

El Proyecto de Código penal de 1980, víctima de las estructuras

ANTONIO BERJSTAIN

Catedrático de Derecho penal. Facultad de Derecho. San Sebastián

SUMARIO: 1. Nada interesa más a una nación.—2. Sin culpa de nadie, el Proyecto no alcanza la línea de flotación.—3. Cuatro motivos para la enmienda a la totalidad.—4. Urge nombrar comisiones interdisciplinares que elaboren un Anteproyecto radicalmente nuevo.

«Para nosotros, difundir y defender la cultura son una misma cosa: aumentar en el mundo el humano tesoro de conciencia vigilante.»

Antonio Machado (1937).

1. NADA INTERESA MAS A UNA NACION...

Hace doscientos años, exactamente en 1782 (1), Manuel de Lardizábal y Uribe, en el Prólogo a su *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, escribía unas frases oportunísimas entonces y no menos ahora. Decía textualmente: «Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil, y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero, acaso no haya una empresa tan difícil como llevar a cabo su entera perfección la legislación criminal... en que tanto interesa la humanidad...».

Estas atinadas consideraciones del ilustre guipuzcoano subrayan dos facetas—la importancia y la dificultad sumas de la nueva legislación penal—dignas hoy de reflexión para todos.

Los que han tomado y están tomando parte directa en la elaboración del futuro Código penal español han de percatarse de cuánto interesa a nuestra sociedad española que la normativa penal logre toda su madurez posible para que facilite el desarrollo de las libertades civiles, así como la buena constitución y seguridad del Estado. Simultáneamente han de caer en la cuenta de las dificultades que encuentra

(1) Por lo tanto, en 1982, convendría celebrar dignamente el segundo centenario de la aparición del excelente *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Esperamos y deseamos que se conmemore este aniversario, algo así como en 1964 se celebró el segundo centenario *De los delitos y de las penas*, de Beccaria.

su tarea y de la necesidad de llevar a cabo su trabajo dentro de las coordenadas que exige y salvaguarda el crecimiento del humanismo. Todo esto requiere mucho estudio, mucho tiempo y mucho diálogo, y da pie a una crítica bien intencionada, amplia y quizá profunda.

Los que voluntaria o involuntariamente (2) no hemos trabajado en la redacción del Anteproyecto y del Proyecto hemos de releer el texto de Lardizábal para adoptar una postura equilibrada cuando nos vemos obligados —feliz obligación— al estudiar el articulado que otros han formulado, para manifestarles nuestra opinión.

Al comentar el Proyecto de Código penal hemos de conjugar y armonizar por una parte el agradecimiento a quienes han tenido la valentía y la ciencia necesarias para una empresa tan difícil, y por otra parte el deber de colaborar a mejorar esa incipiente legislación criminal que, como todo lo humano, adolece de debilidades e imperfecciones. Hemos de elaborar una crítica seria porque el Código penal nos afecta a todos en lo más personal y noble: la libertad, la seguridad, la paz, la humanidad.

2. SIN CULPA DE NADIE, EL PROYECTO NO ALCANZA LA LINEA DE FLOTACION

El Proyecto de Ley Orgánica del Código penal remitido a la Comisión de Justicia y publicado en el «Boletín Oficial» de las Cortes Generales, de 17 de enero de 1980, merece una respuesta bien pensada por la suma importancia de lo que dice, lo que omite, lo que significa y lo que sugiere. Pero, al lector inteligente le bastará una respuesta breve que se puede resumir en las palabras del título. De ahí se deduce la necesidad de considerarlo inviable, de pedir su devolución al gobierno. Entre paréntesis, conviene recordar que estas Cortes Generales no quedan muy bien paradas en el Informe anual de Amnesty International correspondiente al período comprendido entre el 1.º de mayo de 1978 y el 30 de abril de 1979 (3). Con otras palabras, es necesaria la enmienda a la totalidad.

(2) En 1977 recibí y acepté la invitación para trabajar en la elaboración del Anteproyecto de Ley General Penitenciaria.

En 1978 recibí la insistente invitación para formar parte de la Comisión encargada de preparar el Anteproyecto de Código penal. Agradezco sinceramente a quienes avalaron ambas propuestas. No acepté la segunda por varios motivos, entre otros, por considerar que la técnica y metodología para elaborar una Ley tan importante, compleja y urgente, debe iniciarse desde el primer momento con "luz y taquígrafos", con comisiones multi e interdisciplinarias —sin excluir a filósofos— y con suficientes ayudas personales, institucionales, económicas, etc.

Mi experiencia en los trabajos para la elaboración de la Ley General Penitenciaria muestra que faltaron los medios indispensables. Según parece no se dispuso de medios ni para redactar las actas de las reuniones y discusiones, ni tan siquiera se han publicado los nombres de los miembros de los grupos y subgrupos que trabajan con y en la Comisión.

3. *Amnistía Internacional. Informe anual 1979*, Barcelona, Producciones Editoriales, 1980, págs. 147 ss. Transcribimos los párrafos siguientes:

Este Proyecto puede verse, *de lege ferenda*, como un pecado de omisión, pero más exactamente como una víctima de las estructuras actuales del Estado Español. Como víctima, también, de la *eficacia política* que, a veces, avanza en dirección opuesta a la Política criminal. Algunos políticos ofuscados, quizá, por la urgencia de corregir rápidamente el Código penal actual, por la urgencia de responder a ciertos problemas de seguridad ciudadana (y de seguridad carcelaria), por la urgencia de cambiar para decir que cambian, aunque sólo modifiquen los números o las palabras del articulado y no su contenido, se han dejado atrapar por la engañosa ley de la eficacia y han creído que el fin justifica los medios, olvidándose que, en este caso como en otros, determinados medios prostituyen el fin y corrompen la mayor parte del trabajo, y que un Proyecto de Código penal nuevo, por la naturaleza de las cosas, exige más tiempo.

En el período que abarca este informe—del 1.º mayo 1978 al 30 abril 1979—se registraron más de 80 asesinatos, en la mayor parte de policías u oficiales del ejército. A fin de combatir esta violencia, el gobierno ha dictado leyes que pueden contribuir al deterioro de los derechos civiles y humanos garantizados por la nueva Constitución.

El Decreto-Ley 21/1978 del 30 de junio de 1978 referente a crímenes cometidos por grupos armados, reduce las garantías del artículo 17 (2) de la Constitución, según el cual todos los detenidos deben, o bien ser llevados ante las autoridades judiciales, o de lo contrario ser puestos en libertad dentro de las setenta y dos horas de su arresto. Reduce asimismo las garantías del artículo 55 (1) de la Constitución, este último derecho no puede ser eliminado ni aun bajo el estado de excepción. Sin embargo, el Decreto-Ley 21/1978 permite a las autoridades retener a un sospechoso durante el tiempo que sea necesario para completar sus investigaciones, siempre y cuando aquél comparezca ante un juez dentro de las setenta y dos horas de su arresto.

Este procedimiento fue modificado por la nueva Ley 56/1978, del 4 de diciembre de 1978, según la cual el sospechoso debe ser llevado ante un juez dentro de las 72 horas, pero el juez puede ordenar un nuevo período de siete días de detención. Además, según el artículo 2 de esta ley, el juez puede ordenar un período de incomunicación durante el tiempo que considere necesario para completar la investigación. El decreto establece que el ejercicio de estos poderes no debe obrar en perjuicio del derecho de defensa, pero han habido reiteradas denuncias de que los jueces interpretan el derecho de defensa de manera tal que obstaculizan la visita de los abogados a los detenidos en virtud de esta ley. Los casos sometidos a esta ley deben ser juzgados por la *Audiencia Nacional*.

La Ley 56/1978 se limitaba a contemplar actos que pudieran ser clasificados como terroristas, pero el nuevo Decreto-Ley 3/1979, del 26 de enero de 1979, sobre la protección de la seguridad de los ciudadanos, extendió el alcance de las leyes especiales. La parte más importante estipula que la defensa pública, verbal, escrita o por otro medio, de la conducta o actividades de cualquier persona que pertenezca a un grupo armado o esté vinculado a tal grupo, constituye un crimen que se castiga con la cárcel. El juez de instrucción tiene el poder de ordenar la detención preventiva incondicional de los posibles sospechosos.

La interpretación de estas leyes a fin de restringir el derecho del detenido a un abogado fue, en opinión de Amnistía Internacional, un factor muy importante en el repentino aumento de denuncias de tortura por parte de detenidos políticos.

Es de agradecer que eminentes penalistas hayan dedicado muchas horas para aportar lo mejor que los especialistas en su rama pueden aportar hoy a un Anteproyecto de Código penal. Pero eso no basta (4).

Todo lo positivo del trabajo de los penalistas no obsta para que algunos al considerar el desvalor de la acción y el desvalor del resultado final, el articulado reunido en este Proyecto, hablen casi de pecado de omisión y, sin casi, de una víctima de las estructuras. Estructuras que en esta ocasión conviene desenmascarar, criticar y modernizar para que no sigan obstaculizando la elaboración de leyes futuras.

Los penalistas contemporáneos que colaboraron en el Anteproyecto merecen un aplauso agradecido. Nadie juzga ni rechaza lo realmente hecho, pero más de uno y más de dos echamos de menos lo omitido, por lo que implica y por lo que impide, que es otra manera de hacer.

No se pretende ahora reprochar a nadie estas omisiones en la elaboración del Anteproyecto. Puede haber víctimas sin delito. Quizá la realidad imponente —¿invencible?— de la carencia de las estructuras culturales, investigadoras y legislativas que debían existir (y que deben crearse) haya abocado, sin remedio, a este texto no merecedor de comentario científico, ni de discusión parlamentaria.

Por desgracia, ante la falta de medios y de personas con que se ha preparado el articulado que ahora comentamos, nadie deba extrañarse de su baja calidad que no resiste la crítica más somera. Para convencerse bastaría hacer una «cata», un muestreo, y se vería que su contenido no está a la altura de los tiempos por falta de calidad literaria, por falta de realismo, por falta de seguridad jurídica, por exceso de represión, por exceso de cláusulas penales en blanco... Léase por ejemplo, el artículo 135, 1.^a y 3.^a, con su sanción penal de internamiento en nuestras instituciones, tal como funcionan (y tal como seguirán funcionando hasta que se reformen realmente) por tiempo indeterminado («El internamiento en centros psiquiátricos durante el tiempo indispensable», «El internamiento en centro pedagógico especial durante el tiempo indispensable») o el artículo 149, último inciso, que deroga la minoría de edad aun para los que todavía no han cumplido quince años, que somete a los Tribunales ordinarios de adultos a los niños desde su más tierna infancia, sin límite alguno de edad («cuando su peligrosidad o rebeldía los haga incompatibles con el tratamiento asignado a los mismos por dichos Tribunales Tutelares de Menores») (5), o el artículo 563 que desconoce la concreción mínima

(4) Además, el texto gubernamental "olvidada", a veces, atinadas consideraciones y formulaciones que esos penalistas habían aportado para la preparación del previo Anteproyecto.

(5) Parece triste, por no decir anticientífico, anticasitado e injusto, que nada se sepa públicamente de qué se hace para, y cómo va, la reforma de la legislación de los Tribunales Tutelares de Menores. Probablemente esta técnica en la elaboración de la LTMM no infringe la legislación *de lege lata*. Pero, otra afirmación debe hacerse acerca de si infringe la justicia.

exigida para la tipificación punitiva («la mera pertenencia o colaboración de cualquier clase con las organizaciones o grupos señalados en los artículos precedentes se castigará con la pena de prisión de seis meses a seis años») y muchos otros artículos similares.

3. CUATRO MOTIVOS PARA LA ENMIENDA A LA TOTALIDAD

Múltiples motivos exigen que ni se entre a discutir el texto elaborado en 1979. Baste destacar ahora los cuatro siguientes: las soluciones, los problemas, la forma y el fondo del Proyecto piden abandonar totalmente el camino emprendido y empezar otro distinto.

1.º) *Las soluciones.* No pueden admitirse los seiscientos ochenta y ocho artículos del Proyecto desde su solución acerca del delito hasta su solución acerca de la pena (castigo y consecuencia del delito), pasando por su solución acerca de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. Tampoco merecen otra consideración las soluciones del Libro II y del Libro III al tipificar los delitos y las faltas en concreto.

No es ahora el momento de explicar todos los porqués de esta negativa tan general. Parece suficiente reflexionar sobre uno de ellos: se deben rechazar las soluciones proyectadas porque se deben rechazar sus problemas, es decir, sus planteamientos de los problemas que abocan a esas soluciones.

2.º) *Los problemas.* Un Código penal español del año 1980 no puede plantearse los problemas únicamente desde el punto de vista que lo hace nuestro Proyecto: unidimensional, técnico-dogmático, iuspenalista y, quizá, en el sentido de la Criminología y de la Política criminal de los años sesenta o setenta.

La redacción de un Código penal requiere previamente planteamientos multidisciplinarios e interdisciplinarios; exige, sin duda—anteriormente—unas investigaciones empíricas, unas estadísticas que se apoyen en la realidad y la reflejen con objetividad científica, no como las estadísticas oficiales que se conocen, y unos estudios económicos que, según las informaciones publicadas, no se han realizado ni se piensa realizar.

Sustituir el texto punitivo actual por otro nuevo sin dar tiempo a: estudios para recoger y comentar abundantes datos en el campo sociológico, cultural, del coste del delito, etc., sería un remedio peor que la enfermedad, porque falta el diagnóstico indispensable.

3.º) *La forma.* En anterior ocasión (6) he hablado ya algo acerca de este punto, y otros especialistas más autorizados que yo han tratado

(6) A. BERISTAIN, Código penal de 1980: sí, no y abstención, en *Estudios penales y Criminológicos III*, Santiago de Compostela, 1979, páginas 43 y ss.

también el tema. Aquí conviene, por lo menos, recordar que la elaboración de este Proyecto no ha cumplido las normas elementales en la praxis de nuestro ámbito cultural, ni ha guardado los usos y costumbres hoy exigidos en el mundo jurídico, ni ha observado la legislación española.

El poder imponente de la realidad y de las estructuras sociales científicas y económicas quizá no ha permitido cumplir los trámites indispensables para emprender con seriedad los estudios básicos para un Código penal que tenga en cuenta la realidad social de hoy y de mañana y responda a ella.

Parece nocivo redactar el articulado del Derecho represivo con precipitación anticientífica, sin previas consultas a los maestros de nuestra Filosofía (por ejemplo, José Luis Aranguren, G. Bueno, J. R. Capella, Julio Caro Baroja, Elías Díaz, Pedro Laín Entralgo, L. Legaz-Lacambra, Julián María, G. Peces-Barba, J. Ruiz-Giménez, Javier Zubiri, para no citar a los filósofos jóvenes y a los maestros también de nuestra Teología y de nuestra Política), sin estudiar antes seriamente la actual crisis de las instituciones familiares (Cfr. Libro II, Título VI), las innovaciones del urbanismo (Cfr. Libro II, Título VIII, Cap. X) y sus incidencias en el comportamiento personal, la nueva criminalidad violenta supranacional (Cfr. Libro II, Título XII, Cap. 8), el sentimiento de inseguridad ciudadana, etc.

4.º *El fondo.* Lógicamente, la carencia de técnica y de metodología elementales ha abocado a unos resultados criticables. La lectura del articulado del Proyecto muestra que no se ha acudido a las fuentes indispensables, tanto en el devenir histórico español de nuestra Política criminal como en el panorama comparatista de las ciencias y las artes relacionadas con la criminalidad y los controles sociales.

Nuestros maestros de ayer, nuestras grandes escuelas de tradición hispana no aparecen ni subyacen en el Proyecto. Tampoco se tienen suficientemente en cuenta las aportaciones de las ciencias teóricas y empíricas contemporáneas de otros países (dada la intensificación de las relaciones mundiales de hoy) resultan necesarias para elaborar una normativa penal en el último tercio del siglo veinte.

Pueden ponerse ejemplos muy concretos de doctrinas, escuelas y congresos internacionales cuya influencia se echa de menos en este Proyecto gubernamental. La Política criminal, la Criminología, la Victimología, la Praxis evaluada y evaluativa en la investigación supranacional exigen su lugar en el futuro Código penal.

Hay que tomar más en consideración las nuevas formas de criminalidad, las transformaciones radicales de los valores individuales y sociales, la desigualdad económica intra y supranacional, la crisis industrial y postindustrial con los problemas del paro multitudinario (Cfr. Libro II, Tít. VIII, cap. V), la crisis y la saturación del aparato judicial (Cfr. Libro II, Tít. XI), las incidencias de las autonomías reconocidas en la Constitución de 1978 (arts. 137 ss.)...

La protección y el desarrollo de la pequeña y mediana empresa (en sí y frente a las empresas multinacionales) no han sido suficientemente tenidos en cuenta.

El contenido del Proyecto no alcanza el nivel exigible a un Código penal *español*, y a un Código penal *nuevo*. En su mayor parte podía haberse escrito fuera de aquí y en tiempos pasados.

4. URGE NOMBRAR COMISIONES INTERDISCIPLINARES QUE ELABOREN UN ANTEPROYECTO RADICALMENTE NUEVO

Algunos piensan que no conviene devolver el Proyecto al Gobierno por razones de utilidad (*utilitatis causa*). Por temor a que un Código penal digno e innovador encuentre dificultades interminables en su preparación y en su aprobación. La tesis de la utilidad, en temas tan relacionados con la dignidad de la persona, resulta a veces inútil y perjudicial. Ante tales peligros, todos los ciudadanos—y especialmente los profesionales de la cultura—estamos obligados a dar la señal de alarma.

Si, a pesar de tantas deficiencias, este Proyecto de Ley Orgánica llegase a discutirse y a aprobarse (con reformas más o menos superficiales), debería declararse formal y solemnemente su provisionalidad. Y debería establecerse, simultáneamente, el plan científico multi e interdisciplinar para la elaboración urgente, pero no precipitada, seria y responsable, de un Código penal distinto, menos extenso, menos casuista, menos represivo, más creador, más atento a la antropología dinámica y a la sociología del lenguaje.

Quienes preparen el nuevo Anteproyecto han de tener en consideración de qué manera se ha trabajado en otros países, por ejemplo en dos tan próximos a nosotros como Francia (Cfr. *Commission de Revision du Code penal, Avant-Projet définitif de Code pénal*, Ministère de la Justice, Paris, La Documentation Française, 1978; Alain Peyrefite, *Reponses à la violence*, Paris, Presses Pocket, 1977) y la República Federal de Alemania (Cfr. *Materialien y Niederschriften über die Sitzungen...*) (7), con sus Comisiones variopintas, con sus discusiones y ruedas de prensa, con sus discrepancias en la radio, en la televisión, en las revistas, en la Universidad, en la Magistratura...

En este sector no conviene seguir inventando a lo «Robinson Crusoe» o a lo Napoleón, ni sólo con libros, porque los resultados no llegarán al mínimo exigido por nuestros conciudadanos a los cuales estamos obligados a preparar un Código penal con otro contenido, con

(7) Aunque en tono menor, también interesa el Informe de la Comisión para la revisión del Código penal belga sobre las principales orientaciones de la reforma, publicado por el Ministerio de Justicia, Ministère de la Justice, *Commission pour la Révision du Code Pénal. Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, junio, 1979.

otra metodología y con otra técnica, mediante los oportunos grupos de trabajo que deberán disponer de los instrumentos indispensables para llevar a cabo las investigaciones previas necesarias, a que antes se ha hecho referencia.

El actual Proyecto muestra fallas notables en nuestras estructuras político-administrativas, en nuestra cultura, en nuestra Universidad y en nuestro sistema de justicia. Entre otras, la ausencia de medios para la investigación. Las pruebas de esta falla pueden encontrarse a la vuelta de cualquier esquina. Dos ejemplos. Faltan, si no estoy mal informado, instituciones que lleven a cabo investigaciones tal útiles como las realizadas en Francia por el *Service d'Etudes Penales et Criminologiques*, *Direction des Affaires Criminelles et des Graces*, del Ministerio de Justicia (8). El otro ejemplo es más cercano: el Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de San Sebastián y el Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco han pedido a varios Ministerios módicas subvenciones para estudiar la criminalidad y sus respuestas (controles sociales, sentimiento de seguridad, etc.) en Guipúzcoa. Sólo se ha recibido contestación afirmativa del Ministerio de Universidades e Investigación. Se pedían ayudas económicas para llevar a cabo varios trabajos interdisciplinares (aunque más profundos y amplios) al que se realizó el año 1974 respecto a los problemas de la drogadicción, uno de cuyos frutos se encuentra recogido en el libro editado en Bilbao, con el título *Las drogas* (9).

Urge que los varios Ministerios relacionados con el complejo sistema de la Política criminal dispongan de presupuestos suficientes y los distribuyan con seriedad, sin miedo a futuribles críticas científicas.

Las anteriores consideraciones no pretenden acusar a nadie. Sólo desean llamar la atención a todos de lagunas que quizá a ninguna persona concreta deban reprocharse aunque están ahí, perjudican a todos y deben subsanarse lo antes posible. Sólo desean, a la luz de A. Machado, aumentar en España y en el mundo el humano tesoro de conciencia vigilante.

Si alguien pudiera considerarse afectado por lo aquí expuesto, comprenda que estas líneas —quizá en algún punto exageradas— han surgido sólo por el deseo de una crítica constructiva, imprescindible en campos tan difíciles y tan necesitados de la mano y de la comprensión de todos. Tan necesitadas de la interpretación restrictiva (en el previo período de la elaboración) para evitar futura Jurisprudencia represiva en el tiempo subsiguiente de la aplicación.

En resumen, quienes han colaborado en la formulación del Anteproyecto de 1979 han prestado un servicio a la comunidad nacional, y han dado un paso necesario, aunque no debía ser el primero, ni el único. Al constatar que se han omitido algunas «acciones» imprescindibles

(8) No parece comparable la actividad del Centro de Investigaciones Sociológicas (Programa de Investigaciones Criminológicas) de Madrid.

(9) E. BASELGA, A. BERISTAIN y otros, *Las drogas*, Bilbao, Ed. Mensajero, 1974, 200 págs.

dibles, se constata que el Anteproyecto es una víctima de tales y cuales estructuras que urge subsanar de raíz. Mientras tanto, sigamos con el Código penal actual modificado parcialmente en sus defectos más notables (primeramente en su excesiva duración de las sanciones privativas de libertad, y aplicado con una interpretación progresiva, que puede llegar muy adelante incluso en el sector de la delincuencia socio-económica, si se aplican inteligentemente los actuales artículos correspondientes a las estafas, falsedades y otras figuras.

Y para terminar, *si parvat licet componere magnis* —como canta Virgilio— si es lícito comparar lo minúsculo con lo gigante, conviene que el lector aplique a estas notas (quizá necesitadas de más largo comentario) lo que Lardizábal decía de su excelente *Discurso sobre las penas*: «Conozco la cortedad de mis talentos y toda la dificultad del asunto que he emprendido. Estoy muy distante de creer que he acertado a tratarle con la dignidad y perfección que merece. Sé también que no faltan en la nación Magistrados sabios, Profesores y Letrados instruidos, capaces por su erudición y talento, no sólo de corregir los yerros y defectos en que yo habré incurrido, y de suplir todo lo que falta a este Discurso, que sujeto gustosamente a su censura, sino también de hacer efectiva con las luces que puede suministrarles su experiencia, su prudencia y sabiduría una reforma de nuestras leyes completa y digna del siglo en que vivimos».

Espero y deseo que mis consideraciones críticas, expuestas con cortedad y con menos dignidad y perfección de lo deseable, puedan servir algo para que otras personas, más capaces por su erudición, talento y experiencia, puedan lograr una renovación de nuestro Código penal completa y digna del mañana.