

**ANTONIO BERISTAIN IPIÑA**

**Catedrático de Derecho Penal  
Facultad de Derecho  
San Sebastián**

**Código Penal de 1980: sí, no y abstención**

Con estilo futurista y periodístico alguien ha hablado del Código penal de 1980 refiriéndose al Proyecto de Código penal que hace unas semanas fue presentado al Ministro de Justicia por la Comisión encargada de su elaboración. Aquí seguimos esta denominación aunque la consideramos no muy exacta.

Probablemente el Proyecto de nuevo Código penal merece nuestro voto positivo, nuestro voto negativo y nuestra abstención pues en él —según las noticias de la prensa— se encuentran artículos acertados, artículos (métodos) inadmisibles en un país democrático y, por fin, artículos dudosos o sospechosos. Alguien quizás vea el tan esperado Código punitivo como un niño tricéfalo con una cabeza que piensa bien, otra que desvaría y la tercera que no discurre.

#### 1. ACERTADO CÓDIGO PENAL PROTECTOR DEL HOMBRE

El Código penal de 1890, algo así como la reciente Ley General Penitenciaria, puede y debe colocar piedras sillares en el edificio de la justicia penal para protección y desarrollo de los derechos humanos en el fu-

turo próximo de España y de otros países culturalmente cercanos a ella.

Contra viento y marea, es decir a pesar de la oligofrénica metodología que comentaremos enseguida, parecen atinados muchos retoques, a veces más que retoques, verdaderas novedades, que se han introducido en el campo de las penas privativas de libertad, de las sanciones pecuniarias (días-multa), de las medidas penales, en varios tipos de delito, etc.

Quienes han contribuido directamente a la redacción de esta parte del articulado merecen la felicitación y la gratitud de todos los que de cerca y de lejos vamos a aprovechar el futuro Código penal del Estado español, cuando sea aprobado en las Cortes, después de discutido..., si se discute, si no se pacta (en el sentido negativo de la palabra), como por desgracia ha ocurrido en otras ocasiones similares.

Antes de seguir adelante hemos de manifestar que el estilo dubitativo con que formulamos nuestras opiniones se debe principalmente a que conocemos el contenido del Proyecto sólo parcialmente y por fuentes indirectas y no del todo fidedignas pues, todavía hoy, pretender conseguir el texto oficial o los estudios preparatorios —supuesto que los ha habido— es pegarse de bruces con mil puertas herméticamente selladas. Ni sabemos cuándo se abrirán.

## 2. NEGATIVA AL METODO SECRETO, KAFKIANO

En este Proyecto hay algo que exige un voto negativo pues huele a viejo y, digámoslo con todos los res-

petos, huele a podrido. Me refiero al esoterismo en la elaboración del texto legal. El sistema seguido por la Comisión encargada de preparar nuestro Código no resiste el más somero comentario. Ha sido un sistema antidemocrático de la cabeza a los pies.

El secreto más absoluto —kafkiano— ha dominado desde el primero hasta el último minuto, a pesar del deseo expresado por varios componentes de la Comisión (todos con quienes yo he podido ponerme en contacto) de que se cumpliesen los principios democráticos elementales que la elaboración de un nuevo Código penal exige.

Kafkiano, a pesar de que, ya el año 1974, los penalistas de todo el Estado español reunidos en Barcelona, y posteriormente el año 1976 en Sevilla, habían aprobado por unanimidad, entre otras conclusiones, la siguiente: “Una reforma de este carácter no puede llevarse a cabo sin recabar la colaboración de las Facultades de Derecho —y asimismo de los demás estamentos interesados en la administración de la justicia penal—, como es uso en los países de nuestro mundo cultural”.

Kafkiano, a pesar de que varias Facultades de Derecho, por ejemplo las de San Sebastián, Barcelona y Madrid, en la primavera de 1979, han enviado al Gobierno la siguiente petición: “A fin de que puedan colaborar en la elaboración del Código Penal todas las personas e instituciones especialmente cualificadas, se solicita se dé conocimiento del Anteproyecto existente a las Facultades de Derecho de las Universidades Españolas, así como a los demás organismos interesados en él, tales como Audiencias y Colegios de Abogados, y se abra un período de información suficiente para su estudio y formulación de enmiendas”.

Sin embargo, la autoridad competente no ha tomado en cuenta estas opiniones y solicitudes, y ha mantenido en secreto tanto los trabajos preparatorios como el texto del articulado.

No se diga que podrán presentarse críticas y reformas cuando se publique el texto oficial. Ya será demasiado tarde. Quien da primero, da dos veces. Y quien da en secreto, da mal y no querrá reconocer su yerro. Además, al no conocerse las investigaciones y las discusiones que han tenido lugar en el seno de la Comisión, no podemos entender bien los motivos y los fines del nuevo articulado. Por lo mismo, tampoco podremos comentarlos con la debida seriedad científica.

Por desgracia, así se elaboró también la Ley General Penitenciaria, y así se está preparando la legislación de los Tribunales Tutelares de Menores, etc.

### 3. EL JOVEN NO ES UN ADULTO PEQUEÑO

Otro punto al cual no puedo dar mi voto afirmativo es el nuevo *"tope de edad penal"*. Por prudencia, me abstengo.

Según el Proyecto, quienes tienen quince años ya son adultos para el Derecho penal, como quien tiene treinta o cuarenta años, sólo que los menores de diez y ocho años podrán beneficiarse de una atenuante para suavizar algo la sanción. Este límite de los quince años sería una novedad con respecto al Código penal vigente en la actualidad que establece la mayoría de edad a partir de los diez y seis años.

Quizás convenga que la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores cubra sólo a los niños menores de quince años. Quizás sí, quizás no. Pero, declarar adultos —no jóvenes ni semiadultos— a quienes cumplen quince años supone retroceder muy atrás respecto a las coordenadas actuales de la Política criminal universalmente admitida.

Supone, para decirlo vulgarmente, creer que un joven es un adulto pequeño. Tal opinión se superó hace tiempo en la Criminología más elemental y en la ciencia antropológica más indiscutible.

Antes de establecer el tope de los menores en los quince años es necesario formular leyes y reglamentos para los semiadultos o jóvenes en las Instituciones Penitenciarias, en los procedimientos judiciales y, más importante aún, en la normativa penal.

La normativa penal de los jóvenes no debe ser la normativa de los adultos con atenuantes. Debe ser *otra* legislación, *otra* dogmática penal, *otra* administración judicial, *otra* institución penitenciaria. Mientras éstas no existan, nadie debe excluir de los TTM a los menores de diez y seis años.

Incluir en el Código penal de adultos a los “chavales” con quince primaveras, sin regular antes el *status* de jóvenes o semiadultos (hasta los diez y ocho o veintiun años, por ejemplo), es inventar un Derecho penal arcaico, injusto, de espaldas al abc del Derecho penal comparado, de las ciencias del hombre y de los comportamientos sociales.

San Sebastián, 20 octubre 1979