

# *El código penal de 1995 y el principio hitórico*

**JAVIER SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES\***

**A** l hilo de la enjuta Exposición de Motivos del Código penal de 1995, podríamos llevar a cabo las primeras indagaciones acerca de cuáles puedan haber sido las exigencias de orden ideológico que hayan motivado a la élite con respecto, primero, a la decisión de asumir tal iniciativa legislativa y, segundo, a la de darle la orientación y contenido que, en definitiva, han venido a configurar el texto legal de refe-rencia. Entre aquéllas y muy en primer lugar, el llamado "principio hitórico".

"El Código penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores cambien, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo...".

\*Profesor titular de Derecho Penal. Universidad Complutense.

He aquí, pues, la expresión literal del principio que formula aquella Exposición de Motivos: la ley penal ha de ser histórica, es decir, ha de ser respuesta adecuada a las necesidades que la convivencia en el seno de un grupo suscita en un momento histórico determinado.

Pues bien, en este sentido, añade el legislador a lo ya dicho que "el eje de dichos criterios (los que inspiran la reforma) ha sido, como es lógico, el de la adaptación positiva del nuevo Código penal a los valores constitucionales".

No es, en efecto, nada nuevo. Como es bien sabido, esa misma idea ha venido siendo reiteradamente utilizada para explicar los avatares que experimenta la codificación penal española desde las Cortes de Cádiz. Lo que se nos acierta a explicar es por qué, no obstante lo supuestamente profundo de los cambios políticos experimentados a lo largo de tal tránsito, el Código penal ha venido siendo siempre el mismo salvo por lo que se refiere a mínimos retoques y adaptaciones formales, tal y como recoge, en postura pacífica, el legislador de 1995.

Así pues, para no traicionar la coherencia del discurso, tendremos que pensar que la profundidad de los cambios políticos aludidos es sólo supuesta, al menos desde el punto de vista de la evolución legislativa en el ámbito del Derecho penal.

Y parece que así es en efecto pues, al margen de ditirambos de mayor o menor fuste, es lo cierto que las leyes penales acuñadas a lo largo del proceso codificador de referencia han sido siempre y en todo caso la respuesta de una sociedad organizada en forma de Estado, con lo que este patrocinio común se convierte en el factor fundamental que las hermana.

Así pues, pudiéramos aventurar que la sola adaptación positiva "del nuevo Código penal a los valores constitucionales" no es una exigencia evidente del principio histórico. Incluso, es más, se ha llegado a negar —a mi modo de ver razonablemente— que fuese necesario.

Habríamos, por tanto, de partir de otro observatorio. A saber, la perspectiva ético-social del delito, definido en atención a su carácter reprobable desde este punto de vista por *razón* del desvalor del resultado o del acto y cuya reacción social de repulsa tiene la trascendencia de servir de pauta al legislador, por tal vía advertido de qué acciones deben ser impedidas u ordenadas mediante la intimidación penal y de qué alcance habrá de atribuirse a tal intimidación.

De manera que si cada grupo social posee un sistema de valores que le es propio, parece que habrá de ser la ley penal quien aporte mecanismos de protección si no hay otros instrumentos más útiles, apropiados y suficientes y con ello parece claro que aquella ley supone una selección de comportamientos reprobados.

El respeto al principio histórico significa, pues, más exactamente, que el legislador no puede equivocarse a la hora de manejar los criterios conducentes a aquella selección, lo que, por otra parte, sería hartamente negativo, no faltando quien haya mantenido que una nueva forma de delito puede significar para la sociedad bien un paso adelante, bien un paso atrás: si está sabiamente escogido es una fuerza activa —se nos dice— que conduce al hombre a una etapa de civilización más rigurosa y mejor, más auténticamente social, pero aquel que seleccione equivocadamente los delitos está abocado a la degeneración y la decadencia.

Sería, pues, a la luz de estas consideraciones como habría de compulsarse la vigencia o no del principio histórico en el Código penal español de 1995, para con ello, interrogarnos, por ejemplo, acerca de cómo puede ser operativa la criminalización del llamado delito de insumisión (artículos 527 y 528) en un ambiente espiritual en el que se desaprueba rotundamente el servicio obligatorio de las armas y aun la propia prestación profesional del mismo.

Es evidente, sin embargo, que, a pesar de lo apresurado de su talante, el legislador ha querido ser histórico, lo que, por otra parte, no podía resultar fácil sin un mínimo de serenidad y sosiego en un contexto socio-político en el que parecía y parece hacerse irresistible la tentación de recurrir al manejo del Derecho penal de manera egoísta y no siempre por juristas, como panacea universal capaz de hacer frente con éxito a cualquier disfunción social: a una problemática socio-política más intensa y compleja y, por ende, más urgente, le corresponde una ampliación del repertorio de prohibiciones y mandatos penales. Se trata, sin duda de una respuesta aconsejada por la impotencia o por una demagogia orientada no necesariamente a la "plebe", pero nunca por la historia que es tanto como decir por criterios de eficacia verificados en la realidad.

No obstante, es satisfactorio —en un planteamiento necesariamente recortado— resaltar el acierto —histórico en líneas generales— en lo que se refiere a dos cuestiones de gran relieve: la confirmación de un nuevo sistema de penas, por una parte, y la desaparición de la cláusula general de incriminación del delito imprudente (artículo 12), por otra.

En cuanto al primer aspecto, porque, según se manifiesta por el Legislador "...se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad".

En definitiva, se trataría de concebir la pena por antonomasia, es decir, la pena privativa de libertad, como más respetuosa de la integridad personal del interno y como intento de proteger a éste de los evidentes aspectos criminogénicos de aquélla.

De todas maneras, nos gustaría poder decir que la aparente buena fe legislativa es suficiente para arrinconar un escepticismo generalizado.

En cuanto al segundo aspecto, porque la supresión de referencia y la consiguiente incriminación "especializada" —individualizada caso por caso en la Parte especial— de los delitos imprudentes, supone el reconocimiento —pacífico, por otra parte— de la imposibilidad de llevar a cada figura de delito las construcciones que con pretensiones de contener una verdad de aplicación universal — principios— se elaboran en la Parte general. Quizá, sentida la urgente necesidad de ser histórico — ya hemos visto antes por qué— se haya iniciado por el legislador de 1995 un proceso de retorno a la orientación "especializada" de antaño en el estudio y comprensión de nuestra especialidad. Si esto fuese así, aquí residiría la aportación más llamativa, consciente o no, del Código penal de 1995.

En cualquier caso, podría parecer sorprendente la ingenuidad del penalista que se formula preguntas en torno a lo histórico del contenido de las leyes penales vigentes, cuando, quizá, lo que tendríamos que hacer, como punto de partida para las nuevas propuestas e iniciativas, es cuestionar el carácter histórico de las propias leyes penales en cuanto mecanismo de respuesta ante determinados desafíos de un Estado respecto del que, tal y como hoy está concebido, también pudiera razonablemente pensarse que no es histórico.