

El nuevo Código Penal español y el espíritu codificador

Klaus Tiedemann

(p. 35) El 25 de mayo de mayo de 1996 ha entrado en vigencia el nuevo Código Penal de España. Los trabajos preparatorios comenzaron inmediatamente después del retorno a la democracia en 1978, y produjeron una serie de proyectos y anteproyectos. Sin embargo, el Proyecto de 1994 fue aprobado sorprendentemente por el Parlamento en noviembre de 1995.

El nuevo Código Penal forma parte del proceso tendiente a la armonización jurídica e, igualmente, es símbolo de la superación de la crisis que, a nivel internacional, cuestionaba la concepción relativa a la codificación. Nacida en el Siglo de las Luces o del Humanismo¹, ésta vinculada más de modo casual que como una necesidad, con la idea de Nación.

Después de la segunda guerra mundial, se respondió escépticamente a la pregunta de si los códigos eran o no instrumentos superados históricamente, poco idóneos para responder a las necesidades de un Estado moderno (y más tarde postmoderno). Una oleada de normas **(p. 36)** jurídicas así como las características de un Estado y una sociedad abiertos parecían incompatibles con el sistema cerrado de un Código².

Sin embargo, desde hace una década, reaparece en Europa, aunque de manera reformada, la convicción de que la técnica legislativa de la codificación contribuye decisivamente a la precisión y sistematización del ordenamiento jurídico. El cual, como parte integrante de la cultura jurídica europea, está caracterizado esencialmente por un pensamiento normativo sistemático.

Y dado que esta forma de pensar implica razonar en unidades más o menos cerradas, la idea de codificación (renovada) incluye necesariamente la tendencia a una regulación, en lo posible completa, en un texto central. Las leyes especiales ocupan, por consiguiente, un lugar secundario³.

La idea de la "regulación", en este sentido, se contraponen también a una simple compilación que se limita a aceptar y ordenar, lo que ya existe en las leyes y en la jurisprudencia. Se trata entonces, como decía el entonces Fiscal General alemán sobre el Proyecto oficial de nuevo Código Penal alemán de 19624, « más de cosechar fruta madura **(p. 37)** que de abrir nuevo camino » ("mehr Ernte als neuer Weg"). O como escribe un eminente colega y amigo italiano, estudioso del valor y de los principios de la codificación penal⁵, "Pensare al codice è seminare per il futuro".

La orientación futura de una verdadera codificación conduce, de un lado, a que los tipos penales sean el reflejo negativo y, en lo posible, completo de los valores de una sociedad. De otro lado, a que las disposiciones penales cuyo contenido del injusto es incierto o eventual, no tengan más lugar en el Código Penal. Dejando de lado la

¹ Vives Antón (coord.), Derecho Penal. Parte Especial, 3a. ed. 1990, p. 23.

² Ver sobre la discusión alemana, J. Esser, Gesetzsrationalität im Kodifikationszeitalter und heute, in: H. J. Vogel/J. Esser (eds.), 100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde - vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, p. 13 y ss.; Kindermann, Überlegungen zu einem zeitgemässen Verständnis der Kodifikation, Rechtstheorie 1979, p. 357 y ss.; Kubler, Kodifikation und Demokratie, Juristenzeitung 1969, p. 645 y ss.; Wiaecker, Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, in: Libro Homenaje a Boehmer, 1954, p. 34 y ss.; por la discusión italiana ver sobre todo Irti, L'età della decodificazione, 3a. ed. 1989; Marinuci/Dolcini, Diritto penale in trasformazione, 1985, p. 339 y s. y: Studi di diritto penale, 1991, p. 44; Palazzo/Montovani in: Valore e Principi della Codificazione Penale, 1995, p. 9 y ss.; p. 237 y ss.; Paliero, L'autunno del patriarca, Rivista italiana di diritto e procedura penale 1994, p. 1221 y ss. - Visión de conjunto por Delmas-Marty, Le flou du droit - du code pénal aux droits del 'homme, 1986.

³ Ver Hubner Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts, 1980, p. 24 y ss. con referencias.

⁴ Max Güde, cit. por Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7a. ed. 1984, p. 416.

⁵ Palazzo, p. 10 (nota 2).

importante pregunta de si el legislador es competente para incorporar en forma autónoma nuevos valores⁶, podemos decir a manera de resumen que toda norma penal, cuya validez no esté limitada temporalmente, es idónea para ser incluida en el Código Penal⁷.

El renacimiento de la idea de codificación⁸, como hemos ya indicado, es reciente. En esta tendencia no se consideran los nuevos códigos penales de Alemania y Austria de los años setenta. En estos, el legislador creó códigos «doctos», que concretizan en forma de ley lo que la doctrina y la jurisprudencia habían elaborado antes en la teoría del delito, y lo que se había reformado en materia de sanciones. Del mismo modo, el Código Penal portugués de 1982 estuvo completamente (p. 38) influenciado por la dogmática tradicional alemana. Sólo en la reforma de 1995, se introducen profundas modificaciones en la Parte especial y en el dominio de las sanciones, continuando en vigencia leyes penales especiales vinculadas a importantes sectores de la vida social y económica⁹. Y aún el nuevo Código Penal francés de 1994 muestra una tendencia a la compilación, sin introducir nuevas valoraciones de fondo con la única, y por cierto importante, excepción de la inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas¹⁰. Lo mismo se puede decir del Proyecto (o esbozo) de Código Penal italiano de 1992. Únicamente el Código español puede ser considerado como producto de un proceso de "codificación"¹¹ (aunque curiosamente la Exposición de Motivos da bastante espacio para fundamentar el argumento contrario de que esta idea sería "innecesaria y perturbadora").

El nuevo Código se orienta decididamente hacia el futuro, indicando un cambio profundo de los intereses de la sociedad española¹² y reflejando con buena lógica, los nuevos valores de la Constitución democrática de 1978. Con razón, la Exposición de Motivos describe al nuevo texto legal como "una especie de Constitución negativa". La adecuación a los valores constitucionales se evidencia en la Parte (p. 39) Especial, en cuya sistemática se coloca en primer plano al individuo y sus libertades fundamentales y se protege penalmente el derecho a la personalidad (comprendidos los derechos a la intimidad, a la propia imagen, al honor, la prohibición de tratos degradantes o de la tortura, etc.). Igualmente, se protegen los derechos de los trabajadores, de los consumidores y se sanciona la injerencia ilegítima de los funcionarios públicos en la esfera privada. La «constitucionalización» de la materia penal se refleja además en el Título Preliminar, con la mención de las garantías constitucionales y, especialmente, del principio de legalidad, cuyas consecuencias se muestran en las numerosas definiciones legales, y en el reconocimiento legal de la comisión por omisión y del principio de la culpabilidad (al que la jurisprudencia española le atribuye rango constitucional e influye sobre todo en materia de error).

⁶ Sobre este problema ver Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 140, sobre todo nota 12; J. Vogel, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, *Strafverteidiger* 1996, p. 110 y ss., con más referencias.

⁷ Tiedemann, p. 65; favorablemente, K. Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee*, 1985, p. 57.

⁸ Ver únicamente Bydliniski/Mayer-Maly/Pichler (eds.), *Renaissance der Idee der Kodifikations*, 1991; Pradel, *Le nouveau code pénal*, 1994; Zimmermann, *Konturen eines europäischen Vertragsrechts*, *Juristenzeitung* 1995, p. 477, 479; Militello, *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione"*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1995, p. 758, 760 y ss. con más indicaciones, también sobre los países del Common Law (p. 785 y ss.).

⁹ Sobre esta codificación ver De Figueiredo Dias, *Das portugiesische Strafgesetzbuch in der Bewährung*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* vol. 105 (1993), p. 76 y ss.; Hünerfeld, *Neues Strafrecht in Portugal*, *Juristenzeitung* 1983, p. 763 y ss.

¹⁰ Chassaing, *Les trois codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain*, *Revue de science criminelle* 1993, 445 y ss.; Delmas-Marty, in: *Valore e Principi*, (nota 2), p. 41 y ss. y: *Nouveau code pénal - Avant-propos*, *Revue de science criminelle* 1993, p. 433 y ss.

¹¹ De la misma opinión: Palazzo, *L'avenir de la codification pénale en Europe*, in: *Le nouveau Code pénal. Les Cahiers de la Sécurité Intérieure*, n. 18 (1994), p. 81, 87.

¹² Sobre este cambio ver, por todos, Bajo Fernández, *Derecho penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales*, in: *Hacia un Derecho Penal Económico*, 1995, p. 63 y ss.; Schünemann/Suárez González (eds.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, p. 3 y ss.

El carácter liberal y humano del nuevo Código, consecuencia del principio constitucional de proporcionalidad o de intervención mínima, se pone de manifiesto en la restricción tanto de la imprudencia punible como de la punibilidad de los actos preparatorios, en la elevación de la edad límite de la capacidad penal y sobre todo en materia de sanciones: admisión exclusiva de medidas de seguridad postdelictuales (siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional), supresión de las penas privativas de libertad de menos de seis meses (de acuerdo con un movimiento internacional de reforma), combinada con la introducción del arresto de fin de semana, el trabajo en beneficio de la comunidad y el sistema de "días-multa". La puesta en práctica de las sanciones de sustitución dependerá naturalmente de los medios financieros y de la organización que se pongan a disposición, así como de la ejecución efectiva de la multa, que en los países latinos constituye aún un punto débil.

En la Parte Especial, la orientación constitucional y la modernización del derecho penal español se evidencia, en particular, en los tipos de homicidio, los que son simplificados con la supresión del parricidio y del infanticidio, y completados con otros tipos. La expresión de las nuevas exigencias constitucionales al legislador se concretiza con la criminalización de las manipulaciones genéticas, las lesiones (p. 40) al feto y la eutanasia pasiva. Entre las numerosas novedades adicionales se encuentran las sanciones diferenciadas en materia de protección ambiental, de acuerdo a los medios y elementos ambientales, en lugar de la represión en un tipo único.

Con relación a la idea de codificación cabe subrayar el hecho que el legislador ha incorporado en el nuevo Código la gran mayoría de los delitos que en muchos países están dispersos en leyes especiales, admitiendo con esto los problemas vinculados (frecuentemente sobredimensionados en la discusión alemana) a las normas penales en blanco. Así, el nuevo Código incorpora los delitos tributarios, contra la seguridad social o la ordenación del territorio; la publicidad engañosa, los delitos societarios, etc.

El rasgo moderno y la adaptación al futuro económico así como a las obligaciones internacionales, se presentan, inter alia, en la criminalización especial del blanqueo de dinero y del abuso de informaciones privilegiadas, de la estafa informática y de los fraudes en los ingresos y gastos de la comunidad Europea y en la fijación de las cantidades límites en ecus.

No es sorprendente, sin embargo, que tanta luz produzca algo de sombra. Así, el nuevo Código mantiene las llamadas consecuencias accesorias de la condena penal, especialmente con relación a las personas jurídicas. Frente a las cuales, la discusión internacional ha desarrollado un catálogo completo de sanciones propias y nuevas penas¹³. Sin embargo, el legislador español no las toma en consideración, limitándose a remitir el problema, como lo dice la exposición de motivos, al poder sancionador de la administración, cuya competencia conjuntamente con las consecuencias accesorias de la condena (por (p. 41) ejemplo, clausura o liquidación forzosa) son consideradas suficientes. Deja abierta además la cuestión de la naturaleza jurídica de pena, sanción administrativa o medida de seguridad de las consecuencias accesorias.

En la Parte Especial, se percibe, sobre todo, la precipitación en la redacción final y la influencia de última hora de grupos políticos y de presión, produciendo bastantes incongruencias de contenido y carencias de técnica legislativa. Es de destacar también, y esta crítica no tiene nada que ver con la fase final del proceso legislativo, la falta casi total de investigación empírico-criminológica para fundamentar los nuevos tipos penales en los que las tendencias, en principio correctas, de humanismo liberal y de intervención mínima, a veces llegan a la aplicación de principios dogmáticos liberales con resultados extraños en materias con una estructura difícil. Mencionaremos el ejemplo crítico de las insolvencias punibles, las cuales no han jugado en el pasado, y a pesar de la realidad económica y financiera española, ningún papel relevante en la práctica de la persecución penal. El nuevo Código, contrariamente a los demás códigos y leyes modernas europeas, limita la punibilidad esencialmente a la producción dolosa de la insolvencia.

¹³Vista de conjunto en: De Doelder /Tiedemann (eds.), *La criminalisation du comportement collectif / Criminal liability of corporations*, 1996 (con contribuciones sobre Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Rusia, Suiza) y Schünemann/Suárez González, op. cit., nota 12.

De este modo, se ignora toda la historia de este materia penal desde tiempos medioevales. Epoca en la que, en las ciudades de Italia del Norte, surgió la idea de penalizar la comisión, aún determinados casos de imprudencia, de los llamados "actos de bancarrota"¹⁴. La formulación positiva de los mismos constituyen las reglas fundamentales de toda actividad empresarial. En esta materia, como en algunas otras, hubiera sido más prudente, después de renunciar a largas investigaciones criminológicas, establecer al menos un inventario de las soluciones jurídico-penales modernas adoptadas en otros Estados industrializados comparables a España, en lugar de separarse de una larga tradición histórica común que nunca ha amenazado la **(p. 42)** libertad empresarial con su necesaria toma de decisiones de riesgo. El tipo penal de alzamiento de bienes puede cumplir esta laguna al menos parcialmente.

Esta últimas críticas que se refieren sobre todo a la Parte Especial, en realidad, no cambian en nada el juicio positivo sobre la nueva codificación penal que por eso merece su entrada en vigor el día 24 de mayo de 1996. A partir de esta fecha: adelante Justicia y Ciencia Penal para dar vida y valor práctico a este obra importante de la democracia española!

¹⁴Ver BGHSt vol. 15, p. 103 y ss.; Tiedemann, Lecciones de derecho Penal económico, 1993, p. 207, 241 y s. e Insolvenz-Strafrecht, 2a. ed. 1996, notas marg. 32 y ss. antes § 283.