

DELINCUENCIA Y PENAS: UN GIRO EN LA POLÍTICA CRIMINAL ACTUAL

FRANCISCO DE PAULA SÁNCHEZ ZAMORANO
ACADÉMICO CORRESPONDIENTE

I

He de confesar que pocas horas después de que se me comunicase que había sido designado Académico Correspondiente por Córdoba de esta Real Academia, y cuando todavía me ocupaba de conciliar los sentimientos de satisfacción y responsabilidad que, al unísono, me asaltaron, ya transitaba por mi mente la idea de elegir el tema con que ahora me presento ante ustedes. Entonces corría el mes de noviembre y aún no se había detectado en la esfera del Poder Político esa febril reacción, con concretos proyectos legislativos, encaminada a resolver un problema que acongoja a la sociedad española, y cuya resolución viene demandando, ya con cierta resignación, desde hace varios lustros. El problema no es, pues, nuevo, mas si resulta novedosa la actitud que ante él se muestra por quienes les va en ello la mayor cuota de responsabilidad.

Y es que el tema de la inseguridad ciudadana, provocada por la lacra de la endémica delincuencia terrorista y por la delincuencia común, instalada ésta en tasas ciertamente elevadas, y a cuyo mantenimiento e, incluso, aumento ha contribuido la inmigración descontrolada y un idílico tratamiento de la criminalidad juvenil y de menores¹, me viene preocupando desde hace mucho tiempo. No me sumo, por tanto, a la corriente de lo que ahora se considera menos políticamente incorrecto, ni al discurso de los que repentinamente han perdido los complejos o arrumbado los prejuicios. Yo ya estaba sumergido en la preocupación desde hace tiempo, sufriendo como ciudadano, y como jurista, las imperfecciones de un sistema penal y penitenciario incapaz de articular una respuesta eficaz a esos fenómenos (el llamado Código Penal de la democracia, que entró en vigor en mayo de 1996, no ha hecho sino empeorar la situación). Mis artículos y escritos aparecidos en los últimos años en los medios de comunicación dan testimonio de ello. Creo que debo decirlo para que no se me tache de oportunista, por más que el tema sea ahora oportuno y de rabiosa actualidad.

¹ Hay quien dice, como J. CUELLO CONTRERAS en Ponencia: "*El nuevo Derecho Penal español a la luz de las modernas tendencias del Derecho Penal y la Criminología*" (Congreso sobre "Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología") Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid 2001, pág. 205, que la elevación de la edad penal a los dieciocho años es un regalo envenenado. Yo digo que es un contrasentido y un despropósito efectuar dicha elevación en la sociedad del internet y la hiperinformación, que facilita mayores fuentes de conocimiento y formación a los jóvenes, y, por tanto, atribuye a éstos mayor capacidad para discernir el verdadero alcance de sus actos.

La criminalidad, en consecuencia, con el halo de frustración social que deja a su paso, así como, fundamentalmente, la respuesta que el Estado dispensa al autor del delito ocuparán mi disertación, acomodada, por supuesto, a los estrechos límites temporales que en este acto se me señalan.

Excmo. Sr. Director de esta Real Academia de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes, Ilustres Académicos, Excelentísimas e Ilustrísimas Autoridades, queridos compañeros de la Judicatura, de la Fiscalía y del mundo del Derecho en general, amigos y amigas, buena noches y gracias por vuestra presencia. Antes de continuar creo que es de justicia dejar patente mi profundo agradecimiento a Don Joaquín Criado Costa, a Don Rafael Mir Jordano y a Don José Manuel Cuenca Toribio. Ellos fueron quienes avalaron e impulsaron mi ingreso en esta noble institución cordobesa. Quede de ello debida y pública constancia; así como también de mi empeño en no decepcionarlos, y en no defraudar a esta Academia en la confianza en mí depositada.

II

“Transformado el *Estado policía* en *Estado del bienestar* - decía en 1968 el magistrado francés MARC ANCEL², máximo exponente del movimiento que se dio en llamar Nueva Defensa Social -, la postura ante el delincuente se ha transformado también, ya que el Estado debe ayudar y asegurar el desarrollo social e individual de los ciudadanos y, entre ellos, de los delincuentes (...). El delincuente - afirmaba - ya no es el ciudadano convertido en el enemigo de las leyes al que es necesario corregir para que no vuelva a empezar, sino que es el individuo en situación difícil y que en múltiples casos, y precisamente como ciudadano, tiene un cierto derecho a su reincorporación social”.

Desde el universo de los principios, ¿quién no está de acuerdo con esa formulación? Creo que casi nadie, a excepción de alguna que otra despechada víctima directa del ataque protagonizado por aquél delincuente. Otra cosa es que el paso del tiempo haya dejado al descubierto la vacuidad real de aquel rótulo tan atractivo: “nueva defensa social”.

Pero como ha dicho recientemente el catedrático de la Universidad Libre de Berlín HANS JÜRGEN BARTSCH³, pocas veces se basa la Política Criminal en una investigación criminológica sólida y fundada; con frecuencia esta política está influida por el activismo político o, peor aún, dictada por un intento gratuito de agradar a la opinión pública; actitud de la que dio ejemplo cierto ministro de interior - supongo que alemán - cuando a sus oyentes “le regaló el oído” con la siguiente frase: “el crimen tiene una sola causa, y esa causa es el criminal; por tanto, debemos asegurarnos que el criminal sea debidamente castigado”.

Nuevamente aquí, a excepción de las víctimas de los delitos o de sectores sociales conmocionados por la comisión de recientes y graves hechos delictivos, pocas personas, en situaciones de tranquilidad pública o normalidad social, estarían de acuerdo con esta última formulación, llena de un reduccionismo demagógico y yerma del más mínimo rigor científico acerca del fenómeno criminal, de sus causas, de sus consecuencias y del tratamiento que se le ha de conceder en una sociedad civilizada.

² M. ANCEL. “La noción de tratamiento en las legislaciones penales vigentes” en R.E.P. 1968 p. 498 y 199.

³ HANS JÜRGEN BARTSCH. Ponencia: “Política Criminal en Europa en un momento de Cambios” Cuadernos de Derecho Judicial 1998 (Consejo General del Poder Judicial), pag. 145.

Pues bien, entre esta última proposición del desahogado ministro - que resucita postulados, hace siglos superados, del viejo derecho penal anterior a la Ilustración - y la más evolucionada del magistrado francés en el proceso de desarrollo del pensamiento jurídico penal y filosófico - jalonado tantas veces de sensaciones oníricas y sentimientos bucólicos -, se debaten variedad de fórmulas, las cuales, recogiendo los conceptos y los diversos fines que han de cumplir las penas privativas de libertad, vienen a poner el acento en unos u otros aspectos, pero, en el fondo, confluyendo en más puntos de lo que a primera vista pudiera parecer.

Yo no digo que entre el clasicismo de F. CARRARA o el del insigne ecijano, y Fiscal del Tribunal Supremo, JOAQUIN F. PACHECO, de un lado, y el positivismo de R. GARÓFALO o de E. FERRI, de otro, allá por la segunda mitad del XIX, hubiera mucho en común, pues aquéllos preconizaban que la pena había de cumplir una función retributiva de la culpa moral comprobada por el delito, y éstos centraban en la prevención y, en última instancia, en la readaptación del delincuente la finalidad primordial de aquélla. Expresiva era la frase de CARRARA al referirse al fin primario de la pena: "el restablecimiento - decía - del orden externo en la sociedad". No menos gráfica resultaba la de FERRI cuando, en referencia al ingreso en prisión del penado, afirmaba que éste lo hacía "de la misma manera que el enfermo entra al hospital, no por un tiempo fijado de antemano, lo que sería absurdo, sino hasta que se readapte a la vida ordinaria"⁴.

Pero, si analizamos la evolución de la ciencia del Derecho Penal antes y después de la superación de la "lucha de escuelas", en el fondo, en muchos casos, no encontramos más que matices. Todo ha sido una inmensa y repetitiva - a veces artificial - construcción doctrinal sobre el delito, el delincuente, la pena y sus fines. Hay quien habla⁵ de la ciencia jurídico-penal sumida en un sueño como en la figura del espejo cóncavo, en ese eterno retorno de lo mismo en el que NIETZSCHE creyó haber descubierto la esencia del mundo. Pocas páginas - añado yo - quedan ya por rellenar al respecto en la gran Enciclopedia de las Ciencias Penales. La única diferencia entre tanta corriente de pensamiento ha estado en el elemento o característica de cada una de esos conceptos sobre el que se ha hecho más hincapié. A propósito, por ejemplo, de la pena y su finalidad, unos han puesto el acento en la prevención general, otros en la prevención especial, otros en la retribución, otros, en fin, en su objetivo resocializador.

Además, da la impresión, contemplando esa noria repetitiva de pensamientos, de que el tiempo no ha transcurrido y de que poco se ha avanzado. Si nos ponemos a pensar, ¿no están plenamente vigentes las aportaciones que el Marqués de BECCARIA hacía en su obra "De los delitos y las penas" publicada en el remoto año de 1764?⁶. O,

⁴ Cfr. J. A. SAINZ CANTERO. "La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución". Edit. Bosch. 1970. Pag. 76 y 86.

⁵ Cfr. BERND SCHÜNEMANN. Ponencia: "*La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*". (Congreso sobre "Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología"). Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid 2001, pag. 643.

⁶ Según J. VILLA STEIN, en Ponencia sobre "*Las penas privativas de libertad de corta duración. Fundamento empírico de su justificación*". (Congreso sobre "Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología"). Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000. Universidad nacional de Educación a Distancia. Madrid. 2001. Pag. 194, cuando el clásico italiano Beccaria nos dice de la "estricta necesidad de la pena" o "que el rigor de la pena no es tan importante como la certidumbre del castigo", nos está haciendo allá en 1764, propuestas pioneras en el campo ya no sólo del análisis económico del derecho, sino en el campo de la psicología conductual, de tal naturaleza que podríamos decir nosotros que Beccaria además de ser el Adams Smith, conforme dijo Schumpeter, es el Skinner italiano.

¿no tienen aún fresca las primeras construcciones científicas de JEREMÍAS BENTHAM, realizadas unos años más tarde, que contemplaban el aspecto de utilidad de la pena en la reforma del delincuente? O es que, finalmente, ¿no están aún en boga, entre algún sector doctrinal, las tesis correccionalistas de CONCEPCIÓN ARENAL cuando allá por la segunda mitad del XIX resumió su pensamiento en aquella famosa frase “odia al delito y compadece al delincuente”?

Quiérese decir con esto que es difícil estar, pues, en absoluto desacuerdo con alguna de estas corrientes. Por contra, a poco que se repare, es casi imposible mostrarse en total sintonía con cualquiera de ellas. Lo mismo ocurre con las sucesivas e innumerables posturas conciliadoras que con el tiempo han ido surgiendo, incluidas las más recientes.

III

Así las cosas, también en el eclecticismo de los principios se han venido desarrollando los teóricos, los penalistas y los legisladores en Europa desde hace cinco o seis décadas (en España desde hace algo menos), si bien a la hora de concretar aquellos principios en los textos legales se ha incurrido en un patológico sesgo hacia el lado del infractor de las normas, bajo la idea obsesiva de conseguir su resocialización, en detrimento de las víctimas y de la pacífica ciudadanía, a las que se ha dejado en una hiriente insatisfacción.

Suena bien, desde luego, lo que dice el jesuita BERISTAIN, ilustre adalid de la moderna política criminal humanista, protectora y promotora de valores humanos, por citar un ejemplo cercano a nosotros, y a la que no sin exageración se ha dado en llamar arte⁷. De impecables y magníficas pueden calificarse sus globalizadoras construcciones doctrinales al respecto con esa atractiva concepción multidisciplinar de la Política Criminal. Su voluntarismo cristiano y su concepción ética de lo que ha de ser la Política Criminal quedan patentes en su deseo de que ésta “debe contribuir a que los teóricos y los Tribunales sean cada día más conscientes de que algunos ciudadanos tienen una capacidad de responder (de ser responsables de sus infracciones) muy distinta de otros porque no se les ha satisfecho igualmente sus básicas necesidades de bienes económicos, culturales, espirituales y jurídicos por parte del Estado. Lógicamente - dice - no se les puede someter a un mismo juicio de exigibilidad. Urge, pues, programar investigaciones y prácticas para disminuir la excesiva desigualdad entre los individuos y los pueblos”⁸.

Pues bien, este planteamiento no sólo es digno del máximo de los respetos, sino merecedor de ser tomado, en teoría al menos, como paradigma de cualquier actuación que tenga por objeto el tratamiento de la delincuencia, porque, además, en ningún momento se olvida BERISTAIN de las víctimas. No dista mucho, desde luego, la propuesta de este autor de la que enseñan los pasajes de los Evangelios, en donde se recogen el amor al prójimo, el bien común, la caridad, el perdón etc. Para un político o para un jurista con raíces cristianas esto debiera ser un desiderátum.

Pero una cosa es contemplar el toro de la delincuencia desde la barrera y otra, bien distinta, enfrentarse a él pisando el ruedo. Además, sólo en apariencia la Política Crimi-

⁷ A. BERISTAIN IPIÑA. Ponencia: “Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los valores humanos. (La paz desde la victimología)”. Cuadernos de Derecho Judicial 1998. (Consejo General del Poder Judicial), pag. 21 y 22.

⁸ A. BERISTAIN IPIÑA. Ob. Cit. Pag 45.

nal que se ha hecho en las últimas décadas ha estado impregnada de esta filosofía. Y digo en apariencia porque nada se ha hecho con seriedad en la puesta en práctica de tan buenas intenciones y en la corrección de las desigualdades sociales desde los postulados de las nuevas políticas capitalistas o neoliberales. Las causas que generan la criminalidad siguen intactas y, en cambio, según dije antes, se ha avanzado demasiado, de forma tan audaz como inútil, en las tendencias resocializadoras de las penas privativas de libertad, sin prever las graves consecuencias que ello ha venido acarreado para la seguridad de los individuos y de las sociedades en el ejercicio legítimo de sus derechos individuales y colectivos. Se han descuidado, pues, no sólo las fuentes sino también los efectos de la delincuencia en la vorágine de esas corrientes que, aparecidas tras la Segunda Guerra mundial, embaucaron a Occidente, trayéndonos, camufladas bajo el manto del pensamiento cristiano, lo peor de la doctrina jurídica marxista.

Sumergidos en una espiral de creciente hipertrofia proteccionista en favor del victimario, es decir, del delincuente - que no por ello se ha de moderar -, hemos ido olvidando a sus víctimas directas y colaterales, dejando, finalmente, en el mayor de los desamparos a la sociedad ante el fenómeno criminal. Y es que el delito, como dice GARCÍA PABLOS⁹, no enfrenta simbólicamente al infractor con el Estado, sino que expresa un conflicto entre tres protagonistas: delincuente, víctima y comunidad. El trato que se le ha reservado a las víctimas del terrorismo y de delitos violentos en los últimos años ha sido, no obstante, una honrosa excepción¹⁰. En los demás casos todo se ha quedado en la retórica de los principios y de las buenas intenciones.

Por eso, repito, las causas que generan la criminalidad y los efectos que ésta provoca han de abordarse de forma armónica y desde diversos frentes. Mientras se acometen políticas para conseguir sociedades más justas e igualitarias, habrá que estar reprimiendo el crimen. A la vez que se ataja la raíz de la dolencia del enfermo, hay que estar aliviando el sufrimiento. Algo así como “a Dios rogando y con el mazo dando”, por emplear una sentencia popular.

Esta deseable estrategia de la Política Criminal no puede permanecer mientras tanto, como hasta ahora ha ocurrido, oculta tras de la inopia de algunos o, peor aún, proscrita por esa intelectualidad decadente, que todavía hoy se cree usufructuaria exclusiva de la ética del Estado, y que ahora, derrumbados buena parte de sus patrones, encuentra simpatía, cuando no refugio ideológico, en movimientos “antisistema”, tales como la “antiglobalización” o el ecologismo radical. Todos ellos, sin distinción, han preferido, sin embargo, quedarse en la poética de propugnar que al especialista en Política Criminal han de escucharle los penalistas, los jueces y los políticos¹¹. Pero yo me pregunto: ¿quién escucha a la sociedad? Será legítimo, no dudo que necesario, tratar de cambiarla, pero siempre que se esté durante ese proceso permanentemente atento a sus inquietudes.

⁹ A. GARCÍA PABLOS. Ponencia: “*Tendencias del actual Derecho Penal*”. (Congreso sobre “*Moderas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*”). Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000. Universidad nacional de Educación a Distancia. Madrid 2001, pag. 56.

¹⁰ La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual supuso un importante paso en el reconocimiento de los derechos de las víctimas de los delitos, al menos en el aspecto económico, en la medida en que el Estado se hace cargo de las indemnizaciones que provocan los hechos delictivos. Hasta ese instante no había más formulación genérica al respecto que la que contenía el artículo 13 de la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establecía - y establece - como una de las primeras diligencias del Juez Instructor la de “proteger a los ofendidos o perjudicados”. La creación en los últimos años en muchas capitales de provincia de Oficinas de Atención a la Víctimas ha constituido también un avance importante.

¹¹ A. BERISTAIN IPIÑA Cfr. Ob. Cit. Pag. 19.

tudes, preocupaciones y anhelos, para ir puntualmente dándoles acogida y solución en el tránsito hacia un mundo mejor. Y es que el objetivo moralizante de los Poderes Públicos o del Estado de Derecho en su conjunto, es igualmente compatible con medidas de reacción, aunque sean coyunturales; otra cosa sería levantar un muro infranqueable entre el ciudadano y las estructuras de poder, o establecer un divorcio entre gobernantes y gobernados que ahonde el recelo de éstos respecto de aquéllos.

IV

Por tanto, el interrogante que surge ahora es el siguiente: ¿son válidas las leyes inspiradas en la política criminal que se ha hecho en los últimos años para solucionar los problemas de seguridad de las sociedades occidentales, en particular la española, en los albores del siglo XXI? Porque cuando leo tanta literatura jurídica al respecto, o cuando elucubro sobre estos temas, no puedo sustraerme a otros interrogantes subsiguientes: ¿no estamos, juristas, penalistas y políticos, quizá en el limbo jurídico, a años luz de la señora que camina por la calle con su bolso bien asido ante el temor fundado de que le den un tirón? ¿No nos hallamos en las antípodas del que ha quedado mutilado por la explosión provocada en la boca del metro? Y, lo que es peor, ¿no estamos en una dimensión distinta a la del resto de los ciudadanos que son también víctimas, difusas y anónimas si se quiere, de la delincuencia?

Porque entiendo que es posible vivir libre y, a la vez, sentirse seguro, no renuncio a este maridaje. No dudo que para que esta aspiración se haga realidad harán falta algo más que retoques legislativos. Doy por supuesto que éstos serán insuficientes sin dotaciones presupuestarias, sin infraestructuras, sin unos recursos humanos adecuados (policías, fiscales y jueces de instrucción más preparados y más inteligentes para aportar buenos materiales de cargo al enjuiciamiento penal), sin un incremento de las plantillas de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y de la planta judicial, sin un sistema educativo efectivo basado en valores éticos y fuertemente arraigado en todas las instancias sociales, sin verdaderas medidas de protección a la familia natural, sin políticas que tiendan a disminuir los desequilibrios sociales y, lo que es más importante, sin un cambio de actitud de todos, porque las leyes sin todo esto serían papel mojado.

Por ello, no me resigno a aceptar el argumento de quienes para encubrir la frivolidad con la que se ha legislado en los ámbitos penal y penitenciario durante los últimos lustros, y que culminó en el Código de 1995 (por cierto, sin infraestructura para cumplir algunas de las penas en él previstas, como esos extravagantes arrestos de fin de semana), encuentran la varita mágica para arreglar la inseguridad ciudadana sólo en la prevención policial, en un aumento del número de policías, desdeñando la imposibilidad de que cada ciudadano sienta el aliento protector del Estado con un agente de la Autoridad tras sus espaldas, convertido en particular "ángel de la guarda". Aceptar esta tesis sería regresar a una nueva versión del estado policial, además de costosa, insostenible hoy día.

Cierto es que el ayuntamiento de la libertad y la seguridad es difícil de avenir en una sociedad democrática, pero también lo es que la legitimidad que ésta otorga a la Ley y a la Autoridad permiten adoptar mecanismos y utilizar instrumentos que puntualmente busquen la armonía entre aquellos valores del modo que más convenga a la sociedad. Y aquí nos topamos con las ideologías, con sus influencias, con su poder sugestivo y, tantas veces, manipulador, que han desbaratado todo intento de adoptar medidas realistas y pragmáticas. En realidad todo ha sido cuestión de ideologías y, por ende, de prioridades; cabalmente las que aquéllas han considerado oportunas en cada etapa históri-

ca. Y ya se sabe, cuando la ley toma sus ropajes, alejándose del sentir de los ciudadanos, se producen resultados indeseados.

En el caso que estamos tratando es donde más se ha notado cómo aquellas formulaciones sobre las penas y sus fines han fracasado estrepitosamente, mostrándose inútiles para ofrecer una respuesta seria a la delincuencia y para satisfacer dignamente las demandas sociales. Los desequilibrios han quedado demasiado evidentes. Puntualmente aquí las ideologías han ido a remolque de la sociedad, se han quedado mohosas e inservibles, suponiendo una rémora para ella. Por ello la sociedad de hoy, ávida de experimentar un alivio, está ya decidida a arrumbarlas, a colocarlas a la sombra de la Historia. Incluso hay quien piensa, como VILLA STEIN¹², - no sin exageración - en un análisis material y económico del derecho como simple teoría que debe tomar en cuenta la Política Criminal: "si elevamos el precio del delito - dice - se incentivaría al criminal para que se dedique a otra actividad".

La solución actual, en consecuencia, al problema de la delincuencia y de la creciente inseguridad ciudadana pasa, entre otras cosas, por la consecución de una nueva armonía entre los valores de la libertad y de la seguridad y, en cuanto aquí nos interesa, por una justa ponderación de la gravedad de las penas a la entidad del delito y de los fines que las mismas han de cumplir en un Derecho Penal actualizado a los tiempos que corren. Bajo estas premisas se impone una serena reflexión sobre el catálogo de bienes jurídicos merecedores de protección y sobre la batería de penas y medidas de seguridad previstas para los que atentan contra dichos bienes, sin olvidar, por supuesto, la forma en que las penas privativas de libertad han de cumplirse, es decir, el régimen penitenciario a adoptar. Reflexión, en definitiva, que vendrá dada a partir de un detenido análisis de los cuadernos de campo, confeccionados después de haber sido escudriñados los rincones de la delincuencia y auscultadas las dolencias de la sociedad en que aquélla se produce. Así, la ley que se elabore habrá pasado por el cedazo de la realidad social, por el sencillo discurrir del trabajador que cada mañana toma el autobús para acudir a su lugar de trabajo. El secreto, tal vez, está en esto último, porque no hemos de olvidar que, como decía GAYO¹³, "la ley es lo que el pueblo ordena y establece", y, nunca mejor que en este caso, hay que decir que esto es la propia esencia de las democracias.

Por eso, si el Poder Político se asoma ahora al balcón de su castillo para divisar el escenario social, y no sólo para decir lo que los ciudadanos quieren escuchar, sino para hacer lo que éstos demandan y atender sus anhelos, es acción que merece ser respetada, con independencia de que esa recomendable salida al exterior esté motivada, en parte, por aquello que decía JÜRGEN BARSTCH y por los barómetros de opinión pública que tan rápidamente provocan cambios de actitudes, ominosos silencios o repentinas amnesias.

V

Sin embargo, en este pandemónium, el que más resulta salpicado de las comprensibles críticas del ciudadano es el aparato judicial. Eso de que por una puerta del Juzgado entran y por otra salen los delincuentes se ha convertido en un latiguillo que viene estigmatizando de modo injusto a los jueces. No siento ahora ningún rubor, pese a encontrarme entre ellos, por salir a la palestra para tratar de deshacer la falacia que encierra esa frase, pues, en el fondo, dejando a un lado el margen interpretativo que se

¹² Cfr. J. VILLA STEIN, Op. Cit., pag. 193.

¹³ Cfr. "Reglas jurídicas y aforismos". Edt. ARANZADI. 2000. Pag. 171(GAYO, D 1.3).

le concede al juzgador y esas sentencias, que las hay, difíciles de digerir e incomprensibles¹⁴, lo que se somete a crítica es el Código Penal con su panoplia de penas y medidas de seguridad, así como el sistema penitenciario en general.

Pero la guinda de la confusión, para la generalidad de las personas no avezadas en derecho, la ponen los medios de comunicación con ocasión de puntuales casos que saltan a las páginas de los periódicos y ocupan tertulias radiofónicas y programas televisivos. En medio del sensacionalismo crematístico de éstos se enarbolan resoluciones judiciales nada desafortunadas desde la legalidad imperante, pero que se presentan como si lo fuesen, y lo que a la postre se consigue es desinformar y agrandar la frustración del ciudadano. Ya he dicho en otras ocasiones que cómo se va a entender que haya delincuentes de cuello blanco que pasan de puntillas por la prisión y que un ciudadano entre en ella por sustraer una módica cantidad. Difícilmente, desde luego, si se omite en la información que el dinero se consiguió colocando una navaja en el cuello de la víctima. Si un juez de Vigilancia Penitenciaria, en el legítimo ejercicio de las facultades que le otorga la ley, concede un permiso de salida del establecimiento penitenciario a un penado y éste, traicionado la confianza en él depositada, aprovecha el mismo para cometer un nuevo delito, nadie se acordará de la ley que permite esto, mucho menos de quién la hizo, pero sí se acordará del árbol genealógico de quien la aplicó. Y es que se repara poco en el Legislador y demasiado en el Juzgador, pasando desapercibidos principios como los de seguridad jurídica, legalidad, sometimiento del Poder Judicial a la ley¹⁵, interpretación restrictiva de la ley penal, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, etc. - principios todos que vinculan al juez -. Lo incomprensible, después de todo, es que resulte aparcada, cuando no olvidada, la idea del cambio legislativo.

Los jueces no están, por tanto, para taponar las grietas del sistema penal. Es indudable que éstos han de estar atentos a la realidad social y utilizar este filtro interpretativo, pues el juzgador no puede permanecer en actitud autista, ni atrincherado en un pedestal de elucubraciones metafísicas, ajeno a la realidad. Hay que huir de este modelo, pero también hay que ponerse a resguardo de un juez extremadamente "sensible" a aquella realidad por la inseguridad jurídica que puede acarrear la puesta en práctica de ese estrellato oportunista. Al juez le cabe el sosiego, la reflexión y la acción puntual, es decir, la respuesta al caso concreto. A otros la acción genérica y la planificación de las políticas criminales.

Otra cosa sería caer en el llamado *Derecho Penal Simbólico*, singular forma de crear y aplicar la ley. Por lo que ahora nos interesa, bajo la encomiable finalidad de conceder a las víctimas directas de los delitos y al colectivo social conmocionado por la acción criminal una satisfacción que la ley no le depara, el juez se erige en aplicador compulsivo de un derecho al vaivén que marcan las situaciones coyunturales, convirtiéndose en punta de lanza, en adalid protector e, incluso, vindicativo de los sentimien-

¹⁴ La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999 causó perplejidad e indignación no sólo entre los ciudadanos, sino también en el mundo jurídico. Dicha sentencia, al estimar el recurso de amparo planteado por los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, absolvió a éstos del delito de colaboración con banda terrorista, previsto en el artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973, por entender que la Sala Segunda del Tribunal Supremo que los condenó vulneró la legalidad desde la perspectiva de la proporcionalidad de la pena. Se convirtió aquí el Tribunal Constitucional en un extraño e insolente legislador.

¹⁵ La Constitución Española establece en su artículo 9 que "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Posteriormente, en su artículo 117, y en referencia al Poder Judicial y a los jueces, dice que "... la Justicia (...) se administra por Jueces y Magistrados (...) sometidos únicamente al imperio de la Ley".

tos que laten en el seno social, dictando resoluciones atentas especialmente a mostrar su identificación con las preocupaciones ciudadanas¹⁶.

La tupida sombra del 11 de septiembre, que tiñe de inquietud todo el panorama internacional, contribuye también, ahora puntualmente, a enraizar esta forma de aplicar la ley. Es más, a partir de esta tragedia, hay quien piensa, como el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Bolonia GIUSEPPE DE VERGOTTINI¹⁷, en una revisión de los conceptos tradicionales del Derecho Internacional y Constitucional, con lo que ello tendría de influencia inmediata en las legislaciones de cada Estado. Pues bien, aquella práctica del “dejarse llevar”, al subsumir las conductas e individualizar las penas, trasladando el simbolismo a la propia sentencia, no puede ser más arriesgada para los irrenunciables derechos y garantías constitucionales de los delincuentes, que no tienen por qué sufrir un menoscabo en ellos, y cuya plenitud es compatible con políticas criminales coherentes y armónicas.

Y es que, aunque resulte paradójico, hoy se puede victimizar también al propio delincuente cuando éste ha cometido un delito de los especialmente proscritos (violencia de género, sexual, etc.), cebándose en él la maquinaria punitiva del Estado a través de un juez hipersensible a la realidad no ya social, sino política, de la que éste echa mano como nueva pauta para interpretar la norma penal y valorar las pruebas del proceso. Un criterio que irrumpe, más o menos soterrado, en el escenario judicial a modo de presión, y que los medios de comunicación se encargan de proyectar hasta el arcano del juzgador. No es bueno que la labor judicial se desenvuelva en estos parámetros.

VI

Pero, dejando a un lado el malestar de los jueces y esos arriesgados modos de aplicar el derecho, retomemos la parte medular del discurso y, dando por sentado que los niveles de inseguridad ciudadana son preocupantes y han calado en el ciudadano, como recogen innumerables encuestas de opinión¹⁸, las preguntas que hemos de formularnos son las siguientes: ¿qué finalidad han de perseguir las penas privativas de libertad, y de qué modo y en qué extensión han de cumplirse las mismas por los infractores de las normas? ¿Cabe cualquier propósito al respecto sin que sea necesario variar el texto constitucional? Ni que decir tiene que antes hemos de dar igualmente por sentado la necesidad, hoy por hoy, del Derecho Penal y la no menos “amarga necesidad” de las penas¹⁹. Dada la condición humana, es inconcebible vislumbrar un escenario donde no exista el Derecho Penal para tratar de poner en orden la convivencia. No hay por ahora otras fórmulas. Ni siquiera en la utopía marxista se contemplaba a corto y medio plazo

¹⁶ J. L. DIEZ RIPOLLÉS. Ponencia: “*El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*”. Congreso sobre “*Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*”. Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 2001. Pag. 125.

¹⁷ Entrevista a GIUSEPPE DE VERGOTTINI realizada por el diario ABC. “*ABC de Córdoba*” del día 21 de enero de 2003, pag. 4.

¹⁸ Según J.J. TOHARIA CORTÉS, en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, nº 12, diciembre de 1988, el 82% de los españoles pensaba, ya en 1988, que el hecho de que se hablase mucho del peligro e inseguridad en la calle y del aumento de la delincuencia en general respondía a una realidad, no a exageraciones de la gente. De hecho, uno de cada seis entrevistados indicaba haber sido, personalmente, víctima de algún delito o intento de delito en los últimos doce meses. Y uno de cada tres señalaba que lo había sido algún amigo o familiar.

¹⁹ F. MUÑOZ CONDE Y M. GARCÍA ARÁN: “*Derecho Penal (Parte General)*”. Edit. Tiran lo Blanch. Valencia. 1998. Pag. 52.

su desaparición. Es por eso que el Derecho Penal es un fracaso de la humanidad. Sin embargo, corresponde a la Política Criminal evitar que aquél fracase estrepitosamente, a su vez, en sus intentos de conseguir una convivencia razonable entre los ciudadanos.

El debate está ahora en su punto álgido con todas las reformas legales que están tramitándose en el Parlamento. Las miradas de los más críticos se hallan volcadas hacia los dictados del artículo 25.2 de la Constitución Española, que dispone que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...” de los penados. Sin embargo, entiendo, se están malogrando demasiadas energías en esta polémica. Considero que se tiene por algunos un miedo casi reverencial a cambiar el texto constitucional, y que, por otros, se está aprovechando la ocasión para resucitar las viejas ideologías y los caducos argumentos de la involución política y jurídica sin aportar nada útil al debate. También la Constitución, como ley de leyes, ha de ser expresión de la voluntad popular y ésta es dueña de aquélla en todo momento. Puede cambiarla cuando le plazca. Pero, a mi juicio, ni siquiera hace falta llegar a este extremo. En el texto constitucional caben los otros fines de las penas y un nuevo contrapeso de los mismos. Su redacción permite, sin variar una coma, el cumplimiento íntegro de penas cortas privativas de libertad o, incluso, la prisión perpetua. No nos escandalicemos al respecto, pues países de nuestro entorno cultural la contemplan en sus códigos punitivos²⁰.

Dicho de otro modo, la Constitución admite en su seno el carácter puramente retributivo de la pena, siempre que no se cierren las puertas de la resocialización, así como, igualmente, partiendo de la proporcionalidad del castigo con la envergadura del delito, consiente la prevención general y la prevención especial. Quizá de lo que debiera ser una pauta o criterio a seguir en el tratamiento penitenciario (la reinserción) se ha hecho un dogma irreductible. Mucho más incomprensible cuando el mismo Tribunal Constitucional²¹, viene adocinando que el artículo 25.2 de la Constitución Española no ha optado por una concreta función de entre las posibles de la pena, y que la constitucionalidad de cualquier pena queda avalada por su actitud para alcanzar otro u otros de dichos fines.

VII

Recientes casos puntuales de la realidad dan al traste con aquellos remilgos ideológicos. La conmoción colectiva provocada por la simple posibilidad de concesión del tercer grado penitenciario a ciertos penados por delitos de corrupción política o económicos (los llamados delincuentes de cuello blanco) ponen no sólo al descubierto la

²⁰ En Alemania la cadena perpetua se impone en delitos como el asesinato, el genocidio y la alta traición contra el Estado, pudiendo ser revisada la condena sólo cuando el penado haya cumplido quince años y se tenga la certeza de que no va a reincidir. Lo mismo ocurre en Austria y Luxemburgo. En Bélgica existe la llamada “pena de prisión a perpetuidad”, si bien a partir del cumplimiento efectivo de diez años pueden concederse algunos beneficios. El Reino Unido, Finlandia e Italia también contemplan esta institución. La legislación de este último estado, no prevé la revisión de la condena sino cuando el penado haya cumplido veintiséis años y ofrezca garantía de rehabilitación.

²¹ Vid., entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional nº 150/1991, 19/1988, 28/1988, 55/1996, 234/1997 y 120/2000. Por otro lado, la sentencia 79/1988 establece “que el artículo 25.2 de la C.E. contiene sólo un mandato dirigido al legislador penal y penitenciario, que, aunque puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes, no es fuente en sí mismo de derechos subjetivos a favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos aún de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional”.

escandalosa benignidad del régimen penitenciario, sino que dejan sin soporte muchas de las ideas hoy preconcebidas a propósito de los fines que han de cumplir las penas. Cuando cierto famoso banquero ingresó no hace mucho en prisión para cumplir su condena, ¿no lo hizo por un mero principio retribucionista y, en definitiva, para expiar su culpa, por muy antediluvianos que puedan parecer estos conceptos? ¿O es que lo hizo para resocializarse, y con ese objetivo sigue hoy en prisión? ¿Acaso dicho banquero no estaba al tiempo de su ingreso en el centro penitenciario más que reinsertado en una sociedad en la que se desenvolvía como pez en el agua, precisamente por sus capas más elitistas? Obsérvese cómo aquí la orientación resocializadora de la pena es totalmente inoperante.

Otro tanto ocurre con el crimen pasional. El conyugida que le quitó por celos la vida al consorte, ¿no estaba normalmente reinsertado cuando cometió el crimen? De nuevo hemos de decir que su entrada en la cárcel obedecerá a simples consideraciones retribucionistas, consideraciones que están a su vez asentadas en la proporcionalidad de la pena respecto de la gravedad del delito y en el sentimiento de justicia que impregna el tejido social, al que hay que satisfacer a la par que las demandas directas de la víctima que reclama la justicia concreta. Y es en estos supuestos cuando mentado principio de proporcionalidad aconseja un mínimo efectivo de cumplimiento de la pena, un mínimo de seguridad, en una extensión temporal razonable respecto del total de años impuesto en sentencia, al objeto de que no queden frustradas esas expectativas, y, por ende, frustrada también la ciudadanía en aquel sentimiento de justicia. Esos brutos de pena tan elevados y esos netos de cumplimiento efectivo tan escuálidos crean desazón y desconfianza en el sistema.

Pero ese sentimiento innato y primario de justicia no es sólo el que se ve desatendido. Junto a éste hay otros, conectados con él, igualmente dignos de ser satisfechos por el Estado. La afrenta que supone el delito también deja maltrechas la dignidad y la honra de una colectividad si a aquél no se le da la debida respuesta. Y recordemos que la comunidad es la parte callada, pero ofendida también, en la trilogía del delito.

En la delincuencia organizada se aprecia esto con mayor crudeza. El criminal terrorista, si no se arrepiente sinceramente y desarrolla actividades para paliar o reparar el mal que infligió, no puede pasearse, con la pena a medio cumplir, por el seno de una comunidad que se siente injuriada en todos esos sentimientos. Las víctimas directas del crimen terrorista hasta hace poco han tenido que soportar, además, la incuria de un Estado ausente, insensible a su tragedia, y el regodeo de sus propios verdugos en una atmósfera de miedo y resignación²². Si ahora se pone el acento en la retribución de la pena y se conviene en la agravación de la penalidad, en el cumplimiento íntegro de las penas y en la exclusión práctica de beneficios penitenciarios para este tipo de "criminales por convicción" - porque ellos mismos rechazan la reinserción - o para otras manifestaciones graves de la delincuencia, se estará dando un paso de gigante en la satisfacción de todos esos sentimientos lastimados, por encima de la utilidad de la pena que se obliga a cumplir al delincuente, faceta que debe, por eso, pasar a un segundo plano.

El Código Penal y la legislación penitenciaria han de recoger en sus textos estas

²² El acto solemne celebrado el pasado 27 de septiembre de 2000 en el Congreso de los Diputados, copresidido por el Presidente del Gobierno y por la Presidente del Parlamento Europeo, Doña Nicole Fontaine, al objeto de hacer entrega de las Grandes Cruces de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo y a familiares de 254 víctimas, constituye un acto de justicia de la sociedad española hacia ellas y un motivo de redención de la incuria y abandono que hacia las mismas han mostrado, hasta hace poco tiempo, los Poderes Públicos.

sensibilidades, al menos con la misma intensidad con que en los últimos años fueron plasmadas en ellos en exclusivo beneficio de los autores de los delitos. Éste sería el lado positivo del llamado Derecho Penal Simbólico. La reciente ley de Partidos Políticos, en un ámbito tangencial al que estamos tratando, es un ejemplo de cómo el Legislador, cuando quiere, sabe ser sensible y sintonizar con los anhelos de la ciudadanía. Y así, con independencia de la eficacia práctica respecto de su último objetivo, esta ley no viene a ser sino un acto de desagravio colectivo y de dignidad nacional. Ya es bastante si con ella se pueden evitar situaciones kafkianas, como la de sufragar con los impuestos de todos proyectos de apoyo al crimen.

La delincuencia que genera el fenómeno de la droga - que comenzó a elevar los niveles de criminalidad y de inseguridad ciudadana en la década de los 70 del pasado siglo - constituye un punto y aparte. Abstracción hecha del debate - que entiendo no está cerrado - acerca de la posible legalización de la droga y la repercusión que ello tendría en el aumento de adicciones, pero también en la desaparición de las mafias y en la drástica disminución de los delitos contra la propiedad si una dosis de heroína pudiese adquirirse a módico precio en una farmacia, abstracción hecha de ese debate, digo, hay dos distintas respuestas a esta manifestación criminológica: la que se le ha de otorgar no sólo al grande y mediano, sino al liviano traficante de estos géneros de la muerte, y la que se le ha de conceder al llamado delincuente del menudeo que alterna el ataque a la propiedad, para procurarse fondos con que mantener su adicción, con el pequeño tráfico de estupefacientes y así subvenir también a su propio consumo. Para el primer grupo el sistema penal ha de ser inflexible, con mínimos de cumplimiento elevados, contemplándose sólo los beneficios penitenciarios en las últimas fases de cumplimiento de la pena. Para el segundo, la faceta resocializadora de ésta ha de auspiciar, con generosidad, la posibilidad de medidas alternativas en beneficio de esa ingente masa de drogadictos infractores al objeto de conseguir su desintoxicación y reinserción en centros adecuados - que hasta hoy brillan por su ausencia -, que sean seguros y estén permanentemente controlados por la Autoridad judicial.

Respecto de los otros criminales por convicción, agresores sexuales y profesionales del robo, de gran incidencia en el aumento de la llamada inseguridad ciudadana, las rendijas de los sistemas penal y penitenciario deben también cerrarse. La seguridad de la sociedad ha de prevalecer sobre cualquier idea maximalista resocializadora. Sólo si el penado responde al tratamiento penitenciario, y después de cumplir un mínimo que no haga ilusorio el principio de proporcionalidad de la pena, entrarían en aplicación los beneficios. Con eso se evitará el triste espectáculo de que familiares de la víctima puedan encontrarse en unos grandes almacenes con el rostro del homicida durante el disfrute de un permiso de salida a escasos tres años de su ingreso en prisión.

La delincuencia económica o la relacionada con delitos de corrupción política, tráfico de influencias y similares, merece, sin embargo, un trato especial. La pena privativa de libertad, tras un periodo de seguridad de cumplimiento, podrá ser conmutada por trabajos en beneficio de la comunidad para satisfacer con ellos la indemnización debida a las víctimas o al Estado, o por la libertad condicional cuando el penado haya devuelto el último céntimo. Fuera de estos casos, el cumplimiento íntegro de las condenas ha de ser la norma. No olvidemos que este tipo de delincuencia se surte de personas más que adaptadas y sobradas de habilidades sociales. No hace falta resocializarlas.

Para los delincuentes reincidentes - y, en ocasiones, primarios - en pequeños robos o hurtos, y que causan también gran alarma social, la pena privativa de libertad, por muy corta que ésta sea, deberá cumplirse, por regla general, en su integridad. Estas penas, como afirma VILLA STEIN, criticando a la doctrina dominante, "pueden cum-

plir un importante papel de prevención general y especial, amén de la estabilización de la norma”²³. En cualquier caso, la negativa a usar de estos mecanismos de reclusión de corta duración, por las posibles consecuencias perniciosas para los penados, no tiene por qué ir sólo en detrimento de la sociedad, como hasta ahora ha ocurrido. De la frustración colectiva que esto provoca nace precisamente aquella famosa frase de que los delincuentes entran por una puerta del juzgado y salen por la otra, máxime cuando, ante la imposibilidad de que el juez pueda decretar la prisión preventiva, el periodo de instrucción judicial que media hasta la celebración del juicio es aprovechado para cometer nuevos hechos delictivos. La inconveniencia de que un penado pierda por mor del cumplimiento de esa pena corta el puesto de trabajo no es nada comparable con la situación que se le presenta al honrado trabajador que es despedido por el cierre de su empresa. No hagamos, pues, de peor condición a éste que al que se coloca al margen de la ley. Es por ello que la libertad a prueba que supone los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena ha de acordarse de forma puntual y restringida para los penados que en verdad la merezcan y hayan satisfecho totalmente las responsabilidades civiles derivadas de la infracción penal. Si hiciera falta, no está de más que el Legislador restrinja, sobre este particular aspecto, el arbitrio judicial.

Para el resto de autores de delitos, quizá, se avengan mejor los criterios resocializadores de las penas privativas de libertad y, por ende, regímenes penitenciarios más benignos.

Y como colofón, y apuntando una nueva perspectiva con la que se deberá afrontar, a mi juicio, el cumplimiento de las penas privativas de libertad, no está de más reflexionar sobre el papel que el trabajo como derecho - pero especialmente como obligación de los internos, dentro y fuera de los establecimientos penitenciarios, - habría de representar en una futura y deseable regulación. Entiendo que la ociosidad mientras se cumplen las penas es una invitación a la ideación de maldades y cavilaciones perjudiciales en el tratamiento penitenciario. Por el contrario, un trabajo digno y obligatorio reeduca y resarce, con la contraprestación del mismo, los perjuicios que el infractor ocasionó a la víctima, a la comunidad y al Estado. La negativa del penado al trabajo le acarrearía toda imposibilidad futura de acogerse a beneficios penitenciarios. Y no trato de resucitar con esto la vieja redención de penas por el trabajo.

VIII

En conclusión, y ya termino, creo llegada la hora de acometer un giro en la Política Criminal actual. Hay, pues, que ajustar la ley al momento que viven los ciudadanos. Aquella “Nueva Defensa Social” de M. ANCEL resulta, hoy por hoy, inviable. En el tránsito a una sociedad más justa e igualitaria no se puede dejar desprotegida a la comunidad frente al fenómeno criminal. Se impone, por ende, un coyuntural cambio y un nuevo equilibrio del binomio libertad-seguridad y de los fines que han de cumplir las penas privativas de libertad. Los renacidos vientos neo-retribucionistas, sin desmerecer el aspecto resocializador de las penas, pueden ser ahora provisionalmente saludables. Muchas son las causas que generan la delincuencia. A lo largo de estas reflexiones han quedado insinuadas algunas de ellas. Quizá, entre las más importantes, esté el déficit educativo que padece la sociedad actual y el vacío que han dejado las dimisiones de la autoridad familiar y escolar, forzadas a ello por un ambiente absolutamente hostil. La historicidad del hombre es cíclica y redundante. Aunque en ella hay avances y retroce-

²³ J. VILLA STEIN. Ob. Cit., pag. 201.

sos, horizontes azules y demonios, racionalidad y autos de fe, que aconsejan ajustes y correcciones. “Con tal o cual retroceso parcial - decía ORTEGA y GASSET -, la vida humana no ha hecho sino progresar, para bien o para mal”. Se hace imprescindible hoy, por tanto, una rectificación, pues, como reconoce JULIÁN MARÍAS, “es muy grave el olvido de la historia, o su deformación, porque la realidad siempre se venga del que no cuenta con ella”.