

DR 29 232

Hola, buenas noches. A partir de este momento y hasta las diez y media de la noche, estaremos con vosotros para hablar del derecho. En esta ocasión, y tal como se prevé en la fundación de los medios, nos dedicaremos a las asignaturas de segundo curso y sobre estas materias conversaremos con los profesores.

Y de este diálogo con ellos, con los profesores, obtendremos la aclaración y precisión de esos conceptos más arduos, más complejos. También nos comentarán los cambios legislativos y su repercusión. Por todo esto, la revista de Derecho es una revista para el análisis, el comentario y para la actualidad.

Y hablamos de actualidad porque el derecho es una disciplina sujeta a reformas. Y sobre reformas hablaremos en los primeros minutos del programa. Será sobre la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal.

Seguimos con otros titulares como las fuentes de derecho, un capítulo importante de Derecho Civil I. Y con Derecho Político II, la democracia pluralista y los derechos y libertades. Continuaremos con Empresa y Precios, un tema que corresponde a la segunda parte del programa de Economía Política. Y en los últimos diez minutos del programa Derecho Canónico con la Ciencia Canónica.

Hemos llegado así, después de este sumario, a abordar ya nuestro primer tema de hoy, que como os adelantábamos en titulares, se trata de la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal, una propuesta de octubre de 1963. Pues bien, de ella y de las modificaciones que introduce nos hablará dentro de unos momentos Alfonso Serrano, profesor de Derecho Penal. Pero antes de empezar esta entrevista, se os adelantamos que después de las intervenciones de los profesores, os ofreceremos un breve resumen de los conceptos más importantes.

Profesor Alfonso Serrano, buenas noches. Buenas noches. ¿Cuáles son las líneas fundamentales de esta propuesta? La verdad es que desde hace mucho tiempo estamos buscando, el legislador busca un nuevo Código Penal, porque en definitiva tenemos todavía las líneas generales del Código de 1848.

En cuanto a las líneas generales de la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal, que aparece en octubre del año 1983, publicadas por el Ministerio de Justicia, realidad es que en la introducción de la propia propuesta así se recogen y dicen que en el libro primero, que contiene la llamada parte general, debe destacarse dos grupos de novedades cuya exigencia es unánime, las que afectan a la configuración de la infracción penal y las que se refieren al sistema penológico. Entre las primeras se incluyen la relevancia penal del error sobre el tipo y sobre la prohibición, la sustitución de la imprudencia como tipo autónomo por las figuras individualizadas de la culpa y la punición de conspiración, proposición y provocación sólo en los casos en que esté expresamente prevista. Entre las novedades del sistema

penológico, especialmente general, sobre las que el acuerdo científico es prácticamente mínimo y que resultan ineludibles, se encuentra la limitación de las penas cortas privativas de libertad, la configuración de la pena pecuniaria conforme al sistema escandinavo de los días multa y la supresión de las medidas de seguridad antedelictuales para crear un catálogo moderno y realista de medidas post-delictuales.

En el libro segundo se produce la adaptación definitiva de la ley penal a la Constitución, tanto en su aspecto orgánico como dogmático, dotado de protección penal tanto a las instituciones constitucionales como a los derechos fundamentales. En este sentido se establece un máximo rigor penal en la represión de los delitos de rebeldía y terrorismo, se crea un título dedicado a los delitos contra la intimidad y en los delitos contra el honor se introduce la figura de la difamación. Junto a esta adaptación resulta también ineludible, en el libro segundo, la tipificación de los delitos socioeconómicos como categoría con vocación unitaria que ha de traer a códigos, tipos y sanciones penales dispares en los artículos del texto actual y en leyes especiales.

En los delitos contra el patrimonio y en las lesiones se introducen nuevos criterios de punición, en fin, se contempla un nuevo tratamiento penal del tráfico de drogas y se recogen en el libro segundo y concretamente en el título dedicado a delitos contra la administración de justicia los diversos supuestos de favorecimiento personal y real. Por último, en el libro tercero, dedicado a las faltas, se procede a una auténtica depuración en relación con el código vigente. Si nos damos cuenta, la evolución legislativa resulta que ya ha habido algunas modificaciones referentes a la propuesta ante proyecto de nuevo código penal, por ejemplo, el tema del error y el tema de estupefacientes que en estos días se está debatiendo en el Parlamento.

Concretamente a usted, ¿qué puntos le parecen de mayor interés? Refiriéndonos concretamente a la parte general, que es lo que nos interesa a los alumnos de primer curso, quizá lo más importante sea, o lo más importante, que se introducen las medidas de seguridad en esta parte general, ya que se deroga o se pide la derogación en la propuesta ante proyecto de la actual ley de preguiliosidad y rehabilitación social. Hay algunas modificaciones importantes, sobre todo el tema de la mayoría de edad penal, y también tiene interés a lo que se ha referido anteriormente al tema penológico de la sustitución de la pena por los días multa y los arrestos de fines de semana. Si en el caso de que esta propuesta llegase a ser código, ¿qué aspectos le parece a usted que podrían crear problemas? En realidad, yo creo que podría crearnos serios problemas la elevación de la mayoría de edad penal a los 18 años, como está prevista en su artículo 23.

Hasta ahora, como todos conocen, tenemos la mayoría de edad penal en un límite a los 16 años. Es curioso porque el proyecto del Código Penal del año 1980, que quedó obsoleto con la nueva legislatura del año 1982, rebajaba la edad penal a los 15 años. Resulta que ahora la tenemos a los 16, y está previsto que se eleve a los 18.

Esto en principio nos pone de manifiesto la falta de criterio uniforme del legislador, que como

vemos, en un periodo solamente de tres o cuatro años, se varía de 15 a 18 años. Quizá alguno haya pensado que esto sea conveniente para equipararla a la mayoría de edad civil. De todas formas, el mundo penal y el mundo civil son muy dispares, porque para el mundo civil es necesario tener una mayor capacidad de conocimientos de tipo social, mientras que para el mundo penal, a una edad mucho más temprana, se sabe lo que es el acuerdo de derecho y lo que está prohibido por la ley en líneas generales.

Un chico de 13 o 14 años sabe que robar está prohibido, sabe que causar lesiones está prohibido, etcétera. Esto yo creo que iba a crear serios problemas desde el punto de vista criminológico, y posiblemente nos aumentarían los delitos en 300 o 400 mil al año, o quizá algo menos, pero en fin, serían cifras realmente importantes. ¿Cuál es la razón? La razón es que no se pueden hacer modificaciones penales ni de otro tipo sin tener en cuenta la política criminal, la política general en definitiva del país.

Nosotros en los momentos actuales no tenemos un sistema realmente eficaz para tratamiento de los menores de 16 años, que es la mayoría de edad penal en los momentos actuales. Si tenemos en cuenta que precisamente el mayor índice de criminalidad se da en las edades de 16 y 17 años, nos encontraríamos con el problema siguiente. Si hoy las instituciones de menores, repito que están en una situación que no son capaces de controlar a estos menores de 16 años, ¿qué ocurriría si además les diéramos a los de 16 y 17 años? Resulta que no habría posibilidad de controlarlos, no tenemos centros para tratamiento de los mismos, lo cual sería en definitiva un indulto constante, porque los de 16 y 17 años, al conocer que no estarían sometidos al derecho penal en general, cometerían muchísimas más infracciones.

Aproximadamente un 14 o un 15 por ciento de la criminalidad nacional está a cargo de estos menores. ¿Entonces qué sería necesario? Pues previamente, antes de la entrada en vigor del Código Penal, sería necesario hacer una modificación realmente importante de todo nuestro sistema de menores, que la verdad es que se ha hecho muy poquito, no sólo en los últimos años, sino prácticamente nunca se ha hecho lo necesario sobre el tratamiento de menores. Hay que tener en cuenta que para una modificación del sistema procesal, del sistema judicial y del sistema de todo personal de menores y centros, harían falta por lo menos cinco o seis años como mínimo para poder comenzar a andar.

No tenemos centros para tratamiento de estos jóvenes, ni tampoco para tratamiento en libertad. En definitiva, repito, esto nos crearía un serio problema desde el punto de vista criminológico, es decir, nos aumentaría la criminalidad. La verdad es que en realidad debíamos de tener un derecho penal del menor hasta los 21 años, porque ¿qué ocurre hoy con un chico de 16 años o 17 que lo enviamos a una prisión? Pues la verdad es que tiene riesgos realmente graves, desde sus ataques a la libertad personal, ataques físicos e incluso ataques desde el punto de vista homosexual, que son realmente frecuentes no sólo en las prisiones españolas, sino en todas las prisiones del mundo.

Resulta que si a este joven lo llevamos a una prisión donde tiene toda esta serie de problemas,

no es menos peligroso, por ejemplo, el dejarlos totalmente en libertad, porque seguirían cometiendo hechos delictivos cada día, cada vez con más frecuencia, y repito, esto nos llevaría a un aumento importante de la criminalidad. Entonces, por supuesto que es aconsejable decir al legislador que antes de que eleve la mayoría de edad penal a los 18 años, es necesario que tenga las instituciones necesarias para el tratamiento del menor, que aún empezando ahora tardarían por lo menos cuatro o cinco años. El tema no es nuevo, el tema ya lo decía incluso Dato al principio del siglo, los problemas que planteaba el llevar a los jóvenes a las prisiones, e igualmente grave, el dejarlos en libertad.

Y por esta razón yo pienso, vamos, esta y otras razones, que elevar la mayoría de edad penal a los 18 años sería desafortunado, no es que me oponga, por supuesto que se eleve a los 18 años, porque lo importante no es que la mayoría de edad penal esté a los 18, a los 15 o a los 20, es exactamente igual, lo que es necesario es tener unos sistemas de control, porque precisamente el derecho penal está para proteger a la sociedad en sus valores fundamentales, como puede ser la propiedad, la vida, la honestidad, etcétera, etcétera. ¿Cree usted posible que esta propuesta ante el proyecto del nuevo Código Penal llegue en breve plazo de tiempo al Parlamento? No es posible que, vamos, por lo menos no creo, que de momento pueda llegar al Parlamento en un plazo breve de tiempo, por varias razones. En un principio, y ya con la propuesta del 80, que repito en el 82 quedó obsoleta, incluso ya estaba en fase de periodo de enmiendas, no llegó a ser fructífera.

Ahora estamos todavía ante una propuesta, es decir, un borrador que tiene que pasar primero a ser proyecto, aprobar en Consejo de Ministros y luego es cuando pasaría en definitiva al Parlamento. Creo que la voluntad del legislador no es la de hacer un nuevo Código Penal, porque hacer un Código Penal realmente es muy difícil, hace falta mucho tiempo, y desgraciadamente nosotros nos dedicamos a eso. Hacemos un proyecto en unos meses.

El proyecto del 80 se hizo pues en 4 o 5 meses. La propuesta del año 1983 pues se nombra la comisión, me parece que es en enero del mismo año, y en octubre teníamos ya una propuesta, cuando en definitiva hacer un código necesita mucho tiempo, no tanto 60 o 70 años como han tardado los alemanes, pero por lo menos 8 o 10 años sí que es necesario. Entonces tenemos tanto el proyecto del 80 como la propuesta del 83, aparecen publicadas y luego ya prácticamente nadie se ha ocupado de ellas.

Es decir, de octubre del 83 a noviembre del año 1984, o a finales del año 1987, perdón, se le han pasado cuatro años y nadie se ha vuelto a ocupar ya de este tema. Es más, el legislador está haciendo una serie de modificaciones parciales del Código Penal y es lo que me lleva a mí a pensar que esto, por lo menos durante un periodo de tiempo bastante largo, no terminará siendo proyecto, porque habrá que elaborar una nueva propuesta, porque ésta ya ha quedado en parte obsoleta y habría que volver otra vez sobre el texto. Se han modificado delitos contra la seguridad nacional, se va a modificar ahora el tema de estupefacientes, está también en juego el delito de escándalo público, propiedad intelectual.

Ahora también parece que se va a derogar, después del pacto de los parlamentarios o de los partidos políticos en materia de terrorismo, se va a derogar también la ley antiterrorista, pero sin embargo su derogación no quiere decir que vayan a desaparecer por completo las figuras que ahí se recogían, sino que la ley se deroga y algunas van a pasar al Código Penal. En el año 1983 hubo una reforma muy amplia, como todos conocen, del Código Penal, tanto de la parte general como de la parte especial, que prácticamente se modificaron en más o menos más de 200 artículos. Entonces todo esto me lleva a mí a pensar a que de momento no parece que haya ninguna posibilidad de que esto termine en el Parlamento y posiblemente tardemos muchos años en tener un nuevo Código Penal.

Gracias profesor Alfonso Serrano por estar con nosotros y buenas noches. Muy bien, buenas noches. Recapitulamos brevemente las palabras del profesor Serrano.

Así, en cuanto a las modificaciones que se producen en el libro primero, por un lado están las que afectan a la configuración de la infracción penal y por otra parte las que afectan al sistema penológico. En cuanto al libro segundo, se produce la adaptación de la Ley Penal a la Constitución, la tipificación de los delitos socioeconómicos y también se ofrece un nuevo tratamiento penal de tráfico de drogas y delitos contra la Administración de Justicia. Respecto del libro tercero se aprecia una depuración en relación con la legislación vigente y en cuanto al sistema penal de menores se considera necesaria la modificación de dicho sistema.

Atendemos por tanto a una reforma del Código Penal muy amplia que afecta tanto a la parte general como a la parte especial con cambios en más de 200 artículos. Es ahora la profesora María Dolores Díaz Zambrona quien nos habla de las fuentes del derecho, de la Constitución como ley de leyes, del rango del derecho comunitario y también de otros aspectos relacionados con nuestro sistema de fuentes. Dolores Díaz Zambrona, hola, buenas noches.

Hola, buenas noches. Casi todos los actos humanos están dominados por el fenómeno jurídico y las relaciones de la convivencia, por otro lado, están sometidas a la regulación del derecho. ¿Pero qué son las llamadas fuentes creadoras del derecho como ordenador de la convivencia? El problema de las fuentes del derecho es complejo porque esa expresión multívoca comprende sentidos distintos, cada uno de los cuales constituye una cuestión diferente.

En un sentido filosófico, fuente del derecho es su porqué o la causa última del derecho, el fundamento de la realidad jurídica, es decir, la razón, la voluntad, la naturaleza humana, la conciencia o sentimiento jurídico, etc. En sentido instrumental, equivale a fuente de conocimiento del derecho, a todo lo que nos puede llevar a conocer el derecho, es decir, antiguos documentos, colecciones legislativas, literatura jurídica, etc. En sentido técnico, la expresión fuente del derecho tiene dos significados, uno material y otro formal.

Materialmente, fuentes del derecho son las fuerzas sociales que determinan legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de norma jurídica, lo que se denomina potestad normativa, es decir, el poder que crea la norma. Fuentes del derecho, en sentido expuesto, como dice el profesor Albaladejo, responde a la pregunta ¿quién establece el

derecho? El Estado, el pueblo, los grupos sociales, la comunidad jurídica, etc. Formalmente, como norma agendi, es decir, como normas creadas por la potestad normativa, prescinde en realidad del poder capaz de crear o engendrar el derecho para atender a los diversos conceptos en que se exterioriza éste.

Se definen las fuentes formales como los modos o maneras en que el derecho tiene que ser concebido públicamente para que pueda tener validez general en la sociedad y responde a la pregunta ¿cómo, en qué forma lo establece? Ley, costumbre, etc. De los sentidos expuestos, el que verdaderamente interesa al derecho civil es el técnico en su segunda sección, es decir, las fuentes del derecho en sentido formal. Dado que la Constitución es la norma fundamental o ley de leyes, ¿qué influencia ha tenido ésta en la teoría de las fuentes del derecho? Evidentemente, el carácter de superley o ley fundamental que tiene la Constitución ha venido a crear una serie de posibles problemas con referencia a las fuentes del derecho.

En primer lugar, la Constitución tiene rango superior a la ley ordinaria y ésta debe ser anulada por los tribunales constitucionales si contradice la ley fundamental. Y en segundo lugar, tiene un contenido específico, regula los poderes del Estado y proclama los derechos públicos subjetivos. En cuanto al tema concreto de las fuentes, no se pronuncia y, en consecuencia, existe el problema de dilucidar con arreglo a la Constitución de cuáles son las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico actual y qué relación tienen las mismas entre sí.

La Constitución establece garantías jurídicas en el artículo noveno, apartado tercero, que dice la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos. Pues bien, la primera cuestión estriba en determinar si el principio de legalidad proclamado al máximo nivel legal debe aplicarse a todo el ordenamiento jurídico o, por el contrario, solo a sectores del ordenamiento en los cuales tal principio tiene carácter fundamental, como es el derecho penal, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, o en el derecho tributario. El principio de legalidad exige que la única fuente de derecho sea la ley, por lo que, si tal principio es aplicable al derecho civil, la consecuencia sería que la ley es la única fuente de derecho, sin que tengan esa consideración la costumbre en los principios generales del derecho.

Pero creemos que esta interpretación no es correcta. Para el derecho civil, el principio de legalidad significa que la ley es fuente de derecho, pero no la exclusividad de la misma. La segunda cuestión se refiere a la publicidad de las normas.

Para interpretar esta frase es preciso saber a qué normas se refiere y a qué clases de publicidad. Parece que la palabra norma se emplea en sentido genérico, es decir, se refiere no solo a la ley, sino a la costumbre y a los principios generales y, por publicidad, hay que entender el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas y de los hechos. En consecuencia, el artículo 9º, apartado 3º, en lo referente a la publicidad,

garantiza la publicidad de la ley, la costumbre y los principios generales, por los cauces apropiados para cada una de ellas, de lo que se deduce que el principio de publicidad no es un obstáculo para que continúen siendo fuentes las normas establecidas en el artículo 1º del Código Civil.

¿Y la Constitución, profesora, qué carácter tiene? ¿Es normativa? Es decir, ¿se aplica directamente o no? ¿Cómo es? La Constitución, como norma suprema, es al mismo tiempo fuente del derecho y norma reguladora de la fuente, es decir, de la forma en que el derecho positivo se realiza adquiriendo carácter coactivo. Por ello, si cualquier ley o costumbre está en contradicción con la norma constitucional, deben entenderse derogada, y la Constitución, por otra parte, es ley directamente aplicable. No ha prosperado la doctrina de alguna sentencia del Tribunal Supremo que negaron a la Constitución el carácter de norma aplicable directamente.

Por la doctrina contraria del Tribunal Constitucional que llegó a dejar sin efecto una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo por no aplicar directamente la norma constitucional en una cuestión de filiación. Los preceptos constitucionales no proclaman principios o reglas que precisen un ulterior desarrollo legislativo, sino que constituyen normas directamente aplicables y, por tanto, susceptibles de ser invocadas ante cualquier órgano jurisdiccional y, por consiguiente, de fundar un recurso de casación. Así lo establece también el artículo quinto, apartado cuarto, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El carácter defuente puede predicarse también de las leyes de reforma de la Constitución por el hecho de integrarse en ellas y alcanzar su mismo rango. Incluso no falta tampoco quien atribuya el carácter defuente a las sentencias del Tribunal Constitucional, considerándolas incluidas bien en el apartado sexto del artículo primero del Código Civil o bien en el apartado primero. En el primer caso, con el carácter de jurisprudencia vinculante y, en el segundo, con el rango de ley situada a continuación de la propia Constitución.

Es decir, como fuente privilegiada por constituir el Tribunal Constitucional el intérprete supremo de la Constitución según dispone el artículo primero de la Ley del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979. Sin que el legislador ordinario pueda asumir esta facultad dictando normas meramente interpretativas cuyo gesto sea precisar el sentido que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución. Se puede confrontar la sentencia del Tribunal Constitucional número 75 barra 1983 de 5 de agosto en este mismo sentido.

El carácter de intérprete exclusivo y vinculante de las normas constitucionales asignadas al Tribunal Constitucional está reconocido también en la ley orgánica número 6 barra 1985 de 1 de julio del Poder Judicial en su artículo 5º1. Pero si la sentencia del Tribunal Constitucional constituye la expresión de la voluntad del órgano ordenada para la interpretación de la propia norma constitucional, creemos que no pueden llegar más allá de ser fuente indirecta contribuyendo a fijar el alcance y sentido de la norma sin crearla. Aunque al establecer un criterio interpretativo vinculante este puede aparecer que constituye un mandato normativo.

Con el ingreso en la Comunidad Económica Europea España incorpora a su ordenamiento jurídico el llamado derecho comunitario. Pero ¿qué rango tiene este derecho en nuestro sistema de fuentes?