta de carácter restrictivo, aquél que atente contra la organización político-constitucional del Estado y ha sido realizado con un móvil político. Quedan excluidos, pues, los delitos contra la organización político-constitucional del Estado con un móvil no político y los delitos comunes realizados con un móvil político. Este es el criterio, en esencia, de Lombroso, Laschi, Florian y Antón Oneca. Véase, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 3.ª ed., págs. 196 y ss. y ANTÓN ONECA, ob. cit., páginas 126-7.

(9) Base Tercera, 6.

(10) Véase, por ejemplo, CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 34 y ss.

(11) Base Segunda, 4, pág. 6.

a una responsabilidad culposa. Se consagra aquí el criterio seguido por la jurisprudencia (12), aunque ésta en alguna ocasión se había desviado de él considerando que la conciencia de la antijuricidad es un elemento del dolo (13). De acuerdo con esta tesis, la llamada teoría del dolo —dominante en la doctrina española (14)—, el error sobre la antijuricidad de la conducta excluye el dolo; si es vencible da lugar a una responsabilidad por culpa (culpa jurídica o de la prohibición) y si es invencible quedarán excluidas la culpabilidad y la pena. El art. 2.º del Código civil, invocado por el Anteproyecto (15), no es obstáculo, según la mayor parte de los penalistas españoles (16), para conceder relevancia al error de Derecho o al error de prohibición en el Derecho penal. Dicho precepto, como señala Antón Oneca, establece la obligatoriedad de las leyes con carácter general y es compatible con los efectos jurídicos del error en algunos casos, como se admite en el mismo Derecho civil. En el Derecho penal se admite por la jurisprudencia y el Anteproyecto la relevancia del error de Derecho no penal. La relevancia del error de Derecho penal viene exigida por el principio de culpabilidad que establece el propio Anteproyecto (17). Al ser la culpabilidad un elemento del delito el error de Derecho no puede ser irrelevante.

Quizá los autores del Anteproyecto no se hayan decidido a considerar la conciencia de la antijuricidad de la conducta como un elemento del dolo por temor a que un error por burdo, craso o fácilmente vencible que sea excluyera el dolo y

(12) El Tribunal Supremo ha seguido, por ejemplo, el principio del error «iuris nocet» en las sentencias de 16 de marzo de 1871, 19 de octubre de 1872, 22 de enero de 1875, 13 de mayo de 1896, 14 de abril de 1900, 7 de octubre de 1916, 23 de enero de 1963, 11 de febrero de 1963, 26 de mayo de 1964, 12 de abril de 1965, 10 de junio de 1967, 26 de septiembre de 1968, y 1.º de febrero de 1969. Ha admitido la eficacia excluyente del dolo del error de Derecho no penal en las sentencias de 7 de diciembre de 1889, 16 de marzo de 1892, 7 de febrero de 1899, 29 de junio de 1936, 7 de marzo de 1944, 6 de diciembre de 1944, 6 de junio de 1945, 28 de febrero de 1946, 5 de marzo de 1946, 24 de febrero de 1962, 26 de mayo de 1964, 12 de abril de 1965 y 1 de febrero de 1969.

(13) Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1962.

(14) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte General*, 1949, págs. 206-7; JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, 2.ª ed. 1963, págs. 448 y ss. y tomo VI, págs. 357 y ss., 438 y ss. y 460 y ss.; DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, vol. II, 1972, págs. 101-2 y 205 y ss.; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, 1946, págs. 23 y ss.; CUELLO CALON-CAMARGO, *Derecho Penal*, tomo I, Parte General; volumen primero, 16 ed. 1971, págs. 419 y ss.; y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed. 1971, págs. 375 y ss., 384 y 515 y ss.

(15) Exposición, pág. 17 c.

(16) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, pág. 216; JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, VI, páginas 442-3 I; ...CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, págs. 101 y ss.; y mis artículos, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 166, julio-agosto 1964, págs. 462 y ss. y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*, «Nuevo Pensamiento Penal», núm. 2.º, mayo-agosto, 1972, págs. 243 y ss. (publicado también en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1972, fasc. 4, págs. 1063 y ss.).

(17) Base Tercera, 2.

diera lugar a una responsabilidad por culpa. Si el delito no era susceptible de comisión culposa o ésta era impune —lo cual sucederá en mayor medida en el futuro Código penal— dicho error daría lugar a la impunidad. Estos temores serían justificados, pero han sido ya tenidos en cuenta en la moderna doctrina alemana donde se ha abandonado la teoría del dolo y se ha impuesto la llamada teoría de la culpabilidad (recogida en el art. 17 de la Nueva Parte General del Código penal alemán, aprobada por la Ley de 4 de julio de 1969; véase también el art. 20 del Código penal suizo). Con arreglo a esta teoría el error de prohibición no excluye el dolo (porque la conciencia de la antijuricidad no es un elemento del dolo, es un elemento, independiente del dolo, de la culpabilidad). Si el error es vencible se mantiene la responsabilidad dolosa, pero se atenúa la pena. Si el error es invencible quedan excluidas la culpabilidad y la pena. De este modo se llega a resultados más justos y oportunos desde el punto de vista político criminal (18).

No me parece conveniente regular de un modo expreso el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación (19). El error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación es, según unos (teoría de la culpabilidad pura, Welzel, Maurach, Armin Kaufmann, etc.) un error de prohibición y según otros (teoría de la culpabilidad restringida, Engisch, Arthur Kaufmann, von Weber, Roxin, etc.) un error sobre los elementos, negativos, del tipo (20). En la nueva Parte General del Código penal alemán no se ha querido prejuzgar la cuestión. Se regula el error sobre un elemento del tipo (art. 16) y el error de prohibición (art. 17) y no se declara si el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación es un error sobre un elemento del tipo o un error de prohibición. Se confía a la doctrina y a la jurisprudencia el esclarecimiento de la cuestión. No se ha acogido siquiera el precepto del Proyecto de 1962 (art. 20), que preveía que en los supuestos de error culpable sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación no se aplicaría la *pena* del delito doloso sino la del delito culposo (21).

(18) Véase, por ejemplo, WELZEL, «El nuevo sistema del Derecho Penal», Barcelona, Ariel, 1964, págs. 103 y ss. y «Das deutsche Strafrecht, 11.^a ed., 1969, págs. 157 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, «Allgemeiner Teil», 2.^a ed. 1972, págs. 336 y ss.; y mis artículos, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, *lug. cit.*, pág. 449 y ss. y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*, «Nuevo Pensamiento Penal», núm. 2.^o, mayo agosto 1972, págs. 243 y ss. (Ztr. W. 1972, fasc. 4.^o, páginas 1063 y ss.).

(19) Base Segunda 4, pág. 5.

(20) Véase, por ejemplo, WELZEL, «El nuevo sistema del Derecho Penal», págs. 112 y ss. y 117 y ss., y «Das deutsch Strafrecht», 11.^a ed. 1969, págs. 168 y ss.; y MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, «Allgemeiner Teil», 4.^a ed. 1971, páginas 454 y ss. Existen también algunos autores que sustentan la teoría de la culpabilidad restringida sin aceptar la teoría de los elementos negativos del tipo. Para ellos, el error vencible sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación no excluye el dolo, pero debe aplicarse en estos casos la pena del delito culposo; véase, en este sentido, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, «Allgemeiner Teil», 2.^a ed., págs. 348 y ss.; y *Stratenwerth, Strafrecht*, «Allgemeiner Teil», Die Straftat, 1971, págs. 66 y ss. y 146 y ss.

(21) Con la excepción del error sobre el estado de necesidad como causa de justificación (art. 39, párrafo 2.^o), en que se adoptaba la teoría de la culpabilidad pura.

No es preciso regular tampoco el error invencible sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de inculpabilidad. Si el sujeto cree erróneamente que concurre una causa de inculpabilidad y este error era invencible, es indudable que su conducta no será culpable. Sería conveniente, en cambio, establecer una regulación para los supuestos de error vencible, en el sentido de que éste error determine una disminución de la culpabilidad y la pena. Esta solución es la prevista en el párrafo 2.º del art. 35 de la nueva Parte General del Código penal alemán (22).

Sumamente lamentable es que se establezca de nuevo en el futuro Código el principio del *versari in re illicita*. En los últimos años se han publicado en España numerosos trabajos en los que se sugieren diversos criterios de interpretación del párrafo 3.º del art. 1.º, art. 50, atenuante 4.ª del art. 9.º y núm. 8 del art. 8.º tendentes a restringir al máximo el ámbito de la responsabilidad objetiva (23). El sentir general, de lege ferenda, era el de erradicar del Código este viejo principio del Derecho canónico medieval. En el Anteproyecto aparece de nuevo, sin embargo, este principio del *versari*, pues si bien ya no se define el caso fortuito (y no se exige, por tanto, el arranque lícito), ni aparece un precepto similar al del párrafo 3.º del art. 1.º, en la Base Segunda, 5 se dice: «Para dar adecuada solución a los casos de discordancia entre lo querido por el agente y lo efectivamente realizado, se dispondrá que, en tales casos el Tribunal, podrá imponer la pena que corresponda al delito más grave o bien rebajarla, en uno o dos grados, según las particularidades que concurran en el hecho y el culpable». En un caso típico, pues, de lesiones dolosas con resultado de muerte, se condenaría por homicidio doloso, aunque luego para paliar tamaña injusticia, pudiera el tribunal aplicar la pena inferior en uno o dos grados. Se establece, pues, el principio del *versari in re illicita* y luego se tratan de paliar sus consecuencias mediante un amplio arbitrio judicial. La solución es errónea, es contraria al principio

(22) Sobre las diversas soluciones propugnadas en la doctrina alemana, véase, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, «Allgemeiner Teil», 2.ª ed., 1972, págs. 382 y ss.

(23) Véase, por ejemplo, P. PEREDA, El «*versari in re illicita*» en la doctrina y en el Código Penal. Solución suareciana, Madrid, Reus, 1948, págs. 173 y ss.; Vestigios actuales de responsabilidad objetiva, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1956, fasc. 2.º, págs. 223-4; RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de MEZGER, II, 1949, págs. 27 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa*, Barcelona, Bosch, 1958, pág. 309; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1963, fasc. 2.º, págs. 294 y ss., *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código penal*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1963, fasc. 3.º, págs. 625-6, *La presunción de voluntariedad*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales» 1965, fasc. 1.º, página 79 y *La atenuante de preterintencionalidad*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1970, fasc. 3.º, págs. 555 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH, II, págs., 85-6; COBO DEL ROSAL, *Praeter intentionem y principio de culpabilidad*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1965, fasc. 1.º, págs. 85 y ss.; y mis artículos, *El «versari in re illicita» en el Código penal español*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1962, fasc. 1.º, págs. 47 y ss., y *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código penal español*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1970, fasc. 2.º, págs. 287 y ss.

de culpabilidad que establece el Anteproyecto (24) y el precepto es, además, innecesario, pues si el resultado de muerte es culposo se debería apreciar un concurso de delitos (lesiones corporales dolosas y homicidio por imprudencia) y si el resultado de muerte era fortuito se debería condenar únicamente por lesiones corporales dolosas.

En la regulación del iter criminis me parece un acierto que la proposición, provocación y conspiración para delinquir no se castiguen de un modo general, sino sólo en ciertos delitos, cuando la ley lo prevea expresamente (25). En otro caso pueden dar lugar únicamente a la aplicación de una medida de seguridad, cuando revelen la peligrosidad del delincuente. Esta posibilidad de aplicar una medida de seguridad a los que realicen actos preparatorios, cuando revelen su peligrosidad, me parece una innovación acertada, correcta, desde el punto de vista doctrinal, pero en la práctica dada, la confusión reinante sobre el concepto de peligrosidad y los conceptos de pena y medida de seguridad (que se aprecia en la misma Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970, donde se habla de peligrosidad social (26), en vez de peligrosidad criminal y algunas de las supuestas medidas —como la multa de 1.000 a 50.000 pesetas (27)— son en realidad penas) puede conducir a una amplia punición de los actos preparatorios. Se tratará, además, en todo caso, de un estado peligroso predelictual, pues la peligrosidad del delincuente no se habrá manifestado a través de la realización de una acción típica y antijurídica y en el Anteproyecto se han querido incluir únicamente las medidas de seguridad para los estados peligrosos postdelictuales (28)

La regulación de la tentativa imposible me parece insatisfactoria. La vieja distinción entre tentativa absolutamente inidónea (por inidoneidad absoluta de los medios o inexistencia del objeto) y relativamente inidónea (por insuficiencia o inidoneidad relativa del medio o mera falta de presencia ocasional del objeto) es insostenible. Se parte de una contemplación *ex post* y se afirma la existencia del peligro del bien jurídico en los supuestos de inidoneidad relativa y se niega, en cambio, en los casos de imposibilidad absoluta. Este juicio se realiza haciendo abstracción de algunas de las circunstancias presentes en el caso concreto. Esta abstracción resulta imprescindible si se parte de una contemplación *ex post*, pues a posteriori, en todo caso de tentativa, la acción realizada ha puesto de manifiesto la inexistencia del peligro. La imposibilidad de ejecución es relativa, de acuerdo con este criterio, cuando la acción, que ha resultado inidónea en el caso concreto, hubiera sido idónea de no haber concurrido alguna de las circunstancias que impidieron la producción del resultado. El medio es relativamente inidóneo, cuando lo ha sido ciertamente en el caso concreto, pero hubiera sido idóneo si las circunstancias del hecho hubieran sido distintas. ¿De qué circunstancias del hecho se ha de hacer abstracción, sin embargo? ¿Cuál ha de ser la medida de la abstracción? Es imposible hallar un criterio que permita contestar a esta

(24) Base Tercera 2.

(25) Como sucedía en los Códigos penales de 1848, 1870 y 1932. Véase, ANTON ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 404 y ss.

(26) Artículo segundo B).

(27) Artículo quinto, Decimoquinta.

(28) Véase, Exposición, pág. 42 (apartado f) y Bases, pág. 26 (Base Séptima, núm. 10).

pregunta (29). El juicio de peligro carecerá, por ello, en este caso de validez general. La validez general del juicio de peligro no puede derivarse sino de la base de conocimiento sobre la que se realiza (saber ontológico y ~~norma~~ ^{norma} lógico de la época, más las circunstancias del caso concreto conocidas por el autor) y de su relación con una situación objetivamente dada (las circunstancias presentes en el caso concreto) (30). La distinción entre la tentativa idónea e inidónea debe realizarse, por ello, con arreglo al criterio del peligro concreto (31). Pero es que, además, me parece un desacierto que se establezca la impunidad de la tentativa (absolutamente) inidónea o imposible. Concorre en ella el desvalor de la acción, aunque falte el desvalor del resultado. La punición de la tentativa (absoluta y relativamente) imposible estaba ya prevista en el Proyecto Silvela de 1884, el Código penal de 1928 (art. 41), la Ley de 24 de enero de 1941 (art. 5.º) y en el Código penal vigente (párrafo 2.º del art. 52, en relación con el art. 3.º) (32); no se castiga en el Código penal italiano de 1930 (arts. 56 y 49), pero sí en el Código penal suizo (art. 23) y en el Código penal alemán (antiguo art. 43 y art. 22 de la nueva Parte General). Creo que la tentativa (absoluta y relativamente) inidónea debería ser punible en nuestro futuro Código, manteniendo, como hace el Anteproyecto, la atenuación obligatoria de la pena de la tentativa en relación con la del delito consumado; pues en la tentativa, si bien se da el desvalor de la acción falta el desvalor del resultado (33) y lo injusto de los delitos dolosos queda sólo constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado (34). Podría establecerse únicamente un precepto previendo la posibilidad de dejar de aplicar la pena en los supuestos de tentativa supersticiosa o irreal, en que el sujeto por pura necesidad o falta de inteligencia no pudo darse cuenta de que su acción, por el medio utilizado o el objeto en que recaía, jamás podía conducir a la producción del resultado. En el Código penal suizo (art. 23, párrafo 2.º) y en el nuevo Código penal alemán (art. 22, párrafo 3.º) se han introducido preceptos en este sentido (35)

Desde un punto de vista terminológico constituye una inexactitud decir que la

(29) Véase, en este sentido, v. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Bonn, 1948, pág. 80.

(30) Sólo una parte de las circunstancias presentes en el caso concreto es cognoscible ex ante. Si fueran todas ellas cognoscibles ex ante no habría lugar para el juicio de peligro.

(31) Véase, por ejemplo, la fina elaboración del concepto del peligro concreto por v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21 y 22 ed., Berlín-Leipzig 1919, págs. 190 y ss.; ROCCO, *L'oggetto del reato*, Roma, 1932, págs. 299-300; y VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milán, 1952, págs. 83-91.

(32) Véase, a este respecto, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible y tentativa de delito*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1971, fasc. 2.º, págs. 382 y ss.

(33) Véase, STRATENWERTH, *Die fakultative Strafmilderung beim Versuch*, separata de «Festgabe zum Schweizerischen Juristentag», Basel 1963, págs. 247 y ss.

(34) Véase, la nota 10, de mi traducción de, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, de WELZEL, pág. 44 y mi artículo, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*, lug. cit., pág. 241 (Z. Str. W. 1972, fasc. 4.º, págs. 1061 y ss.); y STRATENWERTH, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, Schw. Z. f., Strafrecht, tomo 69. 1963, págs. 50 y ss. y *Die fakultative Strafmilderung beim Versuch*, lug. cit., pág. 257.

(35) Véase, sobre la teoría de la impresión, en que se fundan estos preceptos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible y tentativa de delito*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1971, fasc. 2.º, págs. 378-9.

tentativa imposible se *sanciona* con medidas de seguridad. La medida de seguridad no es una sanción. Es una consecuencia del delito, si se aplica a los estados peligrosos postdelictuales, pero no es una sanción.

Me parece un acierto que se incluya en el Código una definición del delito continuado, figura elaborada por la doctrina y la jurisprudencia y que se elimine el requisito exigido por esta última, de la imposibilidad de individualización de las diversas acciones (36). Me parece también un acierto que se aprecie el delito continuado tanto si favorece como si perjudica al reo. En esta vía de una depuración del concepto de delito continuado se debería haber dado un paso más. sin embargo, eliminando el requisito de la unidad de resolución o designio (37). Se debería exigir únicamente que las diversas acciones sean esencialmente homogéneas, por la ocasión, el motivo, la resolución de voluntad e infrinjan una misma norma, es decir, estén comprendidas en un mismo tipo fundamental. De lo contrario, se llega a resultados injustos. Si una mujer yace repetidas veces con un varón que no sea su marido sólo podrá invocar la figura del delito continuado, de adultério, si se da la unidad de designio, si falta ésta y cae sucesivamente en la tentación, en una misma ocasión favorable, no podrá apreciarse la continuación. Sólo si concurra la premeditación podrá apreciarse generalmente la figura del delito continuado. En los casos en que concurra la unidad de designio el tribunal debería tener facultades para aumentar la pena (38).

La introducción de la figura del delito masa me parece innecesaria y perturbadora. Dogmáticamente es una construcción insostenible. En la estafa, por ejemplo aunque se dé la unidad de designio, la conducta engañosa no es, en rigor, única. Aunque los diversos actos estén unidos por un mismo fin, las figuras delictivas hacen cortes y cada acto o grupo de actos que realice una figura delictiva de estafa constituye una acción (39). La masa no es un ente independiente de los individuos que la componen y que pueda ser inducido a error y llevar a cabo actos de disposición. Hay tantas conductas engañosas, errores y actos de disposición, como personas engañadas. Los sujetos pasivos son tantos como las personas engañadas o perjudicadas (pues el engañado y el perjudicado pueden no coincidir). La figura del delito masa es una solución de emergencia, pero errónea, de un problema planteado por una falsa regulación del delito continuado, que ahora queda superada en el Anteproyecto. Hacía posible la apreciación de un solo delito cuando no se podía aplicar el delito continuado porque las diversas acciones estaban perfectamente individualizadas o con ello se perjudicaría al reo —aunque el Tribunal Supremo ha aplicado en numerosas ocasiones el delito continuado en perjuicio del reo— porque al sumar las cantidades (falsificaciones de recetas o de participaciones de lotería) se rebasaba el límite de la falta y el delito o uno de los peldaños de las escalas de penas de los artículos 505, 515 ó 528. La apreciación

(36) Véase, ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, separata del tomo VI de la «Nueva Enciclopedia Jurídica», Seix, Barcelona, 1954, pág. 7.

(37) Véase, por ejemplo, en este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed. 1969, pág. 229; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat*, págs. 317-8; y ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, lug. cit., págs. 9 y ss.

(38) Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, lug. cit., página 11.

(39) Sobre el problema de la unidad de acción véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed. 1969, págs. 224 y ss.

del delito continuado tropezaba también con el requisito, exigido generalmente por la jurisprudencia y ahora no recogido, acertadamente, en el Anteproyecto de la unidad del sujeto pasivo (40).

Si no prosperase, en definitiva, la posibilidad de apreciar el delito continuado cuando perjudique al reo —al ser dominante en nuestra doctrina la teoría de la ficción, tan apegada al origen histórico de la institución (41)— no por ello sería necesaria la figura del delito masa. Bastaría con modificar la regulación de la pena de los delitos contra la propiedad. Es anacrónico que se regule en función del valor de lo hurtado, robado o defraudado. Las tablas de los artículos 505, 515 y 528 son una manifestación más de la excesiva importancia concedida por nuestro Código a los resultados causados. Todo hurto, estafa o apropiación indebida debería ser delito, con un determinado marco penal, con la posibilidad de elevar o disminuir la pena en los casos excepcionalmente graves o leves. Si la cuantía fuese insignificante podría atribuirseles el carácter de delitos privados o semiprivados (perseguibles sólo en virtud de querrela o denuncia).

D) *El delincuente*

Uno de los aciertos más destacados del Anteproyecto es la proclamación del principio de culpabilidad. Su formulación no es, sin embargo, acertada. Dice la Base Tercera, 2: «Como principio general se sentará que nadie podrá ser penado por un hecho previsto en la ley como delito, si no es declarado imputable y culpable». No basta con proclamar que no hay pena sin culpabilidad, sino que es preciso que la medida de la pena no rebase la medida de la culpabilidad. Por esta razón es censurable también la redacción del apartado 3 de la Base Cuarta, al establecer que la medida de la pena vendrá determinada por dos índices: «la culpabilidad del agente por un lado y la lesión o peligro de un bien jurídico, causada por su conducta, por otro» (42).

Por otra parte, el Anteproyecto no es fiel al principio de culpabilidad al negar relevancia al error de Derecho Penal y al establecer el principio del *ver sari*.

Debería introducirse un apartado previendo la desaparición de los delitos calificados por el resultado. Para ello bastaría con exigir, como hace el Código penal alemán (el antiguo artículo 56 y el artículo 18 de la Nueva Parte General) que concurra la culpa o imprudencia respecto al resultado que determina la agravación de la pena. Dado el gran número de delitos calificados por el resultado que hay en nuestro ordenamiento penal, la técnica más correcta para ello consiste en introducir un precepto en la Parte General. La desaparición de los delitos calificados por el resultado es una exigencia insoslayable del principio de culpabilidad que proclama el Anteproyecto como uno de sus pilares fundamentales.

En la regulación de la imputabilidad hay que destacar el acierto de disminuir el límite de la mayoría de edad penal a los 15 años. La investigación criminoló-

(40) Véase, a este respecto, SÁINZ CANTERO, *El delito masa*, separata del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid 1971, págs. 651 y ss.

(41) Véase, ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, *lug. cit.*, págs. 4 y ss. y 6 y ss.

(42) Bases, pág. 15.

gica (43) ha puesto de manifiesto la gran importancia de la delincuencia de los jóvenes de 15 años en nuestro país. También es un acierto que cuando los Tribunales Tutelares de Menores declinen excepcionalmente su competencia en los casos previstos en el número 2.º del artículo 8.º (mayores de 16 —hasta 15 —años que por el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, antes de cumplir esa edad o por otras circunstancias estimen que no era conveniente la aplicación de las medidas que puedan imponerles) intervenga la jurisdicción ordinaria para que aplique la medida de seguridad pertinente. Antes, los Tribunales Tutelares tenían que confiar al menor, en estos casos, a la autoridad gubernativa para que adoptase «las medidas de seguridad que la legislación autorice», pero no existía ley alguna que regulara estas medidas de seguridad de carácter administrativo.

En relación con la causa de imputabilidad de la anormalidad mental, permanente o transitoria, hay que destacar el acierto de la sustitución de la fórmula biológica o psiquiátrica del número 1.º del artículo 8.º del Código penal vigente por una fórmula mixta psiquiátrico-psicológica, al exigir que la enajenación mental o el trastorno mental transitorio hayan producido al sujeto una profunda perturbación de la inteligencia o la voluntad (44).

La utilización del término anormalidad mental ofrece, sin duda, la ventaja, destacada por la Exposición, de permitir «la aplicación de la eximente a casos no incluidos en los cuadros nosológicos de la Psiquiatría, como ocurre con las personalidades psicopáticas, en que hay simplemente anormalidad y no propiamente enfermedad» (45). Pero por otra parte, al exigir que la anormalidad mental permanente o transitoria impida al sujeto conocer la ilicitud del acto realizado o regular debidamente su conducta, evita los riesgos para la seguridad jurídica que pudieran derivarse de la imprecisión del término anormalidad mental (desvinculado de «los cuadros nosológicos de la Psiquiatría») (46).

No es satisfactoria, en cambio, la regulación de la embriaguez. La embriaguez plena, siempre que no fuera preordenada al delito, debería dar lugar a la apreciación de la eximente de anormalidad mental permanente o transitoria. Si la embriaguez es plena el sujeto está privado de la capacidad de culpabilidad. Si la embriaguez es semiplena debería dar lugar a la apreciación de la eximente incompleta (47). Lo mismo hay que decir de la intoxicación por drogas. Las exi

(43) Véase, especialmente, SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil en España*. Estudio Criminológico. Madrid, DONCEL, 1970, págs. 33-4, 179 y ss., 182 y 326.

(44) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1949, págs. 296 y 329-330; QUINTANO RIPOLLÉS, *Estimativa jurisprudencial de las anomalías mentales*, en «Los delincuentes mentalmente anormales», páginas 514-5; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed. Madrid 1971, pág. 494; y entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1970.

(45) Véase, Exposición, págs. 23-4.

(46) Véase, a este respecto, STRATENWERTH, *Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafrecht*, Schw. Z. f. Strafrecht, 1966, págs. 364 y ss.

(47) Véase, ALBERCA, en *Comentarios al Código Penal*, de FERRER SAMA, I, Murcia, 1946, pág. 146; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, págs. 286 y ss.; CUELLO CALON-CAMARGO, «Derecho Penal», tomo I (Parte General), volumen II, 16 ed., 1971, págs. 491 y 505 y ss.; PÉREZ VITORIA, *El «trastorno mental transitorio como causa de inimputabilidad en el Código penal español*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1952, págs. 40-1; CÓRDOBA, *Las eximentes*

gencias de la política criminal quedan ya debidamente atendidas con las medidas de seguridad previstas para los alcohólicos y toxicómanos (48). La atenuante de embriaguez debería ser suprimida o mantenerse para los grados más ligeros de intoxicación etílica (49). En este último caso debería suprimirse el requisito de que la embriaguez no sea habitual, para la apreciación de la atenuante. Si la embriaguez es habitual estaremos ante un estado peligroso (alcoholismo) que dará lugar a la aplicación de medidas de seguridad.

Hay que tener en cuenta también que el consumo habitual y prolongado de alcohol o drogas puede conducir a la enajenación. En estos casos si el sujeto comete un delito no podrá invocar la eximente de anormalidad mental permanente o transitoria porque su embriaguez o intoxicación no será fortuita.

Quizá sería conveniente excluir de la eximente de anormalidad mental permanente o transitoria no sólo los supuestos de actio libera in causa dolosa, con dolo directo (en que el sujeto se colocó en un estado de inimputabilidad con el fin de cometer el delito o procurarse una eximente o atenuante) (50), sino también los de dolo eventual —en el que el sujeto contó con la posibilidad de la comisión del delito— y los de actio libera in causa culposa. En estos últimos el sujeto al situarse en un estado de inimputabilidad previó —aunque confió en no llegar a realizarlo— o pudo prever la comisión del delito.

En el tratamiento de los semiimputables es un acierto del Anteproyecto prever la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a aquellos a quienes se aprecia la eximente incompleta de anormalidad mental permanente o transitoria (semienajenados o personas que padezcan trastorno mental transitorio con un fondo patológico). No me parece adecuada sin embargo, como indicaré más adelante, la regulación de las medidas de seguridad y la relación de éstas con la pena atenuada.

Debería establecerse también un precepto permitiendo al Tribunal aplicar al sordomudo de nacimiento y que carezca de instrucción, al que se aprecia una eximente incompleta, una medida de seguridad de internamiento «en un establecimiento de educación de anormales».

No debería hacerse en el Anteproyecto declaración alguna acerca de la naturaleza jurídica del dolo y la culpa. Si bien la mayor parte de los autores españoles considera que se trata de formas de la culpabilidad, otra corriente doctrinal, de inspiración finalista, pero en la que figuran también autores no finalistas, considera que el dolo es un elemento del tipo de lo injusto en los delitos dolosos y en la culpa distingue un elemento (inobservancia del cuidado objetivamente debido) perteneciente al tipo de lo injusto de los delitos culposos y otro elemento (reprochabilidad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido) perteneciente a la culpabilidad. Esta teoría de lo injusto, dominante en la doctrina alemana, cuenta ya con varios representantes en la doctrina española (51)

incompletas, Oviedo 1966, pág. 61; y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1947, 15 de abril de 1948, 18 de noviembre de 1958, 27 de junio de 1960 y 16 de diciembre de 1965.

(48) Base Décima, 7 Segundo.

(49) Véase, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, pág. 312; CUELLO CALON-CAMARGO, ob. cit., pág. 507; y CÓRDOBA, *Las eximentes incompletas*, págs. 57-8.

(50) Véase, Base Tercera, 4, Segundo.

(51) Véase, por ejemplo, CEREZO, *Lo injusto de los delitos dolosos en el De-*

y en lo que respecta a los delitos culposos ha sido mantenida por el Tribunal Supremo español en innumerables sentencias desde las fundamentales de 11 y 16 de junio de 1964 (52). Es ésta, pues, cuestión litigiosa, dogmática, que no debe tratar de resolver el legislador. Su solución debe confiarse a la doctrina y la jurisprudencia.

En cuanto a la peligrosidad no me parece satisfactoria la definición del delincuente por tendencia. Es poco una sola infracción, que puede ser de una gravedad muy desigual, para apreciar la tendencia al delito. Por otra parte, no existen en nuestro país tablas de pronósticos elaboradas por criminólogos españoles, en función de las peculiaridades de la delincuencia española para prever el comportamiento futuro de los delinquentes. El uso, sin previa adaptación, de tablas extranjeras (Schiedt, Glueck, Frey) (53) conduciría a resultados erróneos. Para apreciar la tendencia al delito sería necesario exigir la condena por varias infracciones dolosas graves y el pronóstico de una probable comisión futura de infracciones dolosas de igual o mayor gravedad.

La figura del delincuente habitual resultaría entonces superflua. Podría mantenerse, en cambio, si se estima oportuno, la figura del delincuente profesional, tal como está definida en el Anteproyecto.

recho penal español, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1961 fasc. 1.º, págs. 64, 65, 66 y ss. y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, «Nuevo pensamiento penal», Buenos Aires, mayo-agosto 1972, págs. 233 y ss. y 239 y ss. (Z. Str. W. 1972, fasc. 4.º, págs. 1052 y ss. y 1060 y ss.); CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 76, 77, 79 y 80, notas a la traducción del Tratado de Derecho penal, de MAURACH, I, págs. 301 y ss. y 370 y ss., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963, págs. 90 y ss., 93 y ss., *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, Z. Str. W. tomo 81, 1969, fasc. 2.º, págs. 432 y ss.; GIMBERNAT, *La causalidad en Derecho Penal*, «Anuario de Derecho Penal», 1962, págs. 567-8 y *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus 1966, págs. 87-8, y *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, separata del «Anuario de Ciencia Jurídica», 1, 1971-2, págs. 276 y ss., especialmente, pág. 278; BERISTAIN (respecto a la teoría de lo injusto de los delitos culposos) *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, separa de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1963, págs. 22, 24 y ss., 27 y ss. y 32 y ss.; y MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, Bosch, 1971, págs. 143 y ss. (respecto a la teoría de lo injusto de los delitos dolosos).

(52) Véase, por ejemplo, además de las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo, las de 13 y 30 de octubre de 1964, 12 y 25 de noviembre de 1964, 23 de septiembre de 1965, 29 de octubre de 1966, 25 de febrero de 1969, 12 de marzo de 1969, 2 de mayo de 1969, 30 de septiembre de 1969, 9 de abril de 1970, 16 de abril de 1970, 4 de mayo de 1970; 16 de octubre de 1970, etc. Siguen, en cambio, la antigua concepción de (toda) la culpa como una forma de la culpabilidad, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 23 de octubre de 1970.

(53) Véase, por ejemplo, WOLF MINDENDORFF, *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, trad. de J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, Espasa Calpe, 1970.

E) *La responsabilidad.*I. *Responsabilidad en general y personas responsables*

En materia de codelinuencia la regulación del Anteproyecto es sumamente insatisfactoria. Se pronuncia en favor de un determinado concepto de autor (el restrictivo) elaborado hace tiempo en la doctrina alemana (actualmente la mayor parte de los penalistas alemanes consideran autor al que tiene el dominio del hecho; la jurisprudencia del Tribunal Federal, aunque ha seguido durante cierto tiempo el concepto subjetivo que mantenía el Reichsgericht, se ha inclinado, posteriormente, con algunas oscilaciones, en favor del concepto del dominio del hecho). Es cierto que en España la mayor parte de los penalistas sustentan aún el concepto restrictivo de autor (54), pero existen representantes del concepto subjetivo (55) y del concepto del dominio del hecho (56). Creo que el Código no debería pronunciarse sobre el concepto de autor. Con ello no se haría sino frenar y entorpecer el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia. Creo que debería introducirse un precepto similar al del art. 25 del nuevo Código penal alemán: «Será castigado como autor el que ejecute el hecho por sí mismo o por medio de otro». Se recogen así los supuestos de la autoría directa y la autoría mediata sin pronunciarse por un determinado concepto de autor (restrictivo, extensivo, subjetivo o finalista). Los diferentes supuestos de autoría mediata serían precisados por la doctrina y la jurisprudencia. Debería suprimirse entonces la mención expresa de los que fuerzan a otros a ejecutar el delito.

Debería desaparecer la figura del cooperador necesario. Su deslinde del cómplice es uno de los problemas que han planteado más quebraderos de cabeza a la doctrina y a la jurisprudencia (teoría concreta, abstracta, de los bienes escasos) (57). Es absurdo, además, como se ha señalado repetidamente, que la calificación de autor de un sujeto, o que a un sujeto se le castigue como autor, no

(54) Véase, por ejemplo, CUELLO CALÓN-CAMARGO, «Derecho Penal», tomo I, Parte General, vol. 2.º, 16 ed., págs. 628 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1949, pág. 433; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid 1963, pág. 245; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, II, Murcia 1947, págs. 43-4; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, Buenos Aires 1959, pág. 501; y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed., Madrid 1971, págs. 641 y ss. GIMBERNAT y RODRÍGUEZ MOURULLO, sustentan también el concepto restrictivo de autor (aunque consideran, apartándose de la opinión dominante, que el núm. 1.º del art. 14 no recoge este concepto, sino que supone ya una extensión de la pena del autor a personas que no lo son, por realizar actos de carácter ejecutivo no típicos, o realizar únicamente algún elemento del tipo); véase, GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid 1966, págs. 218-9 y RODRÍGUEZ MOURULLO, *El autor mediato en Derecho penal español*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1969, fasc. 3.º, pág. 462.

(55) Véase, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación*, Barcelona, Bosch, 1955, pág. 88 (nota 159).

(56) Véase, CÓRDOBA, notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de MAURACH, Barcelona, Ariel, 1962, I, págs. 288-9 (nota 18) y II, págs. 310-1 (nota 3).

(57) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 440 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, págs. 131 y ss. y 151 y ss., *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmehhre*. Z. Str. W. 1968, fasc. 4.º, págs. 921 y ss. y 929 y ss.; y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed., Madrid 1971, págs. 658-9.

dependa de su comportamiento sino del de otros (es decir, de que otros pudieran aportar los mismos medios o prestar la misma cooperación) (58). La figura del cooperador necesario tiene su origen en la teoría de la causa necesaria o del cómplice principal (59), defendida por Feuerbach y recogida por el Código Bávaro de 1813, por Rossi (60), Pacheco (61) y el Código penal español de 1848. Es imposible distinguir entre las diversas condiciones que han contribuido a la producción del hecho delictivo aquella que es causa necesaria del mismo, sin la cual el hecho no se hubiera producido. La teoría de la causa necesaria, dominante en Europa a fines del siglo XVIII y principios del XIX, fue abandonada a fines del pasado siglo y en la actualidad no cuenta con ningún representante. Si se estima oportuno castigar algún supuesto de complicidad con la pena de la autoría, podría establecerse para los cómplices una atenuación meramente facultativa de la pena.

No debería establecerse, a mi juicio, una equiparación absoluta de la pena del inductor y del autor. Debería preverse para el inductor, como en el Proyecto Alternativo de Código penal alemán (art. 28 II), una atenuación facultativa de la pena (62). En los casos en que el inducido estaba ya inclinado o en una actitud propicia, aunque no decidido, a la comisión del delito y en general en todos los casos en los que la inducción ha sido sólo un factor, entre otros, que ha determinado la decisión de cometer el delito, la equiparación puede ser injusta (63).

Al no castigarse ya la provocación en todos los delitos se plantea de nuevo, con mayor crudeza, el problema de la impunidad de la inducción no seguida de efecto, o tentativa de inducción (64). Creo que debería preverse expresamente su castigo cuando se trate de la inducción a un delito castigado con la pena de reclusión. Sería impune, en cambio, la inducción no seguida de efecto a un delito castigado con pena de prisión o arresto (65). La tentativa de inducción debería castigarse, en principio, con la pena de la tentativa del delito, pero previendo la posibilidad de disminuirla, es decir, estableciendo también en este caso una atenuación facultativa de la pena. La tentativa de inducción deberá reunir, por supuesto, los requisitos de la tentativa y de la inducción, es decir, el principio de ejecución de una influencia en la voluntad, estar dirigida a la comisión de un delito castigado con la pena de reclusión y estar individualizada con respecto al hecho y el autor.

Es un acierto la inclusión en la complicidad de los supuestos de la llamada

(58) Véase, en este sentido, GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, págs. 138-9.

(59) Véase, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed. Hamburgo, 1967, pág. 38 y ss.

(60) ROSSI, *Tratado de Derecho Penal*, trad. CAYETANO CORTÉS, Madrid 1839, II, págs. 155-6 y 163-4.

(61) PACHECO, *Estudios de Derecho Penal*, 1839-40, 5.^a edic. Madrid 1887, páginas 217-9.

(62) Esta propuesta no fue acogida, sin embargo, por el legislador alemán; véase art. 26 de la Nueva Parte General.

(63) Véase, a este respecto, STRATENWERTH, *Strafrecht*, «Allgemeiner Teil», I, Die Straftat, 1971, pág. 241.

(64) Véase, a este respecto, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 405 y ss. y 438 y ss.; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, tomo I, *Parte General*, volumen II, 16 ed., págs. 623-4 y 639; y QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, *Parte General*, pág. 247.

complicidad psíquica y la promesa de la ayuda posterior a la realización del delito (66).

Muy acertada es, también, la regulación del encubrimiento como delito autónomo (el favorecimiento como delito contra la Administración de Justicia y la receptación como delito contra la propiedad). Se sigue así la línea marcada por el Proyecto Silvela, el Código penal de la Zona española del Protectorado de Marruecos, el Código penal de 1928, la Ley de 9 de mayo de 1950 y por los más modernos códigos penales extranjeros (67). En cuanto a la duda sobre la inclusión del auxilio al autor para que se aproveche de los efectos del delito, creo que en general deberían incluirse estas conductas en el favorecimiento y sólo cuando se prestase la ayuda para obtener alguna ventaja material deberían incluirse en la receptación. Este es el criterio que se sigue en el Código penal alemán (arts. 257 y 259).

Es un acierto, asimismo, que se subraye la vigencia del principio de culpabilidad en la regulación de la codeinfluencia en los delitos publicitarios.

II. Causas de exclusión de la responsabilidad criminal

La regulación del Anteproyecto (68) es bastante satisfactoria: reducción del casuismo en la legítima defensa, supresión de las restricciones a la legítima defensa de los bienes y la morada (69), conservación de la fórmula del estado de necesidad (quizá debiera modificarse únicamente la redacción del requisito 2.º del núm. 7.º del art. 8.º en el sentido de excluir los supuestos de provocación culposa del estado de necesidad; podría rezar así: «Que la situación de necesidad no haya sido provocada *culpablemente* por el sujeto»), previsión expresa del exceso por error invencible en la legítima defensa y el estado de necesidad, regulación de la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y de la obediencia debida.

La regulación del caso fortuito y de la no exigibilidad es realmente innecesaria. En cuanto al consentimiento, como causa de justificación, debería establecerse un precepto en la Parte Especial, en la regulación del delito de lesiones, en el sentido de reconocer eficacia al consentimiento salvo en aquellos casos en que la lesión, a pesar del consentimiento, sea contraria a la moral o las buenas costumbres; es decir un precepto similar al art. 226 a del Código penal alemán o al art. 152 del Proyecto de 1962 de nuevo Código penal alemán.

III. Modificación de la responsabilidad criminal

Pocas son las innovaciones del Anteproyecto en relación con las circunstancias atenuantes o agravantes.

No se precisa el límite máximo de edad para la atenuante de edad juvenil,

(65) En el Código penal alemán (antiguo art. 49 a y art. 30 de la Nueva Parte General) se castiga la tentativa de inducción a un crimen (y no a un delito falta).

(66) Base Cuarta, 7.

(67) Véase, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 448 y ss.; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, tomo I, Parte General volumen II, 16 edic., página 645.

(68) Base Quinta, Bases, págs. 17 y ss.

(69) Véase, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 244-5.

aunque de lo dispuesto en la Base Décima, 7, Tercero, parece deducirse que se extiende hasta los veintiún años. En dicho precepto se prevé, en efecto, la posibilidad de sustituir la pena por la medida de seguridad de internamiento en instituto de reforma, respecto de los mayores de quince años y menores de veintiuno. Creo que debería suprimirse en la atenuante de edad juvenil el inciso, «excepto en el caso de que el culpable haya puesto de manifiesto su evidente perversidad». Este criterio de la perversidad es muy impreciso. Si lo injusto o la culpabilidad del hecho es particularmente grave será posible apreciar, casi siempre, alguna circunstancia agravante y en último término podrá tenerse en cuenta en la medición de la pena, dentro del marco, aún reducido, del arbitrio judicial.

En la definición futura de la premeditación, debería prescindirse, a mi juicio, del requisito del ánimo frío y sereno. Este criterio psicológico, de Carrara, carece realmente de justificación. La premeditación debería ser únicamente circunstancia agravante cuando implicara una mayor reprochabilidad de la conducta (70). No debería establecerse con carácter general, sino que debería circunscribirse su radio de acción a los delitos contra las personas, como en la alevosía.

Es un acierto la previsión de la reincidencia internacional, con carácter general, en la agravante del núm. 15 del art. 10, así como la exigencia de que se trate de la reincidencia propia. Debería abandonarse, sin embargo, el criterio formal, en la reincidencia específica, de la inserción en un mismo título del Código. Debería introducirse un criterio material, similar al del art. 11 de la Ley de Uso y Circulación de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962 (71).

IV. Consecuencias de la responsabilidad

1. Principios generales y catálogo de penas y medidas de seguridad.

Es realmente satisfactorio que se establezcan de nuevo los principios de legalidad, necesidad de proceso y legalidad de la ejecución de las penas y medidas de seguridad.

En el catálogo de penas y medidas de seguridad las innovaciones que introduce el Anteproyecto son muy numerosas y no siempre acertadas.

Sorprende, en primer lugar, el deslinde que se hace de las penas y las medidas de seguridad. Aparecen incluidas en el catálogo de medidas de seguridad las penas restrictivas de libertad, privativas de derechos, las pecuniarias (excepto la multa) y otras afines. Concretamente aparecen como medidas de seguridad: la pérdida de la nacionalidad española, la expulsión del territorio nacional, el destierro, la inhabilitación para cargos públicos, la inhabilitación para el ejercicio de una profesión u oficio, la interdicción civil, la caución, el comiso y la privación del permiso de conducir. El criterio del deslinde o clasificación es el fin prevalente de la consecuencia del delito. Si predomina el fin de la retribución o la prevención general, será una pena, y si prevalece el fin de la prevención especial será una medida de

(70) Véase, ANTON ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 363 y ss.; el artículo 112 del Código penal suizo y el art. 135, párrafo 2.º y 134, párrafo 3.º del Proyecto de 1962 de Nuevo Código penal alemán.

(71) «Se estima que existe reincidencia cuando, al delinquir el autor estuviere ejecutoriamente condenado por otro delito de igual naturaleza previsto en esta Ley.»

seguridad. Para determinar la naturaleza de las consecuencias del delito no sólo hay que atender, sin embargo, a su fin prevalente, sino también a su *fundamento*. Si éste es la medida de lo injusto y de la culpabilidad será una pena. Si lo es la peligrosidad del delincuente será una medida de seguridad. La privación del permiso de conducir, por ejemplo, será una pena si su aplicación y duración está en función de la gravedad del delito (de lo injusto y de la culpabilidad); será, en cambio, una medida si su aplicación o duración está en función de la peligrosidad del delincuente, es decir, de la probabilidad de que cometa o vuelva a cometer un delito contra la seguridad del tráfico (72). La gravedad del delito puede ser escasa, pero la peligrosidad del delincuente elevada y viceversa. Si la duración de la restricción de libertad y de la privación de derechos está en función de la gravedad del delito serán penas y si está en función de la peligrosidad del delincuente serán medidas de seguridad. La caución puede ser concebida, sin duda, como medida de seguridad. El comiso de los efectos provenientes del delito es, a mi juicio, una pena accesoria y el de los instrumentos de ejecución del delito medida de seguridad.

En el plano doctrinal soy partidario de la abolición de la pena de muerte, por la irreparabilidad de los errores judiciales y por razones de humanidad. La pena de muerte, aún aplicada en el recinto de la prisión y sin grandes sufrimientos, como sucede hoy día con la horca, la guillotina, la silla eléctrica, la cámara de gas, el garrote o con los medios que actualmente se postulan de utilizar una inyección intravenosa o intramuscular con un anestésico, resulta incompatible con nuestra sensibilidad, o al menos con la sensibilidad de las capas cultas de los países civilizados. En España existe actualmente una fuerte corriente abolicionista (73), pero la supresión de la pena de muerte, como dice Barbero Santos, no es sólo un problema científico, sino también político. La elección del momento de la abolición de la pena de muerte es, pues, un problema de oportunidad política que sólo el gobernante puede determinar (74). Personalmente

(72) Por esto en el Código penal alemán aparece como pena (Fahrverbot, antiguo art. 37 y art. 44 de la Nueva Parte General) y como medida (Entziehung der Fahrerlaubnis, antiguos arts. 42 m y ss. y arts. 69 y ss. de la Nueva Parte General).

(73) Véase, P. LUIS VECILLA DE LAS HERAS, *Defensa de la vida humana*, Valladolid 1961, págs. 127 y ss.; MARINO BARBERO SANTOS, *La pena de muerte problema actual*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1964; P. CARLOS MARÍA LANDECHO, S. J. *Reflexión criminológica sobre la pena de muerte*, «Razón y Fe», núm. 875, Madrid, diciembre 1970; GIMBERNAT, *Contra la pena de muerte*, en «Triunfo», núm. 451, 23 de enero de 1971, págs. 32 y ss.; DEL ROSAL, *Meditación menor sobre la pena de muerte*, en el mismo número de «Triunfo», pág. 34; JIMÉNEZ DE ASÚA, *¡Abajo la pena de muerte!*, versión publicada en el mismo número de «Triunfo», de una conferencia pronunciada en la Universidad de Potosí el 12 de septiembre de 1952 y aparecida en la «Revista de Criminología y Ciencias Sociales» de Bolivia; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, 2.^a edic., Madrid 1971, págs. 722 y ss. (partidario de su abolición en tiempo de paz) y los acuerdos del 4.º Congreso General de la Abogacía, celebrado en León del 15 al 20 de junio de 1970 (véase, la información publicada por el Dr. Madlener sobre este Congreso en «Neue Juristische Wochenschrift», 23. Jahrgang Heft 36, 3 de septiembre de 1970, págs. 1589-1590).

(74) Véase, MARINO BARBERO SANTOS, *La pena de muerte, problema actual* Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1964, pág. 39.

creo que el momento no es adecuado. Vamos hacia un período de cambio y probablemente de inestabilidad política.

Un acierto indudable del Anteproyecto es la simplificación de las penas privativas de libertad, reduciéndolas a tres: la reclusión, la prisión y el arresto. No me parece correcta, en cambio, la diferenciación del régimen de cumplimiento, que será más severo en las penas largas que en las cortas. En el plano de la ejecución debe atenderse únicamente a las exigencias de la prevención especial.

El Anteproyecto ha pretendido ampliar las posibilidades de individualización de la pena de multa que ofrece el Código vigente en el art. 63, en relación, no sólo con la gravedad de lo injusto y la culpabilidad, sino especialmente con las posibilidades económicas del culpable. Para ello ha dispuesto que la multa, cuando corresponda a delito, se entenderá de 5.000 a 500.000 pesetas. Se amplía con ello considerablemente el arbitrio judicial. Hubiera sido más conveniente, sin embargo, introducir el sistema suco de los días-multa, que goza hoy de general aceptación, y ha sido establecido en la nueva Parte General del Código penal alemán (75). Como es sabido, con arreglo a este sistema, el Tribunal fija un número de días-multa en función de la gravedad del delito y el importe de cada día-multa en función de los ingresos del culpable. Se logra de este modo una mayor individualización de la pena en relación con la capacidad económica del delincuente.

En el catálogo de medidas de seguridad hay una muy imprecisa: internamiento en clínicas criminológicas. Con este nombre, acuñado por Teruel Carralero (76), se designan usualmente los centros de observación y clasificación de los delincuentes (Instituto de Rebibbia, cerca de Roma, Centro Nacional de Observación en Fresnes, Francia, Central de Observación en Carabanchel, Madrid). En estos centros no se lleva a cabo generalmente el tratamiento de los delincuentes, sino sólo su observación y clasificación (en el Instituto de Rebibbia hay únicamente una sección de tratamiento para delincuentes menores de veintinueve años). Creo que sería conveniente mencionar expresamente las diversas clases de establecimientos donde puede ser internado el delincuente peligroso, de acuerdo con las características de su personalidad. Es decir, que las medidas de seguridad consistan en el internamiento en un sanatorio psiquiátrico, en un establecimiento especial para deficientes mentales, en centros de deshabitación para alcohólicos o toxicómanos, o en un centro especial para psicópatas, en régimen de sentencia indeterminada. Debería admitirse también el tratamiento ambulante. En la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 se ha introducido ya la medida de seguridad del tratamiento ambulante para los ebrios habituales y los toxicómanos (77). El tratamiento ambulante ha sido admitido en la última reforma del Código penal suizo por la Ley de 18 de marzo de 1971 (78). El Tribunal

(75) Arts. 40 y ss.

(76) Véase, TERUEL CARRALERO, *Clínicas criminológicas y jueces de ejecución de penas*, separata del «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», Madrid, 1963.

(77) Art. 5.º, 6.ª, art. 6.º quinto. Sobre la necesidad de introducir en el Código el tratamiento ambulante para los enajenados, véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Tratamiento psiquiátrico en la delincuencia*, «Revista de Estudios Penitenciarios», oct.-dic. 1970, núm. 191, págs. 1123 y 1131.

(78) Arts. 43, núm. 2 y 44, núm. 1; véase, GERMANN, *Grundzüge der Par-*

debería tener también facultad para sustituir una medida por otra cuando parezca más conveniente para el tratamiento del delincuente (79).

En lo que respecta a los centros especiales para psicópatas creo sería recomendable la introducción, con las adaptaciones que se crea pertinentes, de los centros de terapéutica social, cuya creación está prevista en el nuevo Código penal alemán (art. 65) (80). Su creación se debe a una sugerencia del Proyecto Alternativo, que tomó como modelo el establecimiento dirigido por el Dr. Stürup, en Herstedvester, en Copenhague. En dicho establecimiento se somete a los delincuentes a un tratamiento con métodos especiales psiquiátrico-sociales (combinando la terapia individual y de grupos) con muy buenos resultados, a juzgar no sólo por las cifras que comunicó el Dr. Stürup a la Gran Comisión de Reforma del Código penal alemán, sino también por la difusión que han encontrado estos centros en Dinamarca, donde se creó un segundo centro en Horsens y en otros países. Se aplican sus métodos, entre otras, en la Maxwell Jones Clinic, de Londres y en Hohenasperg, en Baden-Württemberg (Alemania). Se trata de desarrollar con medios psiquiátricos, psicológicos y pedagógicos la voluntad y la capacidad del delincuente de llevar una vida sin conflictos con la justicia criminal. Se trata de conseguir la cooperación activa de los delincuentes en su proceso de readaptación. Los establecimientos están dirigidos por un psiquiatra, tienen un reducido número de internos (unos doscientos), divididos en grupos de unos quince, la relación del número de internos con el del personal es aproximadamente de 2 a 1 y el personal está constituido por un equipo de psiquiatras, psicólogos, pedagogos y asistentes sociales. No es posible exponer aquí con detalle el tratamiento que se aplica en Herstedvester, que es sumamente interesante (81).

En el Código penal alemán (art. 65) se prevé la posibilidad de aplicación del internamiento en un centro de terapéutica social, durante un tiempo máximo de cinco años, no sólo de los delincuentes a los que se hubiera apreciado la eximente o la atenuante de enajenación mental o perturbación de la conciencia, si parece más conveniente su internamiento en un centro de este tipo que en un sanatorio psiquiátrico, sino también a todos los delincuentes plurireincidentes (cuando se da un cierto número de condenas anteriores por delitos dolosos y un tiempo mínimo de cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad) en quienes se

tialrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuchs durch das Gesetz vom 18. März 1971, Schw. Z. f. Strafrecht, 87, 1971, pág. 356, nota 50.

(79) Véase, a este respecto, la regulación flexible que se ha introducido en el nuevo artículo 67 a del Código penal alemán.

(80) En este sentido también, YÁÑEZ ROMÁN, *Consideraciones en torno a la «imputabilidad disminuida» con especial referencia a los psicópatas. Su tratamiento y los denominados «establecimientos de terapéutica social»*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid 1970, págs. 392-3.

(81) Información al respecto puede encontrarse en la intervención del Dr. Stürup en la Gran Comisión de Reforma del Derecho Penal Alemán, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, tomo 4, «Allgemeiner Teil», Bonn 1958, págs. 180 y ss. y en su artículo, *Heilbehandlung*, en el «Handwörterbuch der Kriminologie», de Sieverts, tomo I, págs. 383 y ss. Véase también YÁÑEZ ROMÁN, ob. cit., págs. 366 y ss.; GERHARD MAUCH y ROHLAND MAUCH, *Sozialtherapie und sozialtherapeutische Anstalt*, «Erfahrungen in der Behandlung Chronisch-Krimineller», Enke Stuttgart, 1971 y HELGA EINSELE, *Die sozialtherapeutische Anstalt*, en «Die Strafvollzugsreform», Eine kritische Bestandsaufnahme, editado por Arthur Kaurmann, C. F. Müller 1971, págs. 145 y ss.

aprecie una grave perturbación de la personalidad y parezca apropiado su tratamiento en estos centros para su reinserción social, o se aprecia el peligro de que puedan convertirse en delincuentes por tendencia (si no habían cumplido aún veintisiete años al cometer el último delito):

Creo que también nuestro legislador debería tener en cuenta el elevado porcentaje de psicópatas que se da entre los delincuentes plurireincidentes a la hora de determinar la medida de seguridad aplicable a los mismos. En lugar del internamiento en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola, que prevé el Anteproyecto (82), cabría intentar un tratamiento en un centro especial para psicópatas, cuando en el sujeto se aprecie una grave perturbación de la personalidad y ésta guardara relación con la comisión del delito.

En relación con los ebrios habituales y toxicómanos el Anteproyecto prevé únicamente el «internamiento en establecimiento adecuado en función de las características subjetivas del agente». No se hace referencia expresa al tipo de establecimiento, pero ha de tratarse, sin duda, de una clínica criminológica (83). Creo que esta regulación implica un retroceso en relación con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, por su imprecisión y por reducir el catálogo de medidas aplicables. Según el núm. 5.º del art. 6.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, a los ebrios habituales o toxicómanos se les puede aplicar no sólo la medida de aislamiento curativo en casas de templanza, sino también el tratamiento ambulatorio, la privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo, obligación de declarar el domicilio o residencia en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados. A los toxicómanos se les puede incautar, además, los efectos ocupados y a los ebrios habituales se les puede prohibir visitar establecimientos de bebidas.

En el Anteproyecto se regulan únicamente las medidas de seguridad para los estados peligrosos postdelictuales (84). El criterio es acertado, pero ello no supone la necesidad de la previa imposición de una pena en la sentencia, como exige la Base Séptima 10 (piénsese en el caso de los inimputables, en que no es posible la imposición de una pena, pues falta un elemento del concepto del delito, la culpabilidad). Basta con que la peligrosidad se haya puesto de manifiesto mediante la realización de una acción típica y antijurídica.

2. Individualización de las penas y las medidas de seguridad.

Es preciso llamar la atención únicamente —pues la regulación prevista en esta Base Octava me parece bastante satisfactoria— sobre un cierto confusiónismo que parece advertirse entre los principios de culpabilidad y peligrosidad, entre las penas y las medidas de seguridad. En la individualización de la pena debe tenerse en cuenta, sin duda, la personalidad del delincuente, pero sólo para determinar la medida de la culpabilidad, es decir de la reprochabilidad de la conducta antijurídica. La peligrosidad del delincuente (es decir, la probabilidad de que cometa nuevas infracciones delictivas en el futuro) no debe jugar ningún papel en la medida de la pena. La peligrosidad del delincuente debe ser tenida en cuenta

(82) Bases, págs. 35-6.

(83) Véase, Bases, págs. 34 y 25 y siguientes.

(84) Exposición, pág. 42.

únicamente para la aplicación de una medida de seguridad. La personalidad del delincuente es, pues, objeto de consideración en la individualización de la pena y las medidas de seguridad en dos aspectos distintos. Creo que esto debería destacarse claramente en esta Base, especialmente en los números 5 y 6.

V. Efectividad de la responsabilidad criminal

1. Cumplimiento de las penas y las medidas de seguridad.

En este punto el Anteproyecto no aporta grandes innovaciones. Las penas de reclusión y prisión se cumplirán según el sistema progresivo. La última fase estara representada, como ahora, por la libertad condicional. Sería conveniente hacer mención de la sumisión de los liberados a la vigilancia de los delegados de organismos de protección o patronato establecida en el artículo 58 del Reglamento de los Servicios de Prisiones, en la redacción que recibió por el Decreto de 25 de enero de 1968 (85). Debería estudiarse, asimismo, la posibilidad de imponer a los liberados condicionales tareas o cargas y reglas de conducta referentes a su actividad profesional, formación, lugar de residencia, compañías y lugares que debe evitar, control médico, etc. (86). Creo que debería extenderse la posibilidad de conceder la libertad condicional a las medidas de seguridad privativas de libertad, como se ha hecho en el Código suizo (art. 45) y en la nueva Parte General del Código penal alemán (arts. 67 d y e).

En el Anteproyecto se prevé la posibilidad de cumplimiento de la pena de arresto (de un mes y un día a un año) en el propio domicilio. Esta posibilidad existía actualmente sólo en relación con el arreso menor (art. 85). Entre los sustitutivos de las penas cortas de privación de libertad éste es, sin duda, el menos adecuado, porque su cumplimiento no será en muchos casos efectivo, pues es muy difícil de controlar, especialmente en las grandes ciudades. El carácter afflictivo de la pena resulta, además, muy desigual, pues desde el punto de vista económico supone un perjuicio para el condenado si trabaja fuera de su domicilio y ha de permanecer ocioso, pero no si trabaja o puede trabajar en su casa. Sería preferible incluir, como modalidades de ejecución de las penas cortas de privación de libertad, la semidetención y el arresto de fin de semana, que existen ya con este carácter en Bélgica, Francia, Dinamarca y Alemania (87). El plazo de un año es excesivo de todos modos, tanto para el arresto domiciliario, como para la semidetención y el arresto de fin de semana. El plazo de la semidetención no debería rebasar los tres meses (como en Bélgica y Francia) y el del arresto de fin de semana un mes.

(85) Véase, BUENO ARÚS, *La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de prisiones*, «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 180-1, enero-junio 1968, págs. 78-9 y *El sistema penitenciario español*, «Publicaciones Españolas», Madrid 1971, pág. 28.

(86) Véase, a este respecto, el art. 45 del Código penal suizo, reformado por la Ley de 18 de marzo de 1971 y los arts. 57 y ss. de la Nueva Parte General del Código penal alemán.

(87) Véase BUENO ARÚS, *Panorama comparativo de los nuevos sistemas penitenciarios*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1969, fasc. 2.º, página 307-8; y SÁINZ CANTERO, *Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente*, «Revista de Estudios Penitenciarios», oct.-dic. 1970, núm. 191, pág. 1064.

En cuanto al cumplimiento de la pena de multa es difícil realmente hallar una solución para evitar la aplicación de la prisión subsidiaria en caso de insolvencia. El sistema de detracción obligada de una parte de los ingresos del condenado que se intentó sin éxito en el Código penal de 1928 es probable que volviera a fracasar. El legislador alemán no se ha decidido a implantar, como complemento del sistema de los días-multa, una modalidad de ejecución muy interesante propuesta en el Proyecto Alternativo (arts. 49 y ss.) (88) y desarrollada en el plano doctrinal por Baumann (89). Se trata del sistema de la ejecución espaciada a lo largo del tiempo o del pago obligatorio a plazos, en los plazos de vencimiento de los ingresos. Se concibe la pena de multa como una pena restrictiva de la libertad de consumo. Se deja al delincuente sólo aquella parte de sus ingresos semanales, quincenales o mensuales, necesaria para atender los gastos más indispensables de su sustento y el de su familia. De este modo la pena de multa resulta más adecuada para sustituir las penas cortas de privación de libertad. El legislador alemán no se ha decidido a llevar a la práctica esta concepción tan sugestiva por las dificultades prácticas de aplicación. La existencia de personas sin ingresos (mujeres casadas, estudiantes, parados, etc.) o sin ingresos fijos y las oscilaciones de los mismos, representan un obstáculo difícil de salvar. Se temía que la adopción de este sistema diera lugar a un incremento enorme de la aplicación del arresto sustitutorio. En el Proyecto Alternativo se preveía la posibilidad de que las personas sin ingresos, o aquellas que no desearan pagar, prestasen voluntariamente un trabajo de utilidad pública. Sólo en caso de que no quisieran o no fuera posible que prestaran este trabajo se aplicaría el arresto sustitutorio. No es fácil, sin embargo, regular el trabajo de estas personas, para el que carecen muchas veces de toda preparación, en las instalaciones sanitarias, docentes, etc. Es posible, además, que en estas instituciones no haya puestos de trabajo, o se nieguen a aceptar a estas personas. Si se trata de personas que desarrollan ya este tipo de actividades no es posible que cumplan la pena de este modo, pues carecería de toda eficacia. Por otra parte, si la prestación de un trabajo de utilidad pública se estableciera con carácter obligatorio (como en el art. 178, regla 7.^a del Código penal de 1928), ello representaría una sustitución de la pena de multa por otra de trabajos forzados. El internamiento en casas o asilos de trabajo (previsto en la misma disposición del Código penal de 1928) supondría una concentración de delincuentes con la creación del mismo ambiente nocivo de los establecimientos penitenciarios y la transformación de la pena de multa en otra privativa de libertad.

En el Anteproyecto se prevé la posibilidad de sustituir la pena atenuada por una medida de seguridad en los supuestos de aplicación de la eximente incompleta de anormalidad mental permanente o transitoria. Se puede sustituir también la pena por una medida de seguridad cuando se trate de delincuentes alcohólicos y toxicómanos. No me parece adecuada esta relación entre la pena y la medida de seguridad. En lugar de la sustitución de la pena por la medida, creo que debería combinarse la aplicación de ambas. Creo que debería aplicarse en primer lugar,

(88) Véase, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, «Allgemeiner Teil», 2.^a edic. Mohr, Tübinga 1969, págs. 98 y ss.

(89) Véase, por ejemplo, BAUMANN, *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Berlín, Luchterhand 1968.

en general, la medida de seguridad. Sólo en casos excepcionales, cuando el tribunal lo considere conveniente desde punto de vista de la prevención especial, podría disponer que se cumpliera en primer lugar la pena. Se tratará de casos en que sólo después de haber sufrido la pena, puede esperarse que el delincuente acepte y coopere al tratamiento de la medida. Cuando se aplicara antes la medida y ésta fuera privativa de libertad, el tiempo de cumplimiento debería descontarse del de la pena. Si el tribunal, asesorado por los peritos, estima que el cumplimiento del resto de la pena (cuando lo haya) puede poner en peligro los resultados obtenidos en el tratamiento deberá conceder al culpable la libertad condicional. Si esto no fuera posible, por falta de los requisitos señalados en el Código, o tuviera que ser revocada su concesión, debería facultarse al tribunal para que disponga la continuación de la aplicación de la medida de seguridad. Sólo debería aplicarse el resto de la pena, después de la medida de seguridad, cuando el tribunal estime que ello no pone en peligro el éxito del tratamiento. Una solución similar es la adoptada en la nueva Parte General del Código penal alemán (art. 67). La simple sustitución de la pena o de la pena atenuada por la medida de seguridad, prevista en la Ley belga de defensa social de 1 de julio de 1964 y en el Anteproyecto, me parece inferior, desde el punto de vista de la prevención especial, a la aplicación de la medida seguida de la concesión de la libertad condicional y deja aún más desatendidas las exigencias de la prevención general y por supuesto, las de la retribución o expiación (que pueden encontrar satisfacción a través de algunas tareas o cargas que se impongan a los liberados condicionales) (90).

Un acierto indudable es la previsión de la posibilidad de sustituir la pena por una medida de seguridad cuando se trate de delincuentes mayores de quince años y menores de veintiuno (91), propuesta ya en nuestra doctrina por Alfonso Serrano Gómez (92) y Luzón Domingo (93). En relación con la índole de la medida, el Anteproyecto se limita a hacer referencia —como el actual art. 65— a los institutos de reforma. Creo que las medidas de seguridad deberían consistir en un arresto de fin de semana o tiempo libre en un centro especial (94), como los «Attendance

(90) Véase, FREY, *El tratamiento de los delincuentes mentalmente anormales bajo el principio de la responsabilidad penal*, en *Los delincuentes mentalmente anormales*, Madrid 1961-2, págs. 345 y ss. y 352-3, que señala como una resolución judicial orientada exclusivamente en los fines de la prevención especial, en relación con los delincuentes mentalmente anormales, impediría al Derecho penal cumplir su función de protección de los bienes jurídicos.

(91) Base Décima, 7 Tercero.

(92) *Delincuencia juvenil en España*, Madrid 1970, pág. 326.

(93) *Legislación penal juvenil*, en «Delincuencia juvenil». Estudio de su problemática en España, Madrid 1972, págs. 49 y 52-3.

(94) Sobre las posibilidades de tratamiento que ofrece el arresto de fin de semana o tiempo libre, véase SÁINZ CANTERO, *Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente*, «Revista de Estudios Penitenciarios», oct.-dic. 1970, número 191, págs. 1069 y siguientes. Creo que estas posibilidades de tratamiento son mayores cuando se concibe como medida de seguridad (con duración relativamente indeterminada en función de la peligrosidad del delincuente) que como pena. Como medida de seguridad está incluida en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970 (art. 5.º, Cuarta: Arresto de cuatro a diez fines de semana), aunque en la mayor parte de las legislaciones se le considera como una pena o un modo especial de ejecución de las penas cortas de privación de libertad. En realidad puede preverse su regulación como medida en unos casos y como pena en otros.

Centres» o «Detention Centres» ingleses, o una sección especial de un establecimiento penitenciario destinado a delincuentes juveniles, o en el internamiento en un centro de educación o corrección, en régimen de sentencia relativamente indeterminada. Sería conveniente establecer un límite máximo de duración de las medidas para evitar los riesgos para la seguridad jurídica inherentes a la indeterminación del concepto de corrección (el actual art. 65 establece el sistema de sentencia absolutamente indeterminada: «hasta conseguir la corrección del culpable») (95).

Como centro de educación o corrección creo que reúne magníficas condiciones el Instituto Penitenciario para Jóvenes, de Liria, pero sería conveniente crear algún otro tipo de centro semiabierto o cerrado para la aplicación de la medida de seguridad a jóvenes cuyo internamiento en un centro abierto no esté dedicado por la índole de su personalidad. Se tratará de centros de carácter o régimen más severo, parecidos a los Borstal ingleses semiabiertos o cerrados o a las prisiones escuelas existentes, por ejemplo, en Suecia, Dinamarca o Portugal (96). En caso de jóvenes delincuentes psicópatas, me parece conveniente su internamiento en centros especiales de terapéutica social.

En cuanto a la aplicación de la atenuante de edad juvenil (correspondiente a la del núm. 3.º del art. 9.º) creo que la disminución de la pena, a tenor del art. 65 (que se quiere mantener, con las debidas adaptaciones) (97), debería limitarse a la aplicación de la pena en el grado mínimo, pues la sanción penal debe reservarse para los condenados varias veces que hubieran cumplido ya la medida en el Instituto Penitenciario para Jóvenes, de Liria, en un centro de régimen más severo o en ambos y se les considere incorregibles. Es posible, también, sobre todo cuando se trate de jóvenes de dieciocho a veintiún años, que en algunos casos especialmente graves haya que aplicar una pena para satisfacer las exigencias de la retribución o expiación y la prevención general.

2. *Condena Condicional.*

Es sumamente insatisfactorio que se mantenga la regulación de la condena condicional tal como está en el Código penal vigente, en los arts. 92 a 97. Deberían introducirse en nuestro sistema de sursis elementos de la probation, tales como la asistencia y protección por delegados de prueba (probation officers o Bewährungshelfer) y la imposición de tareas o cargas (reparar en lo posible el mal del delito, aportar alguna cantidad a una institución pública o prestar algunos servicios de interés público) o reglas de conducta (referentes a su actividad

(95) Han llamado la atención sobre estos riesgos, LUZÓN DOMINGO, *Tratamiento penal de la delincuencia juvenil*, «Anuario de Derecho Penal», 1966, fasc. 3.º, págs. 403-4 y COBO DEL ROSAL, *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el art. 65 del Código penal español*, «Revista de Derecho Judicial», año XI, núm. 41, enero-marzo 1970, págs. 92 y ss.

(96) Véase, sobre estos centros, así como los Attendance Centres y los Detention Centres, CUELLO CALÓN, *El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1944, mayo, págs. 495 y ss. y el *Tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales» 1952, fasc. 2.º, págs. 301 y ss.; y BERISTAIN, *Juristas y Psicólogos ante la delincuencia juvenil*, separata de la «Revista de Estudios Penitenciarios», Madrid 1965, págs. 28 y ss.

(97) Véase, Base Octava, 4.

profesional, formación, lugar de residencia, abstención de bebidas alcohólicas, lugares o personas que debe evitar, control o tratamiento médico, etc.), a los condenados a quienes se conceda la suspensión condicional de la pena. El sistema anglosajón de la probation ha experimentado una gran difusión en la Europa Occidental después de la segunda guerra mundial y ha sido introducido a veces de modo alternativo al sistema de sursis (así, por ejemplo, en Francia, donde después de la reforma del Code de procedure penale de 1959, el juez puede aplicar o bien la sursis simple o la sursis avec mise a l'épreuve), o se han insertado en el sistema franco-belga de sursis, al que responde nuestra regulación legal, elementos de la probation. Así, por ejemplo, en Suiza (art. 41 del Código penal, reformado por la Ley de 18 de marzo de 1971) y en la República federal alemana (arts. 23 y ss. del Código penal vigente y arts. 56 y ss. de la nueva Parte General del Código penal). Debería modificarse, además, la orientación fundamental de nuestra regulación legal. En ella la remisión condicional de la pena está concebida como un *beneficio* que se concede en aquellos casos en que el delito es de escasa gravedad (pena inferior a un año), o en que concurre una atenuante muy calificada (en cuyo caso puede aplicarse hasta a las penas inferiores a dos años) o una eximente incompleta (en que se aplica por Ministerio de la Ley, artículo 94, 1.º). La concesión de la condena condicional debe limitarse, naturalmente, en virtud de las exigencias de la retribución y expiación y de la prevención general a los delitos de menor gravedad (penas privativas de libertad inferiores a uno o dos años), pero debe estar sobre todo en función de la prognosis sobre la conducta futura del delincuente, es decir, en función de las exigencias de la prevención especial. Esta orientación fundamental debería deducirse claramente de la regulación legal para huir de todo automatismo en la aplicación de la condena condicional.

La aplicación de la condena condicional debería extenderse a las penas restrictivas de libertad y a la pena de multa (actualmente sólo se puede aplicar al arresto sustitutorio). La introducción de la advertencia con reserva de pena (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*) para las penas de multa de menor gravedad, en lugar de la condena condicional, prevista en los arts. 59 y ss. de la nueva Parte General del Código penal alemán (para las penas de hasta 180 días-multa), no me parece posible de momento en nuestro Código, pues ello obligaría a una reforma paralela de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El tribunal se limita en estos casos a constatar la culpabilidad y a hacer una advertencia al culpable, fija la pena, pero no dicta sentencia condenatoria. Presentaría todos los rasgos de la probation anglosajona (si el sujeto no delinque en un cierto plazo de prueba no se dicta sentencia condenatoria y no tiene antecedentes penales), si se acompañase de la vigilancia de los delegados y de la imposición de cargas y reglas de conducta, lo cual no se hace en el nuevo Código penal alemán (en él puede ir acompañada sólo de la imposición de cargas) (98).

Debería introducirse, asimismo, la suspensión condicional del cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad (internamiento en un sanatorio psiquiátrico, un centro de deshabitación, un centro de terapéutica social, en ca-

(98) Véase, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, «Allgemeiner Teil», 2.ª ed., 1972, pág. 577.

sas de trabajo o establecimientos agrícolas, etc.) cuando el tribunal estime que pueden conseguirse de este modo los fines de la medida. Esta es una importante innovación introducida en la nueva Parte General del Código penal alemán. No se concede, sin embargo, cuando la medida se impone conjuntamente con una pena privativa de libertad respecto a la cual no se conceda la condena condicional (art. 67 b). Se puede suspender también condicionalmente la ejecución de una medida privativa de libertad cuando deba aplicarse después de la pena, si se considera que el fin de la medida no exige ya el internamiento (art. 67 c). La concesión de la condena condicional lleva aparejada la adopción de la medida de seguridad de vigilancia de conducta (párrafo 2.º del art. 67 b y artículos 68 y ss.). Esta está confiada a un organismo de vigilancia y a un delegado de prueba designado por el tribunal de acuerdo con aquel organismo. La vigilancia tiene un carácter tutelar y de ayuda. El tribunal puede dar instrucciones al organismo de vigilancia y al delegado de prueba, así como órdenes al condenado, referentes a su comportamiento y tendentes a evitar su recaída en el delito. Mediante las modificaciones oportunas (posibilidad de dar instrucciones a los delegados y órdenes al condenado) podría aplicarse en nuestro Derecho la medida de sumisión a la vigilancia de la autoridad, de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 (artículo quinto, Decimocuarta).

3. *Redención de penas por el trabajo.*

En la aplicación de la redención de penas por el trabajo se ha incurrido en un excesivo automatismo, dada la obligatoriedad del trabajo en los establecimientos penitenciarios (arts. 2 y 50 del Reglamento de Prisiones) y la rigidez en el módulo de reducción de la pena. En realidad equivale a un acortamiento de las penas privativas de libertad, que en nuestro Código son, sin duda, excesivamente largas (99). ¿No sería preferible disminuir la duración de las penas o condicionar la reducción de las mismas a la prestación de servicios especiales, al celo en el trabajo, los progresos en la formación, la buena conducta, a la cooperación activa en la labor de corrección o enmienda? No es fácil adoptar otro sistema —que sería siempre complejo, pues habría que tener en cuenta multitud de factores— pero creo que debería intentarse. El módulo de reducción debería ser variable, según los progresos observados en la corrección o enmienda del delincuente.

VI. *Extinción de la responsabilidad criminal*

En relación con el indulto, debería insistirse en el requisito establecido en el artículo 2.º (núm. 1.º) de la Ley de 18 de junio de 1870, tantas veces violado, de que no pueda aplicarse si, o mientras, no haya recaído sentencia firme. De lo contrario se desnaturaliza la institución del indulto, que supone la existencia de una responsabilidad criminal que hay que extinguir y no elimina, por otra parte, según opinión unánime de la doctrina, los antecedentes penales.

Me parece sumamente desacertada la innovación en materia de prescripción de que no se compute a efectos de la misma el tiempo en que el culpable permanezca en situación de rebeldía. El fundamento de la prescripción en el Derecho penal se encuentra en el efecto destructor del tiempo y no, como en el Derecho

(99) Véase, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte general*, 1949, págs. 517-518.

civil, en el abandono o negligencia del titular de la acción. En nuestro Código penal vigente y en el futuro, pues la regulación de la prescripción se mantendrá inalterada en todos los demás aspectos (Base Undécima, 3), el fundamento de la prescripción del delito no es la negligencia del Estado en su persecución (100). El plazo de prescripción se cuenta desde el momento de comisión del delito y no, como en el Código penal de 1870, desde que se descubre y comienza el procedimiento. La prescripción del delito se basa en que por el transcurso del tiempo la sociedad ha olvidado su comisión y se extinguen las exigencias de retribución y expiación. La falta de castigo no supone ya tampoco un menoscabo de la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general. Por el transcurso del tiempo resulta, además, más difícil la práctica de la prueba. Cuando el delincuente permanece en rebeldía la sociedad va olvidando u olvida el delito. La Administración de Justicia también, pues sería una ficción estimar que el recuerdo perdura en ella, porque permanezcan un sumario y unas actuaciones archivadas.

Debería introducirse, en cambio, la prescripción de la reincidencia, que se estableció ya por el Real Decreto de 14 de noviembre de 1925. De acuerdo con esta disposición, los efectos de las condenas anteriores cesaban cuando pasara el tiempo preciso para la prescripción del delito. El Código penal de 1928 derogó el Real Decreto de 14 de noviembre de 1925, pero dejó al arbitrio del Tribunal la apreciación de la reiteración y la reincidencia, debiendo tener en cuenta, además de otras circunstancias, el tiempo transcurrido entre la ejecución de los delitos (101). En la nueva Parte General del Código penal alemán, el plazo de prescripción de la reincidencia es de cinco años (art. 48, párrafo 4.º).

VII. Consideraciones finales

Si hubiéramos de formular un juicio de conjunto sobre el Anteproyecto diríamos que contiene indudables aciertos, que refleja una preocupación por mejorar nuestro Derecho penal, pero presenta también grandes deficiencias. En general, no se tienen en cuenta muchos de los avances más recientes de la Ciencia del Derecho penal, no ya de otros países (Alemania, Italia, Suiza, etc.), sino ni siquiera la labor considerable desarrollada por los científicos españoles en los últimos años. Es lamentable que no se haya atendido en absoluto a la nueva Parte General del Código Penal alemán, aprobada por la Ley de 4 de julio de 1969 y que entrará en vigor el 1.º de enero de 1975. Los autores del Anteproyecto se han inspirado especialmente en el Código italiano de 1930, que está ampliamente superado por los avances de la Ciencia del Derecho penal. Desde 1949 se han sucedido, con diverso alcance, los proyectos de reforma, el último de los cuales, el Proyecto Gonella de 19 de noviembre de 1968 fue aprobado por el Senado el 2 de julio de 1971 (102).

(100) Véase, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte general*, 1949, págs. 575 y ss, especialmente pág. 578.

(101) Véase, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte general*, 1949, págs. 387, 388.

(102) Véase, por ejemplo, BETTIOL, *Diritto Penale*, 7.ª edic., 1969, págs. 31 y ss.; ROSSI, PAOLO, *Per una riforma del Codice penale, Studi in onore di Francesco Antolisei*, III, Milán, Giuffrè, 1965, págs. 163 y ss.; y SANTORO, *Impressioni e riserve sulla revisione novellistica del Codice Penale*, «La Scuola Positiva», 1971, fasc. 3.º, págs. 341 y ss.

La elaboración del Anteproyecto debería haber sido realizada por una comisión mixta, reducida, de catedráticos, magistrados, fiscales y letrados del Ministerio de Justicia, designada especialmente para este cometido, sin perjuicio de que posteriormente el esquema de Anteproyecto se sometiera al examen de la Comisión General de Codificación.

Zaragoza, 3 de marzo de 1973