

CONSIDERACIONES SOBRE LA ULTIMA REFORMA DEL CODIGO PENAL

(Comunicación a las "Terceras Jornadas Universitarias de Profesores de Derecho penal"), Santiago, mayo 1975

La ley 39/1974, de 28 de noviembre, publicada en el «B. O. del E.» del 30 del mismo mes, ha introducido varias modificaciones en el Código penal. Contiene cuatro artículos. Eleva el límite mínimo de la multa como pena grave a 10.000 pesetas, y la cuantía de todas las penas de multa, así como las cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible (art. 1.º); introduce el concepto de «doble reincidencia» alterando en consonancia la regla 6.ª del art. 61 (art. 2.º); añade un art. 164 bis c) para prevenir la imposición de la inhabilitación especial a quienes cometan alguno de los delitos señalados en los dos artículos precedentes «habiendo prestado el juramento preceptivamente exigido como requisito previo para el desempeño de cargos o funciones» (art. 3.º); finalmente, sustituye la rúbrica del cap. II bis, tít. XIII, lib. II («Del robo y hurto de uso de vehículos de motor») por la de «utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos», tratando de endurecer la represión de los delitos previstos en el art. 516 bis. Una disposición transitoria alude a los problemas de ámbito temporal para los procedimientos en curso, sin permitir rectificaciones, en las sentencias ya ejecutadas, en orden a los antecedentes penales. La reforma afecta a 221 artículos de los 604 de que consta el Código penal, pero es a todas luces modesta.

I

Se ofrece en primer lugar un reparo sobresaliente. La reforma no ha prestado atención alguna a las sanciones pecuniarias establecidas en la *legislación penal especial*. La ley de 26 de julio de 1878 sobre ejercicios peligrosos de menores mantiene multas de 1.000 a 5.000 pesetas (art. 1.º) que en su tiempo fueron penas graves; la de 18 de septiembre de 1896 relativa a la protección de pájaros insectívoros —extrañamente excluida de los actuales repertorios administrativos y penales pese a estar en vigor— mantiene multas de 20 a 200 pesetas; la de 23 de julio de 1903 sobre una mendicidad de menores, las conserva de 125 a 1.250 pesetas (art. 3.º); la ley electoral de 8 de agosto de 1907 establece multas que en su tiempo fueron penas graves por superar las 125 pesetas, límite fijado en el Código de 1870, y hoy no rebasan en ningún caso las 5.000 pesetas (arts. 65, 67, 71, 73). Y viniendo a tiempos más recientes, tenemos la ley de pesca fluvial de 20 de febrero de 1942, modificada por la de 4 de mayo de 1948, que coloca el límite de la pena entre los delitos y las faltas en 2.500 pesetas; la ley penal y procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre de 1964 en 5.000 pesetas; la ley

de caza de 4 de abril de 1970 estima pena grave la multa de 5.000 a 50.000 pesetas (art. 42) y lo mismo hace la ley de emigración de 16 de mayo de 1971 (art. 54), concordante con el Código penal antes de la ley de 1974. Con esto llega el lamentable olvido de la legislación penal especial a términos intolerables. Tras la ley 39/1974 hace presencia, de un lado, la degradación de hechos delictivos a la categoría de faltas, vistos con la óptica del derecho penal común con la que siempre se han contemplado. Y de otro un espectacular endurecimiento, que contrasta con esa descuidada y negligente benignidad, en el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, como resulta, por ejemplo, del art. 439, 3.^a donde se castiga con arresto militar de dos meses y un día a seis meses el enajenar prendas de equipo por valor de 25 a 50 pesetas, por no hablar del olvido en que se encuentran las sucesivas variaciones de frontera entre el hurto delito y la falta de hurto que se mantiene en las 250 pesetas en el art. 443, a pesar de que el Código penal la sitúa hoy en las 5.000 pesetas. La concordancia de la legislación penal especial con el derecho común en cuanto a módulos económicos es una exigencia técnica imperiosa y, además, de insoslayable justicia.

II

La introducción de la «doble reincidencia» con la correlativa modificación de la regla 6.^a del art. 61, ha sido el fruto de una mala inteligencia de la Fiscalía del Tribunal Supremo frente a una nueva jurisprudencia que rectificaba una doctrina casi centenaria, pero errónea y en contra del reo, en cuanto a la apreciación de la segunda reincidencia. Pues no puede haber segunda reincidencia sin una primera reincidencia, y como el concepto de reincidencia exige que el culpable haya sido condenado antes de delinquir por otro delito comprendido en el mismo título del Código, eran y siguen siendo precisas para estimar una primera reincidencia dos sentencias, y para la segunda tres, siendo la tercera aquella en que la segunda reincidencia se aprecia. La cuestión no era ni es baladí. A partir de la segunda reincidencia era preceptiva la imposición de la pena superior en uno o dos grados, es decir, una pena de seis meses y un día a seis años puede transformarse subiendo dos grados en otra de doce años y un día a veinte años. Aparte de este efecto general, la segunda reincidencia tenía y tiene efectos específicos en determinados delitos en los que obliga a imponer la pena superior en un grado, a saber, en los delitos de hurto (art. 516, 3.^o), estafa (art. 530) y apropiación indebida (art. 535).

Haciéndose eco de las repetidas y fundadas críticas contra la vieja doctrina jurisprudencial, a partir de la sentencia de 25 de enero de 1972, reconoció el Tribunal Supremo que la reincidencia precisa «como esencial la referencia temporal de la condena anterior al momento de delinquir el culpable, por lo que si esta exigencia es válida para considerar la primera reincidencia debe serlo igualmente para estimar la segunda y sucesivas, con la importante consecuencia de ser necesario que conste de algún modo dicha primera reincidencia en orden a establecer las siguientes recidivas, cosa que ya *a priori* debe destacarse cuando las anteriores condenas se han fulminado en una sola sentencia o cuando tales condenas previas se den con tal proximidad cronológica que sólo por una presunción contra el reo pueda admitirse que el mismo fue delinquirando cuando ya

habían sido pronunciados los fallos procedentes en orden a engendrar la serie de agravantes simples tenidas en cuenta por la Ley para estimar la agravante compleja» (sentencia de 26 de septiembre de 1974; ponente, excelentísimo señor don Fernando Díaz Palos).

La tesis de la Fiscalía del Tribunal Supremo que, sin duda, ha llevado a esta alteración, se contiene en la *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1973* (Madrid, Reus, 1973) por el Fiscal del T. S. Una equivocada opinión criminológica está en el origen del giro que se ha dado a la segunda reincidencia transformándola en «doble reincidencia». En la *Memoria* citada, pág. 229, se declara que «la defensa de la Sociedad contra los delincuentes habituales o profesionales, ha de ser más estricta y su sanción mayor y más grave que la de los delincuentes ocasionales, que sólo una vez han infringido la Ley contraviniendo las normas del ordenamiento jurídico punitivo». El criterio diferencial: delincuente ocasional una condena, delincuente habitual o profesional varias condenas, es falso. Un profesional del delito puede no ser aprehendido y convicto hasta haber cometido un gran número de delitos: el ser delincuente primario a los ojos de la ley no obsta para que haya de ser clasificado entre los profesionales del delito desde un punto de vista criminológico. Por otra parte, el discutible tipo de «delincuente ocasional» puede acumular varias condenas, sea porque se repiten las crisis o se encuentra ante una crisis prolongada durante algún tiempo, sea porque la tentación que provocan las «ocasiones» se reproduce varias veces. Además, el único estudio serio y reciente de importancia de que disponemos, la tesis doctoral inédita de Landin Carrasco, leída el 27 de junio de 1974, llega a la conclusión de que «la multirreincidencia no debe actuar como modalidad agravante» (*Revista de la Universidad Complutense*, núm. 94-II, vol. XXIII, nov.-dic. 1974, pág. 244), corroborando así algo obvio desde el punto de vista dogmático, pues hay delitos de estructura semejantes que están en distintos títulos, como, v. gr., la malversación y la apropiación indebida, y delitos muy desiguales que reúnen bajo un común denominador, como la profanación de cadáveres, el conducir sin permiso y el tráfico de drogas, fundamentando sin base alguna real una «reincidencia» que se niega entre los primeros.

Aún ha de agregarse algo más a este propósito. La reforma muestra en este punto idéntica ligereza a la que traduce en general la ley a que estoy aludiendo. Ha consistido en añadir a la circunstancia decimoquinta del art. 10 un segundo párrafo que reza así: «Existe *doble reincidencia* cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado, en *una* o varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo Título de este Código», modificando correlativamente la regla sexta del art. 61 para sustituir la «segunda reincidencia» con la que operaba por la «doble reincidencia» que se inventa. Pero ha olvidado por completo los demás pasajes del Código en que se toma en consideración la segunda reincidencia para cualificar los delitos de hurto, estafa y apropiación indebida. De esta inconsciente manera se ha acentuado uno de los más notorios defectos de la ley a partir de la reforma de 1944, a saber, que allí donde tradicionalmente se pensaba que la segunda reincidencia requería un trato más severo es objeto de una mayor benevolencia, ya que no se puede aumentar la pena uno o dos grados como sucede para los restantes delitos por aplicación de la regla sexta,

sino solamente un grado, porque los razonamientos aducidos en la sentencia 26 de septiembre de 1974 continúan conservando su validez para el hurto, la estafa y la apropiación indebida donde se habla de que el sujeto «fuere dos veces reincidente» (lo que requiere al menos una tercera sentencia como antes quedó dicho) y no de «doble reincidencia».

La Fiscalía del Tribunal Supremo se percató de tal descuido, y en una circular de 27 de diciembre de 1974, «a fin de evitar un criterio interpretativo múltiple que estaría en desacuerdo con el principio de unidad que caracteriza las actuaciones del Ministerio Fiscal» manifiesta que «aun cuando en su literalidad la ley no menciona otros supuestos de multirreincidencia específica (artículos 516, 3.º y 530), deben resultar aplicables, en lo que proceda, las declaraciones generales de los artículos 10, 15.^a y 61, 6.^a». Lamento no poder compartir el criterio de la circular. En ella hay un expreso reconocimiento de que la «literalidad» de la ley se opone a la interpretación que propugna, auténticamente analógica. Frente a una letra inequívoca, contradice las reglas más elementales de hermenéutica una interpretación que lleva a resultados en contra del reo.

III

El *art. 164 bis c)*, de nuevo cuño, tiene antecedentes complicados. El Proyecto de 6 de junio de 1974 pretendía introducir un artículo con el número 324 bis dentro del título de las falsedades, que habría de radicarse en un capítulo VIII bajo la rúbrica: «Del quebrantamiento del juramento». La redacción inicial estaba concebida en estos términos: «Los que por actos u omisiones quebrantaren el juramento exigido como requisito previo para el desempeño de cargos o funciones, como asimismo el que haya de producir efecto ante Autoridades de cualquier orden o jurisdicción, a través de documentos de carácter administrativo, fiscal o de otra clase, incurrirán en las penas de inhabilitación especial y multa en cuantía de 10.000 a 250.000 pesetas». La fundamentación se limitaba, sin ulteriores razonamientos, a dar por sentado que había que prestar protección penal al juramento en estos casos.

Fue el tema más debatido en las Cortes. Se presentaron ocho enmiendas. La más radical, del señor Laqueta Pablo (enmienda 19), pidió la erradicación del artículo por opuesto al principio de legalidad al carecer de «las indispensables puntualizaciones» para que se pudiera afirmar «que, propiamente, se ofrece un tipo de delito». El señor Henríquez Hernández (enmienda 22) reforzó el argumento añadiendo que incluso era imposible la tipificación y que el perjurio no debe acarrear sanciones jurídicas, sino morales. También se pronunciaron en contra los señores García Carrero (enmienda 1) y Esperabe de Arteaga (enmienda 10). Otras enmiendas notaban la heterogeneidad de las conductas asimiladas en el art. 324 bis del Proyecto, solicitando su desglose, sea para llevar a las falsedades documentales las declaraciones juradas falsas (enmienda 13, del señor Sancho Rof), sea para reducir el precepto a un quebrantamiento de la «ética profesional» (enmienda 14 del señor Zaragoza Cortés), interesar que se separaran netamente los dos puntos sobre los que versaba el Proyecto (enmienda 15 del señor Mazón Verdejo) o que se redujese la inhabilitación especial a los casos en que la multa fuera superior a 50.000 pesetas (enmienda 7 del señor Yagua Yus). Al fin se admi-

tió la idea del señor Sancho Rof de crear un art. 164 bis c) —el enmendante proponía que llevase el número 164 tris (*sic*)— referido a los delitos comprendidos en la misma sección (no a todos los delitos previstos en las secciones anteriores como en la enmienda número 13) y consignando sólo la pena adicional de inhabilitación para quienes siendo culpables de los delitos sancionados en los artículos 164 bis a) y 164 bis b) hayan prestado «el juramento preceptivamente exigido como requisito previo para el desempeño de cargos o funciones». Es notable que en el debate ante la Comisión de Justicia nadie defendió el Proyecto tal y como estaba concebido, ni siquiera la Ponencia (*Diario de Sesiones de las Comisiones, X Legislatura*, núm. 367, páginas 22 y siguientes)

IV

Respecto al uso indebido de vehículos de motor, el propósito del Proyecto era cambiar la rúbrica del capítulo II bis del tít. XIII, lib. II, que rezaba: «Del robo y hurto de uso de vehículos de motor», por la de «utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos» y añadir un último párrafo imponiendo, en todo caso, la pena de privación del permiso de conducir por tiempo de tres meses y un día a cinco años. La tensión emocional que provocan esta clase de hechos dio una extraordinaria animación al debate cuya tónica fue la severidad. Nada menos que once enmendantes atacaron al art. 516 bis con el afán de mejorarlo. La cifra negra en estos delitos es sumamente elevada: alrededor del 90 por 100. La mayoría de los vehículos sustraídos son recuperados a los pocos días, como resulta de las investigaciones practicadas por Serrano Gómez. Los esfuerzos reformistas se han desplegado en cuatro direcciones.

a) Modificación del párrafo primero del art. 516 bis para especificar que es indiferente la «clase, potencia o cilindrada» del vehículo de motor ajeno indebidamente utilizado. La adición proviene de la enmienda del señor De Oña Iribarne (enmienda 4), quien la fundamentó en la necesidad de poner fin a las dudas que ocasiona la cuestión controvertida de si los ciclomotores han de considerarse o no vehículos de motor. Sucede, sin embargo, que una cosa es la *mens legislatoris* y otra la *mens legis*. Cualesquiera que sean las especificaciones siguen estando referidas a los vehículos de motor. Y, por consiguiente, el problema continúa exactamente como antes y consiste en determinar si los ciclomotores son vehículos de motor. La circular número 6 de 27 de diciembre de 1974 antes citada, entiende, con razón, que la situación sigue siendo idéntica a la anterior a la reforma y recomienda atenerse a la circular 2 de 26 febrero de 1973 y sentencias de 9 y 15 de marzo y 21 de mayo de 1973 del Tribunal Supremo donde se abordó esta dificultad interpretativa.

La circular 2/1973 de la Fiscalía del Tribunal Supremo (*Memoria* de 1974, páginas 242 y siguientes) analiza exhaustiva y documentadamente la naturaleza jurídica de los ciclomotores, expresión «desconocida en nuestro ordenamiento penal y administrativo antes del Decreto de 27 de enero de 1956», designando hoy «un vehículo intermedio (*tertium genus*) entre el motociclo y el velocípedo, respondiendo su estructura a la de una bicicleta con pedales practicables en todo momento, pero dotada de un motor auxiliar de potencia determinada» (*Memoria* de 1974, pág. 246). La circular llega a la conclusión de que «en la definición legal

de ciclomotor lo que prima, en definitiva, es su condición de ciclo o bicicleta, si conserva todas las características recogidas en la ley referentes a potencia del motor auxiliar, límite de velocidad a desarrollar, pedales practicables, peso y disponibilidad de la transmisión del esfuerzo humano a través de los pedales con independencia del motor» (*Memoria citada*, pág. 255).

b) Sustitución de la alternativa «restituir o abandonar dentro de las veinticuatro horas» por la exigencia de que el vehículo indebidamente utilizado se restituya «directa o indirectamente» en el mismo plazo. La novedad se produjo en el seno de la Comisión de Justicia (*Diario de Sesiones*, páginas 33 a 36). Tomó la iniciativa el señor De Oña Iribarne: «Pediría a la Ponencia —dijo— sustituir la palabra 'abandonar' por la de 'restituir' o 'reintegrar' directa o indirectamente, ya que el abandono es una palabra ambigua, y a veces tal abandono se hace forzosamente porque se han quedado sin gasolina. De lo que se trata es de que si se deja transcurrir este plazo se considera que la intención no es de uso, sino de apropiación del vehículo, y lo que se produce es un hurto o robo, según las circunstancias que hayan concurrido». Tras vacilaciones de la Ponencia y algunas digresiones sobre la conveniencia o no de elevar el plazo de veinticuatro horas provocadas por una intervención del señor Rivas Guadilla, la ponencia cedió ante las palabras del señor Utrera: «Tal vez —opinó— lo que aquí es perturbador es la palabra 'abandonar' que es la que crea un problema probatorio, un problema de presunciones; realmente va a crear dificultad en las pruebas para saber si se abandonó y cuándo se abandonó». La Ponencia, que tuvo un momento de clarividencia («Complicaríamos el asunto, creo yo —dijo el señor Pérez-Serrabona— variando el texto tradicional que tenemos»), sucumbió al climax y aceptó la petición del señor Oña que se aprobó por unanimidad.

La Circular 6/1974 de la Fiscalía del T. S. antes mencionada advierte las dudas que suscita la nueva redacción. Ciertamente es que la ley ofrecía antes dificultades para concretar el «abandono», y que «con la expresión 'restitución indirecta' se ha buscado una mayor certeza; pero no parece todavía suficientemente clara hasta el punto de que no vayan a plantearse dificultades interpretativas. En general por 'restitución indirecta' deben entenderse todos los supuestos en que el vehículo se ponga a disposición de su dueño sin que sea material y directamente entregado; en particular, puede entenderse por restitución indirecta la información al propietario, a la autoridad o a sus agentes, por cualquier medio, del lugar en que se halla el vehículo; o bien el empleo de otros medios que permitan la recuperación del vehículo dentro del plazo que señala la ley». La *ratio legis* es, según la circular, «favorecer la recuperación del vehículo dentro de las veinticuatro horas desde que el dueño fue desposeído del mismo». Se trata, empleando la terminología de la circular, de una «atenuación de la pena» y para que se produzca «es precisa la restitución directa o que el culpable emplee los medios necesarios para la recuperación en el referido plazo» guardando semejanza con el sistema seguido para «el peculado de uso del art. 396 párrafo segundo».

Por consiguiente, se ha perdido de vista la diversa estructura del tipo en el hurto de uso y el hurto propiamente dicho. La nota característica del hurto de uso es la falta de intención de apropiarse la cosa, y así se subraya en el párrafo primero del art. 516 bis: «sin ánimo de haberlo como propio». La restitución (o abandono, como antes se decía) no afecta a esta nota esencial del uso indebido.

La no restitución, en realidad, es una cualificación (una «agravante» con la terminología de la circular) no una causa de atenuación. Cualificación porque determina un trato más severo de un hecho que sigue siendo conceptualmente un hurto de uso o uso indebido de un vehículo de motor. En realidad sigue latente la vieja y desprestigiada doctrina que identificaba el ánimo de lucro con el ánimo de apropiarse de la cosa, desconociendo que no puede hablarse de ánimo de apropiarse «transitoriamente» porque sería una *contraditio in terminis*, ya que apropiarse es subrogarse en el lugar del propietario y no sólo en el *ius utendi* que es una de las facultades, entre otras muchas, que comporta el derecho de propiedad. La restitución directa o indirecta dentro de las veinticuatro horas, bajo la amenaza de un trato más riguroso, es en definitiva una manifestación del arrepentimiento espontáneo, una contribución a reparar el mal causado por el delito, sin variar la naturaleza de éste. La reforma ha desconocido, al acentuar tan considerablemente la exigencia de un comportamiento activo por parte del autor del delito, la verdadera índole de las figuras previstas en el art. 516 bis hasta el punto de darles un tratamiento más severo que a genuinos delitos de robo o de hurto del vehículo como se verá a continuación.

c) La reforma afecta también a la pena que señala la ley para el caso de que no se restituya directa o indirectamente el vehículo en el término de veinticuatro horas. Ahora será la de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas a no ser que resulte de mayor gravedad la que procedería imponer aplicando los artículos 505 ó 515, en cuyo caso se acude a la señalada para el hurto o el robo genuinos. Antes había que imponer, si no se restituía o abandonaba el vehículo, la pena señalada para el hurto o el robo ordinario, y si por la cuantía el hecho hubiera constituido falta y no estaba por ello comprendido en la referencia expresa que se hacía a los artículos 505 y 515, imponer la pena prevista en el párrafo primero para el tipo básico.

La modificación proviene de la enmienda número 1 de don Melitino García Carrero que la Ponencia hizo suya y no fue objeto de discusión, sin duda porque nadie se percató de su alcance, es decir, de que se castigaba más severamente el tomar el vehículo sin ánimo de haberlo como propio que si hubiera mediado una intención de hacer suyo el vehículo en cuestión. Sin advertir tampoco que esta injusta regulación, injusta porque trata más severamente hechos de menor gravedad, queda reservada exclusivamente a los torpes o ingenuos, pues basta con declarar que tenían intención de haber el vehículo como propio para que el art. 516 bis quede fuera del juego.

d) Finalmente, el párrafo último del art. 516 bis ha quedado rectado así: «En todos los casos comprendidos en este artículo se impondrá, además, la pena de privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años o la de obtenerlo en el mismo plazo». Sustancialmente recoge las enmiendas de los señores Mazón Verdejo (enmienda 6) y De Llera López (enmienda 8) que pensaron que era oportuno recoger de modo expreso el supuesto en que el sujeto que utilizó indebidamente el vehículo carecía de permiso de conducción. Se aprobó sin discutir, salvo un tímido conato del señor Ladera Vivas para que se elevara el mínimo de la privación del permiso que no tuvo aceptación.

La aclaración me parece peligrosa, porque pudiera dar lugar a pensar que cuando no se declara expresamente la privación del permiso de conducción como

pena no afecta nada más que a aquellos que se hallan en posesión del permiso, no a los que carecen de él. Es una cuestión que revierte sobre el alcance del párrafo último del art. 42, donde se especifican los efectos de la pena de privación del permiso de conducir diciendo que «inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho durante el tiempo fijado en la sentencia». El derecho aludido no es el derecho a obtener un permiso, sino el derecho a conducir vehículos de motor. Gramaticalmente no hay duda alguna. La aclaración era innecesaria. Y es conveniente retrotraerse a los antecedentes históricos de ella, a los motivos que llevaron a consignar el supuesto de carencia de permiso para no dejar lugar a una interpretación contraria, para no inferir la errónea consecuencia de que cuando no se consigne —cosa que sucede en todos los demás casos en que se impone esta pena— no abarca a quienes no tienen permiso de conducción. Hubiera sido preferible que se hubiera mantenido la redacción inicial del Proyecto.

V

La estrechez de miras de la ley 39 de 28 de noviembre de 1974 es un distintivo común a las catorce reformas del texto refundido de 1944 que la han precedido. El Código de 1944 sigue siendo el antecedente siempre presente en el Código actual, que es el de 1963, con las modificaciones de 1971 y 1974. Basta referir la fecha de su aprobación por el Decreto de 23 de diciembre de 1944 para marcarlo como un Código de posguerra, elaborando el signo de concepciones sumamente duras, sobre un sistema de organización política que no se había concluido de perfilar, pendiente una guerra mundial en la que mantuvimos la neutralidad sin ocultar la simpatía por las potencias del Eje, prolongadas las tensiones de la guerra civil con la carga emocional de un futuro que a muchos parecía incierto, despobladas las cátedras de figuras que se consideraban eminentes sin que los profesores que quedaban y los que habían cubierto las vacantes hubieran tomado conciencia de los términos en que quedaba planteado el problema penal ni les fuera accesible por no disponer de los datos necesarios a causa de estar sustraídos muchos hechos a la jurisdicción ordinaria. El Código de 1944, que no aspiró a ser otra cosa que una refundición de un copioso número de leyes especiales que vagaban dispersas en el «Nuevo Estado», fue redactado con apresuramiento, método que parece consuetudinario entre nosotros. Ninguna de las numerosas leyes que han modificado el Código de 1944 ha abordado viejos problemas, que continúan abiertos, ni tampoco los que la reforma de 1944 planteó. No solamente se ha hecho una revisión a fondo, sino que se han multiplicado las relaciones de alternatividad, es decir, las repeticiones totales o parciales de preceptos ya existentes. Sin tener tampoco en cuenta que hay zonas necesitadas de una reconsideración global. Algunos ejemplos tomados de la llamada Parte especial corroborarán lo que acabo de decir. Tampoco se ha osado tocar las bases de la determinación de las penas, cada vez más dislocadas en su nomenclatura y efectiva ejecución por una normativa de tipo administrativo que tiende a dinamitar el arcaísmo imperante en el Código.

Entre los viejos problemas que perduran me limitaré a mencionar dos. La violación de sepulturas y profanación de cadáveres se halla colocada en el título V del libro II, al lado de los delitos contra la seguridad del tráfico, v. gr., con-

ducir sin permiso por una vía pública, y de los delitos contra la salud pública, como el tráfico de drogas. El defecto sistemático proviene de la reforma de 1870 y fue acusado inmediatamente por los comentaristas y la doctrina. El lugar que les corresponde es el de los delitos contra la religión o, mejor, el de un título de delito contra los sentimientos religiosos. Otro caso: las lesiones menos graves inferidas a maestros (artículo 423) se castigan con la pena de prisión menor, mientras que las lesiones graves a las mismas personas, si no hubieran producido otro resultado que enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días, se sancionan con arresto mayor y multa de 10.000 a 50.000 pesetas. Dicho con otras palabras: si se hiere a un maestro causándole lesiones que le produzcan incapacidad para el trabajo por más de quince días y menos de treinta, la pena puede llegar a seis años de privación de libertad, pero si las lesiones van de treinta a noventa días no puede exceder de seis meses (y multa). El defecto proviene nada menos que del Código de 1848, atravesando, sin ser advertido, todas las reformas ocurridas desde entonces.

El texto refundido de 1944 provocó una serie de desarreglos valorativos al seguir como norma el criterio de imponer penas de la escala general en toda su extensión a cada delito. Prescindiendo ahora de que técnicamente no se consiguió este propósito para todas las figuras de delito, las consecuencias han sido, en algunos supuestos, extravagantes, por no calificarlas de otra manera. El caso más notable, por su frecuencia en la práctica, es la inversión de las relaciones valorativas entre el hurto y el robo. Un delito de robo, cualquiera que sea la cuantía de lo robado, si media la violencia o intimidación en las personas, se castiga —salvo que ocurra alguna cualificación de las previstas en el artículo 501— con la pena de presidio menor; si se comete un hurto por cuantía superior a 200.000 pesetas, la pena es presidio mayor. Es decir, si el ladrón tiene la «precaución» de administrar algún golpe a su víctima, la pena no puede exceder de seis años, si no lo hace y se vale simplemente de la astucia, la pena puede llegar a doce años de privación de libertad. Aquí el reparo ha sido repetidas veces señalado, sin que el legislador haya prestado nunca atención alguna a su remedio.

Las repeticiones entre el Código y la legislación penal especial han sido siempre relativamente frecuentes. Mencionaré la traición, muchas de cuyas figuras se hallan duplicadas en el Código de Justicia Militar; y la piratería que está prevista en el Código penal común, artículos 138 y 139, pero que nunca han encontrado aplicación por ser preferente la Ley penal y disciplinaria de la marina mercante de 1955 en estos hechos de los que conoce la jurisdicción militar con completa exclusión de la ley común. Pero no acostumbraban a darse dentro del Código en los términos en que se vienen produciendo desde 1944. Así, los delitos de estragos han perdido completamente su razón de ser con la incorporación al Código de los delitos de terrorismo que, además, se duplican a partir de la ley de 15 de noviembre de 1971 en el Código de Justicia Militar. Ciertamente que, a primera vista, podrían marcarse diferencias: los estragos no perseguirían fines contrarios a la seguridad interior, el terrorismo organizado quedaría reservado a la justicia militar, en el terrorismo de derecho común habría de insertarse siempre el elemento subjetivo del injusto: la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden insitucional o el orden público. Mas la amplitud con la que se conciben la seguridad del Estado o

el orden público excluye o hace prácticamente imposible unos estragos que no constituyan el delito de terrorismo castigado generalmente con penas más graves. En cualquier caso se impone una delimitación más precisa que la actual.

Hay también zonas necesitadas de una reconsideración global. Por ejemplo, la relativa a la política criminal seguida con los anticonceptivos o procedimientos para «evitar la procreación» (artículo 416), hoy absolutamente obsoleta. También la política seguida en los delitos de estupro. La edad de veintitrés años que se toma como frontera en la tutela de la mujer frente al engaño sexual es por completo irrazonable. Claro está que una reforma penal debería ir acompañada de una atenuación de las reglas para la investigación de la paternidad, pues es notablemente injusto que sea la mujer la única que soporte el peso de la concepción fuera del legítimo matrimonio y luego no pueda reclamar asistencia para ella y el hijo habido de quien lo engendró. En los delitos relativos a la prostitución es asombroso que sean más graves las penas en el caso de que las víctimas sean mayores de veintitrés años que si son menores. Y entre los delitos contra la propiedad habría que atender a una doble dirección, de un lado reducir drásticamente la magnitud de muchas penas que son enteramente desproporcionadas a la gravedad que hoy tienen estos delitos, y de otro atender a un remoldeado de los que Binding llamó «delitos de explotación» sobre los que gravitan las condiciones económicas en que se desenvuelve el mundo moderno haciendo posibles fabulosas depredaciones. *Et sic de coetera.*

Es notable que mientras el Código sigue aferrado a una vieja dosimetría penal, foralista, mecanicista, con reformas epidémicas que no encuentran la vía adecuada para hallar una efectiva resonancia práctica, como la obligación de tomar en cuenta la personalidad del delincuente que preceptúa la regla 4.^a del artículo 61, la Administración penitenciaria esté llena de inquietudes y animada de un espíritu progresivo que ha conducido incluso a que desaparezca la palabra «prisión» de la nomenclatura penitenciaria. La primera de las cuatro escalas graduales en que se agrupan las penas ha perdido por ello su sentido, pues lo único en que se diferencia de la segunda es en que contiene las penas de presidio, desaparecidas las cadenas que hasta 1932 figuraban también en la primera escala. Es obvio que las escalas deberían ser reducidas a tres. Y la misma evidencia tiene el que la variopinta terminología de las reclusiones y prisiones no responde a diferencias de contenido, pues lo que decide el establecimiento en que ha de cumplirse la pena no es la índole de ésta, sino la del delincuente previo un período de observación y clasificación. Igualmente parece que debería retornarse a la clasificación tripartita en delitos graves, menos graves y faltas, abandonando la bipartita que se instauró en 1932 por razones puramente teóricas, porque la división de los delitos en función de la gravedad de las penas está al servicio de la índole del procedimiento que ha de seguirse para su comprobación y castigo; la Ley e Enjuiciamiento criminal ha venido a restablecer ya la tripartición sin correlato en el derecho sustantivo por ahora. No quiero dejar de aludir en este somero recuento de algunos problemas que esperan normas más adecuadas, el tema de la inflación penal: las penas hoy tienen una duración real que no corresponde con su valor facial. La consecuencia es que los tribunales no saben exactamente qué pena imponen, sustraída como está su ejecución a cualquier influencia por su parte. Tampoco debe omitirse una referencia a la cuestión del

perdón judicial: la lentitud en la tramitación de los indultos hace que sean inoperantes cuando las penas son de muy corta duración, con lo que las infracciones de menor gravedad son tratadas, desde este punto de vista, más duramente.

VI

Paréceme que hay que dedicar algunas líneas, en particular a la más importante de nuestras leyes penales especiales: al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945. Tampoco ha quedado inmune a las injurias del tiempo. En su momento fue una obra considerable, cuyo mérito principal, la unificación de las leyes penales por las que han de regirse las Fuerzas Armadas, debe ser reconocido. Pero la fecha de su aparición denota que ha envejecido. La disciplina es y seguirá siendo un interés jurídico digno de la mayor atención por parte del Estado. Más los medios punitivos para mantenerla han sido profundamente innovados después de la segunda guerra mundial. Las penas y correctivos de nuestra ley penal militar no están ya en línea con las concepciones actuales, ni con la experiencia aportada por las contiendas bélicas en los últimos decenios. Algunas instituciones, como la remisión condicional de la pena deberían hallar cabida en los delitos militares. El régimen de las prisiones militares debería modernizarse. Habría que pensar en una reducción grande de los delitos castigados con la pena de muerte como única pena, e incluso en su supresión o considerable reducción para hechos cometidos en tiempo de paz. Y reconsiderar, como ya antes quedó apuntado, las relaciones de alternatividad con el derecho común, así como las cuantías, hoy completamente desfasadas, en infracciones contra la propiedad.

La idea de una reforma de la legislación penal y procesal militar está viva y ha plasmado en proyectos no publicados. Ha de coordinarse con la necesaria reforma de la legislación común para evitar que se reproduzcan las discordancias que surgieron entre el texto refundido de 1944 y el Código de Justicia Militar de 1945, parte de las cuales subsisten. Y para poner fin de una vez al retardo con el que las leyes penales militares siguen, aunque con constancia, las innovaciones de la legislación ordinaria.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal