

Notas sobre la teoría jurídica del delito ante la reforma del Código Penal de 1983 (Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio) y las nuevas perspectivas legislativas (*)

IGNACIO MUÑAGORRI LAGUIA

Universidad del País Vasco

Como aproximación inicial al objeto de este trabajo, y a modo de introducción, puede decirse que el necesario conocimiento de los delitos y de las penas del sistema positivo español será posible si la diversidad de los delitos puede ser comprendida en una teoría general en la que la historia del pensamiento político y jurídico penal, así como la historia de las instituciones jurídicas y políticas, está empeñada desde hace siglos y especialmente desde la presencia del Estado moderno. De la misma manera, la diversidad de las penas encontrará las razones de su existencia y de su movilidad, de su no necesidad, en la medida de la comprensión del marco normativo en el que, con los delitos coexisten, y en la medida en que se conozca la estructuración y justificación de las instituciones de la penalidad del Estado en relación con los diversos espacios y momentos histórico-sociales. Así, estudio de los componentes singulares del delito y de la pena y síntesis histórica, «equilibrios y alternancias entre una concepción analítica y una concepción unitaria» (Fr. Bricola, 1974, p. 8), historicidad y valoración dogmática, relaciones entre orden social, orden jurídico y usos del derecho, para llegar a conocer qué es el Derecho penal, insistiendo que el derecho positivo no puede ser entendido como un dato definitivo, sino como algo que puede ser cambiado y en cuyas modificaciones estructurales el jurista debe cooperar.

Estos planteamientos metódicos arriba indicados se realizan, a su vez, desde el convencimiento y por tanto, el compromiso de que la ley y la pena que castiga su transgresión están estrechamente unidas la una a la otra de manera que el Derecho penal juega, por decirlo llana-

(*) El presente artículo es una parte de la *Memoria* presentada, en mayo de 1984, a las pruebas de idoneidad para el acceso a la categoría de Profesor Titular de Universidad.

mente, el papel del representante del Derecho en general. Se presenta como una parte que reemplaza simbólicamente al todo a pesar del esfuerzo práctico doctrinal de considerarla como «ultima ratio». Y es precisamente una parte en la que la relación jurídica alcanza la mayor tensión y una parte que tiene la capacidad de agredir a la personalidad individual lo más directamente posible (E. Pasukanis, 1976, p. 144). Pero si además, la historia del Derecho penal es la historia del Estado, el empeño democratizador está planteado en el compromiso con las revisiones estructurales, dentro del proyecto de su abolición, paralela, también, a la desaparición del Estado con la progresiva participación libre de los sujetos sociales.

Sirvan pues estos dos párrafos a modo de presentación del contenido de este trabajo que se referirá tanto a aspectos relativos a la Parte General del Derecho penal, referencias a la norma penal y a los elementos fundamentales del delito y de la sanción, como a contenidos concretos de la llamada Parte Especial, a la vista de la reforma operada en el Código penal en junio de 1983 y a la vista también, de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal elaborada por el Ministerio de Justicia, sin pretender una exposición exhaustiva de todas y cada una de las instituciones del Derecho penal.

En primer lugar, se hará una referencia a la *norma penal* en su doble vertiente de Derecho penal objetivo y subjetivo, así como a las vías metódicas para su conocimiento. El Derecho penal objetivo se entiende como conjunto de normas que disponen de una determinada estructura y cumplen específicas funciones. En cuanto a la norma jurídica, ésta debe ser contemplada desde la triple perspectiva de norma, de norma jurídica, y de norma jurídico penal en cuanto incluida en sistemas y subsistemas normativos. Su valoración social y jurídica parece obligada en cuanto hace referencia a los diversos niveles normativos en cuanto modos y «lenguajes» del desarrollo de las relaciones sociales que en su materialidad conflictiva (Fr. Muñoz Conde, 1975, p. 11) ha ido produciendo las formas jurídicas que, a su vez, vienen a incluirse, si bien con la contundencia que les da «la forma-Estado» (A. Negri, 1977), en la propia dialéctica de la historia.

Con referencia a su construcción en cuanto norma jurídica, participa de la estructura lógico formal compuesta de dos elementos: Supuesto de hecho o presupuesto y consecuencia, con un planteamiento hipotético de conexión no necesaria, sino probable, entre ambos elementos en cuanto a su función imperativa de ordenación. Para ordenar que no se produzca el hecho descrito en el antecedente, función normativa, se establece en la norma penal la presencia de una consecuencia dañosa por sí, a pesar de la prohibición, el hecho se produce. Se ordenan determinadas formas de comportamiento, función normativa, y se articula la aplicación de determinadas respuestas en caso de incumplimiento, función normativo penal (S. Mir, 1976, p. 29 y ss.). Juridificación así del orden social transformado normativamente en orden jurídico a través de la articulación del mandato y de la puesta a punto del castigo.

Es este el lugar, al hablar del «ius penale», para tratar de ello es obligado referirse a la *consecuencia jurídica del delito*, si bien posteriormente una vez vistos los rasgos del delito, se volverán a comentar las sanciones penales. Se trata la consecuencia jurídica del delito no sólo como segundo elemento lógico de la estructura de la norma penal, sino también porque la teorización de su función ha sido trasladada a la teorización de la función del Derecho penal. La teoría del delito es inseparable del fundamento y función de la pena porque, en realidad, supone la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena y viene a responder la pregunta de qué elementos deben concurrir en general para que algo sea punible. En este sentido, incluso, la teoría del delito se elaborará también, inseparablemente, de la funcionalidad que se atribuya a la sanción (S. Mir, 1979, pp, 27 y ss.).

Precisamente la fuerza afirmativa del imperativo contenido en el presupuesto, en el mandato, se articula a través del mecanismo de la consecuencia, por la operatividad y certeza de la amenaza. Ha sido en la pena donde se ha centrado el tema de la represión y de la prevención unido al problema del fundamento del derecho a castigar. Hablar de los objetivos atribuidos al Derecho penal ha consistido en hablar del sistema de penas previsto en la norma en cuanto instrumento «adecuado» para la obtención de tal fin. Es la perspectiva de la eficacia de la intervención penal del Estado que articula instrumentos de control, de represión o prevención, útiles para conservar o reproducir afirmativamente su sistema de valores, su forma de proteger bienes jurídicos, autoafirmando su proyecto social. Es el uso calculable del castigo, su racionalización en cuanto proporción entre delito y castigo, la certeza contra la posiblemente indiscriminada extensión de su uso, esto es, la precisión del aparato represivo contemplado desde la eficacia del fin de prevención, de control, en cuanto que el castigo por ser cierto y seguro es funcional (I. Muñagorri, 1983, p. 150) al orden imperativamente exigido. Y al tratar el tema de la pena como consecuencia jurídica es ineludible tratarla en relación con su constitucionalidad, con su carácter de prevención, respecto a las dos opciones que se plantean sobre si el sistema de reacción estatal frente al delito debe ser monista o dualista (G. Quintero, 1980, pp. 571 y ss.) esto es, sistema de sanción única o sistema diferenciado entre penas y medidas de seguridad, problema que se plantea no sólo desde la perspectiva teórico jurídica sino que es de una enorme importancia político criminal. En base a la finalidad atribuida por la Constitución a penas y medidas de seguridad, así como la presencia y el contenido de la Ley Orgánica General Penitenciaria (E. Octavio de Toledo, 1981, pp. 294 y ss.), la opción debe plantearse, en todo caso, en la dirección de reformar en la norma y en la práctica de la ejecución los principios limitadores de la intervención penal (proporcionalidad, taxatividad, mínima intervención...) en cuanto principios de protección de garantías (Fr. Muñoz Conde, 1983, pp. 234 y ss.), lo que lleva, en el ordenamiento español, al rechazo de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

Sería incompleta una comprensión del Derecho penal objetivo en cuanto conjunto de normas, si no se conociese lo referente a quién las hace y quién las aplica, así como qué razones tiene para ello y qué límites. De «fórmula tan expresiva como cargada de problemas» califica Jiménez de Asúa al *ius puniendi*, pues superado el origen privado del Derecho penal, remite a la institución del Estado (G. Quintero, 1976, pp. 30 y ss.) y con ello, además de a los modelos constitucionales que adquiera, Estado social y democrático de Derecho en el artículo 1, 1.º de la Constitución, a su verdadero carácter y función histórica. Debe tenerse en cuenta que Estado y poder público son también instituciones de la sociedad, y, su funcionamiento, en cuanto forma específica de comportamiento social, se propone alterar o estabilizar mediante el uso del poder la estructura de la sociedad (N. Abendroth, 1973, p. 8). Negada pues la separación entre Estado y sociedad civil, así como lo que a veces se mantiene entre legalidad y ética social, el problema se referirá fundamentalmente a los límites del poder punitivo del Estado, entendido como ejercicio de una potestad (G. Quintero, 1976, p. 38), límites que si bien básicamente pueden resumirse en un Estado de Derecho en la vigencia del principio de legalidad (fijación del límite de garantía en el artículo 1 C. p.), en su remarcable dimensión material, deben ampliarse en el Estado social y democrático de Derecho en que la naturaleza subsidiaria y fragmentaria del Derecho penal, reducido a la mínima intervención ineludible, su ejercicio exclusivamente para proteger bienes jurídicos, bienes como más tarde se verá remiten a su presencia social, la proporcionalidad entre delito y pena al atribuir penalmente un hecho a su autor (E. Octavio de Toledo, 1981, pp. 334 y ss.), son rasgos que históricamente va exigiendo el proceso de democratizador que afecta a la historia y al desarrollo material del principio de legalidad. Recogido este principio en el ordenamiento jurídico penal en el artículo 25,1 de la Constitución y en el Código penal en su cuádruple dimensión, criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución; se critica por la doctrina la presencia aún de preceptos que describen el comportamiento delictivo con gran confusiónismo, la utilización de conceptos que impiden una segura delimitación de la materia de prohibición, o la presencia de extensos marcos penales que permiten al juez un arbitrio excesivo, en perjuicio todo ello de la obligada taxatividad y de la rigurosa división de poderes. Esta crítica se hace aún más severa, como se ha dicho, ante la presencia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social que prevé la imposición de medidas a sujetos declarados peligrosos sociales por simples estados o situaciones personales, sin exigencia de previa comisión de un delito ni referencia a la probable comisión de delitos en el futuro (Fr. Muñoz Conde, 1981, pp. 189 y ss.). Su función de garantías de derechos, limitadora de la potestad punitiva, se manifiesta en el monopolio de la Ley como fuente del Derecho penal, manifestación especialmente importante desde las perspectivas de la capacidad punitiva que contiene el Derecho penal, y de la exigencia democrática, en la imposibilidad de la doble sanción por los mismos hechos, en la irretroactividad de

las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos. En relación con la interpretación de la ley, el principio «*in dubio pro reo*», en cuanto principio de política procesal, aún no teniendo una concreción legal en nuestro ordenamiento procesal, puede claramente derivarse de la primacía de determinados valores como el de la libertad en nuestro ordenamiento jurídico, contemplándose la analogía de los preceptos que favorezcan al reo en el artículo 4 del Título Preliminar de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal.

Debe hacerse referencia a la exigencia de *cientificidad* en el conocimiento del objeto, para lo que, partiendo tanto de la forma como del contenido de los preceptos legales, de su consideración como hecho y como valor, como argumentos jurídicos y como decisiones políticas, en su presencia en el ordenamiento y en su práctica, en su propia experiencia, pueda comprenderse lo más exactamente posible qué es el Derecho penal. De ahí que junto a la dogmática en cuanto sistematización e interpretación crítica del Derecho penal, sea obligada la referencia a la política criminal, a la criminología y a vías de integración de las diversas direcciones metodológicas que se dirigen hacia el mismo objeto ante la necesidad de romper con la ideología de la separación y recuperar la categoría de la totalidad para una comprensión y teorización del sistema penal en su conjunto. Una alusión especial se hará a la *criminología* porque desde sus orígenes etiológicos nos encontramos que la politización de la filosofía social y de las ciencias humanas en general en la última década, politización que ha alcanzado incluso a las ciencias naturales, hace cada vez más difícil sostener la noción de que la criminalidad constituye una cualidad de la conducta monopolizada por un sector estrecho de la clase baja, una conducta que se extirpa de nuestra experiencia cotidiana por elementos externos. La «dominación legal» ha obligado a los criminólogos a enfrentarse a una problemática mucho más compleja, motivada, por ejemplo, por el hecho de que la población con riesgo de criminalización es mucho más indefinida y amplia, y asumir responsabilidades que en momentos anteriores les eran ajenas como la de la evaluación de las normas legales de una sociedad que criminaliza actividades surgidas de la contradicción de su economía política (I. Taylor, P. Walton, I. Young, 1977, p. 16), o el proyecto de construcción de un conocimiento crítico de la cuestión criminal que puede proponerse en términos positivos como ciencia de las transformaciones y de la liberación (M. Pavarini, 1983, p. 15). En este sentido, incluso más allá del conocimiento del objeto, parece obligada la integración del conocimiento criminológico en el estudio del Derecho penal precisamente en la perspectiva, ya indicada, desde la que se contempla el futuro del Derecho penal y del Estado.

En relación también con la perspectiva criminológica la contemplación histórica de las relaciones sociales y del Estado parece imprescindible especialmente desde los orígenes del Estado liberal y sus antecedentes inmediatos porque es precisamente cuando surge el proyecto jurídico que va a construir el Estado y el Derecho penal moderno. Supone una nueva racionalización del espacio social y del ejercicio del

poder del Estado en base a los intereses de nuevas formaciones sociales que se presentan con vocación de permanencia homogénea. Es sobre el conjunto de las prácticas sociales, prácticas políticas, ideologías, que componen una formación económica social históricamente determinada, con los rasgos histórico culturales de cada específica sociedad, sobre la que se construye un proyecto tendencialmente global de sociedad, que describe un modelo para todo el espacio social. Este proyecto se califica como jurídico porque es construido a través del derecho, el derecho aparece en el corazón del nuevo proyecto social liberal, se concretará en fórmulas jurídicas positivas y se convertirá en Código como espacio y metáfora del proyecto social total, como «expresión triunfante» de la nueva hegemonía (P. Costa, 1974, pp. XXII y ss.). La enorme importancia actual radica en que a pesar del desarrollo de sus propias contradicciones y del desarrollo de nuevos sujetos sociales, las relaciones básicas internas a la formación económica social de la que surge permanecen fundamentalmente iguales.

A continuación se inicia la exposición de los elementos fundamentales del delito, sobre los que se va a ir señalando su problemática vinculada al estado actual de la legislación penal al considerar la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio no una mera innovación aislada sino el anticipo de una nueva concepción positiva penal (E. Gimbernat, 1983).

El contenido del *reformado art. 1.º* que suponía la fijación del límite de garantía, como se ha dicho más arriba, suponía también una definición legal controvertida, calificada incluso de perturbadora (G. Quintero, 1983, p. 23) del delito en el derecho español a causa de la presencia del término «voluntarias» atribuido a las acciones y omisiones. Al margen de las diversas posiciones sobre la interpretación de la palabra «voluntarias», un intenso empeño doctrinal se dirigió a reducir las repercusiones que el concepto de voluntariedad suponía para la responsabilidad objetiva en el deseo de atribuir tanto al término «voluntarias» como al concepto de voluntariedad un contenido de garantía frente a la concepción del Código. Piénsese que la presencia frente al artículo 1.º, de los artículos 8,8 y 50 contemplaban la responsabilidad objetiva por la que quien voluntariamente realizaba un hecho delictivo podía responder penalmente de todas las consecuencias causalmente vinculables al mismo aunque no fuesen ni queridas ni previstas («*versari in re illicita*» en relación con el *actuar doloso*) e incluso que quien realizaba un acto ilícito podía responder a título de culpa de las consecuencias de dicho acto («*versari in re illicita*» en relación con la imprudencia) que podía derivarse del artículo 64 (G. Quintero, 1983, pp. 24 y ss.).

Esta breve referencia a la situación anterior al Código tiene una especial importancia porque nos remite a la trascendencia que la ley tiene para el contenido y límites de cada elemento del concepto jurídico de delito, remite especialmente a las interpretaciones para una mejor determinación de la tipicidad en relación inseparable con los otros elementos del delito (G. Quintero, 1981, p. 70) y en la perspec-

tiva político criminal a la necesidad de corregir una «injusta extensión del ámbito de lo punible» (J. Córdoba Roda, 1972, p. 13).

El nuevo art. 1.º ha supuesto la expulsión del Código penal del «*versari in re illicita*», la supresión; por tanto, del concepto de responsabilidad objetiva. Exige la nueva redacción que el delito sólo satisface su tipo subjetivo cuando concurre dolo o culpa respecto al hecho y su párrafo segundo, para los delitos calificados por el resultado, con la parcialidad de la reforma que no ha intervenido sobre los preceptos de la Parte especial que contienen estructuras de responsabilidad objetiva, exige comprobar que respecto a los resultados causalmente unidos al acto pero no queridos, ha habido por parte del autor ausencia del cuidado debido y desatención a lo que pudiera decirle la capacidad de prever, para que, en todo caso, termina reiterando el artículo 1.º; se responda «al menos por culpa».

Estos contenidos del artículo 1.º nos remiten, como decía antes, a las interpretaciones para una mejor determinación de la *tipicidad*, pues el tipo del injusto supone, en definitiva, la sustancia de lo punible. Su problemática es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar (E. Gimbernat, 1971, p. 277), lo que lleva a plantear el problema, más allá de una explicación simplemente formal como la de afirmar que el injusto es la conducta prohibida según el ordenamiento jurídico, en la base misma sobre la que se construye y explica el tipo de injusto (J. Bustos, 1974, p. 24), lo que lleva a su vez a plantear el problema de la *antijuridicidad* y el del *bien jurídico* penalmente protegido, en cuanto su ataque supone el contenido de la antijuridicidad en relación con el comportamiento humano como objeto de referencia de la antijuridicidad.

Durante mucho tiempo el tipo penal ha sido concebido de tal manera que prácticamente consistía y se agotaba en la *causalidad* del resultado típico por una acción (E. Gimbernat, 1976, p. 91). Dogma causal y acción, resultado del auge de las ciencias naturales y del positivismo en el siglo XIX estaban en la base de esta concepción de la estructura del delito señalada por v. Liszt y básicamente se ha ido manteniendo en las aportaciones valorativas de Mezger y en las finalistas en cuanto que la anteposición de fines se funda sobre la experiencia causal y la realización de la acción sobre la dirección del proceso causal (J. Bustos, 1982, p. 16). Actualmente se ha relegado el problema causal calificado como metafísico en relación con el nivel normativo en el que preferentemente opera el legislador y este cambio que se ha producido en la doctrina penal también se ha dado en otros campos de investigación. Parece oportuno hacer una remisión en este momento a la necesidad de integración de la que se habló al tratar de la Criminología porque también en ella se ha dado un salto cualitativo que separa la nueva de la vieja criminología, que consiste sobre todo en la superación del paradigma etiológico, que era el paradigma fundamental de una ciencia entendida naturalísticamente como teoría de las causas de la criminalidad (A. Baratta, 1977, p. 2). La evolución de la criminología, en relación con el desarrollo de la investigación social, sirve pues

como referencia también para la comprensión actual de la causalidad en el Derecho penal y para comprensión de la estructura del tipo.

Investigaciones que se realizan actualmente en criminología sobre conductas desviadas y control social considerando las formas y el conjunto de las relaciones sociales y la implicación del Estado en la determinación de comportamientos sociales, no sólo permiten nuevos modos de análisis sino que suponen una superación del individualismo que cargaba las viejas concepciones etiológicas. De la misma manera la doctrina penal también va superando herencias individualistas del liberalismo clásico dentro de la elaboración sistemática que intenta la generalidad de los problemas de la *tipicidad* y puede conectar relación social y acción típica, relación social e injusto penal, a través del *bien jurídico*. En el bien jurídico se recoge la movilidad del interés protegido penalmente, la posición social de los sujetos, su vinculación entre ellos y los intereses, sus mutuas relaciones, dentro del desarrollo histórico de lo social y en este sentido nos permite comprender el porqué del injusto, el fin de determinación que cumple el tipo penal y su validez, el porqué de la atribución de una acción al tipo dentro de la relevante significación del interés que se protege; ofrece la función garantizadora que contiene el tipo de indicar qué y porqué se protege y, por lo tanto, puede castigarse y ofrece, también, la función material de dar contenido a la tipicidad y a la antijuridicidad.

De esta manera el problema del contenido de la *tipicidad* consiste en determinar qué acciones son atribuibles a un tipo, determinación que se hace desde el bien jurídico a proteger, que es donde está implícita una dimensión social del comportamiento, y, al referirnos al comportamiento necesariamente queda afectado su aspecto subjetivo, lo que a nivel dogmático se conoce por *dolo* y *culpa* (J. Bustos, 1982, pp. 33 y ss.) que así se integra en el tipo. Pensemos que el tipo tiene una función motivadora, en él se incluyen todos los elementos que componen la descripción de la conducta cuya no comisión se pretende. Si se quiere evitar una conducta intencional, se tipifica, se amenaza con una pena, siendo el dolo un elemento esencial de la conducta prohibida. Si además el legislador quiere reforzar la protección del bien jurídico y tipifica, amenazando con una pena, también su lesión imprudente, se ampliará el campo de los comportamientos que no interesa que se realicen, motivando el no actuar tampoco con negligencia o, dicho de otro modo, garantizando que si el comportamiento es diligente podrá estar seguro de que no va a ser castigado, ni por tipo doloso ni por tipo imprudente (E. Gimbernat, 1976, pp. 93 y ss.).

Otros problemas de la tipicidad discutidos por la doctrina como el de la *preterintencionalidad* o los relativos a la ausencia de tipicidad, caso fortuito y error de tipo han recibido una importante clasificación por la Reforma de 1983. Haré una breve referencia a ellos. La preterintencionalidad respondía al principio de responsabilidad objetiva por lo que el autor respondía a título de dolo sin que hubiese intención e incluso sin posibilidad de preverlo. Podía darse en su caso una reducción de la pena en aplicación del artículo 50, o de la circuns-

tancia atenuante cuarta del artículo 9.º, pero, en virtud de la presencia de los artículos 8,8, 50 y 64, así como la anterior redacción del artículo primero obstaculizaban los esfuerzos doctrinales para ofrecer interpretaciones limitadoras de la responsabilidad objetiva.

Con la nueva exigencia del artículo 1.º, con la nueva fórmula del caso fortuito contenida en el artículo 6 bis b) y con la derogación de los artículos citados se ajusta la preterintencionalidad a las interpretaciones ya ofrecidas doctrinalmente de concurso de delitos entre dolo y de imprudencia cuando a un comportamiento doloso le sucede un resultado previsible y evitable o simplemente una declaración de fortuito si el resultado final fuese imprevisible.

Con referencia al *caso fortuito*, habiéndose dejado sin contenido el artículo 8,8, el legislador ha introducido el nuevo artículo 6 bis b), que ya por su situación sistemática en el Código revela su carácter de límite y no de exención de responsabilidad a la intervención penal (G. Quinteró, 1983, p. 64). De la misma manera, al desaparecer en su nueva redacción el requisito de licitud que originaba situaciones insostenibles desde la perspectiva de la defensa de garantías y político-criminales, las posibles consecuencias fortuitas, sin dolo ni culpa, en el transcurso de un hecho delictivo podrán ser calificadas pacíficamente como tales. En todo caso, a pesar de la posible redundancia de la nueva fórmula del artículo 6 bis b) con el nuevo artículo 1.º, no sólo razones de tradición legislativa, sino exigencias de comprensión de su naturaleza jurídica, así como de sus caracteres positivos, avalan la oportunidad de la introducción del nuevo artículo 6 bis b).

En relación con el *error de tipo*, la Reforma de 1983 ha introducido el nuevo artículo 6 bis a) que en sus párrafos incluye tanto el error invencible de tipo como el error invencible sobre elementos accidentales agravantes del tipo, párrafo primero, y el vencible de tipo, párrafo segundo, conteniendo una solución coincidente con las propuestas doctrinales. En el caso de error sobre un elemento esencial del tipo o agravación, si es invencible desaparece tanto el dolo como la imprudencia así como la apreciación de la agravante. Si es vencible desaparece el dolo y permanece la imprudencia si es que para ese tipo el legislador amenaza con una pena su comisión imprudente. Con referencia al error de prohibición se remite su exposición a un momento sistemático posterior.

A la vista de lo señalado respecto al contenido del tipo, con especial referencia al bien jurídico en cuanto remite a su materialidad y con ella a su realidad y significación social, a su «legitimidad», se hace especialmente difícil la diferenciación entre tipicidad y *antijuridicidad*. Piénsese que en la previsión normativa penal se sitúa, dentro del proceso de criminalización, el momento de la criminalización primaria (M. Pavarini, 1983, pp. 124 y ss.) que aún no agotando la complejidad de los procesos de criminalización, supone, sin embargo, un momento y contiene una función especialmente relevante. Como tal momento de criminalización implica ya un contenido desvalorativo de la conducta prohibida (J. M. Gómez Benítez, 1983, p. II) precisamen-

te en razón de la protección del bien jurídico cuya lesión se prohíbe. Pero precisamente el desvalor jurídico penal exige algo más que meras desvalorizaciones sociales no necesariamente coincidentes, exige su constitucionalización, exige en todo caso que el Estado decida, en derecho, qué es lo que quiere, porque puede prohibir frente a todos y decidido esto, qué es lo que no quiere combatir, aunque podría hacerlo (E. Gimbernat, 1976, p. 114). De aquí la dificultad de separar la antijuridicidad de la tipicidad en cuanto que las causas de justificación no suponen tanto excepciones a la prohibición general sino que coinciden en la propia razón de la prohibición, como es el interés o necesidad ético-social del bien protegido, que en determinados casos de conflicto se formula, respecto a una de las partes del conflicto, en negativo, como se comprueba en los supuestos de legítima defensa y estado de necesidad.

Si en la tipicidad hemos visto lo referente a la imputación objetiva a un autor de la descripción típica, en la *culpabilidad* se investiga la imputación subjetiva. Si en la tipicidad, en base a sus elementos tanto objetivos como subjetivos se establecían las condiciones para poder realizar un juicio de desvalor objetivo, en tanto se produjesen tales condiciones, en la culpabilidad se trata de ver las condiciones para que el juicio de desvalor pueda particularizarse en concreto a un autor singular y, por tanto, entra su problemática en la capacidad de atribuidad de este juicio al autor particular, en la necesidad de que el sujeto sea imputable y haya conocido o podido conocer la antijuridicidad de su hecho para que se le pueda imponer una pena. De todas maneras, la referencia a la culpabilidad, siendo necesaria para la comprensión de la teoría del delito, ha sido especialmente discutida por los diversos sentidos que se le han dado. Una idea de culpabilidad entendida como la posibilidad de actuar de un modo distinto a como realmente se actúa, idea que remitía en el fondo a la idea de «libre albedrío», aunque se atribuyesen formulaciones normativas, ha sido calificada insistentemente por un amplio sector de la doctrina como una ficción imposible de comprobar y, por tanto, inadmisibles (Fr. Muñoz Conde, 1981, p. 23), porque no se trata de hacer juicios de reproche moral, sino de establecer los fundamentos político-criminales que están en juego en la imputación a título de culpabilidad, no se trata pues de cuestiones metafísicas, sino de mecanismos de solución de conflictos sociales y en última instancia se trata de profundizar en los límites de la intervención punitiva (G. Stratenwerth, 1980, p. 25) que puede resultar innecesaria e injustificada en base a las condiciones del autor en relación con su socialidad. Es desde esta perspectiva desde la que se pueden comprender los casos que afectan al significado antijurídico del hecho por parte del autor.

También en estos casos señalados y otros que afectan a la imputación a título de culpabilidad, la reforma del Código penal de 1983 contiene aportaciones.

Concretamente se ha añadido un nuevo párrafo tercero al artículo 8,1 que permite sustituir el internamiento contenido en el párrafo se-

gundo, cuando sea innecesario en los casos de enajenación y trastorno mental, por otras medidas en la orientación constitucional de las penas y medidas de seguridad y en una tendencia a corregir, por razones de seguridad jurídica, la indeterminación en la duración del internamiento, corrección que no ha satisfecho las exigencias de seguridad jurídica. Asimismo, la anterior fórmula del artículo 8,3 que exigía «carencia absoluta de instrucción» reducida a los sordomudos, ha sido modificada, expresándose en la nueva redacción el fundamento personal de la inimputabilidad a través de las fórmulas «alteración de la percepción» y alteración grave de la «conciencia de la realidad», posibilitándose también la posible sustitución del internamiento por las medidas señaladas para los supuestos de enajenación y trastorno mental transitorio. Pero si desde el punto de vista de la delimitación del contenido de la inimputabilidad en el supuesto de comisiones delictivas, la Reforma de 1983 ha supuesto un avance respecto a la situación anterior, sin embargo, y ante la presencia de las medidas de seguridad se exige una especial atención para que la sustitución del castigo por el «tratamiento» no suponga un daño para los derechos del afectado mayor que el que la pena contenía (Fr. Muñoz Conde, 1982, p. 134). Puede verse cómo aún perviven fórmulas en que la duración de determinadas medidas queda sin determinar, pudiéndose así darse respuestas penales al inimputable mucho peores que las que requeriría el imputable o el semiimputable (G. Quintero, 1983, p. 82), figura esta última que la Reforma de 1983 ha modificado al introducir un nuevo párrafo en el artículo 9,1, limitando el tiempo máximo de duración de la medida en un sistema de reacción penal unificada y de intervención mínima que superpone la libertad a la posible intervención penal innecesaria.

Debe señalarse que la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal elaborada por el Ministerio de Justicia, contempla la eximente de enajenación y trastorno mental transitorio en su artículo 22,1 y la alteración grave de la conciencia de la realidad en el mismo artículo en su número 4. Para los sujetos de tales eximentes que hubiesen cometido un delito, el artículo 95 y el artículo 97 de la Propuesta, respectivamente, limitan la duración de las medidas de seguridad al tiempo que hubiere durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiese sido declarado responsable, así como se establece la posible sustitución de dichas medidas por otras no privativas de libertad. También en relación con el principio de intervención mínima debe hacerse una referencia a la reforma en la figura de la minoría de edad, que mantiene el límite de edad del artículo 8,2 como criterio político-criminal y suprime la excepción de competencia de los Tribunales Tutelares de Menores que permitía confiar al menor, en determinados supuestos, a la autoridad gubernativa para que adoptase las medidas de seguridad autorizadas por la legislación, lo que ha supuesto una adecuada corrección, pues además de que no existiesen tales medidas de seguridad, se concreta el contenido constitucional de prohibición de la Administración civil de imponer sanciones penales.

Por último, en cuanto a la significación de la antijuridicidad, se

hará una mera referencia al error de prohibición en la Reforma de 1983. En el supuesto en que el error sea invencible, último párrafo del artículo 6 bis a), «creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente», esto es, si desconoció el autor la antijuridicidad del hecho que realizaba y tampoco pudo haberla conocido, desaparece la responsabilidad criminal. En el supuesto de que el error sea vencible, si pudo haber conocido la antijuridicidad, el legislador remite a lo dispuesto en el artículo 66, lo que permite a los Tribunales reducir la pena en uno o dos grados de manera similar a lo que ocurriría si se diese una eximente incompleta, es decir, hay una atenuación privilegiada de la pena que viene indicada normativamente a los Tribunales.

Se pasará a continuación a exponer la *teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, no sin antes insistir que este recorrido, no exhaustivo, por las condiciones generales de lo punible, ha obligado a centrarlo en los elementos más importantes de la teoría del delito, omitiendo, a veces, el desarrollo de esos elementos y otros aspectos, como el de las formas imperfectas de realización del tipo de delito; los problemas de la autoría, entre lo que es destacable la responsabilidad personal de quien actúa como directivo u órgano directivo o en representación legal o voluntaria de una persona jurídica en la que concurren las cualidades exigidas por el tipo, artículo 15 bis C. P.; las referencias a los elementos accidentales del delito con la notable corrección que ha supuesto la supresión de la multirreincidencia o los problemas relativos a la unidad y pluralidad de delitos.

Ya al principio se vinculó teoría del delito y teoría de la pena, porque presupuesto y consecuencia van invariablemente unidos en la estructura y presencia de la norma y porque esta unidad está presente en la razón de ser de la norma penal a la que el Estado desea funcionalidad. Si precisamente la teoría del delito aporta los presupuestos de la pena, la atracción que la pena realiza sobre la teoría del delito es inevitable y el sentido que se atribuya a la pena, sus funciones, su finalidad, será obligada para la construcción de la teoría del delito y para la delimitación del marco de la intervención punitiva del Estado. Dada esta vinculación, las referencias dogmáticas y político-criminales que se han hecho al tratar la teoría del delito, han ido indicando las perspectivas desde las que se plantean los problemas de la pena. Junto a ello debe hacerse una referencia a la fase de la ejecución que debe considerarse de especial importancia. Si lejos de concepciones absolutas pensamos en una concepción de la pena en relación con la forma de Estado, el momento de la ejecución, también como especial momento de control, nos muestra la pena en su experiencia y nos permite comprobar la funcionalidad práctica que la pena, amenaza de la certeza de su aplicación, ha producido y produce una vez de que se aplica. Los resultados que produce debemos conectarlos, a su vez, con su fundamentación jurídico-penal, su «legitimación» y con sus repercusiones sociales, en cuanto que la pena ha sido y es el instrumento más contundente en el control y solución penal de aquellos conflictos sociales que el Estado ha juridificado penalmente y en cuya aplicación, a tra-

vés de sus instituciones, ha afirmado, persuasivamente, la pretensión hegemónica de su proyecto social en el conjunto de la sociedad.

La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal, al igual que sucedía en el Proyecto de 1980, no contiene en su articulado ninguna referencia al fundamento de la pena. Sin embargo, el artículo 25,2 de la Constitución unifica el fundamento de la pena y de la medida de seguridad estableciendo que deberán estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social del delincuente. Asimismo, el artículo 1.º de la Ley General Penitenciaria atribuye la misma finalidad primordial a las instituciones penitenciarias que regula y también en la Introducción a la Propuesta de Anteproyecto se motiva el sistema de penas que contiene en razones de prevención general y especial. Tales elementos deberán a su vez encuadrarse en el contenido del artículo 1.1 constitucional que configura al Estado como «social y democrático de derecho». Al Derecho penal que se contiene en esta fórmula de Estado, que puede considerarse como un momento avanzado del desarrollo del Estado liberal en el proyecto de superación de las contradicciones básicas sobre las que el clásico estado liberal se construyó, se le atribuyen respecto a la pena una función preventiva en cuanto exigencia de su política social que exige una protección efectiva de los bienes sociales, así como exige, por su atributo democrático, limitar su actuación en un marco que garantice que la prevención sería realmente en beneficio y bajo el control de todos los ciudadanos (S. Mir, 1980, pp: 114 y ss.).

Los problemas de fondo pueden plantearse a partir de contemplar el Estado social y democrático de Derecho, no como una fórmula claramente diferenciada en su materialidad de los llamados Estados liberales o Estados autoritarios. Ya se ha dicho al comienzo que también el Estado participa en el conjunto de la sociedad y sus instituciones en el conjunto de las actividades sociales y que es en el conjunto de los comportamientos sociales en donde se va perfilando la estructura de cada sociedad, sus formas de relación. Con ello, no sólo se evita una concepción ahistórica y mecanicista del Estado y de la sociedad en su conjunto, sino que permite contemplar el Estado no tanto como aparato, sino como proyecto en el conjunto del proyecto social. También se ha dicho que los comportamientos sociales se producen no pacíficamente sino de una manera conflictiva en razón de las posiciones que los sujetos ocupan en las relaciones sociales y en ese sentido también el Estado ocupa determinadas posiciones en las relaciones conflictivas, esto es, carece de neutralidad, y además en cuanto específica forma política contiene, como poder, una especial capacidad de intervención social, especialmente contundente en su proyección hegemónica, esto es, con pretensión centralizadora de todo el espacio social, agudizada históricamente con la progresiva concentración económica.

Es en esta perspectiva conflictiva en la que también se presenta la forma de «Estado social y democrático de Derecho», desde la que se plantea el problema de la prevención «en beneficio y control de todos los ciudadanos». La alternativa, que también será conflictiva, si

pretende profundizar en el carácter de lo social y en la vía democrática deberá plantearse la reapropiación de lo social y con ello de lo jurídico, ampliando las limitaciones al poder del Estado en el desarrollo material de los principios de garantía para que tras la forma de norma abstracta e igual se compruebe la realidad desigualitaria y conflictiva de los bienes, la práctica de los procesos de criminalización, y se posibilite una mayor autonomía de ámbitos sociales respecto a la programación centralizadora. En este sentido, ante la realidad conflictiva del proyecto-Estado pueden comprenderse las críticas realizadas a la fundamentación de la pena en la prevención, porque si no es posible hablar en el Estado actual de una distribución igualitaria ni tampoco de posiciones iguales en cuanto a la disponibilidad de la producción, resulta difícil justificar una prevención de bienes sociales, o una prevención especial dado que los conceptos centro u orden, y margen o desviación no tienen sustentación material sino ideológica. Así se entiende también la ideología resocializadora (Fr. Muñoz Conde, 1980, pp. 79 y ss.) y se pueden contemplar las contradicciones latentes en el sistema de sanciones que pueden ejemplarizarse en los siguientes datos: La crisis y la crítica de la pena privativa de libertad ha supuesto, entre otras alternativas, intentos de reducir su tiempo máximo de duración, ser sustituida incluso por otras formas de sanción, como la multa, para supuestos de penas cortas (art. 83 Propuesta de Anteproyecto) inferiores a dos años o potenciar otras acciones como las medidas de seguridad. A la vez, inicialmente como problema de régimen, se potencian los departamentos especiales que suponen una clara negación de la orientación constitucional y en su materialidad cotidiana niegan toda proporcionalidad y contradicen el principio de mínima intervención, o la pena de multa, que aunque su criterio de determinación (art. 45,2 Propuesta de Anteproyecto) dentro del marco señalado en el tipo sea exclusivamente la situación económica del reo, producirá situaciones diversas en razón de las diversas capacidades económicas de los sancionados que, y en relación con el arresto sustitutorio, supone una simbólica valoración económico-política de la libertad teniendo en cuenta la propia dinámica de acumulación del capital, o, por último, las medidas de seguridad que aún sometándose a exigencias formales, pueden suponer una importante ampliación del control penal del Estado respecto a zonas personales y sociales que antes no alcanzaba.

Con esto quiere mostrarse que, en todo caso, *la pena* es la respuesta que se da a la comisión del delito. Que con ella el Estado reafirma el sistema de valores que se contiene tanto en la norma penal como en la aplicación de la norma, así como reafirma su carácter de fuerza en cuanto capacidad coercitiva de mantener en la práctica social su presencia dominante y su proyecto, y que va a ser la evolución histórica y el cambio de formas que tome el Estado en el conjunto de la evolución social la que modifique las formas y los fines de las respuestas penales. De ahí pueden comprenderse las contradicciones señaladas por la existencia, por un lado, de la forma Estado, que por sí mismo necesita controlar, en cuanto su presencia demuestra la inca-

pacidad social de autoorganizarse pacíficamente y, por otro, los intentos, también presentes en Derecho penal, de transformación social hacia formas más autónomas de organización, modificando las direcciones político-criminales y ampliando los límites de la intervención penal.

Finalizadas estas reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito y con ellas lo referente a la Parte General del Derecho penal, pasaremos a exponer lo relativo a la *Parte Especial*, cuyo contenido, compuesto por los delitos en particular, permite no sólo el conocimiento de los tipos penales y su correspondiente sanción, sino el conocimiento y sistematización de la teoría jurídica del delito y la sanción en su complejidad.

Se ha visto al tratar de la tipicidad la relevancia que se le ha atribuido al bien jurídico protegido como elemento nuclear del delito. De ahí se deriva la obligada y especialmente atenta observación de los bienes jurídicos concretos presentes en los delitos en particular, su situación y su significación social de cara a su relevancia y los criterios de política jurídica que actúan históricamente sobre ellos, lo que vendrá a condicionar su más o menos acentuada protección penal. No puede olvidarse que la consideración del Derecho penal como última «ratio», el principio de mínima intervención, obliga en primer lugar a un progresivo igualitarismo en la producción y distribución de bienes sociales y obligan a diferenciar la modalidad e intensidad de su protección (J. Bustos, 1982, p. 85) social y jurídica. Con ello, lo que se plantea, en relación también a lo dicho al tratar la Parte General, es que en la determinación de lo penalmente injusto también debe tenerse en cuenta la movilidad histórica, las posiciones que se ocupan en los tipos de relación social, las decisiones de política jurídica de todos los sujetos sociales, incluido el Estado, y las direcciones y criterios de criminalización, tanto en las decisiones de política criminal como en la práctica que resulta de las distintas instancias, institucionales o no, que participan en los procesos de criminalización. Y esto tiene especial relevancia ante un ordenamiento penal como el español en vías de obligada transformación y en el que se han detectado, por un lado, una cierta inestabilidad formal, y por otro, determinadas constantes como la especial protección del Estado frente a los ciudadanos, una arcaica concepción de la moralidad, una desmesurada protección penal de la propiedad privada, la extensión generalizada de la protección de los delitos imprudentes, los supuestos de responsabilidad objetiva y la especial dureza de las penas (G. Quintero, 1980, p. 250), que evidencian la necesidad y la profundidad que requiere, en nuestra actual realidad social y política, la reforma del Derecho penal, siendo la reciente Reforma de 1983 un importante inicio.

Como muestra de ello puede indicarse lo que ha supuesto la nueva redacción del artículo 1 y la supresión del artículo 50 en relación, por ejemplo, con el llamado homicidio preterintencional, o, la nueva presencia del artículo 6 bis a) en relación con determinados supuestos que pueden darse en los delitos contra la vida como el del «error in

persona». A título indicativo de las posibles modificaciones futuras, puede verse la clasificación por Títulos de los delitos que se contienen en el Libro II de la Propuesta de Anteproyecto. Comenzando por el delito de homicidio, introduce nuevos bienes jurídicos y finaliza con los delitos contra la paz e independencia del Estado y contra la comunidad internacional con la que trastoca el sistema clasificatorio del vigente Código penal, que, como se sabe, comienza su Libro II con los delitos contra el Estado. Se recoge así en la Propuesta no sólo el contenido constitucional en la relevancia de los bienes a proteger, sino también una tradición crítica de la doctrina penal en un tema como es el de la clasificación de los delitos, que tiene un especial valor expositivo e interpretativo en razón de la preeminencia que se da a los bienes jurídicos penalmente protegidos. Otro importante dato indicativo consiste en la superación de la fórmula unitaria para el delito imprudente optándose por la solución de seleccionar aquellos bienes jurídicos, y no todos, cuya protección se amplía frente a posibles lesiones imprudentes (ej., art. 156 de la Propuesta «homicidio imprudente»). Como último dato puede señalarse el nuevo sistema de penas que contiene la Propuesta de Anteproyecto, del que destaca la reducción de la duración de las penas privativas de libertad con repercusiones en su ejecución, el nuevo sistema de la pena de multa, el catálogo de nuevas medidas postdelictuales en el Título IV y especialmente las formas sustitutivas de la imposición y ejecución de las penas.

De cara a la exposición de la *Parte Especial* se irán relacionando los *bienes jurídicos protegidos* en diversos tipos de delitos y los posibles problemas que se plantean en ellos, desde la perspectiva metódica en la que se ha insistido al tratar el bien jurídico protegido, esto es, integrando enfoques sociales y político-criminales en su conocimiento sistemático jurídico, contemplando el bien jurídico y su protección penal desde una orientación crítico-valorativa que tenga presente el movimiento dialéctico, histórico-cultural, de la materia como unidad dinámica de datos reales y valores (A. Torío, 1983, p. 94). La imposibilidad de una exposición en amplitud y profundidad de cada grupo de delitos en este trabajo obliga a una relación de los rasgos más destacables de ellos en conexión con la Reforma de 1983 y perspectivas futuras.

Se comienza por los delitos *contra la vida e integridad física*, reconociendo, como ya se ha dicho, no sólo los criterios constitucionales que anteponen los derechos fundamentales de las personas sino también una constante doctrina española. Dentro de los delitos contra la vida, además de las repercusiones ya señaladas que se derivan de las modificaciones del Libro I del Código en la Reforma de 1983 en lo referente a posibles errores de tipo y al llamado homicidio preterintencional y la acomodación al artículo 15 constitucional con la supresión de la referencial a la pena de muerte y la acomodación a la legislación constitucional y civil del parricidio, puede hacerse una referencia político-criminal a las figuras de *parricidio*, *infanticidio* y *aborto*. En la Propuesta de Anteproyecto se mantiene la figura del parricidio y

del infanticidio, si bien esta última funda su carácter privilegiado en «las tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento» (art. 142), suprimiendo así el elemento subjetivo de evitar la deshonra de la madre. Estas propuestas legislativas, que se contenían en el Proyecto de 1980, fueron ya criticadas en su momento (G. Quintero, 1980, p. 253), pues respecto al parricidio no se encuentran criterios político-criminales que exijan la incriminación concreta fuera de los tipos reguladores del homicidio y del asesinato y ha sido calificado como ahistórica su presencia en la legislación penal en cuanto tipo apriorístico ajeno a la situación de crisis y de conflictividad que muestra la institución familiar (A. Torío, 1983, p. 93). De la misma manera tampoco parece justificada la pervivencia del tipo de infanticidio, que con la nueva fórmula propuesta puede solucionarse a través de las circunstancias atenuantes.

Especial atención merece el tipo de *aborto* cuya reforma atraviesa singulares vicisitudes político-legislativas. Habiéndose incluido en el Proyecto de la Reforma de 1983 el artículo 417 bis cuyo contenido era básicamente similar al artículo 148 de la Propuesta de Anteproyecto, se articulaba a través del llamado modelo de indicaciones, aunque omitiendo la indicación social, fue sustraído a la Reforma de junio de 1983 y se tramitó como Proyecto ordinario de ley que una vez aprobada ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional, debiéndose, por tanto, esperar para su posible entrada en vigor hasta después de la sentencia. Destacar solamente que frente al contenido, que puede calificarse de absolutista, del recurso de inconstitucionalidad en el que está presente el rechazo de algo tan evidente como la diferencia entre vida humana dependiente e independiente con la negación consiguiente de tratamiento político-criminal diferenciado, amén de otros contenidos, el artículo 148 de la Propuesta, con un sistema de indicaciones que no resulta incompatible con el artículo 15 constitucional (R. Mourullo, 1983, pp. 120 y ss.), aunque limitado al no acogerse la indicación social, supone una parcial propuesta que, aún suponiendo un avance respecto a la situación actual y a la que se contenía en el Proyecto de 1980 no responde a la complejidad de problemas (libertad, situación socio-económico y cultural...) que contiene y puede permitir el que se sigan reproduciendo profundos conflictos que pueden, en gran medida, solventarse con la solución penal del plazo en el contexto de una política criminal más amplia de transformación social.

En relación con la *integridad física*, el problema de la disponibilidad o no de la salud y de la integridad corporal de cara a la admisión justificante del consentimiento en conexión con el tratamiento médico, la Reforma de 1983 ha respondido introduciendo un segundo párrafo en el artículo 428 que contempla la exención de responsabilidad en supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, realizadas legalmente por facultativos con consentimiento libre y expresamente manifestado del paciente que, como se ve, delimita los términos del consentimiento, pero reduce los posibles supuestos. El artículo 157 de la Propuesta, reforzando las condiciones del consenti-

miento «libre, espontáneo y expresamente emitido» no limita los supuestos de intervención, limitación actual criticada por la doctrina (Fr. Muñoz Conde, 1983, p. 138).

Se continúa en la esfera de protección de los derechos de las personas con los delitos contra la *libertad y el honor*, con una especial referencia a la *libertad sexual*. Se incluye el honor porque más allá de sus posibles conexiones con una determinada «imagen social» de cada persona, la conciencia individual de ser humano digno de respeto y, por tanto, la exigencia de respetabilidad social sin discriminación alguna, es un bien estrechamente unido a la libertad y, como se verá más tarde, al tratar la protección de la intimidad, es un bien especialmente necesitado de protección en las sociedades industrialmente desarrolladas. Con relación a la protección de la libertad sexual se coincide con las críticas contra la denominación de «delitos contra la honestidad» y la diversidad de bienes jurídicos que encierra, libertad, familia, «buenas costumbres» (Fr. Muñoz Conde, 1983, pp. 341 y ss.). Sin embargo, se plantean conjuntamente por su común referencia a la sexualidad y por dar preeminencia a la libertad sexual individual, aunque deben claramente diferenciarse los que afectan a la libertad de las personas en su sexualidad, como la violación, de aquellos otros como el estupro incestuoso introducido por ley 46/1978, de 7 de octubre, que supone una agravación que no está justificada en la protección de la libertad sexual, o el delito de escándalo público que motiva su protección en base a una determinada «moral sexual colectiva», de la que no está comprobada ni su carácter social mayoritario ni su necesidad de protección penal. La Propuesta de Anteproyecto en este sentido se refiere a «actos de provocación sexual», limitándolos en el artículo 176 a actos de exhibición obscena ante menores o ante mayores sin consentimiento y con escándalo, acercando así estos tipos a la protección de la libertad sexual, sin olvidar respecto a este grupo de delitos las reformas de 1983 que establecen la aplicación de medidas de seguridad para los autores del artículo 452 bis c) relativo a la prostitución y la nueva redacción del 452 bis e) que suprime la referencia a la autoridad marital y al consejo de familia.

Mención especial puede hacerse dentro del ámbito de los derechos individuales a la protección penal de la *intimidad*. En el Capítulo II del Título I de la Constitución de 1978 se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18,1), con la limitación del uso de la informática; y el Capítulo VII del Título XII del Código penal se refiere al descubrimiento y revelación de secretos, dejando evidentes lagunas de punibilidad. Sin embargo, la delimitación de la intimidad se presenta difícil, vinculada como está a la libertad personal y a la dignidad humana entendida tanto como esfera de libertad en sí considerada, como libertad proyectada hacia el exterior en cuanto garantía de ejercicio de derechos socio-políticos y facultad de control de las informaciones personales que circulan en la sociedad (Fr. Morales Prats, 1983, pp. 191 y ss.). Por otra parte, la realidad socioeconómica y administrativa de las sociedades industriales

desarrolladas muestran tal pluralidad de codificaciones de los ciudadanos que realmente la tutela penal de la intimidad se encuentra en clara desventaja, cuando no en contradicción (G. Quintero, 1980, p. 255) con las formas de control y «socialización» tecnológica de la sociedad industrial. En todo caso, el Título VII de la Propuesta de Anteproyecto supone un intento meritorio de protección, a pesar de que pueda ser escasamente operativo ante los mecanismos de circulación de la información y las necesidades de crecimiento del propio sistema económico.

Junto a los delitos contra el *patrimonio* se hará una referencia a los delitos contra el orden *socioeconómico* en los que se insistirá. Esta diferenciación entre delitos contra el patrimonio y delitos socioeconómicos, como consta en la Propuesta de Anteproyecto, ya sugiere por sí misma que no termina de superarse una concepción anclada en el liberalismo clásico que privilegia la propiedad como motor económico y relega a un segundo plano otros elementos centrales de la economía, distanciándose así de una concepción económica política de las relaciones sociales. La Reforma de 1983 en lo relativo a delitos patrimoniales ha sido calificada de poco ambiciosa, si bien ha abandonado el criterio de la cuantía del valor de lo sustraído o del perjuicio patrimonial como determinante de la gravedad de la pena y también ha sido calificada en algunos casos de poco afortunada, como en los supuestos del 505 y 506 con el extenso catálogo de agravantes introducidas en el segundo de los artículos citados (Fr. Muñoz Conde, 1983, p. 143). Sin embargo, se limitará este breve comentario a los llamados delitos contra el orden socio-económico, que se vinculan al «orden económico y social justo» del Preámbulo constitucional y que son, en el campo del Derecho penal, los que con más claridad muestran la relación existente entre Economía y Derecho y el condicionamiento económico de la regulación jurídica (Fr. Muñoz Conde, 1982, p. 107). Sin embargo, la profunda importancia que supone la atención penal al orden socio-económico trasciende la relación directa que puede establecerse en la protección penal de determinados bienes de las relaciones económicas porque, precisamente, las formas económicas no se reducen a mecanismos de producción o distribución de bienes, sino que los sistemas económicos suponen formas de relación social y política que se muestran en todo el conjunto del espacio social.

La configuración constitucional de un Estado social y democrático de Derecho, la presencia en el Título Preliminar como sujetos políticos de trabajadores y empresarios, el contenido del artículo 38, en el que se reconoce la libertad de empresa como derecho fundamental en el marco de la economía de mercado, pero que también contempla la economía general y la planificación, respondiendo a necesidades de interés público evidenciadas en la regulación de la expropiación forzosa del artículo 33,2 y de los principios de política social y económica del Capítulo III del Libro I constitucional (distribución equitativa de la renta, política de pleno empleo, formación y readaptación profesional...), la subordinación de la riqueza al interés general (art. 128,1) y

la consiguiente iniciativa pública en la economía, especialmente en caso de monopolio (art. 128,2), muestra una configuración constitucional del sistema económico cercana a la denominada de economía mixta pero, en todo caso, en tensión enmarcada en, por una parte, el límite de los intereses generales que exigen intervención estatal y, por otra, el límite que supone la negación, derivada del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, de una economía totalmente planificada que no permitiese ninguna autonomía empresarial privada (M. Bajo, 1983, pp. 157 y ss.).

Esta configuración económica de la Constitución permite enlazar con los llamados *delitos económicos*, delitos, algunos de ellos, que coexisten con los relativos al patrimonio individual pero que trascienden la esfera individual, como la quiebra, y que se recogieron ya separadamente en el Título VIII del Proyecto de 1980 bajo la rúbrica de «delitos contra el orden socioeconómico» y que a su vez se recogen en el Título XII de la Propuesta de Anteproyecto. Dentro de estos títulos, cuya denominación viene a significar un objetivo político criminal, se sistematizan diversos bienes jurídicos, de diversa incidencia económica (relativos a la publicidad, por. ej., junto a la protección de los derechos laborales reconocidos por las leyes) unido por su referencia al diseño económico constitucional. El breve comentario político criminal que puede hacerse, parte de que la actual realidad socioeconómica corresponde a un nivel avanzado, en su desarrollo y en sus contradicciones, del sistema de libre mercado; con la situación singular del capital español menos desarrollado históricamente lo que, sin embargo, ha permitido extraordinarios niveles de acumulación y, en la actualidad, una situación especialmente dependiente; que los rasgos de economía privada y de la apropiación que genera, pesan hoy en la actividad económica, tanto en el ordenamiento jurídico como en la propia realidad económica en la que, sin embargo, la pretensión de mantener los términos de plusvalía, las contradicciones estructurales del sistema económico liberal, el desarrollo del trabajo entendido no como mercancía sino como elemento básico económico-político y como forma de organización, aún manteniendo el capital una situación inicialmente dominante en la materialidad del mercado de trabajo, son rasgos que fuerzan la tensión social y pueden permitir desplazar la propiedad privada, la coerción económica, del centro de la estructura del Estado, al agudizarse los antagonismos en su interior. En este sentido, se presenta la posibilidad de modificar objetivos político criminales y se presenta también la posibilidad de modificar los procesos de criminalización dirigiéndolos hacia lesiones socialmente dañosas porque, como ya se ha dicho, también el Derecho penal está en un espacio y en un momento de mediación en el que términos como transgresión o desviación pueden ser interpretados históricamente de manera contradictoria. El problema estriba en hasta qué punto y, en su caso, hasta cuándo el Derecho penal, tanto en la norma como en las instancias de aplicación, puede recoger las posibilidades indicadas y sus contenidos contradictorios.

El comentario del párrafo anterior sirve, asimismo, a los delitos relativos a la *ordenación del territorio y al medio ambiente*, con los que no es suficiente la preocupación por su gravedad sino que, en contra de la tesis del riesgo admisible que defiende, al igual que en determinados comportamientos económicos, la producción de la riqueza (privada) y el desarrollo (de un sistema desigualitario) por encima de los daños a otros bienes sociales; que se consideran costes necesarios, lo que realmente importa es la eficacia para que no se produzcan, eficacia aún más urgente cuando otras medidas civiles y administrativas han fracasado. Sin embargo, este fracaso no necesariamente se traduce en la eficacia penal, cuando no se han comprobado suficientemente los motivos del fracaso y sus posibles correcciones y cuando la intervención penal es limitada y dentro de sus límites graduable en razón de la relevancia de los bienes sociales, en este caso notable, y su capacidad de solución del conflicto. En todo caso, pienso que el problema queda planteado en el comentario anteriormente hecho a los delitos económicos.

Como último comentario al contenido de la Parte Especial y omitiendo otros bienes jurídicos penalmente protegidos de destacada importancia, me referiré a algunos aspectos político-criminales de la intervención penal del Estado en la esfera del llamado *orden público*, entendiendo que comenzar la exposición de la Parte Especial con el ámbito de protección de los derechos de las personas tendría sólo un carácter testimonial si no tiene su paralelo en la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas (frente a posibles intromisiones del Estado), que no sólo exigen ser también garantizados, sino, sobre todo, profundamente desarrollados. Desde diciembre de 1978 hasta el actual Proyecto de Ley Orgánica de nuevo desarrollo del artículo 55,2 de la Constitución (BOCG, 10 del XII de 1983), artículo ya desarrollado por Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, se han producido numerosas manifestaciones legislativas que pueden expresar una sublimación autoritaria del Estado justificadas bajo reducciones ideológicas de diversa denominación pero que coinciden en la defensa del interés «orden público», a través de técnicas legislativas diversas que contienen, sin embargo, un sentido criminalizador global. Recorrer su panorámica supone realmente entrar en un verdadero laberinto en el que se entrecruzan estrategias diversas. Estrategias de control hegemónico ante formas de conflictividad no controlada, estrategias de legitimación ante la ausencia de mecanismos de regulación de nuevos conflictos sociales, reales o potenciales, estrategias de consenso masivo con lo que tiene de pedagogía del sometimiento según esquemas de conformidad social, unidas a la de culpabilización, estrategias de centralización y totalización del poder junto a las de expropiación de toda pretensión de poder y de autonomía de sujetos sociales agentes de movilidad social (L. Ferrajoli, 1979, pp. 56 y ss.), estrategias incluso que se plantean con una cierta simbología de la eticidad en la que, ante realidades antagónicas, el Estado se presenta como el mejor fin y el mejor valor, utilizando a su vez para ello, estrategias de comunicación e información más o menos manufacturada.

La utilización en el momento procesal de su potencialidad represiva con la reducción de las garantías del procesado, la potenciación de la prisión provisional por criterios de alarma y seguridad, la extensión de la flagrancia, procedimientos de urgencia, predominio del ministerio fiscal, exclusión de la jurisdicción natural, legislación fuera del Código y modificaciones del Código en clave excepcional, potenciación represiva de la prisión, ampliación del control predelictual con la atribución adelantada de contenidos sancionatorios, la invitación a la delación, reducción de derechos fundamentales (libertad de movimiento, de expresión, igualdad, intimidad, inocencia, defensa...) con una alteración del sistema de división de poderes en privilegio del ejecutivo ampliando su capacidad de control y sus defensas a ser controlado y la producción de un desarrollo de excepción de básicos contenidos fundamentales son, entre otros, rasgos que obligan a una reflexión de conjunto porque tales rasgos no son separables de las funciones que se atribuyen a todo el sistema penal en relación con la ordenación social y porque la calidad de tales rasgos tiende a contaminar con la opresiva racionalidad de la producción y de su poder, el espacio social en su conjunto en el que los antagonismos latentes, las condiciones de transformación de las cosas y de los lenguajes, la ajenidad ante tal racionalidad se pretende ocultar en el interior del pensamiento y de la soledad.

Decía al principio que en el Derecho penal la relación jurídica alcanza la mayor tensión, que tiene la capacidad de agredir a la personalidad individual muy directamente y que ante ello el penalista se comprometía. De alguna manera, la insistencia a lo largo de la reflexión que ha supuesto este trabajo en las condiciones de conflictividad, en la introducción del Estado en el conjunto de la sociedad para que en la movilidad y en la transformación de ésta quede afectado —también como proyecto— encuentran su contrario en la sublimación de los rasgos autoritarios que han existido desde los orígenes del Estado moderno, de la misma manera que el proyecto social libertario encuentra sus contrarios en los acumuladores de apropiación enfrentados también al progreso de un Derecho penal en el que están empeñados deseos igualitarios.

BIBLIOGRAFIA

- W. ABENDROTH, *Sociedad antagónica y democracia política*, tr. M. Sacristán, Ed. Grijalbo, 1973.
- M. BAJO FERNÁNDEZ, *La Constitución económica española y el Derecho penal*, en «Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal», Bilbao, 1983.
- J. BUSTOS, *Consideraciones en torno al injusto*, en «Nuevo Pensamiento Penal», 1974.
- J. BUSTOS *Significación social y tipicidad*, en «Estudios Penales y Criminológicos», V, 1982.
- J. BUSTOS, *Política criminal e injusto* en «Bases críticas de un nuevo Derecho penal», Ed. Temis, Colombia, 1982.

- IR. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, en «Novissimo Digesto Italiano», 1974.
- J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, T. I., 1972.
- L. FERRAJOLI, *Terrorismo e stato de la crisi*, en «La questione criminale», 1979, núm. 1.
- E. GIMBERNAT, *El estado de necesidad. Un problema de antijuridicidad*, en «Estudios de Derecho Penal», Ed. Cívitas, Madrid, 1976.
- E. GIMBERNAT, *La reforma del Código penal de noviembre de 1971*, en «Estudios de Derecho Penal», Ed. Cívitas, Madrid, 1976.
- E. GIMBERNAT, *Prólogo al Código penal*, Ed. Tecnos, 1983.
- J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Lecciones de teoría jurídica del Derecho*, T. II, Madrid, 1983.
- L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, Ed. Sudamericana, VI ed., 1973.
- S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976.
- S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979.
- F. MORALES PRATS, *La intimidad en el Derecho penal español*, Tesis Doctoral, sin publicar.
- I. MUÑAGORRI, *Administración de justicia y procesos de criminalización*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 7, 1983.
- FR. MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, en «La Reforma penal y penitenciaria», Barcelona, 1970.
- FR. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975.
- FR. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, a C. Roxin *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Ed. Reus, Madrid, 1981.
- FR. MUÑOZ CONDE, *Adiciones de Derecho español*, a H. H. Jescheck, «Tratado de Derecho penal, Parte General», Ed. Bosch, Barcelona, 1981.
- FR. MUÑOZ CONDE, *La imputabilidad del enfermo mental*, en «Psicopatología», núm. 2, vol. II, 1982.
- FR. MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal*, en «CPCrim.», núm. 16, 1982.
- FR. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Sevilla, 1983.
- FR. MUÑOZ CONDE, *Monismo y dualismo en el Derecho penal español*, en «Estudios penales y criminológicos», 1983.
- A. NEGRI, *La forma stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Ed. Feltrinelli, Milán 1977.
- E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Ed. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, 1981.
- M. PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, tr. Ignacio Muñagorri, Ed. Siglo XXI, México, 1983.
- E. PASUKANIS, *Teoría general del Derecho y marxismo*, tr. V. Zapatero, Ed. Labor, Barcelona, 1976.
- G. QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y estado de Derecho*, Ed. Ditosa, Barcelona, 1976.

- G. QUINTERO OLIVARES, *Observaciones sobre la Parte Especial del Anteproyecto de Código penal*, en «La Reforma del Derecho penal», Barcelona, 1980.
- G. QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Ed. Barcanova, Barcelona, 1981.
- G. QUINTERO OLIVARES; FR. MUÑOZ CONDE, *La Reforma penal de 1983*, Ed. Destiño, Barcelona, 1983.
- G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Protección constitucional de la vida*, en «Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal», Bilbao, 1983.
- G. STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, tr. E. Bagigalupo, Madrid, 1980.
- I. TAYLOR; P. WALTON; Y. YOUNG, *Criminología crítica*, Ed. Siglo XXI, México, 1977.
- A. TORÍO, *Estudio de la reforma de los delitos contra la vida. (Parricidio-asesinato)*, en «Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal», Bilbao 1983.