

LA DERIVA ACTUAL DEL DERECHO PENAL EN ESPAÑA

Enrique Orts Berenguer
Catedrático de Derecho penal – Universitat de València

política criminal – reformas penales

Ponencia dictada en el VI Congreso Español de Criminología, Santiago de Compostela, 18 de junio de 2009.

Recibido: 24/06/09

Publicado: 04/11/09

© 2009 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *on line* en <http://www.uv.es/recrim>

En el VI Congreso Nacional de Criminología, celebrado durante los días 18, 19 y 20 de junio del 2009 en la Universidad de Santiago de Compostela, fui invitado a participar en una mesa redonda dedicada a analizar la deriva del Derecho penal en la España actual¹. Y he de decir que el título ha sido bien escogido, porque si deriva significa desviación de una nave de su rumbo por efecto del viento, etc., nuestro Derecho penal hace algún tiempo que se ha apartado de su rumbo, camino hacia no sé sabe dónde, a impulsos de diferentes “vientos”, que han de tenerse presentes para intentar entender aquella deriva y que podemos sintetizar en los siguientes:

- a) la existencia de recomendaciones, convenciones, protocolos facultativos, decisiones-marco de la Unión Europea, unas vinculantes, otras no, que condicionan la legislación interna de los Estados miembros²;
- b) la llamada “alarma social”, real o imaginaria, espontánea o inducida, o simplemente generada, intencionadamente o no, por unas u otras razones, por

¹ Y se me ha ocurrido ofrecer a quien pueda interesar el esquema (sin apenas notas) a partir de las cuales expuse mi ponencia, sabedor de que no tienen un excesivo interés (un profesor norteamericano dijo que más del 90 % de las publicaciones de los profesores universitarios no tienen otro objeto que mejorar sus currícula), sin ánimo de mejorar el mío, propósito condenado irremisiblemente al fracaso, habida cuenta de los pretendidos criterios objetivos que se manejan en la Agencia Nacional; pero, con la esperanza de que tal vez sirva para iniciar un debate racional y civilizado.

² *Vid.*, por ejemplo, la Exposición de motivos del anteproyecto de la ley orgánica 15/2003, donde se insiste en que la reforma del artículo 189 del Código penal está inspirada en la normativa europea.

determinados políticos y/o medios de comunicación³, o esgrimida, con o sin fundamento, por el propio legislador⁴; y las correlativas

- c) demandas de seguridad, rigor, ejemplaridad,..., que se acaban traduciendo en un endurecimiento de las normas penales;
- d) dichas alarma social y demandas, a menudo tienen su origen en sucesos dramáticos, aireados por los medios de comunicación *ad nauseam*;
- e) la creencia del legislador en la eficacia del Derecho penal para combatir con eficacia la delincuencia o en la rentabilidad de esgrimirlo como muestra de su denodado empeño en combatir la delincuencia, generadora de inseguridad;
- f) la vuelta de concepciones y preocupaciones moralizantes que parecían periclitadas, materializada en el sesgo imprimido en nuevos delitos o en los ya existentes⁵.

Fruto de tales “vientos”, y en menor medida de la necesidad de introducir en el Código penal mejoras técnicas o de elemental sentido común⁶, han sido las numerosas reformas hechas al Código penal de 1995 y la que se avecina (en total, veintitantas), a las que han de sumarse las realizadas a la Ley de enjuiciamiento criminal y a la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores), que en líneas generales han venido a:

- a) ampliar el ámbito de lo penalmente relevante, y, por ende, de lo prohibido;
- b) endurecer e incrementar la respuesta punitiva (en ocasiones, según se dice en la correspondiente exposición de motivos), para respetar las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad; con los resultados de todos conocidos
- c) tenemos cerca de 80.000 internos en los centros penitenciarios del conjunto del país; cifra que arroja una de las peores relaciones entre el número de habitantes y el número de reclusos de Europa. Y en este punto no está de más advertir que, con demasiada frecuencia, el peso de la ley no recae por igual sobre todos los autores de hechos delictivos, sino sobre los de determinadas clases de delitos, en tanto los de otras gozan de una preocupante y escandalosa impunidad.

Algunos jalones de esta deriva son:

³ Alarma de la que pueden acabar siendo beneficiarias las empresas dedicadas a la seguridad privada.

⁴ Como en la exposición de motivos de la ley orgánica 11/1999, en la que se dice que “para garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces”, por “los requerimientos de la sociedad española, *alarmada* por la disminución de protección jurídica...” (la cursiva es mía).

⁵ *Vid.* en esta misma revista mi trabajo, Algunas consideraciones sobre Moral y Derecho Penal.

⁶ Como la supresión de los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis, conocidos como los artículos “Ibarreche-Atutxa”. *Vid. Últimas reformas penales sustantivas y procesales*, de varios autores, Universitat de València, 2005, págs.305, 311-312,326-327.

- a) la reintroducción de la circunstancia agravante de multirreincidencia (artículo 66.5 del Código penal), que permite la imposición de la pena superior en grado, en su mitad inferior, a la persona a la que se condena y se le aprecia la agravante de reincidencia, siempre que al delinquir hubiera sido ejecutoriamente condenado, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código, que sean de la misma naturaleza⁷;
- b) las reglas del artículo 76 del Código penal, a través de las cuales se eleva la pena de privación de libertad hasta los cuarenta años;
- c) los recortes inferidos a los beneficios penitenciarios, mediante los artículos 36 y 78 del Código penal;
- d) la conversión de cuatro faltas en delito, en los casos de hurto y robo o hurto de uso de vehículos a motor (artículos 234, párrafo segundo, y 244,1, párrafo segundo);
- e) la supresión de la pena de arresto de fin de semana, calificada por el legislador como un fracaso, cuando nada se hizo para que esta pena pudiera ser aplicada;
- f) la previsión de pena privativa de libertad para delitos inicialmente castigados con otra clase de penas;
- g) la creación de nuevos tipos y la ampliación de los márgenes aplicativos de no pocos de los existentes;
- h) la agravación de las penas en general. Etc.

Las enunciadas son muestras inequívocas de la dirección marcada a la legislación penal española, sobre todo para hacerla más rigurosa. Y si ese ha sido el rumbo fijado por el legislador, también la jurisprudencia ha contribuido a ese endurecimiento, de forma particularmente llamativa mediante la conocida doctrina Parot, cuya aplicación se ha extendido a delitos distintos de los de terrorismo, y que supone una flagrante vulneración del principio de legalidad⁸; pero sobre todo mediante la implantación de una cierta inseguridad jurídica, a causa de los dispares esquemas conceptuales utilizados por nuestros jueces. Puede asegurarse que hace cincuenta años, cuando todos empleaban el esquema de Mezger, se sabía mejor que ahora qué línea argumental iba a seguir una sentencia⁹.

Por consiguiente, el resultado de las sucesivas reformas hechas por el legislador en el texto del Código penal, y de alguna doctrina jurisprudencial, ha producido un efecto tenaza, en orden a endurecer el Derecho penal y su aplicación.

En este mismo orden de cosas, desde hace algún tiempo se vienen oyendo voces que claman por el cumplimiento íntegro de las penas y por la agravación de las mismas, y, más recientemente, por la implantación de la prisión perpetua.

⁷ La inconstitucionalidad de la reincidencia fue desestimada en la sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991. Pero, la multirreincidencia tiene o puede tener consecuencias más graves que la agravante genérica del artículo 22 del Código penal. De modo que es legítimo cuestionar su constitucionalidad.

⁸ También en esta revista puede verse un trabajo sobre la mencionada doctrina.

⁹ Idea apuntada por Vives Antón, y que, obviamente, no supone un elogio del momento político y jurídico de la época.

Frente a estas reivindicaciones hay que preguntarse si son compatibles con la Constitución, con su artículo 25.2, en concreto, en el que se proclama que “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

Realmente, no veo cómo puede armonizar la prisión perpetua con la reeducación y la reinserción social. Este principio es clamorosamente incompatible con el cumplimiento íntegro de las penas y con la prisión perpetua. Es verdad que podrían ser conformes. La también llamada cadena perpetua podría ser acorde con la Constitución siempre que se adoptara un sistema similar al de algunos países europeos (al de Alemania, por ejemplo), en los que figura la reiterada pena, para delitos muy graves, pero se prevé en la ley que, transcurrido un plazo que oscila alrededor de los veinte años, debe revisarse la condena, y si el penado cumple determinados requisitos existe la posibilidad de obtener la libertad condicional.

Y el cumplimiento íntegro de las penas, o mejor el establecimiento del cumplimiento íntegro de las penas, sin matices es inconstitucional¹⁰, porque está en flagrante contradicción con el artículo 25.2 de la Constitución. Ahora bien, quizá ladinamente podría implantarse de facto, fijando unas condiciones cada vez más estrictas para alcanzar los beneficios penitenciarios, particularmente el tercer grado y la libertad condicional, y ya tendríamos el mismo efecto que una declaración formal.

Por otra parte, no está de más apuntar que buena parte de las críticas que atribuyen al Código penal una excesiva benignidad, censuran el Código penal de 1973, que es el que se ha aplicado a muchos terroristas. De hecho, el Código vigente, tras las modificaciones que ha sufrido, puede acercarse peligrosamente al cumplimiento íntegro. Extremo que puede verse complementado en breve si prospera el anteproyecto de reforma del Código y se incluye la pena de libertad vigilada subsiguiente al cumplimiento de una pena privativa de libertad. Pero aun en el momento presente, vaya adelante o no el anteproyecto, el número 2 del artículo 76, por el tiempo o la forma en que acontezcan los hechos o por la forma en que se interprete la conexión a la que en el citado precepto se alude, permite la imposición de penas de cumplimiento sucesivo que pueden alargar muy considerablemente la duración de la privación de libertad.

Como reflexión final, quiero señalar algo obvio, como es que la agravación de las penas y el incremento y ampliación de los delitos y el correlativo aumento del número de penados que origina tal política criminal, puede hacer pensar a algunos que se está en el buen camino para vencer a la delincuencia (o al menos para hacerla disminuir), en el convencimiento de que el temor a la pena disuade a las personas de delinquir. Pero este pensamiento olvida algo esencial, que ya advirtió nada menos que Beccaria hace unos cuantos años (y no está de más recordar de cuando en cuando a los Ilustrados), como es que lo único que acaso puede disuadir a alguien de cometer el delito que ha resuelto cometer no es tanto la severidad de las penas que se le pueden imponer, cuanto la certeza de que el castigo le alcanzará inexorablemente. Y no hace falta que les diga cuán improbable es que quien ha cometido un hecho delictivo acabe

¹⁰ Algunas de las reformas realizadas en 2003 apuntaban en esta dirección.

siendo descubierto y condenado, salvo si ha cometido un delito particularmente grave, en cuyo caso las posibilidades de ser castigado aumentan (o se trata de un “obrero no cualificado en el mundo del crimen”, torpe y desafortunado).

En los medios de comunicación se da gran relevancia a hechos atribuidos a personajes conocidos (políticos, terroristas, autores de determinados delitos, etc.), pero no hablan, por lo que en general se ignora la existencia de no pocos condenados por delitos contra el patrimonio o contra la salud pública, que acumulan sentencia sobre sentencia y acaban cumpliendo muchos años de prisión, máxime si falta el requisito de la conexión requerida entre los distintos delitos y condenas (artículo 76.2 del Código penal).

De manera que, a mi juicio, no tiene sentido ni el endurecimiento de la represión penal –por la doble de la ampliación del círculo de las conductas punibles y de la agravación de las penas–, y que exigiría en coherencia, desde la óptica de la supuesta efectividad que se pretende, el aumento de las plantillas de miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, de jueces, de fiscales, de secretarios judiciales, de funcionarios de la Administración de Justicia, de la Administración penitenciaria, del número de juzgados, de inversiones en infraestructuras penitenciarias, etc. Como tampoco lo tiene la insistencia en generar –o intentar generar– alarma social, ni hablar de forma tan frívola y desenvuelta de inseguridad ciudadana –cuando nuestras cifras de delincuencia son menos dramáticas y alarmantes que las de otros países de nuestro entorno–, y todavía menos si cabe lo tiene cualquier campaña de moralización a través del Derecho penal.

Lamentablemente, la deriva de este, del Derecho penal, apunta en todas esas direcciones, que en buena medida responden a esas dos ideas denunciadas y criticadas, aunque a menudo seguidas por los mismos que las critican, que son la del Derecho penal de enemigo y la del uso simbólico del Derecho penal.

La lucha contra el delito no puede ni debe hacerse sólo o fundamentalmente a golpe de Derecho penal, sino con políticas educativas y sociales mejores.