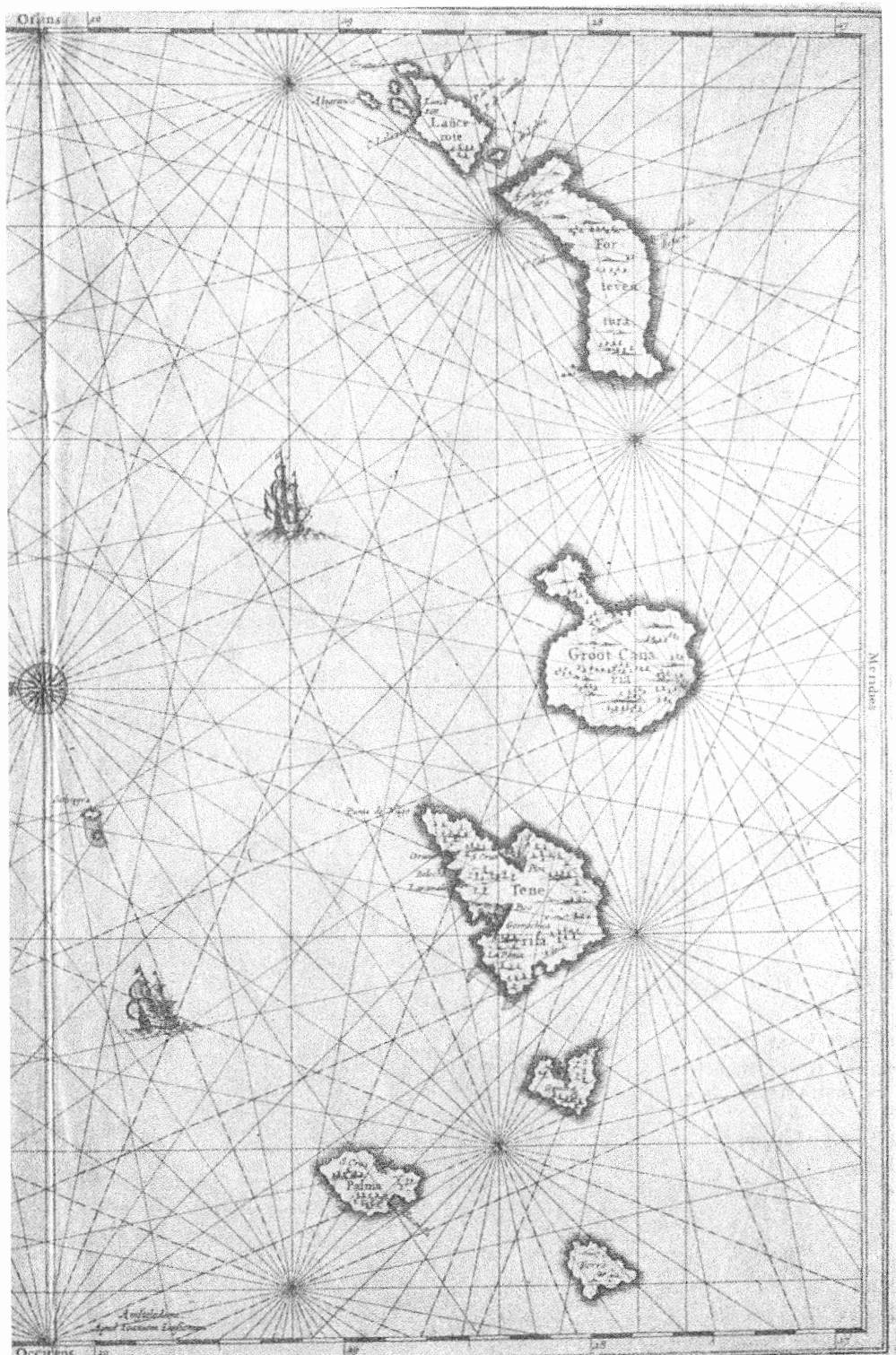


Revista del Foro Canario

81

Las Palmas de Gran Canaria, 1991



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Segundo Franco Vega

Diputado Primero

Jaime Santana Castellano

Diputado Segundo

Serafín García Zumbado

Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora

Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz

Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto

Diputado Sexto

Jaime Rubio López

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

José María Palomino Martín

Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LA REFORMA PENAL DE LA LEY 3/89. LA NUEVA PRISIÓN POR DEUDAS

JOSÉ VICENTE REIG REIG
TENIENTE FISCAL DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS

ÍNDICE

PREÁMBULO

Situación actual del derecho penal.

- a.— Sustantivo.
- b.— Procesal.
- c.— Penitenciario.

Sistemática de este trabajo.

LA LEY ORGÁNICA 3/89 DE 21 DE JUNIO DE ACTUALIZACIÓN DEL
CÓDIGO PENAL.

I. REFORMAS LEGALES PRECEDENTES.

Carácter de las mismas.

Crítica.

Conclusión.

II. LA LEY ORGÁNICA 3/89 DE 21 DE JUNIO.

Ámbito inicial.

El delito de lesiones.

Crítica.

a.— Lesiones familiares.

b.— Lesiones laborales.

c.— Lesiones militares.

d.— Lesiones en riña tumultuaria.

e.— La nueva modalidad del consentimiento.

La imprudencia punible.

El principio de intervención mínima.

III. LA ESPERANZA DE UN NUEVO CÓDIGO PENAL.

Posibilidades y conclusión.

IV. EL ARTÍCULO 487 BIS DEL CÓDIGO PENAL. LA NUEVA PRISIÓN POR DEUDAS.

Precedentes.

Modificaciones de la reforma de 1989.

El artículo 487 bis.

Necesidad de su creación.

Comentario.

Contenido.

Naturaleza.

Perdón de la parte perjudicada.

Abono de las pensiones no satisfechas.

Imposibilidad de cumplimiento.

Procedimiento a seguir.

Conclusiones finales.

PREÁMBULO

Los profesionales del Derecho y, en especial, aquellos que vuelcan su actividad en el campo del Derecho Penal han manifestado con reiteración en los últimos tiempos a través de sus obras, en seminarios, congresos, conferencias e, incluso en su labor docente, la perplejidad, el desconcierto y hasta la inquietud que existe en su ánimo ante la situación actual a que ha llegado el Derecho Punitivo, preocupación que se extiende también acerca de cuáles sean sus expectativas de futuro.

Estos sentimientos tienen su origen, principalmente, en la proliferación de normas que vienen, de manera continua, a modificar el texto penal, alterando sus disposiciones y contenido, creando nuevas figuras delictivas y suprimiendo otras, no siempre acordes aquella creación y esta supresión con las verdaderas necesidades del momento; con ausencia del tecnicismo adecuado y preciso y, sobre todo y esto es lo más grave, sin que pueda apreciarse la existencia de una política criminal adecuada, lo que debe constituir la meta a alcanzar en toda suerte de modificaciones penales.

De esta fiebre legislativa deriva, asimismo, que se haya adoptado y parece que definitivamente, el sistema de parcheos en el texto legal, y que por lo tanto el proyecto de crear y dar a la luz un Código Penal de nueva planta duerma el sueño de los justos, sin que se observen posibilidades de su aparición, al menos en un período de bastantes años.

Complemento de estas inquietudes es que tampoco se aprecia en el orden penal procesal, inevitable y necesario compañero del sustantivo, una regulación definitiva del procedimiento criminal.

Se ha publicado la Ley 7/88 de 28 de diciembre, en cuya crítica no es momento de entrar aunque sí de decir que, por su especial configuración va a sustraer al conocimiento de la Jurisprudencia buen número de delitos, en concreto todas aquellas infracciones, numerosas, de las que el enjuiciamiento corresponderá a los Jueces de lo Penal, privando así al Tribunal Supremo de formular sobre ellas una doctrina legal, continua, pacífica y reiterada que sirva de criterio interpretativo indispensable, tal y como hasta ahora venía realizando el Alto Tribunal.

Pese a la aparición de la anterior normativa procesal, ya se habla de ir a la creación de un nuevo Código Procesal Penal que, presumiblemente, ori-

ginará en este campo las dudas, confusiones e incertidumbres que han surgido en el sustantivo, por la coexistencia de preceptos y normas de muy distinto origen.

El estado actual de la Administración de Justicia es de todos conocido y ello releva de todo comentario; el colapso material que sufren los Jueces y Tribunales penales dificultará la normalización y puesta al día, en mucho tiempo, de las causas pendientes, como también que aquellas que se resuelvan lo sean con la serenidad, ponderación y estudio que merecen.

Precisa igualmente de soluciones urgentes el Derecho Penitenciario, que eviten la masificación de los reclusos y consigan que la estancia en Centros y prisiones contribuya a la reinserción del interno, llevando a cabo una verdadera y eficaz política en este sentido.

El panorama no puede, en consecuencia, ser más triste y desalentador, máxime cuando a corto plazo no se aprecian soluciones que, cuando menos, alivien la actual situación del Derecho Penal en su conjunto, y ofrezcan garantías de mejora y continuidad para el porvenir.

Preciso era, sin embargo, señalarlo, al referirse el presente trabajo a la, por ahora, última reforma del Código Penal que presenta como se verá, virtudes y aciertos pero también sensibles defectos y que, como las anteriores reformas, ha contribuido al sostenimiento de aquella doble preocupación, al principio aludida: la inestable situación actual del Derecho Penal, y el incierto futuro que le espera, al no estar prevista la aparición del nuevo Código, tan generalmente deseado y esperado.

A través de las páginas que siguen se pasará revista a la reforma instaurada por la Ley 3/89, si bien solamente en cuanto a los tres aspectos iniciales que se configuraban en la misma, y ello por razones de la brevedad del espacio: la despenalización de las faltas, el nuevo tratamiento de las formas culpables de comisión de los delitos, y la regulación actual, modificada por la reforma, de los delitos de lesiones.

A estos tres aspectos de carácter general acompaña la crítica a una de las innovaciones de la Ley 3/89: el nuevo artículo 487 bis, como uno más de los supuestos de nueva creación, que presentan amplio campo a la crítica y que, por desgracia, no puede ser favorable.

LA LEY ORGÁNICA 3/89 DE 21 DE JUNIO DE ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

I. REFORMAS LEGALES PRECEDENTES

Hace ya algunos años dijo un ilustre catedrático que España⁽¹⁾, en el concierto del derecho comparado, es la nación que se significa en materia penal si no por la bondad jurídica de sus disposiciones, sí por la abundancia de las mismas, fruto de una constante e ininterrumpida promulgación.

La veracidad de esta particular afirmación queda demostrada mediante una simple ojeada retrospectiva: basta volver la mirada al pasado para comprobar cómo, en cualquier momento y con independencia del entorno político y social dominante, la actividad del legislador no conoce freno cuando de dar a la luz nuevas normas penales se trata.

En el siglo pasado y apenas publicado el Código de 1870, se sintió la necesidad de reformarlo⁽²⁾, y este sentimiento es perfectamente predicable respecto de las principales reformas que le sucedieron y que recibieron las denominaciones de Códigos de 1928, 1932 y 1944.

Todas ellas tuvieron carácter parcial y, de inmediato, fueron seguidas de modificaciones más o menos profundas, claramente expresivas de que para el legislador posterior habían devenido insatisfactorias⁽³⁾.

Igual situación puede contemplarse una vez publicado el Texto revisado de 1963⁽⁴⁾ e idéntica afirmación es dable realizar en lo que se refiere a la reforma de la Ley de 15 de noviembre de 1971, tardíamente publicada en 1973⁽⁵⁾.

Es a partir de este momento cuando la incontinencia legislativa adquiere matices más acusados, y ello obedece, sin duda, a la concurrencia de dos factores de sensible importancia:

- (1) JOSÉ MARÍA STAMPA BRAUN; Conferencia en la UNED, Las Palmas, marzo 1984.
- (2) El Proyecto de Salmerón de 1873, al que siguieron los de Bugallal, Estrada y Dánvila, Silvela, Alonso Martínez, Villaverde, Montilla, Ugarte y Piniés.
- (3) Como más inmediatas, las de 27 de abril y 27 de diciembre de 1946, 9 de mayo de 1950 y 17 de julio de 1951.
- (4) Singularmente la ley de 8 de abril de 1967, que modificó 56 artículos del Código Penal.
- (5) La razón de esta aparición en 1973 se debió a la insistencia del diputado Hernández Calumarchirant de dar numeración correlativa a los preceptos legales.

a.— de un lado, la peculiar forma de ser del legislador español, claramente proclive a sustituir lo anterior por considerar que su opinión es harto más perfecta que las precedentes.

b.— de otra parte, el profundo cambio político operado por la desaparición del antiguo régimen, la instauración de la Monarquía y la publicación de la Constitución de 1978; del tránsito a la democracia derivaron inevitables secuelas en todos los órdenes de la vida real y jurídica y, naturalmente también en el campo del Derecho Penal⁽⁶⁾.

De la combinación de las dos notas expuestas surgió una actividad legislativa determinante de que el Código Penal fuera modificado, desde 1977 al momento actual, en más de treinta ocasiones y que, a partir concretamente de la Ley de Reforma Parcial y Urgente de 25 de junio de 1983, el texto punitivo haya visto alterados sus preceptos en trece oportunidades, tres en cada uno de los años de 1984, 1985, 1987 y 1988, a las que debe adicionarse la surgida de la Ley 3/89 de 21 de junio⁽⁷⁾.

Denominador común a las reformas citadas ha sido la precipitación en su estudio, discusión, preparación e, incluso, en la promulgación⁽⁸⁾.

De manera suave se ha calificado a estas modificaciones de, cuando menos, inmaduras⁽⁹⁾, poniendo de relieve los defectos que las acompañan y que resultan de la ligereza con que proceden sus autores, quienes se centran por lo general en un aspecto concreto del Código, con olvido del resto concordante, lo que origina la lógica falta de coordinación armónica.

Y, sobre todo, la principal acusación formulada contra las repetidas variaciones del texto legal se ha basado en la ausencia de una política criminal certera: ello conduce a que las nuevas fórmulas legales se traduzcan en resultados totalmente alejados de los que debieran haberse producido si aquella orientación hubiese presidido la actividad de sus redactores.

La última de las reformas surgidas en la insatisfacción legislativa —Ley 3/89 de 21 de junio, no queda al margen de las consideraciones críticas expuestas.

(6) Así lo señala PUIG PEÑA, F. *Derecho Penal*. Barcelona, Nauta, Tomo I, pág. 40.

(7) Particular importancia tienen las modificaciones relativas a los delitos contra la Hacienda Pública, incendio, exhibicionismo, propiedad intelectual e industrial.

(8) SERRANO GÓMEZ, A. En ocasiones los nuevos preceptos se gestan en el Senado, y en consecuencia desprovistos de los precisos informes técnicos. *Derecho Penal*. Parte Especial. Dyckison. Madrid. Prólogo.

(9) ZUGALDIA ESPINAR, J.M. Ponencia presentada en la Universidad de Granada. 1989.

Sin perjuicio de aspectos positivos, que los tiene, aparece plagada de imperfecciones y defectos, a veces de tal magnitud, que el juicio a la nueva normativa ha de ser forzosamente, adverso.

Y es lástima porque para el estudioso del Derecho y, en particular para el apasionado del Derecho Penal, resulta triste contemplar reformas legislativas carentes del sentido de la oportunidad, con errores inexplicables, en las que brilla por su ausencia una técnica adecuada e idónea, con preceptos que pugnan con los mismos principios que se declaran inspiradores y que serán, por su falta de claridad y estudio concienzudo, semillero de dudas y discusiones.

II. LA LEY ORGÁNICA 3/89 DE 21 DE JUNIO

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio presenta, es innecesario manifestarlo, un alcance y una profundidad notoriamente más modestos que los ofrecidos por la Ley 8/83, pero a cambio y desde la imagen popular aparece con un carácter espectacular muy superior⁽¹⁰⁾ pues sus innovaciones han tenido, o tendrán, una trascendencia económica notable con la importancia que estos temas tienen, al tiempo que en algunos casos el legislador ha cedido al clamor público y en aras de esta presión ha creado novedades que responden, más que a necesidades verdaderamente sentidas, a satisfacciones de índole visceral o sentimental.

El Proyecto inicial contemplaba solamente tres puntos concretos —los que se van a examinar— cuales eran la despenalización, el tratamiento de la imprudencia y la nueva regulación de las lesiones.

Fuera de esto, pocas necesidades urgentes había que satisfacer, escasos eran los artículos que requerían una modificación y cortas en número las innovaciones a descubrir.

Sin embargo, las discusiones parlamentarias, primero en el Congreso y posteriormente en la Cámara Alta variaron de forma sensible el contenido primitivo, dotando a la reforma de una mayor amplitud que la inicialmente prevista.

El repetido contenido marcado como finalidad primaria de la reforma será objeto de análisis, también breve, a través de las consideraciones que siguen.

(10) VIVES ANTÓN, T. *La reforma penal de 1989*. Valencia. Tirant lo blanch. 1989.

El delito de lesiones

Era quizá este capítulo el más necesitado de una reforma en profundidad, tal y como clamaba con insistencia la doctrina patria, al censurar de manera unánime el arcaico sistema del Código, basado casi exclusivamente en el resultado material, con dejación de los restantes elementos que pudieran concurrir en la comisión delictiva.

No es extraño que esta formulación legal requiriese un cambio profundo, que eliminase lo que se consideraban delitos cualificados por el resultado, y que se aludiera a que nuestro Derecho reverdecía las viejas tarifas de sangre, de la época medieval, pues la técnica legislativa conducía a resultados de incriminación, y subsiguiente responsabilidad, en que la valoración judicial era sustituida por una prueba pericial⁽¹¹⁾.

Incluso se apuntó que la misma redacción tradicional podía conducir a una vulneración del principio de legalidad, pues si el Código hablaba de “herir, golpear o maltratar” como medios materiales productores de las lesiones, describir y sancionar conductas en las que fueran empleados otros caminos distintos para la causación de aquéllas podía ir en contra del mencionado principio fundamental, sancionado por el Código y por la Constitución⁽¹²⁾.

La nueva redacción construye el delito de lesiones, tomando como base lo establecido en los Proyectos anteriores⁽¹³⁾ bajo un sistema más amplio y elástico, marcando como pauta para la distinción entre delito y falta la existencia, o no, de tratamiento médico o quirúrgico, y señalando al Juzgador las circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta para conseguir una exacta valoración de los hechos y, por ende, una sanción justa.

Se abre así, como apunta Zubeldia, un amplio campo al arbitrio judicial lo que debe ser estimado plausible.

Sin embargo, estos aciertos pueden quedar empañados al no haberse borrado determinados vestigios de responsabilidad objetiva y también por la ausencia de un criterio que permita fijar, de manera concreta y sin vacilaciones, la línea divisoria entre el delito y la falta correspondiente⁽¹⁴⁾.

(11) BOIX REIG, J. *La reforma penal de 1989*, citada, pág. 94.

(12) Artículos 1 y 23 del Código Penal y 9 y 25 de la Constitución.

(13) Proyecto de 1980, arts. 166 a 170 y PANCP. arts. 149 a 152.

(14) MARCHENA GÓMEZ, M. *La reforma y actualización del Código Penal*. Las Palmas. 1989, pág. 14.

Pasarán en consecuencia, a primer plano, los informes médicos forenses, de los que dependerá que la infracción deba estimarse delito o, por el contrario, llevar su tratamiento al Libro III, ya que se ha ampliado notablemente el campo delictivo, en detrimento de la falta.

Quedó indicado que, con el nuevo tratamiento de la Ley 7/88 de 28 de diciembre, como vía adjetiva por la que marchará el tema de las lesiones, queda cerrada la vía casacional, lo que impedirá la creación de una doctrina legal que, como interpretación del derecho positivo, arroje luz sobre las cuestiones que pudieran plantearse.

Las líneas maestras de la nueva regulación legal pueden sintetizarse en los apartados siguientes:

Se mantienen las lesiones de mutilación —arts. 418 y 419—, si bien ampliando su contenido al dar cabida en estos artículos a resultados antes incriminados en el antiguo 420, y siempre que el evento material obedezca a una conducta netamente dolosa del culpable.

El supuesto típico del delito de lesiones se dibuja en el artículo 420, con la exigencia ya aludida del tratamiento, como criterio diferenciador.

Fiel a la postura adoptada en otras ocasiones⁽¹⁵⁾, el legislador del 89 no ha podido resistir la tentación de configurar, junto a la figura principal, supuestos en que, por la concurrencia de determinados factores, lógicamente enumerados de forma taxativa, la sanción penal se atenúa o por el contrario, aparece exacerbada.

También, y como es técnica habitual, han creído oportuno los autotres de la reforma hacer referencia a tipos específicos de lesiones, en los que la especialidad deriva ya del entorno familiar, bien de razones de índole laboral, o de la finalidad perseguida.

Como modalidad auténticamente novedosa debe hacerse referencia a las consecuencias de la participación en riña tumultuaria, que han venido a sustituir al homicidio que acontecía bajo estas circunstancias.

a.— *Lesiones familiares*

He aquí una conducta delictiva, llevada de forma expresa por el legislador a las páginas del Código Penal, con evidente desconocimiento de la siste-

(15) Ponencia citada de ZUGALDIA ESPINAR.

mática y con base únicamente en reclamaciones populares deseosas de una mayor protección a la mujer, de donde deriva su escaso fundamento jurídico⁽¹⁶⁾.

El propósito es plausible, pero totalmente inadecuada la respuesta dada por los autores de la reforma a aquellas exigencias demandadas por la opinión pública.

Esta novedad surgió en el seno de la discusión parlamentaria y, en concreto, en la Cámara de Diputados, al prosperar la enmienda 53, presentada por el grupo socialista.

Se observa ante todo que la nueva conducta delictiva ofrece una clara delimitación, en el aspecto personal, de los llamados a ser sujetos activo y pasivo de esta infracción: así resulta de la simple lectura del Código y es plausible el acierto que supone dar protección tanto al cónyuge como a la persona que esté unida por análoga relación de afectividad⁽¹⁷⁾.

Fuera sin embargo, de este punto a favor, pocas notas pueden cargarse en el haber de sus redactores.

Comenzando por la sistemática, no existe la causación de lesiones — fundamento de este capítulo— por lo que queda como base de la redacción legal el deseo de protección a la familia⁽¹⁸⁾.

Se circunscribe la conducta delictiva al empleo de violencia física, lo que dejará fuera del tipo aquellas manifestaciones dotadas de violencia moral, tan frecuentes o más que aquéllas, y requiere asimismo la nota de habitualidad para encajar la conducta culpable en el molde legal, no siempre fácil de acreditar.

La causación de lesiones determinaría la aparición de una figura concursal que, si desembocaba en el artículo 420 llevaría a la aplicación de éste, haciendo superflua la existencia y razón de ser del nuevo precepto.

La dificultad de la prueba de la violencia física no causante de lesiones, como de la habitualidad, imposibilitarán que, en la mayoría de los casos, pueda prosperar la denuncia que se presente.

(16) BOIX REIG, J. *ob. cit.* pág. 124.

(17) Aplicación lógica de la circunstancia mixta, descrita en el art. 11 del C.P.

(18) MARCHENA GÓMEZ, M. *Ob. cit.* pág. 72.

b.— *Lesiones laborales*

La fórmula inicial en este punto, procedente del Código de 1944, no pudo ser más desdichada al llevar por vez primera al texto punitivo el delito de lesiones laborales; sólo en parte fue paliada por la reforma de 1963⁽¹⁹⁾.

Esta conducta punible se completó en la reforma de 25 de junio de 1983, y estuvo a punto de desaparecer de nuestro ordenamiento penal al eludirla no sólo los posteriores proyectos de reforma, sino también el mismo texto primario de la Ley 3/89.

Renació, sin embargo, en base a la enmienda 68, presentada por IU y, en consecuencia, nuestro derecho positivo sigue enriquecido, para su desgracia, con una tipificación delictiva que nada nuevo aporta.

La previsión de situaciones como la regulada lo está en las normas comunes relativas a las lesiones, si se estima que la culpabilidad del delincuente se encierra en el círculo del dolo; y si toma partido por la imprudencia, quedaría perfectamente sometida al poderío del artículo 565.

Nuevamente, pues, estamos en presencia de una creación inútil y que responde a razones de tipo político; viene a cumplir, como se ha escrito, “una función puramente simbólica, de llamada de atención”⁽²⁰⁾.

c.— *Lesiones militares*

La especialidad de las mutilaciones causadas para eximirse del servicio militar u otro servicio público ha sido mantenida en la reforma de 1989, pese al general ambiente contrario a la misma⁽²¹⁾ y que tuvo su reflejo en el PANCP que, resueltamente, se inclinó por su derogación; sin embargo, el legislador ha preferido seguir la orientación del desprestigiado Proyecto de 1980⁽²²⁾ y reinsertar estas conductas delictivas.

Cuando menos, y a favor de la redacción nueva debe señalarse la ampliación de las personas culpables, a las que se atenúa la pena en razón del grado de parentesco, al incluirse entre ellas a la persona vinculada por relación análoga a la del cónyuge.

(19) Se hablaba en el texto de 1944 de causar grave quebranto en la salud de los obreros “o en la producción en general”.

(20) VIVES ANTÓN y BOIX REIG, *ob. cit.* pág. 124.

(21) BOIX REIG, J. *ob. cit.* pág. 119.

(22) Artículo 170 del referido Proyecto.

Fuera de lo anterior, los inconvenientes del mantenimiento de este tipo de conductas son evidentes y superan el citado sentido amplio favorable.

Como se ha escrito, “no merece elogio la actividad legislativa que, acometiendo la modificación de distintos preceptos legales, sólo atiende a aspectos marginales, susceptibles de corrección por la vía interpretativa”⁽²³⁾.

Y ello debe ser así por cuanto el legislador no ha sabido superar la confusión reinante en torno a estas conductas delictivas, sobre todo pensando en el bien jurídico protegido, que otorga carácter puramente circunstancial a las lesiones o mutilaciones, padecidas, de donde resulta discutible el tratamiento de estos delitos en el capítulo en que aparecen insertos.

De otra parte, y en relación con la teoría del consentimiento, nuevamente abordada en la reforma del 89, estas mutilaciones aparecen en una situación inexplicable.

Además, en el contexto moderno y ante las cuestiones surgidas acerca de la prestación del servicio militar, cuando se plantean serios problemas acerca de su obligatoriedad, la consecuencia más inmediata que se desprende es la total ausencia de utilidad de este precepto.

No cabe, finalmente, olvidar, que la tipificación de estas conductas que realiza el código penal común ha de ponerse en relación con la legislación militar que, de acuerdo a la redacción de la Ley 13/85 de 9 de diciembre, y en su artículo 125, describe y sanciona la conducta consistente en inutilizarse o dar el consentimiento para ser inutilizado, con referencia a que esta conducta ocurra en tiempo de paz o de guerra; esta específica disposición será preferible a la norma del derecho común.

Así debe entenderse aunque se dé al vocablo militar un sentido amplio, como se desprende del Código castrense, y de todo deriva que haya que considerar obsoletos los preceptos que, en el Código Penal, disciplinan las lesiones que vayan acompañadas de la aludida finalidad.

d.— *Lesiones en riña tumultuaria*

Es una última modalidad delictiva, justificada por los autores de la reforma sobre la idea de que la anterior figura chocaba frontalmente con la seguridad jurídica y el principio de culpabilidad.

(23) MARCHENA GÓMEZ; M. *ob. cit.* 36.

No parece que los resultados, en modo alguno, deban ser considerados satisfactorios.

Su precedente más inmediato, al tiempo que la razón de la aparición del nuevo precepto, debe buscarse en el castigo del homicidio en riña tumultuaria, sobradamente criticado por la doctrina.

Curiosamente se mantuvo este artículo en la reforma de 1983, pese a su desaparición de los proyectos intermedios⁽²⁴⁾, ya que se trataba de uno de los exponentes más claros de vestigios de la responsabilidad objetiva, y sólo el deseo del legislador de no dejar sin sanción resultado punible alguno, pudo explicar que se mantuviera el castigo de quienes, por vía presuntiva únicamente, podían ser estimados autores del hecho luctuoso producido.

La solución correcta hubiera sido derogar, sin más, el citado artículo; parece no obstante, que los redactores no han querido que un precepto en blanco rompa la armonía que supone que cada artículo del Código Penal tenga su correspondiente contenido, y han arbitrado una fórmula que será fuente de discusiones, resaltando una vez más que la inaccesibilidad a la casación no permitirá disipar las dudas surgidas a propósito del mencionado nuevo tipo delictivo.

Resulta que la conducta descrita se desconecta de toda producción lesiva, adquiriendo así el significado de delito de mera actividad o de peligro; difícilmente puede tener encaje esta figura en un capítulo que se caracteriza por la causación de daños corporales.

La esencia del nuevo tipo radica en la intervención en una riña confusa y tumultuaria, empleando armas u otros medios peligrosos para la vida o integridad corporal de las personas⁽²⁵⁾.

Si a consecuencia de dicha actividad, se produce muerte o lesiones, siendo desconocido el autor, no habrá lugar a imposición de pena ni exigencia de responsabilidad por este motivo.

Identificado el autor de la muerte o las lesiones, los meros partícipes no serán inculcados sino por su participación en la riña.

Finalmente, la ausencia de producción de resultados llevará la única sanción de participación en la riña, y siempre será punto de discusión si entrarán

(24) Conservaba esta figura el Proyecto de 1980, art. 172.

(25) MUÑOZ CONDE, F. *La reforma penal de 1989*. Tecnos, pág. 103.

en la responsabilidad todos los intervinientes o sólo los que portaren las armas a que alude el legislador⁽²⁶⁾.

Es excesiva la pena establecida para un mero delito de peligro; puede llegar a prisión menor, es decir, igual que si se hubieran producido lesiones, dándose el absurdo de equiparar una situación de riesgo a la producción de un resultado material⁽²⁷⁾.

e.— *La nueva modalidad del consentimiento*

Inagotable es la polémica surgida en torno a la validez del consentimiento prestado por el lesionado, en aras del mismo, y las insuficientes respuestas legislativas otorgan cada vez mayor trascendencia al referido problema.

Frente a la redacción inicial del texto de 1944⁽²⁸⁾, la reforma de 1963 ya adicionó, tímidamente, la irrelevancia del consentimiento, para añadir a continuación la ley de 1983 el segundo párrafo del artículo 428, y terminar la Ley de Actualización de 1989 configurando, definitivamente por ahora, la fórmula legal en torno a la prestación del mismo, cuando sus portadores sean menores o incapaces.

El camino seguido por los redactores de 1989 es desafortunado, ante las contradicciones contenidas en la redacción legal, e incluso podría plantearse la innecesariedad de la última adición, teniendo en cuenta la existencia de disposiciones como la Ley 30/79 de 27 de octubre, y el RD 426/80 de 22 de febrero.

Como en realidad el aspecto más debatido del problema se ha centrado en la forma de otorgar validez al mencionado consentimiento, clarificadora debe ser estimada la Circular de la Fiscalía General del Estado, 5/85 de 30 de abril, admitiendo la posibilidad de esterilización de incapaces “con la única salvedad de atender si el grado de entidad de la deficiencia psíquica padecida lo permite”.

Y, sobre todo, es claro el procedimiento a seguir para poder hablar de un consentimiento válidamente prestado.

Como expresa acertadamente Marchena, la vía procedimental adecuada será, caso de hallarse ya incapacitada la persona⁽²⁹⁾, acudir al Código Civil,

(26) No es necesario que cada partícipe vaya armado, entiende MARCHENA GÓMEZ, M. *ob. cit.* pág. 72.

(27) Para salvar esta anomalía, habría que acudir a la figura del concurso, y aún sería dudoso obtener una solución correcta, desde el punto de vista jurídico.

(28) Este cuerpo legal hacía referencia a la excusa absolutoria para la muerte dada a los adúlteros.

(29) *Ob. cit.* pág. 67.

sometiendo la pretensión al sistema contradictorio y, ante la ausencia de incapacitación previa “resultaría indispensable la incoación de un procedimiento de incapacitación, de cuya pretensión formará parte la solicitud de esterilización del incapaz”.

Y añade, y con toda lógica, que “carecería de sentido la hipótesis de que en trámite de jurisdicción voluntaria se acordase la esterilización del presunto incapaz y, en juicio contradictorio de menor cuantía, se denegase la incapacitación”.

No es pacífica esta cuestión; se sostiene por algunos autores⁽³⁰⁾ que bastaría con la concurrencia de una incapacidad real en el sujeto, con independencia de que esté o no declarada judicialmente.

En cualquier caso, la reforma ha cuidado, en materia tan delicada, de mantener unas garantías mínimas y unas cautelas imprescindibles; no otra cosa es que a la solicitud del representante legal se acredite en debida forma la existencia de la grave anomalía o deficiencia psíquica, la exigencia de dictámenes precisos y la intervención del Ministerio Fiscal⁽³¹⁾.

En cambio, en los números rojos debe apuntarse que se haya dejado pasar una ocasión como la ofrecida por la Ley Orgánica 3/89 para, de forma definitiva, regular el debatido problema del consentimiento, así como de las exigencias estimadas necesarias para la validez de su prestación.

Y, desde luego, indican algunos autores, con un criterio radicalmente distinto del hasta ahora preconizado por el legislador: éste, más o menos veladamente, se ha venido decantando por la irrelevancia del mismo; distinto por completo es el parecer de la moderna doctrina patria que, en manera mayoritaria, se pronuncia por la validez de aquella manifestación de voluntad.

La imprudencia punible

El propósito inicial de los autores de la Reforma 3/89 era limitado y concreto: se trataba de descriminalizar conductas constitutivas de faltas, principalmente; dar una nueva orientación a los delitos culposos y otorgar una regulación moderna al delito de lesiones.

En aras de aquel deseo despenalizador, el legislador estableció al frente de las modificaciones que introducía y como justificante y fundamento de las

(30) De este parecer son VIVES ANTÓN y ORTS B. *ob. cit.* 132.

(31) De conformidad a lo establecido en su Estatuto Orgánico de 30. diciembre. 1981, art. 3, p. 7.

mismas, el principio de intervención mínima, al que luego se aludirá, y ha llevado a cabo una reducción del Libro III, la parte del Código “que más claramente infringe el antedicho principio”⁽³²⁾.

Sin embargo, y pese a la riqueza de argumentos con que se ha querido justificar la eliminación de buen número de infracciones penales, se aprecia con claridad que la razón, encubierta, de esta reducción, no era otra que buscar alivio a la congestión de trabajo que pesa sobre los Juzgados penales.

Así, se han vaciado de contenido treinta y dos artículos relativos a las faltas, mas en el mayor número de casos la incidencia de esta supresión ha sido mínima, pues se trataba de infracciones que apenas si asomaban ante los órganos jurisdiccionales⁽³³⁾.

Por el contrario, la auténtica consecución del deseo del legislador ha tenido lugar, no a través de la supresión, sino mediante la simple alteración de las consecuencias materiales de las conductas imprudentes.

Se ha dado la paradoja, por tanto, que sólo variando aquellos resultados en una orientación concreta, los autores de la reforma han conseguido la ansiada meta de aligerar el Código y, sobre todo, agilizar la actividad judicial, más que con la eliminación de los restantes preceptos.

La nueva regulación de la imprudencia se ofrece en nuestro derecho positivo con las siguientes notas:

a.— se mantienen las tres clases de imprudencia secularmente admitidas, temeraria y simple y ésta con su división por el hecho de ir o no acompañada de infracción reglamentaria.

b.— se exige, para cada una de estas tres modalidades del actuar negligente, a los efectos de que puedan recibir consideración penal, la producción de un resultado que, de mediar dolo, constituiría delito.

c.— dentro de esta concepción, sólo la imprudencia calificada de temeraria debe ser estimada como delito.

Con este primer juego de factores se ha conseguido una sensible reducción de las infracciones penales leves, imprudentes, cuya persecución podía ser solicitada ante los juzgados de lo penal.

(32) Así lo entiende PORTERO GARCÍA, L. Ponencia presentada en el Congreso de Granada, noviembre de 1989.

(33) Es ésta quizá, la única y correcta aplicación del principio de intervención mínima. PORTERO GARCÍA, L. Ponencia citada.

Sin embargo, el legislador ha ido más lejos; no contento con las anteriores limitaciones, ha fijado una serie de condicionamientos como segundo escalón para que las conductas imprudentes puedan acceder a su enjuiciamiento por aquellos órganos:

a.— estableciendo como requisito de procedibilidad para las faltas de imprudencia, —arts. 586 bis y 600—, la previa denuncia del ofendido o perjudicado por la actuación negligente.

b.— en materia de daños, y al margen de si aquella actuación es temeraria o simple, señalando una cuantía a la que deben llegar los resultados materiales, a la que debe añadirse también la necesidad de denuncia previa⁽³⁴⁾.

Parece claro que se ha dado cima al criterio restrictivo que buscaba descargar de trabajo a los juzgados penales, en sus distintas categorías, y en este sentido es indudable que se ha agilizado la marcha de la Administración de Justicia.

Es dudoso que esta nueva situación sea comprendida, al menos de entrada, por aquellos que de ahora en adelante se verán obligados a resolver sus cuestiones por la vía civil, posiblemente con mayores gastos y sin considerable adelanto temporal en la tramitación.

A cambio, no cabe desconocer que la nueva regulación del artículo 565 se ofrece más clara y armónica que la anterior, pues elimina gran parte de las dudas surgidas por mor de la fórmula antigua: traduce en una sola regla el mandato imperativo de que nunca la penalidad de la culpa podrá siquiera, igualar la del delito doloso —frente a la duplicidad de reglas que se contenían antaño—, y se establece de manera general el libre arbitrio para la imposición de la pena, sin la entrada en juego para la imposición de la sanción penal, de las limitaciones del artículo 61.

Como contrapartida, dice Marchena, el criterio adoptado en materia de daños imprudentes no sólo es inadmisibile, sino que “introduce una desazonadora quiebra del principio de legalidad, y desde luego, ni las más apremiantes exigencias de política legislativa pueden justificar que el tipo del injusto se complemente por la vía gubernativa y en funciones de aseguramiento del parque móvil”.

(34) Deberá entenderse, y así lo hace la doctrina, que la referencia al Seguro Obligatorio, aun no siendo explícita la Ley, es el del Automóvil.

“Lo más grave, añade, es que la sumisión a un proceso penal o la postura de codemandado en un proceso civil pueda depender del precio de los accesorios de los vehículos involucrados en la colisión”.

No es posible desconocer la producción de consecuencias, derivadas de este nuevo sistema, que pugnan con los principios tradicionales de nuestro Derecho.

Para los casos de faltas contra la integridad corporal, el tiempo de sanidad puede servir, tanto para la curación del lesionado como para que tenga lugar el transcurso del necesario para la prescripción; el breve plazo de dos meses hará que en buen número de ocasiones haya que acudir a la vía civil, ante la exigencia de la denuncia.

A la inversa, el autor de la conducta imprudente, si la víctima no reclama o los daños no llegan a la cifra del seguro obligatorio, será objeto de reclamación civil, pero se verá libre de sanción penal aunque su actividad hubiera debido ser calificada de imprudente, y merecedora del reproche punitivo.

Y es que el legislador, pese a situar la pantalla justificante del principio de intervención mínima, se ha dejado llevar por razones exclusivamente pragmáticas, insinuando al perjudicado la “conveniencia” de acudir a la vía civil e, incluso buscando excluir ésta; el propósito último del legislador es que las partes arreglen sus diferencias a través de un acuerdo que excluya la intervención judicial.

Tan evidente eran esta situación y las medidas buscadas para eludirla, que el propio preámbulo de la ley tiene que reconocerlo, al hablar de “las imaginables consecuencias de agolpamiento ante los Tribunales de Justicia”.

El legislador, ante la actual situación de la Administración de Justicia, podía decidirse por una de estas tres soluciones:

- * mantener el estado de cosas como hasta ahora, lo que era inadmisibles pues significaba perpetuar el colapso de la maquinaria judicial.

- * crear nuevos juzgados que dieran satisfacción a los distintos problemas, y permitieran que la Justicia funcionara con la eficacia y rapidez deseadas; meta inalcanzable ante la forzada política de austeridad que se mantiene en cuanto al Poder Judicial, y

- * cortar por lo sano y, eliminando materias susceptibles de litigio ante los órganos penales, aliviar la carga y el trabajo de éstos.

Solución tan poco indicada como la primera, pero en definitiva la tomada por los autores de la reforma.

Es completamente cuestionable la manera en que se ha resuelto el problema que preocupaba a nuestros redactores legales; de un lado, han conseguido simplemente un desplazamiento del problema de agobio y agolpamiento, pues serán ahora los juzgados civiles los que se verán desbordados por la presencia de juicios verbales por reclamaciones de conductas imprudentes, derivadas de accidentes de tráfico.

Y no puede decirse que este cambio de destino no fuera visible, pues el mismo preámbulo se refería a que “el Derecho Privado está en condiciones de ofrecer soluciones suficientes”.

De otra parte cabe preguntarse si la consecución de los resultados perseguidos no será a costa de mermar en los ciudadanos la credibilidad en el Poder Judicial.

El trasiego de uno a otro órgano, sin ventajas en el cambio puede llegar a producir aquella sensación.

A su vez, el coartar el libre acceso a los juzgados penales, cuando se desprenda la comisión de una actividad claramente imprudente, dará origen igualmente a que no salga fortalecido el principio de la tutela judicial, que consagra la Constitución, y si se piensa que estas limitaciones tienen su origen en la ausencia de previsión y de sentido organizativo; en la búsqueda de posturas acomodaticias, eludiendo resolver los problemas de la manera adecuada, dejando que éstos se arreglen por sí solos en tiempos mejores, es claro que el ciudadano verá aún más disminuida su fe en la Justicia.

Y es que el mismo legislador favorece este espíritu derrotista cuando afirma que “este peculiarísimo sistema está destinado a desaparecer en su día”.

El principio de intervención mínima

Así como la reforma de 1983 situaba en primer lugar y como fundamento, en general, de las modificaciones que introducía, el principio de culpabilidad y concreción al hecho, la Ley 3/89 ha creído conveniente también fijar de entrada un criterio rector del que emana el espíritu que anima a la reforma.

En tal sentido encabeza el Preámbulo con la consagración del principio de Intervención mínima, señalando a renglón seguido un a modo de concep-

to y finalidad, al indicar que “en su virtud, el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no pueda ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena”.

Buena parte de la doctrina moderna y el Derecho Comparado, al recoger esta formulación, dotan al principio de referencia de un contenido más amplio, que trasciende y sobrepasa la mera lectura del enunciado anterior.

Dos funciones, en efecto, se entiende que deben atribuirse al criterio señalado de minimizar la intervención de Jueces y Tribunales:

a.— se trata, ante todo, de radiar de las páginas del Código, conductas que no son merecedoras de sanción punitiva, bien porque se declaren totalmente impunes, ya en cuanto deban ser objeto de sanción civil o administrativa.

b.— en segundo lugar, el derecho penal ha de actuar también, en aras del aludido principio, llevando a cabo una función despenalizadora respecto de comportamientos sujetos a su imperio, reduciendo su actividad y presencia al mínimo.

Esta segunda alternativa se identifica con la preocupación dominante en las legislaciones modernas en relación con el importante problema de la determinación de la pena y, en particular, con las llamadas penas cortas de privación de libertad.

Se afirma que cada día debe tenerse más en cuenta la relación entre el delito cometido y la personalidad del delincuente, de manera que sin que la conducta pierda su marchamo delictivo, el juzgador penal posea la virtualidad de eliminar u obviar la imposición de la sanción penal, cuando resulte claro que no es precisa para reprimir la acción cometida, reinsertar al culpable o satisfacer el orden jurídico perturbado.

Esta dualidad en que se diversifica el principio de intervención mínima está recogida en los Ordenamientos de numerosos países europeos, bien porque se ha suprimido el carácter típico de conductas antaño delictivas, o han sido sometidas a la potestad administrativa, ya porque se conceden amplias facultades al Juez para, dentro de una gama también amplia de posibilidades, tratar adecuadamente el hecho cometido.

De esta forma, al lado de Italia que en su Código de 1981 ha procedido en ciertos casos a una auténtica despenalización, otras legislaciones como Sue-

cia e Inglaterra (Criminal Justice Act 1972), han sustituido la sanción penal por un compromiso de buena conducta; por la prestación de un trabajo en favor de la Comunidad, o incluso, por una simple advertencia premonitoria de sanciones penales, caso de no producirse la enmienda.

Siempre buscando aquellos medios sustitutivos de las penas cortas de privación de libertad, en cuanto que manifestaciones de una intervención mínima, en Alemania y Portugal la imposición de la pena sólo tiene lugar a partir de determinados límites, cuando la adecuada ponderación de cada caso concreto demuestra la necesidad indispensable de su aplicación; a la misma finalidad se encamina el sistema de los días multa, tan grato a los países nórdicos.

Por lo que a nuestro Derecho Penal se refiere, la aplicación del repetido principio lo ha sido, hasta el momento, de forma restringida, frente a la concepción amplia que se observa en el resto del derecho, pues salvo algunos antecedentes relativos a la destipificación de los delitos de adulterio, conducción sin carnet y blasfemia⁽³⁵⁾, su manifestación más concreta no acae hasta la Ley 3/89, primera en alterar en profundidad el Libro III.

Queda así el ámbito de este principio limitado a las faltas y sólo en el sentido de supresión o trasvase a otras competencias; no se recoge la posibilidad de aplicarlo a las infracciones que revistan los caracteres de delito y sigue sin otorgarse al mismo una interpretación amplia que permitiera abordar, y solucionar, el problema de encontrar medios que reemplacen las penas cortas de privación de libertad, pese a su actualidad innegable⁽³⁶⁾.

En nuestro Derecho, la única alternativa válida hasta el momento, es la remisión condicional.

Las esperanzas depositadas en la pena de multa como medio para eludir las estancias cortas en prisión, se han desvanecido, tanto por la crónica insolencia de la pequeña y mediana delincuencia como también por el orden tajante de prioridades que establece el Código Penal, al dar lógica preferencia a la reparación y satisfacción al perjudicado, situando en primer plano las responsabilidades civiles frente al resto de obligaciones pecuniarias que, para el delincuente, puedan derivar de la infracción cometida.

(35) Hasta ahora los únicos supuestos de aplicación a las entidades con carácter de delito, del principio proclamado en el Preámbulo de la Ley, de intervención mínima, pues fuera de ello, se ha centrado en las faltas.

(36) Tal vez las sanciones de reprensión pública y privada pudieran haber sido utilizadas para esta finalidad de sustitución, particularmente en sanciones de multa o arresto menor; sin embargo, la reprensión privada fue radiada en la reforma de 1989.

Se ha hablado, incluso, por ciertos sectores de la inconstitucionalidad de la multa, en cuanto que su función pecuniaria se trueca, por mor del Código, en arresto sustitutorio caso de impago, estimando que se produce una vulneración del espíritu constitucional.

Afortunadamente, lo mismo el Tribunal Constitucional⁽³⁷⁾ que el Tribunal Supremo⁽³⁸⁾ al pronunciarse sobre esta materia, han salido al paso de interpretaciones subjetivistas, y han reiterado ambos la perfecta adecuación del texto punitivo a los postulados de la Carta Magna.

Por tres caminos llegan los autores de la Reforma de 1989 a la actualización de las faltas, o si se quiere, a la aplicación del principio de intervención mínima.

a.— por la vía de la absoluta despenalización, desde el momento en que las infracciones veniales desaparecen de las diversas ramas integrantes del Ordenamiento jurídico.

Así lo expresa el legislador, al manifestar que “están carentes de sentido, por haber desaparecido su razón de ser”.

b.— considerando que la regulación de ciertas materias está incluida en el Derecho Privado, “que está en condiciones de ofrecer garantías suficientes”.

Se elude de esta forma una duplicidad legislativa pues, como añade el Preámbulo, “la intervención del Derecho Penal comienza al mismo tiempo que la culpa contractual, cuya reclamación puede fundarse en el artículo 1902,... lo que muestra el exceso de presencia en esta materia, del aparato punitivo”.

c.— y, finalmente, sometiendo al poderío del Derecho Administrativo, que también está en condiciones de ofrecer soluciones suficientes, una serie de comportamientos cuya sumisión a la actividad sancionadora de la Administración “es perfectamente ajustable a las garantías constitucionales y a las competencias de las autoridades administrativas, desde la Administración Central a los Entes locales”.

Esta última cuestión no ofrece dudas en nuestro Ordenamiento Jurídico. La redacción clara y diáfana del artículo 25 de la Constitución no quiere decir sino que las garantías básicas que rigen en el Derecho Penal, traducidas principalmente en la máxima de legalidad, deben igualmente ser tenidas en cuen-

(37) Sentencia 19/88 de 16 de febrero.

(38) Sentencia de la Sala Segunda de 16 de febrero de 1988.

ta en la actividad sancionadora de la Administración, sin que ninguna de ellas pueda ser objeto de olvido.

Queda de esta suerte sometida la Administración a las garantías fundamentales del Derecho, y esta progresiva asimilación, que se lleva a cabo desde el punto de vista de la estructura interna como de los principios rectores y las garantías procesales, y tanto por la Legislación como por la Jurisprudencia, “no es otra cosa que el reconocimiento de una misma naturaleza material a la infracción penal y a la infracción administrativa”⁽³⁹⁾.

Ya lo ha reconocido la Jurisprudencia, al admitir la validez del non bis in idem, en los casos de duplicidad de sanciones, como al afirmar la subordinación de la Administración a los Tribunales de Justicia⁽⁴⁰⁾.

Vistas así las cosas y reconocida la restringida aplicación del proclamado principio de intervención mínima, en su primera aparición efectiva, sólo con un criterio de benevolencia puede considerarse plausible su presencia en el campo del Derecho Penal; su aplicación práctica lo ha sido en base al establecimiento de un sistema pragmático que, posiblemente, haya cercenado el derecho de los ciudadanos a la plena tutela judicial que consagra el Texto Constitucional.

La misma inconsistencia del sistema puesto en vigor se aprecia a través de las palabras y expresiones utilizadas por los autores de la reforma; palabras seguramente no debidamente meditadas pero cuya lectura permite comprender las anomalías legislativas y, también, los defectos que se contienen en la Ley 3/89.

No es de recibo, en efecto, que se diga que “la modificación de la falta de lesiones sólo resultaría coherente variando la parte fundamental de esta figura, y por este motivo se decide acabar con el viejo y defectuoso sistema de incriminación por el resultado”.

Se da a entender con ello que la nueva regulación del delito de lesiones encuentra la raíz de su modificación en la variación de la correlativa falta⁽⁴¹⁾, como si no hubiera bastantes motivos, autónomos y sustantivos, para proceder a la nueva normativa del delito.

Otro tanto cabe decir de la expresión, como la anterior contenida en el Preámbulo, que indica, en cuanto razón de la despenalización, “el hecho de-

(39) VIVES ANTÓN. *Reforma penal* cit. pág. 199.

(40) Sentencias 2/1981, de 30 de enero y 77/1981 de 3 de octubre.

(41) ZUGALDIA ESPINAR, ponencia citada.

mostrable de que fuera de lo punible se describen y sancionan conductas de entidad notoriamente superior a las que son objeto de infracciones penales”.

Con ello se está utilizando como sistema de valoración la comparación con otras conductas situadas extramuros del Código, en lugar del estudio intrínseco de la propia actividad punible⁽⁴²⁾.

Digna igualmente de estudio, y sin insistir pues ya se ha comentado, es la afirmación de “las imaginables consecuencias de agolpamiento ante los Tribunales de Justicia de muchos pequeños problemas que no merecen, ciertamente, el dispendio de tantos esfuerzos de los Poderes Públicos”.

Es indudable que un debido encauzamiento del “dispendio” a que se alude, permitiría llegar a soluciones hartamente más lógicas y constructivas que las adoptadas por la Ley de 21 de junio.

Digno broche a las anteriores y desafortunadas explicaciones lo es la siguiente opinión del legislador: “la solución más simple y tajante hubiera sido la supresión del Libro III”.

Es inadmisibles esta postrera adición a las razones que fundamentan las modificaciones introducidas, y en modo alguno puede considerarse de recibo.

Acertadamente se ha dicho que “esta supresión no encuentra principio alguno que la fundamente, ni siquiera es aconsejable. Más bien habría que invertir el proceso, en el sentido de que parte de las facultades sancionadoras de la Administración reviertan un día a la Justicia Penal, si es que ésta llega a alcanzar las notas de rapidez y eficacia deseables”⁽⁴³⁾.

Éste es, ciertamente, el deseo que, a la vista de lo expuesto, aparece tan difícil de conseguir.

En suma, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/89 de Actualización del Código Penal tiene, forzosamente, que ser calificada de incongruente, contradictoria con sus mismos principios inspiradores, con defectos técnicos de monta, errores de bulto y total ausencia de política criminal.

Se ha cedido por sus autores a presiones populares y emotivas, prescindiendo de la bondad jurídica de los preceptos incorporados o modificados, llegando así a resultados que oscurecen los escasos aspectos positivos que se encuentran en la nueva normativa.

(42) “Insólito descubrimiento del legislador, que poco dice en favor de la seguridad jurídica”. PORTERO GARCÍA, L. Ponencia citada.

(43) VIVES ANTÓN, *ob. cit.* pág. 202.

Por abundar en la falta de lógica y en las consecuencias que produce el apresuramiento y la ligereza, en una ley reformadora del Código Penal se contiene una disposición adicional, la sexta, que hace referencia a “las condiciones que deben reunir los Jueces para ser promocionados a Magistrados: de ella y su inclusión se ha escrito que “resulta absolutamente extravagante en el contexto general de la reforma”.

Ya el mismo Consejo del Poder Judicial la había calificado de provisional e inmadura⁽⁴⁴⁾ y el vocal Pablo Castellano, en voto particular y de manera clara y rotunda, aconsejó que no se llevara a cabo por cuanto podría aparecer como “oportunista y legitimadora de soluciones provisionales y de un aplazamiento definitivo de la reforma global de nuestro sistema penal”⁽⁴⁵⁾.

La última pincelada crítica procede con acierto, de Gimbernat, para quien la reforma no es otra cosa que un saqueo de textos legislativos.

“De la misma manera, dice, que el saqueo ha desplazado al anticipo, el caos de las reformas asistemáticas ha sustituido a la armonía que hubiera supuesto la prometida aprobación de un Código Penal completo, y el oportunismo, la improvisación y a veces, la demagogia, nos han hecho olvidar que existe otro criterio para reformar una ley penal: el de una política criminal que sabe lo que quiere y a dónde va.

Desdichado el penalista, concluye, que se ve forzado a asistir a este espectáculo”.

III. LA ESPERANZA DE UN NUEVO CÓDIGO PENAL

Al margen de los defectos apuntados en la rápida visión crítica de la Ley 3/89 de 21 de junio de Actualización del Código Penal, puede cargarse en el debe de la misma un motivo más para que la opinión en torno a la reforma sea claramente desfavorable: su publicación ha supuesto un nuevo retraso en la aparición del deseado y, por ahora inalcanzable, Código Penal.

Por desgracia y como se verá enseguida, esta postura de inactividad no es nueva, y ello aumenta los reproches hacia los autores de la mentada ley pues, conscientes de los precedentes que ya existían, han adoptado una vez más la

(44) En informe de 13 de octubre de 1988.

(45) Citado por ZUGALDIA, ponencia indicada.

cómoda inclinación del no querer hacer, dejando, para los legisladores que les sigan, la tarea, ciertamente difícil mas no imposible, de crear un nuevo Texto Punitivo.

Y es que, por paradoja, toda alteración del Código va acompañada del reconocimiento de aquella necesidad, del deseo de que pronto sea realidad y de explicaciones para justificar el dejarlo para otro momento.

Invariablymente se repite que la falta de tiempo, la ausencia de un estudio adecuado y la carencia de un amplio período de reflexión, impiden dar cima a la publicación del nuevo Código.

Sólo a título de ejemplo bastaría pasar revista a las siguientes afirmaciones legales:

La Comisión Jurídica Asesora, creada para la reforma de 1932, optó por el sistema de modificaciones parciales, alegando en favor de esta situación que “la gestación de un nuevo Código exige y requiere un dilatado período de tiempo, durante el cual el examen detenido del Proyecto, la crítica profesional y la misma opinión pública pongan de relieve los errores del mismo y salga a la luz, en lo posible, exento de imperfecciones”⁽⁴⁶⁾.

Posteriormente, la Ley de 19 de julio de 1944, al autorizar la publicación del texto refundido, alude a la reforma total del Código “como arduo empeño que requiere tiempo, por lo que es aconsejable, en espera de ese nuevo Código, proporcionar un nuevo texto en que se comprendan las disposiciones penales en vigor”, y la Ley de 23 de diciembre del mismo año reiteró que se está a la espera “de la reforma total del mismo”.

Son casi idénticas las palabras que se contienen en la Ley 79/61, de Bases para la revisión del texto penal: nuevamente se repite por sus autores que se está a la espera “de la reforma total de nuestro vigente sistema punitivo”.

El cambio político operado en España no supuso variación en el criterio legislativo, quizá la única excepción a la afirmación de que los cambios de esta índole se extienden a todos los campos del derecho: la Ley 8/83 de 25 de junio aplazó nuevamente la tarea de revisión del Código Penal, por “la necesidad de disponer de tiempo, ya que es tarea que requiere un período de reflexión más profundo”.

Es clara la consecuencia que se desprende de esta trayectoria: el legislador español no sabe, no quiere o no puede redactar y construir un Código Pe-

(46) GIMBERNAT ORDEIG. *Código Penal*. Tecnos. 1989, pág. 15.

nal de nueva planta y, para cubrirse, acude al sistema de echar balones fuera, siguiendo invariablemente el sistema de reformas parciales, con un resultado lamentable.

A fuerza de tantos retoques, procedentes de épocas diversas, surgidos bajo condicionamientos políticos y sociales distintos, el actual Código Penal patrio aparece como una combinación de principios heterogéneos, en ocasiones en contradicción evidente, que sumen al intérprete en un mar de confusiones y dudas.

Así, se proclama de una parte el principio de culpabilidad y concreción al hecho⁽⁴⁷⁾ y, sin embargo, se mantienen supuestos de penalidad exacerbada, impuesta al margen de la intencionalidad del agente; se construye el edificio penal en base al sagrado principio de legalidad, mas se conservan casos que deben estimarse de interpretación extensiva, cuando no de aplicación analógica⁽⁴⁸⁾; se incorpora el principio de intervención mínima, y ya quedó indicado que el criterio para su efectividad ha sido parcial, arbitrario y puramente pragmático; se conservan delitos carentes de razón de ser y se crean nuevas figuras innecesarias⁽⁴⁹⁾; se intensifica la lucha contra el tráfico de drogas, y se trata con guante de seda al delincuente que actúa influenciado por la misma⁽⁵⁰⁾; se olvida la regulación de eventos de singular importancia, como los delitos de informática y las infracciones urbanísticas, merecedoras de una evidente sanción penal, para lo que habría que considerar la inclusión de las mismas en el texto punitivo; se habla recientemente del tráfico de influencias, intentando a toro pasado tipificar conductas ya hace tiempo dignas de aparecer en las páginas del Código; no se han variado penas que, desde muchos aspectos se consideran excesivas, y sigue siendo una laguna lamentable en nuestro Derecho Penal el silencio que reina en torno a la construcción de un sistema que asegure, a las víctimas del delito, la posibilidad real y efectiva de un resarcimiento⁽⁵¹⁾.

Sigue, pues, como indica Serrano, escuchándose el lejano eco histórico de la necesidad de un nuevo Código Penal, sin que su aparición pueda presumirse, racionalmente, sino dentro de unos años, mas no con perspectivas de proximidad⁽⁵²⁾.

(47) PUIG PEÑA, F. Derecho penal. Parte General. ob. cit. pág. 110.

(48) Es el caso de los artículos 348 y 488.

(49) Artículo 131.

(50) El mantenimiento de la figura de atentado, sancionada con pena similar al homicidio; en cambio, no se rebaja la penalidad de las malversaciones que pueden alcanzar también la cota de reclusión menor.

(51) Artículo 93 bis.

(52) Desde Ferri, se ha propugnado una eficaz protección a las víctimas del delito, todavía no conseguida.

Hasta tal punto ha calado esta situación en la doctrina patria que ilustres autores hablan de la necesidad, “inevitable, de ir acostumbrándose a la reforma penal de cada día” ya que la expectativa de un Código Penal ha caído en el olvido, y da la impresión de que el legislador no piensa sino en la reforma coyuntural oportuna, sin reflexionar acerca de la coordinación de la misma con el resto del entorno que ofrecen los principios penales, reflejados en el texto legal⁽⁵³⁾.

Ni siquiera el propio legislador se ha atrevido a la publicación, y consiguiente entrada en vigor, de las reformas que tuvieron lugar en 1980, primero⁽⁵⁴⁾, y posteriormente con la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal⁽⁵⁵⁾.

EL ARTÍCULO 487 BIS DEL CÓDIGO PENAL: LA NUEVA PRISIÓN POR DEUDAS

El conjunto de derechos y obligaciones dimanantes de la relación familiar, y en especial los surgidos de las esferas conyugal y filial, han permanecido tradicionalmente sujetos al imperio del Derecho Civil, procesal y sustantivo, sin trascendencia penal salvo algún caso aislado como el adulterio, que el legislador creyó conveniente llevar al texto punitivo⁽⁵⁶⁾.

Esta marginación, justificada como apunta Muñoz Conde, por considerar que una excesiva intromisión del Estado en el ámbito familiar, pudiera tener funestas consecuencias, fue la idea dominante en la época de la Codificación penal del siglo XIX influida por el espíritu liberal del momento⁽⁵⁷⁾.

Con la aparición de nuevas tendencias e ideologías, opuestas a las vigentes hasta entonces, cambió radicalmente esta concepción:

Francia, con su famosa Ley de 7 de marzo de 1924, primero, y a continuación el Código Federal suizo, de 21 de diciembre de 1937 y Bélgica, con la reforma de enero de 1939, fueron las naciones pioneras en abrir brecha en

(53) MUÑOZ CONDE, F. *ob. cit.* pág. 17.

(54) RODRÍGUEZ DE VESA, J.M. calificó al Proyecto de 1980 como “la pieza más vergonzosa de nuestra trayectoria jurídico penal desde 1848. *Derecho Penal*. Parte general. Madrid. Dickinson. pág. 149.

(55) En su preámbulo se reconoce al P. de 1980 como uno de “los antecedentes a estudiar”.

(56) En armonía con la eliminación del uxoricidio del art. 428, fue igualmente suprimido.

(57) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*. Valencia, pág. 164.

las teorías no intervencionistas, pasando a otorgar a la familia una protección penal específica.

El Derecho español no permaneció indiferente a estos movimientos, y así la Ley de 2 de marzo de 1932 atribuyó carácter penal al incumplimiento de pago de pensiones alimenticias y con el régimen surgido a raíz del movimiento militar de julio de 1936 se dictó la Ley de 2 de marzo de 1942 que introdujo en nuestro Derecho positivo la figura del abandono de familia, dando origen al artículo 487⁽⁵⁸⁾.

Este precepto fue objeto de diversas modificaciones por las sucesivas reformas operadas en el texto legal; el D. 163/63 adicionó el último párrafo, relativo a la forma de persecución y, lógicamente, a la posibilidad de extinción mediante el perdón del ofendido, admitiendo la figura del perdón presunto; la Reforma 8/83 alteró este último inciso, suprimiendo también toda referencia a la autoridad marital⁽⁵⁹⁾ y, la postrera, por ahora, modificación del Código ha llevado a cabo dos importantes variaciones:

ha suprimido la exigencia legal de que se dejaren de cumplir los deberes, “pudiendo hacerlo”.

ha sustituido la expresión “el culpable”, por la de “el que dejare de prestar”, lo que resuelve la discusión mantenida acerca de si el segundo párrafo estaba subordinado al primero o debía estimarse autónomo, decantándose en este sentido a virtud de la modificación dicha.

En la actualidad, y en base a las alteraciones que han puesto manos en el texto legal, así ha quedado la redacción del aludido artículo 487:

“Será castigado el que dejare de cumplir los deberes legales inherentes a la patria potestad, la tutela y el matrimonio, en los casos siguientes:

1. si abandonare maliciosamente el domicilio familiar.
2. si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviere por causa su conducta desordenada.

El que dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o a su cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser respecto al último, que estuvieren separados por causa imputable al referido cónyuge, será castigado...

(58) Plenamente justificada desde todos los planos, dice PUIG PEÑA; F. *Derecho Penal*. Parte especial, pág. 514.

(59) Lógico, habida cuenta del principio de igualdad de la Constitución y el Código Civil, en materia matrimonial.

En todo caso, el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad o de tutela que tuviere el reo.

El delito previsto en este artículo se perseguirá mediante denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal.

El perdón expreso o presunto del ofendido, extingue la acción penal. Dicho perdón necesitará, oído el Ministerio Fiscal, ser aprobado por el tribunal competente”.

La conducta transcrita viene caracterizada por las siguientes notas:

Aparecen claramente delimitados los elementos personales de la infracción, desde el aspecto activo y pasivo.

Igualmente determinada resulta la esencia del delito: es el incumplimiento sólo de los deberes legales, lo que la origina.

La dejación, en cuanto al sustento indispensable se refiere, se independiza del abandono en general, del primer párrafo.

Procesalmente, el delito de abandono de familia se configura como semiprivado: requiere denuncia del agraviado o, en su caso, del Ministerio Fiscal.

En armonía con lo anterior, se admite la posibilidad del perdón del ofendido, con plena eficacia extintiva, y pudiendo ser expreso o presunto⁽⁶⁰⁾.

No ha parecido bastante a los autores de la reforma de 1989 la preexistencia de la señalada figura delictiva, para considerar suficiente la protección dispensada a la familia.

Las modificaciones operadas en materia matrimonial a virtud de la Ley 7/81, de 7 de julio, en el Código Civil y en materia procedimental, han puesto sobre el tapete la realidad innegable del incumplimiento de las prestaciones pactadas, ya sea en Convenio aprobado por la autoridad judicial, ya en resolución de ésta para los casos de falta de acuerdo, al sustanciarse los Autos por la vía adjetiva de la Disposición Adicional Quinta.

El Preámbulo de la Ley 3/89 expresa con claridad la preocupación que ha motivado la aparición de esta nueva conducta delictiva: la necesidad de prestar la máxima atención a los miembros económicamente débiles de la unidad familiar, frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a

(60) La modalidad presunta choca con el criterio no sólo de la Doctrina sí que también del Tribunal Supremo.

prestarlos, “intentando así otorgar la máxima protección a quienes, en las crisis matrimoniales, padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella índole”.

La evidencia de estas situaciones no ha pasado desapercibida a la doctrina más reciente, aunque difieran las opiniones acerca de la bondad jurídica de la fórmula legal empleada.

Vives Antón y Boix Reig aluden a “los generalizados incumplimientos de pensiones alimenticias, establecidas con motivo de una separación legal, divorcio o nulidad del matrimonio, dando lugar en ocasiones a situaciones angustiosas por parte de quien tiene que percibirlas, han hecho que se promoviera la tipificación de estas conductas, tal vez con la esperanza de que provoque un efecto intimidatorio que haga que los pertinaces cesen en su actitud de abandono de sus hijos o de quien fue su cónyuge”⁽⁶¹⁾.

Por su parte, Marchena Gómez indica que “la necesidad de un precepto como el artículo 487 bis resultaba insoslayable; además de ser insuficiente la cobertura ofrecida por el artículo 487, era obvia la necesidad de una mayor contundencia a la hora de sancionar la culpable exoneración de los deberes económico-sociales derivados de los procesos matrimoniales”⁽⁶²⁾.

“La picaresca de todos conocida ha convertido, en muchos casos, en papel mojado, las resoluciones judiciales en procedimientos de separación, nulidad o divorcio, en las que se acuerdan pensiones a favor del cónyuge o de los hijos, dando lugar a situaciones verdaderamente penosas”⁽⁶³⁾.

La lógica de estas razones es innegable; lo discutible es que el legislador haya escogido el camino adecuado para darles satisfacción, y esto ha motivado, junto a la misma redacción del nuevo precepto, que las críticas surgidas aparezcan presididas por un sentido desfavorable.

El nuevo artículo 487 bis dispone:

“El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o de sus hijos, establecida en Convenio judicialmente aprobado, o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, nulidad del matrimonio o divorcio, será castigado...”

(61) *Ob. cit.* pág. 170.

(62) *Ob. cit.* pág. 117.

(63) Ponencia citada de ZUGALDIA ESPINAR.

La innovación que el aludido artículo supone, debe entenderse en cuanto que se trata de una conducta inserta por vez primera en el Código Penal, mas ello no permite afirmar la ausencia de precedentes en nuestro Derecho.

Antes bien la referida disposición no es otra cosa que el traslado en el tiempo de lo que ya estableció la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 de la Constitución de 3 de diciembre de 1931⁽⁶⁴⁾, y del clima político y religioso que presidió la corta vida de la Segunda República⁽⁶⁵⁾.

El legislador de la época previó las consecuencias que podrían derivar de la nueva regulación del matrimonio y, antes de que se produjeran, marcó con el acento delictivo, el incumplimiento de las prestaciones que en ella se imponían a los cónyuges.

El artículo 34 de la mencionada Ley de Divorcio, señalaba:

“El cónyuge divorciado que, viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud de convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, dejare culpablemente de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena...

La reincidencia será castigada...”

La comparación entre los dos preceptos transcritos parece ofrecer un saldo favorable a los autores de la Reforma de 1989.

Era natural esperar que así fuera, teniendo en cuenta que ya existía un modelo precedente que bastaba copiar, con las adiciones o correcciones que se estimase necesarias, máxime si se piensa que, a diferencia de la redacción republicana, el artículo 487 bis fue redactado cuando ya habían surgido los incumplimientos que hacían necesaria su inclusión en el Código; los autores de la Ley del 32 previeron aquellos problemas, dándoles solución anticipada.

Hay entre ambas disposiciones sensibles diferencias:

el artículo 487 bis supone, ante su precedente, una ampliación en un doble aspecto; considera incursos en la conducta al cónyuge divorciado, sí que también al separado, e incluye los casos de nulidad matrimonial; de otra, extiende el ámbito del impago, en el módulo temporal, a los seis meses no consecutivos.

(64) Se establecía que el Estado español no tiene religión oficial, y en el 43 la igualdad de sexos en el matrimonio.

(65) La Ley de 2 de marzo de 1932 fue derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939.

Admitida la realidad innegable de la ausencia de pago de aquellas prestaciones devenidas firmes a través de la resolución judicial, la cuestión a dilucidar es clara: la doctrina se pregunta si el nuevo precepto ha traído la solución más idónea, o bien podían haberse arbitrado otros, o si cualquiera de ambos caminos resultaba innecesario por ofrecer el Ordenamiento jurídico expedientes adecuados para atender satisfactoriamente aquellas situaciones, lo que derivaría en considerar superflua la incorporación al texto legal de la nueva conducta típica.

Tres han sido, principalmente, las propuestas de los autores patrios, encarnadas en otros tantos artículos, para afirmar que el 487 bis nada ha solucionado pues los problemas que pretende resolver eran perfectamente asumibles por las disposiciones del Código Penal relativas a los delitos de desobediencia, del artículo 237; al lado de esta solución, se podía dar entrada a la figura del alzamiento de bienes del artículo 519 y, en un extremo, mediante el juego del mismo 487 en su segundo párrafo.

Escribe en este sentido Muñoz Conde que “el incumplimiento de las decisiones judiciales podía ser considerado, con anterioridad a la reforma, como un delito de desobediencia, del artículo 237”, contemplando incluso la existencia de un concurso delictivo, al derivar de una sola acción distintas infracciones penales⁽⁶⁶⁾.

La duda acerca de si en estos casos debería aplicarse el concurso real o el ideal, parece que debe decantarse en este segundo aspecto, al tratarse de bienes jurídicos distintos y no agotar ninguno de los tipos el contenido total del actuar ilícito.

Vives Antón se pronuncia en parecido sentido, para el caso de que no sea posible acudir a expedientes que permitan incardinar la conducta del cónyuge culpable y refractario al pago de las pensiones, en algunas de las figuras contra la propiedad, si bien haciendo la lógica salvedad de que “la desobediencia se concretará en la actitud del sujeto rebelde ante el previo requerimiento que se le haga”⁽⁶⁷⁾.

No participa de esta idea Marchena Gómez; para el ilustre publicista “la existencia de una resolución judicial que se incumple, no permite sin más, acercar el delito del artículo 487 bis a una forma de desobediencia a la autoridad judicial”. La falta de un ánimo específico de menospreciar la autoridad encar-

(66) *Ob. cit.* pág. 118.

(67) *Ob. cit.* 172.

nada por el titular del órgano jurisdiccional, parece ser la razón que inclina al citado autor a eliminar la posibilidad de asimilación que predica el resto de la doctrina⁽⁶⁸⁾.

Discutible parece esta postura negativa, pues si bien es cierto que el motivo último del impago vendrá determinado por razones económicas, o de animadversión hacia el otro cónyuge, e incluso de simple revancha por el posible incumplimiento de la otra parte de sus deberes, también consignados, indudable es que comunicada aquella decisión judicial, con más el apercibimiento correspondiente, el olvido deliberado de la misma reúne todas las características que abonan su inclusión en el delito de desobediencia.

Las conductas sancionadas por el legislador en el artículo 519, relativas al alzamiento de bienes, han sido estimadas aptas para acoger la nueva situación de impago de las pensiones; en puridad de principios no parece haber obstáculos que lo impidan.

No obstante, la picaresca a que aludía Zubeldia podrá descubrir sistemas de impago que funcionen sin la ocultación de bienes que es la característica del delito de alzamiento; fuera de estos casos, la existencia de una obligación previa, conocida del deudor y que elude mediante el artificioso juego de la desaparición de sus bienes, es base suficiente para llevar la conducta del cónyuge insolitario al terreno delictivo que se preconiza.

Siempre en aras de demostrar la innecesariedad del nuevo precepto, se ha buscado por diversos autores el acomodo del mismo en el supuesto, ya previsto por la ley, que le precede de manera inmediata: el párrafo segundo del artículo 487.

A favor de esta postura está el hecho de que la Ley 3/89, ha resuelto las dudas a propósito de si este segundo apartado estaba vinculado o no al primero, y en base a la fórmula empleada hay que deducir que no existe aquella dependencia.

Aun así, no basta para afirmar que el mencionado segundo inciso del artículo mencionado sirva plenamente para dar cobijo a la nueva infracción delictiva haciendo superflua la presencia del artículo 487 bis; sería preciso una modificación profunda de aquél.

El artículo 487 se refiere a la falta de prestación del sustento indispensable sin que las partidas económicas a que se alude en el nuevo precepto tengan

(68) *Ob. cit.* pág. 118.

todas este significado; así se desprende de la superior penalidad del artículo 487.

No están previstos en dicho artículo los casos de divorcio, lo que determinaría una ampliación previa y, finalmente, el citado precepto 487 configura un delito semiprivado, perseguible sólo mediante denuncia, con la lógica consecuencia de dar relieve al perdón del ofendido; ninguna de estas dos especiales notas pueden apreciarse en el delito de nueva creación.

Resultan demasiados inconvenientes y obstáculos a salvar para poder incluir en el artículo ya existente, una conducta que presenta frontales diferencias con ella.

La paradoja surge cuando de un examen a fondo, que no superficial, se observa la ligereza —moneda corriente en el actuar del legislador— con que ha procedido en el presente caso, y que explica los esfuerzos de la doctrina por encontrarle encaje legal entre las figuras existentes, a la creación de nuevo cuño.

Y es que no era preciso este incesante afán doctrinal para paliar los defectos de técnica y fondo que se descubren en el nuevo artículo 487 bis; su innecesariedad quedaba patente si los órganos judiciales hubieran ajustado su actuación a las normas legales, dando cumplimiento a las mismas.

Resulta que el artículo 91 del Código Civil, dictado para los casos de disolución, separación o nulidad del matrimonio, impone al Juez que determine las “cautelas y garantías necesarias respectivas”, e idéntica obligación se dispone en el 93, al fijar con carácter imperativo, que “adoptará las medidas convenientes para asegurar las prestaciones económicas”, a que se refiere este precepto.

Incluso en razón de las medidas provisionales que se hayan interesado, también debe establecer “las bases para la actualización de cantidades, y disponer las garantías, depósitos, retenciones y otras medidas cautelares convenientes” a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos haya de abonar un cónyuge a otro.

De todo lo anterior, se desprende que, no obstante contar el Juez Civil con los elementos necesarios para conseguir que las obligaciones fijadas en el Convenio, o en la resolución judicial oportuna, adquieran la eficacia precisa, se ha preferido la solución más cómoda, consistente en despreciar aquellas me-

didadas y acudir al expediente de la configuración delictiva, con olvido de que el derecho penal representa un recurso extremo⁽⁶⁹⁾.

La solución legislativa pugna frontalmente con el repetido principio de intervención mínima, tan reiteradamente proclamado; esta vulneración ofrece caracteres acusados si se piensa que la aplicación del mismo ha tenido lugar, simplemente, por no haber actuado los mecanismos establecidos en el texto legal, con el rigor necesario: la dejadez y la rutina han tomado carta de naturaleza, y han sido sustituidas por el recurso postrero que supone acudir al Derecho Penal.

Con razón se pregunta la doctrina si no sería más eficaz “un sistema que garantiza el pago, y más aún cuando se dispone de medios jurídicos suficientes para ello, que el que se basa sólo en la respuesta penal, con lo que de desprotección real lleva para el ciudadano”⁽⁷⁰⁾.

Y es que, como señala Zubeldia, diversos colectivos sociales, ante la auténtica falta de eficacia de las resoluciones judiciales relativas al pago de prestaciones económicas por parte del obligado⁽⁷¹⁾, han llegado a solicitar de la Administración la creación de un Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones, de forma que sea el Estado quien adelante las cantidades que, en tales conceptos, se adeuden al cónyuge o a los hijos, subrogándose a continuación el Estado frente a quienes incumplen la obligación de satisfacer las prestaciones indicadas.

La respuesta del Estado a esta situación de clamor popular no se ha hecho esperar, si bien ha llegado “por el camino más fácil y probablemente el más inútil: la creación del delito de impago de pensiones”⁽⁷²⁾.

Del contenido del artículo 487 bis, resulta inevitable realizar una serie de consideraciones, ante las dificultades que, presumiblemente, originará su interpretación, y que unidas a su falta de oportunidad, van a permitir llegar a la conclusión de que apenas recibirá aplicación práctica, ello al margen de errores técnicos y jurídicos de relevancia.

De entrada, su ámbito queda claramente delimitado a los supuestos taxativamente marcados: separación, nulidad del matrimonio y divorcio.

(69) Así parece desprenderse de la proclamación del principio de intervención mínima. VIVES ANTÓN y BOIX REIG. *Ob. cit.* pág. 171.

(70) VIVES ANTÓN y BOIX REIG. *Ob. cit.* pág. 171.

(71) Instituto de la Mujer; Asociaciones de Mujeres Separadas.

(72) VIVES ANTÓN. *Ob. cit.* pág. 173.

De aquí resulta una doble exclusión, cuales son las uniones de hecho, y las medidas provisionales, acordadas en resolución judicial.

En cuanto a éstas y aunque los autores patrios no marchen de acuerdo, su no inclusión en el campo de la nueva conducta delictiva se impone por la naturaleza y sentido tanto del nuevo precepto como de aquellas medidas.

Tienen, en efecto, carácter puramente temporal pues, por disposición expresa del Código Civil, su vigencia y efectividad están condicionadas a que se presente la demanda dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptadas.

Es claro, ante lo anterior, que la mayor extensión del ámbito temporal que entraña el artículo 487 bis, no podrá encajar en tal precepto el impago de las referidas medidas.

Harto más delicada es la cuestión de las uniones puramente de hecho, productoras de efectos que no pueden ser desconocidos para el legislador, y que ya han aparecido en diversos campos del derecho, otorgando protección a quienes se encuentran en alguna de estas situaciones.

Pese a ello y sin tener en cuenta en estos casos la innegable realidad de generación de derechos y obligaciones, la postura legislativa ha sido de cautela a la hora de atender las consecuencias derivadas de uniones puramente materiales, que pueden desembocar en resultados similares a los bendecidos por la Iglesia o autenticados por la autoridad judicial.

La fórmula legal obliga a una respuesta tajante sobre este punto: cualquiera que sea el acuerdo entre los elementos personales de estas uniones y la forma que revista, y aunque pueda llegarse a la imposición de la paternidad a consecuencia de la investigación practicada, todo esto podrá traducirse en obligaciones puramente civiles.

La redacción clara del artículo 487 bis veda, de manera resuelta, la atención a estas necesidades por la vía del mencionado artículo.

Una razón más para poner en duda, no solamente la oportunidad y eficacia de esta nueva conducta, sí que también su constitucionalidad al encerrar un evidente trato discriminatorio⁽⁷³⁾.

La esencia de la conducta delictiva se traduce en la no satisfacción de aquellas prestaciones, sancionadas por la autoridad judicial, con la nota de que

(73) El Código Civil atribuye identidad de derechos a los hijos extramatrimoniales.

basta el impago de cualquier tipo de las mismas, conforme al texto legal, para la exigencia de responsabilidad penal.

Siempre habrán de excluirse, dice Marchena, aquellas cantidades que respondan a litis expensas, como también aquellas otras que traigan causa de las liquidaciones a practicar entre las partes, singularmente las derivadas de la sociedad de gananciales, al tramitarse su desaparición⁽⁷⁴⁾.

Esta interpretación restrictiva tiene su fundamento en la misma naturaleza del nuevo tipo penal, ya que la finalidad perseguida era evitar la insatisfacción de las pensiones alimenticias, en el sentido amplio que a esta obligación atribuyen los artículos 142 y siguientes del texto civil; cualquier otro concepto no podrá ser estimado e incluido como cifra de la que pueda generarse una acción delictiva.

Llama en este punto la atención del intérprete que sólo las obligaciones económicas hayan sido tenidas en cuenta por los autores de la reforma, con menosprecio de aquellas otras que, como el régimen de visitas, puedan producir por su incumplimiento efectos tan traumáticos como las pecuniarias.

La explicación puede encontrarse en el origen de este nuevo artículo, tan sentimental: creado para velar por los derechos de “la cónyuge”, quien tendrá por regla general a su cuidado a la prole, no mereció la pena para el legislador elevar a tipo punible que aquélla no permitiera al marido —o ex marido— las visitas a los hijos comunes.

No se explica la doctrina patria la razón del brusco cambio en orden a la naturaleza de esta nueva conducta, convertida en pública y perseguible de oficio, al lado de la postura tradicional que en materia de abandono de familia había sido, y sigue siendo para el artículo 487, privada, perseguible mediante denuncia de la parte ofendida.

Este nuevo sentido choca de manera frontal con las realidades diarias, pues el incumplimiento punible llegará a oídos del Juez o del Fiscal a través de la denuncia del favorecido por la resolución judicial; y si éste es el camino normal para tener conocimiento de su incumplimiento, no es fácilmente explicable el motivo de los autores de la reforma para apartarse de la línea tradicional hasta ahora mantenida.

En consecuencia y como no se trata de una omisión voluntaria, habrá que concluir que aquellos órganos, Juez y Fiscal, que tengan noticia de la co-

(74) *Ob. cit.* pág. 120.

misión de estas omisiones, podrán instar la apertura de las correspondientes diligencias, aunque la parte perjudicada no estuviera totalmente decidida a promover la acción penal, lo que es posible en esta materia privada y familiar, pues no debe olvidarse lo que supone para los hijos presenciar cómo uno de sus progenitores, con más o menos razón, inicia un proceso criminal contra el otro que puede terminar con una condena de privación de libertad.

Mas, aparte de estas consideraciones morales y éticas, de la actual estimativa del delito como perseguible de oficio, se desprenden estas consecuencias:

a.— resulta difícilmente explicable la colocación de esta figura en el marco de los delitos contra la libertad y seguridad, cuando lo que se quiere garantizar es la estabilidad económica de la familia.

Sin olvidar que, incluso el impago por el obligado puede no afectar a estos derechos, si los destinatarios de las pensiones cuentan con medios económicos bastantes, de forma que aquellos intereses puedan no resultar afectados.

b.— al lado de esta consideración de índole teórica y simplemente demostrativa de la ausencia de tecnicismo adecuado, y de olvido de política criminal, se desprende otra consecuencia de mayor entidad, cual es la de que la renuncia o perdón del presunto perjudicado, ya no podrá producir efecto alguno extintivo de la responsabilidad criminal.

Es éste un aspecto o derivación que marcha en frontal contradicción con el tratamiento tradicional que han recibido los delitos de abandono de familia, en los que llegaba a admitirse, y continúa abierta, la posibilidad del perdón presunto, con más amplitud, si cabe, que en la forma originaria de aparición de esta modalidad extintiva⁽⁷⁵⁾.

Bajo otro aspecto a considerar, es sobradamente conocido que la responsabilidad civil corre pareja con la criminal, si bien pudiendo disociarse, y que el abono de aquélla no impide la continuación de la acción penal.

Sin embargo, y tratándose de este delito, se da una reunión o confusión total entre ambas modalidades derivadas del actuar delictivo, por lo que el pago de las prestaciones reclamadas podría o debería producir la extinción de la responsabilidad criminal.

Aquí radica la auténtica fuente de los problemas nacidos del nuevo tipo delictivo, y se evidencia también la falta de atención del legislador y la ligereza con que ha procedido por mor de su incesante afán innovador.

(75) El perdón presunto, inicialmente, se contraía al retorno al hogar conyugal.

Quiérase o no, estamos en presencia de obligaciones nacidas exclusivamente en la vía civil; en ella y para el caso de incumplimiento de las mismas, el pago o su consignación impide el ejercicio de las correspondientes acciones, como establecen el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento.

Habrà, pues, que plantearse qué sucederá cuando el obligado, después de haber insatisfecho pagos en la medida y cuantía temporal que señala el artículo 487 bis acude motu proprio a consignar o simplemente, hacer entrega de las cantidades adeudadas, antes o, incluso ya iniciadas las diligencias criminales.

A diferencia de otros casos previstos en el Código, que permiten la extinción de la acción penal por entrega del importe, bajo determinadas condiciones⁽⁷⁶⁾ nada dice en este punto el artículo que se comenta, pero es dable pensar que para tales supuestos, el referido pago debe ser estimado como excusa absolutoria, con la consecuencia de poder enervar la acción penal.

Mantener un punto de vista contrario sería hacer de peor condición a este obligado que, por ejemplo, al librador de un talón sin fondos que satisfaga su importe⁽⁷⁷⁾ o bien olvidar que, en torno a determinados delitos cometidos entre miembros del clan familiar, únicamente se genera responsabilidad civil, que no criminal, a tenor del artículo 564.

Y sin embargo, a esta solución lógica y humana se opone la actual configuración del 487 bis, del que se desprende que, iniciado un procedimiento con arreglo al mencionado artículo, la sola conclusión posible será la sentencia condenatoria, al margen del abono de las prestaciones que dieron lugar a su incoación.

Es en la prudencia y en el buen sentido de los Jueces donde se encontrará el lenitivo adecuado para evitar que prosperen y lleguen a la situación de condena, situaciones que en modo alguno merecen desembocar en esta tesitura extrema, y siempre sin olvidar la teoría del derecho, de la que ya se ha hecho aplicación en la práctica judicial.

Tiene asimismo particular importancia una cuestión concreta: el obligado a satisfacer las prestaciones puede encontrarse en situación que le haga difícil, por no decir imposible, el cumplimiento a que viene constreñido por la resolución judicial.

(76) Delito de cheque sin fondos, del artículo 563 bis.

(77) El abono determina la extinción de la acción penal.

Es evidente que, en tales casos, el Derecho no puede permanecer indiferente ante unas hipótesis que la vida real puede presentar y de hecho, muestra con frecuencia.

La situación de paro, la quiebra, suspensión de pago o regulación de empleo, las crisis turísticas o la marcha cuesta abajo del negocio son acontecimientos que a diario suceden y, que si recaen sobre quien resultó ser deudor a virtud de las causas legales, que deben ser necesariamente tenidas en cuenta.

Para ello y ante la inflexibilidad de que hace gala el artículo 487 bis, existe un remedio lógico ofrecido por el mismo derecho civil, mediante el expediente de instar la modificación de las medidas en su momento adoptadas, a tenor del artículo 90, y sin olvidar que ese mismo Código, haciendo gala de un sentido más humano y realista, ha tomado en consideración causas concretas que imponen la variación de las prestaciones fijadas⁽⁷⁸⁾.

No será suficiente la simple declaración de encontrarse sin medios bastantes; a esta manifestación habrá que acompañar la solicitud en el cambio de las prestaciones al principio acordadas y, así realizado, es evidente que supondrá un freno para injustas incriminaciones delictivas.

Una vez más se pone de relieve la base eminentemente civilística que late en el fondo de la nueva tipología penal y que debe condicionar, por tanto, el tratamiento de estas conductas⁽⁷⁹⁾.

No aparece resuelta, y es otra cuestión a debatir que demuestra la defectuosa redacción legal, si los Jueces de lo penal, a quienes corresponderá el conocimiento de estas conductas⁽⁸⁰⁾, si llegaren a sancionar la omisión descrita en el artículo 487 bis, podrán igualmente en la sentencia establecer el pago de las prestaciones no satisfechas, por la vía de responsabilidad civil.

Conocida es a estos efectos la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, expresiva de que la sentencia penal no puede pronunciarse⁽⁸¹⁾ sobre el pago de deudas civiles, ya que siempre queda abierta la vía de este orden para su reclamación.

(78) Tal es el caso del artículo 100 del C.C.

(79) La necesidad de un fondo civilista en el derecho penal es reconocida de modo general por la doctrina.

(80) De acuerdo a las normas de la Ley 7/88 de 28 de diciembre, en razón de la pena señalada al delito.

(81) Ss. de 4 de mayo de 1976 y 12 de febrero de 1981 que, en relación al delito de talón sin fondos, señalan que la deuda civil originaria no puede reflejarse en la sentencia por vía de indemnización civil.

Para el caso de que prevaleciera este criterio, y no anda falto de fundamento, se daría la anómala situación de una condena penal, con las consecuencias de ello derivadas, mas sin trascendencia en el orden civil, que es lo que principalmente interesa a los perceptores insatisfechos.

Si, posteriormente, se conseguía aquella efectividad, en base por ejemplo a negar la remisión condicional so pretexto del impago, se estaría utilizando el Derecho Penal como medio coactivo para conseguir la satisfacción de intereses meramente particulares, en contradicción evidente con el sentido de esta rama jurídica, llamada a conseguir otras miras y finalidades más elevadas.

Es inevitable señalar una anomalía en el quehacer legislativo de esta conducta punible.

Si el obligado a satisfacer las prestaciones incumple el pago durante cinco mensualidades no consecutivas, no se habrá alcanzado el tope necesario para actuar a nombre del artículo 487 bis, mas sí para proceder por la comisión de un delito de desobediencia.

En tal sentido y sancionada la conducta del infractor, podría ser condenado al pago de las cantidades insatisfechas; de nuevo aparece la inutilidad del tipo delictivo creado por el legislador del 89.

De las anomalías patentes a lo largo de esta breve perspectiva crítica, es manifiesta la ligereza con que la nueva conducta delictiva aparece dibujada en el Código Penal, por ausencia de elementales normas de cuidado, ponderación y estudio.

Y es que para la creación de tipos penales resulta imprescindible tener presente una serie de postulados que han de presidir, forzosamente, la actividad del legislador, pues su carencia puede llevar a resultados desdichados.

No vale utilizar como criterio inspirador una momentánea situación, o la presión de determinados sectores para salir del paso con soluciones puramente coyunturales; la labor legislativa penal es algo más serio que todo ello, y la modificación consistente en la creación de un nuevo tipo de delito ha de producirse con mesura y tras una delicada ponderación de los elementos que configuran la actividad que, en adelante, va a estar vedada a los ciudadanos.

Siempre con la vista puesta en el interés general, y sin incurrir en la anomalía de proclamar un principio de intervención mínima para contradecirlo enseguida dando a la luz conductas innecesarias, superfluas y plagadas de imperfecciones.

La afirmación proclamada en la Constitución Española de que España es un Estado de Derecho es más que una simple declaración programática, y debe llevarse a sus últimas consecuencias.

En el Derecho Penal rigen, por otra parte, las normas fundamentales de legalidad, proporcionalidad y prohibición del exceso, y no sólo el de intervención mínima, todos ellos básicos a la hora de la actividad legislativa.

Junto y al lado de los anteriores tampoco puede desconocerse que el Ordenamiento jurídico patrio es un todo, integrado por disposiciones de diverso rango y distinta categoría, pero de estricta observancia, y que forman parte de él, por remisión expresa del texto constitucional⁽⁸²⁾, los pactos y convenios internacionales admitidos por España.

Entre ellos figura el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York, de 1966, ratificado por nuestro país en 1977, y que en su artículo 11 señala de manera categórica que “nadie será encarcelado por el mero hecho de incumplir una obligación contractual”.

Se ha creado, en resumen, un tipo delictivo que sanciona con la condenación penal, el incumplimiento de obligaciones civiles y esto es claramente anticonstitucional, como lo es también, puestos en el disparadero, no ofrecer esta misma solución a las uniones de hecho, como igualmente así resulta de sancionar sólo el incumplimiento económico y no extender el reproche penal a aquellas otras obligaciones, que por morales tienen más necesidad de protección, y que también se incluyen en los convenios o en las resoluciones judiciales.

Consecuencia: “no se han respetado los principios básicos del derecho moderno, al establecer sanciones penales por el mero incumplimiento de obligaciones civiles, y ello sin requerir otra lesión a interés jurídico alguno, lo que supone cuestionar, como se ha hecho, el nuevo precepto, desde la perspectiva constitucional⁽⁸³⁾”.

(82) Artículos 93 y ss. de la Constitución.

(83) VIVES ANTÓN, T. *ob. cit.* pág. 173.