

El Derecho Penal en tiempos de crisis. (Ideología y legitimación para un rescate penal)”

Dra. Paz M. de la Cuesta Aguado

Catedrática de Derecho penal

En estos momentos de crisis social, económica, política e institucional, en una sociedad cuyo modelo está sometido a fuertes presiones, en una materia científica tan cercana al modelo social, que, además, está siendo objeto de la vigesimoctava reforma desde que en 1995 se aprobó el actual código penal y en esta Lección Magistral que me da la oportunidad de dirigirme a Uds. ya como miembro estable del Claustro de Doctores de esta Universidad, parece oportuno abordar el tema, siempre incómodo pero inexcusable, de la necesidad y fines de la reforma penal, lo que, con otras palabras y en términos más generales, no es sino reflexionar sobre la función y efectos del Derecho Penal en nuestra sociedad. Es esta una cuestión de máxima actualidad, no solo por la actual (y prácticamente permanente) reforma penal, sino también por su importancia, en tiempos de cambios profundos, para el modelo político, social y económico que queremos construir.

Lejana en el tiempo, pero cercana al tema que nos ocupa, queda la figura de San Raimundo de Peñafort, quien por encomienda del Papa Gregorio IX redactó las, así llamadas, “Decretales de Gregorio IX” o Liber Extra, publicadas, tras cuatro años de intenso trabajo, el 5 de septiembre de 1234 por la Bula Rex Pacíficus. En el Liber Extra, Raimundo de Peñafort reforma, sistematiza y da una nueva redacción a las antiguas compilaciones de Derecho Canónico. Desde su publicación, el Liber Extra se integró en el Corpus Iuris Canonici, fue la principal fuente escrita de Derecho Canónico hasta el Concilio de Trento, en 1545 y se mantuvo vigente hasta 1917. El Siglo XIII que vivió San Raimundo de Peñafort fue un siglo de importante actividad legislativa en materia penal, además de una época convulsa, de crisis social y económica, de fortalecimiento de las ciudades y nacimiento de la universidad. En este siglo, en España vieron la luz las primeras universidades, la de Palencia, en 1212 y la de Salamanca, en 1218. Y al igual que hoy, la reforma legal y penal fue un instrumento de adaptación a la realidad social, aunque sin la urgencia de los tiempos modernos que parece haberse adueñado del Legislador penal español, que anuncia, piensa, aprueba y publica las leyes penales en plazos cada vez más breves.

I. Planteamiento de la cuestión

En la radiografía del estado actual de la Justicia Penal que hace el Anteproyecto de reforma del Código penal y que, al menos en su enunciación, parece coincidir con la opinión pública a que dan voz los medios de comunicación, los problemas más acuciantes a los que se enfrenta nuestra sociedad y, por ende, el Legislador, serían tres: primero, la desconfianza de la sociedad en la Administración de Justicia, segundo, la necesidad de garantizar resoluciones judiciales que sean percibidas por la sociedad como justas y, finalmente, la eficacia de la Justicia Penal.

Estas rotundas afirmaciones, que iluminan el frontispicio del Anteproyecto de Reforma del CP, podrían invitar, como primera reflexión, a pensar que si efectivamente estos –y no otros- fueran los mayores problemas con los que se encuentra la justicia penal, quizá no hubiera estado de más promover, antes incluso que la Reforma del Código penal, la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal, una regulación más precisa del Derecho de Indulto –en el ejercicio del cual, por cierto, destacan vivamente los indultados por delitos contra la Administración Pública- o, incluso, otras medidas públicas, distintas y con mayor calado social que la reforma de un Derecho penal que, desde hace tiempo, ha convertido el

endurecimiento de las penas en su principal arma contra el delito. En esta línea, los aspectos más polémicos de esta reforma son la incorporación al texto punitivo de las denominadas prisión permanente revisable y custodia de seguridad. A modo de recordatorio, la prisión permanente revisable es una pena privativa de libertad perpetua que, en determinadas condiciones, puede ser revisada, en tanto que la custodia de seguridad –auténtica pena, pese a que se presenta como medida- permite, una vez cumplida la pena privativa de libertad, mantener la privación de libertad en un centro penitenciario por tiempo indeterminado, con ciertas condiciones.

Esta opción político-criminal tiene un doble significado: por un lado, en el plano de la justificación de la intervención penal, el Anteproyecto se suma a las teorías que legitiman y justifican el Derecho penal en los fines de la pena, y, en concreto, en la prevención especial. Así, según el texto -cito textualmente- “la prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado”, y la custodia de seguridad, al más puro estilo del positivismo criminológico, se presenta como una medida de seguridad para delincuentes reincidentes peligrosos. Y por otro lado, mantiene y refuerza un modelo dualista de intervención penal que, supuestamente racionalizado por VON LISTZ y su conocido PROGRAMA

DE MARBURGO, enraíza con un modelo punitivo ya utilizado en el Liber Extra de San Raimundo de Peñafort y que se mantiene sin grandes cambios en el actual Derecho Canónico; un modelo dualista que legitima la coexistencia de penas, para el culpable, y sanciones basadas en la peligrosidad para el delincuente “recalcitrante”, e introduce en nuestro ordenamiento jurídico la pena indeterminada rompiendo con nuestra tradición garantista y continental.

Con todo ello, la actual reforma penal, se presenta a sí misma como una especie de “rescate” de la Justicia penal; otro más, después del económico sobre cuya utilidad y necesidad mucho se ha debatido. Pero si la Ciencia penal tiene un problema, ese es, precisamente, la cuestión de la necesidad y la utilidad del Derecho penal. Ahora bien, y puesto que la Justicia (con mayúsculas) es el fin último en este como en cualquier otro ámbito del Derecho, sería en exceso pretencioso por mi parte intentar ofrecer una respuesta, así que, adviértase ya, que tan solo aspiro a plantear ante Uds. la cuestión, desde mis propias posiciones ius-filosóficas y desde mis propias convicciones, pues, como es comúnmente admitido, el Derecho Penal es fruto de una determinada ideología, lo que no es óbice para incorporar el valor de la racionalidad que se deriva del sometimiento a crítica del *Ius Puniendi* y de la verificación

de las posiciones teóricas sobre las que se sustenta y legitima.

Resta aún una ulterior consideración: el tema elegido puede parecer excesivamente teórico en un momento en el que la universidad y el Derecho Penal se ven acosados por voces que reclaman una mayor atención a los problemas prácticos y una justicia penal “eficaz”, concepto sobre el que aún no se ha teorizado, aunque me aventuraría a sospechar que si lo hiciéramos, nos encontraríamos con que “Justicia penal eficaz”, en más ocasiones de las convenientes, es sinónimo de Justicia penal “autoritaria”. Pero, al margen de ello, la exigencia de “practicidad” y eficacia y el abandono de cuestiones teóricas, a las que se califica de abstractas y meramente académicas, se materializa en la existencia de tipos duplicados e innecesarios, de delitos que tienden a facilitar la prueba mediante la eliminación de requisitos a probar, de reformas penales por vía de urgencia o con olvido de principios penales garantistas. El desprestigio de la reflexión dogmática discurre en paralelo con la ausencia de especialización en Derecho penal. Así, en una materia de una enorme dificultad teórica, que ocupa más del 70% de la actividad judicial y que entraña la privación de derechos esenciales para los ciudadanos, no es extraño que el debate jurídico se reduzca a un problema de prueba, y

cuestiones dogmáticas de calado, como la relación de riesgo o la participación en delitos de propia mano, por ejemplo, ostenten el dudoso honor de ser calificadas como abstracciones doctrinales alejadas de la realidad, pese a que pueden condicionar o evitar la imposición de una pena de prisión.

Reconozco, por tanto, la existencia de críticas a los modelos teóricos abstractos propios de la Dogmática penal, así como las que se realizan a una universidad supuestamente demasiado alejada de la realidad. Y, sin embargo, pese a ir contracorriente, voy a sugerirles una reflexión teórica, por varias razones: primero, porque como dijera algún buen filósofo, no hay mejor práctica que una buena teoría; segundo, como forma de reivindicar la mejor labor de una universidad pública, cuyo mayor activo es la producción de ideas, de pensamiento racional y crítico, de modelos teóricos sobre los que sustentar la técnica o la sociedad y, tercero, porque solo desde la abstracción teórica se puede superar la irracionalidad, la demagogia y los argumentos falaces que acompañan habitualmente al debate sobre los fines y las funciones del Derecho Penal y, como consecuencia, sobre la necesidad de la intervención penal, el poder punitivo del estado y la reforma penal.

II. Sobre los fines del Derecho Penal y de la pena

a) La teorización sobre los fines del Derecho Penal se ha identificado, en los tres últimos siglos con los fines que las denominadas Teorías de la Pena asignan a la pena; fines sobre los que nuestra Constitución se atrevió a pronunciarse, en su art. 25, afirmando los efectos resocializadores de la pena. Pero no fue la Ilustración, ni sus teóricos quienes primero plantearon la cuestión de la utilidad –y por tanto, la necesidad- del Derecho penal y de la pena. Por el contrario, platónicos y cínicos, estoicos y cristianos ya debatieron profusamente sobre los fines de la pena.

Ahora bien, siendo quienes somos y estando donde estamos, no podemos abordar esta cuestión sin adoptar, como punto de partida, la formulación que aquel sabio rey, el décimo de los Alfonsos, recogió en el título trigésimo primero (31) del Proemio de la Séptima Partida, en una de las más completas y, permítanme la expresión, hermosas, formulaciones sobre los fines de la pena que la ciencia jurídica ha ofrecido. Y no solo porque fuera formulada en una lengua que, gestada por voces originarias de estos verdes valles, adoptó la brillantez dorada de las llanuras castellanas, sino porque resume de forma magistral lo que es la tradición jurídica hispana a la que el paso del tiempo no ha restado vigencia.

Para el ilustre Legislador del siglo XIII –coetáneo de San Raimundo de Peñafort- y su Chancillería Real, la pena es “enmienda de pecho o escarmiento que es dado segund ley a algunos por los yerros que fizieron”. A la pregunta de por qué imponer una pena, responde la VII Partida: “porque resciban escarmiento de los yerros que fizieron” – o lo que es lo mismo, retribución- y...”porque todos los que vieren e oyeren, tomen exemplo, e apercibimiento para guardarse que non yerren, por miedo a las penas” –al modo actual, prevención general-.

Retribución y prevención siguen siendo, en la actualidad, incluso después de la superación del indeterminismo y del libre albedrío como fundamentador de la culpabilidad, los argumentos a los que se recurre para justificar y legitimar la intervención penal. Sin embargo, los fines de la pena propuestos por las teorías tradicionales se han convertido en la actualidad en meros recursos estilísticos.

b) Si abordamos el problema desde el análisis de los efectos que produce la imposición de una pena, bien podría afirmarse que el Derecho Penal sirve para que en torno al 5 por mil de los habitantes, estén cumpliendo condena en España, el 99,1 % varones y el 9,9% mujeres; condenas de las que el 25%, aproximadamente, corresponde a penas

privativas de libertad. Según las estadísticas, a las mujeres se les impone un mayor número de penas privativas de libertad que a los hombres (el 27 % frente al 24%) – aunque, también es cierto, que los últimos estudios de que dispongo muestran que las mujeres son las destinatarias de un mayor número de indultos-. Pero quienes más sufren la represión penal son los extranjeros, que representan aproximadamente el 26% del total de los condenados a penas privativas de libertad, en tanto que su peso demográfico en la población española se sitúa en torno al 10%.

Estos datos, extraídos de las estadísticas de condenados del año 2011, se pueden extrapolar a los de años anteriores y a las sociedades de nuestro entorno y han servido para extraer algunas conclusiones:

Así, en primer lugar: se denuncia el carácter selectivo del Derecho Penal que no se aplica por igual a todas las clases sociales. En segundo lugar, que hay medios de control social más efectivos pues, dados los índices de reincidencia, no parece demasiado idóneo como método para la reinserción social del delincuente.

Y finalmente, manteniendo el punto de mira en la pena, se ha afirmado que etiqueta, estigmatiza y desocializa.

Desde esta perspectiva el Derecho Penal se muestra como un poderoso instrumento para perpetuar posiciones sociales o intereses económicos.

No es objeto de esta Lección analizar el significado del termino “Justicia”, lo que, por cierto, ya hizo magistralmente KELSEN en la conferencia con la que se despidió del mundo académico. Vincular la ley penal a la Justicia es un recurso que genera grandes réditos para el Legislador, pues afirmar que algo es justo facilita su aceptación y su cumplimiento por parte de los ciudadanos, como, con enorme agudeza y algo menos de escrúpulos, puso de manifiesto ya PLATÓN. Ahora bien, el concepto de Justicia que defiende el Anteproyecto alerta de una nueva utilidad del Derecho Penal: sustituir a otras formas de reacción social frente al delito, formas que pueden ir desde ancestrales rituales de lucha mediante gestos de apaciguamiento o sumisión (lo que convertiría a la pena en un equivalente funcional de aquellos) hasta la sustitución de la venganza privada. El Borrador de Anteproyecto de Código procesal penal de 2013 refuerza esta idea al disponer en su art. 2 que “*el proceso penal se regirá por los principios de contradicción e igualdad de armas entre la acusación y la defensa*”. De esta forma, el Derecho penal y la pena se presentan a la sociedad como medios racionales para la reducción de la violencia. Sin embargo, esta

reducción de la violencia, que podría explicar porqué el Derecho penal es un mal necesario, exige, cada vez más en nuestro entorno cultural, el incremento constante de la violencia institucionalizada.

La violencia, el riesgo y la amenaza se han convertido en fenómenos centrales del Derecho Penal de la Sociedad del Riesgo. La opinión pública, que se siente amenazada, reclama el recurso al Derecho Penal, con penas cada vez más graves y garantías cada vez menores y los teóricos de la seguridad dividen a los ciudadanos en “Nosotros”, ciudadanos normales que respetamos las leyes –casi siempre-, y “los Otros”, los enemigos que, de forma sistemática y reiterada, infringen la ley penal: por ejemplo, los delincuentes reincidentes peligrosos a los que alude el Anteproyecto. Nosotros, ciudadanos respetuosos, por lo general, con la ley penal (con permiso de la delincuencia de cuello blanco), gozaremos de los privilegios garantistas de un Derecho Penal democrático. Pero, y este es el mensaje más o menos subliminal, la lucha efectiva contra la delincuencia peligrosa requiere de otro tipo de armas. Ya no vale un Derecho Penal que, a fuer de garantista y respetuoso con los Derechos Humanos, es calificado de ineficaz.

Hace algunos años adopté, como cuestión de principio, la decisión de no volver a hablar más sobre el mal

denominado Derecho Penal del enemigo que no es Derecho Penal sino, precisamente, su ausencia. Sin embargo, los vientos reformistas exigen traerlo, de nuevo, a la palestra.

El Derecho Penal del enemigo -o, más correctamente, el modelo penal para los enemigos- no nos resulta desconocido: ejemplos de este “otro modelo penal” también existen muchos en la historia, más o menos cercanos en el tiempo y podemos encontrarlo en todos aquellos Ordenamientos jurídicos en los que se ha negado el reconocimiento del estatuto jurídico de la persona a un grupo de ellas. La Alemania Nazi lo aplicó a otras razas; las dictaduras latinoamericanas lo aplicaron a sus desaparecidos, montoneros y jóvenes no afines al régimen a quienes negaron el derecho al Derecho Penal, de la misma forma que hoy se niega, en el territorio de algunos Estados a grupos de ciudadanos (generalmente ciudadanas) o fuera de su territorio, a quienes expresamente califican como enemigos.

Sin embargo, el discurso del miedo, aunque extendido, debe ser revisado y sometido a severa crítica. La percepción social de la violencia no siempre es consecuencia de un incremento real de la delincuencia, sino que depende en gran medida del tratamiento que hacen los medios de comunicación de la misma.

Ejemplo de cuanto digo es el relacionado con la percepción de la corrupción. Aunque, de una lectura rápida de la prensa de los últimos meses (o años) pudiera pensarse que la corrupción se ha incrementado exponencialmente, el estudio criminológico de los procesos judiciales invita a concluir que no hay ahora más corrupción que antes, pero sí hay más sensibilidad para perseguirla, más interés en hacerlo y más medios destinados a ello, y son estos factores los que la hacen más visible.

La incidencia de los medios de comunicación en la generación de inseguridad responde a factores diversos entre los que no pueden descartarse fines políticos, en ocasiones, rayanos en la demagogia. Sin embargo, no son escasas las ocasiones en las que se recurre al Derecho Penal precisamente como respuesta a un caso concreto o para contentar a una opinión pública emocionalmente posicionada que reclama una respuesta. Esto sucede, por ejemplo, con el nuevo delito de matrimonio forzoso del Anteproyecto, que con el actual Código penal puede ser sancionado sin mayores problemas, y, desde luego, sin los problemas que va a plantear la interpretación del nuevo precepto. El Informe del CGPJ al que antes he hecho referencia, defiende su incorporación al Código Penal argumentando que el bien jurídico protegido “derecho a contraer matrimonio” no se encuentra debidamente

protegido en la actualidad y que organismos internacionales recomiendan la represión penal de los matrimonios forzados. Sin ánimo de profundizar en esta cuestión, baste recordar, primero, que las indicaciones de la UE o de la ONU para sancionar conductas no imponen formas de hacerlo –solo pretenden evitar lagunas de impunidad- y, segundo, que el bien jurídico penalmente protegido, elemento esencial para la legitimación y justificación de un concreto tipo penal, es un valor; y un derecho aún no es un valor, y por tanto, tampoco un bien jurídico. La ausencia de un bien jurídico protegido correctamente articulado lastra toda la redacción típica del nuevo delito y tiene la desastrosa consecuencia de producir el efecto contrario al deseado: si llegase a entrar en vigor el previsto tipo penal en los términos actualmente redactados, la conducta de forzar a contraer matrimonio merecería menor pena que la misma conducta con la actual redacción.

En línea con lo anterior, no puede negarse que nuestra sociedad, efectivamente, tiene un grave problema con la delincuencia violenta; pero aunque la neutralización del delincuente, o, por utilizar el término más usual en la Doctrina, la inocuización, pudiera ser parte de la solución, su aplicación práctica resulta muy controvertida y merece, cuando menos, una seria reflexión sobre su

constitucionalidad. Por otro lado, y sin que ello signifique minusvalorar el problema de la delincuencia violenta, el delincuente violento-peligroso definido en el Anteproyecto no es ni el más importante ni el más urgente de los problemas a los que el Derecho Penal tiene que enfrentarse en esta sociedad en plena transformación. También de ello es consciente el Legislador y ya ha entrado en vigor la última reforma del CP que aborda frontalmente el problema de la defraudación fiscal y que introduce, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad directa para partidos políticos y sindicatos. No es posible entrar a analizar, siquiera brevemente, las consecuencias que de esta nueva regulación se pueden derivar para nuestro sistema político, pero, desde luego, sí va a exigir que tanto partidos políticos como sindicatos incorporen un eficiente sistema de control jurídico-penal de riesgos.

VI. Las funciones victimológicas del Derecho Penal

Pero, volviendo al punto de partida, la crisis de legitimación sufrida a partir de los años 80 del siglo pasado, tras el fracaso de las teorías resocializadoras y el reconocimiento de la ineficacia del sistema penal para dar satisfacción a la víctima del delito, forzaron a buscar nuevas vías de resolución de los conflictos generados por y

en torno al delito, de la mano de las teorías de la Justicia Reparadora.

En los modelos jurídicos continentales, hoy en día, un Derecho Penal que quiera efectivamente servir a la sociedad cumpliendo funciones de integración y mantenimiento de un orden democrático, debe asumir como propios los objetivos de des-victimización, pues la reparación completa de la víctima es una demanda exigida como ineludible por la sociedad y, en ese sentido, goza de fuerza legitimadora que dotaría de credibilidad al sistema penal –lo que, por cierto, no significa, ni mucho menos, la privatización de la respuesta penal frente al delito-.

Por el contrario, la asunción de los fines victimológicos obliga a establecer medidas prácticas de atención a las víctimas, y no solo mediante compensaciones pecuniarias: oficinas judiciales de información, oficinas generales o específicas de apoyo y atención a las víctimas, acciones contra la victimización secundaria o la incorporación de criminólogos a las instituciones responsables de la persecución del delito han demostrado una gran eficacia en otros países, mejorando sensiblemente la valoración de la Justicia Penal por parte de la sociedad.

El redescubrimiento de la víctima por el Derecho Penal, sin embargo, resulta sorprendente si recordamos que este es fruto, precisamente, de la estatalización de la

respuesta social frente al delito; estatalización que responde a la necesidad de racionalizar y controlar la reacción punitiva.

Así, la dogmática penal históricamente ha ido elaborando un sistema cada vez más complejo de condiciones para el ejercicio del *Ius Puniendi*. En la historia del pensamiento, desde la época dorada de la escolástica, nunca la Doctrina penal española había gozado de tanto reconocimiento y prestigio internacional. Tampoco nunca había sido tan olvidada por el poder político en la creación legislativa.

La legislación penal, por su parte, vive un constante movimiento expansivo en cuanto a sus límites y a su intensidad, buscando readaptarse a los equilibrios actuales en la sociedad.

Ejemplo paradigmático de la readaptación del Derecho Penal son los delitos contra la violencia de género y para la protección del medio ambiente. Lo que voy a decir a continuación no debe entenderse como la negación de la necesidad de específica intervención penal en estos ámbitos, sino como una crítica a cómo se ha efectuado esta intervención, pues ambos son ejemplos paradigmáticos, pero no modélicos, caracterizados por proteger valores que representan intereses de grupos sociales emergentes en la sociedad con funciones más

simbólicas y promocionales que instrumentales, y se suman al ideal del autodenominado Derecho Penal eficaz y práctico, que prescinde de requisitos y aportaciones dogmáticas y busca facilitar la prueba y, al menos en teoría, asegurar el éxito de la acusación. El resultado ha sido la incorporación al Código penal de delitos con graves deficiencias técnicas, que contienen conceptos indeterminados, lo que potencia la inseguridad jurídica y que, aunque pudiera parecer lo contrario, durante mucho tiempo y, en algunos casos, aún hoy, han resultado sistemáticamente inaplicados, lo que ha obligado a nuevas reformas ampliando, aún más, los márgenes de lo punible, la discrecionalidad judicial y la inseguridad jurídica e incurriendo, de nuevo, en el temido fracaso penal, en un círculo vicioso del que no parece, de momento, que haya intención o sabiduría para salir.

No es este el modelo deseable, y con ello concluyo: el Derecho Penal despliega efectos buscados o indeseados sobre la sociedad, pero entre todos ellos es especialmente relevante el relativo al control del poder estatal para imponer sanciones penales y, con ello, el control del poder político y económico. Pero el garantismo penal no es posible al margen de la dogmática y la ciencia del Derecho Penal; al margen de la racionalidad y la lógica ni, por supuesto, al margen de la Constitución. Desde esta

perspectiva, es preciso, por tanto, reivindicar el papel de la formación y de la reflexión teórica; el papel de una universidad independiente y crítica, generadora de ideas; una universidad pública que sigue siendo, después de ocho siglos, una institución esencial para el desarrollo social y el pensamiento; para el crecimiento económico y la superación de las sucesivas crisis; y, también, para la creación legislativa y el rescate de la Justicia penal.

He dicho.