

## EL NUEVO CODIGO PENAL

DIEGO LOPEZ GARRIDO  
Ponente del Grupo de Izquierda Unida

**N**O fue fácil "parir" el Código Penal porque ni el contexto social, ni el contexto político eran favorables a ello. El contexto social no era precisamente propicio a un texto que abre al juez otras posibilidades sancionatorias además de la cárcel, que consolida el principio de reinserción social o que no endurece las penas de prisión. Y el contexto político fue una legislatura presidida por el enfrentamiento escandaloso y la agresividad constante, con un Parlamento marcado en su agenda por los escándalos descubiertos por los medios de comunicación y por los jueces investigadores. A pesar de este estrépito mediático, de dentro del alma del Parlamento surgió el *legislador* que, contra todo pronóstico, llevó a puerto la nave de un Código acorado por mar de fondo y oleaje de altura.

El Código Penal es una decisión política. Toda ley lo es; el derecho es "decisión política objetivada". En este caso, destaca el papel del legislador político genuino, que es el Parlamento. La singladura del texto tuvo que atravesar el territorio del acuerdo, o de los acuerdos. No es posible, por ello, entender el Código sin conocer los objetivos de política criminal sobre los que se apoya. Es lo que intentaré exponer en primer lugar, para después referirme a algunos supuestos concretos de la regulación.

El Código Penal se sustenta en cuatro pilares de naturaleza materialmente constitucional: el principio de legalidad; el principio de subsidiariedad o intervención mínima del derecho penal; el principio de proporcionalidad; y el principio de la reinserción social como orientación de las penas.

*El principio de legalidad* es un capítulo central en la reflexión epistemológica del discurso jurídico. Es un principio teórico de la ciencia

jurídica, sin dejar de ser por ello una norma positiva del ordenamiento. El principio de legalidad forma parte, sin ningún género de dudas, de la estructura fundamental del ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad puede entenderse en un sentido amplio como la reserva de ley, consistiendo en la prescripción dirigida al juez de sujetarse a la ley en la calificación jurídica de los hechos juzgados. En sentido estricto el principio de legalidad se identifica con el *principio de determinación* del supuesto previsto en la ley, y, en este caso, es una prescripción no dirigida al juez sino al *legislador* (principio de naturaleza materialmente constitucional) para que el supuesto contenido en la norma sea dotado de significado unívoco y preciso, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre (Ferrajoli).

Uno de los sectores del ordenamiento jurídico en el cual el principio de legalidad tiene un mayor peso específico es en el derecho penal. El principio de legalidad penal, en su sentido amplio, está expresado en el artículo 25.1 de la Constitución española: "*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*". Así pues, la Ley penal es el presupuesto necesario para la aplicación de una pena (*nullum crimen nulla poena sine lege*).

El principio de legalidad en sentido estricto, lo que hemos llamado principio de determinación o certeza del derecho penal, está implícitamente expresado en el artículo 25 de la Constitución, y más claramente en el artículo 1 del nuevo Código Penal:

*"1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración.*

*2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley."*

El artículo primero del Código Penal establece un criterio para identificar dónde están

definidos los delitos. Hay un carácter absoluto en la reserva de ley penal y, por tanto, en la sujeción del juez únicamente a la ley. De todo ello se deduce que las figuras delictivas, los tipos penales, no deben estar definidos en la ley con términos dubitativos o indeterminados, sino connotados de manera suficientemente precisa para que resulte determinada exactamente la clase de hechos empíricos a los que se atribuye un carácter delictivo (*nullum crimen sine facto*). Cuando en un ordenamiento jurídico los tipos penales están definidos con suficiente precisión, de manera que salvaguarden la seguridad jurídica en el momento del enjuiciamiento, estamos ante un sistema de legalidad estricta, en el cual el principio de legalidad penal tiene una naturaleza materialmente constitucional.

El *principio de proporcionalidad* es un clásico principio garantizador del derecho penal que significa adaptar sencillamente la pena a la gravedad del delito y al grado de culpabilidad. Es un principio tan consustancial con un sistema sancionatorio, que puede considerarse implícito en el mismo. Por eso, cuando una Constitución recibe el concepto de pena en su seno, puede entenderse que recibe con ello todas las características consustanciales a ese concepto, entre ellas la proporcionalidad entre la gravedad objetiva y subjetiva del hecho. El principio de proporcionalidad está integrado en las estructuras fundamentales del ordenamiento jurídico, no sólo por formar parte natural del sistema sancionatorio, sino también por estar implícitamente acogido en el Derecho Constitucional.

Conectado con el principio de proporcionalidad, y como un corolario suyo, está el *principio de subsidiariedad* del derecho penal, como aquél, de naturaleza materialmente constitucional. Dado que la libertad personal es un valor básico en un sistema constitucional democrático, es necesario equilibrar la finalidad penal y los posibles efectos negativos que tal intervención legislativa comporta para los derechos fundamentales del individuo. El principio de proporcionalidad exige circunscribir el área del ilícito penal a situaciones de estricta necesidad. Los principios de proporcionalidad y subsidiariedad están

detrás, por ejemplo, de la adecuada tipificación de la apología como forma de provocación, y para los delitos expresamente previstos, que se logró plasmar en el texto.

Por último, el nuevo Código mantiene el principio de *reinserción social* al que la Constitución le concede una especial preeminencia en la regulación penal. Algo que se puso en cuestión en el debate parlamentario con motivo del llamado "*cumplimiento efectivo de las penas*" (artículo 78 del Código, 79 del Proyecto). Sobre el debate sobrevolaba la involución del derecho penal de los años setenta.

En efecto, como es sabido, el derecho penal tradicional reposaba sobre las ideas de intimidación y retribución. Después de la Segunda Guerra Mundial, en casi todos los países occidentales se entra en una política criminal diferente, que toma como eje la idea de resocialización del delincuente. Partiendo de la hipótesis de que la delincuencia es la manifestación más característica de una inadaptación a una vida social normal, la política criminal moderna le da al sistema de justicia penal el cometido de readaptar socialmente al delincuente. Para ello, se fija el principio de personalización de la sanción penal, tanto en la perspectiva judicial como en la penitenciaria, en el centro de toda la legislación penal, llegando a tomar categoría formalmente constitucional (artículo 25.2 de la Constitución española). Es lo que en los países anglosajones recibió el calificativo de *rehabilitative ideal*. Ese ideal es el que inspira las leyes de reforma del derecho penitenciario introducidas en Italia y en la República Federal de Alemania en 1975. Sin entrar en las múltiples críticas que reciben algunas versiones de la "*resocialización*", lo cierto es que como principio, permite introducir la humanización de la pena y renunciar a parte de los contenidos retributivos de la misma.

Sin embargo, contemporáneamente a ese movimiento ideológico que culmina en la afirmación de la función socializadora de la pena, empieza a surgir en los años setenta un movimiento de naturaleza opuesta.

La crisis del Estado asistencial se empieza a manifestar en el aumento de la tasa de cri-

iminalidad y en el paralelo desarrollo de un sentimiento creciente de inseguridad entre la población. A desencadenar esa espiral de inseguridad contribuye el nuevo fenómeno terrorista, que va unido a formas de criminalidad organizada no terrorista.

La intimidación recuperó el protagonismo perdido en los objetivos del legislador penal, produciendo una escalada agravatoria de las penas hacia la "*vuelta a Bentham*". Lo que Alessandro Baratta llama "*profunda crisis de legitimación*" del sistema penal, se intentó combatir desde la doctrina a partir de una nueva fundación neoclásica y retribucionista de dicho sistema jurídico.

La idea retributiva se mueve entre los dos polos conceptuales constituidos por la retribución del hecho (*Tatvergeltung*) y la retribución de la culpabilidad (*Schuldvergeltung*). La profundización de la culpabilidad como componente esencial de la dogmática penal generó una gradual subjetivación de la idea de retribución, lo que privilegia a los aspectos personales y procesales del delito, ya que, mientras que el hecho material es un dato cierto, la culpa se resuelve en un *juicio*, que corresponde a una realidad humana compleja e inaprensible en su integridad. Pues bien, la nueva doctrina retribucionista, que tiene su sede fundamentalmente en la República Federal de Alemania, ha empezado a conceder un nuevo espacio a una concepción *objetiva* de la retribución: la tendencia que señala a la sanción la función de satisfacer las *necesidades emotivas de la pena* que emergen como consecuencia de la comisión de un delito. La originaria preocupación garantista que, aún apoyándose en la idea de retribución, encontramos en la escuela clásica, sufre ahora una regresión ya que el carácter retributivo de la sanción se hace depender de factores sociopsicológicos inestables, más que en parámetros de efectividad y determinación. La personalización de la pena se desvanece, y es sustituida por una obsesión en la fijación de la pena al imponerse una función general preventiva del sistema penal entendido como factor de control y de estabilización social. Afortunadamente, el nuevo Código Penal no acepta esta tendencia neorretribucionista.

Aun cuando el artículo 78 es de discutible constitucionalidad, por cuanto el juez sentenciador puede suprimir los beneficios penitenciarios, es cierto que el Juez de vigilancia puede, posteriormente, autorizar su aplicación.

En suma, los principios básicos de política criminal citados (legalidad, subsidiaridad, proporcionalidad y reinserción social) inspiran el Código Penal porque sobre ellos se produjo el acuerdo político del legislador.

Pues bien, estos principios de política criminal se han proyectado en la regulación concreta del nuevo Código Penal, cambiando aspectos básicos del Proyecto originario del Gobierno.

Por referirme a algunas de las aportaciones en las que ha tenido más que ver Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya a lo largo de la tramitación, para dar idea de los importantísimos cambios sufridos, señalaré, por ejemplo, que en los temas de libertad, afortunadamente la apología se ha situado en su sitio, que es ser una forma de provocación; lo otro hubiera constituido —y amenazaba con ello la redacción que había— realmente *un atentado* permanente a la libertad de expresión. La libertad de expresión también va a ganar por la aportación que ha hecho el Senado de acabar con los delitos contra la propia imagen.

Desde el punto de vista de la igualdad, este es un Código Penal extremadamente cuidadoso respecto de las discriminaciones que sufren los ciudadanos españoles y no españoles todos los días en este país; tiene en cuenta los brotes preocupantes de racismo que hay en nuestra sociedad y los brotes preocupantes de discriminación contra quienes no comparten una determinada orientación sexual. Por tanto, también es un Código Penal contra la discriminación.

Y es un Código Penal en el que se han aportado importantes reformas de cara a preservar valores colectivos, por ejemplo, el del medio ambiente, en el que a lo mejor nos hemos pasado, porque algunas infracciones administrativas se han convertido en delitos y quizá hay una hiperprotección en ese sentido, pero tal vez en estos momentos conviene pecar por exceso en la protección del medio

ambiente. Señalaré, de paso, otra gran aportación del Senado, lo que podríamos llamar el delito contra el aprovechamiento ilícito del agua, nunca tan de actualidad, desgraciadamente, como ahora; es decir, el delito consistente en extraer, en aprovechar agua ilegalmente en periodo de restricciones.

También se contempla la protección de bienes colectivos como la transparencia de la vida pública y del tráfico económico contra la corrupción. Así, se ha conseguido que el tráfico de influencias no solamente se castigue cuando se obtiene un beneficio, sino simplemente cuando se intenta; es decir, la tentativa también es punible en el tráfico de influencias.

Se ha conseguido en el Parlamento que en los delitos societarios el falseamiento de cuentas no solamente sea cuando se pueda probar que psicológicamente se tenía la intención de perjudicar a la sociedad, sino cuando se utilizaban medios objetivos idóneos para perjudicar a la misma.

El Código Penal ha entrado en otros temas como la responsabilidad civil del Estado. En el proyecto inicial había una redacción absolutamente impresentable, hay que decirlo así; prácticamente no había responsabilidad civil subsidiaria del Estado, y merced a la inclusión de la responsabilidad civil subsidiaria por delitos también imprudentes se puede decir que hay una regulación aceptable de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Este Código Penal tiene todavía insuficiencias por que no es un Código Penal que pueda gustar en todo, por ejemplo la regulación de la insumisión, una regulación que no conecta con lo que está pasando en la sociedad española, que no comprende injusticias y discriminaciones, como sucede en el caso de la inhabilitación, que a algunas personas no les afecta absolutamente nada y a otras les afecta muchísimo. O también la insuficiente regulación del llamado cumplimiento efectivo de las penas. Nosotros seguimos creyendo que un juez no puede decir a una persona que haga lo que haga y se porte como se porte tendrá que cumplir 30 años de cárcel y que renuncia a la posibilidad de reinserción, aunque bien es verdad que el Juez de vigilancia pueda cambiar luego esto, pero nos parece

un sin sentido que ya en la propia sentencia se pueda decir.

Seguramente uno de los aspectos más novedosos y con más personalidad de este Código Penal es el sistema de penas puesto que la prisión deja de ser la estrella del sistema represivo y cabe una panoplia de posibilidades para individualizar la pena y para ejercer una verdadera labor preventiva. Cuando se habla demagógicamente de las excarcelaciones que va a haber, hay que decir que el sistema de diferenciación de penas no va contra la seguridad, porque si a un toxicómano al que se le condena a tres años de cárcel se le dice que si se desintoxica va a poder evitar esa cárcel con unas determinadas reglas de conducta y se interrumpe la cadena de

delincuencia imparable de ese toxicómano, eso favorece la seguridad.

Termino diciendo que hay una tarea muy importante a realizar a partir de este momento a través de una legislación que desarrolle este Código Penal, a través de medidas que hagan posible los arrestos de fin de semana, o saber en qué consisten los trabajos en beneficio de la comunidad.

El Código Penal no lo es todo. Además está el sistema judicial, el régimen penitenciario, que es la asignatura pendiente a resolver: la regulación de un sistema penitenciario que permita una verdadera reinserción y que las cárceles españolas no sean la universidad del crimen.