

Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidos en la parte general del proyecto de 1980 en su parte especial, con algunos otros defectos sobresalientes de esta^(*)

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal

Vamos a prescindir de las faltas de ortografía, de las concordancias vizcaínas, de las erratas, muchas de ellas graves, que ofrece el Proyecto de 17 de enero de 1980, cuya presencia delata la despreocupación y ligereza sin precedentes en este proyecto de ley orgánica de «nuevo» Código penal por evidenciar que nadie se ha tomado la molestia de leerlo con detenimiento y publicar en el propio «Boletín Oficial de las Cortes Generales» la oportuna rectificación. Este trabajo tiene por objeto delatar la absoluta desconexión entre las fórmulas rimbombantes de principios que hasta ahora nadie ponía en duda que informaban e informan nuestra legislación penal, presentando vetustas aspiraciones como algo novedoso, y unas técnicas legislativas en la descripción y punición de los delitos en particular que, no sólo infringen tales principios, sino que están en contradicción con las propias reglas que en el libro primero consagra el Proyecto. Tampoco podemos pasar por alto algunos de los muchos y defectos sobresalientes que en la Parte especial del Proyecto destacan ya en una primera lectura por más que la encomiástica literatura oficial y oficiosa traten de presentar el texto proyectado como maduro fruto de una concepción democrática del Estado, cuando en esencia es nuestro viejo y maltrecho Código notablemente empeorado.

A) El *principio de legalidad*, equívocamente registrado en el artículo 25.1, de la Constitución de 1978 y de modo inequívoco recogido en los artículos 1 y 13 del Código penal vigente, se reproduce el artículo 1.º del Proyecto, párrafo primero, en el que se concentran el *nullum crimen, nulla poena sine lege*, siguiendo lite-

(*) Comunicación presentada en el *Coloquio sobre la reforma penal y penitenciaria*, celebrado los días 11 y 12 de abril de 1980 en Santiago de Compostela.

ralmente al *Anteproyecto 1979* incluso en lo que pudiera pensarse que es un error de redacción al emplear el adverbio «igualmente» en lugar de «legalmente» que parecía más oportuno y preciso. Ahora bien, este principio, que responde a exigencias de seguridad jurídica fruto indeclinable de una larga y sangrienta historia se traduce con mayor rigor en las concepciones actuales en lo que concierne a los delitos que en materia de penas en la que se ha impuesto una mayor flexibilidad. Por eso se impone examinar por separado el Proyecto a la luz de cada uno de estos aspectos del principio de legalidad.

1. El *nullum crimen sine lege* demanda la mayor precisión posible al describir las figuras de delito. Se oponen, por consiguiente, a él las formulaciones vagas, imprecisas e indeterminadas, que no permiten saber de antemano cuál es la conducta punible, tanto en lo que se refiere a los tipos básicos como a los cualificados o privilegiados. No cabe, dentro de los límites de este estudio señalar todos y cada uno de los casos en que se infringe el principio de legalidad por imprecisión de los presupuestos de la pena abstracta. Me limito a subrayar algunos supuestos en que esto acaece, a saber: artículos 166 párrafo segundo, («menos entidad», cfr. con el artículo 656), 168 («deformidad importante»), 177 («socialmente reprochables»), 192 («según la gravedad»), 193 («grado de insolidaridad»), 237 («no excediere en mucho»), 239, 2.º («considerable valor»), 240 párrafo segundo («estime grave»), 242 párrafo segundo en relación el artículo 239, 2.º, 250 párrafo segundo («graves trastornos al propietario»), 254 («considerablemente superior»), 256 párrafo segundo («no excediere en mucho»), 258, 2.º («especial gravedad atendido el considerable importe del perjuicio»), 259 párrafo último («excediere en poco»), 272 («según la gravedad del hecho»), 277 párrafo primero («cuantía del daño»), 278 párrafo primero («que por su cuantía revistan especial gravedad»), 318 («casos de suma gravedad»), 323 párrafo segundo («alcanzare caracteres catastróficos»), 325 («molestias»), 327, 2.º («grave infracción»), 329 («vías que por el tráfico, trazado o dificultad representen un mayor riesgo de accidente»), 333 («según fuere la cuantía del perjuicio»), 349 («cláusulas abusivas»), 352 («según la gravedad»), 369 («condiciones abusivas»), 371 párrafo segundo («actividad subvencionada»; acaso olvidaron el uso que se sule hacer de la Ayuda a la Investigación o el comportamiento de determinados becarios), 383 («excediéndose notoriamente»), 384 («notoriamente contrarios»), 435 («Cuando la relevancia ética o altruista del móvil sea notoria y excepcional»), 479 («usos sociales»: ¿los diamantes de Bocassa a Giscard d'Estaing?), 482 párrafo último («excediere en poco»), 520 párrafo segundo («soborno»), 558 párrafo último («apreciando la cantidad y clase de las municiones»), 560 («seguridad del Estado»), 561 y 562 (véase 560), 568 («cualquier acto preparatorio»), 584 («no fueren graves»), 590 («no fueren graves»), 593 párrafo último («notoria gravedad»), 622 («quebrantare la independencia e inamovilidad»), 636 («seguri-

dad del Estado»), 672, 2.º («disgustos»), 681, 2.º («despierte alarma»), 683, 3.º («perturbaren a sus vecinos con sus discusiones o espacimientos domésticos, después de haber sido amonestados por la Autoridad»), 684, 1.º («ofendiendo el sentimiento de los presentes»), y 685 («con ofensa de los sentimientos de los presentes») de suerte que en los dos últimos artículos citados, si los presentes no se *sienten* ofendidos o incluso aprueban los hechos no hay infracción penal.

2. El *nulla poena sine lege* se plantea en términos distintos al *nullum crimen* porque pronto se advirtieron los inconvenientes gravísimos de las penas absolutamente determinadas y se percibió la diferencia entre arbitrariedad y arbitrio judicial. El principio de la legalidad en materia de penas se traduce en varias exigencias: a) la pena puede exceder en duración y calidad a las que establece la ley; b) el juez está vinculado a determinadas reglas que, en función de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, delimitan el marco penal dentro del cual queda facultado para individualizar la pena pasando de la pena abstracta que señala la ley a cada delito a la magnitud penal concreta que ha de imponerse al delincuente, limitación esta especialmente digna de ser subrayada en una organización judicial como la española en la que el juez no puede prestar personalmente una atención singular a cada proceso y a cada delincuente, por no existir número suficiente de órganos jurisdiccionales y no estar dotados de una especialización diversificada; c) la única excepción a los máximos establecidos en las escalas generales de penas se deriva de las limitaciones al principio de acumulación aritmética de las penas en el concurso real.

Lo opuesto a las normas por las que se rige el principio de legalidad en orden a las penas es la llamada pena indeterminada, el dejar en manos del juez la determinación del momento en que ha de considerarse cumplida la pena. La pena de duración indeterminada, fue propugnada por un positivismo empírico de fines del siglo pasado que en su versión radical supone la sustitución de las penas por medidas de seguridad. Esta opinión no halló acogida en las leyes penales, tampoco en las nuestras, reservándose la indeterminación para las medidas de seguridad allí donde se admite el sistema dualista. El Proyecto de 1980 se atiene en su Parte general a esta concepción que rechaza las penas indeterminadas, desde el momento en que fija unas fronteras dentro del marco de la pena abstracta a las que el juez debe atenerse considerando las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que concurren influyendo en la mayor o menor antijuridicidad o culpabilidad del reo. Es más, esta desconfianza se expresa en el Derecho español estableciendo catálogos de circunstancias modificativas que el juez ha de respetar. Me remito a los artículos 27, 28^o y 29 del Proyecto y a las reglas del artículo 78, particularmente a la 6.^a que prohíbe a los tribunales imponer pena mayor a la seña-

lada por la ley «cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes».

Este sistema había sido perforado ya en varias ocasiones por reformas que ignoraban las paredes maestras sobre las que descansa el Código penal, despreciando las reglas generales y dejando en manos del juez, un juez, repito, que no tiene contacto directo con el reo, unos márgenes de arbitrio que rozan con la pena indeterminada del Antiguo Régimen justamente proscrita. Así ocurrió, por ejemplo, con la reforma de 1971, al dar nueva redacción al artículo 344, donde el juez puede moverse entre seis años y un día hasta veinte años «atendidas las circunstancias del culpable y del hecho». Otro ejemplo más reciente lo proporciona la reforma del artículo 554 (estrágos) por ley 82 de 28 de diciembre de 1978, en la que, partiendo de la pena de presidio mayor, se permite imponer la inferior en uno o dos grados teniendo en cuenta «las circunstancias que concurran en el culpable en el (sic) hecho y en la gravedad de éste», o sea, que puede moverse entre un mes y un día y doce años de privación de libertad, máximo que puede elevarse a veinte años «si se hubiere producido una situación de grave peligro para la vida o la integridad corporal de las personas», gravedad tan imprecisa como las «circunstancias» antes aludidas: un arbitrio que permite moverse entre un mes y un día y veinte años es, ni más ni menos, que la pena indeterminada que se trata de prohibir con el principio de legalidad. Estas perforaciones de las paredes maestras del Código pueden equipararse al «mal de piedra» que ataca a los antiguos monumentos.

Pues bien, el Proyecto de 1980 nace ya con el mal de la piedra, menospreciando repetida y no esporádicamente el *nulla poena sine lege*, contraviniendo además las propias normas que en el Libro I se establecen sobre duración y determinación de las penas. El artículo 39 establece para la pena de prisión un mínimo de seis meses y un máximo de veinte años «salvo lo dispuesto en los artículos 82, 87, 560, 562 y 564». El artículo 82, párrafo segundo, 1.^a, permite llegar a veinticinco años «salvo lo dispuesto en el artículo 564»; los artículos 560 y 561 establecen penas de prisión de quince a veinticinco años, el artículo 564, párrafo segundo, pena de veinticinco a treinta y cinco años. Pero los artículos 560 y 561, en sus números primeros, contienen unos tipos cualificados en que se dispone que se imponga «la pena superior en grado» a la de quince a veinticinco años; ¿cómo conciliar esto con la rigurosa limitación del artículo 82, párrafo primero, 2.^a? La regla 6.^a del artículo 78 prohíbe imponer «pena mayor que la que señala la ley en su límite máximo» cualquiera que sea «el número y entidad de las circunstancias agravantes»; ¿cómo conciliar esta regla digna de aplauso con lo prevenido en los artículos 158, 183, 242, 1.^o párrafo segundo, y 574 donde se impone la pena superior en grado cuando concurran en el delito «dos o más circunstancias agravantes»? Las reglas del artículo 78 se dan por completo al olvido en

Los artículos 237, 245, 256, 277, 330, 346, 349, 373, 386 y 556, entre otros, en los que se concede al juez un arbitrio amplio, no vinculado a las reglas del artículo 78. La reincidencia se define en el artículo 28, 11.^a, pero la indeterminación más absoluta sobre si se trata de una reincidencia genérica o específica gravita en los artículos 231, 321, 340, 349, 371, 374, 380, 385, 493 y 673 hasta donde se me alcanza, sin que por otra parte se atribuya ningún efecto peculiar a la distinción que contiene el artículo 28, 11.^a. Estas gravísimas inconcreciones conculcan evidentemente la seguridad jurídica e implican no menos graves contradicciones internas en el seno del Proyecto.

B) El tema de las *medidas de seguridad* merece consideración aparte, porque el Proyecto, que admite el dualismo, no sólo *desconoce la función* que desempeñan las medidas de seguridad —para quienes sean partidarios de mantenerlas— en un sistema penal, utilizándolas como genuinas penas, sino que, a pesar del agotador repertorio de penas (arts. 36 ss.) y de medidas de seguridad (artículo 135) que alcanzan el número de diecinueve, *contiene otras medidas penales*. Ciertamente que el artículo 130 consagra el principio de legalidad (en lo que la índole de las medidas de seguridad permiten que sea operativo) y se reconoce que su fundamento es la peligrosidad revelada por la comisión de un delito (art. 131) excepto en el caso de «asociaciones, empresas o sociedades» por delitos cometidos por sus «directivos, mandatarios o miembros» en el ejercicio «de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes» (art. 132), aunque en uno y otro caso las medidas de seguridad hayan de guardar «proporción con la *peligrosidad* revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer». Es decir, las medidas de seguridad no han de imponerse nunca automáticamente con lo que el Lib. I del Proyecto respeta la mejor doctrina. Antes de seguir adelante hay que recordar que el Proyecto define qué es lo que se ha de entender por delincuentes habituales (art. 150, párrafo último, y 152, párrafo segundo) y por delincuentes profesionales (art. 152, párrafo último) y que las medidas para unos y otros se imponen mecánicamente «como complemento de la pena» (arts. 150 y 152) o preceptivamente en caso de delitos culposos (art. 151); la «medida» consiste en un «internamiento en un centro de terapéutica educativa o rehabilitación social» hasta diez años para los habituales en delitos dolosos (art. 150) y para los profesionales en «centro de rehabilitación social» (art. 152) por tiempo que no puede exceder de quince años (art. 135, 5.º), siendo de notar que tales centros y el personal adecuado para ellos no existen, y que la *Ordenanza general de los presidios del Reino de 14 de abril de 1834*, recogiendo una tradicional «cláusula de retención», que se halla en la Pragmática de 1771, era más piadosa en su artículo 316 donde prohibía a los tribunales «aplicar la pena de reclusión perpetua ni de presidio» por más de diez años en cada sentencia,

«pudiendo únicamente agregar la cláusula de retención para después de cumplidos los diez años respecto de los reos más graves», significando (art. 321) que «cuando el sentenciado con retención haya cumplido los diez años, y dos más en el presidio. día por día y sin rebaja, sin reincidir o incurrir en delito, se le graduará de corregido». Dicho esto, parece difícil encontrar interpretación a los «habituales» que menciona el párrafo segundo del artículo 260 (juegos ilícitos) y a la «habitualidad» del artículo 349, que no da lugar a aplicar el artículo 150 (al parecer) sino a la «medida de prohibición de otorgar nuevos contratos durante un plazo de hasta tres años» la cual no se encuentra ni en los repertorios de penas ni en el artículo 135 cuyo número 19 se refiere a «entes» y no a particulares. El desligar la medida de seguridad de su fundamento, esto es, de la exigencia de la peligrosidad criminal, se encuentra en los artículos 191 (amenazas), 210 párrafo segundo («desviación patológica sexual»), 231 (suspensión de órganos informativos en base a la «extrema gravedad»), 251 párrafo segundo («como complemento de la pena la medida de internamiento prevista en el número 5.º del artículo 135 a los que hagan de la comisión de este delito su medio de vida»), 346 (imposición «a los agentes» de la medida de «prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate por tiempo que no exceda de cinco años») y el artículo 544, párrafo último, en el que se desvincula la medida de suspensión de las actividades al hecho de que los delitos sean cometidos por «sus directivos, mandatarios o miembros» como requiere el artículo 132. A este género de medidas de clausura por hechos no realizados por las personas indicadas en el artículo 132 pertenecen las previstas en los artículos 210, párrafo primero, 214, 318, 321, 323, 326 y 340, párrafo segundo. Por lo demás, hay sanciones que han de catalogarse como medidas al no constituir penas, aunque no constan en el artículo 135, como sucede en el artículo 219 («privación de la patria potestad, interdicción del derecho de tutela y del de pertenecer al Consejo de familia»), 297, párrafo segundo («privación del derecho de patria potestad o del ejercicio de la tutela»), 340, párrafo segundo («pérdida de los derechos derivados del registro por un período de dos a cinco años o la prohibición de obtenerlos por el mismo tiempo»), 374 («prohibición de obtener licencias de importación o exportación o para obtener divisas durante un período de dos a cinco años») y artículo 380, párrafo segundo («pérdida de las licencias de importación o exportación o la prohibición de obtenerlas durante un período de uno a cinco años»). Todo ello hace que el principio de legalidad de las medidas de seguridad y su fundamento en la peligrosidad, consagrado en el Libro I, se convierta en una aserción declamatoria.

C) El *nulla poena sine culpa* se recoge expresamente en el artículo 3.º, con la aclaración de que si la pena viene «determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se

responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa». De ese modo han pensado los incógnitos autores del Proyecto excluir los delitos cualificados por el resultado. Sin embargo, hay una serie de tipos de resultados incalculables e imprevisibles en el momento de realizar la acción que sirven para construir tipos cualificados, como, por ejemplo, ocurre en párrafo primero del artículo 166, artículo 167, 2.º, y artículos 183, 299, 300, 308, párrafo segundo, 309, 526, 2.º, párrafo segundo, 531, párrafo segundo, 560 y 562. Mas el autor o autores de estas fórmulas han olvidado que el principio de que no hay pena sin culpabilidad se conculca también con el mantenimiento de *delitos de sospecha*, como ocurre en los artículos 172 y 658 para la riña tumultuaria, en el 296 respecto a la sustracción de menores y en los artículos 525 y 530 relativos a los delitos de rebelión y sedición respectivamente. De otra parte, la reserva del artículo 3.º ha conducido a tipificar el homicidio y las lesiones preterintencionales en el artículo 173, elevando a la categoría de delito doloso con la atenuante de preterintencionalidad lo que en realidad es un concurso de delitos entre unas lesiones dolosas y un homicidio culposo, o entre lesiones dolosas y otras de mayor gravedad culposas, seguramente para dar acogida, como en otros muchos casos, a una doctrina jurisprudencial controvertida en la teoría y la praxis, la del homicidio preterintencional.

D) Los más sobresalientes defectos del Proyecto, sin perjuicio de los discutibles puntos de política criminal que informan algunos sectores del mismo en los que no vamos a entrar (pese a la tentación de subrayar hasta qué punto las pretendidas innovaciones se reducen a un cambio de etiquetas o de lugar dentro de la geografía del Código), radican sobre todo en la innecesaria y variopinta terminología que depararía, de prosperar, graves quebraderos a los encargados de la interpretación y aplicación de la ley. Me voy a contraer a las menciones del dolo y la culpa, a innecesarias reiteraciones sobre problemas de concurso de leyes o sobre el valor artístico o histórico de determinados objetos, para no hacer interminable la enumeración de defectos de esta clase.

1. El artículo 17 declara que para que haya delito o falta es precisa una acción u omisión dolosa o culposa, para añadir a renglón seguido que «las acciones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley» (art. 18). Este correcto punto de vista en orden a la política criminal a seguir con los delitos culposos, se ve enturbiado por partida doble, pues hay una serie de delitos en los que se menciona expresamente el dolo, aunque no con idéntico vocablo, y, por otra parte, las formas culposas no se presentan limpiamente, sino que resuena en ellas la vieja terminología, complicada con la vieja clasificación romana de la culpa en *lata*, leve y levísima. Citaré algunos artículos demostrativos de estas aserciones:

a) Respecto a la mención innecesaria del dolo: artículos 168

(«causadas de propósito»; dificultades, además, para distinguirlo del 157, 2.º, en varios supuestos), 169 («de propósito»), 242, 1.º, párrafo primero («causare dolosamente»), 281 («intencionadamente»), 352 («intencionadamente»), 462 («a sabiendas»), 495 («intencionadamente»), 498 («a sabiendas»), 499 («a sabiendas»), 500 («a sabiendas»), 502 («sabiendas»), 503 («maliciosamente») y 510 («a sabiendas»). Estas alusiones específicas al dolo tenían antes por objeto proclamar la voluntad del legislador de que no se castigarían las formas culposas, mas en el Proyecto carecen de sentido.

b) Sobre las distintas expresiones para designar la culpa: artículos 175 («imprudencia»), 176 («impericia o negligencia profesional»), 282 («imprudencia grave»), 309 («imprudencia»), 420 («negligencia inexcusable»), 462, párrafo segundo («negligencia o ignorancia inexcusable»), 483 («abandono o negligencia inexcusable»), 495 («negligencia»), 501 («negligencia o ignorancia inexcusable»), 504 («negligencia o ignorancia inexcusables»), 513 («abandono o negligencia inexcusable»), 575 («imprudencia»), 661 («imprudencia»), 667 («culpa leve»), 668 («culpa leve»). Es extraño que cuando la opinión dominante reclama la supresión de los daños culposos estos se mantengan en los artículos 282, 667 y 668.

2. Las normas sobre *concurso de leyes* que contiene el artículo 15 del Proyecto hacen enteramente superfluas las salvedades consignadas en los artículos 353, párrafo último, 355 *in fine*, 368 *in fine*, 536, 601, párrafo último, 613, párrafo segundo, y 671, 1.º («sin llegar a incurrir en delito de desobediencia»), por no citar otros ejemplos de confusión a causa de que se multiplican las relaciones de alternatividad, además de recoger las ya existentes, lo que constituye gravísimo defecto de técnica legislativa.

3. No puedo dejar de aludir a la repetición, con variaciones a veces, al *valor histórico o artístico* de las cosas objeto material del delito como causa que motiva una pena más grave, repeticiones que hubieran podido obviarse con un solo artículo que hiciera referencia a los delitos que se entienda deban ser afectados por tal cualificación que no deja de parecerme muy dudosa allí donde se toma en consideración para determinar las fronteras entre el delito y la falta, o la gravedad misma del delito, la cuantía del valor de la cosa. Esta reiteración, a mi juicio inmotivada, se da en los artículos 239, 1.º («cosas declaradas de valor histórico o artístico»), 242, 4.º, párrafo segundo (por la referencia al 239), 245 («cosas declaradas de interés histórico o artístico»), 258, 1.º («cosas declaradas de valor histórico o artístico»), 262 («cosas declaradas de valor histórico o artístico»), 278, 5.º («cosas declaradas de valor histórico o artístico»), 378, 3.º («obras u objetos declarados de interés histórico o artístico»), 482, párrafo segundo («cosas.. declaradas de valor histórico o artístico»). Estas expresiones son una mala repetición del actual artículo 563 bis a), que alude a que «las cosas objeto del delito perseguido [en los delitos contra la

propiedad] fueren de relevante interés histórico, artístico o cultural». Ya de por sí el artículo 563 bis a) peca de difuso y vago. El intento de precisar exigiendo una *declaración* expresa deja en pie la cuestión de si la cosa ha de estar con anterioridad declarada de valor histórico o artístico al modo del actual artículo 563 bis a) cuya crítica he hecho ya en mi D. p. español, Parte especial, y no voy a repetir. Se añade la disparidad de criterios, pues en unos supuestos es preciso que sea de «valor» y en otros meramente de «interés», no estando tampoco clara cuál sea la diferencia entre «cosas» y «obras u objetos».

E) Enumerar otros muchos defectos meramente técnicos sería tarea inacabable, aún sin entrar, como digo, en problemas de fondo atinentes a la política criminal seguida que ha de estar siempre condicionada por la practicabilidad. No quiero concluir, sin embargo, sin manifestar mi admiración por la brevísima *vacatio legis* prevista en la primera de las Disposiciones transitorias. Un plazo de dos meses para la entrada en vigor de un nuevo Código que altera completamente la numeración de los artículos del vigente (aunque deje intacto en su mayoría el contenido), que incorpora parte de una legislación especial ignorada, o si se prefiere no estudiada en las Facultades ni aplicada por los tribunales, que plantea numerosos problemas de interpretación, que no da tiempo material para que se publiquen ediciones y comentarios siquiera someros a un copioso articulado que rebasa los módulos de todos los países europeos y no europeos, es algo que no puede dejarse pasar por alto sin una acerba crítica.