

El Nuevo Código Penal

Olga López Lago *

DESDE los primeros tiempos, el ser humano ha cometido acciones de todas clases, algunas de ellas no encaminadas precisamente al bien particular o general de sus congéneres. Por esta razón ya desde esos remotos días, de una u otra forma, se han castigado estas conductas.

Venganza es la primera forma de aplicar la justicia. No hay que olvidar que venganza y justicia tienen una misma raíz. Sin embargo hoy venganza es una forma degradada de justicia. Así la Ley del Talión —ojo por ojo, diente por diente— fue un notable avance en la aplicación de la Ley Penal. Introdujo un factor muy importante, la proporcionalidad en el castigo, factor que incluso en la actualidad en algunos ordenamientos jurídicos —si así se pueden llamar— parece haberse olvidado.

Si la Ley del Talión es un ejemplo de modernización dentro de lo que en nuestro tiempo conocemos como derecho penal, no lo fue menos la petición por parte de algunos autores, en principio aislados y luego con una sola voz universalmente oída, que solicitaban y solicitan igualdad

* Profesora de Derecho Penal. CEES-UEM. Madrid.

ante la Ley, ausencia de parcialidad de los juzgadores, respeto por las libertades y los derechos de todos.

Desgraciadamente en muchos puntos del planeta se sigue desconociendo, o mejor haciendo oídos sordos, a quienes claman porque se respete al ser humano con y en toda su dignidad. La vieja y civilizada Europa no es una excepción. En ella se sigue ignorando, manipulando o simplemente «pasando» de cuestiones tan importantes como son la protección y la solidaridad con la vida humana.

En esta misma línea de avances, retrocesos o pseudoavances, teniendo en cuenta que toda normativa tocante al campo penal está teñida de ideologías políticas, nace el Código Penal de la Democracia. ¿No es la norma penal el arma más potente que puede tener un Gobierno para gobernar a sus gobernados, súbditos, mandados, pueblo soberano o como se les quiera llamar?

La forma de aglutinar los mandatos penales, la forma de aplicarlos y quien y a quien han sido dirigidos éstos, no ha sido la misma a lo largo de la historia. Sólo se puede hablar de Códigos tal y como los conocemos, a partir del pasado siglo.

Nuestro primer C.P. data de 1822, influenciado por la codificación francesa del C. de Napoleón, dejando de lado —entre otras, por razones políticas— el derecho patrio de los Fueros y Las Partidas.

Casi en la misma línea se ha seguido legislando desde entonces. El C.P. de 1848, que se ha mantenido, al menos en lo fundamental, durante más de un siglo, es el texto que con múltiples transformaciones, desarrollado en ocasiones por leyes penales especiales (técnica poco recomendable de tapar situaciones de conveniencia legislativa, utilizada para no acometer reformas de fondo en el C.P), ha estado vigente hasta el 25 de mayo de 1996, fecha de entrada en vigor del nuevo C.P. o «Código de la Democracia».

Novedades llamativas de la Ley

MUCHAS cosas habría que decir sobre la nueva Ley, sobre el fondo y la forma de la misma, pero nos centraremos sólo en lo más llamativo y en lo más nuevo.

Se aprueba este Código por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, publicada en el «BOE» del 24 del mismo mes y año.

La exposición de motivos, casi al final, dice literalmente «El C. Penal ha de ser de todos y, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones». No hay duda de que ésta es una formulación muy correcta si, además de ser cierta, hubiera tenido alguna eficacia en el articulado del Código: esto no ha sucedido.

Por poner un ejemplo, el Dictamen emitido por el Consejo General del Poder Judicial (al final serán jueces los que interpreten y apliquen la Ley), dictamen muy completo y bien elaborado, no ha sido tenido en cuenta por los autores de la Ley Penal, mas que para hacer mención del mismo en la citada exposición de motivos.

Por otra parte, el nuevo C.P. ha sido aprobado por el Parlamento con la abstención de 133 diputados, los del Partido Popular; a vista de todo esto íse puede decir que al Gobierno, que gobernaba con mayoría asistida-absoluta, le importaba mucho que el C.P. fuera de todos y para todos?

La primera novedad o novedades que se aprecian en el C.P. del 95, son de tipo dogmático y de lo que se llama vulgarmente Parte General del Derecho Penal, cuestiones farragosas y muy técnicas que no son objeto de estudio en estas líneas dedicadas más a una información genérica que a una información técnica de temas puntuales. Por esto pasaremos por alto la desaparición del nuevo texto del sistema del «Crimen Culpa» por el sistema de «Crimina Culposa», referente a los delitos imprudentes, a la imprudencia en general, así como la vuelta a que las Medidas de Seguridad se contemplen en el propio C.P. y no en Ley Especial, que éstas sean siempre postdelictuales, o la división tripartita de las infracciones penales en delitos graves, menos graves y faltas, que el encubrimiento sea un tipo especial y no una forma de participación delictual.

Tampoco se va a tratar aquí de temas tan importantes para la parte general del D. Penal, como lo son el estudio sobre el error, sobre los actos preparatorios, sobre la tentativa y la frustración, o sobre la fuerza irresistible como circunstancia modificativa.

Edad penal y sistema de penas

LA mayoría de edad penal y el nuevo sistema de penas, aunque son temas de la mencionada parte general, sí los trataremos con algo más de detenimiento por la trascendencia social que tienen, y sobre todo por la curiosidad o sorpresa que han provocado en la mayor parte de los ciudadanos, estén o no ligados al mundo del Derecho.

El art. 19 del N.C.P. (Nuevo Código Penal), cambia la mayoría de edad penal, que de los 16 años en la actualidad pasa a ser de 18 años, unificando criterios con el resto de las legislaciones penales europeas, y con nuestro propio Derecho Civil.

No obstante, esta mayoría no ha entrado en vigor el 25 de mayo, ya que el párrafo segundo del mismo artículo 19 nos dice el tratamiento que recibía el menor de esa edad en el momento que delinque, y ese tratamiento se contemplará en una Ley hasta el momento inexistente, que será —si es— la Ley Penal Juvenil.

La disposición derogatoria única del N.C.P. deroga el Texto Refundido del C.P. publicado por el Decreto 3096/73 de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/71 de 15 de noviembre, con sus modificaciones posteriores (excepto los arts. 9.2 y 9.3, entre otros. Estos son los dos preceptos que hacen referencia a la eximente de edad —16 años— y a la circunstancia atenuante de minoría de edad —de 16 a 18 años—).

Al no aplicarse de forma inmediata la nueva edad penal, una de las consecuencias más temidas y criticadas de la vigencia del N.C.P. queda en suspenso, esto es las posibles excarcelaciones que se decían masivas, aunque después de los datos estudiados por la Fiscalía General del Estado no son tantos los condenados en estas edades.

Por tanto, hasta que exista la Ley Penal Juvenil, o como se la bautice en el momento de su nacimiento, Ley que tendrá que ser Orgánica ya que afecta a Derechos Fundamentales de las Personas, la mayoría de edad penal seguirá siendo la de 16 años.

Otro de los puntos conflictivos del N.C.P. es el de la desaparición del sistema de redención de penas por el trabajo del art. 100 del ya Antiguo Código Penal (A.S.P.), compensado en parte por la rebaja de las penas privativas de libertad y por la aparición de otras penas, que se podrían llamar penas cortas privativas de libertad, y por fórmulas también nuevas de sustitución de las penas de prisión.

Aparecen los arrestos fin de semana, los días multa, las prestaciones sociales sustitutorias, y se amplía el margen para la concesión de la hasta ahora llamada condena condicional, ahora suspensión de la condena.

En la aplicación de las penas en general, se aprecia una mayor facultad del juez a la hora de utilizar su arbitrio, la posibilidad de rebajar, y hasta de dejar en completa suspensión la pena, en los casos de personas delincuentes gravemente enfermas o aquejadas con extrema gravedad por motivo de las drogas; al estar dentro del N.C.P. las medidas de seguridad

penal, la posibilidad de adecuar la realidad de la norma a la realidad personal de cada delincuente es mucho mayor, y más efectivas las posibilidades de rehabilitación.

Todo lo dicho enlaza con una de las polémicas más encarnizadas respecto al cumplimiento íntegro o no de las condenas, sobre todo para determinados delitos como los de tráfico de drogas y los de terrorismo.

En esta discusión, que en el fondo no se centra en lo que de verdad es el cenit de la cuestión, se han levantado voces de todos los colores y formas de pensar: ¿cumplimiento íntegro de la pena máxima que exige el N.C.P., 20 años, o la de 25 a 30 años que de forma excepcional también prevé el N.C.P.?, ¿con o sin beneficios penitenciarios?, ¿con o sin posibilidad de indultos?

Está claro que si se aboga por la postura del cumplimiento íntegro de las penas, ciñéndose a lo que las Leyes Penales exigen, no hay contradicción alguna con el art. 25 de la Constitución que literamente dice: «2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reducción y reinserción social, y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

El precepto constitucional en este caso es de los menos programáticos de la Carta Magna Española. Se podría decir que es de aplicación directa. Pero ¿lo ha sido?, ¿lo será a partir de la vigencia del N.C.P.?

No recoge, sin embargo, el N.C.P. una forma de sustitución de la pena como es el perdón judicial, a través del cual únicamente queda sin aplicar la pena, aunque se reconoce que existe acción delictiva. (Institución estudiada en el proyecto alternativo al C.P. alemán para los delitos imprudentes, y para ciertos casos de eutanasia).

En teoría la valoración que se puede hacer de las nuevas formas de cumplimiento de las penas, así como de las nuevas penas del C.P., es positiva, ya que toda medida tendente a la mejor rehabilitación y resocialización del delincuente es buena. En cuanto al fondo, o mejor dicho, en cuanto a la ejecución de las mismas, la dificultad es tan grande que se podría dudar de la posibilidad de que algunas de ellas sean eficaces.

No existen en las oficinas judiciales departamentos adecuados para el cobro de los días multa, ni depósitos municipales o policiales ni prisiones para el cumplimiento de los arrestos fin de semana, ni funcionarios suficientes para la vigilancia de los cumplimientos si éstos se hacen en otros centros o lugares, ni tampoco están suficientemente delimitados los trabajos en beneficio de la sociedad a que se refiere el N.C.P.

Todas las notas apuntadas, junto con la posibilidad, también indicada que se concede a los Tribunales para evitar el ingreso en prisión ¿no crea una cierta inseguridad jurídica?

La parte especial del Nuevo Código

RESPECTO a los tipos concretos regulados en la llamada Parte Especial del Código Penal, destaca la hipertrofia de algunos de ellos, sin duda por lo que supone de novedad su total desarrollo en el Ordenamiento jurídico-penal. Como ejemplo, señalamos los referentes a la ecología.

Por seguir un cierto orden, hablaremos primero de los delitos contra la vida. Lo que más destaca es la sistemática de los mismos, que deja al homicidio como delito básico del que se desgajan todos los demás contra la vida, desapareciendo los llamados por algunos autores delitos «sui generis». Así desaparece el parricidio como tipo agravado, subsistiendo la circunstancia mixta de parentesco que agravará o atenuará, según el caso concreto.

Desaparece también el tipo privilegiado de infanticidio, y de las cinco que contemplaba el C.P. antiguo, reduce a tres las agravantes que dan lugar al delito de asesinato. Subsisten: la alevosía, el precio, recompensa o promesa y el ensañamiento que aumenta deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

Respecto a la eutanasia, fonema que no aparece en el N.C.P. pero que sin duda está recogido en el art. 143.4 del Código, se discute por algunos expertos si en ella está recogida sólo la eutanasia pasiva o también la activa. En cualquier caso la pena que se puede imponer (la eutanasia está en el capítulo del homicidio y sus formas), en algunos casos es la privativa de libertad de seis meses, que a su vez puede ser sustituida —según la aplicación de las penas del C.P.— por una multa, por un arresto domiciliario, o por la prestación de trabajos en servicio de la comunidad. ¿Es ésta una despenalización encubierta?

Uno de los temas pendientes de N.C.P. es sin duda el que se refiere al delito de aborto ante el deseo de algunos grupos sociales de despenalizar el aborto, que ha tenido que quedar plasmado en una remisión al art. 417 bis del C.P. anterior, que legaliza el aborto terapéutico, el ético (que se justifica porque el nuevo ser es producto de un delito de violación), el eugenésico, combinados todos ellos con un sistema de plazos. Nuestro tratamiento del aborto es en definitiva un sistema mixto de indicaciones y plazos, siendo este sistema, como el de la mayoría de edad a los 18 años —aún inaplicables—, una de las primeras chapuzas del N.C.P.

En cuanto a las lesiones es de destacar el dato positivo de incluir en el repertorio de estos delitos las agresiones y violencias familiares caseras, aunque al exigir que éstas sean habituales, dejan prácticamente impunes las primeras agresiones, situación que no parece tener mucho sentido.

Se mantiene, sin embargo, en el N.C.P. la posibilidad de esterilizar a los incapaces (se argumenta que por su propio bien). Nos preguntamos si no tendrá algo que ver la comodidad de los cuidadores de estas personas.

Otra de las novedades del N.C.P., sin duda de las más llamativas, es incluir todo un Título dedicado a la genética, muy a tono por el espectacular avance de la Ciencia en estos temas, si bien en alguna de las expresiones es de corte catastrofista: «armas biológicas capaces de exterminar a la raza humana». Sin embargo la pena en estos casos es de tres a siete años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años.

Pasando otra página del N.C.P. en los delitos contra la libertad, en especial contra la libertad sexual, destaca que en el texto del N.C.P. desaparece la palabra —violación—, tan habitualmente utilizada por todos y la actividad de violar. El delito de violación pasa a llamarse de agresiones sexuales graves, incluyendo conductas hasta ahora sólo contempladas como delitos menos graves que la violación, en los abusos sexuales simples.

En los delitos de abuso sexual, sin embargo, se tipifica algo que la Jurisprudencia tendrá que aclararnos, cuando el N.C.P. dice que se castigarán los abusos que se produzcan sin violencia o intimidación pero sin consentimiento, y que atenten a la libertad sexual de otra persona. ¿Cómo es esto posible?

Se tipifica por primera vez el delito de acoso sexual, pero sus perfiles son muy tímidos y desde luego no alcanza a cubrir todas las posibilidades del acoso.

Desaparecen del C.P. las figuras del rufián y del proxeneta tal como las hemos entendido hasta ahora, y sólo se dibujan vagamente cuando se refieren a prostitución de menores o incapaces o aparece la fuerza sustituyendo la voluntad de la persona prostituida. Los temas que se refieren a la prostitución siempre han sido tratados pasando de puntillas sobre ellos. El N.C.P. mantiene esa misma actitud.

En los delitos contra el honor, aparece en el C.P. una expresión nueva: «temerario desprecio hacia la verdad» dentro del delito de calumnias. Tan ampulosa expresión también deberá ser interpretada por la Jurisprudencia para aclararnos su verdadero contenido.

Novedad es también en el N.C.P. la creación de los delitos societarios —delitos contra el patrimonio—, es decir todos aquellos que afectan al complejo mundo de las finanzas. Mundos en ocasiones oscuros como lo son también los de tráfico de influencias de reciente creación. De haberse tipificado antes estos delitos, algunos de los personajes de la vida pública y privada no estarían contando sus millones, sino los días que les quedaban para que se les aplicara la clasificación en el tercer grado penitenciario y poder acceder a la libertad provisional.

Otras dos novedades interesantes del C.P. son la desaparición del delito de cheque en descubierto como tipo autónomo. Esta conducta pasa, en su caso, a ser un tipo de estafa. La otra novedad es la referente a nuevos tipos delictivos sobre el mercado y los consumidores.

En el ya conocido delito fiscal, la novedad es la introducción de las defraudaciones a la Seguridad Social, en total paralelo con los citados delitos, y también las defraudaciones a las comunidades, olvidándose de que la moneda única se llamará «Euro» no «Equis», como reseña el N.C.P.

Uno de los Títulos más extensos de este N.C.P. es el que trata sobre el ordenamiento del territorio, la protección del patrimonio histórico y sobre todo del medio ambiente; es lógico que se trate de forma tan exhaustiva dado que hemos sido de los últimos en incluir estas acciones delictivas en nuestro Ordenamiento jurídico-penal.

Otra cuestión que llama la atención del N.C.P. es la preocupación por proteger a todas las minorías, en lo que son sus derechos más fundamentales establecidos en la Constitución. Quizás estemos llegando a la hipertrofia y a la reiteración. Se castiga por ejemplo la discriminación por razón de raza, etnia o religión, y se une a estos términos «o por antisemitismo»: ¿no está implícita en cada causa la raza y la religión ya mencionadas?

Como punto final a estas reflexiones sobre el N.C.P. deseamos hacer una referencia a la mejora en la sistematización respecto a los delitos de terrorismo, la inclusión de los delitos contra la comunidad internacional, y sobre el derecho de Gentes, en especial el tratamiento del delito de genocidio por destracia tan actual.

Se constata también la mejora en la sistematización del Libro III sobre las Faltas, y la derogación de una gran parte de leyes penales especiales que de verdad estaban de más.

Conclusión

A modo de conclusión, y sin haber pretendido en ningún momento haber hecho un estudio sistemático y pormenorizado de la norma más importante de nuestro Ordenamiento Jurídico después de la Constitución, y siempre desde mi punto de vista, creo que este N.C.P. no está a la altura de su rango. Se ha elaborado con precipitación, desconociendo o no queriendo conocer algunas de las realidades sociales, marginando de forma ostensible a un sector de la Dogmática penal puntero en España y en el mundo jurídico en general.

Ha querido ser un broche de oro a la Legislatura que acabó el 9 de enero pasado, quedándose solo en un punto y coma, o mejor en puntos suspensivos.

No es fácil sustituir con éxito un C.P. que ha sobrevivido más de un siglo, por otro redactado en muy pocos meses con las deficiencias citadas, y con un muy importante sector de la voluntad del pueblo en contra.

Ojalá que estas opiniones sean del todo erróneas, y sí tengamos por fin un C.P. progresista, donde se castigue sólo lo estrictamente necesario, de la forma más adecuada, que sirva de verdad para que nuestra sociedad sea algo más justa, equilibrada y limpia.