

**ESTUDIOS CRIMINOLÓGICO-VICTIMOLÓGICOS
DE ENRIQUE RUIZ VADILLO**

IN MEMORIAM



EGUZKIORE

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología

N.º 13 Extraordinario - San Sebastián, 1999



EGUZKIORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

ESTUDIOS CRIMINOLÓGICO-VICTIMOLÓGICOS DE ENRIQUE RUIZ VADILLO

IN MEMORIAM

Homenaje del Instituto Vasco de Criminología

A. Beristain y J. L. de la Cuesta
(Comps.)

EGUZKIORE

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología

N.º 13 Extraordinario - San Sebastián, Marzo 1999

EGUZKILORE Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología

Portada: emblema del IVAC-KREI, de Rafael Ruiz Balerdi.

Contraportada: Emblema de la UPV/EHU, de Eduardo Chillida.

Consejo Directivo

Beristain Ipiña, Antonio (Director). De la Cuesta Arzamendi, José Luis (Subdirector). Maeso Ventureira, Augusto (Secretario Técnico). Etxeberria Gabilondo, Francisco (Vicesecretario). Germán Mancebo, Isabel (Coordinación).

Consejo de Redacción

Miguel Alonso Belza, Cristina Antón, Alfonso Aya Onsalو,
Pedro Ayerbe, Robert Cario, Jocelyne Castaignède, Juan Bautista Cremades,
Iñaki Dendaluce Segurola, Enrique Echeburúa Odriozola, Alfredo Espinet Rubio,
Francisco Etxeberria Gabilondo, Carlos Fdz. de Casadevante, Joaquín Giménez García,
Antonio Giménez Pericás, Manuel Glz. Audicana, Reyes Goenaga Olaizola,
José María Gondra Rezola, Julio González Abascal, José Guimón Ugartechea,
Jean Charles Heraut, José Luis Jiménez, Pedro Larrañaga Múgica, Ignacio Lizari Gómez,
Carlos Lizarraga, M.ª Angeles Mtz. de Pancorbo, Virginia Mayordomo, Ana Messuti,
José Luis Munoa, Luis Navajas Ramos, Reynald Ottenhof, Joaquín de Paul Ochotorena,
Jean Pinatel, Francisco Javier Quel López, M.ª José Sakara, Begoña San Martín Larrinoa,
Iñaki Subijana Zunzunegui, Germán Tamayo Salaberria, Hilario Urbíeta Garagorri,
Amando Vega Fuente, Sagario Yarnoz Yaben

Extracto de las normas de publicación para los autores

* Los trabajos que se remitan para su publicación en *Eguzkilore*, deberán ser inéditos, y no estar pendientes de publicación en otra revista.

* Los trabajos se remitirán mecanografiados a doble espacio, por una sola cara, en papel DIN A 4. Se acompañará en soporte de disquete 3'5'', indicando el sistema y el procesador utilizados, preferentemente Word Perfect 5.1 para PC.

* Los trabajos se presentarán por duplicado, precedidos por una hoja en la que se hagan constar: título del trabajo, nombre del autor (o autores), dirección, número de teléfono y de fax, situación académica y nombre de la institución científica a la que pertenece. El trabajo mismo irá encabezado por su título, nombre del autor o autores, profesiones o cargos que deberán figurar en la publicación e institución a la que pertenezcan.

Bases de datos

Las bases de datos ISOC (Ciencias Sociales y Humanidades), del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, ILANUD (Instituto Latinoamericano de NN.UU., PSICODOC'98 del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, y CRIMINOLOGY, PENOLOGY AND POLICE SCIENCE ABSTRACTS (Amsterdam) recogen de forma sistemática los trabajos originales publicados en *Eguzkilore*.

© Ed. Instituto Vasco de Criminología
Villa Soroa. Avd.ª Ategorrieta, 22
Tels.: 943 - 32 14 11 / 32 14 12; Fax: 943-321272
E-mail: szoivac@sz.ehu.es
<http://www.sc.ehu.es/scrwwiv/ivac.html>
20013 SAN SEBASTIAN

I.S.S.N. 0210-9700
D.L. 368/99

Fotocomposición e impresión:

MICHELENA - artes gráficas, s.l.

Polígono 27 (Martutene)

Astigarraga - Gipuzkoa.

ÍNDICE

Antonio Beristain. Presentación en memoria de Enrique Ruiz Vadillo Enrique Ruiz Vadillo-ren oroiñenez Aurkezpena	9
 ESTUDIOS DE ENRIQUE RUIZ VADILLO EN EL IVAC-KREI	
La vida, el Derecho y la sociedad	17
La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor	33
Principios básicos de la reforma penal. Algunas consideraciones sobre la modificación de 25 de junio de 1983	55
La reforma penal en España: situación actual. La reforma penal de 1983 ...	81
Desriminalización y despenalización. Reforma penal y descriminalización ..	97
La Criminología y la vivencia de las crisis económicas en el Derecho penal ..	105
El futuro inmediato del Derecho penal. Los principios básicos sobre los que debe asentarse. Las penas privativas de libertad. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo	129
Apuntes sobre el perfil del juez penal en cuanto creador de la sentencia	149
Estado actual de la Justicia penal (Su necesaria y urgente reforma)	165
El Tribunal Supremo y los Derechos Humanos	177
La reforma penal en materia de lesiones y agresiones sexuales desde el punto de vista criminológico, de la Política criminal y del Derecho penitenciario	192
La sociedad y el mundo penitenciario (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)	203
La ciencia y la práctica en el campo jurídico-penal y en el criminológico	219
San Ignacio de Loyola. La presencia actual de su doctrina en la justicia y en el derecho	235
La Sociología jurídica. La sociedad, determinadora de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal (Hacia un Derecho penal más enraizado en la sociedad)	243

Derecho penal económico y proceso penal	253
Algunas reflexiones sobre Justicia penal	265
Nuevas culturas respetuosas de los Derechos Humanos y exigencias de la justicia	269
La armonía del sistema jurídico, plataforma indispensable del desarrollo de la persona humana (El refugiado y, en general, el extranjero frente al proceso penal)	281
Valor de las diligencias practicadas por la Policía judicial en el proceso penal	291
Prólogo a <i>De los delitos y de las penas desde el País Vasco (La Cátedra universitaria en la sociedad mediática)</i>	305
La mediación penal. (Texto inédito)	311
INTERVENCIONES DE ENRIQUE RUIZ VADILLO EN DIVERSOS ACTOS ACADÉMICOS ORGANIZADOS POR EL IVAC-KREI	
Acto de Clausura de las I Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras	323
Acto de entrega del Libro-Homenaje al Prof. Beristain	329
Acto Solemne de Clausura del XLI Curso Internacional de Criminología	333
Acto de Clausura del II Curso de Formación actualizada a funcionarios de Instituciones penitenciarias	335
Nombramiento como Miembro de Honor del IVAC-KREI	337
Acto de Clausura de las III Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras	339
Presentación del libro <i>Ignacio de Loyola, Magister Artium en París 1528-1535</i> en el Excmo. Ayuntamiento de Toledo	341
Acto Académico en favor de la integración cultural y la paz	345
COLABORACIÓN EN EL LIBRO-HOMENAJE A JULIÁN PEREDA, S.J.	
Desviaciones al principio “no hay pena sin culpabilidad” en el Código penal español	349
ÍNDICE ANALÍTICO	361

*“...a Elvira Zuloaga Arteaga, mi mujer y excepcional colaboradora con quien comparto ilusionadamente la vida ... con toda mi ilusión y cariño”**



* Dedicamos este libro a la Excmo. Sr^a D^a Elvira Zuloaga de Ruiz Vadillo, con las palabras que él formuló en sus obras *Derecho Civil. Introducción al estudio teórico-práctico* (18^a edic., Ochoa, Logroño, 1991-1992, p. 5) y *Estudios de Derecho procesal penal* (Comares, Granada, 1995, p. VII), y con la fotografía que presidía su mesa de trabajo.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
9 - 11

PRESENTACIÓN EN MEMORIA DE ENRIQUE RUIZ VADILLO

El Instituto Vasco de Criminología publica, por orden cronológico, en este número extraordinario de *Eguzkilo* las excelentes colaboraciones que el Excmo. Sr. D. Enrique RUIZ VADILLO, Magistrado del Tribunal Constitucional y Miembro de Honor de nuestro Instituto, tuvo la amabilidad de brindarnos con su incommensurable inteligencia, generosidad y bondad.

Así, cumplimos lo prometido el día 30 de octubre de 1998, en el solemne homenaje académico que se le brindó en el Aula Magna de la sede del Instituto. Ese día nos honró con su presencia la Excmo. Sra. D^a Elvira ZULOAGA de RUIZ VADILLO. (A ella, en estas líneas, le manifiesto públicamente nuestro sumo respeto, afecto y agradecimiento por tantas y tantas deferencias suyas hacia el IVAC). Fue una efemérides que jamás olvidaremos quienes tuvimos la suerte de poderla convivir.

Inició el acto, en nombre del Magnífico Rector, la primera autoridad universitaria en Guipúzcoa, el Vicerrector José Luis de la CUESTA, quien descubrió la placa de bronce colocada en la entrada de la citada Aula Magna. “Esta placa patentiza y perpetúa –dijo el Vicerrector– la admiración y el agradecimiento de nuestra Alma Mater al insigne Profesor y Magistrado por su impar consagración a la docencia y a la justicia”. También recordaron, breve pero muy emotivamente, la señera figura del homenajeado, el Presidente Honorario del Colegio de Procuradores, Ignacio PEREZ ARREGUI-FORT, el Fiscal Jefe de la Audiencia de Guipúzcoa, Luis NAVAJAS, y el Director del Instituto Vasco de Criminología, Antonio BERISTAIN. Este reconoció que “para el IVAC-KREI, para la Facultad de Derecho donostiarra y para toda la Universidad del País Vasco, es un honor poder celebrar este solemne acto académico en memoria agradecida al Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, pues, como consta en la placa que se ha descubierto hace unos minutos, sentimos hacia él “ADMIRACION Y AGRADECIMIENTO POR SU IMPAR CONSAGRACION A LA DOCENCIA Y A LA JUSTICIA AGAPICA, FRATERNAL”.

A continuación, el Catedrático de Psiquiatría Forense de la Universidad Complutense madrileña, José Antonio GARCIA ANDRADE, a quien presentó el profesor de Medicina Legal de la UPV-EHU, Francisco ETXEBERRIA, pronunció la lección magistral sobre “Los criterios médico-forenses de la capacidad penal y civil en relación a la última modificación del Código penal”, con repetidas y atinadas citas del homenajeado profesor RUIZ VADILLO.

(Permítaseme, aunque sea entre paréntesis, manifestar mi agradecimiento a José Angel Cuerda, Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, a Francisco Etxeberria, Profesor de Medicina Legal de la UPV/EHU, a Iñaki Subijana, Magistrado de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, a Itziar Aristizabal y a Isabel Germán, por su generosa colaboración en este número extraordinario).

En esta “presentación” del *Eguzkilo* que el lector tiene en sus manos sería oportuno recordar y comentar los múltiples valores de don Enrique RUIZ VADILLO y sus tan diversas actividades académicas en las que participó dentro y fuera de nuestro Instituto. Por la parvedad de espacio, me limito a sólo un par de consideraciones que se pueden resumir en un ideal que él repetía con hondo convencimiento: “es satisfactorio vivir para darse generosa, ilimitadamente, a los demás”.

Enrique RUIZ VADILLO, Magistrado del Tribunal Constitucional, Presidente del Instituto Europeo de España, Miembro del Consejo de Redacción de numerosas revistas de las ciencias jurídicas, ex-presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Miembro de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, etcétera, falleció, en Madrid, el 16 de mayo de 1998, como había vivido: junto a su esposa, en silencio, en humildad, en paz. Como el ciudadano más “sencillo”, en terminología bíblica.

De Enrique Ruiz Vadillo merecen destacarse múltiples valores, pero ante todo la bondad creadora de su persona, el humanismo transcendente de su actividad judicial y la sabiduría innovadora de su docencia universitaria.

A él se puede aplicar la frase evangélica: “pasó haciendo el bien”. De su bondad creadora podríamos hablar largamente todas las muchísimas personas que hemos disfrutado de su cercanía, y de la de su queridísima esposa Doña Elvira ZULOAGA de RUIZ VADILLO.

Bastaba aproximarse a él, incluso aunque fuese como acusado por la justicia penal, para percibir su cálida y respetuosa acogida. Era constante zahorí del misterio y del milagro que oculta cada persona. (La palabra “milagro” se la escuché a él repetidas veces, en conversaciones íntimas; en ella introducía y transmitía contenidos de más allá de nuestros horizontes). En sus múltiples libros, artículos y conferencias recalca que la persona es un manantial sagrado (por ejemplo, en su discurso de ingreso como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en junio de 1996).

Su actividad judicial ha sido amplísima. Durante casi veinte años desempeñó el cargo de Fiscal en la Audiencia Provincial de Bilbao, con público elogio de todos los compañeros. Posteriormente, en el Ministerio de Justicia, ocupó cargos de suma responsabilidad, con total acierto, en ámbitos de Instituciones penitenciarias, de la Escuela judicial y en la Comisión de Codificación. El año 1986 fue nombrado Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en 1987 de la Sala de lo Penal y en 1994 Magistrado del Tribunal Constitucional. Sus logros en todos estos puestos le hicieron merecedor de muchas condecoraciones que avalan su cosmovisión de la justicia como búsqueda incesante e inacabable por alcanzar la verdad, la igualdad, la libertad y la paz. Por esos ideales, repetía de palabra y por escrito, merece la pena vivir y hasta ofrecer nuestras vidas. La justicia era para Enrique Ruiz Vadillo la exigencia imparable para tratar a cada persona humanamente, para trabajar en pro de un orden económico justo, la tolerancia, la igualdad de derechos y el

amor. El Derecho todo y el Derecho penal en particular han tenido para RUIZ VADILLO una nota muy específica: deben actuar a modo de una pedagogía social.

La pedagogía, la docencia, era una constante en el Maestro RUIZ VADILLO. Sus antiguos alumnos y alumnas en la Universidad de Deusto, en la Universidad del País Vasco y en la Universidad de Comillas (Madrid) siempre subrayan las inteligentes lecciones que él impartía y la dedicación ilimitada con que les obsequiaba. Sus muchos libros y sus innumerables artículos científicos son de obligada lectura para quien desea conocer el ayer, el hoy y, más aún, el mañana de la ciencia y la praxis del Derecho, de la Criminología, de la Victimología y de la Justicia en todos sus campos.

Lamento, con dolor entrañable, el fallecimiento de mi más querido amigo y maestro, tan rebosante de los valores más sagrados. Jamás olvidaremos su insistencia en que “el Derecho, sin la Etica, acaba muriendo por falta del necesario soporte que ha de tener toda norma que pretenda realizar la Justicia”.

Para terminar, permítaseme, como Director del Instituto, manifestar públicamente el profundo pesar y el cordial agradecimiento del profesorado, del personal de administración y servicios y del alumnado del IVAC-KREI al impar Maestro, Jurista, Criminólogo, Victimólogo y Miembro de Honor de este Instituto.

Antonio BERISTAIN
Miembro del Consejo de Dirección de la
Sociedad Internacional de Criminología
(marzo 1999)



Momento en que el Vicerrector del Campus de Gipuzkoa de la UPV/EHU, Ilmo. Sr. D. José Luis de la Cuesta, descubre la placa dedicada a la memoria del Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, en la sede del IVAC-KREI, en el marco del Solemne Acto de Apertura del Curso Académico 1998-99, en presencia de su esposa D^a Elvira Zuloaga, y con la asistencia de numerosas autoridades del ámbito académico y judicial. (San Sebastián, 30 octubre 1998).

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
13 - 15

ENRIQUE RUIZ VADILLO-ren OROIMENEZ AURKEZPENA

Kriminologiaren Euskal Institutoak *Eguzkiloreren* ohizkanpoko zenbaki honetan Auzitegi Konstitucionaleko magistratu eta gure Institutoko ohorezko kide izan den Enrique RUIZ VADILLO Jn. t. g.-enaren, bere neurtu ezina den adimena, eskuzabaltsuna eta ondasunarekin atsegintasunez eskeini zizkigun kolaborazio bikainak, argitartzen ditu.

Horrela, 1998-ko urriaren 30-ean, Institutoko Ekitaldi-Aretoan eskeini zitzaison omenaldi akademikoan, agindutakoa betetzen dugu. Egun horretan RUIZ VADILLO-ren Elvira ZULOAGA And. t.g.-enak bere presentziarekin ondratu zigun. (Berari lerro hauetan, publikoki gure begirune, txera eta eskertzarik handienak adierazi nahi dizkiot KREI-arekiko izan dituen hainbat eta hainbat adeitasunengatik). Elkarrekin bizitzeko zortea izan genuenak, sekula ahaztuko ez dugun eguna izan zen.

Jose Luis de la CUESTA Errektore ordeak, Errektore Jauna, Gipuzkoako lehen autoritate unibertsitarioaren izenean, ekitaldia Ekitaldi-Aretoko sarreran ipinitako brontzezko plakaren erakusketarekin hasi zuen. “Plaka honek –Errektore ordeak esandako hitzak– gure Alma Mater den Maisu eta Magistratuarekiko mirespena eta eskertza ageritu eta betikotzen ditu, bere paretu ezin den ikaskuntza eta justiziarekiko sagararengatik”. Ignacio PEREZ ARREGUI-FORT Jaunak, Prokuradore Elkargoko Burua, Luis NAVAJAS, Gipuzkoako Auzitegiko Fiskalburuak eta Antonio BERISTAIN, Kriminologiaren Euskal Institutoko Zuzendariak ere laburki, baina hunkitasunez, omentua oroitu zuten. Azken honek, zera onartu zuen “IVAC- KREI, Zuzenbide Fakultatea eta Euskal Herriko Unibertsitatearentzat ohore bat da Enrique RUIZ VADILLO Jn. t. g.-ren omenez ekintza akademiko hau ospatu ahal izatea, orain dela minutu gutxi agearian ipini den plakan jartzen duen bezala, beragatik “MIRESPENEZ ETA ESKER ONEZ IRAKASKUNTZAREN ETA ANAITASUNEZKO JUSTIZIAREN ALDE EGIN DUEN LAN PAREGABEAGATIK” sentitzen bait dugu.

Ondoren, UPV-EHU-ko Legezko Medikuntzako irakaslea den Francisco ETXE-BERRIA-k, José Antonio GARCIA ANDRADE, Madrileko Complutense Unibertsitateko Auzitegiko Psiquiatria Katedratikoa aurkeztu zuen eta honek “Zigor gaitasun eta gaitasun zibilaren irizpide medikuak eta auzitegikoak kode penalaren azken aldarazpenari dagokienean” irakasgai magistrala eman zuen, RUIZ VADILLO behin baina gehiagotan aipaturik.

(Nahiz eta parentesi artean izan, nire eskerrik beroenak adierazi nahiko nizkieke José Angel Cuerda-ri, Gasteizko Udalaren Alkatea, Francisco Etxeberria-ri, UPV/EHUko Medikuntza Legalaren Irakaslea, Iñaki Subijana-ri, Gipuzkoako Auzitegiko Magistratua, Itziar Aristizabal eta Isabel Germán-i, beren lankidetza eskuza-balarengatik ohizkampoko zenbaki).

Irakurleak bere eskuetan duen *Eguzkilore* honen aurkezpen honetan, Enrique RUIZ VADILLO-ren balio anitzak eta gure Institutoaren barruan eta kantuan parte hartutako ekintza akademikoak aipatu eta komentatu behar dira. Leku urritasunaren ondorioz, gogoeta pare bat besterik ezin dut egin, komentzimentu osoz maiz errepikatzen zuen ideia batetan laburtu daitekeena: “besteei eskuzabaltasunez eta mugarrak gabe emateko bizitza atsegina da”.

Enrique RUIZ VADILLO, Auzitegi Konstituzionaleko Magistratua, Espainiako European Institutuko Burua, Zientzia Juridikoko hainbat aldizkarien Idazketa Kontseiluko Kidea, Auzitegi Goreneko Bigarren Saileko Buru ohia, Lege-jakintza eta Legepeide Errege Akademiako Zenbaki Kidea, eta abar, 1998-ko maiatzaren 16-ean hil zen Madrilen, bizi izan zen bezala: bere emaztearen ondoan, ixiltasunean, apaltasunez, pakean. Terminologia biblikoan, herritar xehena bezala.

Enrique RUIZ VADILLO-ren balio anitz dira aipamena merezi dutenak, baina guztien artean, nabarmentzekoak dira, ontasun sortzailea, bere epai lanean izan duen gizatasuna eta irakaskuntza unibertsitarioan izan duen jakinduria berrikuntza.

Berari esaldi ebanjeliko hau esleitzea posible da: “ontasuna eginez pasa zen”. Bere gertutasunaz gozatu dugunak luze hitzegin genezake bere ontasun sortzaileaz baita RUIZ VADILLO-ren Elvira ZULOAGA emazte nahiarenaz ere.

Nahikoa zen beregana hurbiltzea, nahiz eta justizia penaleko akusatua izan, bere begirunezko eta goxotasun harrera nabaritzeko. Pertsona bakoitzak gordetzen duen mirari eta misterioaren “zahori” iraunkorra zen. (“Mirari” hitza behin baino gehiagotan entzun nion elkarritzeta minetan; bertan gure mugetatik harantz zihoa zen edukinak barneratu eta trasmititzen zituen). Bere liburu, artikulu eta hitzaldietan pertsona iturri sakraturik dela nabarmentzen da (adibidez 1996-eko ekainezan, Lege-jakintza eta Legepeide Errege Akademiako Zenbaki Kide izateko sarrera hitzaldian).

Bere epai lana oso zabala izan da. Ia hogei urtez Bilboko Probintzia Auzitegiko Fiskala izan zen, bere lankide guztien aldetik publikoki zoriondua izanez. Ondoren, Justizia Ministerioan ardura handiko postuak bete zituen, Baitegi Erakundetan, Epai Eskolan eta Kodifikazio Komisioan guztiz asmatuz. 1986-eko urtean, Auzitegi Goreneko Gizarte Saileko buru izendatu zuten, 1987-an Penal Sailean eta 1994-an Auzitegi Konstituzionaleko Magistratua. Postu hauetan izan zituen meritu guztien ondorioz kondekorazio asko jaso zituen eta hauek, egia, berdintasuna, askatasuna eta pakea eskuratzeko bilakaera bukaezina den justiziaz zuen kosmobilisioa zihurtatzen dute. Ideia horiengatik bizitza eta gure bizitza eskeintzea merezi zuela behin baino gehiagotan errepikatzen zuen bai hitzez, bai idatziz. Enrique RUIZ VADILLO-rentzat justizia, pertsona bakoitzak gizatasunez tratatzeko, orden ekonomiko justu baten alde lan egiteko, tolerantzia, eskubide eta maitasunaren berdintasunarentzako behar geldiezina da. Zuzenbide osoak eta Zuzenbide penalak bereziki, RUIZ VADILLO-rentzat, mezu zehatz bat izan dute: giza pedagogia bezala lan egitea.

Pedagogia, irakaskuntza RUIZ VADILLO Maisuan, iraunkortasun bat zen. Deustuko Unibertsitate, Euskal Herriko Unibertsitate eta Comillasoko (Madril) Unibertsitateko ikasle ohiak, berak ematen zituen ikasgaien ezagumena eta oparitzen zien eskaintza mugagabea azpimarratzen dituzte. Bere liburu eta artikulu zientifiko kontaezinak, beharrezko irakurketa dira zuzenbidearen zientzia eta praxiaren Kriminologiaren, Biktimoziaren eta Justiziaren arlo guztien atzoa, gaurra eta are gehiago biharkoa, ezagutu nahi duenarentzat.

Balio sakratuz beterik zegoen nire lagun min eta maisuaren heriotza, saminez sentitzen dut. Ez dugu bere lehia ahaztuko “Zuzenbideak Etikarik gabe heriotzean bukatzen du, justizia egiteko arau guztiak behar duten sostengua bait da”.

Bukatzeko, Institutoko Zuzendari bezala, publikoki nire samina adierazteko eta irakaslego, ardularitzako eta zerbitzu pertsonal eta IVAC-KREI-eko ikasleen izenean, Maisu, Legegizon, Kriminologo, Biktimozi eta Instituto honetako ohorezko kideari eskerrak emateko baimena eskatzen dizuet.

Antonio BERISTAIN
Kriminologiaren Elkartea Internazionaleko
Zuzendaritzako Kontseiluko Kidea.
(1999-ko martxoan)



Personalidades que intervinieron en el Acto Homenaje al Magistrado Enrique Ruiz Vadillo. De izda. a dcha.: F. Etxeberria, I. Pérez Arregui-Fort, J.A. García Andrade, J.L. de la Cuesta, L. Navajas, I. Subijana y A. Beristain.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
17 - 32

LA VIDA, EL DERECHO Y LA SOCIEDAD*

Resumen: La sociedad debe ser la protagonista y destinataria del mundo jurídico y el Derecho transformarse en realidad social, para conseguir una auténtica relación de causalidad entre lo que la sociedad quiere y lo que el Derecho le devuelve. Conforme a esta afirmación, y tras manifestar la importancia de la protección a la vida y a la integridad física y moral como derechos fundamentales, se reflexiona sobre el problema del aborto, la eutanasia y los transplantes de órganos, como manifestaciones jurídicas modernas de la defensa de la vida a través del Derecho.

Laburpena: Gizartek legezko munduaren protagonista eta hartzale izan behar du, eta Zuzenbideak, errealitate sozial batetan bihurtu behar du, benetako erlazio bat egon dadin gizartek nahi duena eta Zuzenbideak itzultzen dionaren artean. Hau esan eta gero, eta bizitza eta osasun fisiko eta moralak giza eskubide bezala babestea duen garrantzia komentatu eta gero, abortua, eutanasia eta organu trasplanteei eginen zaie erreferentzia Zuzenbidearen bidez bizitza defendatzen duten manifestazio juridiko bezala harturik.

Résumé: La Société doit être la protagoniste et destinataire du monde juridique et le Droit se transformer en réalité sociale, pour atteindre une vraie relation de causalité entre ce que la société veut et ce que le Droit lui rend. D'accord avec cette affirmation, et après avoir montré l'importance de la protection à la vie et à l'intégrité physique et morale comme des droits fondamentaux, on réfléchit sur le problème de l'avortement, l'euthanasie et les greffes d'organes, comme des manifestations juridiques modernes de la défense de la vie grâce au Droit.

Summary: Society must be the protagonist and addressee of the juridical world, and Law have to turn into a social reality, to reach a real relation of causality between what the society wants and what the Law gives back to it. In accordance with this affirmation, and expressing the significance of the protection of life and moral and physical integrity as fundamental rights, it is made a reflection about the problem of the abortion, the euthanasia and the transplantation of organs, as modern juridical demonstrations of the life defence through the Law.

Palabras clave: Derecho, Sociedad, Aborto, Eutanasia, Transplante de órganos.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbidea, Gizartea, Abortua, Eutanasia, Organu Trasplantea.

Mots clef: Droit, Société, Avortement, Euthanasie, Greffes d'Organes.

Key words: Law, Society, Abortion, Euthanasia, Transplantation of Organs.

* Cfr. *Estudios Vascos de Criminología*, Mensajero, Bilbao, 1982, pp. 657-678, A. BERISTAIN (Comp.).

PRESENTACIÓN DE D. JUAN M^A VIDARTE, DECANO DEL ILTRE. COLEGIO DE ABOGADOS

Quiero agradecer a todos los que nos han acompañado en estos días, la presencia no solamente cuantitativa, sino la calidad y el interés con que se han movido en esos interesantísimos coloquios que se han hecho después de cada charla.

Finalizamos hoy este ciclo, poniendo un verdadero broche de oro, un cierre brillantísimo, como el que nos depara la presencia entre nosotros de D. Enrique Ruiz Vadillo.

D. Enrique Ruiz Vadillo en otro tiempo teniente fiscal de la Audiencia de Bilbao, de Vizcaya, que compartió con nosotros muchas singladuras jurídicas, ha dejado una huella imborrable entre todos nosotros, no solamente por su capacidad técnica, por su inteligencia, sino por su talante personal y humano verdaderamente fuera de serie, como lo dejara en aquellos que tuvieron la suerte de seguir sus lecciones en la Facultad de Ciencias Económicas de Sarrico, y como estoy seguro de que lo va dejando en todos los puestos numerosos y de enorme responsabilidad que constantemente ocupa, porque para D. Enrique Ruiz Vadillo no parece existir ciertamente límite ni en el tiempo ni en el espacio. Su producción jurídica surge constantemente en toda serie de publicaciones, es miembro de la Comisión General de Codificación, pertenece al Cuerpo Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia, ha sido nombrado miembro integrante de uno de los comités en que se divide el Consejo de Europa en Estrasburgo y, en fin, D. Enrique Ruiz Vadillo, yo estoy seguro que él comparte mi idea, no necesita ser presentado aquí, ya que él se considera y nosotros le consideramos, no solamente un bilbaíno más, sino un miembro, y muy querido, de nuestro Ilustre Colegio de Abogados.

Antes de que comience su disertación, yo me permito expresarle cordial y profundamente mi satisfacción por tenerle entre nosotros, y agradecerle muy entrañablemente la gentileza que ha tenido de venir hoy a compartir este rato con nosotros y a darnos lo que sin duda va a ser una lección magistral.

LA VIDA, EL DERECHO Y LA SOCIEDAD

Sr. Decano, señoras y señores, muy queridos amigos.

Creo que sólo puedo contestar a las palabras de nuestro queridísimo e Ilustre Decano, diciendo que la generosidad es siempre producto de la grandeza, y como nuestro Decano es un hombre de grandeza jurídica y espiritual, las consecuencias han sido esa generosidad que ha desbordado en sus palabras de presentación, en las cuales yo sólo encuentro una afirmación verdadera, y es que sí es cierto que me considero un bilbaíno más, sí es cierto que me considero muy ligado desde todos los puntos de vista a ésta para mí entrañable tierra vasca, y que por donde paso creo que voy dejando testimonio de este recuerdo, de esta gratitud y admiración por este pueblo.

Quiero agradecer infinito al profesor Beristain, y al Ilustre Colegio de Abogados, al profesor Beristain como mensajero de los deseos del Colegio, el haberme invitado a este ciclo de conferencias.

He dicho y sigo diciendo, que soy un servidor del Colegio de Abogados de Bilbao y que allá donde me necesiten, aun cuando sé que mi aportación ha de ser siempre

insignificante, estaré, porque será una forma de manifestar mi adhesión y mi cariño corporativamente al Colegio, e individualmente a todos y a cada uno de sus componentes. A ustedes, señoras y señores, que me imagino que algunos son ajenos al mundo jurídico, les agradezco infinito esta gentileza que han tenido de venir a escucharme, con el gran temor que tengo de defraudarles, y créanme que lo digo con absoluta sinceridad, no sólo porque para estar a la altura de las circunstancias habría que saber mucho más de lo que yo sé, sino también, porque sustituir a los conferenciantes que estaban invitados, los Ilustres profesores Pinatel y Ottenhof, es francamente difícil de hacer, por la gran preparación humana y jurídica de ambos.

Yo no vengo a enseñar nada, vengo a aprender, y vengo únicamente a pensar con ustedes, si me lo permiten, sobre unos problemas que probablemente son decisivos para el futuro de nuestra comunidad.

Cuando se me preguntó sobre cuál podía ser el tema de esta charla teniendo en cuenta la rúbrica general del ciclo, pensé que podíamos subtitularla “La vida, el derecho y la sociedad”, para hacer entre todos nosotros, una especie de recuento de problemas, para dejar un poco al lado los matices exclusivamente jurídicos, y para pensar de una manera más profunda, más entrañablemente social, sobre cuáles son realmente estos temas, cuáles pueden ser sus soluciones, y cuál puede ser el papel que la sociedad y el derecho hayan de representar en estas nuevas inquietudes, en estas nuevas necesidades, y en estas nuevas soluciones. Pero, no esperen afirmaciones, ni muchísimo menos dogmatismos, no soy quién para afirmar nada con rotundidad y mucho menos para dogmatizar. Les quiero decir cuáles son las dificultades que yo mismo tengo en estos momentos en relación con los problemas que les voy a plantear; algunos de los cuales se están estudiando actualmente, como el del transplante de órganos, examinando paralelamente cuáles pueden ser las soluciones óptimas, y me gustaría que si después me quieren formular Vds. objeciones, observaciones o anotaciones, recogerlas con el máximo cuidado para poderlas tener en cuenta en los trabajos que seguiremos realizando para elaborar o intentar elaborar, una regulación jurídica lo más justa posible en unos temas tan trascendentales como todos los que se refieren a la protección jurídica de la vida.

QUÉ ES EL DERECHO

¿Qué es realmente el derecho, y cuál es el papel que tiene que llevar a cabo en este orden de cosas? El derecho no es simplemente un ordenamiento, el derecho tiene que ser mucho más, el derecho tiene que ser algo así como una ilusión colectiva para llevar a cabo una tarea de justicia en la comunidad, y obsérvese, que estoy subrayando y cada vez estoy más convencido de ello, que mientras la sociedad no sea protagonista y destinataria de este mundo jurídico, habremos conseguido muy poco, y la sociedad somos todos, y en esa sociedad tenemos que estar presentes todos para provocar la generación del derecho que, si nace con este apoyo popular, nos vendrá dado después en virtud de nuestras propias exigencias y en virtud de nuestras propias inquietudes y, luego, cuando ese derecho se transforme en realidad social será un ordenamiento familiar, un ordenamiento que conocemos y queremos porque es nuestro, y entonces sí que esas normas jurídicas asumirán unas soluciones de justicia y de paz, de equilibrio y de armonía, porque habrá una auténtica relación de causalidad perfecta entre lo que la sociedad quiere y lo que el derecho le devuelve, y evitaremos ese profundo desfase

que se produce con tanta frecuencia entre las normas jurídicas y la sociedad, en definitiva, entre la norma y la vida donde en ocasiones parece como si fueran dos estamentos absolutamente distintos, como el propio Código civil que es muy perfecto, que es muy riguroso, desde el punto de vista técnico, pero que debiera ser también expresión de los verdaderos problemas y voluntad de la sociedad, del querer de esa sociedad y que permitiera naturalmente su modificación, al mismo tiempo que evolucionan las exigencias sociales, en virtud del principio de dinamicidad que debe caracterizar al Derecho.

No hay, creo yo, una justicia absoluta, ni en el tiempo ni en el espacio podemos hablar de absolutismo, la justicia es un horizonte, es un ideal, y ese horizonte y ese ideal tendrán que estar siempre encerrados en un eje de coordenadas, en un punto determinado, en un momento histórico determinado, y sólo entonces podremos calibrar lo que el Derecho es, y lo que el Derecho significa y debe ser.

En este protagonismo y en esta forma de concebir el destino de nuestra propia sociedad todos tenemos un papel, nadie debe estar ausente, nadie debe considerarse distanciado de estas inquietudes, de esta problemática y de estas soluciones. Por eso, no se deben mantener criterios cerrados, y no los voy a mantener. Voy a hablarles de unos puntos a reflexionar, a decirles un poco tímidamente cuál es la postura que en estos momentos mantengo sin perjuicio de que si en un reencuentro, para mí siempre tan grato, dentro de un año o cuando sea, pudiéramos tratar de los mismos problemas, a lo mejor les diría, señoras, señores, queridísimos amigos, yo recuerdo que en aquella época les dije aquello, y ahora les digo otra cosa, porque el pensamiento ha evolucionado, porque el pensamiento siempre tiene que estar alerta, constatando que hay nuevas inquietudes, exigencias, y que en la medida en que esas inquietudes y exigencias sean justas y sean efectivamente razonables, debemos aceptarlas, recogerlas, y asumirlas desde el punto de vista jurídico.

En mi opinión, el horizonte es enormemente positivo, soy optimista por naturaleza y pienso que debemos construir una gran sociedad, y que debemos encontrar fórmulas de entendimiento, creo que tenemos que tener una gran confianza en el Derecho, pero una gran confianza sólo cuando el Derecho sea una respuesta justa a esas exigencias.

Cuando ahora se habla de una manera insistente, y enseguida vamos a plantear el problema del aborto, de la eutanasia y de los trasplantes de órganos como manifestaciones jurídicas modernas de la defensa de la vida a través del Derecho, estimo que debemos pensar en el Derecho, sí, porque el Derecho en última instancia es un instrumento de convivencia justa y en paz, el único instrumento social posible, pero simultáneamente en unos resortes que la misma sociedad nos pueda ir facilitando y concediendo para no poner el acento sólo en el Derecho, como si el Derecho fuera una fórmula mágica para resolverlo todo. El Derecho tiene que ser algo así como la conclusión de un pensamiento, de una reflexión comunitaria que es en definitiva lo que pretendo, si ustedes me lo permiten, llevar a cabo entre todos en esta tarde.

Hay una cosa importante y es que estamos pensando en una protección jurídica y jurídica penal de estos bienes a los que me voy a referir, y fundamentalmente al bien de la vida; por eso se habla en el Derecho penal del aborto, de la eutanasia, y por eso se habla también del trasplante de órganos, lo mismo cuando se refiere a trasplantes

procedentes de cadáveres o de personas vivas. Pero el Derecho penal tiene que ser el último instrumento del ordenamiento jurídico. Llevo insistiendo, no sé si con razón o no, en que tenemos que reducir cada vez más el Derecho penal y tenemos que ir reduciendo dentro del Derecho penal las penas privativas de libertad, porque como les dije hace unos cuantos meses, lo mismo en la Facultad de Derecho de San Sebastián que en este Colegio de Abogados en que tengo ahora el honor de encontrarme ante ustedes, cuando me encontraba destinado en la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, estaba y sigo estando convencido de que desgraciadamente las penas privativas de libertad no rehabilitan, y es muy difícil que rehabiliten, por muchas razones, a pesar de los buenos propósitos. Entonces, si tenemos en cuenta estos postulados y estas afirmaciones, tenemos que pensar necesariamente que el Derecho penal debe ser el último instrumento de defensa de esta sociedad y que ha de serlo sólo con un sentido muy restrictivo.

Es lógico que ilustres pensadores como lo son Marc Ancel o Pinatel en el Derecho comparado y como dentro de la doctrina española lo son el Profesor Barbero Santos, Beristain, Rodríguez Devesa, etcétera, muestren sus inquietudes en este sentido y yo deseo que el legislador, a quien corresponde de manera inmediata llevar a cabo la importante tarea de hacer un nuevo Código penal, cuyo anteproyecto está, según noticias de prensa, ya casi definitivamente terminado desde el punto de vista técnico-jurídico, acierte a perfilar esas fórmulas de entendimiento, para que este Código penal sea más equilibrado y más armónico, y en definitiva más instrumento de justicia que lo fue el anterior no vigente y los anteriores.

Por estas razones pienso que tenemos que hacer una verdadera revolución desde el punto de vista jurídico. Creo que muchos de los que son juristas y los que, como yo, sin serlo, somos aprendices del Derecho, pero tenemos en común una inmensa ilusión puesta en un sistema más humano y más equilibrado y por ello más perfecto, estoy seguro que todos o casi todos los que estamos aquí, en tantas ocasiones nos encontramos insatisfechos del ordenamiento jurídico, aunque no debamos jamás identificar ordenamiento jurídico y Derecho, porque el Derecho es la justicia y la justicia es el ideal de armonía. Y en este orden de cosas pienso que debiéramos incluso revolucionar el principio de legalidad, y ese principio de legalidad no debiera ser otra cosa que un simple techo impuesto por la ley, en el sentido de que el Código le dijera al juez: tú, juez, tienes aquí unos resortes finales, tú no puedes llegar más allá de estos límites que son la dignidad de la persona, el equilibrio y la coherencia del sistema, pero desde ahí hacia abajo, con las normas que yo legislador te voy a dar te vas a poder mover, y cuando una persona en determinadas circunstancias ha incurrido en un determinado delito podría y debería dialogar con el juez y con la sociedad, y en ese diálogo podrían encontrarse fórmulas sustitutivas de las penas privativas de libertad, y de aquellas otras penas que sin ser privativas de libertad suponen un cierto y, muchas veces, un grave quebrantamiento del orden familiar y hasta del orden social, proponiendo el propio delincuente al juez una fórmula de purificación en sustitución de aquellos típicos instrumentos que el legislador ha utilizado, que casi, en general, en todos los Códigos penales, no son otros que las penas privativas de libertad, con las secuelas que todos nosotros sabemos, por experiencia unos y otros por el estudio y por nuestras actividades profesionales, y que traen consigo y llevan siempre anudadas consecuencias a veces irreparables.

PROTECCIÓN A LA VIDA

La protección a la vida se ha recogido en el Art. 15 de la Constitución: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”, novedad importante desde el punto de vista constitucional. Aunque ninguna Constitución española había recogido esta declaración, estimo, sin embargo, que el establecimiento de unos principios son buenos porque siguiendo la orientación del profesor Federico de Castro, los principios generales del derecho no sólo tienen, y actualmente en el título preliminar del Código civil ha quedado reflejada esta teoría, una función integradora e inspiradora de todo el ordenamiento jurídico. Este precepto situado casi en el frontispicio de nuestra Constitución: todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, tiene un valor realmente importante y verdaderamente trascendental como voy a intentar demostrar muy brevemente.

Teniendo en cuenta el valor que hoy y en el futuro ha de tener la Constitución, estimo que a su entendimiento hemos de dedicar tiempo y reflexión, lo que ahora, por razones obvias no resulta posible hacer.

En general, todos los sistemas constitucionalistas europeos han recogido declaraciones análogas, en Luxemburgo, Italia, Alemania Occidental, Noruega, Bélgica, Suecia, Portugal, etcétera, todos tienen derecho a la vida, a la integridad física y moral como uno de los elementos básicos de su personalidad. Este artículo 15, ya citado, defiende, desde luego, la existencia física de los hombres que es sin duda el derecho más primario que se puede conceder a una persona, porque sin ese derecho a la vida, y sin ese derecho a la integridad física y moral, que es el soporte en definitiva de cualquier otro derecho como dice Rodríguez Devesa, mal podemos construir un ordenamiento jurídico.

Nuestro Ilustre Decano en una de las sesiones del Senado en la última legislatura, manifestó que la pena de muerte no es útil, ni necesaria, ni para el orden jurídico, ni para la sociedad, ni para la justicia. Estas palabras no eran sino una fórmula más de luchar contra todo aquello que se opone a este principio general, que como buen jurista y como buena persona (porque humanidad, Derecho y justicia tienen que estar); eran algo así como un golpe parlamentario, como una llamada de atención para decir, “tanto queremos la vida, tanto queremos protegerla, que la vamos a tener asegurada jurídicamente por todos los costados, incluso por aquél de donde podría provenir un grave quebrantamiento según las circunstancias y según los casos, a través de la propia fuerza y de la propia coacción del Estado”.

Entonces, si de estos principios y a través de fórmulas de entendimiento y de reciprocas concesiones se ha llegado al Art. 15, creo que tenemos que obtener entre todos las consecuencias derivadas de su promulgación, en virtud de una interpretación conjunta, buscando las finalidades perseguidas.

En el Código penal español, lo mismo en el que todavía está vigente que en la reforma que se anuncia, si es que las instituciones legislativas consideran el Proyecto adecuado, y lo aprueban, se establece una protección a la vida de la que no vamos a hablar, porque es genérico y universal, así, el homicidio, asesinato, parricidio, etcétera, están en todos los códigos, formulándose sin problemas y sin contestación. Por tanto, vamos a prescindir de este tema para tratar después de un pequeño plantea-

miento general y de manera breve, de los problemas ya anunciados al comienzo de esta charla: del aborto, de la eutanasia y del trasplante de órganos.

Nos vamos a referir únicamente a estas tres instituciones porque creo que son tres problemas fundamentales y porque las soluciones aplicables son, en cierta medida, generalizables a otros muchos.

Creo que el hombre de Derecho no debe tener ninguna preocupación por someterlos a debate sino, muy al contrario, interés por su exteriorización. Estimo por consiguiente que no debe haber dificultades en su tratamiento, que no debe haber temas que haya que ocultar a nadie ni en ningún momento y en este sentido me he pronunciado muchas veces. Los problemas están ahí y con honestidad, aunque con honda preocupación, vamos a exponerlos y vamos a ver si entre todos buscamos unas fórmulas de entendimiento que en definitiva sean fórmulas de justicia. ¿Qué buscamos y con qué instrumentos contamos para llevar a cabo esta defensa de la vida? Considero que fundamentalmente con el instrumento de la sociedad. Cada vez con mayor firmeza, lo decía hace poco tiempo en un trabajo recientemente publicado en el Anuario de Derecho civil, pienso que tiene que producirse en el mundo del Derecho una aplicación de la teoría de los vasos comunicantes, mientras la sociedad no esté muy cerca del ordenamiento jurídico, mientras no lo considere rabiosamente suyo, y perdóneseme la expresión, yo creo que el Derecho no avanzará en los términos que todos queremos que avance.

PROBLEMAS DEL ABORTO

Hay que plantearse pues los problemas del aborto, de la muerte dulce sin excesivo sufrimiento, del trasplante de órganos, con una concepción amplia, moderna, realista, humana y con un enfoque que, por ser todas estas cosas, será también profundamente jurídico. Pienso que tenemos que establecer una base estructural de nuestro Derecho penal defendiendo todos estos bienes jurídicos como hace unos instantes decíamos sobre un principio pluralista en cuanto a la teleología de las penas. La finalidad perseguida por la pena no debe ser única, por eso cuando se discute el problema de la dicotomía retribución-prevención, pienso siempre que la pena es un instrumento plural que tenemos que poner al servicio paralelo de la sociedad y del individuo, y entonces serían de alguna manera conseguibles los ideales, difficilmente realizable, de la reeducación y reinserción social de que habla el art. 25, 2 de nuestra Constitución, (pero ya sé que es más fácil decirlo aquí que convencer al que va a cumplir una pena de que es efectivamente cierto, que si el penado presta un cierto sentido de colaboración se pueden beneficiar la sociedad y él). La tarea tiene que ser larga y para conseguir el fin propuesto tenemos que contribuir todos, unos en un puesto, otros en otro, pero tenemos que contribuir todos de manera incondicional. Quiero decir anticipadamente que para enfrentarnos con ese problema del aborto desde un punto de vista criminológico, social, moral y humano, tenemos que profundizar y estudiar con seriedad todas las consecuencias que del mismo se derivan. Aunque el texto redactado en la Constitución, parece que lo fue con la vista puesta en el tema del aborto, porque al decir "todos tienen derecho a la vida" parece abarcar a los "nasciturus", es decir, a los concebidos no nacidos, otorgándoles también ese derecho, el tema ofrece dudas. Una aplicación práctica de esta protección se encuentra en los arts. 29 y

siguientes del Código civil desde el punto de vista jurídico privado y en relación con toda la instrumentación jurídico-penal de nuestro Código, en los artículos 411 y siguientes del Código penal. Sin embargo creo modestamente, como acabo de indicar, que la Constitución no ha resuelto el problema, porque al decir "todos" no dice nada o casi nada. ¿Quiénes son todos? Evidentemente "todos" serán las personas pero ¿quiénes son consideradas como tales? Como vemos se nos plantea el problema de si en la pura aptitud para ser persona, hay ya una persona, de cuándo se es tal y de saber cuándo la ciencia médica nos puede decir que se han cumplido las previsiones legislativas, es decir, cuándo en esa esperanza de vida hay el mínimo exigible para ser persona, cuándo en ese proyecto, en ese programa podemos realmente encontrar ya, identificar a un hombre o a una mujer. Por tanto, el problema pienso que tal vez lo tendrá que resolver el nuevo Código penal, es decir, lo tendrán que resolver en definitiva los parlamentarios con arreglo a su criterio, que habrá de ser el criterio de toda nuestra sociedad o de su mayoría.

No puedo ni debo negar mi idea de que el principio de defensa de la vida humana tiene que ser incondicionada, fundamental y básica; creo que no podemos, ni debemos poner unos límites por aquí y otros por allí, como si la vida fuera algo recortable, algo fraccionable. La vida en sí misma es algo verdaderamente grandioso. Recuerdo esa gran película "Candilejas", en la que su protagonista, hombre que daba la impresión de "agnóstico", de no creer en ninguna sobrenaturalidad, (aun cuando muchas veces el que dice no creer, realmente cree), imaginando a alguien que está por encima de todo aquel mundo que le rodea, se dirige hacia El pidiéndole un milagro y como un sencillo pregonero de las excelencias de la vida, de oír el canto de un pájaro o el simple movimiento de las hojas. Todo esto parece ridículo, pero sabemos todos los que estamos aquí que no lo es, que la vida tiene un valor enorme, un valor inmenso y yo diría, si ustedes me lo admiten, que la vida tiene un valor infinito, absoluto y que ha de ser incondicionalmente protegida.

Pero esto no está reñido, y voy a intentar brevemente exponerles a ustedes cuál es mi criterio en este sentido, para que me puedan corregir y me puedan modificar, con la idea de que los Códigos y las leyes sean flexibles y amplias y que los Tribunales de justicia, cuando se enfrentan con un problema de aborto, tengan verdaderos instrumentos para valorar la conducta de cuantos en él intervinieron. Y esto en infinidad de ocasiones, verdaderamente difíciles de valorar, por ser humanamente muy complejas, sea por una razón terapéutica, eugenésica, social, o por una razón ética o de cualquier otra naturaleza, porque la mujer ha sido víctima de una violación, porque tiene temor a perder su vida o su propia salud, porque tiene un fundado temor de que aquella criatura que va a nacer, nazca en unas condiciones desde el punto de vista físico, o desde un punto de vista psíquico verdaderamente lamentables, o por graves razones incluso económicas, puede haber un problema de ausencia total de dinero, un grave agobio familiar, y aquella mujer está horrorizada por el porvenir de la nueva criatura que va a nacer. Todo esto qué duda cabe que el Derecho lo tiene que reconocer. Si el Derecho no reconociera y valorara estas situaciones, todas, no sería humano y dejaría de ser inmediatamente auténtico Derecho. Yo les puedo decir, y en muchas ocasiones se lo he comentado al Profesor Beristain, que he sido protagonista y muchos de los ilustres y queridísimos compañeros abogados que están aquí me podrían desmentir si esto no fuera cierto, de muchas causas en las que se han impuesto penas de 5.000 pesetas de multa con arresto sustitutorio de un día en supuestos de aborto, y creo que el Tribunal

ni tiene ni debe tener jamás miedo a aplicar un estado de necesidad, allá donde el estado de necesidad se dé, o un miedo insuperable o cualquiera de las circunstancias de exención o de atenuación. Parece como si el estado de necesidad lo hubiéramos colocado ahí en el Código penal para usarlo, como si algunas veces hubiera un temor reverencial a aplicarlo. Pero si las personas que hurtan o roban están en circunstancias económicas muy difíciles, hay que valorar en toda su dimensión las circunstancias concurrentes y, si procede, aplicar la eximente. Aunque el estado de necesidad tiene muchos requisitos, hay que enfrentarse con el problema, y cuando aquellos requisitos con arreglo a la conciencia del juzgador y con arreglo a esas situaciones de la sociedad a las que hemos hecho referencia concurran, debe aplicarse, sin tener miedo al precedente, porque debemos tener la seguridad de que tantas veces cuantas se presente un problema igual o análogo se va a dar la misma solución, que será una solución humana y sin dejar de ser solución humana será también y por eso mismo una solución estrictamente jurídica. Esto es lo que acontece con el aborto, (por eso aun cuando desde el punto de vista del Derecho comparado tengo aquí recogidas las referencias a distintos sistemas, aunque por razones de tiempo iré ya reduciendo, una serie de experiencias legislativas que han descriminalizado el aborto: Suecia, Dinamarca, Gran Bretaña, La URSS, Hungría, Rumanía, Italia, Estados Unidos, a través del Tribunal Supremo, Francia que ha dejado en suspenso durante 5 años los preceptos correspondientes al aborto que castigaba penalmente, etc.), en el que algo se está commocionando, algo que está en trance de nuevos planteamientos con el deseo de buscar un nuevo enfoque, del cual pueda ser la solución más justa en virtud de esas inquietudes generalizadas desde el punto de vista social. A mi juicio la legislación tiene que mantener este principio, esencias de protección a la vida, pero debe ofrecer paralelamente unas flexibilidades de tal índole que nadie sienta preocupación por un problema que le esté pesando sobre su propia conciencia (pensemos en esta pobre mujer que si efectivamente ha abortado ha sido por necesidad o por lo que ella creía que era necesidad, lo que habrá que valorar adecuadamente). Ninguna especial preocupación han de tener los Tribunales, que cada día con unos mejores conocimientos criminológicos y con el equilibrio que les caracteriza creo yo que irán cada vez más en esta dirección para aplicar todas aquellas fórmulas jurídicas que sean adecuadas, las cuales habrán de ser muy amplias para obtener la solución que en cada caso se considere más oportuna y justa sobre la base, claro está, de los criterios que la propia ley facilite.

Hay también en este tema del aborto evidentemente un problema criminológico, como sucede siempre en el Derecho penal. Lo dice en su "Criminología" Seelig; la mujer embarazada se encuentra a veces en un ambiente que le es hostil, gravemente hostil; como consecuencia, muchas veces, de la hipocresía de la sociedad y si no estuviéramos donde estamos, entre unas personas, como decía nuestro querido Decano, tan ilustres y tan conocedoras del tema, podría parecer simple demagogia si dijéramos ahora que hay una hipocresía social que consiste en que mientras afirmamos que el valor de la vida es inmenso, que tenemos que defender la vida por encima de cualquier otra consideración, paralelamente estamos descuidando el problema de la suerte de aquella mujer y no solamente estamos descuidándolo sino que estamos realizando un reproche que pesa enormemente sobre quien lo sufre, y con él algo así como una grave censura social. Entonces ¿en qué quedamos?, si es prioritario que aquella criatura nazca, ¿vamos a rasgarnos las vestiduras porque nazca en una situación que a nosotros, sociedad o parte de la sociedad, no nos parece que sea adecuada a las circunstancias personales y familiares, muchas veces inquieridas de quien las sufre?

Esta situación de hostilidad lleva muchas veces a las mujeres embarazadas al rompimiento de esos embarazos, en virtud de una falta de capacidad para resistir la tentación al delito. Son sencillamente delincuentes, por sufrir períodos de crisis, y esta delincuencia tiene que ser tenida en cuenta en toda su dimensión, de tal manera que está comprobado criminológicamente que el aborto es un primer paso y que el segundo se produce cuando la mujer no ha tomado la decisión, la grave decisión (porque la mujer que se dispone a abortar, estoy convencido por mi muy larga vida profesional como Juez y Fiscal, que sufre, en general, un trauma muy grave) de producirse el aborto, este sentimiento de angustia puede degenerar después en un infanticidio, porque se han producido unas situaciones de tensión no superadas, verdaderamente graves.

Como conclusión estimo que tenemos que reconducir, entonces, la parte más importante del problema a la sociedad. Vamos pues a cambiar nuestro propio enfoque, nuestras estructuras, nuestros propios comportamientos, y tal vez casi sin darnos cuenta las soluciones nos vendrán dadas, pero vamos a mantener en el Código la defensa del principio de la vida con toda la flexibilidad, con todas las eximentes y atenuantes que queramos cuando sea justo que se apliquen, en función de las circunstancias concurrentes, para que aquel dique, y lo digo en el sentido más extenso de la palabra, que puede y debe ser la sentencia judicial, sea realmente la consecuencia de una reflexión honda y profunda, prioritariamente, de un problema humano. No nos angustiemos demasiado con problemas exclusivamente de técnica jurídica, porque ésta tiene siempre que estar al servicio del hombre y de la humanidad. Tal vez una nueva reconsideración de la eximente de no exigibilidad de otra conducta, con el fin de introducirla en el nuevo Código, con las adecuadas y oportunas exigencias, pudiera ser un buen camino de solución.

Pienso, pues, que el problema hay que enfocarlo desde el punto de vista social, sobre la base de una información completa del uso de los anticonceptivos, para una utilización absolutamente responsable y un Código penal modernos de factura y de concepción muy humanas, donde se dé cabida a todas las posibilidades necesarias para que el juez pueda enjuiciar, en cada caso, con plenitud de conocimiento. Esta puede ser según mi modesta opinión, que someto muy gustoso a cualquier otra de ustedes, una de las soluciones factibles.

LA EUTANASIA

En segundo lugar nos encontramos con el problema de la eutanasia que quedó ya someramente expuesto al comienzo de esta charla. Quitarse la vida no es punible; por tanto, los intentos infructuosos de suicidio no se castigan. La Ley protege, sí, a quien tiene voluntad de vivir, pero no puede castigar a quien personalísimamente tiene voluntad de morir, aunque tampoco puede permanecer insensible a la problemática del suicidio, a la colaboración en el suicidio y de la muerte dulce o eutanasia.

Saben seguramente muchos de ustedes que hubo recientemente un coloquio en la televisión, en ese estupendo programa que es "La clave", en el que participó, entre otros, nuestro querido y admirado Profesor Beristain. Yo creo que partiendo del planteamiento general de ese programa hay que distinguir muchos aspectos y consideraciones, en forma análoga a como ya lo hemos hecho, por eso he procurado ser un

poco más extenso en la primera parte porque en ella pretendía algo así como establecer la hechura y base de todo el principio, para que como si fuera una especie de plantilla, pudiera de manera más breve exponer algunas ideas en torno a los problemas de la eutanasia y del trasplante de órganos.

Evidentemente hay que distinguir, en relación con la eutanasia, en principio, dos supuestos muy diversos entre sí: cuando no hay consentimiento de la víctima el acto es absolutamente rechazable, toda persona tiene derecho a vivir cualesquiera que sean sus circunstancias, su edad o sufrimientos; no podemos entrar en una especie de transplantación de criterios y de problemas de los demás, ni asumir las decisiones que no nos corresponden, ni sobre la propia finalidad del sufrimiento, ni sobre su valor sobrenatural o trascendente. Aquella persona quiere sufrir y tenemos que respetar su deseo de que sufra, y aunque esté sufriendo terriblemente y la curación sea imposible y pudiera parecer un acto conforme a derecho quitarle la vida, no lo es. No es humano ni es jurídico quitársela, es más humano, y por tanto más jurídico, respetar ese sufrimiento porque el que sufre lo quiere. El problema se plantea cuando hay un consentimiento de la víctima favorable a poner fin a su existencia y son el hombre o la mujer quienes piden el fin de esa vida que les parece trágica por el dolor y por el sufrimiento que tal vez para ellos no tenga sentido, aunque también en estos casos tengamos lógicamente que tener en cuenta los principios generales informadores de este sector del ordenamiento, porque los principios son básicos e insustituibles. En este sentido, recuerdo que un querido compañero que prestó servicios en esta Audiencia como Magistrado, Ricardo Abella, prematuramente fallecido; cuando le hicieron una serie de programas para la televisión donde se ofrecían a los telespectadores diversos casos jurídicos me llamó un día por teléfono, como en algunas otras ocasiones lo había hecho antes, ya que incluso habíamos colaborado juntos en algunas publicaciones de naturaleza jurídica, y me dijo: vamos a plantear un problema de eutanasia ¿Cuál debiera ser, a tu juicio, la solución más acertada?, y a esta manifestación de afecto y compañerismo, en una hipótesis en la que el marido da muerte a la mujer, (no recuerdo cómo, pero sí que era un caso de enfermedad grave e incurable y con grandes sufrimientos y, en el que aparecía acreditado que la mujer y el marido estaban enormemente enamorados y que la finalidad del marido no era otra que la de evitar el dolor) le contesté: a mi juicio lo que hay que hacer es buscar la solución jurídica y humanamente adecuada, pero que quede clara definitivamente la idea de que hay un principio de respeto a la vida que debemos defender, aunque el derecho no sea ni puede ser insensible a los sentimientos, a las motivaciones y que evidentemente aquel pedir una persona a otra que acabe con su vida debe dar lugar a un reconocimiento por parte del Derecho de unas circunstancias que pueden ir tan lejos como el sentido de la justicia demande, creyendo que no hay necesidad de establecer una normativa especial diciendo que se autoriza la muerte en tales y cuales casos, cuando ésta se produce sencillamente para evitar el dolor o el sufrimiento. A mi juicio, debemos decir en la Parte General del Código penal en el que hay unas fórmulas de justificación o de comprensión de aquellas conductas y que dichas fórmulas deben ser trasladables a todos los supuestos, a éste y a otros muchos, y entonces cuando vengan estas soluciones legislativas por donde y como deben venir nos encontraremos que las sentencias son no sólo ajustadas a derecho, sino también, lo que es más importante, definitivamente justas.

TRASPLANTE DE ÓRGANOS

El 23 de Marzo de este año en el periódico “El País” se lanzaba un grito de alarma: “La legalidad debe estar al servicio de la vida real, de las necesidades concretas de los seres humanos y no a la inversa”. Iñigo Alvarez de Toledo, presidente de Alfer, en un artículo publicado en dicho periódico, afirmaba que no hay por qué respetar los principios cuando éstos atentan a las necesidades de la convivencia humana. Yo me atrevería a contestar a esta interesante afirmación, si pudiera, que no tenemos que trastocar los principios, porque probablemente lo que hay es un error de planteamiento y si lo corregimos debidamente el problema desaparece; efectivamente, jamás un principio nos puede impedir, desde el punto de vista jurídico, moral y social, aportar un bien a la sociedad. Seguramente lo que ocurre en estos casos es que estamos equivocados con la formulación de ese principio. Sin duda, lo que acontece es que no hemos descubierto bien dicho principio; vamos pues a descubrirlo y descubriremos veremos cómo salen, cómo fluyen, al menos ésa es mi modesta opinión, unas soluciones que son correctas. Ese grito de alarma tiene efectivamente una legítima y profunda razón de ser, porque todos sabemos que son muchos los miles de personas que necesitando de un riñón artificial siguen viviendo, pero con una calidad de vida verdaderamente lamentable y pobre. Estas personas aspiran a un trasplante de riñón, y en estas circunstancias tenemos que examinar si el Derecho otorga o no fórmulas eficaces para que el trasplante de riñón, que es ahora el que parece que tiene unas mayores posibilidades de éxito, se realice, y que se realice dentro de una normativa de la más pura ortodoxia, o el ordenamiento jurídico está, por el contrario, poniendo límites a algo que no debe tenerlos. El problema es importante y creo que nos tiene que preocupar honda y efectivamente. En el Derecho comparado encontramos que en Francia en 1976, en la República Democrática Alemana en 1975, en Italia en 1965 y en Estados Unidos en 1968, etc., parece que han resuelto el problema, cosa que en España todavía no hemos conseguido.

En 1968 publiqué un trabajo sobre el trasplante de órganos, en el que intentaba denunciar que nuestra legislación estaba absolutamente desfasada, absolutamente superada por la realidad y que el ordenamiento jurídico tenía que ser consecuente con este problema, siendo imprescindible que se promulgara una Ley de trasplantes, pero una Ley de trasplantes eficaz para los individuos y para la sociedad y la traigo aquí en este tema general de la protección a la vida por este motivo, porque esa Ley tiene que ser ante todo defensora de la vida, y a mí me preocupa mucho el que se pueda diagnosticar una muerte para efectuar un trasplante sin las suficientes garantías para el que podemos llamar donante. Es por tanto un problema de defensa de la vida realmente serio que hay que meditar con mucha información y con mucho equilibrio.

Como todos sabemos, la técnica del trasplante se basa en un hecho decisivamente importante: la muerte es un proceso gradual a nivel celular y por tanto la capacidad de los tejidos para resistir la privación del oxígeno no es igual para todos; por tanto la muerte no es un fenómeno aplicable a todos los órganos de manera simultánea, sino sucesiva. Esta diferencia cronológica de la muerte de los distintos órganos, en relación con el cerebro que es siempre irreversible (y cuando ésta se da, parece que podemos decir que aquella persona ha fallecido) y la de los otros órganos que siguen todavía con una vida vegetativa, puramente biológica, es realmente lo que permite a la ciencia médica realizar los trasplantes con prontitud, con inmediatividad y con eficacia.

Las cifras son muy significativas; de 1969 a 1976 se realizaron en Europa 14.614 trasplantes de riñón, de los cuales, 6.307 receptores seguían viviendo con el riñón trasplantado, y a nivel mundial, en 1977, que son las últimas cifras que tengo, se hicieron 25.000 trasplantes.

Con estos datos, si se pueden realizar trasplantes y no se realizan por razones legales, si estamos privando a personas de ese beneficio, tanto en cuanto a la supervivencia como en cuanto a la calidad de vida, podremos entonces reprocharnos, como hombres del "Derecho", el que este avance no se haya dado, porque no hemos sabido preocuparnos y dar solución al problema. A mi juicio el tema es ciertamente importante y grave y merecedor de la mayor atención.

De una manera muy sintética, me atrevería a establecer las siguientes ideas:

En el trasplante de órganos de un cadáver a una persona viva el problema fundamental es el de las garantías de la muerte.

En este sentido, como ya he dicho, tengo la preocupación de que la precipitación, el buen deseo, la ilusión, el afecto, etc., puedan provocar unos trasplantes prematuros y sin tener la garantía absoluta de que la persona a quien podemos llamar donante, haya muerto. Entonces nos tenemos que colocar justo en el equilibrio, no realizar el trasplante, ni antes ni después del punto correcto, no precipitarnos para que antes no se produzca una situación de este tipo, y naturalmente tampoco esperar tanto que el trasplante no se pueda ya realizar con éxito.

Esas garantías de que la persona ha muerto se discute si deben estar en la ley o en el reglamento. Este es un problema de oportunidad, la técnica médica avanza mucho, las leyes cambian menos, son más estables y entonces parece que es conveniente que el acreditamiento de la muerte se produzca a nivel reglamentario para que la técnica pueda estar permanentemente actualizada. También se discute si tiene que ser o no el juez quien deba conceder la correspondiente autorización para el trasplante. En el Derecho comparado se discute mucho, a pesar de la gran garantía que la presencia del juez significa en todo caso, si la intervención debe o no ser judicial. En efecto, se plantea un problema que es el de la inmediatividad del juez, que cuando se le busca, por ser necesario llevar a cabo una intervención con urgencia, sea difícil, a veces, su localización en los lugares donde no hay juez de guardia. Entonces, en general, salvo en los supuestos en los que el trasplante se vaya a producir en relación con una situación de la que esté conociendo el juez como instructor de un sumario, parece que el control ha de hacerse por vía extrajudicial, a través de las Autoridades médicas, y en los casos judiciales, parece que la observación que puede hacerse sólo se refiere a si es o no indispensable y requisito "sine qua non" la autorización que nosotros creemos que sí. Pero todavía quedan otros problemas importantes cuando se trata de la extracción de un órgano de un cadáver: veamos primero el de la socialización de los cadáveres, es decir si a una persona joven, en plenitud de salud, que según la ciencia médica está en condiciones óptimas para ceder uno o varios de sus órganos, ha muerto en accidente de circulación, ¿pueden serle extraídos esos órganos? ¿Quién debe conceder la autorización? ¿La familia? ¿Qué familiares? ¿Los padres, los hermanos? ¿Podemos presumir que él, que no se ha opuesto al trasplante en un documento fechante, consiente?, pero ¿dónde se puede localizar ese documento? ¿Podemos esperar a ver si encontraremos en su domicilio alguna carta o algún documento donde aparezca el consentimien-

to o el rechazo para el trasplante? Pienso, aun cuando no tengo las ideas muy firmes en este sentido, que podría establecerse en el documento nacional de identidad un signo en virtud del cual se pudiera establecer este consentimiento para la cesión de órganos, es decir, para llevar a cabo el trasplante. Por otra parte puede pensarse en que la comunidad socialice, en cierta manera, los cadáveres, entendiendo que en estos casos no hay ya un interés jurídicamente relevante con relieve suficiente para que pueda ser protegido frente a otros intereses más destacados jurídicamente y por tanto que hay una situación de discordancia entre el bien que se va a proteger, salvar de una muerte a una persona o trasladarle a un nivel de vida mucho más alto y el que vamos a conculcar, consistente en disponer del órgano de una persona fallecida. Es verdad que puede hablarse de un derecho de la personalidad más allá de la vida de su titular, pero es también verdad que hay otro más importante que es el de salvar una vida humana o establecer un nivel de calidad de vida superior como acabamos de decir. ¿Podemos entonces modificar una serie de ideas que parecen tradicionales? Personalmente siento gran preocupación al pensar cuáles pueden ser las fórmulas y cuáles pueden ser las exigencias jurídicas de nuestro tiempo. En cuanto al problema hoy, creo que habría que empezar teniendo en cuenta la ley de penetración cultural a la que se refirió Toymbee, exigiendo en principio un consentimiento expreso. Pienso que también el hombre y la mujer tienen derecho a que se respete su cadáver y que por lo menos la afirmación contraria, en nuestra sociedad actual, no ha llegado todavía a plasmarse en unas realidades sociales sentidas por la mayor parte de sus componentes. Tal vez un enfoque distinto nos pudiera llevar a unos planteamientos más valientes que a mí en gran medida me seducen, que tienen un enorme atractivo, pero que también tienen el riesgo de conseguir un rechazo colectivo, demostrativo tal vez de que no se ha acertado en la solución que debe estar siempre enraizada en la conciencia social.

En cuanto a los trasplantes de órganos de personas vivas a otras personas también vivas, hay que exigir unos requisitos comunes para todos los trasplantes y otros especiales; es decir, que se hagan en establecimientos sanitarios previamente autorizados, que se preste al consentimiento, y aquí hay que exigir, para que el consentimiento previo sea válido, que le haya precedido una información médica adecuada al donante, (es decir, debe ser obligatorio que un equipo de médicos distinto de aquellos que van a realizar el trasplante le informen al donante sobre las consecuencias de todo orden, las seguras y las probables o posibles, derivadas del trasplante, posibilidades de que siga llevando una vida normal y posibilidades, matizando lo necesario, de que no la lleve, etc.). Sólo cuando aparezca absolutamente acreditado este conocimiento se puede llegar a la segunda fase. Es decir, sólo después de conocidas las repercusiones que el trasplante pueda tener y siempre que no atente gravemente a la salud o a la vida del donante se puede aceptar esa donación, y se puede aceptar mediante un consentimiento libre y consciente siendo, a mi juicio, al menos muy conveniente que fuera por escrito. Además aun cuando aquí hay discrepancias en la legislación comparada, parece que al donante debe exigirse la mayoría de edad o, al menos, como hacen algunas legislaciones, que tenga cumplidos los 16 años, que es hoy la edad límite para la emancipación con arreglo a lo establecido en el Código civil en la última reforma.

En cuanto a los menores, el Derecho comparado ha establecido una fórmula que me parece adecuada, por lo menos en los primeros momentos de andadura de la futura ley, que consiste en que un menor de edad no pueda ceder un órgano si no es con su propio consentimiento, el consentimiento de sus padres, y siempre además que el

donatario sea su hermano; por tanto no puede un menor donar un órgano para otra persona que no sea un hermano suyo. En todo caso, se trate de mayores o de menores, cualesquiera que sean los demás requisitos exigidos, ha de ser necesaria siempre la intervención de médicos especialistas no pertenecientes al equipo que lleva a cabo la extracción. Todavía queda otro problema que me hubiera gustado exponer y es el de la exigencia o no de gratuitad en estas cesiones. ¿Puede permitirse que en este tipo de contratos o negocios jurídicos exista precio, o tiene que exigirse siempre que el negocio jurídico sea gratuito?, es decir, ¿es imprescindible que se trate de una donación, una donación en el más absoluto y ortodoxo sentido de la palabra, como una transmisión gratuita sin ningún tipo de contraprestación?

Finalizo agradeciendo a todos las atenciones que para conmigo han tenido y especialmente al Sr. Decano por su amabilidad y cariñosa presentación. Una vez más quiero dejar expresa constancia de mi vinculación a esta tierra que considero tan mía y de la enorme satisfacción que me producen estos reencuentros con todos Ustedes.

Nota del autor. Al corregir las pruebas mecanografiadas obtenidas en la toma de la Conferencia grabada en cinta magnetofónica, he querido respetarla en todo, salvo en pequeñas modificaciones de estilo.

Unicamente como apéndice he añadido una breve nota bibliográfica de las obras y trabajos que me sirvieron para reflexionar sobre los temas a los que en este pequeño trabajo se hace referencia.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Alvarez Toledo, Iñigo: "Enfermos que esperan". Publicado en *El País*, 23 de marzo de 1979.

Alzaga Villaamil, Oscar: "La Constitución española de 1978". Comentario sistemático. Del Foro, 1978.

Ancel, Marc: "Droit pénal classique et défense sociale", en *Revue Pénal Suisse*, 1965, pág. 1 y ss.

Ancel, Marc: "Le juriste devant le criminologue". En *Anales Internacionales de Criminología*, 1973, vol. 12, nº 1 y 2, pág. 7 y ss.

Belmonte, José: "La Constitución". Texto y contexto. Prensa española.

Beristain Ipiña, Antonio: "Crisis del Derecho represivo". *Cuadernos para el diálogo* S.A. Madrid, 1977.

Beristain Ipiña, Antonio, "Matizaciones sobre el aborto", en *Vida Nueva*, nº 936 (8 junio 1974), pág. 3.

Beristain Ipiña, Antonio: "La eutanasia y los inquisidores". Carta abierta en *Triunfo*, nº 841 (10 marzo 1979), pág. 10.

Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Asuntos Constitucionales. 24 de agosto 1978, pág. 1.807. Intervención del Senador D. Juan M^a Vidarte.

D'Ocon, M^a Teresa: "Máquinas que sustituyen a los riñones" en *El País* de 23 de marzo de 1979.

García Pérez, Alfonso y Vacas, Teodoro: "Dificultades técnicas y legales para las intervenciones quirúrgicas". En *El País* de 23 marzo de 1979.

Graven, Jean: "Nuevas aportaciones en torno al problema de la "vida" y de la "muerte" y de sus incidencias jurídicas". En *Anuario de derecho penal*, 1968, pág. 231 y ss. y 435 y ss.

Hernández Gil, Antonio: *Metodología de la ciencia del Derecho*. Tres volúmenes. Ed. Uguina, Madrid 1971.

Jiménez Huerta: *Homenaje a Jiménez de Asúa*. 1970, pág. 525 y ss.

Landrove Díaz: *Política criminal del aborto*. 1976.

Rodríguez, Tomás: *Lecturas sobre la Constitución española*. I.

López Rey: "El delito de aborto en España y América Latina". *Boletín del Instituto de Derecho comparado*. México, 1961.

Martínez Val: *El sujeto pasivo en el delito de aborto*. 1957.

Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1975 a 1978.

Muñagorri, Ignacio: *Sanción penal y política criminal*. Prólogo de A. Beristain. Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. 1977.

Pinatel: *La criminología*. Spes. París. 1960.

Rodríguez Devesa, José M^a: *Derecho penal español. Parte Especial*. 7^a Ed. 1977. Y la amplia bibliografía allí recogida sobre todos los temas tratados.

Romeo Casabona, Carlos M^a: *Los trasplantes de órganos*.

Rosal, Juan del: "Aborto con resultado de muerte". En *Estudios penales*. pág. 105 y ss.

Ruiz Vadillo, Enrique: "El anteproyecto de texto constitucional y su incidencia en el campo del Derecho civil". *Documentación Jurídica* nº 17, Enero-Marzo 1978.

Ruiz Vadillo, Enrique: "Incidencia del Anteproyecto de texto Constitucional en los derechos penal y procesal penal". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 5 de marzo de 1978.

Ruiz Vadillo, Enrique: "El trasplante de órganos y el ordenamiento jurídico español". *Boletín de Información Ministerio de Justicia*, nº 777, 1968.

Tierno Galván, Enrique: "¿Qué es una Constitución?", Conferencia pronunciada en el Club siglo XXI el 14 de octubre 1977. En *Constitución, Economía y Regiones*. Ibérico europea de Ediciones. Madrid, 1978.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
33 - 54

LA REFORMA PENAL Y LA DELINCUENCIA ECONÓMICA. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR*

Resumen: Tras exponer la posición del Consejo de Europa, a través del análisis de varias de sus Recomendaciones, en orden a la delincuencia económica se subraya la dificultad de definir dicho concepto. Asimismo, se explica la proyección de este tipo de criminalidad en el Código penal de 1973, los proyectos de reforma y la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, para finalizar con una especial referencia a la protección penal del consumidor.

Laburpena: Europako Kontseiluak, Kriminalitatea arlo ekonomikoan tratatzen duen Gomendazioen analisi bat egin eta gero, kriminalitatea arlo ekonomikoan argi eta zuhur definitzeko zaitasunak azpimarratzen dira. Hau hala izanik, 1973-ko Kode penalean, eraberritze proiektuan eta 8/1983 Lege Organikoan duen proiekzioa aztertzen da. Bukatzeko, kontsumitzaileen babes penalari eginen zaio erreferentzia.

Résumé: Après avoir exposé la position du Conseil de l'Europe, en analysant quelques de ses Recommandations, en vue de la délinquance économique, on fait remarquer la difficulté de définir ce concept. De même, on explique la projection de ce genre de criminalité dans le Code Pénal de 1973, les projets de réforme et la Loi Organique 8/1983 de 25 juin, pour finir avec une spéciale référence à la protection pénale des consommateurs.

Summary: After the statement of the European Council position, through the analysis of some of this Recommendations, relating to the economical delinquency, the difficulty of define this concept is standed out. Likewise, it is explained the projection of this kind of criminality in the Penal Code of 1973, in the reform projects and the Law 8/1983 of june the 25th, and a specific reference to the penal protection of the consumers.

Palabras clave: Delincuencia Económica, Consejo de Europa, Derecho Penal, Política Penal.

Hitzik garrantzizkoenak: Lege-hauste Ekonomikoa, Europako Kontseilua, Zuzenbide Penala, Politika Penala.

Mots clef: Délinquance Économique, Conseil de l'Europe, Droit Pénal, Politique Pénale.

Key words: Economical Delinquency, European Council, Penal Law, Penal Policy.

* Cfr. *Reformas penales en el mundo de hoy*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. 25-48, A. BERISTAIN (Comp.).

I. IDEAS GENERALES

Una vez más he de manifestar mi alegría y contento por encontrarme en esta Ciudad, una de las más bellas del mundo, y en el País Vasco, en el que durante tantos años, más de veinticinco, tuve ocasión de llevar a cabo mi actividad judicial y universitaria, en los que tantas satisfacciones recibí y de los que guardo un recuerdo especialmente imborrable. También quiero expresar gratitud a los organizadores del Curso por haberme invitado a participar en ellos, lo que para mí representa un alto honor y al Profesor Beristain al que profeso, y son muchas las veces en que he tenido la oportunidad de manifestarlo, gran admiración y afecto; él es, sin duda, un buen ejemplo de armonización entre la ciencia y la humanidad. Las inquietudes que en su Departamento se materializan en una actividad que trasciende siempre de lo puramente jurídico para insertarse en lo más profundo de la persona, es algo que debe ponerse de relieve y yo lo hago con mucho gusto; y, finalmente, en este obligado capítulo de gratitudes, deseo expresar mi reconocimiento a los medios de comunicación social por su especial sensibilidad y delicadeza al tratar los temas siempre complejos del Derecho, en las varias veces en que de ellos me he ocupado y en las que han sabido exponer de tal manera lo tratado que siempre han conseguido hacer fácil lo difícil, al dar a conocer con fidelidad y acierto los problemas planteados.

En relación con el tema de esta Conferencia he pensado que lo más conveniente, teniendo en cuenta las finalidades del Curso, podía consistir en exponerles a ustedes la posición que, en orden a la delincuencia económica¹, tema de extraordinaria actualidad, mantiene el Consejo de Europa, una de las Instituciones que más está contribuyendo al desarrollo armónico del Derecho y a la Paz, construida sobre las firmes bases de la Justicia. Después trataremos de comparar estos datos con nuestra situación legal a fin de obtener las correspondientes conclusiones para terminar con una breve referencia al problema, especialmente importante, de la protección al consumidor y, finalmente, si hay lugar a ello, que para mí es siempre muy grato, escuchar las observaciones que tengan a bien hacerme.

Pero antes de entrar en los temas concretos de la Conferencia quisiera dejar constancia de algo que me parece fundamental y es el sentido de eficacia que debe acompañar al Derecho. El Derecho o es un verdadero instrumento al servicio de la convivencia, construida sobre los principios de justicia, seguridad jurídica y bien común, tríptico en el que pueden encerrarse los valores supremos que como tales proclama la Constitución, o no es nada. Creo que los juristas, y los que más modesta-

1. Con mayor extensión he tratado de la delincuencia económica en "Los delitos contra el orden socioeconómico", *Anuario de la Escuela Judicial*, 1980. En él cito una amplia bibliografía sobre el tema, a la que debo incorporar las conferencias pronunciadas en las Jornadas sobre "Los delitos económicos y la Economía de mercado", organizadas por la Confederación de Cajas de Ahorro, dirigidas por el Prof. Fuentes Quintana (Septiembre de 1981).

También quiero volver a destacar las magníficas monografías de Bajo Fernández, *Derecho penal económico*, y de Fernández Albor, *Estudios sobre la criminalidad económica*. Y en derecho comparado la excepcional obra de la Prof. Mireille Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, I Les infractions. Presses universitaires de France 1981.

También puede consultarse el trabajo de Calderón González: "Los delitos socio-económicos en el proyecto de Código español", *Anuario de la Escuela Judicial*, núm. XIII, 1980.

mente somos aprendices del Derecho, hemos pecado muchas veces de elaborar, o intentar elaborar construcciones excesivamente perfectas desde el punto de vista teórico y doctrinal, y hemos abandonado, en cambio, la preocupación básica que debe consistir en construir, detrás de cada quietud social, seria y legítima, una solución que sea directa e inmediatamente aplicable a la realidad comunitaria. Para ello es necesario que existan leyes razonables y justas y jueces independientes que, muy conocedores de la realidad social, las apliquen. En este sentido, nada mejor que recordar unas palabras del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Don Federico Carlos Sáinz de Robles², que recientemente destacó dos hechos importantes para precisar cuál es la hora de la Justicia. En primer lugar, su estabilidad, recordando la frase de Simón Bolívar pronunciada en Oruro, en 1825: la justicia sola conserva la justicia. El segundo es que, dicho en pocas palabras, el Estado que todos queremos ha decidido terminar con el mal a través del Derecho y no de otra manera y no se hará así si la institución que esencialmente lo garantiza y cubre no está estabilizada.

Y después de este amplio, pero para mí espiritualmente obligado exordio paso a desarrollar la Ponencia no sin antes destacar que la numerosísima bibliografía existente en este punto y su extraordinaria calidad, demuestra claramente la sensibilidad de los penalistas ante los acontecimientos que, de verdad, interesan, como acabamos de decir, a la sociedad a la que sin duda quieren, por encima de todo, servir.

II. RECOMENDACIONES DEL CONSEJO DE EUROPA³

La Exposición que precede a la Recomendación núm. R (81), del Comité de Ministros, a los Estados miembros, sobre la criminalidad en materia económica, adoptada por el Consejo de Ministros, el 25 de junio de 1981, en el curso de la 335 reunión, puso de relieve los siguientes aspectos: 1) Que el sustancial incremento de la actividad económica en los Estados miembros y el desarrollo de las relaciones económicas internacionales, dan lugar con frecuencia a la comisión de infracciones penales. 2) Que tales infracciones perjudican a numerosas personas (socios, accionistas, asalariados, comerciantes de la competencia, clientes, acreedores), a la comunidad en su conjunto e incluso al Estado al que impone pesadas cargas financieras y al que infinge pérdidas considerables de ingresos, gravando, por consiguiente, a la economía nacional e internacional. 3) Que ocasiona una cierta pérdida de confianza en el mismo sistema económico. 4) Que crea importantes problemas jurídicos. 5) Que en una primera fase debe prevenirse este tipo de infracciones con medidas de derecho civil, comercial y administrativo que, en caso necesario, deben ser apoyadas o completadas por normas penales. 6) Que una acción eficaz contra la criminalidad en materia económica restablece el equilibrio del sistema jurisdiccional penal en relación con las infracciones comunes, fortaleciendo así la confianza del público en el funcionamiento de la justicia. 7) Que es del mayor interés para los Estados miembros del Consejo de Europa establecer principios comunes de política criminal contra esta amenaza y el mejorar rápi-

2. Rev. *Poder Judicial*, núm. 5, diciembre 1982.

3. Sobre las realizaciones del Consejo de Europa: Tsitsoura, Aglaia. "Un quart de siècle d'activités dans le domaine des problèmes criminels", Comité européen pour les problèmes criminels. Conseil de l'Europe. *Rev. Internationale de Criminologie et de Police Technique*, número 3, 1981, Génève-Lausanne.

damente la asistencia recíproca en este campo, teniendo presentes las Conclusiones de la VIII Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, celebrada en Estocolmo en 1973, y los trabajos de la XII Conferencia de Directores de Institutos de Investigación Criminológica, celebrada en Estrasburgo en 1976.

Las Recomendaciones que en concreto se formulan pueden quedar abreviadamente expuestas así:

I. Debe revisarse la legislación mercantil teniendo en cuenta la necesidad de promover por un lado un conjunto de disposiciones coherentes y completas, fácilmente comprensibles por todos los interesados y, por otra parte, un sistema jurídico suficientemente flexible como para hacer frente a la criminalidad en materia económica que pueda surgir como consecuencia de la evolución económica y tecnológica futuras.

II. 1) Debe consagrarse la mayor atención a la prevención de la criminalidad en materia económica, particularmente en lo que se refiere a capitales mínimos necesarios para el funcionamiento de las sociedades comerciales, modalidades y requisitos para la inscripción registral, contabilidad y control de las mismas, inspecciones periódicas de las sociedades por la Administración. 2) Posibilidad de confiar a una Institución (Ombudsman) la protección del público en general, pero en especial de los consumidores, contra los abusos y malversaciones perpetradas en la vida mercantil. 3) Mejorar la colaboración entre las autoridades encargadas de luchar contra esta criminalidad. 4) Información al público acerca de sus derechos y de los medios de defensa contra este tipo de criminalidad, animándoles para dirigirse a las correspondientes autoridades para obtener su protección, al mismo tiempo que debe facilitarse su acción. 5) Animando, igualmente, a las asociaciones profesionales y demás grupos de la vida mercantil a elaborar reglas de deontología.

III. 1) Deben adoptarse las medidas necesarias para facilitar el descubrimiento de las infracciones en materia económica y la puesta en marcha de acciones penales; en particular, creación de unidades de policía y de fiscalías encargadas especialmente de la lucha contra esta criminalidad, procurando a cuantos hayan de intervenir (jueces, fiscales, policías) una formación especializada, autorizando a las víctimas a presentar ellas mismas su causa o facilitando el ejercicio de la acción, debiéndose estudiar la posibilidad de que algunas asociaciones de víctimas puedan ser parte en los procesos penales. 2) Deben adoptarse las medidas necesarias para asegurar, frente a la criminalidad en materia económica, una justicia penal rápida y eficaz procurando una formación especializada de los jueces, como antes se dijo, revisando las reglas del secreto profesional, por ej. de los banqueros (donde luchan el derecho a la intimidad y el interés público, a efectos de exigir el pago de los correspondientes impuestos), colaboración de autoridades, estudiando la posibilidad de establecer la responsabilidad penal de las personas morales o, al menos, de aplicar otras medidas, respecto de la criminalidad en materia económica, que persigan fines similares, y recomendando a las autoridades responsables que eviten plazos excesivamente largos (como siempre el drama de la duración de los procesos). 3) Debe revisarse la legislación relativa a las sanciones penales aplicables a la criminalidad en materia económica con el fin de examinar las posibilidades de hacer uso apropiado de las penas privativas de libertad en los casos graves, procurando una mejor adaptación de las penas pecuniarias a la situación financiera de los delincuentes en materia económica y a la gravedad de las infracciones cometidas y buscar los medios, legislativos o de otra clase, para evitar que las penas

pecuniarias sean satisfechas por un tercero⁴, especialmente por quien se hubiera beneficiado de la infracción y establecer como pena principal la prohibición del ejercicio profesional y considerar, en los casos apropiados, como sanción penal, la indemnización a la víctima (aspecto éste sobre el que tengo, y así lo manifesté en su momento, importantes reservas).

IV. Se recomienda también a los Gobiernos de los Estados miembros la elaboración de estadísticas sobre la criminalidad en materia económica para facilitar las investigaciones criminológicas⁵ y reforzar así la prevención y represión, así como que fomenten y promuevan investigaciones sobre los factores, manifestaciones y consecuencias de la criminalidad de este tipo y sobre la eficacia de las medidas preventivas y represivas.

V. Se recomienda igualmente que se intensifique la colaboración de los Gobiernos en el ámbito internacional, firmando y ratificando Convenios europeos de asistencia recíproca que faciliten la incriminación y la represión de la criminalidad económica, examinando la oportunidad de alcanzar, en el ámbito del Consejo de Europa, una armonización más completa de las normas sobre asistencia en materia penal y delimitando el campo de aplicación de los Derechos penales nacionales en cuanto a la lucha contra la criminalidad en materia económica con objeto especialmente de revisar las leyes nacionales que limiten la asistencia recíproca.

VI. Por último se recomienda que se procure dar una amplia difusión al informe del Comité europeo para los problemas criminales (CEPC) sobre la criminalidad en materia económica.

La circunstancia, para mí tan especialmente grata, de haber tenido el honor de participar durante casi tres años, desde la iniciación hasta su final, en el Comité restringido de expertos, me permite ahora darles a conocer, acaso con un mayor conocimiento de causa, las líneas generales del informe y proyectarlo, como ya anuncié, hacia nuestra realidad social y legislativa actual y ponerme a disposición de todos para facilitarles los datos complementarios que estimen de interés si, por mi parte, dispongo de ellos.

III. LISTA DE INFRACCIONES

¿Qué debemos entender por delincuencia económica? Desde luego no es fácil establecer su concepto, ni fijar sus perfiles porque en un sentido amplio se incluirían en ella la mayor parte de las infracciones penales, y, en cambio, serían escasísimos los supuestos incorporables si se acepta un sentido restringido. El Comité de expertos dedicó muchas horas a este problema y, ante la imposibilidad de alcanzar unas conclusiones razonables, válidas y susceptibles de generalización, optó por un sistema de enumeración o lista que figura como anexo a la recomendación y en cuya breve expo-

4. Pensemos, por ej., en los delitos de contrabando cuando quien comete el delito lo hace al servicio de una empresa u organización que es, en definitiva, quien satisface la multa impuesta al autor material de la infracción.

5. Viladás Jene, Carles: "Los delitos de quiebra", en *Norma jurídica y realidad social*, 1982.

sición introductora se destaca que, teniendo en cuenta la dificultad, generalmente admitida, de definir de manera formal y precisa la criminalidad en materia económica, ha sido necesario delimitar el concepto tal como aparece en la lista de infracciones que se acompaña en relación al objeto y con referencia al daño y a la condición del autor, debiéndose advertir que las infracciones genéricas, incluidas en los números 3, 4, 9, 12, 13, 14, 15 y 16 sólo se toman en consideración cuando causen o puedan causar un daño importante, exijan de su autor conocimientos especiales del mundo de los negocios y sean perpetrados por hombres de negocios en el ejercicio de su profesión o actividad.

A la hora de fijar, a través de un criterio enumerativo, no cerrado, las principales infracciones penales en materia económica pueden, pues, utilizarse varios criterios: A) Atentados directos al orden público económico; por ej.: formación de cárteles o creación de sociedades ficticias, así como la realización de prácticas fraudulentas en determinadas situaciones y el abuso por parte de las empresas multinacionales de su posición económica. B) Atentados que podemos considerar indirectos, por ejemplo, infracciones en el campo de la informática. C) Graves violaciones en el ámbito comercial o mercantil; así la falsificación de balances o el incumplimiento de obligaciones contables⁶, fraudes respecto a la situación económica y la cifra de capital. D) Incumplimiento de leyes laborales en cuanto a la seguridad y bienestar de los empleados. E) Fraudes en perjuicio de los acreedores (quiebras, por ej.) o de los consumidores. F) Competencia desleal. G) Infracciones frente al Estado (defraudaciones fiscales, de prestaciones sociales, aduaneras, monetarias y de cambios). H) Infracciones bursátiles y bancarias, e I) Infracciones contra el medio ambiente.

Desde otro punto de vista pueden clasificarse por razón de la naturaleza o contenido de la infracción, por su gravedad, por la condición de su autor (comerciante o empresario, arts. 3 y 116 del Código de comercio), por el destinatario directo de la protección, etcétera.

En este momento nos limitaremos a enumerar las infracciones señaladas por el Consejo de Europa, con muy breves anotaciones por nuestra parte, dejando para el apartado V las concretas referencias a nuestro Derecho:

1º. Formación de cárteles. Sobre este punto se expresó, con un gran sentido práctico, la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1971 incluyendo la empresa ficticia, la sociedad de fachada y los grupos financieros.

2º. Prácticas fraudulentas y abuso por parte de las empresas multinacionales, de su posición económica⁷.

3º. Obtención fraudulenta o malversación de fondos concedidos por el Estado o por las organizaciones internacionales.

6. Blanco Campaña, Jesús: *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, 1980.

7. V. la obra colectiva bajo la dirección de Goldman y Frantestakis *L'entreprise multinationale face au droit*, y el estudio de Delmas-Marty y Tiedemann *La criminalité, le droit pénal et les multinationales*. La semaine juridique J.C.P. núm. 1, 4 enero 1979.

4º. Infracciones cometidas en el campo de la informática⁸ (por ejemplo, hurto de datos, violación de secretos, manipulación indebida de datos informáticos), debiendo destacarse en este sentido la trascendencia de este sector que traspasa con mucho el ámbito puramente económico para insertarse en el más importante de la limitación del poder y del respeto a la intimidad de las personas.

5º. Creación de sociedades ficticias a las que ya nos hemos referido anteriormente. La sociedad ficticia es, quizás, la más antigua en orden a la alteración abusiva de las estructuras sociales, supone un ente creado exclusiva y principalmente para provocar una apariencia de potencialidad económica que, en la generalidad de los casos, desemboca en una sorprendente defraudación.

6º. Falsificación del balance de una empresa o incumplimiento de las obligaciones contables. En estos casos, de inequívoca preparación, en general, para delinquir, el Derecho debe anticiparse sin esperar a que el hecho, a veces con graves e irreversibles consecuencias, se produzca.

7º. Fraudes respecto de la situación económica y la cifra de capital de las empresas, en cuya situación hay que decir lo mismo que en el número anterior.

8º. Incumplimiento de las empresas de las normas sobre seguridad y bienestar de los empleados⁹. Tal vez sea éste un sector en nuestra legislación en el que acaso por falta de realismo se han montado unas figuras delictivas sin consistencia práctica y se ha producido una casi total ineficacia.

9º. Fraudes en perjuicio de los acreedores, por ej., quiebras¹⁰ y violaciones de los derechos de propiedad intelectual o industrial.

10º. Infracciones en perjuicio de los consumidores, en particular fraudes en cuanto a la composición y la presentación de las mercancías, infracciones contra la salud pública, abuso de la debilidad o inexperiencia de los consumidores. A este tema dedicaremos un apartado especial.

11º. Competencia desleal, incluyendo el soborno de los empleados de las empresas competidoras y la publicidad engañosa¹¹.

12º. Infracciones fiscales e incumplimiento por las empresas de sus obligaciones en materia de prestaciones sociales¹².

8. Miró Nicolau, José: "Derecho e informática", *Rev. Poder Judicial*, núm. 7, junio 1983.

9. En este sentido debe citarse el trabajo del Prof. Arroyo Zapatero: "Presupuestos político-criminales de la protección penal de la seguridad del trabajo", *Revue Internationale de Droit pénal*, núm. 1, 1978.

10. Vacas Medina, Luis: "La reforma de nuestro derecho concursal", *Revista General de Derecho de Valencia*, junio-julio-agosto 1983.

11. Sobre publicidad: Santaella López, Manuel: *El delito publicitario*, Ed. Reus, 1981; y en general, las importantes aportaciones del Prof. Tallón y del Prof. Desantes entre otros.

12. En este sentido, podría hablarse de un Derecho penal del trabajo que hace muchos años fue objeto de atención por el Prof. Pérez Leñero.

13º. Infracciones aduaneras; por ej., impago de aranceles o violación de las normas sobre cupos.

14º. Infracciones monetarias y de la reglamentación de cambios incorporadas ahora en España en la Ley de control de cambios, en trance de modificación en estos días.

15º. Infracciones en materia bursátil y bancaria; por ej., manipulaciones abusivas en los mercados bursátiles y abuso de la inexperiencia del público¹³.

16º. Infracciones sobre el medio ambiente que, como más adelante veremos, han sido incorporadas, junto con las referidas a la protección del consumidor, al Código penal en la reforma de 25 de junio de este año 1983.

IV. INFORME DEL COMITÉ RESTRINGIDO¹⁴

La criminalidad económica es, en general, mucho menos perseguida que la criminalidad tradicional y, sin embargo, cuesta mucho más a la comunidad y sus víctimas son mucho más numerosas. Algunos Estados declaran que es objeto de enjuiciamiento diez veces menor y cuesta por el contrario diez veces más, aunque las estadísticas hay que reconocer que son muy imprecisas. En cuanto a los factores que generan la criminalidad en materia económica pueden ser clasificados así:

I. Factores económicos. Digamos inicialmente que no existe un tipo de delincuente en materia económica. La afirmación de Tiedemann según la que, en la práctica, cualquier persona que actúa en el mundo del comercio puede, en determinadas circunstancias, cometer un delito en materia económica, no puede ser rechazada.

1. La situación económica como factor criminógeno. Los delitos económicos pueden ser motivados por la recesión o por la prosperidad o, incluso, por simples fluctuaciones de la coyuntura económica. Las quiebras y las maniobras fraudulentas en materia de créditos son típicas infracciones de las épocas de recesión; en cambio, la creación de sociedades ficticias, la especulación, la valoración excesiva de los elementos del activo para atraer engañosamente a determinadas personas son manifestaciones de etapas de prosperidad.

2. La intervención del Estado en algunos ámbitos es factor criminógeno. En este sentido, podemos señalar las subvenciones sin contraprestación que engendran la ten-

13. Delmas-Marty: *Droit pénal des affaires*, cit., pág 282 y ss.

14. Informe del Comité restringido sobre la criminalidad en materia económica. Presidió el Comité P.H. Bolle (Suiza); actuaron como expertos consultores Delmas-Marty (Francia) y Franzheim (R.F. Alemana), e interviniieron expertos representantes de Francia (Camus) R.F. Alemana (Wiltz), Islandia (Bjornsson), Italia (Bonomo), Liechtenstein (Stotter), Luxemburgo (Delvaus, Homan y Reilana), Portugal (Lopes Rocha), Suecia (Berg Munk y Svenson) Reino Unido (Thompson y Ware) y España (el autor de esta conferencia). La Secretaría del Comité fue desempeñada por Aglaia Tsitsoura. V. Recomendación núm. R (81) 12 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la criminalidad en materia económica, adoptada por el Consejo de Ministros el 25 de junio de 1981, en el curso de la 335 reunión de los representantes de los Ministros. Traducción de José Manuel Bretal Vázquez, Letrado de las Cortes Generales, en *Boletín de Legislación Extranjera*, 18 marzo 1983, Cortes Generales.

tación de hacer creer que los criterios abstractos impuestos se han cumplido. En este orden de cosas hay que citar como dato especialmente negativo la falta de un control riguroso de estas subvenciones. También, en general, es factor criminógeno la falta de controles adecuados en la actividad económica; por ej., en las sociedades llamadas de refugio fiscal que se crean para experimentar pérdidas que son cargadas a los socios que así pueden ver reducidos sus impuestos sobre la renta. También en un sistema fiscal incorrecto, incluido aquel que sea excesivamente progresivo, cuando un 80 por 100 o más de los beneficios son para el Estado, la incitación al fraude es especialmente fuerte.

3. Insuficiencia de controles internos. En este sentido hay que citar la contabilidad y la verificación de cuentas realizada por servicios que se suponen competentes y responsables.

4. Anonimato y complejidad de la vida económica. Tiedemann hace notar que el antiguo tipo de economía de mercado, en que proveedor y cliente entraban directamente en contacto, ha sido reemplazado por grandes empresas con complejas interdependencias. La confianza ha perdido su fuerza y el control sus efectos.

5. La forma jurídica de la empresa como factor criminógeno. La limitación de la responsabilidad es un importante factor de criminalidad, la sociedad anónima se utiliza para pequeños negocios familiares en que el administrador se identifica con la sociedad y actúa como propietario utilizando abusivamente el activo social y lo mismo puede decirse de otras modalidades societarias.

6. La influencia del capital. El capital social es el sustituto necesario de la responsabilidad individual de los comerciantes. Las empresas que disponen de fondos propios insuficientes corren un mayor riesgo de ir a la quiebra, y de arriesgar el porvenir de sus empleados, dato que unido a la inflación puede determinar que el capital social se degrade peligrosamente.

7. El sistema económico. Cada sistema económico tiene su específica delincuencia: la economía de mercado por el afán de lucro que le caracteriza, el sistema dirigista porque da lugar a nuevas formas de delincuencia como el mercado negro o la apropiación indebida de bienes públicos, entendiéndose que, a mayor intervención administrativa sobre las fuerzas del mercado, se produce un mayor aumento de la criminalidad.

8. El denominado efecto de espiral de la criminalidad económica. En las economías de mercado el delito, al proporcionar a un empresario determinadas ventajas (fraude fiscal, subvenciones oficiales, etc.), le sitúa en una posición de privilegio en relación con los competidores puesto que puede vender en mejores condiciones, lo que, a su vez, determina que también éstos se decidan a delinquir, fenómeno que se explica por la teoría psicológica del aprendizaje.

II. Factores psico-sociales. Se trata en este caso de un conjunto de comportamientos y actitudes que favorecen, de forma convergente, la criminalidad en materia económica.

1. El "medio" de los negocios. La actividad mercantil se caracteriza por la búsqueda de la eficacia, es decir, del lucro, del poder y de la máxima productividad, aunque tales elementos se combinan en proporciones diferentes según los casos y

sistemas. Ninguno de ellos es, en principio, punible pero pueden llegar a serlo si el objetivo de su logro predomina sobre cualquier otra consideración, por ej., la publicidad. De ahí el calificativo de artificial que indebidamente se da a esta delincuencia, lo que disminuye escrúpulos, si es que existen, en quienes han decidido cometerlos. Por otra parte el riesgo (proporción entre beneficio esperado y daño que, a consecuencia del delito, puede esperarse) forma parte también a veces de la actividad económica, con lo que si la moral no es capaz de frenar la ambición, y el riesgo no es, en ocasiones, demasiado fuerte por la probabilidad de escapar de la condena y aun de instalarse en el extranjero, la delincuencia económica ofrece un panorama no excesivamente optimista, en cuanto a la eficacia de la lucha contra sus diversas formas de expresión.

2. El "medio" de los empleados. A reserva del papel que puedan jugar como elementos de control o como víctimas, actúan, a veces, como factor criminógeno cuando el deseo de hacer carrera es superior a los frenos morales y sociales a los que ya nos hemos referido.

3. El "medio" de las víctimas. En general son muchos los casos en los que los perjudicados desconocen que lo son (accionistas víctimas de un balance falseado) o que, sabiéndolo, ignoran cuáles son los medios de defensa posibles (víctimas de la contaminación) o incluso que, conociéndolos, no hacen uso de ellos por lo complejo y oneroso del procedimiento.

4. La opinión pública. El calificativo de artificial de esta delincuencia, al que ya nos hemos referido, lo explica en principio todo. Para una gran parte del público y para los propios delincuentes esta criminalidad no es siempre verdadera criminalidad, teniendo en cuenta que los infractores aparecen como plenamente adaptados a la sociedad. Afortunadamente un cambio comienza, sin embargo, a manifestarse en algunos países, entre ellos el nuestro, y ejemplos claros y recientes tenemos en este sentido.

5. El "medio" forense. Todo cuanto queda dicho repercute en las actitudes y en el comportamiento de algunos de los integrantes del mundo de los Tribunales ante la criminalidad en materia económica. A ello contribuyen razones técnicas, la complejidad de este tipo de delincuencia, la existencia de pruebas periciales lentas y difíciles, las consecuencias que la condena puede producir en los empleados, etc.

6. Los procedimientos de control exteriores a la empresa (judiciales o extrajudiciales). Como ya se indicó, la necesidad de una colaboración de la policía con el Ministerio fiscal, los juzgados de instrucción, autoridades de la Administración Central, Territorial y Local (tributos, rentas, moneda, cambios), etc., pueden suponer una invasión de la intimidad de las personas, pero no cabe duda que la insuficiencia actual de los controles es uno de los factores que favorece la criminalidad en materia económica.

III. Los factores jurídicos. El ordenamiento jurídico, como consecuencia de sus imperfecciones, en especial su gran complejidad, puede ser considerado como un factor criminógeno.

1. Derecho penal interno aplicable a la actividad mercantil. Se considera que las infracciones de esta naturaleza debieran incluirse en los Códigos penales, no en leyes especiales, que las fórmulas utilizadas son muy poco precisas, que, a menudo, no se especifica el elemento intencional (dolo o culpa) y que, a menudo también, el elemen-

to material está constituido por omisiones y no por acciones. De ello deriva una imprecisión y falta de certeza de las que los delincuentes no dejan de sacar provecho, a todo lo cual hay que añadir las importantes lagunas que el Derecho penal ofrece en este aspecto.

2. Derecho penal internacional en materia económica. Su insuficiencia es tal que puede suponer una incitación al fraude. Se da la paradoja de que numerosos Estados proscriben, con penas más o menos severas, las infracciones contra la libre competencia en su propio territorio, y mientras tanto las multinacionales pueden falsear el mercado internacional por medio de acuerdos y conciertos. También se ofrecen insuficiencias en lo que respecta a la colaboración entre los Estados, así como en relación al secreto mercantil y fiscal. El Consejo de Europa ha propuesto recientemente la ampliación de la asistencia recíproca judicial y de la extradición en el ámbito de la criminalidad en materia económica. Finalmente la insuficiencia del Derecho internacional se manifiesta en la inexistencia de una legislación internacional penal aplicable a las transacciones mercantiles, cuyo caso más significativo es el del cohecho¹⁵.

V. PROYECCIÓN AL CÓDIGO VIGENTE Y A LOS PROYECTOS DE REFORMA. LA LEY DE 25 DE JUNIO DE 1983

En el Código penal vigente (en algunos aspectos modificado por la L.O. 8/1983 de 25 de junio) aparecen una serie de delitos como la estafa, la apropiación indebida, la falsedad, las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, etc., que hubieran podido utilizarse para reprimir escandalosas conductas que, a veces, han quedado impunes más que por falta de tipificación por dificultades en la investigación, por obstáculos de prueba y, acaso, por ausencia de la necesaria especialización en cuantos habían de intervenir en el descubrimiento y castigo de los correspondientes delitos. En este sentido tiene razón el Prof. Muñoz Conde¹⁶ cuando recuerda que desde hace mucho tiempo tanto la doctrina como un sector de la jurisprudencia han venido considerando que no hay ningún obstáculo para aplicar los preceptos relativos a la estafa, a la apropiación indebida o a la falsedad documental, a los supuestos de creación de sociedades de fachada, utilización indebida de capital o beneficios sociales, falsificación de balances, etc., que son los supuestos de hecho más característicos de los nuevos delitos financieros del Proyecto de 1980, citando, por vía de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1973, que no tuvo ningún inconveniente en apreciar el delito de apropiación indebida en la conducta del presidente del Consejo de administración de un banco, del que era, a su vez, único accionista, que utilizó indebidamente el capital social en perjuicio de los cuentacorrentistas e impositores, y no tuvo que hacer para ello, dice Muñoz Conde, ningún tipo de analogía “in malam partem” o cualquier otro tipo de interpretación extensiva de dudosa compatibilidad con el princi-

15. La segunda parte del Informe, referida a legislación y práctica administrativa de los Estados miembros en relación con la criminalidad en materia económica, y la tercera, en orden a la Investigación, no pueden ser tratadas por obvias razones de tiempo y extensión.

16. Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya en mayo de 1983 y de la que he dispuesto por amabilidad del Director de la Revista del Ilustre Colegio, D. Juan Daniel Barandiarán Jaca.

pio de legalidad, sino simplemente aplicar los preceptos tradicionales del Código penal vigente. No son pues, sigue diciendo, razones estrictamente jurídicas o lagunas de punibilidad las que se oponen al castigo de los llamados “delitos financieros” en el Código penal vigente y habrá que pensar, por tanto, en otros mecanismos, para o metajurídicos que condicionan en la práctica la persecución penal de tales hechos y que desde luego, concluye, no van a desaparecer porque el Proyecto de Código penal los sancione expresamente. En mi opinión es verdad que, en ocasiones, si se pudieran probar, lo que es muy difícil, determinadas conductas en el área de la delincuencia económica podrían castigarse o hubieran podido castigarse con el Código penal, pero también lo es que atendiendo a la complejidad que tales actividades ofrecen es, a mi juicio, absolutamente positivo que se describan determinados tipos que por su inequivocidad merecen ya una sanción penal aunque no concurren todos los elementos correspondientes a las figuras tradicionales, a través de descripciones muy claras y precisas, en las que, a veces, es necesario adelantar el momento consumativo de la acción.

El Proyecto de 1980 incorporó en el Título VIII los delitos contra el orden socioeconómico, en los artículos 330 y 387 y fue (y creo que debiera seguir siendo) uno de los grandes pilares de la reforma, una de las razones que más ampliamente la justificaban, aunque no todo en él fuera novedad ni toda su regulación fuera perfecta, pero en la misma originalidad encontrábamos, y así lo dijimos en su momento, un verdadero símbolo del equilibrio que debe caracterizar a un Código penal.

En él se incluían, al lado de figuras que atentaban contra el orden económico (propiedad industrial, delito fiscal, insolvencias, etc.), otras que poseen, más allá de su contenido económico, una evidente significación social (delitos laborales, urbanísticos, etc.), lo que justificaba, a juicio de la Memoria que acompañó al Proyecto, la rúbrica antes indicada. El Título incluía, como hemos dicho, infracciones ya reguladas en el Código penal, aunque situándolas mejor (así el delito fiscal, las infracciones contra la propiedad industrial), o en la legislación especial (infracciones de contrabando, control de cambios, defensa de la competencia, etcétera).

En el Capítulo I se castigaba el alzamiento de bienes (que en mi opinión pudo desaparecer), la quiebra, el concurso, con dos aciertos indiscutibles: la persecución de los delitos singulares sin esperar la calificación de quiebra y la incorporación del importe de la responsabilidad civil a la masa (v. art. 34).

Capítulo II. De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores. En cuanto a la propiedad industrial, de una ley penal en blanco se pasaba a una incorporación al texto de los distintos tipos penales que figuran actualmente en la Ley de 16 de mayo de 1902, en el Estatuto de 26 de julio de 1929 y en los artículos 534, 280 y 281 del Código penal. Del delito publicitario hay que decir que incorporaba sólo aquellos comportamientos más graves en materia de infracciones publicitarias, incluyendo las falsas alegaciones sobre la naturaleza, composición, origen o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismos de inducir a grave error al consumidor. De la alteración de precios y de las prácticas restrictivas de la competencia trataba la Sección 3^a: solicitud de dádivas o promesas para no tomar parte en una subasta pública o intentar alejar de ella a los postores, etc.; intento de alterar el precio de la libre concurrencia de produc-

tos, mercancías, monedas, títulos valores, servicios, etc., problema al que muy inteligentemente se ha referido el Prof. Rodríguez Devesa, dedicando la Sección 4^a a otros delitos relativos a la regulación de mercados, aunque con expresiones excesivamente vagas e imprecisas, terminando con el tema de la utilización y descubrimiento de secretos industriales.

Capítulo III. De las infracciones de los derechos de autor, precepto penal en blanco que remitía a las leyes administrativas.

Capítulo IV. De las infracciones relativas al tráfico de medios de pago y de crédito que comprendía la letra de cambio vacía y el cheque en descubierto, las cuales, a mi juicio, sólo debieran constituir delito cuando constituyeran medio engañoso para defraudar.

Capítulo V. De los delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales, que, a mi juicio, contiene aportaciones positivas y defectos graves, porque se da la paradoja de que, en ocasiones, actuaciones que por su especial gravedad y significación debieran merecer una mayor sanción, resultan absurdamente privilegiadas, como por ej. los fraudes a la seguridad social.

Capítulo VI. De los delitos financieros. En él se elevaban a la categoría de delito las actuaciones más graves de entre las actividades societarias: utilización de sociedades de fachada en perjuicio de otros, falsa información a los socios, terceros o público, suscripciones ficticias de capital o simulación de aportaciones en especie, utilización por los administradores del capital o de los beneficios sociales, en provecho propio y perjuicio de los socios, novedades que aplaudo, pese a que, en ciertos casos, pudieran penarse a través de las actuales figuras delictivas.

Capítulo VII. Delitos contra la hacienda pública, incluyendo el delito fiscal hasta ahora inadecuadamente situado entre las falsoedades, corrigiéndose además el tratamiento de la perseguitabilidad que por mi parte he censurado reiteradamente. De otro lado se incluye la obtención ilícita de subvenciones y el cambio indebido de los fines de la subvención, tema del que, como hemos visto, se ha ocupado el Consejo de Europa.

Capítulo VIII. De los delitos relativos al control de cambios, que, como se sabe, se regulan hoy por una Ley especial, en trance, a su vez, de modificación como ya adelantamos.

Capítulo IX. De los delitos de contrabando, sobre los que también existe hoy una Ley especial.

Capítulo X. De los delitos contra la ordenación urbanística que adolecía de graves imprecisiones, lo que nunca es admisible en el campo jurídico y mucho menos en el ámbito penal, aunque su filosofía sea acertada y su orientación, en líneas generales, positiva.

Capítulo XI. Se refiere a los juegos ilícitos que no debieron figurar en este título y que en la Ley de reforma de 1983 desaparecen (apartado 25 de la exposición de motivos en relación con el último: queda sin contenido el título VI del libro II y se suprime la falta descrita en el artículo 575).

La reforma del Código penal llevada a cabo por L.O. 8/1983¹⁷, a la que acabamos de hacer referencia, ha afectado a varios delitos a los que aludimos a continuación:

Art. 346: El productor, distribuidor o comerciante que ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición y pusiere en peligro la salud de los consumidores será castigado con la pena de prisión menor y multa de 750.000 a 3.000.000 de pesetas. En la misma pena incurrirá quien con cualquier mezcla nociva a la salud alterase las bebidas o comestibles destinados al consumo público, vendiese géneros corrompidos o fabricare o vendiere objetos cuyo uso sea nocivo a la salud. Si dichos actos u omisiones se realizaren por negligencia inexcusable la pena será de arresto mayor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas.

En mi opinión, debieran haberse especificado más los supuestos, ampliándolos, y debió también eliminarse la exigencia de poner en peligro la salud de los consumidores.

Art. 348 bis a): Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, son infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas (v. también la nueva redacción del art. 427).

Art. 347 bis a): En él se tipifica el delito ecológico o contra el medio ambiente.

Finalmente la estafa que, a mi juicio, debe ser considerada, en determinadas circunstancias, como un delito contra el orden económico, es decir, incluible entre la criminalidad de cuello blanco, también ha sido modificada: se incluye una definición (art. 528), estableciéndose su punición en función no de las cuantías (salvo en la frontera entre el delito y la falta), sino de las circunstancias concurrentes (art. 528 y 529), y con una especial agravación en determinados casos. Se impondrá la pena de prisión mayor cuando concurren las circunstancias 1^a ó 7^a con la 8^a, es decir, cuando se cometa alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad, o cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación, si afecta a múltiples perjudicados (núms. 1, 7 y 8 respectivamente). Si concurren dos o más circunstancias o una sola muy calificada de las comprendidas en el artículo 529, la pena será de prisión menor; en los demás casos, si el contenido económico excede de 30.000 pesetas, la pena será de arresto mayor, y si es inferior, constituirá una falta.

Pero a pesar del extraordinario interés que la modificación ofrece, no tenemos tiempo de ocuparnos de este tema con extensión, aunque volveremos a hacer alguna breve referencia en la segunda conferencia.

VI. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL CONSUMIDOR

También en este punto el Consejo de Europa ha tenido oportunidad de manifestarse a través de la Recomendación núm. R (82) 15 del Comité de Ministros de los

17. Boletín Oficial del Estado de 27 de junio de 1983, núm. 152.

Estados miembros sobre el papel del Derecho penal en la protección de los consumidores. Dicha Recomendación tuvo como base el Informe redactado por el Comité restringido de expertos¹⁸, en el que también tuve la satisfacción y el honor de estar integrado durante todo el tiempo en que estuve constituido, y seguramente nada mejor para explicar lo que allí se estudió que trasladarles un breve resumen del mismo.

El punto de partida de la Recomendación se construye sobre las circunstancias que la hacen procedente: la necesidad de proteger la vida y la salud, así como los intereses legítimos de los consumidores, teniendo en cuenta que el desarrollo tecnológico y económico de los Estados miembros implica la producción de bienes de fabricación y de composición complejas lo que aleja al fabricante¹⁹ del consumidor y hacen difícil la protección de este último, la necesidad de establecer normas europeas para la protección de los consumidores con el fin de hacer esta protección más eficaz y de preservar al mismo tiempo la libertad de comercio y de industria y las reglas de la concurrencia, el papel esencial que corresponde a los derechos civil, mercantil o comercial y administrativo en este ámbito; que el Derecho penal es, a menudo, llamado a intervenir en él a título subsidiario, cuando los mencionados derechos se revelan inapropiados, que esta intervención creciente del Derecho penal, que va en contra de la tendencia a la descriminalización constatada en otros sectores, está justificada por la necesidad de proteger ciertos valores sociales importantes contra los atentados graves y de corregir el desequilibrio económico entre fabricantes y consumidores y que los Estados miembros del Consejo de Europa²⁰ tienen interés en establecer líneas de política criminal comunes a fin de completar la protección de los consumidores. En virtud de cuanto antecede se recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros:

1. Reconsiderar las respectivas legislaciones y la necesidad de incorporar sanciones penales en orden a las reglas de los derechos civil, mercantil y administrativo relativas a la protección de los consumidores y, en caso de que ya existan, estudiar su perfeccionamiento.

18. En el Comité participaron: F. Camus (Francia), Wilts (R.F. Alemana), T. Bjornsson (Islandia), Bonomo y M. de Stefano (Italia), H. Stotter (Liechtenstein), J. Homann, G. Reiland (Luxemburgo), M.A. Lopes Rocha (Portugal), E. Ruiz Vadillo (España), U. Berg (Suecia), P.H. Bolle (Suiza) Presidente del Comité, E. Thompson, M. Ware (Reino Unido) y Delmas-Marty (Francia) y Franzheim (R.F. Alemana) expertos consultores. Secretaria, A. Tsitsoura.

19. Por fabricante, dice el informe, entendemos tanto el productor como los intermediarios entre aquél y el consumidor (ventas al por mayor, importadores y detallistas).

20. Entre otros pueden consultarse los siguientes importantes documentos, todos ellos del Consejo de Europa: "Protection du consommateur. Education des consommateurs adultes et information du consommateur" Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1979. Idem "Consultation et participation du consommateur au sein des organes officiels et para-officiels et representation des consommateurs auprès des organismes de normalisation", Estrasburgo, 1979. "Clauses abusives dans les contrats conclus par des consommateurs et méthodes de contrôle appropriées". Resolution (76) 47 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 16 novembre 1976 et Exposé des motifs, Estrasburgo, 1977 "Les intérêts collectifs des consommateurs. Mesures permettant à des organismes publics ou privés d'assurer la protection juridique des intérêts collectifs des consommateurs dans les Etats membres du Conseil de l'Europe", Estrasburgo, 1980.

2. Examinar, en orden a perfeccionar la información de los consumidores²¹ y de facilitar su aplicación por las autoridades, la oportunidad de proceder a la codificación de las reglas penales relativas a la protección de los consumidores, haciendo que estas reglas figuren en un conjunto legislativo coherente y sistemático.

3. Estimular la elaboración, a título preventivo, de códigos de deontología, protectores de los consumidores para permitir que, al mismo tiempo, el juez en el ámbito de la libre apreciación de las pruebas pueda determinar mejor la naturaleza de la falta cometida y la responsabilidad que ha generado.

4. Crear, también a título preventivo, órganos oficiales de protección de los consumidores y estimular la creación de órganos privados con igual finalidad, así como intensificar y extender las actividades de los órganos existentes de forma que se aligeren la tarea de las autoridades penales.

5. Asegurar la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, mejorando los medios de control de las actividades económicas por las autoridades competentes (policía del comercio, del trabajo, de la higiene y otras autoridades sanitarias), haciendo, en su caso, intervenir a las autoridades penales.

6. Reconsiderar la oportunidad de introducir en las legislaciones respectivas la responsabilidad penal de las personas morales o de las instituciones que persigan los mismos fines.

7. Tomar en consideración la oportunidad de imponer la obligación legal de que cada producto peligroso lleve la indicación de quién o quiénes sean las personas responsables de su producción.

8. Reconsiderar, en su caso, la reforma de ciertas disposiciones atinentes al procedimiento penal a fin de permitir al consumidor individual, víctima de una infracción, una acción eficaz: a) Denunciando el caso a la policía, al Ministerio fiscal (donde exista) o a otras autoridades competentes con el fin de que puedan ser ejercitadas las oportunas acciones penales. b) Reclamando el derecho de participar en el proceso, con formulación, eventualmente, de conclusiones civiles, cuando la acción pública ha sido ejercitada por el Ministerio fiscal o cualquier otra autoridad encargada de la acusación. c) Ejercitando la acción penal en el caso de que el Ministerio fiscal u otra autoridad encargada de la acusación no lo haga.

21. Según los medios de comunicación, el Gobierno presentará próximamente el proyecto de defensa de los consumidores. En él se recogen los cinco derechos fundamentales definidos en 1970 por el Consejo de Europa y la Comunidad Económica europea, que son: el derecho a la información, a la salud, a la protección de los derechos económicos, a la representación y a la reparación de los daños. Tomado del periódico *El País*, del 23 de mayo de 1983, página 26.

V. también la Ley 10/1981, de 18 de noviembre, de «Estatuto del Consumidor», Gobierno Vasco. Redacción definitiva acorde con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982. Título I: Principios generales. Título II: Derechos del consumidor. Capítulo I: Derechos a la protección de su salud y seguridad. Capítulo II: Derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores. Capítulo III: Derecho a la información y educación. Capítulo IV: Derecho a crear organizaciones de consumidores y a que éstas sean oídas. Capítulo V: Derecho a la protección jurídica y a la reparación de daños. Título III: Grupos de protección especial (niños, mujeres en estado de gestación, ancianos y disminuidos en general).

9. Considerar la oportunidad de conceder, en su caso, a las asociaciones de consumidores el derecho de intervenir en el proceso penal en su nombre, permitiéndoles actuar en condiciones análogas a las de la víctima individual.

10. Examinar las sanciones penales que deban ser aplicables en el marco de la protección de los consumidores, tomando en consideración, si procede, la introducción de sanciones específicas o la utilización de las tradicionales, con nuevas modalidades de aplicación.

11. Cooperar a nivel europeo por la efectividad de las convenciones existentes y por el cambio de información sobre las respectivas legislaciones y prácticas, para una protección más completa de los derechos de los consumidores afectados por una infracción penal.

VII. CONCLUSIONES

Me parece que después de cuanto queda dicho podemos ya obtener algunas conclusiones en este orden de cosas que, por supuesto, someto muy gustoso al superior criterio de quienes tienen la amabilidad de escucharme:

1^a. Los Códigos penales han de buscar por encima de todo el equilibrio. Si el Derecho es armonía²², ninguna otra parte del ordenamiento jurídico debe serlo más que el Derecho penal. Armonía en subsumir en sus preceptos sólo las conductas que más gravemente atenten a la convivencia social, pero incluyendo todas las que tengan un análogo nivel de agresividad a la comunidad que debe gozar del derecho elemental de vivir en paz dentro de la justicia. Armonía también en el sistema de penas; es imprescindible jerarquizar los bienes jurídicos dignos de protección penal y asociar a cada uno la pena adecuada, en función de su naturaleza, con asignación de la correspondiente cuantía. Cuando el Derecho penal es únicamente un instrumento de represión de conductas que sólo cometen los desarraigados social y económicamente, no puede hablarse de justicia, y sus efectos son ampliamente desmoralizadores. Que en los Códigos penales figuren, con precisión y puntualidad, todos los quebrantamientos, cualquiera que sea su etiología y significación, si son especialmente graves, no es sólo exigencia simbólica, ni mucho menos expresión demagógica, sino una elemental imposición de la justicia.

2^a. La política penal que los Estados deben seguir no es, por consiguiente y a rajatabla, descriminalizadora. La descriminalización y la despenalización deben ser líneas de orientación del rumbo de la nave legislativa, pero, de vez en cuando, habrá que, con ayuda de la brújula para no perdernos, corregir direcciones para incorporar nuevos comportamientos como pueden serlo algunos de la llamada delincuencia económica o de cuello blanco.

3^a. La denominación “delincuencia económica” resulta hoy muy imprecisa; nadie sabe bien qué debe entenderse por tal. El sistema de enumeración demuestra la falta

22. Ruiz Vadillo, Enrique: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*, 13.^a edición, 1983-1984. Con la colaboración de Elvira Zuloaga Arteaga y prólogo del Profesor Hernández Gil. Ed. Ochoa, Logroño.

de una abrazadera única lo suficientemente fuerte que comprendiera dentro de ella una serie de comportamientos en los que se pudieran descubrir unos precisos caracteres comunes. Tal vez la idea de quebrantamiento grave de las normas que protegen el llamado orden público económico y social (y dentro de él comprendemos las relaciones laborales de tan importante incidencia en el mundo económico) y el afectar, por consiguiente y de manera directa, a la confianza en el propio sistema y a sus propias estructuras puedan ser datos de especial significación.

4^a. La imperiosa necesidad de sancionar penalmente aquellos comportamientos graves que en el área de las relaciones comerciales se producen, así como en el mundo económico en general, por ej., en relación al medio ambiente, al urbanismo y, por supuesto, al comercio y al consumo, no supone, desde luego, que haya de bajarse la guardia en relación con las exigencias del principio de legalidad²³ no sólo en cuanto a la elemental necesidad de que la conducta esté previamente tipificada como delito o, eventualmente, como falta, sino también a que la descripción sea absolutamente precisa y puntual. En otra ocasión reciente, en un Coloquio organizado por el Consejo General del Poder Judicial en el que intervínimos periodistas, profesores universitarios y magistrados, dije que el Derecho penal no puede jamás sorprender a nadie. Todo el mundo tiene el elemental derecho de saber de antemano, con toda claridad y sin titubeos, cuál es la línea que marca la separación entre la licitud y la ilicitud penal. Las imprecisiones, las ambigüedades y las abstracciones son también, en este orden de cosas, graves atentados al principio de legalidad. Acaso por ello algunas figuras que el Proyecto de Código penal de 1980 incluyó en el Título VIII, ya examinado, y relativo a los delitos contra el orden socio-económico, y cuyos principios inspiradores apoyé incondicionalmente, encontraron tantos obstáculos, aparte, desde luego, de intereses egoístas no respetables ni atendibles, en el camino hacia su conversión en ley. A varios de sus preceptos les faltaba, y así lo dije en su momento, la imprescindible precisión, exigencia básica del Derecho penal²⁴.

5^a. Una política de prevención, en éste y en cualquier campo, es fundamental. Esta política, evitadora de los delitos, creo que debiera proyectarse, en este sector, en dos grandes direcciones: por una parte estableciendo obstáculos a la aparición del delito, controles de la administración en las sociedades, exigencias mínimas a éstas para su constitución y desarrollo, capital social, registros, publicidad, intervenciones, etcétera, inspecciones de mercado, control riguroso de productos alimenticios, exigencia de etiquetas o prospectos auténticamente informativos y veraces, etc. Cuando quien tiene la tentación de delinquir encuentra demasiadas dificultades, en muchas ocasiones desiste. El segundo escalón consiste en el establecimiento de una serie de sanciones en el campo del Derecho privado (civil, mercantil y eventualmente del Derecho laboral de naturaleza compleja o mixta) y después en el Derecho administrativo con tal de que

23. Torío, Angel: "Es esencial –dice– ("Estafa de crédito y descuento punible de letras de cambio", Jornadas organizadas por la Confederación de Cajas de Ahorro, cit.), en un sentido general, para la constitución del tipo, la delimitación previa, lo más exacta posible, del bien Jurídico a que se pretende dispensar protección. La intervención del legislador penal está solamente justificada para evitar un daño a las personas o a la sociedad, como destacó correctamente Stuart Mill y recuerda insistenteamente la actual política criminal".

24. Ortego Costales, José: "El Proyecto de ley orgánica de Código penal", en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980.

éste asuma todos los principios inspiradores del penal en cuanto a su condición de sancionador o disciplinario y tanto en el aspecto sustantivo como en el procedural.

6^a. Como es bien sabido actualmente se habla mucho y se discute sobre cuál deba ser el fundamento de la pena e incluso de si puede de verdad hablarse de la culpabilidad como presupuesto del delito. En este sentido (retribución, peligrosidad, rehabilitación, etc.), creo que hay que reflexionar despacio. Aunque la idea de culpabilidad en cuanto aptitud de la persona libre de recibir un reproche social por una conducta voluntariamente realizada, pueda ser objeto de discusiones, estimo que, dentro de los parámetros y de las limitaciones que como humanos nos condicionan, no ha perdido vigencia y que tal vez todos estos fundamentos, cada uno en parte, puedan ser válidos y justificantes de las penas, especialmente en la delincuencia económica o de los negocios. Si en ésta se prescinde de manera total de la idea retribucionista y nos quedamos sólo con la peligrosidad podríamos llegar a conclusiones totalmente equivocadas, pensando que si el hecho de privar a los autores de estos delitos del instrumento o medio del que se sirvieron para delinquir (el comercio, la industria, la actividad económica, en general) es medida suficiente para evitar la recaída, sin necesidad de pena o, al menos, de pena privativa de libertad, a mi juicio sería injusto si tenemos en cuenta la necesidad de calificar de grave delincuencia, en determinados supuestos, la de naturaleza económica²⁵.

7^a. Un elemento importante que ha manejado el Consejo de Europa y que sin duda no les habrá pasado desapercibido, se refiere a la pérdida de confianza, expresión que en estas recomendaciones se utiliza refiriéndola al comercio y a la justicia. La delincuencia económica desmoraliza al consumidor (y desgraciadamente hemos sufrido experiencias recientes, trágicas y bien expresivas en este sentido) y la justicia pierde credibilidad cuando hechos muy graves no son castigados con la prontitud y ejemplaridad deseables, aunque las razones del retraso sean en estos casos la extraordinaria dificultad en la investigación, la complejidad de las pruebas y también, en muchas ocasiones, la grave carencia de medios personales y materiales.

8^a. Relacionándolo con lo que acaba de decirse, una sola palabra será más útil que muchas explicaciones. El Derecho necesita ser eficaz y hoy, en general, no lo es. Y a ello hemos de encaminarnos, uniéndonos así a la preocupación de nuestra sociedad y a la inquietud tantas veces manifestada por el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, D. Federico Carlos Sainz de Robles, y en las Conclusiones del III Congreso Extraordinario de la Magistratura celebrado en febrero de este año.

En este sentido hay que hacer referencia primero a una buena política informativa. Hay que exigir que quien vende bienes o servicios facilite al consumidor una adecuada y veraz información y así tuve ocasión de indicarlo en varios trabajos que sobre los principios informativos de la publicidad expuse hace ya varios años, y que la Administración haga conocer a los consumidores cuáles son sus derechos (y también

25. Señala Beristain (“Eficacia de las sanciones penales frente a la delincuencia económica”, Jornadas citadas) que el concepto de reeducación y/o reinserción que manejan los penalistas clásicos no es aplicable a los delincuentes de cuello blanco como tampoco su concepto de delito y/o de delinquente. Quienes entendemos por reinserción social la capacitación para vivir en sociedad sin infringir gravemente las leyes Penales, hemos de concluir que los autores de delitos económicos necesitan algo para su reinserción en sociedad para que no vuelvan a delinquir, pues su acción delictiva demuestra que sus interpretaciones desfavorables de la ley preponderan sobre sus interpretaciones favorables, es decir, que si no cambia su talante recaerán en la delincuencia.

sus obligaciones), y posteriormente, que cuando tenga que ejercitarlos, lo pueda hacer con cierta comodidad, rapidez y eficacia. Por eso creo que en este sentido es mucho más importante la reforma procesal que la sustantiva. Los fraudes, las falsoedades, las maquinaciones para alterar el precio de las cosas aparecen en todos los Códigos penales entre los delitos y las faltas. Esto no ofrece duda, lo que no está ya tan claro es que la víctima pueda reclamar sin graves dificultades. De ahí la importancia decisiva de las Asociaciones de consumidores, de las Asociaciones ocasionales de víctimas, etc., y la concesión a las mismas de una personalidad jurídica "ad hoc" para personarse como partes directamente afectadas en los procesos y unos procedimientos ágiles (lo que no supone disminución de garantías) y adecuados a la finalidad perseguida. Para entendernos, la existencia de autoridades administrativas o agentes de la autoridad de mercados, situados en lugares estratégicos que, sobre la marcha, cuando esto fuera posible (infracciones flagrantes), impusiera las correspondientes sanciones y fijara la indemnización oportuna en favor del perjudicado, con ulterior recurso en vía contencioso-administrativa, sería acaso una buena solución, salvo cuando el hecho pudiera constituir un ilícito penal en cuyo caso las actuaciones se pondrían inmediatamente a disposición del juez penal. Esto para las pequeñas infracciones.

9^a. El Consejo de Europa hace hincapié en la necesaria especialidad de las personas encargadas de la persecución y castigo de algunas de las modalidades de esta criminalidad, los grandes fraudes financieros, las graves maniobras especulativas, los abusos de poder económico, etc. A veces he visto contrapuestas las ideas de especialidad y juez natural u ordinario predeterminado por la ley y creo que la conclusión es equivocada. Lo que la Constitución manda, ésa es al menos mi opinión, es que no haya jueces no pre establecidos legalmente y por tanto que no sean designados, no importa por quién, para un asunto determinado, pero no que jueces ordinarios conozcan por razón de su especialidad determinados asuntos; por ej., sin prejuzgar por supuesto el problema y refiriéndome únicamente al tema en función de las noticias hechas públicas por los medios de comunicación social, el llamado "caso Rumasa", cuya complejidad a nadie puede pasarle desapercibida, tendrá que ser investigado y decidido por personas que a su condición policial, fiscal o judicial, unan especiales conocimientos de contabilidad, economía empresarial, etc., como sin duda lo poseerán todos cuantos intervengan.

En otro orden de cosas es fundamental que, en los supuestos de delitos cometidos a través de empresas o personas jurídicas, se delimiten bien, de arriba hacia abajo (es decir desde la cúpula empresarial, el Director o Presidente), quién o quiénes sean las personas físicas responsables²⁶.

26. Sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas me ocupé en homenaje de respeto y admiración al Prof. Antón Oneca y sobre él, equivocadas o no, tengo ideas claras: responsabilidad penal sólo puede existir en las personas físicas y lo que hay que hacer, en este sentido, como en otros muchos, es afinar la investigación sumarial con técnicas cada vez más depuradas, aunque siempre respetuosas con la dignidad humana, para descubrir qué hombres o mujeres en concreto son responsables, porque con inteligencia y voluntad actuaron delictivamente. Las personas jurídicas pueden en cambio ser destinatarias de medidas penales (disolución, cierre de establecimientos, etc.) y, en todo caso, deben responder civilmente y con carácter subsidiario, pero solidario, de las consecuencias patrimoniales del delito, daños y perjuicios causados, como consecuencia de las actividades desarrolladas aprovechándose de la institución o en beneficio de la misma. Cualquier otra solución estimo que tiene perniciosos efectos criminógenos. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1981.

10^a. Finalmente debemos señalar que en este campo resulta absolutamente indispensable la cooperación internacional. La delincuencia económica más sofisticada, y por ello mismo más peligrosa, actúa sin limitación de fronteras. Por ello sólo en función de una efectiva ayuda internacional podrán conseguirse los objetivos perseguidos por todos en orden a la prevención primero y al castigo después de este tipo de criminalidad. Está bien que se persiga toda la delincuencia, pero lo principal es luchar contra aquella que más graves y a veces irreversibles consecuencias produce.

Sólo quisiera añadir una última reflexión. Nada me parece definitivamente más importante que hacer de la vida comunitaria una aventura común, vivida con ilusión y esperanza, en búsqueda de un horizonte de paz, construida sobre la justicia y con plenitud de confianza en el buen funcionamiento de las instituciones y especialmente de cuantas hacen posible el imperio del Derecho²⁷.

27. Sáinz Cantero, José A.: "Criminología de los fraudes de alimentos", *Estudios penales y criminológicos VI* de la Universidad de Santiago de Compostela, 1983.

Octavio de Toledo E.: "Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1979.

Rodríguez Ramos, L.: "Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública", en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*. Universidad de Valencia, 1977.

LA MEDIACION PENAL

E. RUIZ VADILLO

Los movimientos de reforma pénal y en ellos deben incluir la jura de los tribunales dentro de ellos, los jueces, suponen, en general, expresiones de desconfianza de lo que está siendo reprobado claramente e instalarlos en un mundo a veces extremadamente diferente del que existe.

Este es, una paréja, la razón de que cuando un pensador asume la编纂 de la reforma, se establece parte y legítimo tiene éxito, triunfo, se le associe ya en la historia a la propia reforma o revolución que establece en la sociedad en general. Si el caso de Bentham, de Beccaria y de tantos otros como FENRIDAICH⁽¹⁾

Como de evidencia de Decidido Peral con el que continúa en sus días salientes. No se refiere a las malas y buenas leyes, la justicia se impone a uno y a otro, cumplir su fin de persuadir y educar en general, no va a servir para nada, más se destaca que sea s: mismo cosa dentro que provoca que a la vez de la Becca subienda del legislador, píkler privación de libertad, se pierda bien de manera no parece que tanto, dando bajas probabilidades y la multitud o tiene pecularias.

En las cosas aparecen bajo se denominadas como el sobre un quinto

Autógrafo de Enrique Ruiz Vadillo, "La Mediación Penal".

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
55 - 79

PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA REFORMA PENAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA MODIFICACIÓN DE 25 DE JUNIO DE 1983*

Resumen: A la hora de afrontar una reforma penal el legislador se encuentra con la dificultad del desarrollo pormenorizado de los principios en los que el Código penal debe fundamentarse: principio de legalidad, causalidad, proporcionalidad y alternatividad de las penas, finalidad rehabilitadora de las penas, protección a las víctimas, etc. Tras un análisis de dichos principios, se exponen y comentan las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma del Código penal.

Laburpena: Legelariak eraberritze penal baten aurrean Kode penalak kontutan hartu behar dituen jarraipideak garatzeko zaitasunak izaten ditu; legalitate jarraipidea, kausalitatea, propoztionalitatea, zigorren alternatibak, zigorren helburu birgaitzailea, biktimen babesea e.a. Jarraipide horien analisia egin ondoren, Kode penalaren eraberritzeari 8/1983-ko Ekainaren 25-eko Lege Organikoan barneratzten diren aldaketak komentatzen dira.

Résumé: Pour affronter une réforme pénale le législateur se trouve avec la difficulté du développement spécifique des principes dans lesquels le Droit pénal doit se fonder: le principe de légalité, de causalité, de proportionnalité et d'alternativité des peines, la finalité de réhabilitation des peines, la protection des victimes, etc. Après un analyse des ces principes, on expose et commente les changements introduits par la Loi Organique 8/1983 de 25 juin, de Réforme du Code Pénal.

Summary: On undertaking a penal reform, the legislator find the difficulty of the detailed development of the principles on which Penal Law must be based: the principle of legality, guilt, proportionality and alternativity of penalties, the rehabilitation purpose of the penalties, the victims protection... After an analysis of these principles the changes introduced by the Law 8/1983 of june the 25th, for the Penal Code Reform, are stated and expounded.

Palabras clave: Derecho Penal, Principios de Derecho penal, Penología, Legislación Penal.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Zuzenbide Penaleko Jarraipideak, Penología, Legepide Penala.

Mots clef: Droit Pénal, Principes de Droit Pénal, Pénologie, Législation Pénale.

Key words: Penal Law, Principles of Penal Law, Penology, Penal Legislation.

* Cfr. *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. 49-78, A. BERISTAIN (Comp.).

I. INTRODUCCIÓN

Como son muchas las monografías y los trabajos que al tema de los principios informadores de la reforma penal se han dedicado tanto a nivel general como referidos al Proyecto de 1980, de sobra conocidos y sobre todo teniendo en cuenta la que pienso es la principal finalidad de estos Cursos en los que creo se pretende tomar conciencia de problemas importantes que afectan a distintos sectores de las Ciencias y de la realidad social y dialogar sobre ellos, voy a pretender en esta Conferencia realizar primero un breve recuento de principios que a mi juicio debieran inspirar cualquier reforma penal general, poniendo el acento en aquellos puntos que considero más importantes, para después, en una segunda parte, hacer una referencia, también necesariamente breve, a algunos problemas que la modificación llevada a cabo el 25 de junio pasado por Ley Orgánica 8/1983 habrá de plantear y en alguno de los cuales me permitiré expresar mi modesta opinión así como ofrecer fórmulas de solución que someto de antemano y muy gustoso al mejor criterio de quienes tienen la amabilidad de escucharme.

Me parece que algo definitivamente importante en toda reforma general o total del Derecho penal debiera ser, por encima de cualquier otra consideración, tener, como señaló el Prof. del Rosal¹, un exacto conocimiento de la criminalidad y después una acentuada preocupación por la práctica. Decía del Rosal que sin aprehender la realidad con que se trafica no es hacedero combatirla de un modo humano y ejemplar. Todo el sistema de tipologías penales y de amenazas, simbolizadas en las penas y medidas de seguridad y prevención apareja un justo entendimiento de la fenomenología delictiva de un cierto país. La investigación criminológica nos proporciona el único sendero que nos conducirá al "quid" de aquélla y del sentido de realidad de cualquier reforma jurídica, y mucho más si se trata del ámbito penal; baste recordar aquella frase de Ihering con la que iniciaba su estudio sobre la reforma el ilustre Profesor y Maestro de quien tiene el honor de hablaros, según la cual un escritor jurídico que ignora la aplicación práctica de toda la materia que estudia, equivale a un artístico reloj que no está calculado para que marche.

II. PRINCIPIOS BÁSICOS DE UNA REFORMA PENAL

Por supuesto que en una Conferencia resulta prácticamente imposible hacer un cabal recuento de ideas y de principios en los que deba inspirarse una reforma penal general. No se trata, pues, de llevar a cabo un examen exhaustivo de puntos, sino más bien de un superficial repaso, por vía ejemplificativa, de aspectos de la reforma, para que luego, si hay lugar a ello, pueda haber ocasión en el Coloquio a un más amplio desarrollo de las ideas aquí expuestas con la seguridad, además, de que dejaré muchos cabos importantes sin las debidas ataduras. Es por ello por lo que voy a prescindir de un exposición inicial de principios y de la cita de las opiniones más generalizadas en este sentido porque estoy seguro que todos ustedes las conocen bien, pero sí quisiera recordar algunas de las ideas básicas que, a juicio del Prof. Barbero Santos², debieran

1. Del Rosal Fernández, Juan: *Esquema de un Anteproyecto de Código penal español*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1964.

2. Barbero Santos, Marino: *Política y Derecho penal en España*, Tucar, Madrid, 1977.

presidir la gran reforma, citando, la referencia es de 1977, el dogma del hecho y de la culpabilidad, la retribución por el hecho culpablemente cometido en cuanto proporción o límite exigido por la justicia que en cuanto tal debe constituir el fundamento de la pena y dentro de ese límite, fin fundamental a tener en cuenta es, decía Barbero Santos, la resocialización del autor, el principio de legalidad en los términos más estrictos, la eliminación de los medios inhumanos de represión como son, por ejemplo, la pena de muerte o las penas privativas de libertad que excedan de quince o veinte años; debe prescindirse, asimismo, seguía diciendo, salvo en casos muy especiales, de las de duración inferior a un año, instauración del sistema de días multa³, renuncia a convertir el Derecho penal en instrumento para la imposición de ideologías políticas o concepciones morales que impidan una organización pluralista de la sociedad, reducción amplia en el número de hechos punibles y en la gravedad de sus penas, en especial en lo que afecta a la moral, bien que encuentra, al igual que otros muchos, mejor tutela en otros ámbitos que en el penal, a algunos de los cuales se ha referido con especial autoridad y acierto el Prof. Fernández Albor⁴. Finalmente queremos destacar, a efectos de lo que luego se dirá, que, a juicio del Profesor Marino Barbero, debieran calificarse como delictivas ciertas conductas que hasta ahora no lo son, aspecto al que se refirió recientemente el ilustre Prof. Levasseur y que más adelante examinaremos⁵.

El Proyecto de 1980, en su Exposición de motivos, a mi juicio modélica, aunque no lo fuera su articulado en amplios sectores, señala como inspiración del nuevo Código la aceptación del principio según el cual el Derecho penal no debe ser instrumento de opresión en manos del grupo político dominante, resaltando que debe ser la “ultima ratio” en función del principio de intervención mínima que constituye, dice, una verdadera exigencia ética para el legislador, la moderación de las penas, el escrupuloso respeto al principio de legalidad, la concepción del delito, desde un punto de vista sustancial como lesión o efectivo peligro de bienes jurídicos, eliminando ciertos delitos formales y de desobediencia; destaca asimismo el sistema dualista de penas y medidas de seguridad, la concepción de la pena como castigo que ha de guardar proporción con la gravedad del hecho cometido y cuyo presupuesto es la culpabilidad hasta el punto de consagrarse la rotunda declaración de que “no hay pena sin culpabilidad”, la simplificación de la regulación de las penas privativas de libertad, la nueva regulación de la multa y finalmente la posibilidad de renunciarse a la ejecución e incluso a la imposición de la pena, y creo que no es arriesgado afirmar que en estas ideas generales hay una coincidencia muy amplia, lo que constituye un dato extraordinariamente positivo aunque el problema radica en que posteriormente el legislador acierte en el desarrollo pormenorizado de tales principios a reflejarlos con precisión y exactitud⁶.

3. Manzanares Samaniego, José Luis: *La pena de multa*, 1977.

4. Fernández Albor, Agustín: *Delincuencia sexual, reforma penal y despenalización: una retractatio*, Estudios penales y Criminológicos VI, Santiago de Compostela, 1983.

5. Lavilla Alsina, Landelino: Discurso pronunciado de la clausura del Coloquio sobre “El Derecho penal y la política criminal”, en *Revue Internationale de droit pénal*, número 1, 1978.

6. Ruiz Vadillo, Enrique: “La reforma penal española”, conferencia pronunciada en la Escuela de Estudios Judiciales de Lisboa (Portugal), que dirige el ilustre Magistrado D. Alvaro Brilhante Laborinho.

1. La Constitución

Son muchas las ocasiones en que me refiero a la Constitución⁷ y lo hago fundamentalmente porque creo que con sus deficiencias y lagunas, con sus innegables ambigüedades, a veces de uno u otro signo, en función de quienes la enjuician, tiene una virtud esencial que cubre todos los posibles defectos, la de ser un instrumento jurídico de entendimiento y de paz, que defiende a todas las personas frente a cualquier violación cualquiera que sea su origen y especialmente frente al posible quebrantamiento de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53). El hecho de que, en definitiva, todos los poderes públicos y los ciudadanos sepan que hay algo por encima de todos, porque el pueblo así lo ha querido y quiere, que a todos obliga y vincula, es un dato de especialísimo relieve que debemos, cada uno dentro de nuestras posibilidades, defender, ayudando a su efectiva realización que, a su vez, determinará un mayor arraigo en los sentimientos de cuantos formamos la comunidad y somos sus destinatarios.

Como dice Bueno Arús⁸, con citas de Rodríguez Devesa y Sánchez Agetsa, una de las misiones fundamentales de la ley penal es la protección de la Constitución y viceversa y uno de los cometidos constitucionales es solemnizar los principios fundamentales del ordenamiento penal y garantizar los derechos mínimos de defensa de los justiciables.

En líneas generales, siguiendo la exposición del magnífico trabajo acabado de citar del Prof. Bueno Arús y de una pequeña aportación mía al tema, podemos hacer las siguientes indicaciones: la Constitución garantiza el principio de legalidad que se apoya en la seguridad jurídica, también garantizada (art. 9.3), que, a su vez, se desarrolla más ampliamente en el art. 25.1. El respeto a la ley (art. 10.1) y el fundamental principio de igualdad (arts. 1.1; 9.2; 14), que con las adecuadas precisiones llevadas a cabo por el Tribunal Constitucional va adquiriendo poco a poco sus verdaderos perfiles, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, son también aspectos muy importantes de nuestra Ley Fundamental.

La publicidad de las normas, presupuesto de la legalidad (arts. 9.1, 91 y 96.1), el principio de irretroactividad de las leyes penales no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3), son también ideas constitucionales de directa aplicación al ordenamiento jurídico penal. En el mismo sentido de líneas maestras de orientación general e incluso de directa e inmediata aplicación se ofrecen estos principios: el tema de la extradición (art. 13.3), la supresión de la pena de muerte (art. 15), la finalidad a que han de orientarse las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad (art. 25.2), los derechos del condenado que ha de gozar de todos los derechos fundamentales a excepción de aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria, el derecho al trabajo

7. Hernández Gil, Antonio: "El ordenamiento jurídico en la Constitución española de 1978", en *La Constitución española de 1978. Un análisis comparado*, Instituto Jurídico Español, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Roma, 1982.

8. Bueno Arús, Francisco: "Las normas penales de la Constitución española de 1978", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio 1979.

Ruiz Vadillo, Enrique: "Incidencia del Anteproyecto de texto constitucional en los Derechos penal y procesal penal", en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1.124, 5 marzo 1978.

remunerado y a los beneficios de la seguridad social (arts. 35, 41, 44 y 27), las limitaciones a la pena de privación de la nacionalidad (art. 11.2), las restricciones a la potestad de indultar (art. 62), la referencia a los delitos relacionados con la protección al medio ambiente y al patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad (artículos 45 y 46), etc.

Basten, pues, estas breves referencias, sin tiempo material para su glosa, a fin de continuar la andadura por los caminos de las ideas y de los principios que debieran inspirar la reforma general de nuestro ordenamiento jurídico-penal que hay que suponer ya muy próximo.

2. El principio de legalidad

Naturalmente que no me voy a detener en el concepto y en la trascendente significación de este principio tan tradicional y que todos conocemos, pero sí quisiera recordar que asumirlo, en el sentido de que ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal y en el de que no podrá aplicarse ninguna pena que no haya sido previamente establecida por la ley, supone, como dice el Prof. Sáinz Cantero⁹, una respuesta a una pregunta importante que, desde siempre, ha tenido planteada el Derecho penal: ¿Qué debe ser considerado y castigado como delito? ¿Sólo el hecho previsto por la ley como tal o todo hecho social dañoso (atentatorio contra los valores más fundamentales) esté o no previsto por la ley como delito? Como ha escrito Mantovani y recuerda Sainz Cantero, éste es el dilema permanente y el drama político moderno del Derecho penal que oscila constantemente entre la exigencia de certeza y la exigencia de justicia, entre la garantía de la libertad individual y las necesidades de defensa social, en su continua búsqueda de un punto de equilibrio entre dos órdenes de valores, ambos esenciales para una vida civilizada.

Por mi parte, apuesto incondicionalmente por el principio de legalidad, porque nunca se defiende más y mejor a la sociedad que cuando son defendidos los individuos que la forman. La persona ha de ser el centro mismo del Derecho y a ella, de manera fundamental, han de referirse todas las defensas y protecciones. Ahora bien, en este sentido me gustaría insistir en una idea que vengo exponiendo desde hace ya muchos años: el principio de legalidad en el Derecho penal, en cuanto inspirador del ordenamiento es, a mi juicio, mucho más que cuanto queda expuesto. En líneas generales y resumiendo mucho, porque el tiempo disponible no da para más, el principio de legalidad, en mi opinión, supone lo siguiente: 1) Que sólo los actos positivos y negativos incluidos previamente en la ley, puedan ser delitos y faltas (mandato cuyo destinatario es el juez). 2) Que todos los actos que tengan análogo nivel de insolidaridad o de quebrantamiento de las más elementales normas de convivencia se incorporen a los Códigos penales (mandato que se dirige al legislador). Es decir, sólo son delitos los hechos tipificados como tales en la ley, pero para que se cumpla un elemental principio de justicia deben estar incluidos como tales todos los que tengan análogo rango de

9. Sáinz Cantero, J A.: *Lecciones de Derecho penal*, Parte General II, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 75.

atentado a las fundamentales normas de comportamiento social estructuradas en el ámbito jurídico, y 3) Que la descripción de los hechos debe aparecer tan diáfana, precisa e inequívoca como sea gramaticalmente posible. Las expresiones ambiguas, abstractas y carentes de la adecuada puntualización atentan al principio de legalidad de forma directa y frontal. En este defecto incurrió, en algunas partes, el Proyecto de 1980, por ejemplo, en el Título VIII relativo a los delitos contra el orden socio-económico y es de lamentar que fuera así porque acaso dio pie a que por razones distintas a las de su ambigüedad fuera atacado con una dureza a mi juicio excesiva.

Pero todavía al hilo de estas consideraciones me gustaría añadir algo que me parece importante. El principio de legalidad tiene, como hemos visto, su base actual en la Constitución y uno de los principios fundamentales de la misma radica en el sometimiento de todos los poderes públicos y ciudadanos a la Carta Magna y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1), y en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3). Esto quiere decir que fuera de las posibilidades que a la actuación judicial abre la propia significación del quehacer de Jueces y Tribunales y específicamente el artículo 3.1 del Código civil, el juzgador ha de actuar siempre de acuerdo con la Constitución y el ordenamiento jurídico, sin caer en la tentación de transformarse en un legislador, usando razonable y razonadamente del arbitrio que las propias leyes le atribuyen y justificando, con todas las motivaciones que sean necesarias o convenientes, el giro que a la interpretación de una norma haya de darse por imperativo de la cambiante realidad social. He ahí el difícil papel del Juez que tiene que respetar, por encima de todo, el ordenamiento jurídico buscando en el mismo y en las modificaciones de la dinámica realidad social sobre la que aquél se asienta, el principio inspirador de su actuación, sin que pueda inventarse, aun aceptada su mejor buena voluntad; soluciones alternativas cuando actúa en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho. Ahora bien, cuando la decisión del juez encuentra en la Constitución su apoyo directo, jamás se excede en su tarea de hacer concreta la abstracta voluntad de la ley, porque la Constitución es la primera de las leyes y sus mandatos y principios vinculan directamente a todos los poderes y más que a nadie a cuantos integramos el Poder judicial. Esta puede ser la razón de algunas de las críticas que se formulan a la actuación de los Jueces y Tribunales. A veces, se reprocha a una resolución judicial que no haya prescindido de determinadas exigencias formales o que se haya separado, en mayor o menor medida, del sistema normativo estimando el espectador o el actor que, de esta manera, se realizaba mejor la justicia, pero se olvida con ello (y yo comprendo o intento comprender todas las censuras) que el juez debe primariamente, como ya hemos dicho, respetar y hacer respetar la ley y que esas formalidades (que tal vez, en algunos casos, debieran desaparecer a través de la derogación de los respectivos preceptos que las mantienen, pero no por la unilateral decisión de un órgano judicial), mientras permanecen son garantía de los justiciables, de unos y de otros, de todos y de la sociedad misma, y que las desviaciones del sistema normativo en determinados supuestos, contentarían a un sector pero contrariarían a otro que verían en el desviado acto judicial un acto de rebeldía frente al orden jurídico vigente que está vivo, con plenitud de efectos, y esto es muy importante, no por la decisión del legislador de ayer que le hizo nacer, sino por la voluntad del de hoy que le mantiene y que puede, porque para eso tiene la potestad legislativa, modificarlo o derogarlo. Si el Código civil, que como sabemos nació en 1889, ha estado en vigor desde entonces a nuestros días, ha sido por las sucesivas voluntades de quienes han ostentado, durante casi un siglo, la potestad de legislar, no por el legislador de aquélla ya tan lejana época.

3. La culpabilidad

Todos sabemos que el principio de culpabilidad está siendo objeto de polémicas en las que no vamos a entrar. Pienso que es un principio absolutamente válido y que de él debemos partir. El concepto formal de culpabilidad, dice Jescheck¹⁰, comprende las características anímicas del hecho que se exigen en un ordenamiento jurídico determinado como presupuesto de la imputación subjetiva. El concepto material de culpabilidad hace referencia al fundamento en virtud del cual ciertos factores anímicos son considerados como presupuestos de la imputación subjetiva y su ausencia enerva el juicio de culpabilidad. En definitiva, como dicen los Profs. Cobo del Rosal y Vives Antón¹¹, la culpabilidad expresa la serie de condiciones que hacen que un determinado comportamiento antijurídico pueda reprocharse a su autor y de ese modo traduce la capacidad de respeto al ordenamiento jurídico del sujeto individual.

En mi opinión, y luego volveremos otra vez al tema, la culpabilidad es la condición de la persona humana que conociendo la antijuridicidad penal del hecho lo realiza libremente, sin que pueda ni deba exigirse una adecuación entre la conducta del sujeto y sus propias convicciones éticas, morales o políticas, partiendo, como hace unos momentos señalábamos, de una sociedad construida y vertebrada democráticamente que ha instaurado el imperio de la ley a través del Estado de Derecho.

En otro orden de cosas el Derecho penal debe cerrar cada vez más el círculo de los comportamientos en él incluidos con culpabilidad culposa porque, en general, debe ser suficiente instrumento de corrección el derecho administrativo en unos casos y el derecho privado (civil mercantil y laboral) en otros, siguiéndose así las acertadas orientaciones del Consejo de Europa en orden a la más adecuada política criminal, prescindiendo, desde luego, de aquellos comportamientos de dolo eventual como sucede en ocasiones con determinadas conductas relacionadas con el tráfico de vehículos de motor, con la construcción, con la elaboración de productos alimenticios, farmacéuticos y sanitarios y con los llamados delitos financieros, entre otros.

Por eso nos parece muy acertado que el Proyecto de 1980, y en esta línea hay que situar la reforma de 1983 al dar nueva redacción al artículo 1º, haya pretendido excluir, aunque no lo haya conseguido del todo ni mucho menos, los supuestos de responsabilidad objetiva, suprimiendo los preceptos de carácter general en los que anida el principio del “versari in re illicita” (pf. 3 del art. 1, art. 8 apt. 8, circunstancia 4 del art. 9 y art. 50 del Código), eliminando los delitos calificados por el resultado más grave mediante la exigencia de que, al menos, concurra culpa respecto a éste. La vigencia del principio “no hay pena sin culpabilidad” que, a mi juicio, debiera sustituirse por la expresión “no hay delito sin culpabilidad” se fortalece mediante la regulación expresa del error, institución a la que ha dedicado especial atención y con extraordinario éxito el Prof. Torío. También, como hemos dicho, el Proyecto ofrecía un catálogo cerrado de “crimina culposa”, prescindiendo de la regulación genérica de la imprudencia punible hasta ahora en vigor.

10. Citado por Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho penal*, Parte General II, pág 93.

11. Idem.

4. Relación de causalidad¹²

En mi opinión el tema de la relación de causalidad es fundamental y de su acertado tratamiento puede depender en buena parte el éxito humano del Derecho penal. El Prof. Gimbernat recogió en una magnífica monografía la problemática de este instituto y a ella nos remitimos, pero me gustaría insistir en su trascendencia. La tarea del jurista, dice el Prof. Rodríguez Devesa¹³ no consiste en indagar cuál es la causa (compleja) de un resultado que incrimina la ley, porque esto pertenece a las ciencias físicas-naturales, sino averiguar qué papel desempeña en el complejo causal un acto humano, libre (no sujeto a la necesidad), que se inserta entre los antecedentes del resultado. En mi opinión, el resultado habrá de ser siempre consecuencia natural y lógica de la acción u omisión realizada; incluso precisando más podríamos señalar que cuando no exista una correlación inequívoca entre la acción y el resultado: disparo de un arma de fuego y muerte del agredido por ejemplo, sólo habrá relación de causalidad cuando, desde un punto de vista del común sentir de las gentes o de la lógica social en cuanto a la concatenación de los acontecimientos, el resultado sea la consecuencia subjetiva/objetiva de la acción u omisión correspondiente¹⁴.

5. Proporcionalidad de las penas

La pena, como la mayor parte de las instituciones jurídicas, no responde a una única finalidad y son muchas y complejas las que en este sentido pueden citarse. De ahí la necesidad, también en este orden de cosas, de una amplia colaboración interdisciplinar: ¿Hasta qué punto ejemplarizan las penas? ¿Qué grado de intimidación o prevención general supone cada una? ¿Cuál es el grado de eficacia de las penas en orden a la reinserción o resocialización de quienes las sufren? ¿Qué penas deben sobrevivir? ¿Cuáles deben ser creadas? ¿Cuáles modificadas y en qué sentido? ¿En qué dirección se mueve hoy la sociedad, en este sentido?¹⁵.

Me temo que en este orden de cosas está todo o casi todo por hacer. Acaso esté equivocado, pero pienso que con mucha frecuencia se utilizan unas u otras penas y se fija su cuantía por la ley, un poco a golpe de intuición, sin una previa preparación científica, apoyada en encuestas y sondeos serios y responsables, que sirviera para responder de alguna manera a todas estas interrogantes. Bastaría para llegar a esta conclusión con observar despacio el Código penal. Pensemos en la pena de destierro, por ejemplo (arts. 27, 30, 32, 67, 78, 80 y 112.4). ¿De verdad es aceptable pensar que el legislador ha utilizado un criterio razonable (que nos convenciera o no es otro problema) para decidir los siete supuestos en los que se asocia esta pena a determinados delitos y los dos en que, además, se incorpora una multa? Sinceramente creo que

12. Gimbernat Ordeig, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, prólogo de Quintano Ripollés, Inst. ed. Reus.

13. Rodríguez Devesa, José María: *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, 1981, página 368.

14. Ruiz Vadillo, Enrique: *Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio de derecho a la libertad de expresión de las ideas*.

15. Ruiz Vadillo, Enrique: "La dosimetría penal en el Código español", en *Anuario de Derecho penal*, 1977.

no y me gustaría estar equivocado. He estudiado con algún detenimiento el problema y he llegado a la conclusión de que en este sentido (y la objeción es generalizable a otros ordenamientos jurídicos) falta, en general, todo principio ordenador, seriamente elaborado y desarrollado. Las Memorias que acompañan a los proyectos debieran explicar suficientemente este importante tema.

En el Código penal vigente, antes de la reforma de 1983 y en relación con los delitos, se nos ofrece, por ejemplo, el siguiente cuadro general: reclusión mayor aparece 61 veces; reclusión menor 52; la prisión mayor (y los presidios mayores reagrupados ahora) 108; la prisión menor (y el presidio menor también desaparecido por su identificación con la prisión) 245; el arresto mayor 207; las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro 20; la inhabilitación y suspensión 100; la multa 46; la representación pública 1. En materia de faltas: el arresto menor se utiliza 64 veces y la multa 52, sin que de verdad haya podido encontrar, fuera de algunas ideas informadoras (diferencia presidio-prisión, por ejemplo) una justificación científica al sistema. Y no mejor parado sale en este orden de cosas el Proyecto de 1980.

Vuelvo a repetir que a lo peor estoy equivocado, pero me temo que existe en este campo demasiada improvisación, aunque haya de reconocerse que la solución no es fácil. A mi juicio el sistema a seguir, como ya he dicho en varias ocasiones, debiera ser aproximadamente éste: 1) Fijación de cuáles deban ser las penas y medidas utilizables a través de un cuidadoso proceso de selección. 2) Duración que deba tener cada una de ellas tanto en su máximo como en el mínimo, es decir, cuantificación general. 3) Atribución, que en general debiera ser plural, de las penas y medidas más convenientes para cada tipo de infracción (coordinación entre tipología delictiva y tipología punitiva), y 4) Concreta extensión de cada una en cada supuesto delictivo (individualización legislativa en el orden cuantitativo que debe dejar un relativo amplio margen al juez).

Y para esta tarea el prelegislador necesita de la colaboración estrecha de criminólogos, médicos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos, etc. El tema es, repito, definitivamente importante y a este respecto debemos recordar los graves problemas, todavía no resueltos, que plantearía la pena de arresto de fin de semana¹⁶, que me parece muy positiva, pero que debiera ser objeto de previas y especiales consideraciones.

6. Alternatividad de las penas

Me parece que cuando la Constitución dice en su art. 25.2 que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, debió generalizar y referirse a todas las penas. En efecto, toda pena, cualquiera que sea su naturaleza, debe buscar la reinserción a la que enseguida nos referiremos y por consiguiente es bueno, como ya hemos anticipado, que al pasar de la llamada individualización legal a la judicial, se conceda al juez o tribunal un amplio arbitrio, cuyo uso debe siempre motivarse (cf. art. 120.3 CE) para que mejor pueda obtenerse ese fin, consagrado al mayor rango por la Constitución. Debe, pues, posibilitarse la existencia de una facultad de opción judicial para que pueda elegir entre dos

16. Higuera Guimerá, J. Felipe: *La pena de arresto de fin de semana. Estudios, propuestas y documentación*, Ministerio de Justicia, 1982.

o más modalidades de pena, aquella que considere más conveniente a efecto de conseguir la reeducación y rehabilitación o reinserción social como finalidad prioritaria y paralelamente la prevención general, la protección a la víctima y todo ello en el concreto contexto en que cada decisión judicial se mueve, además de mantener la presencia de aquellas instituciones que permiten la renuncia a la ejecución o incluso a la imposición misma de la pena (arts. 91 y ss. del Proyecto de 1980: suspensión del fallo, remisión condicional de la pena, sustitución de la pena y libertad condicional).

Evidentemente es al legislador a quien incumbe decidir en qué casos la pena privativa de libertad ha de imponerse con carácter único, fijando la zona dentro de la cual el tribunal podrá moverse teniendo en cuenta que el Derecho penal no es ni puede ser una pura terapia, sino un instrumento de convivencia social, pero también es claro que en otros muchos casos, sin duda, los más, el legislador puede dejar en manos del juez la elección de pena para llevar así a cabo mejor la tarea auténticamente individualizadora .

7. La rehabilitación como fin principal de las penas

Si, como acabamos de decir, la rehabilitación es la principal finalidad de las penas, aunque en la práctica sea muy difícil su obtención, especialmente en las privativas de libertad, es lógico que el legislador facilite los medios atinentes a su efectividad.

En este sentido me permito trasladarles lo que, a mi juicio, pueden considerarse como las principales conclusiones obtenidas en el Symposium Internacional celebrado en Barcelona, los días 8, 9 y 10 de junio pasado, organizado por el IReS de dicha capital, en el que tuve la satisfacción de intervenir como Ponente en una de las reuniones y en las que también participó el Prof. Beristain aportando ideas importantes. Estas conclusiones podrían quedar resumidas así:

1. Las legislaciones europeas atribuyen, en general, a la pena privativa de libertad, además de una función retributiva (que a mi juicio debe subsistir), otra resocializadora del delincuente.

2. Razones varias y complejas que seguramente serán examinadas mañana en la Mesa Redonda sobre la cárcel (estado lamentable, en general, de un buen número de establecimientos penitenciarios, escasa plantilla de especialistas y funcionarios que puedan dedicarse eficazmente a la tarea resocializadora, etc.), conducen a que en la práctica, también en general, la tarea resocializadora no pueda realizarse e incluso, en ocasiones, ni siquiera pueda garantizarse la plenitud de sus fundamentales derechos, y aconsejan una política descriminalizadora y despenalizadora, además de que en ocasiones falta la adecuada proporción entre delito-delincuente y pena y en tales casos se quebranta un elemental principio de justicia.

3. Resocializar debe significar únicamente el intento de convencer a quien delinquió de la necesidad de respetar las normas penales que, por exigencias del principio de mínima intervención, constituyen en un Estado democrático el indispensable catálogo de normas imprescindible para vivir en paz y en justicia, teniendo en cuenta que si el Derecho penal ha de ser la “última ratio” la pena privativa de libertad ha de ser la última de la última razón.

4. Las instituciones actuales de sustitución de las penas privativas de libertad: condena condicional y libertad condicional se consideran insuficientes.

5. La reforma de 1980 contenía dos instituciones nuevas y positivas en este sentido: el arresto de fin de semana y el día-multa y especialmente la suspensión del fallo que según la información que en su discurso de clausura del Symposium facilitó el Ministro de Justicia D. Fernando Ledesma Bartret se pretende modificar en el sentido de posibilitarse el recurso frente a la decisión que acuerde la suspensión del fallo y sometimiento de ésta a una única condición: no delinquir en el período que se señale.

6. El trabajo comunitario se ha revelado como una medida sustitutoria de la pena privativa de libertad de notable éxito.

7. La "probation" que consiste en la suspensión del fallo condenatorio bajo la condición, impuesta por el juez y aceptada por el delincuente, de ser vigilado y asistido por un agente, durante un período determinado, es una medida no privativa de libertad que ofrece grandes posibilidades y numerosas variedades y que ha de adaptarse a las especificidades de cada ordenamiento.

8. La protección de las víctimas

Tan importante es el tema de la protección de las víctimas de la delincuencia que el Consejo de Europa, con ocasión de estudiar los delitos económicos, trató de la indemnización de daños y perjuicios como un equivalente, en determinadas circunstancias, a la pena. Sé que el problema es muy complejo, que una solución de este tipo podría afectar gravemente al principio de igualdad, consagrado constitucionalmente, etc., pero creo que con los adecuados y legítimos condicionamientos debiera buscarse la forma de que la efectiva reparación total o parcial o, al menos, la efectiva disposición del delincuente para llevarla a cabo, dentro de sus posibilidades, actuara muy decisivamente a la hora de fijarse la pena. De ahí que el arresto de fin de semana que, a pesar de los inconvenientes graves que habrá de superar, me parece una institución muy positiva, o la condena condicional o la suspensión del fallo e incluso la pena de días-multa, puedan servir de puente de unión entre la consecución del fin trascendente de la rehabilitación, la prevención general y la efectiva protección a las víctimas, porque este tipo de instituciones es el que mejor permite que con sacrificio cierto, pero necesario, puedan los delincuentes reparar, hasta donde en cada caso sea posible, las consecuencias del delito.

En este sentido, la responsabilidad solidaria cuando son varios los partícipes y la responsabilidad civil subsidiaria, referida a las empresas u organizaciones en cuyo seno se produzca el delito, son buenos instrumentos de cooperación a esta idea central, aparte de que en un futuro se considere la conveniencia de establecer una obligación de indemnizar por parte del Estado en los casos de insolvencia, principio recogido en el Código penal portugués que entró a regir el 1º de enero de este año, pero que según mis noticias todavía no se ha desarrollado.

Esta es la razón de que aun comprendiendo los argumentos esgrimidos en contra de incluir este tema de la responsabilidad civil procedente de los delitos y faltas en el Derecho penal, estime que por ahora deben tener solución dentro de este Derecho y a

través del cauce del proceso penal por razones de eficacia y de economía pues, como dice el Prof. Mir Puig¹⁷, por razones político-criminales el Derecho penal puede integrarse con medidas de naturaleza no penal.

9. La despenalización y la despenalización

Para terminar esta primera parte y antes de alcanzar las conclusiones pretendo darles cuenta de otro tema de decisiva importancia en la futura ordenación del Derecho penal, que es tanto como decir en el porvenir de nuestra futura ordenación social cara ya al año 2000. Para ello voy a tratar de resumir las III Jornadas Latinas italo-luso-franco-españolas de Defensa Social que, bajo la presidencia del Prof. Marc Ancel, se celebraron en Aix-en-Provence a finales del pasado año. En ellas fue opinión prácticamente unánime la conveniencia de hacer un uso del Derecho penal cada vez más moderado y restringido en la firme creencia de que resulta imprescindible extraer de los respectivos Códigos todas aquellas figuras delictivas que por su inferior relieve y por contener por consiguiente, como ya dijimos, una más limitada dosis de agravio o de atentado a la libre convivencia, deban quedar relegadas al campo del Derecho privado o, en algunos casos, al administrativo, siempre que en este último se mantengan las indispensables garantías para el justiciable (principios de legalidad y culpabilidad, irretroactividad de las leyes menos favorables, proceso con plenitud de garantías, posibilidad de recurrir ante las autoridades judiciales, etc.). En este sentido podrían incluirse algunas de las infracciones contra la honestidad, pequeños hurtos, estafas y apropiaciones, cheques en descubierto, daños e incluso lesiones producidas por imprudencia, todos los ilícitos puramente administrativos incluidos en el Código, etc., aunque debemos aclarar que no nos referimos a aquellas infracciones que encierran en sí un grave peligro como pueden serlo en orden al consumo alimentario, medicinas, etc.

De otra parte se consideró que aquellas conductas que por ahora deban continuar integradas en los Códigos penales, tendrían que ser castigadas, salvo en los supuestos más graves, que habrán de ser poco a poco la excepción, con penas no privativas de libertad a fin de conseguir que quienes hayan de cumplirlas no queden separados de su entorno familiar y social, con lo que, además, la proporción entre número de presos y medios personales y materiales se adecuaría mejor que como está actualmente con graves insuficiencias. Si la pena pretende ser la expresión social de una conducta negativa, ha dicho recientemente el Ministro de Justicia D. Fernando Ledesma¹⁸, de lo que se trata entonces es de buscar fórmulas distintas de la de privación de libertad que sirvan para producir la prevención general, el público reconocimiento de que una determinada conducta no es aceptada por la sociedad, y la prevención especial.

Todo cuanto queda dicho exige crear anticipadamente unos instrumentos procesales ágiles y eficaces para obtener las correspondientes reparaciones económicas, los que hoy, y por causas ajenas a la Administración de justicia, no existen.

17. Mir Puig: *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pág. 25.

18. Rev. *Poder Judicial*, núm. 6, marzo 1983.

Pero creo, y con ello insisto en ideas ya expuestas varias veces, que sólo el camino legislativo es el idóneo para corregir la situación actual. Estoy en contra, en situaciones jurídicas y democráticas como la nuestra, de una descriminalización y despenalización de facto, es decir, operada por la vía de los hechos, pues ello constituye un grave quebrantamiento de la igualdad, de la seguridad jurídica y del principio de respeto a la ley. Tampoco me parece camino ortodoxo para alcanzar unas mayores cotas de descriminalización la vía de la transformación de la naturaleza de las infracciones penales, haciendo que algunas de ellas pasen de ser perseguibles de oficio a serlo a instancia de la parte agraviada, porque pueden facilitar el chantaje y puede también, en ocasiones, generar una violación al principio de igualdad, pues sólo los más desafortunados en el terreno económico vendrían a sufrir las consecuencias de las penas porque, en general, sólo ellos dejarían de ser perdonados. Pero este tema creo que no fue acertadamente enfocado en el Proyecto de 1980 y me temo que tampoco lo ha sido en la reforma de 1983.

10. Conclusiones

1^a. Los ordenamientos jurídicos deben colocar las piedras angulares básicas en el edificio de la justicia penal, como dice el Prof. Beristain¹⁹, para la mejor protección y desarrollo de los derechos humanos en el futuro próximo de España y de otros países culturalmente cercanos a ella.

2^a. La base de partida habrá de serlo la Constitución a través de sus principios informadores que, en este caso, son suficientemente expresivos. La propia existencia de un Estado social y democrático de Derecho²⁰, con toda la carga que esta expresión conlleva, supone disponer de una eficaz plataforma en la elaboración del Código. El principio de legalidad, y con él el de culpabilidad, la declaración constitucional de cuál haya de ser la prioritaria finalidad de las penas, etc., son datos, en este sentido, de especial relieve.

3^a. Como acabamos de señalar, los principios de legalidad y culpabilidad, de mínima intervención y por consiguiente la política descriminalizadora y despenalizadora, la exigencia de una adecuada relación causal subjetiva/objetiva, y en esta dirección se encaminó el Proyecto de 1980 y se ha incorporado la reforma de 1983²¹, han de ser puntos de obligada referencia. Por ello, también la adecuada proporcionalidad de las penas es una exigencia inexcusable en toda sociedad democrática, pues es ella y por ella sus legítimos representantes han de fijar cualitativa y cuantitativamente el sistema penal.

19. Beristain Ipiña, A.: "Código penal de 1980: Sí, no y abstención", en *Estudios penales y criminológicos*, III, Santiago de Compostela, 1979, pág. 44 y ss. Publicado también en *Estudios Vascos de Criminología*, Mensajero, Bilbao, 1982, pág. 497.

20. Circular de la Fiscalía General del Estado de 12 de enero de 1983. I Legalidad y Judicialidad en el Estado de Derecho. En *La Ley*, 27 de Julio de 1983, siendo Fiscal D. Luis Burón Barba.

21. Boletín Oficial del Estado, núm. 152, de 27 de junio, Ley 8/83, de 25 de junio; Ruiz Vadillo, Enrique: *Algunas observaciones al proyecto de ley de reforma parcial del Código penal*, Ministerio de Justicia, 1982.

4^a. Si efectivamente la reinserción social con la reeducación han de ser el fin principal de las penas, de las privativas de libertad y de todas, hay que propiciar que cada delito lleve aparejadas, salvo los más graves, varias penas de las que el juez pueda hacer un uso alternativo, sobre la base de que la prisión, en general y salvo excepciones muy cualificadas, no rehabilita.

5^a. La despenalización y la despenalización han de realizarse muy reflexivamente con la colaboración de juristas de distintos campos y de especialistas de otras ciencias humanas, psicólogos, criminólogos, sociólogos, psiquiatras, etc., antes de que el legislador, con pleno conocimiento de causa, pueda decidir²².

6^a. La preocupación por las víctimas del delito ha de situarse en el primer plano de nuestras inquietudes. El resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el delito ha de ser una cuestión prioritaria. No es el momento más propicio, por razones obvias, para establecer la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, dentro de ciertos límites, frente a la insolvencia del condenado, pero debiéramos prepararnos todos, en función de un principio de solidaridad, para afrontar el problema en un futuro próximo.

III. LA REFORMA DE 25 DE JUNIO DE 1983

La Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, contiene entre otras, las siguientes modificaciones que tomamos sustancialmente de su Exposición de motivos:

1^a. La del artículo 1º y como consecuencia la de los artículos 8.8, 50 pf. 1 y 64 y la incorporación del tema del error para satisfacer así las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho y por lo tanto asentado en las garantías del principio de culpabilidad y de concreción del hecho.

2^a. Posibilidad de que en los supuestos de enajenación mental pueda aplicarse la medida que mejor se adecúe a las condiciones del sujeto, dando mayor importancia al fin terapéutico de la misma (art. 81), con lo que parece que se da también satisfacción a amplios sectores de la psiquiatría moderna.

3^a. Se simplifica la fórmula legal de la reincidencia pues no sólo se funde en una única descripción la reincidencia y la reiteración, sino que además se suprimen los efectos agravatorios de la multirreincidencia (artículos 10.15 y 61.6).

4^a. Aunque la urgencia de la reforma impida abordar con el necesario rigor el problema de los delitos económicos, no por eso se oculta la gravedad de la situación actual en la que se aprecia cómo dentro de una importante crisis económica se cometen abusos frente a los que el Derecho penal no tiene sino los muy angostos preceptos del Código vigente en modo alguno concebidos para tales hechos. De ahí la nueva regla del artículo 15 bis. En este sentido, aun estando de acuerdo con esta declaración, creo que el problema es más que de Derecho penal sustantivo de Derecho procesal,

22. Ruiz Vadillo, Enrique: *Lecciones de Técnica judicial penal*, prólogo del Prof. Rodríguez Devesa, Universidad de Deusto, Bilbao.

para que puedan perseguirse y castigarse hechos que hoy quedan impunes por dificultades gravísimas de investigación.

5^a. Se modifican las reglas de medición de la pena, adaptándolas a los modernos postulados político-criminales²³.

6^a. Se configuran los conceptos de delito continuado y delito masa, importantes creaciones jurisprudenciales que han dado lugar a oscilaciones en su apreciación e incluso a variaciones en cuanto a los requisitos exigidos.

7^a. Se llevan a cabo importantes cambios en materia de rehabilitación.

8^a. Se protegen penalmente instituciones y bienes jurídicos de especial relieve constitucional: Regente, Gobierno, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Gobierno de las Comunidades Autónomas.

9^a. Se modifica el sistema penal relativo al tráfico de estupefacientes, se mejoran los preceptos penales relativos a los productos alimenticios (art. 346), se protege también por esta vía el medio ambiente, se introduce un delito de peligro en orden a la protección penal del trabajo, se da un nuevo y especial relieve al consentimiento libre y expresamente manifestado en determinados supuestos (trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual efectuadas legalmente y por facultativos), se modifica el alcance del perdón en determinadas infracciones y se modifican ampliamente los delitos contra la propiedad, especialmente en relación con el tema de las cuantías, como en orden a la figura compleja del robo con homicidio del art. 501 del Código penal, suprimiéndose la presunción del art. 502 que chocaba con la Constitución.

10^a. Otras modificaciones se llevan a cabo en el Código vigente, así la adaptación del mismo a la Constitución y a la Ley de 13 de mayo de 1981 en relación con la filiación, al principio de igualdad referido a la libertad religiosa, supresión de la pena de retirada definitiva del permiso de conducir, que determina una modificación de los artículos 340 bis a) y 565, etc.

También se suprime el actual Título VI en relación a los juegos ilícitos por entender que la regulación del juego es de competencia netamente administrativa (arts. 349 y 575).

Como no resulta posible prestar atención a la totalidad de la reforma nos limitaremos a unas breves referencias a algunos puntos que nos han parecido, sin duda por razones puramente subjetivas, de mayor interés, pero aun así las indicaciones que nos vamos a permitir formular serán muy breves y superficiales.

1. Definición del delito. La legalidad y la culpabilidad

El artículo 1º queda así redactado: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena

23. Levasseur: "Resumen del Informe de síntesis sobre "Reforma penal y despenalización, de las III Jornadas Latinas italo-luso-franco-españolas de Defensa Social", 29 set-2 oct. 1982, a cargo del Prof. Levasseur, nota de E. Ruiz Vadillo en Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, 5 de julio de 1983. Ruiz Vadillo, Enrique: "La descriminalización y la reforma penal", en Revista Poder Judicial, núm. 5, diciembre de 1982.

venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiera causado, al menos, por culpa”²⁴.

Con ello se pretende, dice la Exposición de motivos, de un lado resolver la equivocidad de la referencia a la voluntariedad en el modo en que lo hace el texto actual y de otra parte se desea sentar el principio básico a partir del cual se destierre de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones. La exigencia del dolo o culpa, como únicos fundamentos de la responsabilidad penal, se juzga por consiguiente como inaplazable. Evidentemente las consecuencias de la modificación del artículo 1º del actual Código incide por las mismas razones, en los artículos 8.8, 64 y 50.1 del mismo, así como en la interpretación que habrá de darse a los diferentes supuestos de responsabilidad criminal y en consecuencia se entiende preciso, además, regular los efectos de error según sus clases, sobre el tipo o sobre la prohibición, si bien las reglas punitivas que se ofrecen se acomodan a las que en el texto actual existen en materia de determinación de pena o de título de imputación.

A mi juicio, ya lo he dicho varias veces, la novedad puede suponer una auténtica revolución, positiva, en el Derecho penal. No sé si nos hemos dado cuenta de que, a partir de esta innovación, una gran parte de los preceptos del Código habrán de ser reinterpretados, es decir, entendidos de distinta forma, corrigiendo en ellos todo el contenido que sea desviación del principio de culpabilidad y teniendo en cuenta las ideas básicas en que la reforma se inspira; creo que también la relación de causalidad habrá de ser entendida a partir de ahora con una relativamente nueva significación y alcance en el sentido de que dicha relación causal deberá comprender, de manera perfecta, la coordinación adecuada entre el hecho típico considerado como delito, doloso o culposo, y el resultado también imputable a título de dolo o culpa a través del nexo subjetivo/objetivo, teñido todo ello, y siempre, del perfil culpabilístico que caracteriza la reforma.

No es momento para mí de decir más cosas y de seguir abusando de su paciencia y amabilidad: algunas las tengo ya escritas en algunos trabajos que se publicaron a raíz de la aparición del Proyecto de 1980 y ahora sólo pretendo hacer un pequeño recuento de problemas, aunque, eso sí, expresando mi adhesión a las líneas en que la reforma se inspira y a muchas de sus realizaciones concretas.

2. El delito continuado

La experiencia enseña, dice la Exposición de motivos de la L.O. 8/1983 de 25 de junio, que el vacío legal del delito continuado y del delito masa, creaciones jurispru-

24. El sistema tendrá que afectar a muchas figuras delictivas, por ejemplo a la mayor parte de los delitos de lesiones en los que, en muchos casos, faltaba la necesaria adecuación subjetiva-objetiva entre la acción y el resultado en razón a la disociación dolo-culpa, según los casos. Esto lo hemos visto frecuentemente quienes hemos dedicado durante muchos años nuestra actividad profesional al Derecho penal. Así en el artículo 420, núm. 1, y la conclusión es generalizable, no podrá incluirse la conducta, de quien con ánimo de lesionar a una persona (la decisión muchas veces genérica de atacar), sin voluntad de producir imbecilidad, impotencia o ceguera, este resultado se produce, si el mismo no es imputable a título de culpa, lo que dependerá lógicamente de las circunstancias concurrentes en cada caso. Por supuesto prescindimos por completo del tema de la responsabilidad civil que sigue otros derroteros.

denciales, ha dado lugar a oscilaciones en la apreciación de aquellas estructuras de responsabilidad e incluso a variaciones en los requisitos que exige la propia jurisprudencia y la doctrina científica. A partir del principio de conceder primacía valorativa en orden a la calificación del hecho o hechos, a la lesión jurídica, única o plural, por encima de la unidad o pluralidad de acciones, se introduce un nuevo precepto, el artículo 69 bis, destinado a cubrir el vacío legal existente y a fijar positivamente los elementos que no pueden faltar para la apreciación del delito continuado que adquiere así fundamento en el derecho positivo. Se introduce una regla de medición de pena que no tiene otro fin que castigar con mayor severidad lo que sea realmente muy grave, evitando así la actual posibilidad de que el recurso al delito continuado sea aleatoriamente gravoso o beneficioso; para ello se otorga a los tribunales un amplio grado de arbitrio en la fijación del castigo y en su exasperación si lo entienden adecuado, al igual que tampoco será posible que las reglas limitadoras del concurso de delitos o la cuantía mínima exigida en las infracciones patrimoniales para constituir delito se tornen en beneficios para los autores de delitos-masa.

El artículo 69 bis queda así redactado: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y (creo que debiera decir u) omisiones, que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado, como responsable de un delito o falta continuados con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiera notoria gravedad y hubiere perjudicado a una pluralidad de personas.

Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva".

En resumen y provisionalmente podríamos ofrecer este esquema:

1. Requisitos: A) Elemento subjetivo lo será el plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión. B) Elementos objetivos: a) Pluralidad de acciones u omisiones. b) Ofensas a uno o varios sujetos. El destinatario o sujeto pasivo puede ser una o varias personas y en su caso, personas físicas y jurídicas. c) Infracción del mismo o semejante precepto penal. La semejanza no debe ser formal, sino sustancial, pero creo que no debe hacerse una interpretación excesivamente restringida, salvo cuando el hacerlo favoreciera al reo.

2. Penalidad. La pena a imponer será la correspondiente a la infracción más grave en cualquiera de sus grados que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior, salvo si se trata de infracciones contra el patrimonio (creo que salvo el caso del robo con violencia o intimidación en las personas), en que se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado, pudiendo imponerse la pena superior en grado en la extensión que se estime conveniente si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas. (El perjuicio total sólo

será de efectiva aplicación cuando los hechos aislados fueran por su cuantía faltas de hurto, estafa o apropiación indebida).

Excepción. Cuando se trate de bienes jurídicos eminentemente personales (homicidio, lesiones, por ejemplo).

Excepción a la excepción. Infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se aplicará o no la continuidad delictiva, según las circunstancias. En general, creo que se aplicará en el estupro.

A mi juicio la nueva regulación resuelve el problema bastante frecuente en la práctica de robos y hurtos realizados con unidad de propósito delictivo y que, a mi juicio, deben quedar integrados en la continuidad delictiva. Por ejemplo, una persona entra en un establecimiento y en él sustrae, tras el forzamiento de una cerradura, treinta mil pesetas y a continuación se lleva de un armario abierto otras treinta mil. En mi opinión, incluso en el Código actual, antes de la reforma, era aplicable la teoría del delito continuado si sumadas todas las sustracciones y aplicadas al delito más grave, el resultado era más favorable para el reo. La solución después de la reforma tiene incluso una mayor apoyatura.

Y sin otras consideraciones, por razones de tiempo, pasamos al siguiente apartado.

3. Sistema de aplicación de penas²⁵

A título provisional creemos que puede quedar recogido el nuevo sistema, establecido por la reforma de 1983 a la que nos venimos refiriendo, en los siguientes principios y cuadros:

I. En función de las circunstancias:

1. Si concurre sólo una atenuante, se impondrá la pena en su grado mínimo (art. 61.1).
2. Si concurre sólo alguna circunstancia agravante, se impondrá en su grado medio o máximo (art. 61.2 reformado).

25. El artículo 15 de la Constitución abolió la pena de muerte y el hacerlo fue, a mi juicio, un extraordinario acierto. Cada vez estoy más convencido de la negatividad social y de la ineeficacia práctica de esta pena. Los hechos hablan por sí solos. Cuando la pena de muerte existía en nuestra legislación abogué siempre e insistentemente, si no se suprimía, por incorporarla a un número muy reducido de delitos, en circunstancias muy excepcionales (que es el sistema constitucional), sin figurar jamás como pena única, sin o dentro de un sistema alternativo incondicionado, con plenitud de garantías en su enjuiciamiento, con un plus frente a los supuestos normales, con un obligado recurso de casación en todos los casos ante el Tribunal Supremo y tramitación, también obligada, de indulto. Entonces, a mi juicio, aquello constituía una pretensión de modificación que no se produjo. Hoy, afortunadamente, la pena de muerte ha desaparecido y hay que esperar y desejar que jamás se dé la circunstancia de guerra que, como excepción, prevé la misma Constitución, pero aun en tales circunstancias mi opinión es que la pena, mientras subsista, debe estar sometida a tales condicionamientos y así debiera recogerlo, en mi opinión, el futuro Código de Justicia Militar como también, hace mucho tiempo, propuse.

Barbero Santos, Beristain Ipiña, García Valdés, Berdugo G. de la Torre, Cobo del Rosal y Gimbernat Ordeig: *La pena de muerte. Seis respuestas*, Universidad de Valladolid, Departamento de Derecho Penal, 1975. Hay 2.^a edición, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1978.

3. Si concurren varias agravantes, se impondrá la pena en su grado máximo (art. 61.2 reformado).
4. Si concurren atenuantes y agravantes, se compensarán razonablemente (art. 61.3).
5. Si no concurren circunstancias modificativas, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, se impondrá la pena en el grado mínimo o medio (art. 61.4 reformado).
6. Si concurren dos o más atenuantes o una sola muy calificada, sin agravantes, puede imponerse la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados (art. 61.5). A mi juicio, aun concurriendo agravantes puede hacerse uso de esta facultad, si previamente, de acuerdo con el artículo 61.3, se ha compensado con una atenuante después de cuya compensación existen otras dos atenuantes o una muy cualificada.
7. Dentro de los límites de cada grado se determinará la extensión en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito (art. 61.7).

II. Al mayor de 16 años y menor de 18 se aplicará la pena inferior en uno o dos grados, con posibilidad de sustitución (art. 65).

III. En los supuestos de eximentes incompletas se aplicará la pena inferior en uno o dos grados (art. 66).

IV. A los autores se les impondrá la pena señalada (art. 49), a los cómplices la inferior en grado (art. 53) y a los encubridores la inferior en dos grados (art. 54).

V. En los supuestos de delito consumado se impone la pena señalada (art. 49), de delito frustrado se reduce en un grado la pena (art. 51) y en los de tentativa se impone la pena inferior en uno o dos grados, según el arbitrio del Tribunal (art. 52). De igual manera se procederá en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito (art. 52.2) y en los supuestos de conspiración, proposición o provocación para delinquir (art. 52.3).

VI. En todos los casos en los que la ley, al incorporar al tipo genérico una circunstancia de agravación (o eventualmente de atenuación) determinada, fija una pena específica, en realidad lo que hace (aunque por economía legislativa no se haga expresamente así en todos los casos) es crear una nueva figura penal que no es equivalente a los supuestos de delito tipo, al que se incorpora una circunstancia agravante genérica, es decir, nace un nuevo delito. En este sentido una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo.

VII. En los supuestos de los artículos 505 y 506 (robo con fuerza en las cosas), 541, 515 y 516 (hurto), 528 y 529 (estafa), y 535 (apropiación indebida), después de la reforma de 1983 estimo que deberá procederse así:

1. Determinar la naturaleza de la infracción, tarea común a todos los delitos y faltas.
2. Precisar si concurren alguna o algunas de las circunstancias de agravación específicas:

- A) Robo. Si concurren la 1^a (llevar armas u otros objetos peligrosos) con la 2^a (casa habitada o alguna de sus dependencias), la 3^a (asalto de tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo) o la 4^a (actuar contra oficina bancaria, recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra la persona que los custodie o transporte) podrán (es decir, facultad discrecional) aplicarse las penas superiores en grado.
 - B) Hurto. Si concurren dos o más circunstancias o una muy cualificada, la pena será de prisión menor; en otro caso, de arresto mayor.
 - C) Estafa (y apropiación indebida). La misma solución, pero si concurren la circunstancia 1^a (alteración de la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social) o la 7^a (si reviste especial gravedad, atendido el valor de la defraudación) con la 8^a (si afecta a múltiples perjudicados), la pena será de prisión mayor. Si concurre sólo una agravante, se impondrá en su grado máximo.
3. Considerar si concurre alguna circunstancia de agravación genérica y si es así constatar si es o no coincidente con las establecidas en los delitos mencionados con carácter específico, teniendo en cuenta que dado el carácter de agravantes cualificadas de las establecidas en los artículos 506, 516 y 529 del Código penal (como las que cualifican el homicidio transformándolo en asesinato, salvando las distancias) habrá que comprobar si los requisitos, todos ellos, incorporados por el legislador en dichos preceptos se dan o no con absoluta precisión y acreditamiento, pues cualquier insuficiencia o duda habrá de determinar que tal circunstancia actúe como genérica u ordinaria y por consiguiente sin el especial efecto agravatorio punitivo de las que podemos llamar específicas o cualificantes.
 4. Concurriendo una o varias agravantes específicas y determinada la pena procedente, de acuerdo con las reglas antes indicadas, si ésta consiste en la imposición del grado máximo, sea de prisión menor: de cuatro años, dos meses y un día a seis años, o de arresto mayor: de cuatro meses y un día a seis meses, la existencia de otras circunstancias de agravación genérica del artículo 10 o de atenuación del artículo 9 habrá de conducir a la correspondiente modificación de la pena ideal, partiendo de la base de que el grado máximo es la pena impuesta que debe, a su vez, dividirse en tres grados a fin de que en función de las circunstancias concurrentes se actúe como proceda, con arreglo a las reglas generales.

CUADRO GRAFICO DE APLICACION DE PENAS

Perfeccionamiento:	Consumado = (art. 49)	Frustrado -1 (art. 51)	Tentativa, delito imposible y actos preparatorios: -1 ó -2 (art. 51)
Participación:	Autoría = (art. 49.)	Complicidad -1 (art. 53)	Encubrimiento: -2 (art. 54)
Circunstancias:	Sin circunst. Mínimo o medio (art. 61.4)	Atenuante muy cualificada o dos o más atenuantes: -1 ó -2	Eximente incompleta: -1 ó -2 (art. 66) Minoría de edad: -1 ó -2 (art. 65)
	Atenuante sin agravantes Mínimo (art. 61.1)	Una agravante. Medio o máximo (art. 61.2)	Varias agravantes Máximo: (art. 61.2)
Hecho susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos:	La pena correspondiente al más grave (art. 68).		
Delito continuado:	Pena correspondiente a la infracción más grave que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior (art. 69 bis).		
Idem. En los delitos contra el patrimonio:	Se tomará en consideración el perjuicio total causado. Si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas se impondrá la pena superior en grado en la extensión que se estime conveniente (art. 69 bis 1 <i>in fine</i>).		
Idem. Ofensas a bienes jurídicos eminente mente personales:	Se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva (art. 69 bis 2).		
Concurso real:	Se impondrán todas las penas según el orden de gravedad, pero el <i>maximum</i> de cumplimiento no podrá exceder del triple de la más grave ni de treinta años (art. 70).		

CUADRO DE CIRCUNSTANCIAS EN LOS DELITOS DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS, HURTO, ESTAFADA Y APROPIACIÓN INDEBIDA

Robo (art. 506)	Hurto (art. 516)	Estafa (y apropiación indebida) (art. 529)	Proximidad con las existentes:
1. Llevar armas u objetos peligrosos.	1, 12 y 13
2. Casa habitada o sus dependencias.	506.2
3. Asalto tren, buque, etc.	506.3
4. Contra oficina bancaria, etcétera.	506.4
5. Edificio público o sus dependencias.	506.2
6. Cosas destinadas a un servicio público.	1. Cosas destinadas a un servicio público. 2. Cosas de valor histórico, cultural o artístico.	249.2
7. Cosas de valor histórico, cultural o artístico.	563 bis a)
8. Revestir especial gravedad.	3. Revestir especial gravedad.	7. Rovestir especial gravedad.	61.7
9. Colocar a la víctima o su familia en grave situación económica	4. Colocar a la víctima o su familia en grave situación económica.	5. Colocar a la víctima o a su familia en grave situación económica.	61.7
Penas:			
Si no excede de 30.000. AM.	Si no excede: Falta.	Si no excede: Falta.	541
En los demás casos: Pm.	En los demás casos: AM	En los demás casos: AM	V. Ss. Tr. S
Si concurre una circunstancia: Máximo.	Si 1 circ.: Máximo.	Si una circunstancia: Máximo.	529.5
Si la 1 ^a con 2 ^a , 3 ^a ó 4 ^a , podrá imponerse: PM.	Si 2 o más o muy cualificada: Pm	Si dos o más circunstancias o una muy cualificada: Pm	V. Ss. Tr. S.
		Si la 1 ^a ó 7 ^a con la 8 ^a : PM.	529.4 61.7

4. La rehabilitación

A mi juicio, una de las reformas de más trascendencia y significación y que más podrá facilitar la reinserción social es la atinente a la rehabilitación que incluyó la reforma de 1980, siguió la de 1982 con algunos retoques y ha implantado la Ley de 25 de junio de 1983 a la que nos estamos refiriendo. No voy a entrar en sus aspectos concretos ni en algunos de los problemas que su aplicación podrá presentar, sólo quiero expresar mi satisfacción porque la reforma sea ya una realidad legislativa, pero sin olvidar su inicial y básica declaración: por la rehabilitación se extinguen de modo definitivo todos los efectos de la pena.

Este precepto ha de ponerse en relación con el art. 10.15 en orden a la reincidencia y con el 93.1, según el cual la rehabilitación de hecho o de derecho, determina que la condena impuesta no sea obstáculo para la aplicación del beneficio de la remisión condicional de la pena.

Esta innovación, como acabamos de señalar, es tan importante que puede constituirse en el principal instrumento de efectiva rehabilitación. Hasta hoy nadie se tomaba en serio el efecto rehabilitador del tiempo y de la buena conducta, cuando cualesquiera que fuesen los años transcurridos desde la comisión del hecho delictivo o desde el cumplimiento de la condena el delito renacía, estigmatizando así de por vida, potencialmente o de hecho, a todo aquel que hubiera delinquido.

5. El perdón

Tras censurar la oportunidad perdida por la Ley de 7 de octubre de 1978 en el grupo llamado de delitos contra la honestidad, en orden a la regulación del perdón, se dice de él, en la Exposición de motivos de la Ley de 25 de junio de 1983, que por su extraordinaria operatividad abre el riesgo de transformarse en objeto de cambio, voluntario o coactivo, todo ello combinado con el estrecho margen de opinión concedido a los Tribunales. En consonancia con este enfoque del problema se modifican los últimos párrafos del artículo 443 y la eficacia del perdón para los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto se limita en el tiempo hasta que recaiga sentencia firme, devolviendo así a estos delitos, se dice, la condición de semiprivados que había sido desdibujada a través de tan *lata* concesión de eficacia al perdón. Respecto de la violación se introduce una novedad importante (a mi juicio no separable del tema de la despenalización de determinadas modalidades del delito de aborto): el perdón del ofendido en ningún caso extingue la acción penal.

La situación queda pues así:

Abusos deshonestos, estupro y rapto: el perdón del ofendido mayor de edad o del representante legal o guardador de hecho del menor o incapaz que se produzca antes de que recaiga sentencia en la instancia, extingue la acción penal, pero dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente y cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento representando al menor o incapaz, en su caso, el Ministerio fiscal (art. 443. 4 y 5).

Violación: el perdón del ofendido, mayor de edad o el del representante legal o guardador de hecho del menor o incapaz, no extingue la acción penal (art. 443).

Abandono de familia: el perdón expreso o presunto del ofendido extingue la acción penal; dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente, aunque parece que en este caso el límite temporal para su ejercicio acaba en el momento de la sentencia firme (no en la instancia), con una novedad: que se elimina el supuesto del perdón presunto contemplado anteriormente en el Código. Quedan intocados los supuestos de apropiación indebida y daños en cosas compradas a plazos (Ley de 17 de julio de 1965) y de competencia ilícita (Ley de 16 de mayo de 1962).

En resumen me parece que la regulación del perdón ha quedado insuficientemente estructurada y con deficiencias acusadas, no en razón al principio en que se inspira (que puede estarse o no de acuerdo con él, pero que tiene amplios argumentos en su favor), sino en su desarrollo y en las posibles contradicciones que en la regulación se observan. Problema muy importante será sin duda el de determinar el momento de validez del perdón y las posibles formas de otorgamiento; por ejemplo, el otorgado antes de dictarse sentencia y conocido después por el Tribunal juzgador en la instancia.

6. Consideraciones finales

La reforma de 1983, que tiene indudables deficiencias, es, sin embargo, en su conjunto, un buen antípodo de la reforma total. Los apremios de naturaleza social y política no dejan, a veces, tiempo a la reflexión atenta de los proyectos; es comprensible, aunque debiera intentarse conceder a la tarea prelegislativa su normal e imprescindible andadura; su tiempo.

Con esta afirmación de positividad de la reforma me permito formular algunas observaciones: 1^{a)}) Se observan ciertas discrepancias entre la Exposición de motivos y el texto. Por ejemplo, párrafo 27, en el que se hace referencia a la sentencia firme como límite en el tiempo a los efectos del perdón, lo que s.e. no se corresponde con el artículo 443.4 al que ya nos hemos referido. Hasta casi el final otro tanto sucedía con el artículo 564 bis que se citaba como incluido en la reforma, sin aparecer en el texto. 2^{a)}) Las palabras de censura que la citada Exposición de motivos dedica a la multirreincidencia en el sentido de ser contraria al principio “non bis in idem”, no me parecen del todo acertadas. Considero que la reincidencia y la multirreincidencia pueden tener un efecto de agravación en la pena, en el cómputo, a efectos de rehabilitación, etc. (arts. 15.10, 61.2, 118.4) lo que no debe suceder es que el resultado sea maximalista y sobre todo, como ocurría hasta ahora, que la multirreincidencia y la reincidencia jugaran en unos delitos (hurto, estafa y apropiación indebida) de una manera y en los demás de otra. 3^{a)}) El tema de los delitos contra la propiedad queda con ciertas lagunas en orden al juego de las circunstancias de agravación genéricas y específicas y a la concreta determinación de la especial cualificación de las agravantes. 4^{a)}) Algunas veces existen redacciones equivocadas, como por ejemplo cuando en el artículo 428 dice: “se propone la adición de un segundo párrafo...”, ya recogido por vía de fe de erratas. La ley no propone, manda. 5^{a)}) Estimo que debiera resolverse el tema de la entrada en vigor de las leyes penales menos desfavorables y tal vez hubiera sido una oportunidad hacerlo ahora, ordenando la entrada en vigor el mismo día de su publicación, lo cual no quiere decir, porque no hay posibilidad material de hacerlo, que el mismo día hayan de ser puestos en libertad todos aquellos a quienes por imperativos

de la reforma procediera hacerlo. A mi juicio, toda ley penal favorable entra en vigor el mismo día de su publicación. ¿Se ha pensado qué ocurriría si la vigencia se aplazara seis meses o un año y en el nuevo texto se descriminalizaran uno o varios delitos que tuvieran aparejada pena privativa de libertad? La “vacatio legis” no puede tener en estos casos un efecto tan radical como el aplazamiento de las nuevas normas penales. 6^a) Me temo que la redacción dada al artículo 346 en orden a la protección del consumidor no sea todo lo eficaz que el legislador sin duda quiere, teniendo en cuenta que el alcance de la exigencia de la puesta en peligro de la salud de los consumidores puede ser un importante obstáculo a la punición de conductas realmente graves. 7^a) El delito ecológico acaso no responda a las exigencias precisas de concreción propias del Derecho penal, lo que quizás sea extensible a otras figuras.



De izda. a dcha.: J. Pinatel, P. Pérez Rubio, F. C. Sáinz de Robles, E. Ruiz Vadillo y A. Beristain.

Pero que estas observaciones no se entiendan como una censura a la reforma, antes al contrario como una modesta llamada de atención en relación a la próxima reforma general. Estoy seguro que en esta conferencia se encuentran numerosas deficiencias y algunos errores y que las propias anotaciones a la reforma podrían ser razonablemente objetadas. Cada día más, siento preocupación por los juicios de valor que sin querer puedan ofender a los demás, teniendo en cuenta la relatividad de los criterios humanos; mi propia experiencia de tantos años de aficionado a esta tarea de escribir sobre el Derecho es suficientemente expresiva en este sentido, en la constatación de los muchos errores que he cometido y que compruebo al releer mis propios trabajos y en las modificaciones que en mis puntos de vista se han producido y estoy convencido que se seguirán produciendo²⁶.

Lo importante es sustancialmente la sinceridad que debe presidir nuestra actuación en cada coyuntura histórica, la honestidad de los comportamientos; la vida humana es en sí misma una expresión dinámica incondicionada, biológica y espiritualmente.

El debate público que el Ministro de Justicia D. Fernando Ledesma Bartret²⁷ ha anunciado, previo a la finalización del Proyecto de ley de reforma del Código penal, creo que puede ser una plataforma de excepcional valor en la construcción de nuestro ordenamiento penal que, por afectar a cuestiones básicas del comportamiento de la sociedad, a todos prácticamente interesa.

26. Algunas de estas deficiencias, puramente materiales, han sido corregidas en el Boletín Oficial del Estado del 23 de julio de 1983.

Ruiz Vadillo, Enrique: *Algunas observaciones al proyecto de ley de reforma parcial del Código penal*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.

27. Declaraciones del Ministro al periódico *El País*, publicadas el 12 de agosto de este año.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
81 - 95

LA REFORMA PENAL EN ESPAÑA: SITUACIÓN ACTUAL. LA REFORMA PENAL DE 1983*

Resumen: Se examinan los puntos fundamentales de la reforma del Código penal introducida por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, realizando un juicio crítico de la misma. De esta forma, y aunque se considera que el balance de la reforma es positivo, se subraya la necesidad de realizar determinados cambios importantes, tanto en relación a la teoría del delito y de la pena como en determinados tipos penales en particular.

Laburpena: 8/1983-ko Ekainaren 25-eko Lege Organikoak Kode penaleko eraberriztean ematen diren puntu garrantzitsuenak azterzen dira, hauen komentario kritiko bat eginez. Hau hala izanik, eta eraberritztea baikorra izan den arren, aldaketa garrantzitsua batzuk beharrezkoak dira bai delituaren teorian, baita zigorren teorian ere.

Résumé: On examine les points fondamentaux de la réforme du Code pénal introduite par la Loi Organique 8/1983 de 25 de juin, en réalisant un jugement critique sur celle-ci. Ainsi, et même si on pense que le résultat de cette réforme est positif, on souligne la nécessité de mener quelques changements importants en ce qui concerne la théorie du délit et des peines et quelques types pénaux en particulier.

Summary: The essential points of the Penal Code reform, introduced by the Law 8/1983 of june the 25th, are examined, and it is made a critical judgement of this reform. Likewise, although the evaluation of the reform is positive, it is underlined the necessity of making some important changes related to the crime and penalty theory and, in particular, certain penal types.

Palabras clave: Derecho penal, Legislación penal, Principios de Derecho penal, Penología.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Zuzenbide Penaleko Jarraipideak, Legepide Penala, Penología.

Mots clef: Droit Pénal, Législation Pénale, Principes de Droit Pénal, Pénologie.

Key words: Penal Law, Penal Legislation, Principles of Penal Law, Penology.

* Cfr. *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. 357-373, A. BERISTAIN (Comp.).

I. SALUDO

En primer lugar quiero dejar constancia de la satisfacción que me produce encontrarme en estas tierras, en las que he vivido años inolvidables y en las que sólo he recibido satisfacciones en mi larga vida judicial y universitaria, a pesar de la dificultad que en tantas ocasiones ofrece la aplicación del Derecho y de la amargura que produce frecuentemente el contacto con la triste realidad social, soporte de tantas manifestaciones delictivas.

Paralelamente quiero expresar mi agradecimiento al Prof. Beristain por haberme invitado a colaborar con él en las tareas de su Departamento. El reencuentro con los universitarios, ahora que por razón de mi actividad judicial estoy alejado de ellos, es motivo de especial contento y la participación en las tareas del querido Profesor, motivo de orgullo en razón de la admiración que siento hacia él, en el que tantas veces he destacado su extraordinaria categoría científica y su ejemplar humanismo.

Dicho esto y sin más preámbulos, voy a exponerles algunas ideas sobre la reforma penal de la que existe ya una muy amplia e interesantísima bibliografía y que sin duda permitirá al futuro legislador llevar a cabo la vigente y trascendental tarea de construir un nuevo Código penal que esté ajustado a las circunstancias sociales y políticas de nuestra época. En este sentido me voy a permitir exponer en primer lugar unas ideas que me parecen básicas sobre la reforma penal, denominador común de cuanto enseñada voy a señalar, recordando brevísimamente, a continuación, los principios informadores del Proyecto de 1980 para pasar después al examen de algunos de los puntos más fundamentales del Proyecto de 1983, porque el de 1982, en el que participé de manera muy activa, ha quedado, como consecuencia del cambio político producido recientemente en España, superado por el de 1983 aunque, teniendo en cuenta que aquél fue, creo, un intento serio de anticipar algunas modificaciones de la gran reforma, con ciertas novedades más o menos importantes, varias de sus realizaciones han sido incorporadas a la reforma parcial recientísimamente presentada por el Gobierno a las Cortes Generales.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

En mi opinión, y así lo he expuesto en muchas ocasiones, la reforma de 1980, que en sus principios generales recogidos en su Exposición de Motivos es digna de todo elogio (aunque no tengamos tiempo de comprobarlo), ofrece, en cambio, en su desarrollo deficiencias, lagunas e incluso errores a veces importantes.

A pesar de que el tema de la descriminalización y despenalización trataré de desarrollarlo esta tarde en la segunda de estas Conferencias, no tengo más remedio que, aun cuando sea de forma muy ligera y superficial, referirme, incluso de pasada, a algunas de las conclusiones que allí mantendré.

Quiero decir ante todo que toda gran reforma jurídica (y nada hay tan próximo a la persona como el Derecho), y sobre todo si la reforma es jurídico-penal, por razones obvias que todos conocemos y que por límites de tiempo no podemos desarrollar, ha de partir de las convicciones más profundamente arraigadas en el pasado, porque si no es así los textos legales viven distanciados de la sociedad, de las gentes, que no los

asumen, que no los defienden porque no los consideran suyos. Sé que a veces urgencias legislativas imponen una andadura galopante a las reformas porque el tiempo juega en ellas un papel muy preponderante, y yo recuerdo en este sentido los amables, pero firmes, reproches que el Prof. Beristain hizo a la reforma del Reglamento de Instituciones Penitenciarias, de 29 de julio de 1977, en cuya preparación también tuve la satisfacción de participar. La reforma de 1983, aunque con superior rango legal –nivel de ley orgánica– y por consiguiente habiendo de decidir sobre la misma el Poder legislativo, el Congreso de Diputados y Senado, en quienes reside la potestad legislativa del Estado, conforme al artículo 66 de la Constitución, como legítimos representantes del pueblo, también era urgente. Así, pues, aunque el período preparatorio haya sido muy rápido, la transparencia, la dinámica de las diversas posturas, y la publicidad quedan garantizadas por la intervención de los parlamentarios y por su correspondiente voto y por consiguiente habrá de aplazarse, tal vez hasta la gran reforma, el amplio debate de juristas y no juristas sobre sus fundamentales aspectos y soportes.

En cualquier caso las líneas maestras de cualquier reforma penal creo que deben responder a estos principios:

1º. La reforma ha de buscar una cierta correspondencia o adecuación entre el Derecho penal sustantivo, el Derecho penal procesal, el Derecho penitenciario y el Derecho orgánico (Judicial, Ministerio fiscal y Abogacía). Hace pocos meses y con ocasión del Curso que sobre las reformas legales y la Constitución organizó la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y en el que corrió a mi cargo la exposición de las modificaciones procesales, mantuve, reiterando afirmaciones tantas veces expuestas, que esta idea es un presupuesto indispensable para que la reforma penal sea un éxito. ¡Cuántas veces leyes buenas han fracasado por no disponer de los complementos indispensables! Pensemos en un determinado Código penal, el que ustedes quieran imaginarse, y llevémoslo a la práctica de forma ideal, es decir, pensemos inmediatamente en su aplicación en función de distintas leyes de enjuiciamiento criminal o de procedimiento penal. El número de condenas será en cada caso distinto, en razón del sistema que cada una de esas leyes procesales establezca en cuanto a las pruebas, en razón a la discrecionalidad que se conceda al juzgador, a la intervención del Ministerio fiscal (a quien yo siempre veo y deseo ver únicamente como instrumento de la justicia), a la intervención de las partes (acusadoras y acusados), a la existencia o no de recursos (apelación, casación), a la naturaleza y extensión de éstos, etc., y lo mismo podemos decir en cuanto a la prisión preventiva. Otro tanto, con los adecuados temperamentos, ha de predicarse de la ejecución de las penas privativas de libertad. Cumplir la pena en uno u otro establecimiento, en uno y otro grado, confiere a la misma sanción unos perfiles absolutamente distintos. Es imprescindible, pues, que la ejecución de las penas corresponda a las autoridades judiciales y que esté ordenada bajo los mismos principios que informen el Derecho penal. Y para terminar, de la ubicación de los órganos judiciales, de su mayor o menor trabajo, puede depender en buena medida la inmediatividad del Juez, la marcha del proceso y la duración de éste, aspecto este último definitivamente importante.

Por ello, sólo la reforma en profundidad de todo el ordenamiento puede conducir a un cambio radical en el Derecho penal, una de cuyas características, como ustedes sin duda saben, es que sólo puede realizarse a través del proceso (recordemos la significación del principio de legalidad) frente a lo que sucede con el Derecho privado (civil,

mercantil, laboral) en el que lo normal y ordinario es precisamente que las relaciones jurídicas discurran por cauces no procesales, es decir, al margen de la intervención de los órganos jurisdiccionales.

2º. Deben reducirse considerablemente los límites del Derecho penal.

No es acertado esperar que los Códigos penales resuelvan las crisis sociales como si de una panacea se tratase. Pero de esto hablaré esta tarde. El Derecho penal debe ser la “última ratio” y jamás debe defender, y en ello ha puesto un especial acento el Prof. Marino Barbero, ni opciones políticas ni comportamientos que no hayan obtenido un consenso social generalizado.

3º. Debe fortalecerse el principio de seguridad jurídica que tiene hoy rango constitucional y que, a mi juicio, no es un simple complemento de la Justicia, sino que forma parte de ella misma. Ninguna norma puede ser justa si no conlleva la imprescindible dosis de seguridad jurídica. No puede haber en el Derecho penal (y me refiero por supuesto a las leyes penales sustantivas, a las procesales y a las penitenciarias) asomo de ambigüedad e imprecisión. El Derecho penal es, hoy por hoy, indispensable, pero ya que lo es hagamos de él un ordenamiento jurídico que propicie la seguridad. Que los límites de actuación del ciudadano estén muy bien limitados, es decir, que la frontera entre la licitud y la ilicitud penal sea muy clara, sin asomo de equívoco o duda.

4º. Debe, por consiguiente, ponerse al día la Justicia y deben desarrollarse intensamente, más que extensamente, los derechos del hombre. Es decir, sólo un movimiento paralelo de reforma penal y de decidido desarrollo y protección, incluso penal, de los fundamentales derechos humanos será capaz de hacernos avanzar positivamente en el camino que todos deseamos recorrer, pronto, hacia una sociedad más equilibrada y más justa.

5º. Es imprescindible, como también trataré de demostrar esta tarde, que la tarea desriminalizadora y despenalizadora se acompañe de un reajuste de bienes jurídicos protegibles penalmente con un trasvase de conductas del mundo penal al extrapenal, del extrapenal al penal, y una mejor dosimetría punitiva que en varios trabajos ha permitido exponer, y que en nuestro Código vigente y aun en el Proyecto de 1980 creo que es muy imperfecta.

6º. Al elaborar la plataforma de la reforma han de contribuir juristas y no juristas, y el Prof. Beristain también en esto ha sido ejemplo de buen hacer científico y universitario buscando y obteniendo la colaboración de diversos especialistas de distintos campos: psiquiatría, medicina, psicología, sociología, pedagogía, criminología, ecología, etc., etc.

III. LA REFORMA DE 1983

Voy a hacer un brevíssimo resumen de ella, pues el tiempo no da para más y serían imprescindibles muchas horas para llevar a cabo un estudio incluso superficial de la misma. No es mi propósito dar cuenta puntual de las modificaciones que van ustedes a conocer a través de un equipo de Profesores de tanta categoría como los que en esta Facultad, con el Prof. Beristain al frente, llevan a cabo la docencia. Pretendo exponer-

les muy breve y sistematizadamente, la reforma y hacer un provisional juicio crítico de ella.

1º. Se dota de mayor fijeza y seguridad al Derecho penal al eliminar, como consecuencia de la introducción del principio de culpabilidad en la Parte General, los graves residuos de responsabilidad objetiva o de responsabilidad por el resultado. La sola introducción del artículo 3 del Proyecto 80 en el último párrafo del artículo 1º puede dar lugar a una positiva revolución en nuestro ordenamiento: es decir, el artículo 1º dice: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa". Es decir, cuando un Juez o Tribunal haya de aplicar cualquier precepto del libro II en el que como es relativamente frecuente aprecie residuos de responsabilidad objetiva debiera, a mi juicio, eliminarlos, sin más, en función de este artículo 1º. Antes incluso de conocer esta reforma así lo propuse en la Conferencia que di en la Escuela de Estudios Judiciales de Lisboa el pasado año.

La inclusión de la teoría del error (art. 6 bis a) no me parece, en cambio, urgente porque sin ella venían ya aplicándola, de acuerdo con los principios generales, los Tribunales. Pero desde luego es aceptada y en este sentido me remito a las importantes aportaciones del Prof. Torio.

2º. Se concede un mayor arbitrio judicial, lo cual siempre es bueno si se mantiene dentro de unos límites que no atenten contra la seguridad jurídica, y se exige que el Juez o Tribunal motive expresamente su uso, aspecto éste que me parece esencial y que creo responde a la filosofía que inspira la Constitución (v. art. 120.3).

En este mismo sentido de mayor arbitrio podemos citar las medidas de seguridad aplicables a los supuestos de enajenación y sordomudez, en el sentido de sustituir el internamiento por otras medidas cuales son las de sumisión a tratamiento ambulatorio y las privaciones del derecho a conducir y a portar armas (art. 8-1 y 3 y art. 9)¹. También puede incluirse en este apartado a efectos de atenuación de la pena, la incorporación al lado del parentesco, la análoga relación de afectividad de aquellas personas (arts. 11 y 18), reforma que deriva de los Proyectos 80 y 82 y que me parece muy positiva pues existen relaciones de afecto y cariño que no se comprenden dentro de los límites puramente legales del parentesco y que la ley no puede ni debe desconocer.

3º. Un menor rigor punitivo. Con lo cual se incorpora nuestro texto penal a la moderna corriente despenalizadora. Aparte del supuesto, importantísimo, de la nueva estructuración de los delitos contra la propiedad, a la que enseguida nos referiremos, debemos señalar en este orden de cosas las siguientes manifestaciones:

Imposición de penas (art. 61) A) Si concurre una agravante se impondrá la pena en un grado medio o máximo; si varias, en su grado máximo. B) Si no concurren circunstancias habrá de imponerse el grado mínimo o medio.

1. Aunque no entiendo bien por qué en el caso del enajenado la sustitución del internamiento puede hacerse desde el principio o durante el tratamiento y en cambio en los supuestos de sordomudez (o de alteraciones de la percepción –innovación del Proyecto–) que tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad, sólo puede hacerse cuando la evolución del tratamiento lo permite.

Unificación de la reincidencia y reiteración. Sólo habrá reincidencia cuando se trate de un delito comprendido en el mismo capítulo, otro de igual o mayor pena, o dos o más de pena mayor (art. 10,15) y su efecto consiste simplemente en la obligación de imponer la pena en un grado máximo, sin posibilidad de elevar la pena en grado.

Penas accesorias. Sólo se imponen cuando la profesión u oficio hubiere tenido relación directa con el delito cometido (art. 42).

Comiso. Si los efectos o instrumentos no son de ilícito comercio y su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente (art. 48)².

Suspensión de condena. Se extiende a los rehabilitados y se dispone que la primera condena por imprudencia no temeraria no se tendrá en cuenta (art. 93). En cambio desaparece la suspensión del fallo (Proyecto 80) o la suspensión de condena sin inscripción registral (Proyecto 82), institución una u otra que tal vez hubiera dado buen resultado en orden a la esencial finalidad de conseguir la reinserción social del condenado, en los correctos términos en que dicha expresión ha de entenderse.

Rehabilitación. La rehabilitación, siguiendo la orientación del Proyecto 80, que también continúa el Proyecto 82, va a extinguir de modo definitivo todos los efectos de la pena (y ya hemos visto hace un instante uno de sus efectos). Sólo elogios merece la reforma en este sentido (ver artículo 118).

Interdicción. Queda suprimida, en buena hora, esta pena que también suprimía el Proyecto 82 (art. 43) lo que obligará a modificar simultáneamente el Código civil (arts. 228 a 230)³.

Pena de privación del permiso de conducir. No puede ya imponerse con carácter definitivo (arts. 340 bis a) y 565).

Supresión del delito de conducción ilegal (art. 340 bis c). Se trata pues, de una despenalización, manteniendo simplemente la ilicitud administrativa.

La multirreincidencia deja de existir y la pluralidad de condenas de faltas no transforma el hecho en delito (sigue en esto a los Proyectos del 80 y 82).

4º. Corrección de situaciones de injusticia, por deficiencias técnicas. En este sentido el artículo 15 bis, que se refiere a la actuación como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro, que responderá penalmente aunque no concurran en él y sí en la entidad o persona en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo. Reforma que trae su origen en el Proyecto 80 y que recogió también el Proyecto 82. Pensemos en los delitos de quiebra, entre otros, a los que se han referido los Profesores Rodríguez Devesa y Viladás.

2. Esta innovación se introduce ya en la Ley de Contrabando y lo siguió el Proyecto de 1982.

3. V. Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, Parte especial, 1980.

5º. Mayor precisión técnica. Por ejemplo, la legítima defensa que se reagrupa acertadamente en un solo número (art. 84, 5 y 6) supresión del número 8 del artículo 8 que pasa al artículo 6 bis b) (caso fortuito y fuerza mayor que evidentemente son una circunstancia eximiente de responsabilidad criminal); la unificación de los estados pasionales en cuanto atenuantes de la responsabilidad criminal: la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad.

Se introduce el delito continuado, recogiéndolo del Proyecto 80 (también el Proyecto 82 lo recogió siguiendo la dirección marcada insistentemente por la doctrina jurisprudencial y científica) (art. 69 bis).

En relación a la responsabilidad civil se reforma el artículo 20 sin apenas trascendencia práctica porque, en general, de los supuestos contemplados en dicho artículo (enajenación, minoría de edad, sordomudez, estado de necesidad, miedo insuperable) los casos de enajenación, minoría de edad y sordomudez que son los más frecuentes no terminan por sentencia sino por auto y el proyecto se refiere a las sentencias absolutorias. Por tanto será escasísima, creo, la efectividad de la reforma en este sentido. En cambio prescinde de la reforma introducida por el Proyecto 82, a mi juicio definitivamente importante (aunque sin duda debió ser equivocada porque no ha tenido excesivo eco, sino más bien amplias reservas), de que el Juez penal en determinados supuestos pueda, a pesar de la sentencia absolutoria penal, resolver el problema de la responsabilidad civil. (Pienso especialmente en los supuestos de imprudencia (arts. 565, 586-3 y 600, en relación con el 1902 del Cc. y el 39 de la Ley de 24 de diciembre de 1962). No tengo tiempo material de desarrollar esta idea, pero con los retoques oportunos (en este sentido se manifestó mi compañero Soto Nieto) creo que hubiera sido, mientras el proceso civil no se reforme, un acierto y que hubiera contribuido a dotar de mayor eficacia a la Justicia.

6º. Adaptación a la Constitución y a las leyes que lo han desarrollado. Supresión "formal" de la pena de muerte (art. 16 CE.). El efecto de mantener esta pena, aunque sea de forma residual, en el Código era muy negativo.

Eliminación del dualismo anacrónico y obsoleto de los presidios-prisiones (art. 14 CE.).

Inclusión de los delitos de injurias, calumnias o amenazas graves a las Instituciones constitucionales (art. 161.1).

Nuevo enfoque del tema de la libertad religiosa y su protección penal (arts. 205 y ss.) (art. 16 CE.). La supresión de la circunstancia 17 del 10 (lugar sagrado o dedicado al culto, según la redacción del Proyecto 82) es, en cambio, a mi juicio, de dudoso acierto porque los sentimientos religiosos, todos ellos, son dignos de especial protección.

Supresión de la distinción entre filiación legítima o ilegítima, autoridad marital, etc. Prácticamente todo ello estaba recogido en los Proyectos 80 y 82.

7º. Nuevas protecciones penales (consecuencia también, sin duda, de la Constitución):

Libertad Sindical y derecho de huelga. El nuevo artículo 177 bis dice: "Los que de cualquier manera impidieran o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del

derecho de huelga". Como se ve, se trata de la protección de la libertad sindical (arts. 7 y 28.1 CE.) y del derecho a la huelga (art. 28.2 CE.). En cualquier caso creo que está redactado con excesiva amplitud. Tal vez pudo decir: "Los que dolosamente impidan o gravemente limiten el ejercicio legítimo..." y, si acaso, añadir: "Cualquier otra restricción dolosa a estos derechos será castigada con pena de multa de 30.000 a 100.000 pesetas".

Protección al consumidor. El artículo 346 queda redactado así: el productor, distribuidor o comerciante que ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las Leyes o Reglamentos sobre caducidad o composición y pusiera en peligro la salud de los consumidores, será castigado con la pena de prisión menor y multa de 750.000 a 3.000.000 de pesetas.

En mi opinión (siempre modesta y que someto al más acertado criterio de cuantos me escuchan), el tipo penal construido por la reforma del 82 era más eficaz: 1) porque el Proyecto del 82 se refería no sólo a caducidad y composición, sino a cualquier otro requisito de análoga significación (por ejemplo envases) y no exigía peligro para la salud del consumidor. Sé que no es bueno echar mano de la analogía en el Derecho penal y menos en la Parte Especial, pero tal vez se pudo buscar otra fórmula de cierre de conductas merecedoras de reproche punitivo.

Como ya he anticipado y trataré de exponer con mayor detalle esta tarde, la despenalización y despenalización han de entenderse referidas no sólo al fenómeno de la menor incidencia del Derecho penal en los comportamientos sociales sino también en una nueva concepción global de los bienes dignos de protección punitiva. La defensa del consumidor, a la que el Consejo de Europa ha dedicado tan especial preocupación e inquietud, es un bien jurídico de primerísimo rango, digno de protección penal.

Medio ambiente.-El artículo 347 bis a) castiga al que contraviniendo las leyes⁴ o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier naturaleza en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas que puedan perjudicar gravemente la salud de las personas, de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Me parece en principio acertada la redacción que a su vez es consecuencia de un mandato constitucional (art. 45 CE.).

Seguridad en el trabajo. El artículo 348 bis a) dice: "Los que estando legalmente obligados no vigilén o faciliten los medios para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad exigibles con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física...".

Tal vez hubiera sido mejor esta redacción: "Quienes estando legalmente obligados a hacerlo no tomen las medidas necesarias para que los trabajadores desempeñen su actividad con la seguridad exigible o no impidan el trabajo hasta que se hayan tomado, si se pusiere en peligro la vida o la integridad física o psíquica...".

8º. Nuevo enfoque de algunas figuras de delito.

4. Sáinz Cantero, José A., "Criminología de los fraudes de alimentos", en *Estudios penales y criminológicos*, VI, Universidad de Santiago de Compostela. Presentación del Profesor Fernández Albor, 1983.

Despenalización del aborto en determinados supuestos. En este sentido quiero, anticipadamente y de manera expresa, dar testimonio de mi mayor respeto a todas las opiniones.

El tema del aborto ofrece connotaciones de muy diversa naturaleza, de orden ético, médico, sociológico, político y por supuesto jurídico. Sólo después de una reflexión muy serena, respetuosa y tolerante con las posturas contrarias y de un cambio de impresiones amplio y sincero, estará el Derecho en condiciones de dar una solución equilibrada a los problemas que plantea.

Como anticipo a lo que ustedes tal vez puedan preguntarme, quiero señalar que en mi modesta opinión la protección de la vida humana, sea o no ésta independiente, debiera mantenerse siempre en el ámbito penal. Creo que son muchas las razones que apoyan esta idea. La despenalización, que patrocino incondicionalmente, ha de seguir un orden, en función del lugar que ocupa en la jerarquía de bienes protegibles el bien discriminable y el ser humano, desde que es concebido hasta que muere, creo que está situado en los primeros lugares de la tabla penal.

Ahora bien, esta conclusión es perfectamente compatible con no desconocer la dramática situación de aquellas madres que se encuentran en situaciones muy graves por circunstancias de una u otra índole que todos cuantos hemos conocido y vivido la realidad penal apreciamos bien, que a ninguno puede pasarnos desapercibida y que el ordenamiento jurídico que, en definitiva, ha de ser regulación justa, y por consiguiente humana de la convivencia, no puede ni debe olvidar.

Creo que, en este sentido, hay que destacar tres aspectos importantes: 1) Que es imprescindible llevar a cabo una política de información seria y clara en orden a la planificación familiar. 2) Que la sociedad debe asumir la filosofía de la Ley de 13 de mayo de 1981, en relación con las madres solteras, a las que expresamente se refiere la Constitución española y a los hijos no matrimoniales (art. 39 de la Constitución); la situación actual es muchas veces resultado de hipocresías insostenibles: condonar el aborto y no acoger a las madres, solteras o no, que han dado a luz un hijo es absolutamente inaceptable, y 3) Debe agilizarse y dotársele de mayor efectividad al Instituto de la adopción.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, único en el que acaso mi modesta opinión puede tener algún valor, reitero mi punto de vista de dar solución al problema en la Parte General en función de una construcción más amplia y generosa del estado de necesidad, y tal vez, y en este sentido me he manifestado con anterioridad, dando entrada a la eximente de no exigibilidad de otra conducta, distinta de la seguida por el autor, sin perjuicio de un reajuste del sistema punitivo, y de la incorporación de una circunstancia atenuante muy privilegiada dentro del delito de aborto cuando se den determinados supuestos.

Centrando nuestro comentario en el Proyecto de Ley, y concretamente en el artículo 417 bis, nos permitimos indicar lo siguiente:

1º. El supuesto de grave peligro para la vida de la madre está comprendido en la circunstancia de exención de la responsabilidad criminal número 7 del artículo 8º del Código penal. La expresión "salud" nos parece, en cambio, ambigua y por consiguiente peligrosa. ¿Cómo se acredita el grave peligro? ¿Ante quién?

2º. En cuanto a este supuesto las dudas e inquietudes son aún mayores. Parece que el precepto exige: A) Que exista un delito de violación, presupuesto incuestionable para que el aborto no sea punible. B) Que se haya denunciado, y C) Que se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación. Y preguntamos: ¿Qué sucede si se acredita que la denuncia se presentó falsamente? ¿Cómo se resolverán los supuestos de participación culposa por parte del médico? ¿Qué sucede con la superación del plazo?, (la observación es aplicable al supuesto siguiente). El problema de la no existencia de violación se planteó en la Comisión General de Codificación y uno de los Ponentes respondió que sería condenado por aborto una vez dictada la sentencia abolutoria. El problema, pues, parece que queda sin resolver.

3º. También es muy ambigua la expresión “graves taras físicas o psíquicas”.

Como indicaciones comunes a todos los supuestos anteriormente indicados podemos preguntarnos: ¿siendo el aborto un delito perseguible de oficio, en el que únicamente cuando concurren circunstancias excepcionales no es punible (es decir, tratándose de un supuesto de “excusa absolutoria”) (v. art. 18 Cp.), será necesario que los Tribunales decidan en cada caso si concurren o no tales circunstancias? La Ley no dice nada. ¿Será indispensable incoar un sumario en todo caso? ¿Qué sucederá en los supuestos de denuncias de familiares o no familiares? Pensemos que una mujer consiente (¿cómo se acredita el consentimiento?) en que se practique un aborto y como consecuencia de él, muere y sus padres, enterados de las maniobras abortivas, denuncian el caso estimando que no se dan los requisitos legalmente establecidos. ¿Le bastará al médico con la certificación de la denuncia y el acreditamiento del consentimiento?

También deberían estudiarse la incidencia del error en estos supuestos en función de la reforma a la que nos venimos refiriendo.

Delitos contra la propiedad.

Robo con violencia o intimidación en las personas. En el número 1 la muerte tiene que ser producida dolosamente; en el 4 se refiere al homicidio culposo (¿por qué en un caso se habla de muerte y en otro de homicidio?). Debiera unificarse la terminología y tal vez referirse en ambos casos a la muerte, sin más.

Robo con fuerza en las cosas:

La pena que se impone es la siguiente:

- Arresto Mayor: No excede de 30.000 pesetas.
- Prisión Menor: Sí excede (art. 505).

Son circunstancias agravantes (art. 506)⁵ (las expresiones que utilizamos están resumidas):

1. Llevar armas u otros objetos peligrosos.
2. Realizar el hecho en casa habitada o sus dependencias.

5. Hay un error, sin duda material, porque la agravación no se produce como dice el artículo 506 a los efectos del artículo anterior. Tal vez debió decir: “son circunstancias que obligan a imponer la pena en su grado máximo, las siguientes...”

3. Asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo.
4. Contra oficina bancaria, recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra la persona que custodia el transporte.
5. Llevarlo a cabo en edificio público o dependencias.
6. Que se trate de cosas destinadas a un servicio público con grave perturbación o de cosas de primera necesidad si se produce situación grave de desabastecimiento.
7. Que se refiera a cosas de valor histórico, cultural o artístico (creemos que sería suficiente referirse al valor cultural) (art. 46 de la Constitución).
8. Que el hecho revista especial gravedad por el valor o los daños.
9. Si el delito coloca a la víctima o su familia en grave situación económica o se abusa de superioridad.

Penas: Si concurre la 1^a con la 2^a, 3. ó 4^a puede ponerse la pena superior en grado, es decir: Prisión Menor en el primer caso y Prisión Mayor en el segundo si excede.

Hurto: Se suprimen los números 2, 3 y 4 del artículo 514. Creemos que es acertado (Proyectos 80 y 82).

Penas:

– Arresto Mayor: Si excede de 30.000 pesetas.

– Si concurren dos o más circunstancias o una muy cualificada, la pena será de Prisión Menor.

Circunstancias agravatorias (también se expresan resumidamente):

1. Afectar al servicio público con grave perturbación del mismo o tratarse de cosas de primera necesidad si producen situación grave de desabastecimiento.
2. Referirse a cosas de valor histórico, cultural o artístico (v. lo dicho anteriormente).
3. Que el hecho revista especial gravedad por el valor o los perjuicios.
4. Que el delito coloque a la víctima o su familia en grave situación económica o que se haya realizado con abuso de superioridad.

Estafa: Se toma acertadamente la definición del Prof. Antón Oneca.

Penas:

– Arresto Mayor: Si el valor excede de 30.000 pesetas.

– Si concurren dos o más circunstancias o una muy cualificada: Prisión Menor.

– Si la 1^a ó 7^a con la 8^a (ésta aparece pues como superagravatoria): Prisión Mayor.

Son circunstancias agravatorias si el delito se lleva a efecto:

1. Alterando sustancia, calidad o cantidad de cosas de: a) primera necesidad, b) viviendas, c) otros hechos de reconocida utilidad social.

2. Simulación de pleito o fraude procesal análogo.
3. Con abuso de firma en blanco.
4. Con destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones o autolesiones para defraudar al asegurador o a un tercero.
5. Si coloca a la víctima en grave situación económica o si se abusa de superioridad.
6. Traficando sobre supuestas influencias o a pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos
7. Cuando los hechos revisten especial gravedad por el valor económico del delito.
8. Cuando afecte a múltiples perjudicados.

Observaciones:

1. Debería acaso haberse construido un catálogo unitario de agravaciones específicas en los delitos contra la propiedad.
2. El robo, resulta incomprensiblemente privilegiado. Las circunstancias de agravación pueden elevar la pena en el delito de robo, lo elevan necesariamente en los demás supuestos.
3. No es precisa (y en la deficiencia incurrió también el Proyecto 82) cómo se determinará la calificación de las agravantes.
4. No queda claro (y reiteramos que aquí el defecto ha de imputarse al Proyecto 82) el juego conjunto de las agravantes genéricas y específicas. ¿O es que en estos casos no actúan las primeras?
5. La expresión “múltiples perjudicados” que puede producir la elevación obligada a Prisión Mayor es muy ambigua y rechazable en función de su especialísima significación.

A todos estos problemas me referí en los Comentarios que formulé al Proyecto de 1982, en el que, como ya he dicho en varias ocasiones, tuve la satisfacción de intervenir muy activamente.

Drogas:

Respecto al tipo viene así establecido: “Los que promovieren, favorecieran o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o las poseyeran con este último fin”.

En cuanto a la pena: serán castigados con Prisión Menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas cuando causen grave daño a la salud. Se impondrá la pena de Arresto Mayor, cuando sin concurrir las circunstancias del párrafo anterior (creo que hay aquí un error de redacción)⁶ se trate de sustancias que no causen un daño grave, inmediato y eventualmente irreversible (art. 344).

6. Me parece que hay un error de redacción: “cuando sin concurrir las circunstancias del párrafo anterior”.

El delito se agrava, debiéndose imponer, conforme establece la reforma, las penas superiores en grado cuando la sustancia psicotrópica se difunda entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios.

Aparte del que creemos es error de redacción, arriba indicado, estimamos que falta una sanción económica en el segundo párrafo y que la elevación en grado debió referirse a menores de dieciocho años en todo caso y a la distribución en colectividades (¿por qué no en un centro de trabajo o en un hospital y sí en una Universidad, por ejemplo?).

9º. Otras innovaciones. En las que por razones de tiempo no podemos ya entrar, referidas por ejemplo a la posibilidad de adoptar determinadas medidas de seguridad en ciertos supuestos, a que el perdón sólo se puede otorgar en los delitos contra la honestidad antes de que recaiga sentencia en la instancia (art. 443, párrafos 4 y 5), etc.

10º. La actualización económica de las multas. Se elevan un 50 por 100 en general, de 20.000 pasan a 30.000; por ejemplo de 20.000 a 200.000 pesetas pasan a ser de 30.000 a 300.000 pesetas.

Y en los tipos penales que suben el doble aproximadamente: de 15.000 a 30.000 pesetas; de 30.000 a 50.000; de 150.000 a 250.000; de 300.000 a 500.000; de 1.500.000 a 2.500.000 pesetas.

IV. RESUMEN

Como síntesis muy apretada de cuanto queda dicho podríamos, tal vez, señalar lo siguiente:

Existe una excesiva imprecisión en los supuestos de medidas de sustitución del internamiento en los casos de enajenación, sordomudez o alteraciones en la percepción con grave alteración de la conciencia. Pensemos en los casos de muerte que sería calificada de asesinato, en supuesto de violación, etc. A mi juicio esta sustitución debería poderse hacer efectiva en los supuestos de delitos a los que correspondieran penas superiores a prisión menor; la supresión de la institución de la supresión de condena sin inscripción registral no me parece afortunada, tampoco la eliminación de los beneficios de redención a los presos preventivos (aunque la modificación ya anunciada de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación a la prisión provisional atenúa mucho sus efectos), el cierto confusionismo que impera en la reforma de los delitos contra la propiedad, la relativa indeterminación o vaguedad de algunos tipos penales, la regulación del aborto no punible en los términos ya examinados, etc., son aspectos que estoy seguro que corregirán las Cortes Generales. También la no inclusión de la reforma del artículo 369 en relación con la negativa a obedecer un mandato constitucional me parece injustificada.

En cambio, creo que hay que elogiar sin reservas la configuración mucho más precisa y técnica del delito, permitiendo de esta manera, para decirlo en términos muy utilizados actualmente, una nueva lectura del libro II del Código penal, el mayor árbitro judicial, el menor rigor punitivo, las nuevas protecciones a bienes jurídicos de especial

significación, el nuevo enfoque, con los temperamentos ya indicados de los delitos contra la propiedad, etc., etc.

En definitiva, estoy convencido de que si entre todos ponemos al servicio de quienes en última instancia han de decidir, que son los Diputados y Senadores, nuestras inquietudes, nuestras reservas y apreciaciones, cada una desde su punto de vista, con profundo respeto hacia quienes no opinan como nosotros, podrá tener el legislador mayores elementos de juicio para acertar en su difícil pero trascendental tarea de legislar y de poner al día nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo en todo, en sus principios generales y en sus mandatos, con la Constitución⁷. En resumen el balance de la reforma es altamente positivo, pero exige retoques y recambios importantes, por acción u omisión.

Si se tuviera que hacer un esquema de observaciones al Proyecto, de forma todavía muy provisional por no haber dispuesto de tiempo suficiente para una más profunda reflexión, diría lo siguiente:

Artículo 1º No debiera decirse “no hay pena sin culpa ni dolo”, sino “no hay delito...” porque sin culpabilidad jamás puede hablarse de delito o falta.

Artículo 93. Debiera reconsiderarse la conveniencia de incluir la suspensión del fallo, conforme al Proyecto 80 o la suspensión de condena sin inscripción registral, como recogía el Proyecto 82.

Artículo 100. Estimamos injusto que el preso preventivo no pueda beneficiarse “ad cautelum” de la redención de penas por el trabajo.

Artículo 177 bis. Debiera configurarse como delito doloso.

Artículo 344. La agravación en el delito de tráfico de drogas debe aplicarse siempre que el destinatario sea una colectividad, cualquiera que sea la naturaleza de ésta.

Artículo 346. Debiera ampliarse su contenido e incorporarse medidas en el supuesto de producirse el delito dentro de una organización o empresa.

Artículo 348. Tal vez convendría una redacción más precisa.

Artículo 369. Debió seguirse la orientación del Proyecto de 1982, incluyendo la Constitución como norma básica, cuya defensa y respeto deben determinar la ausencia de responsabilidad criminal para quienes desobedecen órdenes que la contradicen directa y abiertamente.

Artículo 417 bis. Estimamos que debiera reconsiderarse porque su redacción es muy ambigua e imprecisa y pudiera acaso atentar al principio de legalidad que es, en definitiva, una manifestación muy importante de la seguridad jurídica.

7. López Rocha, Manuel Antonio, *O novo Código penal portugués* (algunas questoes de Política Criminal) Lisboa, 1983. En este importante trabajo en relación con el recientísimo Código penal portugués, destaca el autor la época de crisis en la que nace el Código y que el tema merecería ser tratado en profundidad al trascender en mucho las limitadas proporciones de un análisis sectorial a cargo de juristas y criminólogos requiriendo un esfuerzo colectivo y multidisciplinar.

Artículo 443. Debiera decirse expresamente que si el perdón se produce con posterioridad necesitará, oído el Ministerio fiscal, la aprobación del Tribunal.

Artículo 506. Corregir lo que me parece que es equivocada referencia inicial son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior... Determinar cuál es el efecto de la concurrencia de estas agravantes o de las agravantes genéricas. Precisar cómo debe declararse la naturaleza cualificada de una circunstancia de agravación y exigir su motivación. Si no se precisan estos efectos el confusionismo creemos sería más grave.

Artículo 514. Debe quedar claro que la multirreincidencia en las faltas no transforma jamás éstas en delito (cf. art. 587).

Artículo 515. Nos reiteramos, en general, a las observaciones del artículo 506.

Artículo 528. La agravación especial del inciso final debiera suprimirse en cuanto a sus efectos, por su indeterminación, o corregir su redacción.

Tampoco debiera olvidarse el problema que intentaba solucionar el Proyecto de 1982 de las absoluciones penales, cuando es procedente conforme al ordenamiento jurídico declarar una responsabilidad civil, lo que en la práctica conduce desgraciadamente, en muchas ocasiones, con toda seguridad, las más necesitadas de protección, a que las víctimas por la preocupación de iniciar un proceso civil, largo y costoso, no reclamen⁸.

8. Lógicamente el cabal entendimiento de este trabajo exige tener presente el Proyecto de Ley correspondiente.

Ruiz Vadillo, Enrique, *Algunas observaciones al Proyecto de Ley de reforma parcial del Código penal*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.

V. también *Interrupção voluntaria de gravidez*, Procuradoria Geral da Republica, Lisboa, 1982. Informe redactado por el Procurador General Adjunto D. Manuel Antonio Lópes-Rocha.

LÓGICA DERECHOS PENALES SUSTANCIOS Y PROCESO PENAL

Su R. regulado contra más regulando en el sistema penal es invariable como se ha visto por un lado se mantiene el mismo lugar de la pena sustancial, el penitenciario para el penitenciario y la propia organización se lleva todo el acuerdo a principio en el penitenciario final, es decir lo que tienen que ver con la pena. ³ La pena se resuelve y se divide penitencia y pena para los delitos menores, los delitos graves y los delitos graves de la pena de prisión, del encierro, del goce y "organización plena" de la pena en sucesivas etapas de los referidos sistemas en el penitenciario de Almenara, Iturbe y Portero, en que tienen naturaleza penitencial, cumpliendo desordenadamente en la configuración una serie penales distintos contenidos como en la foto(3).

Aun que preconiza ciertas etapas de penitencia, pero no en el penitenciario que solo es tipismo que por este motivo se hace, que se pague obtener los mismos o procedimientos constitutivos son estos que se crean por la propia justicia que son penitencia comunitaria. En primera etapa siendo centro por la autoridad en quien se realizan las sanciones a través de las cuales se establecen y se realizan las sanciones y el pago de las sanciones se establecen (3) impone la sanción y por último con ello y con los tratamientos de multas en el caso de sanciones, donde también por la autoridad se realizan sanciones por el pago de multas de acuerdo con la norma de la sanción.

Autógrafo de Enrique Ruiz Vadillo, "La Mediación Penal".

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
97 - 104

DESCRIMINALIZACIÓN Y DESPENALIZACIÓN REFORMA PENAL Y DESCRIIMINALIZACIÓN*

Resumen: A la luz de la reforma penal de 1983, se explica cuáles deberían ser los principios informadores de la nueva ordenación jurídico penal. Así, y tras cuestionarse cuándo es necesario asociar una sanción penal a determinados comportamientos, se debate sobre el contenido y efectos de la descriminalización, la despenalización, la desjudicialización y el principio de oportunidad, siempre buscando un adecuado equilibrio a nivel de bienes o valores protegidos y la intensidad punitiva asociada a los mismos.

Laburpena: Ordenamendu juridiko penalaren jarraipideak zeintzuk izan behar diren aztertzen da 1983-ko eraberritzea kontutan harturik. Hau hala izanik eta zenbait ekintzek zigorra ondorioztat noiz izan behar duten planteatu ondoren, kriminalizazio eza, zigor eza, judizializazio eza, eta egokiera jarraipidea aztertzen dira, askatasuna eta hainbat jokabideek, gizabanako eta gizartea kontutan harturik, duten zigorren arteko oreka mantenduz.

Résumé: Compte tenu de la réforme pénale de 1983, on explique les principes lesquels devraient informer le nouveau ordre pénal. Ainsi, et après remettre en question quand est nécessaire associer une sanction pénale à certains comportements, on débat du contenu et des effets de la décriminalité, la dépénalité, la déjudiciaireté et le principe d'opportunité, toujours en cherchant un adéquat équilibre entre les biens ou valeurs protégés et l'intensité punitive associée à ceux-ci.

Summary: In the light of the penal reform of 1983, the principles which must inform the new penal order are explained. In this way, and after arguing about when is necessary to associate a penal sanction with some behaviours, a discussion about the content and effects of the non-criminalization, the non-punishment, the non-judicialization and the principle of opportunity is presented, always looking for an adequate balance between the goods and values protected and the punitive intensity associated with them.

Palabras clave: Derecho Penal, Principios de Derecho Penal, Penología, Descriimnalización, Despenalización, Desjudicialización.

Hitzik garantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Zuzenbide Penaleko Jarraipideak, Penología, Kriminalizazio Eza, Zigor Eza, Judizializazio Eza.

Mots clef: Droit Pénal, Principes de Droit Pénal, Pénologie, Décriminalité, Désriminalité, Déjudiciaireté.

Key words: Penal Law, Principles of Penal Law, Penology, Non-criminalization, Non-punishment, Non-judicialization.

* Cfr. *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1984, pp. 375-383, A. BERISTAIN (Comp.).

En mi opinión, el más grave problema con el que se enfrenta hoy el Derecho penal es el de conseguir un perfecto equilibrio entre libertad y represión punitiva de determinadas conductas, teniendo en cuenta paralelamente al individuo y a la sociedad.

Esta mañana, en la Facultad de Derecho, he tenido la oportunidad de exponer unos puntos de vista sobre la que, sin duda, será muy próximamente la reforma parcial del Código penal y cuyas líneas generales, con las observaciones que me he permitido formular, estimo acertadas. Tal vez, el orden cronológico de una y otra charla hubiera debido invertirse porque en este momento quisiéramos exponer cuáles han de ser, a nuestro juicio, los principios informadores de la nueva ordenación jurídico-penal y en la mañana de hoy he expuesto cuáles eran las líneas de la reforma. En este orden de cosas creo que es interesante dejar constancia de lo siguiente:

1º. El Derecho penal no debe jamás ser utilizado para defender principios morales, religiosos o ideológicos propios de sectores particulares de la sociedad. En este sentido se han expresado la mayor parte de los juristas, así el Prof. Marino Barbero Santos.

2º. La pena no puede aplicarse para alterar las íntimas convicciones de quienes las sufren y menos aún para obtener la adhesión, ni siquiera formal, de los penados a un determinado sistema organizativo social. Únicamente debe propiciarse el respeto a las más elementales normas de convivencia expresadas en el Código penal. De ahí la necesidad de que los Códigos penales deban ser textos que podríamos denominar universales, en el sentido de contemplar sólo las conductas rechazables, con generalidad, por la comunidad a la que se aplican.

3º. La libertad es un principio tan esencial (cfr. Constitución española) y de un valor tan trascendental que sólo excepcionalmente puede restringirse o limitarse. Por consiguiente es imprescindible evitar el protagonismo que hoy, por desgracia, tienen las penas privativas de libertad en los Códigos penales y entre ellos en el nuestro.

4º. Resulta también indispensable, como consecuencia de lo acabado de decir, utilizar otras penas de distinta naturaleza (arrestos domiciliarios, suspensión de condena, arrestos de fin de semana, privación de derechos, confiscación, retirada de permisos, multas (día-multa), trabajo en provecho de la comunidad, prohibición de contratación, etc.).

5º. El fenómeno de la descriminalización debe ser, en ocasiones, paralelo al de la criminalización. En definitiva, se trata de la neocriminalización a la que se refirió mi querido colega y amigo el Dr. Lopes Rocha (Portugal) o en expresión del señor Legros, recordada por el Prof. Levasseur, del "desplazamiento de las fronteras de la represión". Pensemos en la delincuencia económica.

6º. El legislador no puede olvidar las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia, el derecho a un proceso con plenitud de garantías y sin dilaciones indebidas. Las estructuras judiciales deben, por tanto, conformarse para servir a estos mandatos de nuestro primer texto legal.

7º. Los Jueces y Magistrados deben, debemos, estar permanentemente constituidos en defensa de la Ley y en primer lugar de la Constitución, cuyos mandatos vinculan de manera directa e inmediata a todos los poderes y desde luego al Poder Judicial,

y por encima de nuestras propias convicciones debemos servir las concepciones legales y sociales en cada momento vigentes. En este sentido tenemos no sólo los preceptos constitucionales, lo que sería ya bastante y suficiente, sino también el artículo 3º del Código civil que ordena al intérprete descubrir el sentido y alcance de las normas teniendo en cuenta, entre otros datos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Creo firmemente –y no se trata de un apasionamiento nacido de mi pertenencia a ella–, que los Tribunales están dando constantes muestras de lo que podemos llamar lealtad a la Constitución y al ordenamiento jurídico establecido por ella.

8º. Las leyes y, si ello es posible, la sociedad, deben llevar a cabo las modificaciones estructurales oportunas para hacer menos favorables las circunstancias que pueden dar lugar a la delincuencia o al menos a determinadas formas de delincuencia. Es decir, me refiero a la política de prevención del delito: mejores sistemas educativos, más efectiva política informativa en orden a la planificación familiar, lucha efectiva contra el paro, transparencia total de la política económica, ayuda a los drogadictos, etc., etc. Todo cuanto se gaste en auténtica política de prevención, no formal sino efectiva, se ahorrará después en la represión de la delincuencia.

Y después de este preámbulo nos preguntamos:

1. ¿Cuándo es necesario asociar una sanción penal a determinados comportamientos?

La gente a veces compra y no satisface el precio, se compromete a llevar a cabo determinadas prestaciones y no las cumple y, sin embargo, el Derecho penal no interviene. Pensemos en las instituciones de la mora, en la indemnización de daños y perjuicios, en la nulidad de los contratos, etcétera, como correctivos a ciertos incumplimientos en el mundo de los negocios jurídicos. Encontrar una línea de separación entre el ilícito penal y los ilícitos administrativos, civiles, mercantiles y laborales es especialmente importante.

2. La vida comunitaria es cambiante, móvil, dinámica. El Derecho debe caracterizarse por ese mismo movimiento de oscilación. No tienen por qué defenderse siempre y en todos los lugares los mismos bienes jurídicos, ni con igual intensidad. En una sociedad democrática deben fijarse, sobre las exigencias sociales legítimamente manifestadas, cuáles han de ser estos bienes (establecimiento del catálogo de delitos) y cuál su grado de protección (calidad y cantidad de penas a imponer: dosimetría punitiva, en definitiva).

3. En este sentido me parece de especial interés trasladarles los puntos de vista, que por supuesto someto al mejor criterio de quienes tienen la amabilidad de escucharme, mantenidos en la Ponencia General que tuve el honor de desarrollar, en representación de la Delegación española que presidió el Prof. Barbero Santos, en Aix-en-Provence, en las III Jornadas Internacionales de Defensa Social, bajo el título general de “reforma penal y despenalización”, con referencias a las posiciones que los ilustres juristas y penalistas de las naciones asistentes sostuvieron y en cuyas Jornadas hubo además una práctica unanimidad en los principales temas allí debatidos.

4. Me parece importante destacar dos cosas en este momento: una, que cuento digo y expongo, lo hago como siempre con la mayor dosis de modestia posible, sin otra finalidad que buscar soluciones a problemas fundamentales, desprovisto de todo dogmatismo e intransigencia, y la segunda y última, que creo que en estos temas

debemos renunciar los juristas y aprendices de juristas, como yo, a plantear las dificultades y buscar las metas como asuntos exclusivamente referidos a los profesionales del Derecho, sino como problemas que afectan a todos los hombres y mujeres, sin distinción de actividades y de procedencias, y afirmando la necesidad de colaboraciones extrajurídicas.

Introduciéndonos ya en el tema, vamos primero a explicar las expresiones más utilizadas en esta Conferencia y alrededor de las cuales se va a desarrollar esta charla: desriminalización, despenalización, desjurisdiccionalización y “diversión” o principio de oportunidad. Aunque no es unánime la terminología, pretendo conseguir la mayor claridad posible y, de otro lado, apoyarnos también en la Ponencia de síntesis del Profesor Levasseur.

1. *Descriminalización*. Entendemos por tal todo proceso o decisión legislativa en virtud de los cuales se extrae del Código o de una ley penal una conducta en ellos incluida, eliminando, por tanto, de forma definitiva, la posibilidad de asociar a la misma una pena. Se trata, en suma, del fenómeno inverso a la tipificación o criminalización. Inclusión y exclusión de comportamientos en el Código penal o en las leyes de esta naturaleza significa criminalizar y descriminalizar respectivamente.

2. *Despenalización*. Consiste en una reducción cualitativa y cuantitativa de la pena. Por ejemplo, sustituir una pena de privación de libertad por otra de privación de derechos, o una pena de prisión por otra de arresto. En estos casos estamos en presencia de una desescalada en el sistema punitivo. En cierta manera, y con ciertas reservas, podría decirse que también se despenaliza cuando se establece un sistema de penas alternativas. Por ejemplo, una pena de arresto es sustituida por otra de arresto o multa. El sistema inverso sería el que condujera a un reforzamiento de sanciones penales.

3. *Desjudicialización o desjurisdiccionalización*. Supone sustituir los Tribunales penales, que juzgan siempre a través de un proceso penal, por otras instancias, bien de naturaleza jurídica no penal, o bien de tipo administrativo o incluso social, por ejemplo, médicos. En mi opinión, sin previa desriminalización no debe existir nunca desjurisdiccionalización. Otra cosa es que se logre el mayor perfeccionamiento del sistema judicial, y que a través del Jurado tenga el pueblo participación en la Administración de justicia (v. art. 125 CE.).

4. *Diversión o principio de oportunidad*. El principio de diversión implica conceder a las autoridades encargadas de la persecución de los delitos y faltas penales una opción para hacerla o no efectiva: generalmente se refiere al Ministerio fiscal. Esta facultad, a mi juicio, está llena de peligros graves y pudiera incluso atentar al principio de legalidad establecido en la Constitución Española (art. 25.1).

Fijados los términos del problema, veamos sus posibles soluciones:

Desriminalización. Pensemos, por ejemplo, en el adulterio y amancebamiento que dejaron de ser delitos en nuestro ordenamiento jurídico conforme la Ley de 26 de mayo de 1978, y en ciertas modalidades de aborto que en la reforma remitida muy recientemente por el Gobierno a las Cortes, resultan desriminalizadas, aunque en general se trata de “excusas absuotorias”.

Esta es la verdadera, y para mí única, desriminalización llamada también descriptiva “de iure”, es decir, decretada por la Ley, por el ordenamiento jurídico,

porque la “de facto” constituye un grave atentado al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE.), y una violación al principio de legalidad que ha de entenderse, y esto lo vengo manteniendo desde hace muchos años, positiva y negativamente: 1) Sólo son delitos o faltas las acciones u omisiones tipificadas como tales en la ley. 2) Todos los comportamientos análogos a los incluidos en los Códigos penales deben ser también incorporados como delitos o faltas, y 3) Todos los delitos y faltas deben ser perseguidos pues las cifras negras de criminalidad constituyen un motivo de grave decepción y desconfianza por parte del pueblo en el sistema penal y es lógico que así sea.

La descriminalización de facto que se apunta por algunos autores como una vía hacia la superación de la actual inflación penal, y que algunos defendieron en Aix-en-Provence es, a mi juicio, rechazable. Consiste en que la Policía, por ejemplo, deje de perseguir ciertos comportamientos, que el Fiscal cuando hubiera de actuar, en función de la ley, archive las actuaciones, o que incluso el Juez dicte una sentencia simbólica prácticamente absolutoria o incluso absuelva. Personalmente me explico y justifico esta actitud en ciertas situaciones excepcionales, jamás en un sistema democrático en el cual el legislador, si estima que el hecho no reviste ya caracteres de delito, lo que debe hacer es, sin más, extraerlo del Código penal. Por ejemplo, algunos delitos llamados contra la honestidad a los que se refirió con mucho acierto el Prof. Fernández Albor en las citadas Jornadas Internacionales.

La descriminalización y la despenalización en realidad pueden hacerse a través de la Parte General y de la Parte Especial, aunque en sentido restringido sólo es tal la que se desarrolla en relación de delitos y faltas en concreto, pero en la práctica la reforma de los principios puede tener una incidencia extraordinariamente importante.

En la Parte General (Libro I) se actúa a través de los principios ordenadores del Código, es decir, con proyección a todo él, siendo por consiguiente, como acabamos de señalar, más trascendental, a veces, que la descriminalización operada en los Libros II y III. Así podemos citar el principio de legalidad al que ya nos hemos referido, que incidirá más o menos en la descriminalización según esté o no firmemente sostenido. Igualmente el principio de culpabilidad es esencialísimo; también hay que referirse, en el mismo sentido, al sistema de penas: catálogo, duración, formas de aplicación, instituciones de sustitución de las penas, etc. La reforma del artículo 1º, según el Proyecto de 1983, supondrá en la práctica una extraordinaria descriminalización a pesar de no referirse en concreto a ningún delito, en razón precisamente a la modificación del principio de culpabilidad.

Derecho juvenil. (Que a mi juicio debiera abarcar desde los 16 a los 21 años). Creo que el Derecho penal juvenil es tan específico y requiere tal grado de individualización, que exigiría, tal vez, una política descriminalizadora también específica, porque no puede hablarse del Derecho penal juvenil como el Derecho de los mayores sin otra modificación que aplicar, una circunstancia de atenuación, aunque sea privilegiada. En este sentido quiero recordar las importantísimas aportaciones de los Profesores Beristain y Palacio Sánchez-Izquierdo.

Efectos. La descriminalización que, con acierto, definió en Aix-en-Provence mi compañero Jiménez Villarejo como la política penal consistente en incriminar sólo aquello que sea estrictamente indispensable para obtener y garantizar un nivel aceptable de bienestar social, renunciando a imponer, por la vía de la coacción penitenciaria, valo-

res no universales y haciendo desaparecer en nuestros Códigos ciertas ficciones, puede producir distintas consecuencias según cuál sea el signo de la decisión legislativa en orden a la naturaleza que se va a atribuir a la conducta descriminalizada. Veamos:

1. *Transformación en ilícitos administrativos.* El ilícito penal se transforma en ilícito administrativo. Por ejemplo, la conducción de vehículos de motor sin tener la correspondiente habilitación, hecho que la reforma de 1983 traslada al campo de la ilicitud reglamentaria. Las ventajas de este sistema consisten en: eliminar el estigma que la sanción penal conlleva, hacer desaparecer las inscripciones en el Registro de antecedentes penales, y evitar la posible vulneración del principio "non bis in idem", tan frecuente en nuestro ordenamiento, desgraciadamente, y al que con acierto se ha referido el Tribunal Constitucional. *Inconveniente:* la diferente mentalidad del Tribunal y autoridades administrativas y la posible carencia en el mundo administrativo de las correspondientes garantías al proceso penal. En todo caso, hay que recordar que la Administración civil no podrá imponer, con arreglo al artículo 25.3 de la Constitución, sanciones que impliquen directa o subsidiariamente privación de libertad. En los casos de transformación en ilícito administrativo y como presupuesto básico hay que exigir que imperen los principios de presunción de inocencia, de legalidad, de culpabilidad, y la plenitud de garantía de garantías propias del proceso penal.

2. *Cambio de naturaleza.* Transformar algunos de los delitos públicos en semipúblicos o privados. Por ejemplo, en las III Jornadas se habló de los delitos contra la propiedad intelectual, de los atentados a la intimidad, etc. Por mi parte, tengo grandes reservas en el acierto de esta tendencia por dos razones que expresé en su día en unos Comentarios a la reforma de 1980. 1) Que pueden conducir a un chantaje; aunque Rodríguez Devesa estime, con razón, que casi todos los delitos se persiguen sólo por denuncia de la víctima, las consecuencias sin embargo en la práctica son distintas. Es diferente la presión que la "victima" puede hacer al inculpado, en uno y otro caso. 2) Que favorece a las clases económicamente fuertes que al pagar la indemnización evitan el proceso y la pena. Levasseur se refirió en este sentido a que determinadas comunas, comunidades o asociaciones, pudieran realizar, en favor de quienes carecen de medios, estas ayudas. En este sentido, mi querida amiga y colega Jacqueline Bernat de Celis nos podría haber explicado muchas de sus eficaces y ejemplares actividades en este campo.

El Proyecto de 1983 parece no inclinarse por este camino (que en cierta forma había seguido el de 1980) al reducir incluso la efectividad del perdón en los delitos contra la honestidad hasta el momento de dictarse sentencia en la instancia (art. 443). Y, así, como en este tipo de delitos la institución del perdón puede tener precisamente una mayor justificación, en otros delitos la transformación de su naturaleza puede ser muy atentatoria a los principios de justicia.

En mi opinión, la existencia de delitos privados, en su acepción más genuina, ofrece, pues, más peligros que ventajas. Pero, el tema debe estudiarse desde luego con profundidad y examinar sus pros y sus contras.

Despenalización. Como ya hemos dicho, ha de entenderse como una simple desescalada, en la gravedad y/o cuantía de las penas dentro de un sistema jurídico determinado. Es decir, en estos casos el hecho sigue siendo delito, pero se pune menos. De reclusión se pasa a prisión, de prisión a arresto, o de arresto a multa, por ejemplo.

En este sentido, lo primero que hay que destacar es el fracaso del tratamiento penitenciario al que se refirió el Maestro Marc Ancel con la energía, la convicción y la generosidad en él características, y de cuyo fracaso tanto sabemos todos cuantos hemos dedicado gran parte de nuestra vida a la justicia penal, en mi caso primero como Juez y como Fiscal, y después como Director del Servicio técnico y jurídico de Instituciones Penitenciarias, hasta mi nombramiento para el cargo de Letrado de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. A pesar de todo, no debemos perder la esperanza (y ni el Prof. Beristain ni yo, que trabajamos juntos con ilusión, y él con ejemplar entusiasmo y eficacia en la preparación de la reforma penitenciaria, la vamos a perder), pero sabemos que es muy difícil obtener la llamada reinserción social. En este sentido, creo que hay que señalar tres cosas: 1) Que, a mi juicio, aun con la mejor buena fe, se confunde a veces el verdadero alcance de la reinserción, como ya he tenido ocasión de expresar en varias ocasiones, pretendiendo imponer un cambio en las ideas que sobre la estructura social tenga el preso. Hay que enseñar simplemente a vivir en libertad respetando el mínimo exigible para conseguirlo, como así lo expresa nuestra Ley General Penitenciaria. (Me remito a los comentarios de García Valdés y Bueno Arús en este sentido). 2) Que la excesiva duración de las penas privativas de libertad es absolutamente contraproducente, y 3) Que en todo caso debemos conservar las mayores esperanzas en el tratamiento en un medio de libertad o semilibertad (artículo 45 del Reglamento de Instituciones Penitenciarias: Régimen abierto).

Por eso, hemos de iniciar la reforma reduciendo los supuestos a los que se asocie pena privativa de libertad, y reduciendo después la extensión de las penas. Impunismo no, pero tampoco destrozar la personalidad de quienes sufren las penas.

Cuáles sean los supuestos merecedores de penas privativas de libertad por la gravedad intrínseca de los hechos (asesinatos, homicidios, violaciones, secuestros, atracos, atentados a la salud pública, graves atentados a la economía nacional, etc.), o por las circunstancias del autor, es algo que debe meditarse muy profundamente y que escapa de la finalidad de esta breve charla.

Las ventajas de la reducción de las penas privativas de libertad son muchas: 1) Se disminuye la pena más asocializadora y degradante. 2) Para los que hayan de sufrirla, se mejora la atención y cuidado, y puede realizarse una labor educativa (en el más amplio y noble sentido de la palabra) muy positiva, y 3) Se puede prestar una mayor atención a la víctima, que es siempre el convidado de piedra en esta representación y a la que debería, en cambio, otorgarse una preferente ayuda, de parte del culpable si puede hacerlo y, en su caso, del Estado; y creo que esto podría llevarse a cabo, y ya lo he expuesto en otras ocasiones, sin gasto alguno para el Tesoro Público.

Desjurisdiccionalización. Como ya dije, no se refiere el tema a si debe o no existir Jurado (tema resuelto por la Constitución en sentido afirmativo, aunque necesite de su correspondiente desarrollo; art. 125 CE.), sino a si deben ser los Tribunales quienes juzguen. En mi opinión, el problema se plantea después de desriminalizar, no antes. Si no hay desriminalización, no puede existir desjurisdiccionalización.

Diversión. Poco más puedo decir a lo que ya tuve oportunidad de expresar. No me gusta la idea de que nadie tenga el poder de perseguir o no en función de no se sabe qué criterios de oportunidad o conveniencia. El principio de legalidad se quebrantaría muy gravemente, y me temo que con grave daño social.

CONCLUSIONES

1. Todos debemos ser llamados a colaborar en las tareas preparatorias de la gran reforma penal porque es algo que a todos nos afecta.
2. El problema fundamental que tiene planteado el actual Derecho penal es el de obtener un adecuado equilibrio, que hoy falta, a nivel de bienes o valores protegidos, y de intensidades punitivas asociadas a los mismos.
3. Para conseguirlo es imprescindible un doble proceso de descriminalización y criminalización.
4. Son varios los caminos a seguir una vez operada la descriminalización: remisión al Derecho administrativo o al Derecho privado (civil, mercantil y laboral). En este sentido se ha manifestado recientemente el Consejo de Europa, en cuyas actividades he tenido y tengo la gran satisfacción y el alto honor de participar.
5. La despenalización debe proyectarse a disminuir los delitos que lleven asociadas penas privativas de libertad, a reducir la extensión de éstas, y a crear nuevas penas con imaginación, siempre que se mantenga la dignidad de quien haya de sufrirlas y la eficacia social del castigo.
6. Sólo una ordenación armónica de todo el conjunto normativo será capaz de obtener resultados positivos.
7. Todo cuanto contribuya a una política de prevención ha de ser generosamente apoyado por todos.
8. La reforma de 1980 creemos que en su Exposición de Motivos (para mí moderada), está en la línea con las actuales exigencias tan generalizadas en el mundo al que cultural y geográficamente pertenecemos.
9. La reforma de 1983 nos parece también en sus líneas generales muy acertada, aunque, como ya dije en la primera conferencia, mantengo algunas reservas en orden a puntos muy concretos.
10. Creo que todos estamos de acuerdo en que unidos debemos luchar para construir un mundo en el que como tantas veces he dicho, y no me cansaré de repetirlo, se imponga la paz espiritual y social como consecuencia de la efectiva implantación de la Justicia.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
105 - 127

LA CRIMINOLOGÍA Y LA VIVENCIA DE LAS CRISIS ECONÓMICAS EN EL DERECHO PENAL*

Resumen: Después de analizar la influencia de las crisis económicas en la evolución delincuencial, estudia las respuestas en el Código vigente, el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983, finalizando con las nuevas perspectivas que se vislumbran.

Laburpena: Krisaldi ekonomikoak dilinkuentzia-bilakabidean duen eragina ikertutakoan, erantzunak indarreango Kode, 1980.eko Projektu eta 1983.eko Aurreprojetu- Proposamenean aztertu zituen, antzeman daitezkeen perspektiba berriekin amaituko zuelarik.

Résumé: Après avoir analysé l'influence des crises économiques dans l'évolution de la délinquance, il étudie les réponses dans le Code en vigueur, le projet de 1980 et la proposition d'avantprojet de 1983, finissant avec les nouvelles perspectives qu'ont entrevues.

Summary: After analyzing the economical crisis influence on delinquency development, he studies the Actual Code answers, The 1980 Proyect and the 1983 Law Proposed Proposal, ending with the new perspectives for the future.

Palabras clave: Crisis económica, índice de criminalidad, delito, estadística, paro, víctima.

Hitzik garrantzizkoenak: Krisaldi ekonomikoa, kriminaltasun indizea, delitua, estadistika, langabezia, bik-tima.

Mots cléf: Crise économique, taux de criminalité, délit, statistique, chômage, victime.

Key words: Economical crisis, delinquency rates or crime rates, crime, estadistics, unemployment, victim.

* *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 1, 1987, pp. 9-33.

SUMARIO

- I. Saludo
- II. Alcance de esta charla
- III. La Criminología y el Derecho Penal
- IV. Crisis económicas. Ideas previas
- V. Su incidencia en el campo penal
- VI. El delito
 - 1. El delito pertenece al Derecho Penal
 - 2. Los orígenes del delito
 - 3. Sus factores determinantes
 - A. La personalidad del autor
 - B. El mundo circundante
- VII. El correlato crisis económica - actividad delincuencial
 - 1. El Consejo de Europa
 - 2. Las graves carencias económicas
 - 3. Los salarios y el desempleo
 - 4. Observaciones sociológicas
- VIII. El movimiento de la criminalidad
 - 1. Consideraciones generales
 - 2. Determinación de los delitos afectados por la crisis económica
 - 3. Algunos datos estadísticos
- IX. El Código vigente, el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983
 - 1. Consideraciones generales
 - 2. La crisis, la delincuencia y el ordenamiento jurídico
 - 3. El Código vigente
 - 4. El Proyecto de Código Penal de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983
 - 5. Delitos contra la propiedad
 - 6. Delitos contra el orden socio-económico
- X. Nuevas perspectivas
- XI. Conclusiones

I. SALUDO

Es para mí motivo de especial satisfacción participar en esta Jornada de Clausura del Curso de Criminología, desarrollado con tan especial éxito, por venir a Bilbao donde con tantos y tan queridos amigos cuento, porque todo lo que afecta al Derecho Penal y a la Criminología me es muy especialmente grato y por ser su Director el ilustre Catedrático, Prof. Antonio Beristain, una de las personas a las que más admiro y aprecio. Pienso con él, dice el Prof. Muñoz Conde, que los conocimientos que nos brinda la nueva Criminología son aprovechables no sólo para criticar el viejo Derecho Penal, sino para construir uno nuevo más justo que respete la dignidad humana por encima de cualquier otra consideración utilitaria o metafísica. La historia del Derecho Penal, sigue diciendo, ha sido casi siempre una historia tétrica, plagada de lesiones y sufrimientos, y el Derecho Penal mismo, un instrumento terrible de opresión y represión. Para los que, como Antonio Beristain, tienen fe en el futuro de la humanidad, el Derecho Penal «no debe ser más una institución esotérica en manos de unos pocos, sino una ciencia, un arte y una praxis que debe cumplir las normas democráticas con la mayor fidelidad, como institución que nace del pueblo y debe estar al servicio del pueblo».

II. ALCANCE DE ESTA CHARLA

Las consideraciones que van a ser objeto de reflexión, aun girando alrededor del tema general ya expuesto, pretenden, más bien, ser una reflexión personal sobre algunos problemas importantes del Derecho Penal con el acento puesto en estas ideas: Crisis económica-Paro-Paro juvenil-Droga-Ocio forzado-Delito-Víctima y Solidaridad.

Antes de nada quiero decir que en mi modesta opinión es absolutamente indispensable para obtener en la lucha contra el delito eficacia y justicia, una profunda renovación en el campo penal y en ello la Criminología tiene un papel preponderante haciendo del hombre, de su dignidad y libertad, el eje de sus principios, estructurando un nuevo sistema de penas y medidas penales, una nueva jerarquía de bienes, un abandono de la prioridad de las penas privativas de libertad con un sistema alternativo de sanciones y una incorporación efectiva de la llamada institución de la no exigibilidad de otra conducta.

Si queremos abandonar la hipocresía que supone defender teóricamente unos bienes y proyectar su defensa legal de forma distinta, si de verdad queremos hacer realidad la rehabilitación del que delinquió, una rehabilitación que le rehumanice pero que no le haga pasar por el aro de nuestros convencionalismos, hay que luchar incesantemente por un nuevo Derecho Penal.

En resumen, como acabamos de decir, el eje del Derecho Penal ha de ser la persona humana, su dignidad y libertad; ha de hacerse una nueva selección de conductas y una nueva jerarquía en su tipología, un cambio profundo en las penas: reducción de las que son privativas de libertad (el último tramo del último reducto) y una búsqueda de alternativas como luego veremos. Establecimiento de la no exigibilidad de otra conducta que es algo distinto y muy superior al estado de necesidad, rehabilitación efectiva facilitando los caminos que conducen al reencuentro de la paz en la justicia: más trabajo humano, digno y resocializador para los internos, (recuerdo las aportaciones

magníficas del Prof. de la Cuesta) para lo cual es imprescindible que existan menos reclusos y mayor número de especialistas, (Criminólogos, Psicólogos, Psiquiatras, Sociólogos, Asistentes Sociales, etc.).

Hay que conseguir la efectividad de la tutela judicial a la que se refiere el art. 24.1 de nuestra Constitución, referida al recluso y a la víctima, con una sentencia justa y en tiempo adecuado, actuando el Juez como motor impulsador de estos cambios, (y en este sentido he de citar al Ilustre jurista y querido y admirado amigo y compañero D. Federico Carlos Sáinz de Robles). Para ello es imprescindible una armónica correlación entre el Derecho Penal sustantivo, el proceso penal, las instituciones penitenciarias y el sistema judicial (jueces, fiscales, abogados).

Y, sobre todo, hay que recordar que el que da amor recibe amor y al que dispensa odio, odio le devuelven. También, y acaso más que en ningún otro Derecho, el Penal debe construirse y desarrollarse con generosidad y comprensión: con amor, lo cual no implica falta de autoridad y energía cuando es necesaria.

III. LA CRIMINOLOGÍA Y EL DERECHO PENAL

La Criminología tiene el mismo objeto material que el Derecho Penal propiamente dicho: La criminalidad es un fenómeno socio-político contenido de ambas ciencias que, a su vez, debe ser base para la prevención (López-Rey).

En definitiva, la Criminología estudia el delito en sus causas, (injustas estructuras sociales y económicas, tendencias congénitas o adquiridas, etc.) y en sus formas de realización en cuanto acontecer social pero obra de una o varias personas físicas, (y, eventualmente jurídicas: V. La responsabilidad penal de las personas morales objeto de estudio por un Comité restringido del Consejo de Europa, del que tengo la satisfacción de formar parte) y, por consiguiente, al delinquente, (que no es delincuente, sino que se encuentra en situación transitoria, más o menos prolongada, de comisión de actos penados por la ley penal) y la lucha contra el delito, (criminalista, penología, profilaxis, etc.) y cuando éste se ha producido estudia los medios para disminuir sus efectos y, por consiguiente, dedica o debe dedicar, atención a la víctima. (En esta línea de preocupación, el Prof. Beristain).

IV. LAS CRISIS ECONÓMICAS. IDEAS PREVIAS

¿Puede afirmarse que las crisis económicas, entendidas en sentido negativo, generan un aumento en la delincuencia? ¿Qué factores habrán de tenerse en cuenta a la hora de valorar los incrementos de los índices de criminalidad? ¿Qué incidencia tiene el aumento/disminución de población? ¿Suele producirse una proporción? ¿Cómo juegan las que podemos llamar variaciones sociales? Pensemos en las modificaciones en los criterios de jerarquización de los valores defendibles, la aceptación y el rechazo de determinados comportamientos sociales, incluidos algunos que figuran en los Códigos penales, etc.

Nada parece que pueda asegurarse con cierta fiabilidad en este sentido. Todo o casi todo son conjeturas y suposiciones más o menos lógicas y coherentes. Nada hay seguro, como enseñada iremos viendo.

V. SU INCIDENCIA EN EL CAMPO PENAL

El tema de la incidencia que las crisis económicas puedan tener en la evolución delincuencial es pues, con toda evidencia, importante, pero hoy por hoy de muy difícil precisión y, a veces, incluso, de imposible determinación por una serie de razones que a nadie le pueden pasar desapercibidas. En efecto, salvo que partamos de la idea de que el aumento numérico de delincuencia hay que achacarlo inexcusablemente a la crisis, si el incremento coincide, efectivamente, con períodos de grave paro, nada puede hacernos asegurar que exista una correlación de penuria económica (paro, inflación, etc.) con delincuencia. Obsérvese, por otra parte, como ya hemos visto, que la proporción resultante habría de ser corregida a través de los aumentos o disminuciones de población y habríamos, al mismo tiempo, de llevar a cabo las oportunas correcciones o interpolaciones en función de las variaciones que los otros factores exógenos hubieran podido tener en la evolución delincuencial, positiva o negativamente, lo que supone una tarea extremadamente delicada y difícil.

Los estudiosos del tema, en general los penalistas y criminólogos, señalan el problema pero, en general también, no se atreven a formular conclusiones en este sentido. Se nos ofrecen así unos datos empíricos: aumento del paro, a través de ceses forzados en las relaciones laborales (expedientes de crisis en las empresas, reajustes de plantillas, reconversiones, pérdida de horas extraordinarias, imposibilidad de los jóvenes de obtener el primer empleo, etc.) y, en su caso, aumento de cierto tipo de delincuencia, pero el observador, hoy por hoy, no tiene elementos de juicio suficientes para sentar ningún tipo de afirmaciones medianamente seguras.

VI. EL DELITO

1. El delito pertenece al Derecho Penal

Es obvio que el delito pertenece sustancialmente a la esfera de las Ciencias Jurídicas y más concretamente al Derecho Penal positivo. Sólo es delito lo que el Código penal tipifica como tal en cada momento histórico, dentro de cada Comunidad. Por consiguiente, toda investigación sobre la etiología y el desarrollo delincuencial ha de partir de este dato incontrovertido. Si las leyes penales descriminalizan determinados comportamientos o conductas, por ej. el adulterio y el amancebamiento que dejaron de ser delitos por la Ley de 26 de mayo de 1978 y determinadas modalidades de aborto que se despenalizaron por Ley de 5 de julio de 1985, desde esos respectivos momentos y automáticamente, dejaron de ser contenido del Derecho Penal y de la Criminología y pasaron a ser historia del Derecho o arqueología jurídica (V. Rodríguez Devesa).

Hay que partir, pues, de un principio de legalidad estricto: no hay delito sin ley (descripción del hecho precisa, clara, inequívoca y terminante; de la culpabilidad dolosa o culposa; de la pena; y de la propia ejecución). Sólo es delito aquella conducta que el legislador califica como tal, aunque haya de exigirse que tales comportamientos sólo deben ser delito por exigencias sociales justas, imperiosas e inevitables.

En este sentido el art. 10.1 de nuestra Constitución expresa una concepción del Derecho semejante a la clásica definición kantiana en cuanto coexistencia de los arbitrarios, según una ley general de libertad (Cobo del Rosal y T. Vives Antón). Dignidad de

la persona, derechos inviolables que le son inherentes, libre desarrollo de la personalidad, respeto a la ley y a los derechos de los demás. Estos son los fundamentos del orden político y de la paz social. En este sentido los principios ya enunciados de legalidad, de culpabilidad, (presunción de inocencia) y de necesidad de la pena (desde que se impone hasta que termina su ejecución) han de ser la base del futuro Derecho Penal en retaguardia siempre de la reacción social. (El Consejo de Europa defiende, con especial acierto, esta postura).

2. Los orígenes del delito

Partiendo de estos presupuestos, debe el investigador, con los pies muy en el suelo, tratar de explicar la causación del delito para encontrar en ella remedios eficaces a su realización. La simple lectura de los epígrafes que a este tema dedica el Prof. López-Rey es, a nuestro juicio, especialmente significativa. Remitiéndonos a su Criminología. (*Teoría, delincuencia, juvenil, prevención, predicción y tratamiento*. Biblioteca Jurídica Aguilar, pp. 90 y ss.), podemos hacer un esquema de las causas determinantes del delito:

Desorganización social y, con ella, estudio de la psicología social y el crimen . El delito es consecuencia de esta desorganización, la perfección (que no llegará nunca) acabaría con el delito.

La oposición cultura-subcultura puede producir el delito. El conflicto cultural, las injustas infraestructuras sociales son cultivo del delito.

El cambio social: industrialización, urbanización, emigración, movilidad social, alienación, anomias, modernización (que no llega a todos ni muchos menos, ni a los que llega, llega por igual), tecnologías, etc.

La vida de la gran ciudad con sus desajustes, sus colmenas y sus soledades a pesar de sus aglomeraciones, produciendo disfunciones en la salud mental, desequilibrios psíquicos y crimen.

Por supuesto, también, las condiciones económicas a las que con frecuencia se ha referido el Consejo de Europa.

En el magnífico estudio de perspectiva histórica, breve pero muy expresivo, que hace el Prof. Figueiredo («Criminología. El hombre delincuente en la sociedad criminógena». 1984) se pone de relieve el interés que todos hemos de tomar por descubrir las raíces de los problemas y de las crisis actuales. Acaso necesitemos un replanteamiento general y en profundidad a través de todas las teorías que se han manifestado en este sentido, buscando fórmulas de integración: desde la Escuela clásica, el positivismo, la sociología criminal, (Durkheim), la Criminología socialista, la Sociología criminal americana, la llamada Criminología crítica y radical... en todas las posiciones encontramos aspectos muy importantes de reflexión. Por ejemplo, cuando se está distinguiendo entre crímenes que son expresión de un sistema intrínsecamente criminoso (criminalidad de los negocios, racismo, corrupción, belicismo) y crimen de las clases más desprotegidas, se está incidiendo (cualesquiera que sean las reservas que cada uno haga a estas posiciones) en una cuestión vital: la necesidad de un equilibrio

penal, tantas veces despreciado por el legislador, haciéndose eco de estructuras injustas.

Y todo ello ha de reconducirse a una cierta unidad aunque según una lógica clásica se trate, a veces, de nociones imposibles de comparar porque pertenecen a conjuntos jurídicos diferentes. Afirma la Prof. Delmas-Marty, («Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matières pénales de demain») que, en cambio, la referencia al grado de pertenencia en función de una concepción absoluta del principio de presunción de inocencia, permitiría la compatibilidad de los sistemas. Pero quizá, sigue diciendo, de este modo me he deslizado insensiblemente de la realidad al sueño. El sueño de un derecho, porque así se respetaría mejor la vida en su diversidad, resistiendo a la tentación de reducir las realidades para elegir entre «el deber y la inquietud». Respuesta no escuchada a la llamada de Paul Eluard: «Hay tantas cosas sobre las que sería necesario llamar la atención...»

El delito en cuanto contradicción con el sistema establecido en función de unos determinados parámetros ha existido, existe y existirá siempre. Lo que resulta viable es, en definitiva, evitar en lo posible sus manifestaciones más graves y violentas y reducir su número. No establecer las condiciones para que su desarrollo se produzca en condiciones óptimas y, para ello, hay que procurar construir una sociedad más justa, sin profundas desigualdades injustificadas, potenciando los valores humanos, la dignidad, la personalidad y la libertad, y erradicando de los Códigos penales todos aquellos comportamientos que puedan y deban ser objeto de tratamiento en otros sectores jurídicos. En este sentido recordamos la política de descriminalización y despenalización que inspira la orientación legislativa en muchos Estados modernos de nuestro entorno cultural.

3. Sus factores determinantes

A. La personalidad del autor

Evidentemente la persona constituye en su conformación psíquica y física un producto derivado de complejos factores que tratando de simplificar y de reducir a unidad podemos concretar en la personalidad del autor y en el mundo circundante. (No olvidemos la teoría del yo, del ello y del superyo, tan en boga en otros momentos, pero que siempre conserva vigencia).

La personalidad, a su vez, se forma a través de una serie de disposiciones o predisposiciones congénitas y de su propio desarrollo vital, en el que inciden la genética, la familia y el mundo que le rodea, desde el punto de vista de la cultura, del trabajo, del ocio, de las amistades, del clima, de las características de la tierra en que vive, etc., factores todos ellos influyentes pero en los que, lógicamente, resulta muy difícil cuantificar por razones obvias. (Sobre el tema de ingeniería genética dedicará la Universidad Internacional Menéndez Pelayo un curso monográfico).

Sólo un estudio biopsíquico y social en profundidad podría conducirnos, tras un examen pormenorizado de reflexiones científicas y encuestas, a unas conclusiones con un mínimo de fiabilidad. La criminología, en definitiva, sólo se puede enseñar con un material obtenido de la realidad criminal, y sólo de esta realidad pueden extraerse conclusiones medianamente correctas.

B. El mundo circundante

Ningún proceso causal está aislado en sí mismo: procede del pasado y se proyecta en el futuro. También en el hombre cada acto es un poco y al mismo tiempo pasado, presente y futuro.

Cada instante, sin dejar de ser presente, es también pasado y futuro.

En ese acontecer es indudable que el mundo que nos rodea condiciona al hombre y a la mujer constantemente, no sólo, como acabamos de ver, en cuanto que va conformando, de alguna manera, su personalidad sino también en el momento mismo de llevar a cabo una determinada acción u omisión, como dato absolutamente endógeno y separable de él.

Los factores de lugar, de tiempo, de personas, etc., incluso cuando estas presencias son absolutamente accidentales, suponen unos ingredientes de especial relieve en orden a la delincuencia; pensemos en este sentido y entre otros, en ciertos delitos contra el patrimonio y contra la libertad sexual.

Entre estas circunstancias exógenas, sin perjuicio de la proyección que la pobreza o la riqueza, el trabajo o el paro hayan tenido en la conformación de la personalidad del sujeto, que evidentemente la han tenido, y además en muchas circunstancias con especial relieve por su gran fuerza y mayor incidencia, hay que citar el fenómeno económico en la aparición y desarrollo de la delincuencia, factores económicos estos a los que enseguida nos vamos a referir.

Todos los delitos pueden ser motivados o estimulados por la concurrencia de factores exógenos: el clima, el ambiente social, la familia, las relaciones de trabajo y, como acabamos de decir, la situación económica: las etapas de recesión o de prosperidad y las fluctuaciones en la coyuntura del mercado tienen una evidente influencia: las quiebras y suspensiones, las maniobras fraudulentas en materia de crédito son, entre otras, infracciones típicas que se desarrollan en períodos de recesión. En la prosperidad, la formación de sociedades ficticias, la existencia de inmobiliarias fraudulentas, etc. Y por supuesto, y en otro orden de cosas, el paro, la reducción de pensiones o de su poder adquisitivo, la reducción de salarios, en uno u otro sentido, son datos a tener en cuenta aunque sea difícil, como venimos señalando, obtener conclusiones válidas.

Pero, sobre todo, se da una circunstancia a mi juicio especialmente relevante que es lo que podemos llamar «ocio consecuencia del paro» o si se prefiere «paro-ocio-vagabundeo».

El Prof. Aranguren, («La droga en la sociedad actual. Nuevos horizontes en criminología». Antonio Beristain-José Luis de la Cuesta), distingue el ocio antiguo, el «otium» de los latinos como virtud de contemplación, el estado más perfecto del ser humano para dedicarlo a esa efectiva contemplación, a las ideas platónicas, a las esencias divinas, del ocio convertido en ociosidad, en vagar, en vagancia. Para mí este ocio-vagar para enajenarse de la realidad dramática y de la tragedia, es el punto decisivo en esta consideración.

En este sentido dice Jiménez Villarejo, (Obra citada), que a fin de cuentas, el drogodependiente tempranamente iniciado, que constituye la regla general, cuando se

sienta tentado de cometer un delito o un hecho delictivo, apenas dispondrá, a modo de contraimpulso, de un claro y coherente marco de referencia cultural que tenga capacidad para orientar su comportamiento.

Y para terminar este apartado con una referencia específica a esta tierra, las palabras de Adrián Celaya: «Para unirnos necesitamos algo que hacer en común. Los vascos, dice, somos demasiado humanos y los ideales nos son más necesarios que a nadie. No podemos estar inactivos. El paro es, quizás, nuestro mayor enemigo». (*Estudios Vascos de Criminología. “El Derecho foral, los grandes delitos y los grandes castigos”*).

VII. EL CORRELATO CRISIS ECONÓMICA-ACTIVIDAD DELINCUENCIAL

1. El Consejo de Europa

De una reciente publicación de esta importante Institución internacional, tan llena de autoridad, basada en su prestigio, prudencia y rectitud, se llega a la convicción de que no pueden obtenerse conclusiones tajantes en orden a la incidencia en la criminalidad de las crisis económicas, a través de las publicaciones y datos de que se dispone. La impresión general que parece extraerse es que desde los años 50 la tasa de la criminalidad acusa un aumento constante, independientemente de la situación económica. Si ciertos estudios han destacado una correlación entre ciertos indicadores económicos y ciertos tipos de infracciones, la mayor parte de ellos no han podido establecer ningún tipo de correlato. Las interrelaciones que han podido ser extraídas no resisten, por otra parte, a un nuevo análisis de datos llevado a cabo con métodos diferentes e integrando nuevas variables. Además, los estudios similares llevados a término en otros países o cubriendo otros períodos de tiempo dan resultados diferentes.

La causa o razón de la imposibilidad de establecer una relación entre la criminalidad y la situación económica, puede consistir, naturalmente, dice el Consejo de Europa, en el hecho mismo de que esa relación no exista. No obstante, también podría encontrarse otra explicación consistente en que los datos en cuestión o los métodos de análisis empleados hayan sido inadecuados a los fines perseguidos de demostrar dicha relación. (*«Affaires Juridiques»*. «Crise économique et criminalité»). Strasbourg. 1985).

Acaso ninguna otra época ha sido, desgraciadamente, tan propicia para constatar la existencia o no existencia de este correlato dada la gravedad en intensidad y en extensión de la crisis económica que estamos sufriendo. En este sentido la jurisprudencia de la Sala 6^a del Tribunal Supremo ha declarado recientemente que la grave dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior, a los efectos de conceder el complemento del 20% de las pensiones a los declarados incapaces permanentes totales, de acuerdo con el art. 136.2 de la Ley General de la Seguridad Social, es un hecho notorio, a los consiguientes efectos probatorios, alterando así el sistema de carga de la prueba. La fehaciencia de la grave situación económica, cuyo fin, según algunos expertos, se adivina próximo en cuanto a su máxima cota de desnivel es, aunque haya de lamentarse, constatable cada día.

2. Las graves carencias económicas

La correlación entre condiciones económicas y delito, dice López-Rey¹ puede ser enfocada desde dos puntos de vista diferentes, en buena medida relacionados, uno referido al mejoramiento general de dichas condiciones y otro, a la concepción socialista de la sociedad. El primero, no hace especial hincapié en una ideología política determinada. Su tesis es, como ya se indicó, que el mejoramiento general de las condiciones económicas reducirá la extensión del delito considerablemente. La misma es aceptada con diversas variantes en países con diferentes regímenes políticos. Aunque en nuestra opinión, como luego diremos, el mejoramiento, sin más, del nivel de vida sólo tiene una incidencia parcial en el mundo de la delincuencia.

En definitiva, debemos preguntarnos: de qué manera, con qué intensidad y en qué tipos de delitos influyen las condiciones económicas deficitarias. Cuando éstas son dramáticas, en épocas de graves crisis el fenómeno delito se dispara ¿en qué direcciones? ¿sólo en los llamados delitos contra la propiedad? ¿qué puede hacer la sociedad en este sentido?

La ausencia, dice Seelig², es decir, la carencia de aquel mínimo necesario para la satisfacción de necesidades a que todo ser humano cree tener derecho –y nosotros pensamos que tiene efectivo derecho– es con frecuencia una causa específica del delito, especialmente en dos tipos criminológicos principales: en los delincuentes contra la propiedad por debilidad y en los delincuentes por crisis. Ejemplo de esto son el padre de familia laborioso que con sus pequeños ingresos de empleado modesto no alcanza a cubrir necesidades parentales y sucumbe a la tentación de sustraer mercancías³. Especialmente un largo paro que, en épocas de crisis económica, alcanza con frecuencia también a los que quieren trabajar, puede agotar la capacidad de resistencia existente ante los estímulos criminógenos del mundo circundante: más de una persona decente ha sucumbido de este modo a la tentación de mezclarse en un tráfico clandestino, comprar cosas robadas e incluso robar alimentos para subvenir a su subsistencia. (A éstos podríamos añadir los robos, hurtos, estafas, etc., para obtener dinero como medio, a su vez, de cubrir las primeras necesidades).

Por el contrario, en el delincuente profesional, por aversión al trabajo, la «miseria» que invocan de buen grado los representantes de este tipo, es de poca importancia, pues sólo constituye la mayoría de las veces un eslabón intermedio en la cadena causal: a consecuencia de su peculiar personalidad no conserva ningún empleo o no busca trabajo, en absoluto, seriamente.

Pero la actividad criminal del delincuente profesional está de igual modo presidida por las circunstancias económicas y en particular por las posibilidades momentáneas favorables al enriquecimiento. Así influyen las épocas de inflación (sustracción de bienes materiales) o de estabilidad económica (incendio de cosas propias para cobrar el seguro).

1. López-Rey, cit. pág. 143 y ss.

2. Seelig, Ernesto. *Tratado de criminología*, traducción y notas de José M.^a Rodríguez Devesa. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958, pág. 240 y ss.

3. Seelig. cit. v. pág. 127.

Hay, pues, que conseguir matizaciones, dentro incluso del mundo de la extrema pobreza económica para que los resultados no sean engañosos.

En relación con la delincuencia, dice Göppinger⁴, se vuelve, desde hace pocos años, a conceder mayor importancia a las cuestiones socioeconómicas. Los diferentes principios, muy numerosos, no pueden ser reducidos a ningún denominador común. En parte, se trata de trabajos, primordialmente orientados por aspectos de estadística criminal, sobre las relaciones entre macroestructura económica y criminalidad, y en otra parte se trata preferentemente de análisis criminal ecológico, por ejemplo, de las condiciones del nacimiento del crimen en barrios bajos de las grandes ciudades, continuando una tradición muy larga.

La mayor parte de los autores en cuestión, supone que las conductas irregulares o delictivas están distribuidas con una gran igualdad entre todas las clases sociales de la población, pero que posteriormente los mecanismos sociales conducen a una desigual «distribución del riesgo» al ser detenidos sólo algunos de ellos, generalmente más indefensos, a causa de una conducta punible o, en su caso, condenados y con ello sentir también la etiquetación oficial como delincuentes.

Pero las opiniones, como vemos, son muy diversas y contradictorias (lo que creo que se deduce ya de cuanto llevamos dicho).

En nuestra opinión, en la riqueza, en la pobreza (ricos y pobres, para entendernos), en las clases intelectuales y en las que no lo son, en todos los estratos sociales, en definitiva, se delinque, aunque cada uno pueda tener propensión a un cierto tipo de delincuencia y en cada uno la incidencia de determinados factores influya de manera más o menos decisiva. La crisis económica incide, pues, en el delito como uno más de entre los factores exógenos que lo determinan, e incluso cuando la pobreza es absoluta o muy grave el hecho, aparentemente delito, no lo será, o no deberá serlo, por concurrir la eximente de estado de necesidad (art. 8, nº 7 del Código penal). En este sentido existe una moderna jurisprudencia del mayor interés (Ocupación de pisos, sus-tracciones en determinadas circunstancias, etc.).

3. Los salarios y el desempleo

El tema concreto de la crisis económica ha de verse fundamentalmente a través de los salarios y del desempleo.

En cuanto a los salarios, en momentos de crisis desaparecen las horas extraordinarias (prescindiendo ahora de las consecuencias nocivas de las mismas, cuando estas horas son indispensables o casi indispensables para vivir sin el agobio del trabajo y la inquietud de dinero, en cuanto privan de la vida familiar y del legítimo ocio y de la posibilidad de leer, pasear, de ver espectáculos, etc.), se suprime determinados pluses y gratificaciones, etc., lo que en definitiva se concreta en recibir menos dinero y quedar más horas libres (lo que a veces, sobre todo en los jóvenes, agrava el problema) y en cuanto al desempleo se proyecta en una doble dirección: desempleados (con o sin sub-

4. Hans Göppinger. *Criminología*, Edición Española, traducida de la 2.^a Ed. alemana, Reus, S.A. 1975, pág. 243.

sidio de desempleo o con percepción de cantidades pequeñas: empleo comunitario) y jóvenes que no llegan a obtener ni siquiera su primer empleo y que no siendo por tanto desempleados, en el sentido en que anteriormente hemos tomado la palabra, constituyen un problema aún más grave en cuanto que al no tener acceso al trabajo se les impide adquirir la correspondiente formación profesional, al carecer de puesto de ocupación se encuentran en permanente, continuo y forzoso ocio con aumento de necesidades económicas, propensión a la droga y a la violencia, todo ello consecuencia inequívoca de la desocupación e inquietud, etc.

Éste creemos que es el problema más auténticamente grave porque es problema de futuro, teniendo en cuenta que el día en que la crisis económica se supere, no será ya fácil la incorporación al trabajo de los que hoy son jóvenes.

4. Observaciones sociológicas

Para poder obtener conclusiones, no hay, pues, otro camino que el de observar la realidad y llevar a cabo sondeos y encuestas a través de las que, si se realizan con seriedad en cuanto a las respuestas que se obtengan y tecnicismo en cuanto a la forma de realizarlas, podríamos llegar a ideas algo más claras en este sentido. Pero la tarea, hay que insistir en ello, no es nada fácil.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que no sólo la crisis económica, en el sentido de pérdida del poder adquisitivo de la moneda, del desempleo, etc., sino que también los rápidos cambios sociales, los movimientos migratorios, etc., engendran muchos problemas desde el punto de vista jurídico-penal. Aunque no pueda decirse categórica y absolutamente, también el desarrollo puede ser una causa del delito, a través de algunos de los fenómenos que lo acompañan como la inmigración masiva a las zonas más desarrolladas, las viviendas llamadas temporarias, la desorientación de la vida familiar, la commoción que la gran ciudad produce en quienes vivieron en pueblos pequeños, el desempleo residual, etc., que efectivamente llevan o pueden coadyuvar al delito y a la delincuencia⁵.

Parece pues cierto que, como en otros muchos factores, existe una cierta correlación crisis económica (inflación, paro, etc.,) y delincuencia, pero que las proporciones son de muy difícil, por no decir imposible, concreción teniendo en cuenta el número y la complejidad de las circunstancias que pueden desencadenar un delito, como veremos más adelante.

La evolución de la economía, dice Pinatel⁶, en los países europeos, a partir del siglo XIX, está caracterizada por el paso de una producción agrícola a una producción industrial. Esta evolución ha entrañado un alza del nivel de vida general de los ciudadanos. Pero esta evolución, sigue diciendo, coincide precisamente con un incremento considerable de la delincuencia adquisitiva (ésta es del orden del 300% según las correcciones estadísticas). Así se viene a parar a esta observación paradójica: cuando

5. Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delinquiente. Naciones Unidas. Nueva York. 1972, pág. 20 y ss.

6. Criminología, pág. 155.

el nivel de vida mejora gracias al desarrollo de la actividad económica, la delincuencia adquisitiva aumenta paralelamente, y al preguntarse por la explicación de esta constatación, señala que puede encontrarse en la teoría de Poletti que reposa en la necesidad de establecer la proporción entre la actividad dañina (criminalidad) y la actividad honesta (comercio, industria, etc.).

De suerte que si a un mayor número de infracciones corresponde un crecimiento proporcional de negocios, eso quiere decir que la criminalidad está estacionada y si, por contra, la cifra de crímenes aumenta en una proporción inferior, hay realmente una disminución⁷.

Como el delito es un fenómeno social extraordinariamente complejo no es posible reconducirlo a esquematizaciones simplistas y elementales.

Estamos muy lejos de alcanzar unos resultados esperanzadores en este sentido. Los datos que la Estadística y la propia Sociología nos suministran son absolutamente insuficientes. Sólo un estudio en profundidad, interdisciplinar, podría facilitarnos un comienzo de comprensión del problema, unos prolegómenos para penetrar en el difícil campo de la etiología delincuencial.

Enseguida veremos que, hoy por hoy, esto no es posible. Acaso la informática, en un futuro más o menos inmediato, pueda facilitar las cosas al integrar los plurales factores que inciden en el delito en el tiempo y en el espacio, con las adecuadas correcciones e interpolaciones.

Hay otra cosa importante en este sentido, a la que ya se ha hecho alguna referencia: es imprescindible la homogeneización, desde el punto de vista jurídico-penal de todos los comportamientos o conductas que con distinta naturaleza, origen y condición, supongan un mismo índice de grave vulneración de las normas más elementales de la convivencia comunitaria. Mientras los Códigos penales aparezcan sesgados en cuanto a la tipificación de aquellos hechos que por tal circunstancia se transforman en delitos, tal unilateralidad constituirá, sin duda, un grave obstáculo a una contemplación pacífica del fenómeno.

VIII. EL MOVIMIENTO DE LA CRIMINALIDAD

1. Consideraciones generales

Con todas las reservas de las que ya hemos ido dejando constancia, en el sentido de que también la opulencia económica puede generar y genera criminalidad⁸ hay que señalar que otros muchos factores inciden también en los movimientos delincuenciales. La insatis-

7. v. también párrafo 70 B sobre oscilaciones de la economía y el 71 «Las condiciones económicas, consideradas en el espacio».

8. En los países opulentos o relativamente opulentos, dice López-Rey (a) como Estados Unidos, la República Federal Alemana, Suecia, Bélgica, Suiza, Holanda, Francia e Inglaterra, la criminalidad, lejos de disminuir, ha aumentado y probablemente crecerá aún más aunque el ingreso medio anual «per capita» sea elevado. Sin duda se dan fluctuaciones en dicha criminalidad, pero éstas no coinciden siempre con las económicas, como se creía en el pasado.

(a) *Criminología*, cit. pág. 145.

facción en la vida, la falta de ideales, cualquiera que sea su naturaleza, los desequilibrios psíquicos y tensiones sociales, la contemplación de situaciones de grave injusticia social, las desilusiones sociales, familiares y personales, etc., pueden también generar delincuencia.

De manera muy breve vamos a examinar, en primer lugar, cuáles son aquellos delitos a los que, en principio, y también con ciertas reservas, consideramos con un superior grado de incidencia (o de consecuencia dentro de una cierta relación de causalidad) respecto al factor económico, para ofrecer después unas breves apreciaciones respecto a las estadísticas, sin olvidar el tema de las suspensiones de pagos, quiebras y expedientes de crisis, a veces consecuencia inevitable de la situación económica y a veces también resultado de manipulaciones fraudulentas con propósitos contrarios a los que formalmente aparecen como tales y por tanto, con una naturaleza claramente delictiva (pensemos en el delito de quiebra dolosa al que se refiere el artículo 520 del Código penal).

2. Determinación de los delitos afectados por la crisis económica

Lo primero que resulta indispensable conocer es, en este orden de cosas, qué delitos están especialmente afectados por las crisis económicas, tema al que acabamos de referirnos y, en este sentido aparece como inicialmente claro, que afecta de manera primordial o preferente a los delitos contra la propiedad, es decir, a los robos⁹, hurtos, estafas, apropiaciones indebidas, cheques en descubierto, receptaciones con ánimo de lucro, etc., pero sin que puedan olvidarse otros como pueden ser el tráfico de drogas (quien no tiene trabajo y especialmente los jóvenes, pueden ser más proclives a su transporte y a su comercialización), los llamados «camellos» (con independencia ahora del consumo), delitos relativos a la prostitución (en cuanto quienes buscan la explotación de jóvenes pueden encontrar un mayor número de personas dispuestas, de uno y otro sexo, en circunstancias económicas difíciles), delitos laborales, etc.

Otros delitos como son la utilización ilegítima de vehículos de motor, también reciben la influencia negativa –es decir, su incremento– de estos períodos de graves crisis en función, como ya dijimos, de la vida parasitaria forzosa de tantos y tantos jóvenes, con independencia de aquellos supuestos en los que dicha utilización ilegítima, singularmente de los coches, es medio para cometer otros delitos contra la propiedad o de otra naturaleza.

3. Algunos datos estadísticos

Veamos determinados aspectos de los mismos con una finalidad puramente ejemplificativa:

Delitos contra la propiedad	1975= 140.253	1979= 376.493
Delitos de cheque descubierto	1975= 8.158	1979= 12.150
Suspensiones de pagos	1974= 308	1979= 766
Quiebras	1974= 56	1979= 120

9. En sus dos modalidades, con violencia o intimidación en las personas y fuerza en las cosas.

Obtener conclusiones exigiría una extensión incompatible con la finalidad de esta charla.

Decía el Fiscal General del Estado, D. Luis A. Burón Barba (Memoria de 1985), que no se ha afrontado en la práctica el tema de las causas y los posibles remedios de los dos géneros de realidades que dan lugar a nuestra desorientación: el incremento incesante de la criminalidad, sin excepciones apenas en ningún país y los escasos resultados de los propósitos de rehabilitación. ¿Puede la sociedad del presente convenir en un sistema penal que sea a la vez ágil, completo, eficaz, justo y aceptado por todos? En este sentido cita tres ejemplos muy expresivos: los delitos relacionados con la libertad de expresión, los económicos y los de terrorismo.

Sigamos con los datos estadísticos: en 1985, de 1.236.745 procedimientos incaudos, 805.880 lo fueron contra la propiedad. Los robos representan el 45,20% de la totalidad de la delincuencia: 559.027. De ellos fueron con fuerza en las cosas 400.485 y con violencia o intimidación en las personas 158.542. Hubo, pues, 1.543 robos diarios y 64 cada hora.

Sigue diciendo el Fiscal General: desde los robos de mayor gravedad en que el uso de armas genera un alto riesgo para los sujetos pasivos del delito hasta los de menor entidad, como los robos al tirón, esta criminalidad primitiva que acude a procedimientos expeditivos para el logro de sus fines, y con un trasfondo psicológico de apremio por drogodependencia en los más de los casos, es el componente fundamental en que se asienta ese clima de lo que se ha dado en llamar la inseguridad ciudadana que perturba la convivencia pública de nuestra sociedad democrática.

El tema es muy complejo y a él se ha referido también mi compañero José M^a Morenilla Rodríguez en su trabajo «Tendencias del delito y estrategia para su prevención en España», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 13, 1981, y otros muchos especialistas, así como la mayor parte de las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, actualmente Fiscalía General del Estado.

En Italia se ha publicado recientemente un muy valioso estudio sobre la población penitenciaria en el veintenio 1959-1978 preparado por nuestro colega y amigo, el magistrado Luigi Daga y tampoco de él se pueden obtener conclusiones ciertas en orden a la incidencia de la profesión, ampliamente relacionada con aspectos económicos, y la delincuencia.

De este trabajo obtenemos los siguientes datos:

	1959	1977
Reclusos		
Empresarios y profesiones liberales	274	1.819
Trabajadores por cuenta propia	11.767	12.082
Dirigentes	1.450	1.728
Trabajadores y asimilados	33.932	48.483
Desocupados	2.393	4.510
En condiciones de no profesionales	7.599	23.554

IX. EL CÓDIGO VIGENTE, EL PROYECTO DE 1980 Y LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1983

1. Consideraciones generales

Como he tenido ocasión de expresar muy reiteradamente, del equilibrio, es decir, de la Justicia que presida un Código Penal, de su auténtica y real sintonía con las exigencias sociales, depende en gran medida la paz social. No podemos, obviamente, entrar en este tema, tan sugerente, pero sí queremos dejar constancia de su existencia y de su importancia.

En este sentido, y anticipándonos a las posteriores indicaciones, hemos de señalar que el Código penal, de acuerdo con la reforma llevada a cabo por la Ley de 25 de junio de 1983 es, a nuestro juicio, muy superior al que ha sustituido, aunque no todo en él sea acertado.

2. La crisis, la delincuencia y el ordenamiento jurídico

Evidentemente, si partimos del hecho de que, en alguna forma, aunque con distinta intensidad y diversa dirección, las crisis económicas influyen en los comportamientos sociales y dentro de ellas en la zona reservada al Derecho penal (Código penal y leyes penales especiales) es lógico que en esta situación haya de jugar (es una especie de condicionamiento recíproco) un papel predominante el propio ordenamiento jurídico porque en función del tratamiento que se dé a la delincuencia, a la tipología delictiva, etc., del propio sistema punitivo, en general obtendremos los índices de incidencia y sus respectivas consecuencias.

3. El Código vigente

En el Código actualmente vigente el sistema de penas corregido por la Ley de 25 de junio de 1983 afortunadamente es, con evidencia, superior al modificado. En este sentido de la proporción, en muchas ocasiones no constituía un paradigma de ordenación jurídico-penal y hasta a veces, sin duda, se aparecía como un factor criminógeno. Tampoco el tratamiento de la quiebra era, ni es, acertado, aunque con el nuevo artículo 15 bis las cosas han mejorado.

En cualquier caso, como ya indicamos, los delitos que se ven o pueden verse afectados por las circunstancias económicas que actualmente sufrimos son fundamentalmente los siguientes:

- Robos con violencia o intimidación en las personas, (art. 501 y ss).
- Robos con fuerza en las cosas, (art. 504 y ss).
- Hurtos, (art. 514 y ss).
- Estafas, (art. 528 y ss).
- Apropiaciones indebidas, (art. 535).
- Utilización ilegítima de vehículos de motor, (art. 516 bis).
- Defraudación de fluido eléctrico, (art. 536).

- Receptación y encubrimiento con ánimo de lucro (art. 546 bis)¹⁰.
- También, por supuesto, los delitos de alzamiento, quiebra y concurso (art. 519 y ss) a los que hace un momento hicimos referencia.

Todo ello con independencia de los delitos de terrorismo en los que, de alguna manera, pueden también influir aspectos económicos, del fomento de la prostitución, de los actos de vandalismo, de los daños, del tráfico de drogas y estupefacientes, de las falsedades (como medio de cometer estafas), de los delitos de coacción (chantaje, v. art. 496), de los delitos laborales, etc.

Como resulta absolutamente imposible profundizar en el tema quede, pues, simple constancia de los problemas.

4. El Proyecto de Código Penal 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983

El Proyecto de Código penal (B.O. de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº 108, de 17 de enero de 1980) y la PACP, octubre 1983, suponen desde luego, y con independencia de las deficiencias, errores y abstracciones que contiene y que a mi modesto juicio hay que corregir, un planteamiento nuevo, una filosofía distinta y como consecuencia un enfrentarse con los problemas jurídico-penales con un nuevo talante que tal vez pudiera sintetizarse así: reforzamiento de los principios de legalidad y culpabilidad (v. nuevo artículo 1º), orientación hacia el principio de mínima intervención, equilibrio en las conductas que se tipifican como delitos (en una doble dirección de incorporación de las que merecen este tratamiento y de eliminación de las que no tienen suficiente relieve) y en las puniciones, aunque hay que repetir, una vez más, que todos esperamos y deseamos se haga cuanto antes la tarea de la gran reforma que necesitamos, defendiendo todo lo mucho positivo que tenía el Proyecto, la Propuesta y la propia Ley de 25 de junio 1983, corrigiendo sus deficiencias y lagunas.

En este sentido habría que reseñar los mismos delitos que han quedado ya citados en el apartado anterior, a los que hay que añadir entre otros los artículos 361 y 362 del Proyecto (en la Propuesta: artículos 291 al 293).

El artículo 361 contemplaba al que fraudulentamente obtuviera prestaciones de desempleo u otras de la seguridad social indebidas o superiores a las que le corresponden o prolongara maliciosamente el disfrute de las mismas y el 362 al que maliciosamente empleare a trabajadores beneficiarios de las prestaciones de desempleo con incumplimiento de las obligaciones legales que garanticen la incompatibilidad de dicha prestación con el trabajo.

Como se ve, estos artículos pretendían defender las prestaciones de desempleo por vía penal al considerarlo como un bien jurídico digno de la mayor protección.

El art. 291 de la Propuesta, en análoga dirección, castiga al que mediante cualquier ardid defraudare a la Seguridad Social eludiendo el pago total o parcial de las

10. Los delitos de usura tienen hoy prácticamente poco relieve. (v art. 542. La usura alcanza hoy expresiones de otra naturaleza, desgraciadamente atípicas).

cotizaciones empresariales, el 292 al que fraudulentamente obtuviere prestaciones de desempleo u otras de dicha Seguridad, indebidas o superiores a las que corresponden, o prolonguen su disfrute, y el 293 a quien a sabiendas empleare trabajadores beneficiarios de tales prestaciones con incumplimiento de las obligaciones legales.

5. Delitos contra la propiedad

En la Propuesta de Anteproyecto, como ya se indicó, aparecen aproximadamente las mismas figuras actuales, aunque su regulación ofrece ciertas novedades, entre ellas las de dejar de poner un excesivo acento en las cuantías dinerarias del delito, como con acierto ha hecho ya la reforma de 25 de junio de 1983.

- Hurtos.
- Robos con violencia o intimidación en las personas.
- Robos con fuerza en las cosas.
- Extorsión¹¹.
- Utilización indebida de vehículos.
- Defraudaciones: Estafas, Apropiación indebida, Defraudaciones de los derechos del autor, Defraudaciones de fluidos eléctricos y análogos, Insolvencias punibles, Encubrimientos con ánimo de lucro y receptoración, Usura.

6. Delitos contra el orden socioeconómico

El Título XII de la PACP «De los delitos socioeconómicos» (una de las más importantes novedades del Proyecto y de la PACP), necesario, aunque como todo él necesitado de reformas y no pequeñas, contiene las siguientes figuras sobre las que, de algún modo, puede también incidir la situación económica de penuria:

- De las infracciones a la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores: Propiedad industrial, Delitos publicitarios, Alteración de precios y prácticas restrictivas, Regulación de mercados.
- De los delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales: Contra los derechos de los trabajadores y delitos relativos a la Seguridad Social y contratación de los trabajadores.
- De los delitos financieros.
- De los delitos contra la Hacienda Pública.
- De los delitos relativos al control de cambios. (V. también Proyecto de Ley de Reforma del Código penal en Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15 de marzo de 1981).

11. El que para obtener un lucro obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero.

X. NUEVAS PERSPECTIVAS

El Prof. Marc Ancel, (en el Centro de Estudios Judiciales de Lisboa en unas Jornadas de Derecho Penal, organizadas por su Director D. Alvaro Laborinho, el 5 de diciembre de 1982, en las que tuve la satisfacción de participar), señaló la reacción que se constata en favor de los derechos del hombre y de una humanización del derecho penal. Indicó igualmente, la necesidad de luchar contra el empleo abusivo e indiscriminado de las penas privativas de libertad, de emplear medios no penales de reacción (derechos civil, administrativo, social, servicios de salud, de educación, de asistencia) para desmarcarse del Derecho penal. Y en este sentido se llega a una nueva concepción de la Política criminal: la víctima y el autor del acto recolocados en su medio ambiente social. (Hay que recordar en este sentido a los Profs. Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis). Justicia de equidad y conciliación, desjudicialización y finalmente, socialización de esta reacción.

Se confunden, pues, Política criminal y Política social, pero sin abandonar, por ahora, la amenaza penal, a veces necesaria, la responsabilidad de este tipo (sentimiento personal y colectivo), así como la presencia del juez y del proceso jurisdiccional como garantes de los derechos del individuo.

Nos parece, ya lo hemos dicho, que la no exigibilidad de otra conducta debiera alcanzar en el Derecho Penal del futuro una especial significación y dentro del capítulo de la ejecución, la consideración de factores exógenos, en cuanto a la sustitución de las penas privativas de libertad, como la caída al huir, después de cometido un delito, con fractura de columna vertebral (¿necesita esta persona y la sociedad que el delincuente, inválido a consecuencia del delito, vaya a la cárcel?), la muerte del cónyuge y la presencia de hijos pequeños y necesitados de asistencia. Nos referimos al cónyuge o a la pareja estable. (¿No es posible que en determinados casos la persona condenada salga de prisión para atender a estas criaturas en determinadas condiciones?).

El principio de utilidad y los indicadores de efectividad en cuanto a lo que se puede esperar razonablemente de la incriminación penal es también un dato especialmente relevante. (V. Delmas-Marty: «Pour des principes directeurs de legislation pénale». *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*. Abril-junio 1985).

XI. CONCLUSIONES

1^a. Estamos absolutamente convencidos de que a pesar de que la delincuencia, de uno u otro tipo, y de una u otra naturaleza, ha existido, existe y existirá siempre, el mejor y más poderoso antídoto es el establecimiento, cada vez con más firmeza, de la Justicia en todos los órdenes de la vida social.

La Justicia a la que prioritariamente se refiere la Constitución (en el Preámbulo, en los artículos 1.1, 117.1, 118, 119, 124.1)¹² es el principal argumento frente al delito. La Justicia debe ser la ley de todos, en todo y en todas partes.

12. En el Preámbulo dice: La Nación española deseando establecer la Justicia... garantiza la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo.

Más que los niveles de vida (con ser este dato muy importante), más incluso que la pobreza (que es cosa distinta, económica y espiritualmente que la miseria), es la desigualdad cuando resulta injusta, la que irrita y subleva y puede llevar, como mecanismo de reacción, al delito (el vandalismo, los atentados a la propiedad, la droga, etc.). El Prof. Marino Barbero se ha referido, en este sentido, a la delicada y trascendente función de ponderada ordenación de la convivencia ciudadana, la misión más alta que incumbe al Estado.

2^a. Las sociedades modernas democráticas aspiran a obtener las mayores cotas de libertad y es bueno y positivo que así suceda, pero sin olvidar que la libertad exige y presupone inexcusablemente el orden. Nunca puede tener mayor justificación el orden (que es la paz en la justicia) que cuando se impone en una sociedad democrática y justa.

El fenómeno diagnosticado por algunos científicos de que después de la delincuencia de la violencia, llegaría la del fraude, no se ha producido, al menos no se ha producido del todo. La violencia ha de ser atajada mediante un sistema jurídico profundamente justo pero firme y la existencia de una Policía y unos Tribunales rodeados de todas las garantías hacia dentro y hacia afuera para el cumplimiento de sus respectivas funciones. En este sentido la creación de unidades específicamente judiciales dentro de la Policía con dependencia funcional de Jueces, Magistrados y Ministerio Fiscal que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, en su artículo 443 y ss, mandato no desarrollado todavía, será, sin duda, un positivo avance en este sentido.

3^a. Los factores que inciden en la delincuencia son múltiples y de difícil o imposible ponderación, no sólo en cuanto la dificultad de descubrimiento por su falta de exteriorización objetiva, sino también en cuanto que ni el propio interesado lo sabe exactamente. Su estudio exige por tanto una especial sensibilidad.

Dentro del esquema de la personalidad y del mundo circundante y ciéndonos ahora a este último factor (teniendo en cuenta que el mundo circundante incide también en la personalidad del sujeto) hay que considerar infinidad de circunstancias. Pero siempre sobre la base del más absoluto respeto a la personalidad. (El Prof. Muñagorri se refiere al derecho a no ser readaptado), (Sanción penal y política criminal).

4^a. Entre los datos a tener en cuenta cabe citar las variaciones rápidas en los modos de vida; el sistema de ésta: mundo rural, agrario o urbano, fenómenos migratorios, vivienda (las célebres colmenas), organización familiar, el tipo de trabajo, la inhumanización de las relaciones laborales, etc. Y por supuesto, las condiciones económicas y en su consideración global el tema dramático del paro, de la no ocupación del primer empleo por los jóvenes, los salarios insuficientes, etc.

5^a. La delincuencia contra la propiedad como manifestación o consecuencia de un conjunto de conductas individuales que atentan o lesionan derechos o bienes constituye, dice la Fiscalía General del Estado, un fenómeno social cuyo análisis, como tal, no puede efectuarse fragmentariamente, sino en relación con el contexto general del clima en que se desenvuelve.

Los estímulos procedentes de la sociedad de consumo, en la que tienen preferencia los fines materialistas y los intereses particulares y lucrativos sobre los valores espi-

rituales y el interés colectivo, ejercen una especial incidencia. La publicidad engañosa tantas veces, las tentaciones de una vida rosa, falsamente expresada, etc., son circunstancias coadyuvantes.

Contra algunas opiniones que a este respecto se han expresado públicamente la Fiscalía General del Estado ha llegado a la meditada y comprobada conclusión de que nada tiene que ver la causa principal de este tipo de delitos con la situación económica. En muchos casos los autores se encuentran entre jóvenes de 16 a 25 años procedentes de sectores acomodados o con un nivel de vida que no justifica la comisión del delito. El dato es importante pero no me parece definitivo.

Evidentemente es un aspecto de hecho que la delincuencia conocida, dentro de los delitos contra la propiedad, ha experimentado entre los años 1975 y 1979 un aumento del 179%, que se mantiene un aumento constante y que son de tal magnitud que su número corresponde al 92% de los delitos cometidos¹³ pero cualquier afirmación tajante en este orden de cosas pudiera ser arriesgada.

6^a. Las estadísticas dicen, en este sentido, relativamente poco, por una serie de razones muy claras: en primer lugar porque existen estadísticas de muy diversas procedencias: policiales, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, de las Memorias de la Fiscalía General del Estado, Judiciales, Estudios sociológicos diversos, etc., y no se da entre ellas, como debiera, la correspondiente armonía y coherencia. La toma de datos no siempre es correcta y esto influye decisivamente en el desarrollo estadístico. La precisión de cifras es requisito «sine qua non», para cualquier elaboración científica posterior. Si unas actuaciones judiciales se originan en principio por cheque en descubierto y así se pone en la cubierta (lo que se hace de manera muy provisional) y ese título no se cambia tan pronto se descubre que no se trata de un delito de tal naturaleza, sino de estafa o viceversa, y estos errores se multiplican frecuentemente en la práctica, el resultado final es muy poco fiable (y así han aparecido en ocasiones un número relativamente grande de delitos de cheque en descubierto de entre sumarios ordinarios, lo que, con arreglo a la actual L.E.Crim., es imposible).

Nada digamos de etapas pretéritas en las que los frecuentes indultos generales, aplicables, en ocasiones incluso antes de haberse dictado las correspondientes sentencias condenatorias, impedían con toda obviedad, la obtención de unos datos reales en orden al movimiento de la criminalidad. Esta circunstancia no es ahora posible con arreglo al art. 62, i) de nuestra Constitución.

En análogo sentido hay que destacar las reformas penales en orden a las cuantías monetarias determinantes de la frontera entre la falta y el delito antes de la reforma de 25 de junio de 1983 o entre las diversas categorías del mismo delito (robo con fuerza en las cosas, hurto, estafa, apropiación indebida), criterio que se acentúa pero que no ha desaparecido del todo en la PACP, datos que inciden en los números fríos de las estadísticas confundiendo al intérprete.

También hemos de destacar que cuando se trata de indagar la influencia del paro, por ejemplo, en la delincuencia, todavía aparece otro obstáculo casi insuperable. Si la

13. v. Morenilla Rodríguez, José M.^a: cit.

situación de paro y de grave crisis económica se da en el año X, y los hechos delictivos consecuencia de aquéllos en el año X+1 ó X+2, las sentencias se pronuncian en el año X+3 ó X+4 con lo cual habría que examinar causa por causa para llegar a conclusiones medianamente válidas, porque en otro caso, todo aparece complejo y muy poco apto al mantenimiento de afirmaciones rigurosas.

Y por último, todavía cabe otra observación: que las estadísticas difieren, por supuesto, mucho según se trate de causas incoadas, de sentencias condenatorias y aun dentro de este último concepto según que se individualicen o no las personas condenadas. Así tenemos que el número de causas no coincide por supuesto, con el número de sentencias, ni el número de éstas con el de condenas, ni el de éstas con el de condenados (una sentencia puede condenar a 10 ó 20 personas inculpadas en el mismo sumario o en las mismas diligencias preparatorias) y antes de la reforma de 1983 ser delito para unos (por razón de la reincidencia) y falta para otros (por no carecer de antecedentes) lo que era relativamente frecuente.

7^a. También se ha señalado¹⁴ que la crisis económica de ámbito europeo ha producido una recesión industrial (y una grave situación de paro afectada por el retorno de más de 300.000 emigrantes que trabajan en los países europeos) —y la emigración del campo a la ciudad, ya señalada, con graves problemas de adaptación. Por otra parte, el aumento espectacular del parque nacional de vehículos, la afirmación de sentimientos egoístas e insolidarios, la crisis del concepto de autoridad (sin hacer de ello ningún juicio de valor), etc.,— son factores que inciden incuestionablemente en la criminalidad.

A nuestro juicio también la falta de adecuados controles sociales en determinadas circunstancias puede provocar un aumento de la criminalidad, por ejemplo en el nacimiento y desarrollo de las sociedades anónimas.

8^a. Dice la Fiscalía General del Estado¹⁵ que todo ello no quiere decir que una de las causas más preocupantes del momento no sea el desempleo juvenil, originado por la crisis económica que estamos viviendo, pero es evidente, dice la Fiscalía, que contrastadas la edad del delincuente, su nivel económico y social y el destino de la depreciación, coinciden en raras ocasiones con estados de necesidad provocados por la inanidad familiar.

Sí hay correlato importante, como ya hemos afirmado reiteradamente, entre paro—especialmente juvenil—, ociosidad forzosa y muchas veces desesperada, droga, drogodependencia y delito.

9^a. En definitiva, terminamos por donde se empezó. El papel del Derecho en una sociedad debe ser buscar las fórmulas más idóneas para conseguir un modelo de vida, el que sea, pero basado en la Justicia y provocar la presencia de unos ideales de solidaridad social, de igualdad y libertad, rectamente entendidos que arrastren a todos y especialmente a la juventud en su consecución.

14. Morenilla. op. cit.

15. Memoria de 1980.

10^a. El Derecho penal debe ser por encima de todo equilibrado en los bienes que tutela y protege, en las penas y medidas que asocia a los delitos, en la presencia, en la parte general, de unos sistemas de adecuación de la pena al delincuente teniendo en cuenta su personalidad, que ha de respetarse, el pronóstico o diagnóstico de su futuro y las circunstancias que concurrieron y entre ellas, por supuesto, el estado de miseria económica, o de extrema pobreza, etc.

Equilibrio que también es exigible en orden a la atención debida a la víctima, tan abandonada actualmente hasta el punto de que las piezas de responsabilidad civil, salvo excepciones muy valiosas, acaban en insolvencias sin investigaciones serias. En este sentido me remito a mi propia tesis doctoral y a la magnífica aportación de los Profs. Beristain, Casares, de la Cuesta, Muñagorri, Muñoz y Virtó.

Afortunadamente, en la actualidad, parece iniciarse un movimiento de inquietud hacia las víctimas y en este sentido el Consejo de Europa es también pionero. (Recordemos la Convención sobre el resarcimiento de las víctimas de infracciones violentas de 24 de noviembre de 1983 entre otras, así como los trabajos en curso de reelaboración).

La víctima merece una especial consideración en el preproceso, en el proceso propiamente dicho y en la ejecución. En el preproceso o fase policial recibiendo respeto y atención, evitando a toda costa aquellas posiciones de quienes tienen la tentación de confundirlas con los delincuentes (lo cual no significa desconocer el respeto que también ha de recibir quien delinquió en cuanto persona). Evitar molestias inútiles y salvaguardar sus intereses. En el proceso, además de cuanto queda dicho, deben evitarse las confrontaciones y careos no absolutamente necesarios y aquellos sufrimientos inútiles. En la ejecución debe poder participar activamente en orden al aseguramiento y efectividad de las responsabilidades civiles derivadas del delito.

Por otra parte, hay que meditar sobre la incorporación de una responsabilidad civil subsidiaria del Estado frente a la víctimas (recordemos el Código penal portugués que entró a regir el 1 de enero de 1983). Acaso debiera distinguirse entre el daño corporal y el material y establecer unos determinados baremos.

Y termino, un horizonte lleno de esperanza se abre para cuantos desean de corazón una sociedad más justa por más humana. Quienes, como Vds., han mostrado su inquietud ejemplar por estos problemas, pueden y deben trabajar con ilusión por un mundo mejor.



De izda. a dcha.: A. Beristain, J. Bernat de Celis, J.J. Martínez Zato, E. Ruiz Vadillo, Ch. Bassiouni, J.L. de la Cuesta, J. Pinatel y R. Ottenhof.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
129 - 148

EL FUTURO INMEDIATO DEL DERECHO PENAL. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LOS QUE DEBE ASENTARSE. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO*

Resumen: Después de realizar una reflexión sobre la naturaleza del Derecho penal y examinar algunos de los principios sobre los que debe asentarse, se analiza el sentido de las penas privativas de libertad y se indica la necesidad de buscar fórmulas alternativas estudiando las diversas posibilidades que podrían llevarse a la práctica. Finalmente, se expone y comenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo en esta materia.

Laburpena: Zuzenbide penalari buruzko gogoeta bat egin eta jarraipide batzuk aztertu ondoren, askatasunaren aukako zigorren zentzia azertzen da eta hauen alternatibak beharrezkoak direla ikus arazten da, praktikara eraman daitezkeen posibilitateak azertuz. Azkenik, Auzitegi Konstituzionalak eta Auzitegi Gorenak materia horretan duten jurisprudentzia azaldu eta komentatzetan da.

Résumé: Après une réflexion sur la nature du Droit pénal et un examen des principes sur lesquels il doit s'établir, on analyse le sens des peines privatives de liberté et on indique la nécessité de trouver des formules alternatives en étudiant les différentes possibilités qu'on pourrait mettre en pratique. Enfin, on expose et commente la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel et du Tribunal Suprême en cette matière.

Summary: After a reflection about the nature of Penal Law and considering the principles on which it must be based, the sense of the privative of liberty penalties is analysed, and it is pointed out the necessity of searching alternative answers, studing the different possibilities that can be performed. Likewise, the jurisprudence in the matter of the Constitutional Court and of the Supreme Court is stated and expounded.

Palabras clave: Derecho Penal, Penología, Alternativas a la Prisión, Jurisprudencia Penal.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide penala, Penologia, Gartzelaren alternatibak, Jurisprudentzia Penala.

Mots clef: Droit Pénal, Pénologie, Alternatives à la Prison, Jurisprudence Pénale.

Key words: Penal Law, Penology, Alternatives to Prison, Penal Jurisprudence.

* I Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras, Monográfico de Eguzklore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 1 extr., 1988, pp. 157-178.

Sumario

1. Introducción.
2. El Derecho penal. Su naturaleza. La búsqueda de eficacia.
3. Delincuente. Víctima. Sociedad. Juez.
4. Principios sobre los que debe asentarse.
5. El principio de legalidad.
6. La culpabilidad.
7. La dignidad humana.
8. La proporcionalidad.
9. La excepcionalidad. El proceso de selección.
10. Las penas privativas de libertad. Otras formas alternativas.
11. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Quisiera en primer lugar, y una vez más, expresar mi gratitud, alegría y satisfacción por encontrarme en esta encantadora Ciudad de Donosti, para intercambiar puntos de vista sobre temas de extraordinaria actualidad social y jurídica, aprendiendo de la experiencia y autoridad de todos Vds. y, en especial, para colaborar con una de las personas a las que más admiro y aprecio: el Prof. Beristain, quijote que deshace entuertos, luchador infatigable en favor de la justicia, la libertad y la tolerancia y generoso en la entrega a los demás, como pocos.

Cumplido este grato trámite, voy a explicarles brevemente en qué va a consistir esta charla. No voy a tratar de un tema monográfico en particular porque no me considero ni he sido nunca un especialista, sino que me voy a referir a varios problemas con ciertas especificidades aunque alrededor básicamente de las penas privativas de libertad. En este sentido quiero expresar en voz alta ideas firmemente arraigadas desde hace muchos años con el propósito de que Vds., si les parece bien, ratifiquen o rectifiquen lo que pueda decirles, pidiendo de antemano disculpas por las apreciaciones defectuosas y dejando especial constancia de consideración y respeto para quienes discrepan de mis tesis que expreso, obvio es decirlo, a título exclusivamente personal porque un juez sólo habla de manera oficial a través de sus resoluciones.

2. EL DERECHO PENAL. SU NATURALEZA. LA BÚSQUEDA DE LA EFICACIA

Todo el Derecho, y por consiguiente el Derecho penal, tiene como finalidad esencial contribuir a que la vida de las personas en cuanto han de relacionarse con las demás y con el Estado y Entes públicos, cualquiera que fuera su naturaleza, sea lo más justa posible. Cuando el Ordenamiento dificulta innecesariamente la vida de relación, está traicionando su propia y específica teleología. La misión del Derecho penal, ha dicho Jescheck¹, es proteger la convivencia humana en la comunidad. Nadie puede, a

1. Jescheck, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Traducción y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Vol. Primero. Bosch. pp. 3 y ss.

la larga, subsistir abandonado a sus propias fuerzas; toda persona depende, por la naturaleza de sus condicionamientos existenciales del intercambio y de la ayuda recíproca que le posibilita su mundo circundante.

Pero ¿cómo debe entenderse esta convivencia?, ¿cuál debe ser su contenido?, ¿qué es, en definitiva, la justicia? La justicia proyectada en las normas de Derecho positivo ha de ser consecuencia de un amplio consenso social; en un Estado de Derecho, social y democrático ha de ser el resultado de lo que el Pueblo, en cuanto legislador, decide, haciendo coincidir justicia y norma positiva aunque aquélla sea mucho más que ésta, razón por la que todo Ordenamiento ha de introducir determinados elementos de corrección a través de los principios constitucionales, que son, en cuanto fundamento de todo el sistema, factor determinante de la interpretación del resto de las leyes, y de la realidad social dinámica y cambiante, para la mejor realización de la justicia.

Hay, pues, un importante coeficiente de relatividad en el derecho. Como dice Delmas-Marty², las respuestas al crimen están incondicionadas por el tiempo y el espacio porque el mismo crimen se configura en cada sociedad con criterios múltiples y, a veces, contradictorios. Muy pocas son las verdades absolutas: el respeto a la vida y a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad. Casi todo lo demás es relativo: el catálogo, en una amplia dimensión, de los delitos y de las penas y nada digamos de la dosimetría punitiva o penología, están llenos de convencionalismos y, a veces, por qué no decirlo, de desigualdades. Es por ello por lo que estoy convencido de algo, fácil de exponer, complicado de desarrollar y casi imposible de realizar a corto plazo: que el Ordenamiento jurídico pertenezca de verdad al pueblo, a las gentes todas, que lo conozcan, asuman y defiendan. Reduciendo a anécdota la idea, si una persona llama la atención cortésmente a otra por haber arrojado unos residuos de comida o unos papeles en la calle o, todavía con más elegancia y eficacia, se recogen y echan en una papelera, esa Ciudad, si el ejemplo se generaliza, terminará siendo el paraíso de la buena convivencia.

El delito, si su delimitación y construcción está social y jurídicamente bien hecha y la sanción asociada es correcta, ha de ser un hecho que vulnerando gravemente las bases existenciales de la convivencia, merezca incondicionadamente el rechazo general. De esta manera se evitarán movimientos de oscilación que Barbero Santos³ ha denunciado recientemente en orden a la pretendida reinstauración de la política criminal represiva, tanto en el plano de aumentar la severidad de las sanciones como en el ámbito del procedimiento, sea en la instancia policial, judicial o penitenciaria.

El Estado, no debemos olvidarlo, no es un fin en sí mismo, es un medio al servicio de las personas y de la sociedad. Todo cuanto contribuya a fijar los límites del poder en todas sus manifestaciones, también en el judicial, es, así lo creemos, absolutamente imprescindible y siempre positivo y beneficioso para el conjunto social.

2. Delmas-Marty, Mireille: "Modelos actuales de Política Criminal". Presentación de M. Barbero Santos. Colección Temas penales. Serie A n.º 4, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1986.

Serrano Gómez, A.: "La criminología crítica", *Anuario Derecho Penal*, 1978.

3. Barbero Santos, Marino: Presentación de la obra citada de Delmas-Marty.

En este sentido dice Beristain⁴ que nuestra disciplina debe permanecer jurídica, normativa, valorativa, buscadora de la justicia, de la libertad y de la paz como valores. Aun quienes critican la denominación actual porque el derecho penal no busca con frecuencia esos valores, reconocen, sin embargo, que los debe buscar. La praxis histórica en la administración de justicia ha desvirtuado o prostituido las palabras derecho y justicia pues ha buscado principalmente servir al Estado y/o a los individuos y grupos. Pero convertir el derecho criminal en una política o sociología sería, sigue diciendo, matar algo necesario en la sociedad, algo que en parte ya existe y que cuando falta se debe procurar que nazca.

En mi opinión, lo importante es que el binomio sociedad-persona no se disuelva en la nada, que no sean jamás entes separados ni separables y que el Estado sirva a todos, promoviendo la justicia, la igualdad y la libertad que, en definitiva, es bien común. Por ello, como dice el Prof. Jescheck⁵, el Derecho penal debe ciertamente contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad, aunque sólo puede hacerlo de forma compatible con el nivel cultural general de la nación, y también en mi modesta opinión, aunque a algunos les pueda parecer una paradoja, debe servir para la más incondicionada defensa de los derechos humanos en la doble vertiente del inculpado y de la víctima^{5 bis}.

En este sentido me parece de gran interés resaltar algunas de las conclusiones obtenidas en la reunión informal de los Ministros de Justicia del Consejo de Europa y de Finlandia, celebrada en Helsinki el 9 de junio de 1987⁶. En ella, tras estudiar las medidas sustitutorias de la prisión, expresaron sus participantes la preocupación en orden a que los efectos preventivos del sistema penal no resulten disminuidos, precisando que la búsqueda de tales medidas sustitutorias no debe obstaculizar ni la despenalización ni la mejora de las condiciones de quienes hayan de cumplir penas de prisión. Igualmente se señaló la necesidad de mentalizar a la opinión pública sobre la adopción de penas sustitutorias ya que su apoyo es esencial para el éxito; se insistió en la necesidad de hacer comprender mejor a quienes dictan las sentencias, las razones de que cada día se recurre con mayor frecuencia a las medidas sustitutorias, se reconoció el valor de una motivación concreta y explícita de la elección de la sanción impuesta y se subrayó que la sentencia debe aclarar cumplidamente al condenado las

4. Beristain Ipiña, Antonio: "Libro blanco de la Justicia penal". En *Estudios Vascos de Criminología*. Bilbao, 1982, pg. 684. También en *Crisis del Derecho represivo*. Madrid. Edicusa. 1977, pg. 231 y ss. Fernández Albor, Agustín: "La reforma penal y penitenciaria. Proyectos y realidad". *Cuadernos de Política Criminal*. 1981.

5. Jescheck, Hans-Heinrich: *Tratado de derecho penal. Parte General*. Volumen Primero, cit. pag. 3 y ss.

Jiménez de Asúa acentúa el carácter finalístico del Derecho penal. El Estado dice, debe recoger y enfocar teleológicamente todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida. *Tratado de Derecho penal*. 4.ª Ed. Buenos Aires. 1964, pág. 33.

5 bis. Beristain, De la Cuesta y otros: *Los derechos humanos ante la Criminología y el derecho penal*.

6. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 5 agosto 1987, pág. 241.

razones de la sanción que se le impone, permitiéndole así beneficiarse de la posibilidad de una buena rehabilitación social.

3. DELINCUENTE. VÍCTIMA. SOCIEDAD. JUEZ

Vivimos actualmente en el centro de una larga etapa de crisis, superior a la que normalmente acompaña al paso de los años. Una serie de valores y pseudovalores tradicionales, por las razones que sean, se han venido abajo o se han debilitado o, si preferimos la expresión, han sido puestos en tela de juicio, tal y como venían siendo formulados. Y se trata ahora de recomponer las estructuras comunitarias, el tejido social y los principios en que haya de inspirarse bajo otras formas de pensamiento.

El delincuente, hoy más que nunca, en muchas ocasiones, no tiene conciencia de serlo, más bien se considera un despojo o residuo de las propias injusticias sociales y en tales circunstancias es absolutamente imposible hablar de rehabilitación o reinserción. Este proceso lo he vivido muy de cerca en los años de actividad judicial en Bilbao, después en la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y, finalmente, otra vez, en la jurisdicción penal. Antes era frecuente, con un grado mayor o menor de sinceridad, que el procesado expresase su arrepentimiento, actualmente es ya bastante difícil. A veces su personal entendimiento del problema concluye en un reproche generalizado a una sociedad que considera profundamente injusta.

La víctima se encuentra en una situación aún más grave. Su inserción social es, a veces, con muchos sacrificios, correcta, no opone resistencia alguna al devenir de los acontecimientos, tal como la propia sociedad o los poderes públicos los programan y resulta que, sin tener arte ni parte en su configuración, no sólo se la somete a las obligaciones propias de una convivencia: respeto a los demás, cumplimiento de obligaciones fiscales, etc., sino que sufre las consecuencias de las desviaciones de determinadas personas que siendo, por regla general, insolventes totales, en nada van a reparar o disminuir económicamente los efectos del delito.

Por ello preocupa hoy a los penalistas y criminólogos en Europa y fuera de Europa el fracaso de las instituciones estatales en lo referente a la asistencia a las víctimas, y, en este sentido, hay que citar la inquietud de nuestro Director, el Prof. Beristain⁷, y las reformas legislativas en curso de realización o ya realizadas, en materia, por ejemplo, de terrorismo.

La protección a la víctima ha de proyectarse en varios sentidos: a) medidas de política social, estableciendo a cargo de las correspondientes Instituciones, la asistencia adecuada y un fondo especial indemnizatorio, dentro de determinados parámetros, b) estableciendo una circunstancia de atenuación de la responsabilidad criminal, de efectos penológicos especiales para los supuestos en los que el autor o partípice, en general, del delito, con independencia del móvil de arrepentimiento, elemento muy difícil de descubrir y a mi juicio, innecesario, haga cuanto le sea posible para eliminar

7. Beristain Ipiña, Antonio: "Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados". En *Estudos en Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1984, pp. 195-258.

o disminuir los efectos del delito y c) instrumentar los medios oportunos para que en la fase policial o preprocesal, durante el sumario o diligencias judiciales y en el acto del juicio oral, así como en la ejecución, le sean dispensadas las atenciones correspondientes a su condición⁸.

La sociedad, mientras tanto, permanece o parece permanecer impasible. Apenas interviene. La zona amplísima existente entre el Estado y el individuo aislado está prácticamente vacía. El medio campo tan importante en muchos deportes y en la vida política, a veces, no lo ocupa nadie o lo ocupan ciertos sectores en precario. De ahí, la preocupación del Consejo de Europa por potenciar las Asociaciones y situar en posición privilegiada a aquellas que nacen para defender a las víctimas: de una intoxicación masiva, de una defraudación inmobiliaria, de una estafa por parte de una empresa con multitud de perjudicados, etc⁹.

Y, finalmente, el juez que es el enlace entre la ley y el individuo, pasando por la sociedad. Él es quien debe transmitir el mensaje de la norma establecida por el Pueblo, obra directa del legislador, corregida por los principios fundamentales del Ordenamiento y por la realidad social que, en definitiva, vienen a ser como legítimas exigencias comunitarias, de naturaleza primaria.

Por ello, en mi criterio, cuando Hulsman¹⁰ afirma que en el nivel macroestatal las nociones de pena y responsabilidad individual resultan así ficticias, infecundas y traumatizantes, no considera el papel que el juez puede/debe desempeñar en esta gran tarea, tanto el juez sentenciador como el juez de ejecución de penas o de vigilancia penitenciaria porque aun cuando por desgracia, en la práctica, falte una individualización seria y efectiva, en la mayor parte de los casos, por el volumen de asuntos, si la reforma procesal anunciada y la ley de planta consiguen lo que todos deseamos, el juez será, podrá ser, con una amplia plantilla de colaboradores, el instrumento social y jurídico más apropiado para la gran tarea de aproximación de la sociedad con el delincuente y para la efectiva reinserción de éste.

En este sentido creo que en un número importante de delitos, precisamente los más graves, el nivel micro de las relaciones interpersonales, es decir, allí donde, a juicio de Hulsman, es posible alcanzar la vivencia de las personas, la reflexión sería contraproducente e inviable. Y lo digo desde la más amplia consideración y respeto a lo que hoy es una utopía que por serlo puede servirnos para iluminar, en parte, nuestra andadura jurídica y judicial.

8. Miguel Zaragoza, Juan de: "Hacia un sistema europeo de indemnización a víctimas de delitos" (Sobre el recurso prejudicial n.º 186/1978 planteado por el Tribunal de Gran Instancia de París por decisión de 5 de junio de 1987, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 25 de julio de 1987).

9. Ruiz Vadillo, Enrique: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho penal, (sustantivo y procesal)". En II Jornadas de Derecho Judicial. También en *Actualidad Penal*. 1987, págs. 177 y siguientes. Sáinz Cantero, José A. *Política criminal moderna y reforma del ordenamiento penal español*. Granada. 1978.

10. Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline: *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*. Ariel Derecho. 1984, pg. 76 y ss.

4. PRINCIPIOS SOBRE LOS QUE DEBE ASENTARSE

Dicen Cobo del Rosal y Vives Antón¹¹ que la clásica definición kantiana del Derecho como “coexistencia de los arbitrios según una ley general de libertad” delimita el campo de acción de las normas jurídicas y una específica eticidad que consiste en asegurar el libre desarrollo de los componentes de la comunidad humana. Como el propio Kant subrayara, la moralidad no es, ni debe ser, condición del sistema jurídico: al contrario, sólo dentro de un adecuado sistema jurídico (de una “buena” Constitución que garantece las libertades fundamentales) puede desarrollarse la moralidad, cuyo primer cimiento radica en que la asunción de los principios informadores del actuar sea voluntaria.

Quintero Olivares¹² entiende que la potestad punitiva se ejerce fundamentalmente en dos momentos principales: la creación de leyes y en segundo lugar, la aplicación de esas leyes a sujetos concretos. Los problemas que se presentan en cada una de esas fases, así como los límites que cabe oponer a la potestad de cada una de ellas, son netamente distintos. En el fondo, la cuestión respectivamente se reducirá a dos problemas: límites que el Estado de Derecho impone al que detenta la potestad en orden a la construcción del sistema penal positivo y en segundo lugar, límites que el Estado de Derecho establece en orden a la aplicación y ejecución de las penas sobre un autor concreto.

El derecho penal, dice Rodríguez Devesa¹³, está vinculado a urgencias vitales, lo que hace que muchas veces sus valoraciones sean resultado de impulsos emocionales y no de la razón. Las normas jurídico-penales son siempre respuesta, acertada o no, a una cuestión nacida de la convivencia de seres humanos, dentro de una sociedad organizada. Con otras palabras, son la solución de un problema planteado por la necesidad de coexistir. Por ejemplo, de conseguir que se respete la vida, la propiedad, (una determinada concepción de la propiedad) o el régimen político estatal.

Sobre estas ideas, con algunos temperamentos, vamos a exponer muy brevemente los principios sobre los que el Derecho penal debe asentarse.

5. LEGALIDAD

Este principio adquiere en el Derecho penal una gran variedad de proyecciones:

A) Por razón de su finalidad, esencialmente protectora del Derecho punitivo se convierte en principio básico de un Derecho penal que asume las garantías jurídicas propias de un Estado de Derecho, tal como se formula en el art. 1.1 de nuestra Constitución, y señala Boix¹⁴.

11. Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho penal. Parte general*, I y II. Universidad de Valencia. 1982, pg. 33.

12. Quintero Olivares, Gonzalo: *Derecho penal. Parte general*. Barcelona. 1986, pg. 59.

13. Rodríguez Devesa, José M.º: *Derecho penal español. Parte general*. 10.ª Ed. revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Dykinson. 1986, pgs. 11 y 10 respectivamente.

14. Boix Reig, Javier: “De nuevo sobre el principio de legalidad”. *Rev. General de Derecho*. Valencia. Mayo 1987, pg. 2290.

B) Tal principio supone esencialmente que nadie pueda ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1 Const. y 1.1 del Código penal).

C) Si la igualdad es un principio constitucional de amplia vocación generalizadora, es obligación del legislador que en la determinación de las acciones y omisiones delictivas prevalezca también un criterio de equilibrio, es decir, que no se excluyan de tal consideración aquellos hechos que revistan idéntica o análoga significación de los tipificados como tales, mandato dirigido implícitamente al legislador ordinario pero de especial trascendencia social por el grave y contraproducente efecto negativo que la situación contraria produce.

D) Dada la importancia de la materia penal es de aplicación el art. 81.1 de la Const. en cuanto exige ley orgánica aquella materia que afecte al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (V. STC 13 febrero 1987)¹⁵.

E) El principio “non bis in idem” forma parte también del principio de legalidad. Sólo puede ser delito aquella acción u omisión configurada como tal anticipadamente en la ley, pero sólo puede serlo una vez. En esa ocasión se agota y consuma, por así decirlo, su antijuridicidad. Tanto ofende al Derecho penal que se castigue como infracción penal una conducta no configurada como tal, que, aun teniendo tal condición, se castigue dos veces¹⁶, o se sancione a través de dos vías o conductos jurídicos distintos: el administrativo y el penal.

F) Queremos destacar un dato al que con acierto se ha referido el Tribunal Constitucional: el principio de legalidad penal impone al legislador el deber de conformar los preceptos penales que condicionan la aplicación de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada (STC 12 diciembre 1986).

G) Unido estrechamente al principio de legalidad, que es también seguridad jurídica, aparece la prohibición de la analogía en perjuicio del reo. Si se produce una laguna, ésta no puede llenarse acudiendo a la analogía “in malam partem” (Ss TC 15 octubre 1983 y 14 junio 1984).

6. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El art. 1 del Código penal ha venido a reforzar y consolidar el principio de culpabilidad. Sólo son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas

15. Sentencias del TC: 12 diciembre 1986. La reserva de ley en materia penal no implica reserva de ley orgánica. Ss TC 23 febrero y 8 marzo 1984. A la exigencia complementaria de reserva de ley orgánica se refieren las sentencias del TC de 7 mayo 1981 y 9 julio 1984.

16. Boix Roig, Javier. Trabajo citado pg. 2295 y ss. Se refiere fundamentalmente a las Ss del TC de 27 de noviembre 1985 y 21 febrero 1986; el apartado de su estudio y su contenido viene referido al principio “non bis in idem”, así como a la legislación sobre la peligrosidad. En mi opinión la solución es clara. No pueden existir medidas predelictuales y respecto a las postdelictivas cabe obviamente que se incorporen a determinados delitos, bajo los mismos principios que inspiran el Derecho penal.

V Ss TC 30 enero 1981, 8 de julio 1986 y 14 de noviembre del mismo año.

por la ley y no hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa.

En este sentido, acaso no nos hayamos percatado bien todavía de la trascendencia de la reforma. En primer lugar, y esto es lo más importante, la reforma debe condicionar la interpretación de todos los delitos calificados por el resultado, (arts. 348, 411 pf. últ., 488 pf. últ., etc.), sino de otros muchos en los que de alguna manera inciden en su estructura elementos atinentes al resultado final sin el correspondiente correlato culpabilístico, como pueden ser las lesiones. En segundo lugar plantea el importante problema de la calificación y punición de aquellas conductas en las que se produce una pluralidad de consecuencias, unas, asociadas al elemento culpabilístico doloso y, otras, al culposo que, a mi juicio, debe resolverse a través de la institución del concurso de delitos (se quiere dolosamente dañar y con culpa se produce la muerte) y, por último, dificultad que presenta el cabal entendimiento de la expresión "si se hubiere causado, al menos, por culpa".

Según mi criterio, el tema de la culpabilidad¹⁷, tan complejo y comprometido para los especialistas y no tanto para el hombre de la calle, al que el jurista debe acercarse, hunde hoy sus raíces en la propia Constitución. Hay presunción de inocencia, (art. 24.2) porque hay culpabilidad. Nuestra Ley Fundamental gira, en este sentido, sobre el binomio inocencia-culpabilidad. A su vez, la culpabilidad es consecuencia de la libertad, otro de los valores básicos de nuestro Ordenamiento jurídico. De ahí, la inquietud que hemos de sufrir cada día ante la tragedia social e individual de la drogadicción, en la que la culpabilidad ofrece, con frecuencia, específicas y dolorosas connotaciones.

7. DIGNIDAD HUMANA

Toda idea de rehabilitación, reinserción o resocialización, pasa por el previo reconocimiento de la dignidad humana del condenado, cualquiera que sea el delito cometido. Si se desconoce, es hipócrita y falso hablar de un intento serio y responsable de búsqueda de efectiva y normal reincorporación del delincuente a la sociedad. Acaso tal finalidad ni siquiera se ha intentado, de verdad, con los medios personales y materiales adecuados¹⁸.

En realidad, dice Quintero Olivares¹⁹, la potestad punitiva debe ajustarse simultáneamente al humanitarismo que no ha de entenderse como simple caridad o benevo-

17. Ruiz Vadillo, Enrique: "Algunas ideas sobre la culpabilidad". *Documentación Jurídica*. Número monográfico dedicado a la PANCP. Vol. 1. Enero-Diciembre 1983. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

Moro Benito, Juan: "Resignación social y tratamiento de los drogadictos". Rev. *La Ley*. 28 Agosto 1987.

18. V. S.TC 24 septiembre 1986: la indicación del art. 25 de la Const. en cuanto a cuál debe ser la orientación necesaria de las medidas privativas de libertad, no hace nacer en los condenados derecho fundamental alguno susceptible de amparo, menos aún en los simples presos, respecto de los cuales ni siquiera tiene sentido una orientación de reeducación y reinserción.

Rivacoba Rivacoba, M.: *El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza*. Santa Fe.

19. Quintero Olivares, op. cit., pg. 98 y ss.

lencia, sino como manifestación del respeto a la persona humana y a la necesidad social del castigo, por encima de toda otra consideración científico-teórica. La idea de la dignidad humana, del respeto a la personalidad del delincuente y de la consideración debida por el hecho de ser persona, debe inspirar toda la actuación del Derecho penal, entendido, como lo entiendo, en sus cuatro dimensiones interrelacionadas: sustantivo, procesal, penitenciario y orgánico-penal.

El tratamiento preprocesal ante la policía, su situación procesal en el juzgado, (acaso más adelante, en la fiscalía), en fase de investigación, en el acto del juicio oral y, por supuesto, en la ejecución, sobre todo si se trata de penas privativas de libertad, han de estar presididos por la idea fundamental que venimos expresando: el respeto a la persona compatible con la seriedad y firmeza en la realización de las decisiones tomadas judicialmente.

8. LA PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, dirigido simultáneamente al legislador y al juez y dentro de la zona del campo sustantivo y procesal, y también del penitenciario, nos parece esencial.

La idea de proporcionalidad significa disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí. Forma parte del principio de igualdad que debe complementarse con el de proporcionalidad. El que desiguala lo desigual, iguala o, más bien, establece la proporcionalidad. Así, en orden a la diferencia empresario-trabajador en el ámbito laboral o al "status" de la mujer en la empresa, temas ambos estudiados y resueltos por el Tribunal Constitucional.

En el campo penológico, en las posibilidades de rechazo de una pretensión en la instancia o en la impugnación, en las sanciones penitenciarias, etc., tiene también vigencia este principio. En este orden de cosas, la STC de 22 octubre de 1986 respecto al recurso de casación penal: el criterio de proporcionalidad impone un tratamiento distinto para los diversos grados de defectuosidad de los actos.

9. LA EXCEPCIONALIDAD. EL PROCESO DE SELECCIÓN

Esta es otra de las notas esenciales del Derecho procesal, su naturaleza de derecho excepcional en el sentido de que sólo debe aplicarse cuando su actuación resulte absolutamente indispensable. Es decir, que debe inspirarse en la idea de mínima intervención o de la última razón.

Ello supone afrontar un proceso de descriminalización y despenalización al que ya me he referido de forma muy insistente, problema que todos Vds. conocen sobradamente. Quiero decir que hay que eliminar delitos del catálogo de los Códigos, transformándolos en ilícitos administrativos o en auténticas atipicidades penales y administrativas y hay que reducir, pese a las apariencias, el nivel de incidencia de las penas privativas de libertad. Todo ello me parece esencial.

En cambio, me permito discrepar de otras ideas, estrechamente relacionadas con las anteriormente expuestas. Me refiero al principio de la "necesidad de la pena" en

el sentido de que sólo es aplicable ésta cuando resulte imprescindible y no cuando lo determine el automatismo legal o la defensa de un postulado dogmático²⁰ y después al principio de oportunidad en la persecución.

En cuanto a lo primero, y muy unido a él lo segundo, tal vez conduciría, no lo afirmo, al quebrantamiento del principio de seguridad jurídica porque una cosa es la exigencia de no exigibilidad de otra conducta que debiera tener plasmación formal en la futura reforma penal, y otra muy distinta que el juez deje de aplicar determinadas penas en razón a no estimar "necesaria" su imposición, lo que, a su vez, es distinto de la suspensión de condena, de la suspensión del fallo y de la "probation". Si es, a nuestro juicio procedente, en cambio, que en fase de ejecución, la pena pueda ser objeto de novación o incluso de extinción anticipada porque ello no es otra cosa, y así se recoge con acierto en el Proyecto de 1980 y en la PANCP de 1983 que una manifestación de la individualización judicial que alcanza su expresión más importante en dos momentos, en el de su imposición, a través del arbitrio judicial (que debe ser moderado) y en la ejecución, modulando, a través del Juez de Vigilancia Penitenciaria, su efectivo cumplimiento.

Otro tanto debo decir del principio de oportunidad en la persecución de los delitos²¹. Cabe perfectamente que el Ministerio Fiscal, apreciando y valorando los elementos de hecho, "probados" para él, en el instante de formular su acusación, no conduzcan a ninguna realidad penal por falta o carencia de alguno de los elementos subjetivos u objetivos imprescindibles para conformar el tipo, pero no me parece procedente, y lo digo con todo respeto hacia quienes mantienen lo contrario con argumentos valiosos e importantes, que el Fiscal, apreciando una realidad penal, si estima que no existe un "interés social" prevalente en la acusación, y consiguientemente en la condena, se abstenga de perseguir el hecho, lo cual ni aun bajo el sistema de no monopolio de la acción penal, al coexistir con la acción popular y con la que titularizan los perjudicados por el delito, me parece correcto y acertado.

10. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. OTRAS FORMAS ALTERNATIVAS. IDEAS GENERALES

Es curioso, y ello demuestra la grave y profunda crisis del Derecho penal (que a mi juicio, lo es de reestructuración del edificio en que habita, no de sobrevivencia), que los científicos y legisladores busquen afanosamente la alternatividad de las penas más características del sistema tradicional, las privativas de libertad, con otras más próximas al Derecho administrativo sancionador como son las multas y prohibiciones, retirada de licencias y permisos, etc., y pretendan, con no menos ahínco, que, una vez impuesta la pena de cárcel, cuando no queda otro camino, se sustituya por otra pena o no se cumpla. Es decir, sin eliminar el delito queremos eliminar la pena que queda, con frecuencia, como una pura y simple ficción.

20. Quintero Olivares, op. cit., pg. 99.

21. Gimeno Sendra, Vicente: "Los procedimientos penales simplificados. (Principio de oportunidad y proceso penal, (monitorio)". *Bol. Información del Ministerio de Justicia*. 5 Junio 1987. Ruiz Vadillo, Enrique: "El Ministerio Fiscal y el proceso penal". En *Jornadas sobre la Justicia penal*. Consejo General del Poder Judicial. 1987.

En este sentido, si no se pueden evitar las penas de prisión para los hechos más graves (crímenes, violaciones, estafas graves a colectivos generalmente indefensos, drogas, robos con violencia o intimidación en las personas, mutilaciones, secuestros, etc.), sí se puede reducir el número de los delitos, sí es hacedero disminuir los delitos que llevan aparejada dicha pena, sí es factible aminorar la extensión cuantitativa y sí se puede, por último, posibilitar la novación de las penas con ciertos condicionamientos y exigencias.

Dentro de la generalidad en la que se está moviendo esta charla llegamos ya al final y en este sentido queremos quintaesenciar los problemas para que su exposición pueda ser objeto de crítica total o parcial.

Seguimos, pues, aunque no parece fácil la solución, pivotando sobre dos penas: la privativa de libertad o cárcel y la multa²². A su vez, como el número de insolventes es muy grande, al menos formalmente, la multa se trasforma en arresto por sustitución de pena (cuya constitucionalidad se cuestiona) conforme al art. 91 del Código penal acaso de forma no acertada por atentar a la igualdad con lo que en la práctica la pena de privación de libertad es casi única.

En este sentido, hace ya algún tiempo llevé a cabo un sencillo trabajo²³ sobre dosimetría punitiva que creo conserva algún interés, a pesar de las modificaciones operadas en el Código por Ley de 25 de junio de 1983, parte de las cuales he introducido en el cuadro que a continuación les ofrezco en forma puramente indicativa, sin exactitud, como acabo de señalar:

Número de veces que aparecen en el Código penal las penas correspondientes a todos los delitos y faltas:

Delitos.

Reclusión mayor	61	Porcentaje	6,4
Reclusión mayor	52	Idem.....	5,4
Prisión mayor	108	Idem.....	11,3
Prisión menor	245	Idem.....	25,6
Arresto mayor	207	Idem.....	21,6
Extrañamiento, confinamiento y destierro	20	Idem.....	2,6
Inhabilitación y suspensión	100	Idem.....	10,5
Multa	46	Idem.....	4,8
Represión pública	1	Idem.....	0,1
Faltas.			
Arresto menor	64	Idem.....	6,7
Multa	52	Idem.....	5,4
Represión privada	1	Idem.....	0,1

22. Conforme a la modificación de 25 de junio de 1983, la responsabilidad subsidiaria (civil) sólo podrá tener lugar una vez que se hayan adoptado las medidas correspondientes para hacer efectiva la multa, lo cual supone, a mi juicio, un acierto y una mejora notoria respecto del texto precedente.

23. Ruiz Vadillo, Enrique: "Dosimetría penal en el Código español". *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. 1977, pg. 352 y ss.

Prescindimos de las modalidades de penas conjuntivas y alternativas. Como los delitos que llevan aparejada penas no privativas de libertad son en su cuantía muy escasos, quiere decirse, según ya se expresó, que sólo hay dos penas: cárcel y multa y esta última escasamente aplicada y aplicable (Cfr. la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Instrucción en este sentido y la Memoria o Exposición elevada en el mismo orden de cosas por el Fiscal General del Estado).

Por último, si con independencia de los porcentajes ya señalados atribuimos un coeficiente a cada delito en función de su frecuencia, está claro que el protagonismo casi único del Derecho penal reside en la pena de cárcel, sólo corregido por la suspensión de condena.

Fórmulas alternativas

Hay pues que buscar fórmulas alternativas y tener la decisión de experimentar su eficacia. En este punto vamos a citar algunas posibilidades.

Transformación de la pena privativa de libertad en función de su propio desarrollo (Sección 2^a Capítulo III, Libro I, arts. 82 y ss. de la PANCP).

Imposiciones de reglas de conducta (social) y realización de tareas (V. arts. 92, 95 y 101 del Proyecto de Código penal de 1980). Si en ellas se respeta la dignidad del condenado, si se le ayuda a su efectiva incorporación a la sociedad y se consigue el equilibrio entre la prevención general y la especial, me parece que pueden ser un instrumento al servicio de la resocialización. En cualquier caso, me parece mejor que la cárcel cuando ésta, en función de las actuales exigencias sociales, no sea imprescindible.

Suspensión de condena en los términos que conocemos^{23 bis}.

Suspensión del fallo, (art. 75 PANCP). A mi juicio, subsumible, como he tratado de explicar en varias ocasiones, en la suspensión de condena.

Probation²⁴. No es una pena que se suspenda, sino una modalidad de cumplimiento que puede resultar especialmente eficaz. Con ella se hace efectivo el deseo muy generalizado de que las penas privativas de libertad de corta duración no se cumplan en la cárcel (así, en Jornadas de Jueces para la Democracia celebradas en octubre de 1986, y en las llevadas a cabo muy recientemente en Madrid por los Presidentes de Audiencias Provinciales) y conseguir efectos muy positivos (Antón Oneca, Quintano Ripollés, Rodríguez Devesa, etc.), si se evita su burocratización. La "probation" puede y debe ser por consiguiente un instrumento valiosísimo al servicio de la justicia penal, dentro, por supuesto, del principio de legalidad y evitando radicalmente la imposición de cualquier condición que sea degradante o contraria a la dignidad de la persona que haya de sufrirla, teniendo en cuenta las circunstancias y la personalidad del sujeto, en orden a la consecución de un equilibrio entre el beneficio del condenado y las exigen-

23 bis. Maqueda Abreu, M.^a Luisa: *Suspensión condicional de la pena y probation*. Sec. Gral. Técnica. Ministerio de Justicia. 1985.

24. Ruiz Vadillo, Enrique: "La probation y otras alternativas a la prisión como elemento clave para la reinserción social". Jornadas organizadas por el IReS. Madrid. Noviembre 1986.

cias sociales. Siendo los inconvenientes de la cárcel tan grandes, cualquier sustitución posible a su imposición ha de ser bien recibida. De esta manera dotamos a la Justicia penal de un signo de restauración y aportación, de naturaleza positiva para el sujeto y para la sociedad y evitamos las consecuencias tan nocivas de la prisión. La condena condicional puede sobrevivir con la "probation" en la que todo cuanto afecte a las condiciones a imponer ha de someterse a la más estricta legalidad, mientras que la ayuda al condenado ha de regirse por un criterio o sistema abierto. En este sentido quiero una vez más destacar y aplaudir el trabajo que, en una pluralidad de campos, viene realizando, desde hace muchos años, el IRES de Barcelona.

Establecimiento de una determinada residencia en sentido positivo o negativo.

Señalamiento de actividades prohibidas o impuestas (no conducción de vehículos a motor o aprendizaje, si el condenado lo acepta).

Seguimiento de una determinada actividad formativa o educacional. Estudios de E.G.B., de Formación Profesional, Cursos acelerados en determinadas profesiones: albañilería, fontanería, etc., a elección del condenado; alfabetización etc., todo ello dentro de las normales posibilidades de quien haya de realizarlas.

Aislamiento de ciertos grupos, los que se considere fueron determinantes del delito.

Prohibición de consumo de bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes y, en su caso, sometimiento a cura de deshabituación.

Prohibición de concurrencia a determinados lugares o espectáculos.

Prohibición de realizar determinados contratos, con el Estado Central y Autonómico, Sociedades mercantiles dependientes de organismos oficiales, etc.

Retirada de licencias y permisos.

Interdicciones determinadas y concretas.

Trabajo social o comunitario, al que se ha referido con tanto acierto la Prof. Adela Asúa^{24 bis}.

Prestaciones sociales.

Nada de cuanto queda dicho es fácil de realizar, pero dificultad no puede significar abandonar de antemano las perspectivas de éxito en la política penal, siempre sobre la base de un proceso oral, ágil, rápido, con plenitud de garantías y amplias posibilidades de impugnación, de acuerdo con los proyectos, a mi juicio muy importantes, actualmente en curso de estudio en el Ministerio de Justicia (conforme han expresado los medios de comunicación social), en los que tengo la gran satisfacción de participar.

Jurisprudencia

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo están, a mi juicio, contribuyendo a la efectiva realización de un Derecho penal, en todas sus versiones,

24 bis. Asúa Batarrita, Adela: "El trabajo al servicio de la Comunidad, como alternativa a otras penas". *Estudios de Deusto*. 1984. Cuesta Arzamendi, José Luis de la: "La sanción de trabajo en provecho de la Comunidad". En *La Ley*. 14 mayo 1985.

ajustado a los principios y mandatos constitucionales. Hagamos en este sentido un rápido y superficial repaso a algunas de sus resoluciones.

Dice la STC de 12 diciembre de 1986 que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe por su parte el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo y de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterio restrictivo y en el sentido más favorable de la eficacia y a la esencia de tales derechos.

Más recientemente, en S. 19 de febrero 1987, el TC ha señalado que la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento jurídico sino uno de los valores superiores del mismo (art. 1.1 Const.). No es lícito sacrificar el incumplimiento de una norma constitucional en aras de una justicia material que entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico inadmisible para el juzgador, con independencia de las consecuencias que de aquélla se derivaran para los condenados. Se trata ciertamente, dice el TC., de una garantía formal pero es a través del respeto y el celoso cumplimiento de tales garantías como se ha de perseguir, en el proceso, la justicia.

La extensa doctrina del Tribunal Constitucional en orden a la presunción de inocencia, a la proscripción de toda indefensión, a la tutela judicial efectiva, etc., constituye hoy uno de los presupuestos más valiosos para la realización de la justicia en general y de la justicia penal en particular. La S. de 12 de marzo de 1987, recordando las Ss de 28 de julio de 1981 y de 4 de octubre de 1984, se refiere a la presunción de inocencia²⁵ que ha de actuar mientras no haya una actividad probatoria suficiente que los órganos judiciales consideren de cargo, teniendo en cuenta su naturaleza y significación e insiste en el necesario equilibrio entre las exigencias de una suficiente actividad probatoria producida con las garantías procesales que, de alguna forma, pueda entenderse de cargo, y el principio de libre valoración de la prueba por los órganos judiciales ordinarios (art. 741 LECrim.). Por otra parte sólo puede hablarse de prueba, respecto a las declaraciones de los funcionarios de la Policía judicial en el atestado, cuando tal actuación se reitera y reproduce en el juicio oral de modo que pueda realizarse la oportuna confrontación por la otra parte.

Otra S., también de 19 de febrero de 1987 (la núm. 20) dice: este Tribunal Constitucional no puede fragmentar el resultado probatorio ni averiguar qué prueba practicada es el soporte de cada hecho declarado probado. Tal operación que tendría mucho de traumatórgica, ni es posible psíquicamente porque el órgano judicial penal valora en conjunto la prueba practicada con independencia del valor que cada Magistrado otorgue a cada prueba, ni estaría autorizada por nuestra Ley Orgánica (art. 44 1.b.), ni sería compatible con la naturaleza de la jurisdicción constitucional.

En orden a la jurisprudencia de la Sala 2^a del Tribunal Supremo podemos citar, entre otras, las siguientes sentencias: la de 8 de abril de 1986 declara que la regla 2^a

25. Vázquez Sotelo, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1984.

del art. 61 del Código penal no somete a cortapisas o condicionamiento alguno la pena en concreto que ha de imponerse, sino que queda confiada a la libre y soberana discrecionalidad de los tribunales de instancia, los cuales conjugando cuantos elementos de juicio tengan por conveniente, aplicarán la pena dentro de los límites superior e inferior fijados sin que el ejercicio del arbitrio concedido pueda ser revisado en casación, incluso cuando la Audiencia no hubiera exteriorizado (lo que en mi opinión debe hacer) los motivos tenidos en cuenta para la imposición de la pena en mayor o menor extensión, sino que se los hubiera reservado "in pectore". Recuerda la S. 15 septiembre de 1986 que la doctrina científica sostiene que todo lo valorativo, la compensación de la regla 3^a del art. 61 Código penal, es proclive a la comisión de errores que deben corregirse por la Sala 2^a, la cual podrá concordar con la de instancia encontrando plausible, prudencial y lógico lo por ella acordado o, por el contrario, desacertado, recusable y corregible. Tema éste el del arbitrio, como se ve, ampliamente polémico y no definitivamente resuelto. En materia discrecional sobre dosimetría punitiva, dice la S. 7 abril 1986 y en igual sentido la de 25 de noviembre del mismo año, que hay que distinguir una discrecionalidad máxima o de primer grado en la que los juicios de valor realizados para su determinación no obligan por la ley, en cuyo supuesto los tribunales pueden hacer uso de ella libremente, y otra mínima o de segundo grado en la que la operación intelectiva sobre la fijación de la pena está vinculada a ciertos condicionamientos fijados normativamente, consistiendo la discrecionalidad en hacer o no uso de los mismos, pero una vez que los tribunales la utilizan o ejercen, quedan obligados a los mismos. En la primera, el recurso de casación no es factible (por ej. regla 4^a del art. 61), sí en la segunda.

En cuanto a la analogía, en orden a la punición el TS dice: haciendo uso del mecanismo de la analogía no resulta factible ninguna extravasación que conduzca a la aplicación de un precepto más allá de su contexto o fuera de los naturales y previstos límites deducibles del tenor de la permisión. Es decir, aplicada la atenuante 10^a del art. 9 no cabe aplicar el art. 66 (S. 15 septiembre 1986).

Finalmente la STS de 24 de diciembre de 1986 se refiere al sistema penal moderno que sigue nuestro Código penal, combinando la previa determinación de la clase y cuantía de la pena por imperio del principio de legalidad y del de seguridad jurídica, con la individualización judicial que adopta la pena, dentro de los límites legales resultantes de cada caso, al hecho concreto y al particular delincuente que lo ha realizado, lo cual implica la dación de arbitrio al juzgador que habrá de ejercerlo teniendo en cuenta los criterios que el propio legislador señala y de manera subsidiaria o complementaria las que inspiran el marco de la prevención general y especial.

11. CONCLUSIONES

1^a - La finalidad del Derecho no puede ser otra que facilitar, dentro de los parámetros de la justicia que cada pueblo establezca, la convivencia en paz. Todo proceso judicial es un intento, y muchas veces una realidad, de transformación de la violencia, la lucha armada y la intolerancia en una fórmula de síntesis, de equilibrio, armonía y entendimiento.

2^a - La idea de justicia no es absoluta ni estática. Depende de infinitos factores. El legislador tiene obligación de realizar la justicia en función de las exigencias del bien

común. Como el enfermo que padece una lesión y quiere su curación busca al médico para eliminarla o reducirla, así la sociedad debe buscar en la norma jurídica el correctivo a sus disfunciones e injusticias.

3^a - Las respuestas al crimen están condicionadas por el tiempo y el espacio. Sólo la fórmula que encuentre el ajuste perfecto entre los legítimos factores y criterios plurales y hasta contradictorios, será eficaz.

4^a - No se puede ni debe pedir a los jueces que corrijan las leyes bajo la falsa idea, en una democracia, de que así la justicia será más perfecta. Si las leyes positivas no son justas, lo que debe hacerse es derogarlas, no pretender que los tribunales usurpen funciones que no les corresponden, con grave daño del sistema.

5^a - En el orden penal es también al legislador, obviamente, a quien incumbe dictar las leyes fijando los tipos y las sanciones. Los principios de legalidad y de seguridad jurídica vedan toda posibilidad correctora en este sentido. Ni siquiera la jurisprudencia de la Sala 2^a del Tribunal Supremo puede, como sucede en otros órdenes jurisdiccionales, complementar el ordenamiento jurídico, creando derecho. El arbitrio que al juez penal concede la ley ha de ser usado conforme a los principios del Ordenamiento jurídico y a la realidad social, criterios objetivos, fuera del pensamiento personal del juez. Y cuando la ley penal y civil se refiere a conceptos, operaciones o juicios de valor social, por ejemplo el escándalo público, el juez no es el destinatario subjetivo de esa apreciación, sino el pueblo, las gentes. Es decir, frente a un determinado hecho, nada importa que el juez se escandalice mucho, poco o nada, sino que es en las personas que lo presenciaron y a los niveles de esa comunidad, en quienes hay que buscar dicha apreciación, actuando el juez como un notario y no como un configurador de la realidad.

6^a - Por ello, nos parecen sorprendentes las críticas, siempre respetables, frente a determinadas decisiones judiciales que no hacen otra cosa que aplicar la ley, cuando lo acertado en tales supuestos sería, en su caso, censurar aquella parte del ordenamiento jurídico que fue aplicado, no al juez o tribunal que sentenció.

7^a - Por ello hay que insistir mucho en que el Derecho penal ha de construirse de forma tal que esté perfectamente ajustado al nivel cultural y a la sensibilidad del pueblo. Lo cual no obsta a la obligación de todos los jueces de profundizar, dentro de los términos constitucionales, en los principios de justicia, igualdad y libertad, valores esenciales que todos cuantos realizan tareas públicas deben llevar a cabo dentro de las estructuras correspondientes, sin olvidar que la Constitución trasciende, de alguna manera, de la concepción puramente positivista del Derecho.

8^a - El Derecho penal debe ser una zona del Ordenamiento jurídico de naturaleza normativa y valorativa que tienda a la realización de la justicia.

9^a - Buscar el equilibrio entre los intereses del delincuente, la víctima y la sociedad, a través del juez debe ser tarea importante, destacando la figura de la víctima a la que por justicia y solidaridad que son lo mismo, debiéramos prestar la mayor atención.

10^a - El Derecho penal debe asentarse en los principios de legalidad, culpabilidad, dignidad humana, proporcionalidad y excepcionalidad.

11^a - Las penas privativas de libertad no pueden desaparecer por ahora y para mantener esta afirmación nos remitimos a la idea de concordancia entre las exigencias

sociales y las respuestas del derecho, pero sí deben reducirse los delitos que las lleven aparejadas y su extensión.

La pena de cárcel ha fracasado como sistema rehabilitador y sólo cumple, por desgracia, una función de eliminación temporal del delincuente y una cierta preventión general.

12^a - A pesar de cuanto queda dicho no puede pasar a segundo plano la finalidad resocializadora de la prisión, sobre la que hay que profundizar todo cuanto sea posible.

13^a - En esta idea central han puesto el acento estas Jornadas penitenciarias, con evidente acierto, porque en su solución, ciertamente difícil, puede estar la clave del futuro en gran parte.

14^a - Un primer paso en esta tarea radica, en mi opinión, en la reducción de los internos, en la medida de lo posible. Sólo cuando exista una adecuada proporción entre especialistas en la resocialización (Psicólogos, Psiquiatras, Criminólogos, Sociólogos, Asistentes Sociales, etc.) y reclusos, puede pensarse en una eficacia de la pena privativa de libertad. Mientras haya masificación, condiciones infráhumanas y mixtificación entre preventivos y penados, cualquier intento de reinserción es baldío, pese al generoso esfuerzo de tantas personas bienintencionadas.

15^a - En mi modesta opinión, y así lo he expresado en varias ocasiones, el futuro Código penal debiera cargarse de imaginación para establecer nuevas fórmulas sancionatorias, de sustitución o, al menos, de alternatividad de las penas privativas de libertad, configurando la multa o pena pecuniaria con un carácter muy abierto y flexible, y en todo caso con una eficaz asistencia social carcelaria y postcarcelaria^{25 bis}.

16^a - El Tribunal Constitucional ha realizado, en este sentido, y en todos, una tarea excepcionalmente valiosa hasta el punto de que con su doctrina puede elaborarse una especie de Derecho penal constitucional al que he dedicado varios trabajos y dedicaré el Curso de Doctorado en la Universidad, en el año académico recién inaugurado.

17^a - La jurisprudencia de la Sala 2^a del Tribunal Supremo que me honro sobremanera en presidir, ha llevado a cabo también un trabajo decisivamente importante en orden a la incorporación efectiva de la protección de los derechos fundamentales, así en la presunción de inocencia, en la proscripción de toda indefensión y en la tutela judicial, aunque el evidente abuso procesal que en el ejercicio de tales derechos se ha producido, haya conducido a un grave quebranto en la marcha normal de la Sala y en la consideración al principio esencial del "plazo razonable". La jurisprudencia penal ha reafirmado también la constante incidencia de la Constitución en el cabal entendimiento del Derecho penal, tanto en su aspecto sustantivo como en el procesal, tan indisolublemente unidos, como por ejemplo en el llamado principio acusatorio.

18^a - Soy optimista por naturaleza y creo y confío que con tolerancia y respeto reciprocos de todos para con todos, se conforme una sociedad cada vez más justa, poniendo así los cimientos para una efectiva paz que sólo es auténtica si se construye

25 bis. Bueno Arús, Francisco: "La asistencia social carcelaria y postcarcelaria". *Cuadernos de Política Criminal*, 21. 1983.

sobre los principios de justicia, igualdad y libertad que es, en definitiva, lo que queremos la inmensa mayoría de los ciudadanos.

19^a - La reforma procesal debe contribuir decisivamente a la realización de estos objetivos. Una separación neta entre investigación y enjuiciamiento, aquélla a cargo del Ministerio Fiscal, sin monopolio en el ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de atribuir al Juez todas las decisiones que afecten a la situación personal o patrimonial del imputado, debe ser el presupuesto de la reforma y un proceso ágil, oral, contradictorio, acusatorio con igualdad de posibilidades procesales para la acusación y la defensa y plenitud de garantías, el contenido esencial de la modificación, con doble instancia tanto para los delitos como para las faltas y un recurso de casación, excepcional, con una finalidad fundamentalmente unificadora de los criterios interpretativos de las leyes penales. Todo ello está en avanzado estudio por parte del Ministerio de Justicia, como hemos dicho, y recientemente ha puesto de relieve su titular ante los Decanos de los Ilustres Colegios de Abogados de España.

20^a - Hay que profundizar en el examen de la necesaria racionalidad de las leyes, en su flexibilización, en la integración de los colectivos más afectados, en los preprocesos de preparación de las normas, sobre los consensos sociales, sobre la manera de enraizar cada vez más las ideas democráticas, desterrando para siempre toda tentación totalitaria²⁶, en el respeto a las Instituciones, lo que no se opone a su crítica seria y responsable, aunque sea dura, a la búsqueda del mayor equilibrio posible entre los poderes, en el desarrollo político, al que ha contribuido y seguirá contribuyendo el Tribunal Constitucional, y al fortalecimiento, cada día con mayor efectividad, del Estado de Derecho.

A la pregunta de Norberto Bobbio²⁷ sobre si es posible la supervivencia de un Estado democrático en una sociedad no democrática, hay que responder que sí. Aun suponiendo que la sociedad en una parte no sea democrática, el Estado democrático ha de vencer en base a lo que constituye su propia esencia: la fuerza de la razón y el convencimiento de que el criterio mayoritario constituye un argumento decisivo para que sus convicciones se impongan, siempre que al hacerlo se respete la minoría, se oiga y se reflexione sobre sus críticas y sus puntos de vista. El respeto recíproco, como ya dijimos, la tolerancia de puntos de vista distintos y aun contradictorios, y sobre todo la consideración trascendente de la vida y de la dignidad humana, han de ser piezas básicas en la construcción, siempre inacabada, como es la vida misma, de una sociedad mejor.

Y finalmente, todos debemos estar especialmente inquietos frente al complejo y difícil problema de la delincuencia juvenil, tan unido, a veces inseparablemente, al dramático fenómeno de la droga, tema el de los jóvenes del que con tanta insistencia,

26. V. los artículos publicados en el periódico *El País* en Noviembre 1986 sobre el Proyecto de Habemus.

27. Cristóbal Montes, Ángel: Artículo en el periódico *La Vanguardia* de Barcelona. 1986. Beristain Ipiña A.: *El delincuente en la democracia*. Universidad. Buenos Aires, 1985, con un magnífico prólogo de Elías Neuman en el que se pregunta respecto de los imputados: ¿Readaptarlos no sería regresarlos a la misma sociedad que los hizo delincuentes? Barbero Santos, M. *La defensa social, treinta años después*. Ministerio de Justicia, 1985.

como ejemplaridad, se han ocupado, entre otros, los Profesores Beristain y Palacio Sánchez-Izquierdo. Y frente al paro en el que no sólo inciden aspectos económicos muy graves, sino también psicológicos que sufren quienes queriendo no tienen posibilidad de trabajar y de realizarse como personas. Y frente a la violencia, otro de los fenómenos más graves y trascendentales, hoy.

Muchas gracias por su atención y ojalá que las Jornadas supongan para todos nosotros una reflexión y un propósito de contribuir en la medida de nuestras posibilidades a esta siempre nueva y renovada realidad social a la que la mayor parte aspiramos: a la paz por la justicia.



De izda. a dcha.: A. Ruiz de Erenchun, M. Iracheta, E. Ruiz Vadillo, B. Mapelli y L. Garrido Guzmán.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
149 - 163

APUNTES SOBRE EL PERFIL DEL JUEZ PENAL EN CUANTO CREADOR DE LA SENTENCIA*

Resumen: Se estudia el perfil del juez penal y su dimensión humana, criminológica y jurídica y se analizan las principales funciones que debe desarrollar en su actividad judicial, indicando que el juez ha de conocer y asumir las ideas de la Política criminal que inspiran la legislación punitiva. Asimismo, se realiza una reflexión sobre la finalidad de la prisión considerando necesaria la aplicación de un sistema alternativo de sanciones.

Laburpena: Epaile penalaren perfilaz aztertzen da, bere giza dimentsioa, Kriminologikoa eta juridikoa, eta bere lanean bete behar dituen funtzio garrantzitsuenak ere aztertzen dira, legepide zehagarrrian oinarritzen diren Politika Kriminaleko ideiak onartu eta ezagutu behar dituela adieraziz. Hau hala izanik, gartzelaren helburuari buruz gogoeta bat egiten da, zigor sistema alternatiboak beharrezkoak direla adieraziz.

Résumé: On étudie le trait du juge pénal et sa dimension humaine, criminologique et juridique, et on analyse aussi les principales fonctions qu'il doit développer dans son activité judiciaire, en indiquant que le juge doit connaître et assumer les idées de la Politique criminelle qui inspirent la législation punitive. De même, on fait une réflexion sur la finalité de la prison en considérant nécessaire l'application d'un système alternatif des sanctions.

Summary: It is studied the profile of the penal judge and his human, criminological and juridical dimension. The main functions he must develop during his judicial activity are also analysed, pointing out that judge must know and assume the Criminal Policy notions which inspire the punitive legislation. Likewise, a reflection about the purpose of prisons is made, considering the necessity of the performance of an alternative system of sanctions.

Palabras clave: Derecho Penal, Actividad Judicial, Penología, Alternativas a la Prisión.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Epai Lana, Penología, Gartzelaren alternatibak.

Mots clef: Droit Pénal, Activité Judiciaire, Pénologie, Alternatives à la Prison.

Key words: Penal Law, Judicial Activity, Penology, Alternatives to Prison.

* J.L. de la CUESTA, I. DENDALUZE, E. ECHEBURUA (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Prof. Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 363-377.

SUMARIO

- 1.- Homenaje al Profesor Beristain.
- 2.- El tema elegido.
- 3.- El Juez penal. Consideraciones generales.
- 4.- El Juzgador.
- 5.- El Juez de Vigilancia Penitenciaria.
- 6.- La especialización.
- 7.- Las técnicas de valoración de las pruebas.
- 8.- La sensibilidad.
- 9.- El no a la cárcel. La novación punitiva.
- 10.- Los sistemas alternativos.
- 11.- El Juez y la Sociedad.
- 12.- Los Jueces Técnicos.
- 13.- El Jurado.
- 14.- El Juez y la Constitución.
- 15.- Consideraciones finales.

1. HOMENAJE AL PROFESOR BERISTAIN

Un trabajo que se destina a un Libro Homenaje exige unas palabras de presentación. Al Profesor Beristain le conozco desde mis iniciales actividades judiciales en Bilbao. Acudimos juntos a Jornadas y Congresos, escuché muchas de sus charlas y conferencias, estudié sus trabajos, acudí más tarde a su Instituto de Criminología de la Universidad del País Vasco y a su Cátedra de Derecho Penal en bastantes ocasiones y he seguido muy de cerca su trayectoria vital, como persona y como universitario.

Mi admiración en esta doble proyección humana y jurídica es especialmente grande. Este modesto trabajo podía llenarse de anécdotas vividas como testigo y todavía quedarían muchas sin relatar. Todas ellas tienen un denominador común, como he dicho ya muchas veces: allí donde haya una necesidad, una angustia, un sufrimiento, estará el Profesor Beristain y lo hará siempre con sencillez, con su enorme carga de humanismo de la más alta calidad y con su sabiduría y prestigio internacional en el campo del Derecho. Los problemas de la droga, de los desasistidos, de quienes sufren esperando, a veces con impaciencia, el final inmediato e irreversible de sus vidas, estarán siempre presentes en este ilustre Profesor. De ahí la preocupación por la drogadicción, por la cárcel, el aborto, la eutanasia, etc., con soluciones que cuando pasan los años coinciden muchas veces con las que la sociedad establece después como las más acertadas.

A este gran Maestro de la vida y del Derecho le preocupa aquello que obsesiona a un gran número de personas a las que como jurista ha querido servir, dándoles unas respuestas humanas y jurídicas satisfactorias, adquiriendo así el Derecho penal una dimensión y un horizonte de aproximaciones en la ilusión de las llamadas gentes de a pie, difícilmente superable.

2. EL TEMA ELEGIDO

En orden al contenido de esta modesta aportación he pensado que atendida mi actividad profesional, estudiar el perfil del juez penal y su dimensión humana, criminológica y jurídica podía ser, en sí misma, un homenaje al Profesor Beristain por las razones apuntadas.

La mayor parte de los Tratados y obras de Criminología tratan bajo uno u otro título este tema en cuanto que el juez crea la sentencia penal y ésta ha de asumir los correspondientes factores criminológicos. A este respecto dice Seelig¹ que la sentencia

1. SEELIG, Ernesto: *Tratado de criminología*. Traducción José M.^a Rodríguez Devesa. Inst. Estudios Políticos. Madrid, 1958, págs. 425 y ss.

penal constituye la terminación del proceso, el cual se presenta como una reacción de la comunidad contra el delito y sirve para comprobar las pretensiones penales y de seguridad. Considerada desde el punto de vista jurídico-material es un objeto ideal, esto es, un precepto y mandato jurídico aplicado a un caso concreto, una conclusión lógica partiendo de premisas dadas. Ese punto de vista pasa por alto muchas veces que la creación de la sentencia es obra humana y por tanto un proceso real. Todos los fenómenos psicofísicos de las personas que cooperan a él pueden tener importancia para el resultado de la sentencia; su investigación, se dice, compete a la Criminología.

Juzgar, ha dicho Beristain², es una actividad muy difícil y que exige mucha imparcialidad, nunca habrá una objetividad completa ni perfecta, pero los jueces ordinarios son los menos parciales que se puede. Los jueces especiales, dice, por principio, por su propia función, lo son mucho más. Esa es, creo yo, la doctrina que emana de la Constitución a través de la institución del juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

3. EL JUEZ PENAL. CONSIDERACIONES GENERALES

Aunque existe una innegable unidad en todo el Ordenamiento jurídico en cuanto instrumento de realización de la justicia, dentro de unos determinados parámetros, a fin de conseguir una convivencia en paz a través de un sistema normativo equilibrado y defensor de todos los derechos fundamentales y libertades públicas, el Derecho penal ofrece unas notas muy específicas y, por consiguiente, el juez encargado de su aplicación ha de reunir determinados requisitos, imprescindibles para la realización efectiva de la justicia penal.

El juez penal ha de conocer muy bien y asumir en su actividad judicial las ideas básicas de la Política criminal inspiradoras de la legislación punitiva. Dice Jacqueline Bernat de Celis³ que Política criminal es efectivamente un sistema dado de reacción social frente al fenómeno delictivo, expresión que califica como una de las caras de la Política criminal que llama decisional, al lado de la otra faz en cuanto etapa de investigación específica destinada a dar base, validez y eficacia a dicha etapa de toma de decisiones.

Pues bien, el establecimiento y la fijación de los contornos de estos principios no puede ser obra de cada juez, ni siquiera del colectivo judicial, sino de la Ley Fundamental de cada Estado, en nuestro caso de la Constitución de 1978 que establece como idea esencial que las penas privativas de libertad, y las medidas de seguridad, –y en mi opinión la expresión es generalizable a todas las penas– estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados (art. 25. 2)

2. BERISTAIN IPIÑA, Antonio: "No a las jurisdicciones especiales". En *Estudios Vascos de Criminología*. Mensajero, Bilbao, 1982, A. Beristain Editor, pág. 514.

3. BERNAT DE CELIS, Jacqueline: "Las dos caras de la política criminal". En *Estudios Vascos de Criminología*, cit. pág. 631.

Pero también otras ideas básicas se obtienen de la Constitución y del resto del Ordenamiento que han de hacerse efectivas a la hora de interpretar las normas penales: elección de pena en los supuestos de alternatividad, intensidad de la sanción dentro del arbitrio que no ha de usarse en función de criterios personales sino institucionales y sociales, etc., (art. 3.1 Código civil).

Otro tanto hay que decir de la descripción de los tipos penales y del concreto hallazgo de su finalidad. Sólo así, por ejemplo, se puede descubrir, a mi juicio, que la protección de la integridad de la personalidad en función del sexo no atiende al bien jurídico de la honestidad, pese a lo que literalmente se dice en el Código, sino al ejercicio de la libertad sexual (V. art. 1.1 CE). En este sentido una extensa jurisprudencia de la Sala 2^a del Tribunal Supremo, lo que explica que en uso de las facultades que a los jueces concede el art. 2 del Código penal, dicha Sala se dirigiera al Gobierno para que si lo estimaba oportuno orientara el sistema de protección jurídico-penal acentuando las penas en aquellas conductas que, no siendo violación de una mujer, en sentido técnico-jurídico, hieren los sentimientos de libertad y dignidad con igual o incluso superior intensidad.

Y el indulto que los jueces pedimos al Gobierno ha de construirse, en mi opinión, en función también de la Política criminal, corrigiendo las tensiones inevitables que se producen entre las normas, los comportamientos y las personas que delinquen, que han de resolverse no de forma anárquica y libre, sino en función de los parámetros de Política criminal que fija, no los jueces, sino el legislador.

El juez penal debe conocer a la persona que va a juzgar, de ahí la necesidad de estudiar antropología, psicología, sociología, etc., en su proyección criminal, ciencias integradas en lo que Grispigni llamó criminalística en razón del estudio que hacen del delito, de los medios de lucha contra él, represivo y preventivo, y del delincuente⁴.

En definitiva, ha de conocer las Ciencias que coadyuvan a una correcta administración de justicia penal y por consiguiente la Criminología, en cuanto hace referencia a los fenómenos reales del delito (psíquicos y físicos) y la Política criminal en orden a la dirección que el legislador marca en la lucha contra los fenómenos delincuenciales y la recuperación social del delincuente. Para ello ha de superar la zona del puro normativismo (que sirve y mucho para mantener la esencialidad del principio de legalidad, básico en el Derecho sancionador) y penetrar por los caminos de las ciencias auxiliares para descubrir la etiología del delito, causas directas y mediatas de su originación, mundo circundante: familiar, profesional, amical y territorial, personalidad, anomalías congénitas y adquiridas, patologías de la mente, etc. La Criminología crítica, dice Beristain⁵, ha de considerarse en sentido amplio como una orientación, una corriente impulsada por (y en la que son impulsados) todas aquellas personas y todas aquellas doctrinas que, en líneas generales, con variantes y peculiaridades, avanzan por las coordenadas científicas acerca del delito y de la desviación⁶.

De ahí, sin duda, que la existencia de una justicia, especialmente la penal, administrada por determinados hombres haya sido cuestionada socialmente. Tan elevada es

4. ROSAL FERNÁNDEZ, Juan del: *Derecho penal. Lecciones*. 2.^a Edición, pág. 12.

5. BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Cuestiones penales y criminológicas*. Reus, pág. 484. A la voz "juez" se refiere Beristain 23 veces y al término "judicial", 11.

6. BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Idem*, pág. 197.

la función que no puede dejar de ser polémico el tema de cuál sea la fórmula ideal para la designación de los jueces⁷.

El enjuiciamiento de una persona, ya lo hemos dicho, no es únicamente un problema técnico (que lo es). Es algo más: está detrás una persona con sus problemas, a veces con una soledad y una tragedia inmensas; en todo caso, con ciertos y determinados condicionantes: la pobreza, la enfermedad, la angustia vital. A esa persona, precisamente a esa, hay que juzgar. En el Derecho privado, sobre todo en el llamado Derecho patrimonial (tampoco la regla es absoluta) se puede prescindir de la silueta humana del actor y del demandado (en ocasiones es bueno que así sea). Mucho menos en el Derecho laboral cuya hondura humana es también indiscutible. En el enjuiciamiento criminal la persona alcanza un protagonismo que nunca nadie podrá eliminar ni ensombrecer.

De ahí la importancia de que el número de asuntos no impida al juez esa contemplación sosegada y serena del acusado, y escucharle y reflexionar, unas veces para justificar su comportamiento (para eso están las causas de justificación y la no exigibilidad de otra conducta, de validez atemporal y universal, esté o no en los Códigos, y las circunstancias de exclusión de la culpabilidad, en otro capítulo de la ciencia penal, pero, en definitiva, excluyente de sanción) y otras para atenuar la pena.

Hay en muchas ocasiones un desfase o desproporción entre el número de jueces y de asuntos y a veces es tan llamativo, pese al esfuerzo que se realiza en este sentido por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial, que la cantidad de procesos o recursos pendientes obsesiona y quita el sueño y la prioridad de la tarea parece centrarse en reducir el déficit para evitar la constante lesión del principio constitucional que proclama el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

4. EL JUZGADOR

La actividad judicial que conduce a la efectiva realización del Derecho penal puede agruparse en tres grandes apartados que ofrecen indiscutibles especificidades: 1) investigar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de las mismas, actuaciones todas ellas encaminadas a la preparación del juicio (art. 299 LECrim.). 2) Juzgar, dictando la resolución que en cada caso proceda que puede ser de inadmisión de querella (art. 313), de archivo o sobreseimiento, provisional o libre (arts. 641 y 637), de inadmisión de recurso (cfr. art. 884) o una sentencia absolutoria o condenatoria y, 3) ejecutar lo juzgado, especialmente importante en el Derecho penal, de manera muy acusada cuando se refiere al cumplimiento de las penas privativas de libertad.

El principio de legalidad, dicen los Profesores Gimeno Sendra, Moreno Catena, Almagro Nosete y Cortés Domínguez⁸, no se agota en la claridad y concreción de los

7. VERPRAET, Georges: *Le juge, cet inconnu*. Ministère de la Justice. París, 1975.

8. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho procesal*. Tomo II, vol. I. El proceso penal, (1). Tirant lo Blanch. Valencia, 1987, pág. 25.

tipos delictivos, lo que supone una elección en favor del Derecho penal del hecho frente al Derecho penal del autor, ni en el rango formal de las normas que lo componen, ni en el carácter irretroactivo de éstas. Esencial a su noción es también la dimensión procesal jurisdiccional. La indisponibilidad de las normas y la imperatividad de su observancia confieren al proceso penal un carácter de necesariedad que excluye la posibilidad de cualquier acuerdo o disposición privada para solucionar el conflicto originado por la producción del hecho delictivo⁹.

La obligada presencia del juez debe garantizar, desde que el proceso se inicia, la efectividad de los derechos fundamentales de la persona en todas sus fases. En la investigación, aunque se encomienda su realización al Ministerio Fiscal, conservando el poder de decisión en los momentos más trascendentales (prisión, entrada y registro, control de correspondencia, embargos, etc.) y, por supuesto, en las zonas de decisión y de ejecución¹⁰.

5. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Por razones pragmáticas me inclino por la solución que consiste en que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria¹¹ asuman las competencias correspondientes a la ejecución de las penas privativas de libertad. A cientos de kilómetros, a través de informes escritos, me parece inviable conducir con eficacia el desarrollo y cumplimiento de estas penas. El conocimiento del Establecimiento, de sus condiciones y circunstancias, el contacto directo con el interno es absolutamente indispensable para que la individualización judicial de la pena en sede de ejecución sea una realidad. La ejecución de la pena es función judicial aunque lógicamente exija la colaboración muy directa de los especialistas y funcionarios, en general, de Instituciones Penitenciarias sin los cuales la tarea es también irrealizable, y a la que sin duda prestan su vocación y preparación.

9. RUIZ VADILLO, Enrique: "Realidades y perspectivas jurídico-penales en la España de 1986", en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (Portugal), 1984, pp. 435-502.

10. DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo: "El principio "el que instruye no debe juzgar", como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento criminal" *Rev. Judicial*, 2.ª Epoca, núm. 8, septiembre 1987, pág. 26. Ha de procurarse, dice, que la persona que individual o colectivamente haya de dictar sentencia comience las sesiones del juicio oral libre de todo "prejuicio". Algunos autores llegan a considerar que el tribunal no debiera disponer ni siquiera del sumario; así MONTERO: "El principio de oralidad y su incidencia en la vigente LECrim". En *Justicia II* 1983, pag. 304 y 305.

V. PEDRAZ PEÑALVA, Ernesto: "La reforma procesal de la República Federal Alemana", de 1975. En *Rev. D. Procesal*, Iberoamericana, 1976, pág. 687.

11. RUIZ VADILLO, Enrique: "Algunas consideraciones sobre la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. La misión del Fiscal sobre determinadas competencias y sobre el futuro de la Institución". En *Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*. Centro de Estudios Judiciales. Curso 1. 1988. Idem: *Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*. Centro de Estudios Judiciales, 1988. En uno y otro caso siendo Director de los Cursos el Prof. García Valdés.

Recientemente, la prensa, (*El País*, marzo 1988) recogía la noticia según la cual un Juez de Vigilancia Penitenciaria había expresado la intención de cerrar un Centro penitenciario por las graves deficiencias existentes, en razón a la falta de capacidad (de 350 plazas teóricas a 500 reales) e inutilización de parte del edificio. Sin entrar ni salir en el tema, que desconocemos, lo traigo a colación porque problemas de este tipo y otros muchos sólo se pueden conocer y resolver por quien está cerca del Establecimiento.

6. LA ESPECIALIZACIÓN

En mi opinión la especialización que se predica del juez penal no se refiere sólo a un mayor y mejor conocimiento del sistema normativo (Cfr. Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la delincuencia económica), sino, como ya hemos indicado, en razón a la imprescindible necesidad de conocer otros aspectos, igualmente básicos para el enjuiciamiento penal y para la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de igual naturaleza. En este sentido tenemos: 1) el juez ha de distinguir, con los debidos asesoramientos, el delincuente del enfermo. A éste han de aplicársele medidas terapéuticas e incluso, cuando se hace imposible una vida en libertad por el peligro que supone para el resto de la comunidad, es obligado que el aislamiento tenga carácter cautelar y no punitivo. 2) Para decidir, dentro de un sistema alternativo de penas, la sanción más adecuada y dentro de la que haya que imponer, fijar la cuantía, debe hacerlo no sólo en razón de las circunstancias exógenas, sino también de la personalidad del sujeto¹².

7. LAS TÉCNICAS DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

La valoración de los distintos medios de prueba alcanza en el Derecho penal unas especiales connotaciones (así la declaración del acusado y de los testigos, el examen de las pruebas materiales, etc.). En este sentido no es lo mismo la confesión en el proceso civil (decisorio e incluso indecisorio) que en el penal donde se trata de descubrir la verdad real, nunca la formal, aparente o ficticia.

Aunque no hay reglas fijas en este sentido es imprescindible tener muy en cuenta principios que rigen en el Derecho sancionador. Las pruebas de reconocimiento (que tanto se prestan, si no se hacen bien, al error), las huellas dactilares (infalibles si se tiene la garantía de que la toma ha sido correcta y se ponen en relación con las circunstancias concurrentes), el estudio minucioso y muy reflexivo de las llamadas pruebas indirectas o indicarias, la presencia de peritos¹³, que en vez de prueba debieran configurarse como auténticos auxiliares del juez, especialmente los médicos en todas sus especialidades, ingenieros, químicos, etc., alcanza en el Derecho penal, como luego trataremos de ampliar, una muy especial significación. Las pruebas han de practicarse con todas las garantías para que puedan tener validez y han de acceder al proceso de acuerdo en todo con las normas constitucionales y procesales.

8. LA SENSIBILIDAD

La expresión sensibilidad la utilizo en un sentido muy amplio. La identifico, sin pretensiones de ningún tipo, con el sentimiento especial del juez para captar la realidad social en todas sus manifestaciones; así en cuanto a las ideas que han de condicionar la sentencia o cualquier otra resolución, en relación con la personalidad del sujeto,

12. BERISTAIN y otros: *Estudio criminológico de sentencias en materia penal*. Inst. de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. LXXXIII.

13. RUIZ VADILLO, Enrique: "Sobre la naturaleza de la pericia", *Rev. de Derecho de la Circulación*, 1986.

a la incidencia que las enfermedades mentales, incluidas las psicopatías¹⁴, han de tener en la culpabilidad y en la pena, a la especial valoración del comportamiento de los drogadictos, a la captación de las reacciones del pueblo en relación, por ejemplo, con determinados comportamientos tipificados como escándalo público¹⁵, recientemente reformados por vía legislativa. En definitiva, un estado de sincronía con la auténtica conciencia social de los ciudadanos¹⁶.

A este respecto, el Profesor Quintano Ripollés¹⁷ dice que en el complejo plano de las realidades sociales y hasta sentimentales, que tampoco han de ser descartadas, no puede perderse de vista la evolución sufrida en los últimos tiempos por las nociones de lo justo que, lejos de ostentar la impasible ecuanimidad de antaño, marcan una trayectoria partidista de teórico favorecimiento del débil, cambio de perspectiva, más bien sentimental que racional, que se corresponde con otros aspectos del Derecho al favor que merece el trabajador frente al patrono o el arrendatario frente al nudo propietario.

El Profesor Muñoz Conde¹⁸, refiriéndose al delito fiscal, dice que la principal dificultad con la que tropieza su aplicación, nula hasta la fecha, es la falta de los presupuestos sociológicos que le subyacen. La creación de una conciencia social en los ciudadanos no depende, en efecto, o por lo menos no directamente y a corto plazo, de una norma jurídica aislada, sino de un cambio profundo del actual sistema tributario y de la estructura socioeconómica.

En este sentido la Constitución atribuye a los jueces, y a todos los poderes públicos, una tarea cuasilegalitativa tendente a hacer realidad los principios que gobiernan a nuestra Ley Fundamental.

14. Según *Deia* del 29 de marzo 1988 el Tribunal Supremo interpretó de forma progresista el concepto de psicopatía al revocar en parte una sentencia de la Audiencia de Bilbao.

15. VIVES ANTÓN, Tomás S.: "Los delitos de escándalo público". *Rev. Poder Judicial*. 2.ª Epoca, 6 junio 1987. Después de considerar la postura de Casas Nombela y Fiandare, dice: Los comportamientos que hoy, según la interpretación propuesta, constituyen delito de escándalo público o se integran en las faltas correspondientes, producen alteraciones más o menos graves del orden público. Si ello es así, dice, una adecuada tutela de intereses colectivos en el mantenimiento de dicho orden exigiría la introducción de infracciones específicas a incriminar como delitos o faltas de desórdenes públicos. Por otra parte, la tutela de la libertad e indemnidad sexuales de los menores podría hacer aconsejable la configuración de infracciones paralelas a las de abusos deshonestos y someterlas a idénticos requisitos de procedibilidad. Dicha exigencia de proporción habrá de llevar en la mayoría de los casos a considerar los hechos como simples faltas. (V. en este sentido la reciente doctrina jurisprudencial de la Sala 2.ª del T.S.).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.ª: *La revisión en casación de la individualización judicial de la pena*. Una sentencia carente de motivación, dice, provoca una situación de indefensión y una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Si una sentencia individualiza sin motivarla suficientemente, cabrá en primer lugar recurso de casación y sólo en el caso de que éste se desestime, el recurso de amparo.

16. V. los comentarios de la prensa sobre la sentencia del T.S. que consideró que el Alcalde de Jerez no había calumniado a la Justicia (*El País*, *El Correo Español - El Pueblo Vasco*, *Diario 16*, *La Vanguardia*, etc.). La sentencia y el voto particular pretendieron, en mi modesta opinión, desde ángulos distintos, sintonizar con la realidad social, aunque no hubiera coincidencia en las correspondientes soluciones.

17. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*. III Ed. Rev. D. Privado, 2.ª ed. puesta al día por Carlos García Valdés, 1987, pág. 22.

18. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª Ed., Universidad de Sevilla, 1983, pág. 754.

9. EL NO A LA CÁRCEL. LA NOVACIÓN PUNITIVA

En mi opinión, la prisión ofrece unas notas negativas, cada día más acentuadas, y sobre todo un saldo lamentable de comparación entre lo favorable y lo desfavorable. A pesar de los rectos y buenos deseos constitucionales, hoy resulta casi impensable afirmar (pese a que la idea no puede abandonarse) que la cárcel rehabilita y resocializa. La prisión despersonaliza, aumenta las patologías existentes cuando el penado o el preso preventivo ingresa en prisión y las posibilidades regenerativas son casi siempre ilusiones. Actualmente pensar lo contrario es una quimera.

Si esto es así, la cárcel sólo va a cumplir dos objetivos: impedir la libertad de aquellas personas que culpablemente delinquieron y cuya presencia en la sociedad puede significar un grave peligro para los demás (asesinos, violadores, homicidas, ladrones que utilizan la violencia o intimidación, etc., y utilizo expresiones que se corresponden con el tipo de autor para una mayor expresividad) y actuar como efecto intimidativo o preventivo, más o menos importante y decisivo, según los casos, en aquellos supuestos en que por la naturaleza y significación del delito se exige una cierta constatación de reproche y censura (delincuencia económica, ciertos robos, abusos deshonestos, es decir, violaciones a la libertad sexual, lesiones, etc.).

Cuando no resulta posible prescindir de las penas privativas de libertad parece que la permanencia en la cárcel no debe prolongarse más allá de lo estrictamente necesario. De esta forma el juez de ejecución de penas puede y debe procurar, con los adecuados temperamentos, asesoramientos y garantías, que la prisión no se extienda más allá de lo que en cada caso, y dentro por supuesto de ciertos límites, desde un punto de vista de lo que la pena es y representa, se considere por la ley, mínimo irreductible.

Por ello la posibilidad de lo que puede denominarse novación penal debiera incluirse en el Código del futuro (cada día más urgente) para que la realidad de una Política criminal seria y eficazmente orientada hacia la reinserción, se haga efectiva. Sin utopías que, no obstante, valen como estimulantes, pero con un profundo afán renovador y de cambio.

En este sentido me remito a las interesantes consideraciones del Profesor Muñagorri¹⁹ que se refiere a la aproximación histórica entre la pena y las medidas de seguridad postdelictuales, así como a la integración de ambas sanciones en un sistema sancionador en el que el carácter de respuesta jurídica y la idea de fin actúen como elementos unificadores y a la necesaria autolimitación del poder sancionador penal.

Con análoga significación hay que referirse a la incidencia del trabajo en el mundo penitenciario a la que el Profesor De la Cuesta²⁰ ha dedicado trabajos e iniciativas de tan especial valor. A este respecto hay que citar la inquietud de los Ministerios de Cultura y de Justicia por buscar muy recientemente fórmulas de realización y cumplimiento de las penas privativas de libertad, más humanas y resocializadoras.

19. MUÑAGORRI, Ignacio: *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social*, Reus S.A., 1977.

20. CUESTA, José Luis de la: *El trabajo penitenciario resocializador*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, 1982.

10. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS

He aquí, en mi criterio, una misión, entre otras²¹, muy importante, a cumplir por el juez. En el término medio entre la libre decisión judicial (y dentro de esta figura coloco, con las adecuadas reservas, el llamado uso alternativo del Derecho) y la rigidez de un sistema punitivo inflexible, sitúo el sistema alternativo de sanciones en el que el juez pueda elegir, fundamentándolo, una u otra sanción: pena privativa de libertad o día-multa por una parte, multa o penas consistentes en restricciones a la libertad o al ejercicio de derechos, por otra, en la línea de algunos proyectos, así el de 1980 porque a mi juicio, y lo digo como siempre con todo respeto, me parece una inconsecuencia censurar con energía la asignación de tareas y prohibiciones (si se hace conforme a determinadas pautas que se ajustan al principio de legalidad y al respeto a la dignidad de la persona) y aceptar, en cambio, la presencia de la cárcel.

De esta manera, la individualización judicial alcanzaría cotas más altas. En orden a la sentencia aceptamos, dice el Profesor Jiménez de Asúa²², que pueda decirse que es una norma individualizada, pero nos rebelamos contra el supuesto de que la obligatoriedad venga de esa individualización. Obliga en cuanto es obligatoria la ejecución de las sentencias, lo que se halla establecido no en el fallo sino en una norma generalizada como la del art. 988 LECrim. y que se garantiza en los Códigos penales (quebrantamiento de condena, evasión), arts. 341 y ss. del Cp de 1932 y 334 y ss. del Código de 1944. Por otra parte, dice este Profesor, no termina la individualización en la sentencia. Ésta ha individualizado la pena "contracta" en cuatro años de pena afflictiva por ejemplo, pero el reglamento penitenciario y hasta la práctica carcelaria seguirán todavía individualizando más aún.

Según una reciente noticia de prensa, el jurado, los juicios orales abreviados y la reforma del Código penal son los pasos que el Gobierno quiere seguir para mejorar y agilizar la Administración judicial. El Ministerio de Justicia, se dice, ultima el proyecto definitivo de Código penal que se discutirá en las Cortes. El nuevo texto prevé, entre otras cosas, que las penas inferiores a seis meses se cumplan con arrestos de fin de semana²³.

Retomando el hilo de consideraciones precedentes hay que señalar lo siguiente: 1) que hay que desplazar las penas cortas privativas de libertad por otras modalidades punitivas, sin que el arresto fin de semana, en mi criterio, por circunstancias ajenas a su propia significación, pueda resolver el problema. 2) Que es muy importante que el juez tenga una idea clara del alcance que para el condenado y su familia haya de tener la pena. Como ya indicamos, no nos parece correcto aquel sistema que en abstracción y casi en el laboratorio establece las penas con rigidez y previsión matemática²⁴.

21. CÓRDOBA RODA y otros: *Comentarios al Código penal*. Ariel, 1975, sobre la interpretación de la regla 5.^a del art. 61 del Cp.

22. Sobre individualización de la pena: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho penal*, Tomo II 4.^a Ed., 1964, pág. 252 y 257.

23. *La Vanguardia* de Barcelona de 25 de marzo de 1988: "Las reformas pendientes de la Justicia".

24. Decía EXNER, (citado por Seelig, ob. cit. pág. 433) que el juez no castiga el delito concreto con determinada prisión porque existan circunstancias atenuantes, sino que aprecia circunstancias atenuantes porque quiere imponer esa prisión.

3) Que, en cambio, es esencial que el estado de ánimo del juzgador, su ideología, su "status" social, su procedencia, etc., no influyan para nada, en la medida de lo posible, en la determinación de la pena.

11. EL JUEZ Y LA SOCIEDAD

La inserción plena e incondicionada del juez en la comunidad en que vive es, a nuestro juicio, esencial. Sin ella, las vivencias comunitarias, los criterios sociales a los que tantas veces echa mano la ley (buena o mala fe, diligencia del buen comerciante, trabajador o buen padre de familia, la noción misma del escándalo público, etc.) quedan vacías de contenido.

El juez es persona y pueblo sin ningún tipo de especialidad; en cambio, me parece, que no puede ser político porque la política ha de estar integrada en las leyes que el juez, conforme a los criterios de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico, ha de aplicar.

Por eso, como dice el Profesor García Valdés²⁵, uno de los problemas fundamentales que presenta la ordenación de la justicia en todo momento es precisamente el relativo a la selección y formación de los que han de impartirla en España, los miembros de la carrera judicial. No es difícil darse cuenta del carácter trascendental de semejante cuestión y no sólo por el relieve de la doctrina jurisprudencial en la creación del Derecho sino también por el carácter de mediador entre los valores del sistema jurídico y la realidad social a la que ha de aplicarse aquél, que corresponde indeclinablemente al juez.

12. LOS JUECES TÉCNICOS

Es muy difícil, para quien está dentro de la función, fijar el perfil ideal del juez penal. Algo de ello he pretendido en la seguridad de que serán muchos, colegas y no colegas, los que difieran de mis puntos de vista. Sin duda serán grandes los errores míos en el planteamiento y en el desarrollo de esta idea.

Andrés Ibáñez²⁶ entiende que el juez es necesariamente un hombre y como tal político. En lugar de ser obligado a vivir en un absurdo conflicto consigo mismo deberá poder asumir e integrar conscientemente esa dimensión entrañada en la certeza finalmente de que las condiciones de honestidad y equilibrio con que la función debe ser ejercitada, sin necesidad de buscarlas a través de un irracional sistema de límites, fluirá con elemental sencillez en un marco político obtenido del libre ejercicio de las libertades públicas en el que la ley responda realmente a los intereses de la colectividad, y la justicia, abierta a la crítica social, pueda ser vivida por el pueblo como expresión propia.

25. GARCÍA VALDÉS, Carlos: "La selección y formulación de los jueces en España: el Centro de Estudios Judiciales". *Rev. Poder Judicial*, 2.º Epoca, n.º 7, septiembre 1987, pág. 39.

26. IBÁÑEZ, Andrés: *Reforma democrática de la Justicia*.

Joaquín Salvador Ruiz Pérez²⁷ está de parte de un papel social del juez ajeno a la dirección de los cambios en cuanto objetivos socio-políticos: un aplicador del derecho alejado de la política como actividad, aunque inevitablemente instalado en ella, que acompaña sus decisiones a las necesidades sociales, que sostiene y hace valer sus presupuestos éticos y que, ante todo, aun antes que aplicar la ley, trata de hacer justicia.

En todo caso debo decir que, a mi juicio, no puede hablarse de una justicia al margen del Ordenamiento jurídico porque hacerlo así presupondría que paralelamente al sistema establecido, a cuyo frente está la Constitución, hay otro que nace de los sentimientos del juez, lo que, repito, a mi modesto entender, no es factible en un Estado de Derecho, democrático. Pero creo que, en general, con unas u otras palabras, casi todos queremos lo mismo.

13. EL JURADO

El problema del Jurado en el orden penal está de plena actualidad. La Constitución en su art. 125 declaró un principio esencial y en este sentido no hay problema. La dificultad nace cuando se trata de fijar el modelo a seguir: jurado puro, escabino y mixto, con sus ventajas e inconvenientes²⁸.

Seelig²⁹ dice que los tribunales legos constituidos por escabinos, es decir, vocales de un tribunal colegiado bajo la presencia de un juez profesional, son provechosos políticamente-jurídicamente (robustecimiento de la confianza de la población en la Administración de justicia). En la forma de jurados que sólo deciden sobre la cuestión de la culpabilidad (que abarca cuestiones de hecho y de derecho) sobre cuya base una sala de jueces profesionales mide la pena (tribunal de jurados estilo antiguo) se producen con frecuencia, dice, graves errores judiciales.

El mismo autor señala que en la actividad del juez tienen con frecuencia gran importancia tanto factores disposicionales, como dotes de carácter, intelectuales y actitudes, e incluso estados psicofísicos pasajeros. A pesar de la independencia judicial asegurada legalmente y del alto “ethos” profesional que distingue, en general, al estamento judicial europeo puede alterarse inconscientemente su objetividad por las corrientes políticas y la conjunción del mundo dominante; el influjo sugestivo de las masas equipara paulatinamente la escala originaria de valores del juez a la dominante y las posibles repercusiones en la carrera profesional influyen involuntariamente en su decisión. Viceversa, puede suceder también que un juez dotado de una ética muy elevada trate, inconscientemente, para no ser partidista, con mayor benignidad a los que tienen una concepción del mundo adversa o bien que sea especialmente riguroso con una persona próxima a él, política o profesionalmente. La actitud intelectual, el cansancio, el conocimiento o desconocimiento previo de las actuaciones..., todo puede influir e influye. Al juez lego, dice, le faltan para valorar la prueba los necesarios conocimientos criminológicos, para el enjuiciamiento jurídico la formación jurídica y

27. RUIZ PÉREZ, Joaquín Salvador: *Juez y Sociedad*. Lib. Agora S.A., pág. 210.

28. GIMENO SENDRA, Vicente: *ob. cit.*

29. SEELIG: *Ob. cit.*, pág. citada también.

para la medición de la pena la experiencia comparada y el conocimiento de la ejecución de la pena³⁰.

Otros muchos autores comparten la preferencia sobre el Escabinado, frente a otro grupo, también importante, mantiene la postura contraria³¹.

Como dice el Profesor Gimeno Sendra³², el derecho constitucional al Jurado es una manifestación del derecho al Poder Judicial que todos los ciudadanos tienen a participar en los asuntos públicos (art. 23 CE); es un derecho y un deber y está sometido al principio de igualdad.

Lo importante es reflexionar, y, cuanto antes, tomar una decisión en la que se tengan en cuenta dos aspectos esenciales: nuestra especial configuración social, como sucede con todos los colectivos, los factores negativos o de exclusión y los positivos o de inclusión y que en función de ello se resuelva lo que corresponda, configurando un Jurado que de verdad responda a nuestras necesidades y sea capaz de dar una respuesta social válida a las exigencias de la Constitución. Para mí, inclinándome al Escabinado, con extraordinario respeto a quienes no piensan así, creo que las ventajas de la institución se centran en dos aspectos: 1) el superior conocimiento que el Pueblo tendrá de la Justicia, de sus dificultades y de su complejidad y 2) la traslación a los jueces técnicos de sentimientos e inquietudes que, acaso, por el relativo alejamiento de aquéllos a la esencia misma del Pueblo llano; aunque también los jueces somos, por supuesto, Pueblo, sentimos y conocemos peor³³.

14.- EL JUEZ Y LA CONSTITUCIÓN

Nadie ha de ser más sensible al espíritu y a los mandatos constitucionales que los jueces. La afirmación me parece que no puede objetarse. El juez es el realizador de la Justicia, según los parámetros constitucionales y del resto del Ordenamiento jurídico.

La idea ha de tener su proyección en Derecho penal, acaso con mayor fuerza que en el resto del sistema jurídico. La contradicción aparente de esta parte del Derecho: es un instrumento represivo y paralelamente es el máximo defensor de la persona humana, de tal manera que es el inculpado y el delincuente quienes no sólo son protagonistas del sentido punitivo del Derecho penal sino también de su inquestionable carácter protector (leyes de procedimiento, sustantivas y penitenciarias), no ofrece dificultades.

De ahí, las normas que garantizan al detenido y al preso un “status” de libertad, dentro de la sujeción que tales situaciones presuponen y del respeto a la dignidad humana, la necesidad de un sistema probatorio con plenitud también de garantías

30. TOHARIA, Juan José: “Los españoles y la Administración de Justicia”. *Rev. Poder Judicial*, 2.^a Epoca, núm. 1, pág. 41 y ss.

31. Memoria de la Fiscalía General del Estado 1986 sobre el Jurado.

32. GIMENO SENDRA, Vicente: *Ob. cit.*

33. RUIZ VADILLO, Enrique: *El Juez y el Jurado*. Conferencia de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en un Curso sobre el Jurado.

(prueba directa, excepcionalmente prueba indirecta o indicaria, plural, plenamente acreditada y motivada, derecho a la información, a la práctica de contraprueba, carga de la prueba en quien acusa, sistema acusatorio, publicidad, contradicción, oralidad, libertad de la defensa en su actividad ante los tribunales, proscripción de toda indefensión, rechazo de las pruebas advenidas al proceso por cauces o con desarrollos no correctos, presunción de inocencia, etc.).

15. CONSIDERACIONES FINALES

El camino a recorrer es largo, tiene dificultades, existen obstáculos no fácilmente superables, pero al mismo tiempo la tarea a realizar no puede ser más atractiva. Los que ahora son jóvenes tienen en su mano conseguir un mundo mejor que sólo lo será sobre la base de construir unos cuerpos legales en los que impere el equilibrio, la sencillez y la racionalidad y de perfeccionar un cuerpo judicial que sea capaz de dar alma al sistema normativo.

Todavía hay más. Es indiscutible que nuestra incorporación a Europa exige una plenitud de integración y en este sentido son casi infinitas las posibilidades. El Consejo de Europa ha realizado y está llevando a cabo una tarea excepcionalmente valiosa. Para citar sólo algunas de sus realizaciones más recientes hemos de hacerlo respecto al octavo Coloquio Criminológico celebrado en Estrasburgo, del 23 al 25 de noviembre del pasado año 1987, sobre "Disparidades en el pronunciamiento de las penas (sentencing): causas y soluciones"³⁴.

Los ataques que se dirigen a la justificación de la existencia del Derecho penal como instrumento represivo de poder para la realización del orden jurídico resultan infundadas, ha dicho el Profesor Jescheck³⁵, en una sociedad libremente organizada ya que sólo la pena hace posible la protección de la paz jurídica en un marco de libertad al regular la actuación del individuo apelando a su sentido de la responsabilidad y no en base a la coacción directa ni acudiendo a un tratamiento coactivo. Y en igual sentido, sus anotadores, los Profesores Mir Puig y Muñoz Conde, afirman que lo único que puede justificar la intervención del Estado a través del Derecho penal es la protección de la sociedad, es decir, la protección de la convivencia humana en sociedad.

La norma penal, ha dicho Muñagorri³⁶, es un instrumento de protección de bienes jurídicos. La ejecución de la sanción debe tender a la protección social y a la protección individual del delincuente, como el Derecho ha de tender a la igualdad y al equilibrio³⁷.

34. Consejo de Europa: *Huitième Colloque Criminologique*, Strasbourg, 23-25 noviembre 1987. Rapport del Profesor Jareborg, (Suecia). Conclusiones y Recomendaciones.

35. JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, vol. 1, págs. 5 y 11.

36. MUÑAGORRI: *Ob. cit.*

37. La consecución del valor igualdad y libertad es también tarea de los Jueces, (Cfr. art. CE). La plena integración de la mujer en una situación de igualdad real, en la vida jurídica es otro tema importante aunque en él, por fortuna, se ha avanzado muy considerablemente. Según la Agencia Efe en comunicado de 25 de marzo de 1988, el Poder Judicial (se sobreentiende el Consejo General) informó favorablemente el plan de igualdad de la mujer.

Desde esta perspectiva, llena de aparentes contradicciones, que dejan de serlo en una profundización de sus respectivos contenidos bajo la inevitable soledad en la que el juez, en tribunal colegiado o unipersonal, se encuentra con su conciencia y con la ley para resolver sobre libertades que son trozos importantísimos que se arrancan a la vida, quiero recordar y agradecer otra vez las enseñanzas del Profesor Beristain que tantas veces se han constituido en puntos de luz para cuantos trabajamos en el Derecho penal y en su realización práctica³⁸.



De izda. a dcha.: J. Hernández, A. Beristain, E. Ruiz Vadillo, E. Giménez-Salinas y F. Bueno Arús.

38. Otras zonas del Ordenamiento jurídico también parecen exigir determinadas especialidades. Según el ABC de 21 de marzo de 1988 el Consejo General del Poder Judicial propone la creación del juez especialista en los asuntos de familia.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
165 - 176

ESTADO ACTUAL DE LA JUSTICIA PENAL

(Su necesaria y urgente reforma)*

Resumen: Se analizan los diferentes problemas que afectan a la justicia penal, tales como el aumento de las intervenciones judiciales por parte de los ciudadanos, el aumento de la litigiosidad y, por consiguiente, la imposibilidad de asumir la sobrecarga de trabajo. Frente a esto, se estudian algunas de las soluciones que podrían aplicarse en materia penal, apuntando, entre otras, la descriminalización y despenalización, los tribunales especializados o la creación de un sistema diversificado de penas.

Laburpena: Justizia penalari eragiten dieten arazoak aztertzen dira, epai esku-hartzeen gorakadak biztanleen aldetik, auzien gorakadak eta honekin batera dagoen lan bultzada aurrera eramateko arazoak. Honen aurrean, materia penalean ezarri daitezkeen irtenbide batzuk aztertzen dira hauen artean kriminalizazio eza eta penalizazio eza.

Résumé: On analyse les différents problèmes qui touchent la justice pénale, tels que l'augmentation des interventions judiciaires de la part des citoyens, l'augmentation des litiges et, par conséquent, l'impossibilité d'assumer la surcharge de travail. Par rapport à tout ça, on étudie quelques solutions qui pourraient être appliquées en matière pénale, en signalant, au milieu des autres, la décriminalité et la dépénalité, les tribunaux spécialisés ou la création d'un système diversifié des peines.

Summary: The different problems that have an effect on the penal justice are analysed: the increase of judicial interventions for the part of citizens, the increase of the lawsuits and, therefore, the impossibility to assume the surcharge of work. Opposite to this, some of the solutions in penal matter that could be performed are studied, pointing out, among others, the non-criminalization and the non-punishment, the specialized courts or the creation of a diversified system of penalties.

Palabras clave: Derecho Penal, Justicia Penal, Penología, Describalización, Despenalización, Penas Privativas de Libertad.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Justizia Penala, Penologia, Kriminalizazio Eza, Penalizazio Eza, Askatasunaren Aukako Zigorrak.

Mots clef: Droit Pénal, Justice Pénale, Pénologie, Décriminalité, Délénalité, Peines Privatives de Liberté.

Key words: Penal Law, Penal Justice, Penology, Non-criminalization, Non-punishment, Privative of Liberty Penalties.

* II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras. Monográfico de Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 2 extr., 1989, pp. 173-184.

I. EXPOSICION DEL PROBLEMA

1. Conciencia de la condición de ciudadanos titulares de la soberanía y del papel de los Jueces, por parte del Pueblo.
2. Aumento, por consiguiente, de la litigiosidad.
3. Imposibilidad de asumir la carga de trabajo.
4. Mucha más publicidad.
5. Lógico espíritu hipercrítico.

II. POSIBLES SOLUCIONES

1. Desriminalización y despenalización.
2. Poner filtros selectivos a las impugnaciones.
3. Especialización.
4. La ejecución de las penas privativas de libertad.

III. CONCLUSIONES

I. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

Me parece muy importante que cuantos, desde una u otra posición, y en orden a las muchas perspectivas que el tema ofrece, estamos implicados profesionalmente en él, como investigadores o aplicadores del Derecho, cambien impresiones sobre los problemas existentes y sobre las fórmulas más adecuadas de solucionarlos porque al diagnóstico de las enfermedades puede seguir, con más facilidad y eficacia, la correspondiente terapia.

Estas II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras pueden ser una buena ocasión para la meditación, como lo fueron las primeras. Jueces y fiscales, abogados y procuradores, penitenciaristas, asistentes sociales, en el campo de las realizaciones prácticas, y profesores y científicos, en general, en el campo de la investigación, estamos ahora reunidos alrededor de la figura del Profesor Beristain a quien esta mañana hemos homenajeado, para, haciendo un alto en el camino, reflexionar sobre inquietudes y problemáticas comunes.

En este sentido, como acabo de decir, tener conciencia de la gravedad de lo que sucede hoy con la justicia penal, sea, acaso, un estadio preliminar a la definitiva solución. Pero cuando hablo de situación grave, que nadie piense que hago referencia a patologías o enfermedades del colectivo judicial. En absoluto, y creo que desde la atalaya de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo se pueden constatar bastante bien las vías por donde la justicia penal quiebra y tal vez los más acertados caminos para obtener su reparación. Me parece, y lo digo con el más profundo de los respetos para quienes no piensan así, que no hay nada patológico o enfermizo en la institución, afortunadamente, sino una muy grave crisis de crecimiento, de estreno de un nuevo sistema, de realidades originales, de un distinto y cada vez más efectivo posicionamiento del Pueblo, por fortuna, y por consiguiente, de la aparición de anomalías, deficiencias e irregularidades, propias de la nueva situación.

Esta es, una vez más, la pretensión de esta modesta charla. Cambiar impresiones con tan ilustres colegas sobre aspectos que, sin duda, conocen perfectamente bien y

en relación con los cuales podrán exponer, si lo desean, ideas y preocupaciones muy vivas de las que también, como siempre, procuraré obtener la lección de cuantos quieran intervenir en el Coloquio.

1. CONCIENCIA DE LA CONDICIÓN DE CIUDADANOS TITULARES DE LA SOBERANÍA Y DEL PAPEL DE LOS JUECES, POR PARTE DEL PUEBLO

Varias veces he citado, a este respecto, las observaciones del Fiscal General del Estado en la Memoria de 1987. Con todo acierto advertía entonces el encuentro que se ha producido de los ciudadanos con los órganos jurisdiccionales y la circunstancia de que era notorio que las decisiones de estos últimos, para aquéllos, incidían en sus vidas cotidianas y les afectaban de manera trascendente.

Cuando todos los tribunales están agobiados bajo el peso de los asuntos que no pueden resolver en tiempo adecuado (situación grave y muchas veces absolutamente intolerable) pese al esfuerzo ejemplar que, en general, se realiza y que en tantas ocasiones pasa desapercibido, hablar de crisis de confianza en la justicia no me parece atinado.

Acaso sucede todo lo contrario y apenas si nos damos perfecta cuenta de ello. El Pueblo ve en la Justicia una vía, a pesar de todos los inconvenientes, que existen con toda evidencia, disfunciones y errores y, sobre todo, lentitud; uno de los instrumentos más importantes para defenderse de las agresiones, y utilizo la expresión en sentido figurado, de los demás ciudadanos y de la propia Administración. De ahí que el aumento de las intervenciones judiciales, en todos sus órdenes jurisdiccionales, sea, en efecto, espectacular.

2. AUMENTO, POR CONSIGUIENTE, DE LA LITIGIOSIDAD

Todavía hay que dar cuenta de otro importante acontecimiento en el estado de cosas que estamos examinando. La Constitución española es una de las Leyes Fundamentales más acentuadamente judicialista y que, como ha dicho el Profesor Hernández Gil, antepone a la legitimidad formal aquella otra de naturaleza material o sustantiva.

La afirmación ha sido ya insistentemente repetida y no hay necesidad de remarcarla en demasia, aunque sí conviene traer a colación algunas ideas. La justicia es, con toda obviedad, uno de los valores superiores del Ordenamiento: sin duda, el primero (art. 1.1), la suspensión de los derechos fundamentales, ha de hacerse con la necesaria intervención judicial (art. 55.2), la Administración está sometida al control de los Tribunales en tres aspectos básicos: en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en la legalidad de su actuación y, finalmente, en cuanto al sometimiento a los fines que la justifican (art. 106), con sujeción plena a la Ley y al Derecho (art. 103) y, finalmente, en esta breve excursión por el articulado de nuestra Ley Básica, la actividad judicial realizada por jueces y magistrados es la única, de entre las tres clásicas, que recibe el nombre de Poder (art. 117) sin que tal denominación sea producto del azar o de la improvisación, sino resultado de reflexiones muy profundas y de sentimientos compar-

tidos por los constituyentes, lo que tampoco supone desconocer la prioridad del Poder Legislativo sobre los dos restantes.

3. IMPOSIBILIDAD DE ASUMIR LA SOBRECARGA DE TRABAJO.

Los números no lo son todo pero sí suelen ser representativos de realidades sociales, cualesquiera que sean las correcciones que hayan de hacerse para su más perfecta significación.

Basta leer las Memorias del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado sobre los órganos judiciales existentes y asuntos tramitados para darse cuenta del problema. El Estado tampoco puede, de golpe, multiplicar los Juzgados y Tribunales e incrementar las plantillas porque debe atender a otras muchas necesidades entre las que hay que destacar la Educación, la Sanidad y el gravísimo problema social del paro que a todos nos aterra. Probablemente, ni siquiera se encuentran las personas capacitadas y con vocación para acceder a la Judicatura en los volúmenes necesarios. Hay que llevar, por consiguiente, un cierto ritmo de crecimiento, con orden y medida y por un elemental deber de justicia hay que reconocer lo mucho que se ha hecho y se está haciendo en este sentido en los últimos años.

Además del crecimiento vegetativo de la población se da un incremento complementario de asuntos que ingresan en todos los órganos judiciales.

En este sentido, mientras no se produzcan cambios cualitativos, las soluciones serán parciales y, por lo tanto, de muy limitada eficacia.

4. MUCHA MÁS PUBLICIDAD

Los principios que, a veces, parecen programáticos y destinados a su solemne exposición, cuando responden, como en nuestra Constitución, a convicciones profundamente sentidas, como conviene a un Estado de Derecho, democrático y social (art. 1.1), llegan a calar en el Pueblo. No en balde se declara en ella que la soberanía reside en el Pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2) y más específicamente en el título VI, con su art. 117.1 se afirma que la Justicia emana del Pueblo. Siendo esto así, es lógico que la publicidad sea una nota destacada en la Administración de Justicia y que sus restricciones hayan de ser aplicadas con especial cuidado y con carácter muy excepcional. Procesos que hace unos años se hubieran celebrado a puerta cerrada por razón de la materia o de las personas implicadas se realizan hoy, utilizando una frase ya clásica, con luz y taquígrafos. Sería absurdo que al Pueblo que es el titular de la soberanía en toda su plenitud y, por consiguiente, de esta importante parcela, se le impidiese conocer el desarrollo de una de las actividades básicas del Estado, salvo cuando situaciones o circunstancias especialísimas lo hagan aconsejable, como puede suceder en los procesos por delitos de violación, es decir, de un atentado, el más grave que puede suponerse a la libertad sexual de una mujer, en los que la publicidad pudiera significar un nuevo ataque respecto a la dignidad e intimidad de la agraviada, que debe merecer todos los respetos.

Somos los jueces los que, de verdad, queremos que nuestra actuación institucional sea conocida, que se sepan las graves, a veces gravísimas, dificultades que com-

porta juzgar, y los primeros que agradecemos a los periodistas y a los medios de comunicación social, en general, su inquietud por los problemas de la justicia que, en la mayor parte de los casos, sólo pueden llegar al pueblo a través de la prensa escrita, radiofónica o televisiva. Estoy convencido, porque lo vivo, de que la Prensa, que desarrolla una de las más importantes tareas en una sociedad democrática, tomará cada día una parte más activa en su proyección judicial a la sociedad a la que sirve. Por mi parte he de agradecer de corazón la sensibilidad y preocupación que ha puesto en temas de especial delicadeza en problemas por mí vividos en los distintos puestos que he desempeñado, y últimamente en la Sala 2.^a del Tribunal Supremo.

5. LÓGICO ESPÍRITU HIPERCRÍTICO DE LA SOCIEDAD

Los Juzgados y Tribunales han estado, por desgracia, demasiado distantes de las inquietudes sociales. A veces se les ha visto como Entes lejanos, innaccesibles, desconocidos e incomprendidos, tanto en sus liturgias como en sus específicos contenidos. Personalmente no me parece mal que se revista de solemnidad el acto de administrar justicia con tal de que la forma externa, el ropaje, el ceremonial, no impida el conocimiento, lo más completo posible, de su contenido y finalidad.

Cuando los administradores de la justicia, por el proceso de democratización felizmente desarrollado en España, se han visto mucho más próximos, cuando se ha levantado en buena parte el velo de su actuación, que nunca ha debido ser reservada y secreta porque nada debe ocultarse, salvo en los supuestos de investigación; las gentes han tomado instintivamente partido por una u otra solución, y un delito de asesinato, parricidio o violación ha dividido las opiniones, y nada digamos si por medio está una personalidad política o judicial o personajes de la vida social.

El Derecho no es una ciencia de las llamadas exactas. No consiste en llevar a cabo una operación que si se realiza con corrección deba dar siempre el mismo resultado. En la solución de los problemas jurídicos caben, en general, fórmulas diversas y hasta opuestas y todas pueden ser ortodoxas. Por una razón muy sencilla: el juez, cualquiera que sea el orden jurisdiccional de que se trate, tiene que llevar a cabo dos operaciones muy difíciles y complicadas: a) Seleccionar, del material probatorio que se le ofrece por las partes, los hechos que estima han quedado probados. Puede creer a unos testigos y no a otros (prescindiendo de la buena o mala fe de su testimonio), aceptar una pericia y rechazar otra, obtener de unos documentos unas u otras conclusiones; en la inspección judicial alcanzar un convencimiento en parte y una duda o rechazo en otra. b) Diseñado el hecho (que otro juez con igual material probatorio habría conformado, acaso, de diferente manera), tiene que decidir qué preceptos jurídicos son de concreta y específica aplicación y una vez resuelta esta cuestión debe interpretarlos de acuerdo con los instrumentos técnicos que la propia ley le facilita y con su propia sensibilidad humana y jurídica para hacer realidad la teleología de la norma. Y, finalmente, en la parte dispositiva tiene todavía que hacer uso de la discrecionalidad que le concede la ley, en el campo penal, para individualizar la sanción y fijar la indemnización civil, lo que ha de hacer motivadamente, pero sin tenerse que ajustar a normas predeterminadas.

Por ello, cuando un tribunal superior revoca total o parcialmente la sentencia o, en general, la resolución del inferior (utilizo esta palabra sólo para conseguir el mayor entendimiento) o el Tribunal Supremo casa una resolución, no quiere decir que el infe-

rior se equivocó, sino que atendida la necesidad de que se cumpla el principio de seguridad jurídica (que también es constitucional), debe prevalecer el criterio del tribunal que está más cerca del vértice de la pirámide jurisdiccional frente a los criterios, siempre respetables, de los tribunales de instancia.

II. POSIBLES SOLUCIONES

Nos vamos a referir únicamente a la materia penal como ya hemos anticipado y, dentro de ella, haremos referencia, muy breve, a la parte sustantiva, a la procesal, a la ejecucional y penitenciaria, y a la orgánica, incluyendo en este apartado la organización de los tribunales, de las fiscalías y de la abogacía.

Además, las normas constitucionales en relación con el proceso, que tienen evidente vocación generalizadora, encuentran su principal destino en el Derecho penal porque éste sólo puede hacerse realidad a través del proceso.

Al iniciar esta segunda parte he de señalar que, a mi juicio, la solución de la justicia, especialmente de la penal, pasa necesariamente por una profunda y revolucionaria (en el sentido más noble de la palabra) reforma. Pretendo, en este sentido, exponer vías de solución, sin carácter exhaustivo, ni mucho menos dogmático. Se trata de ideas provisionales que pretendo confrontar, una vez más, con especialistas muy cualificados, como lo son todos Vds., para que posteriormente pueda corregir deficiencias e insuficiencias de mi exposición.

1. DESCRIIMINALIZACIÓN Y DESPENALIZACIÓN

Esta es la solución que tantas veces se ofrece como principal desde muy antiguo y que acentúan quienes son contrarios a la existencia del propio Derecho penal, al menos en su concepción actual. Si los jueces no dan abasto a resolver los problemas pendientes y no es fácil, ni acaso conveniente, multiplicar indefinidamente su número, reduzcanse, al menos, viene a decirse, las conductas merecedoras del calificativo de infracción penal.

Esto en gran medida es cierto, pero no sólo ni preferentemente porque existan insuficiencias estructurales que impidan la sanción en tiempo adecuado, sino porque el Derecho penal debe reconducirse a castigar aquellos comportamientos gravemente insolidarios que atacan frontalmente la convivencia pacífica. Pero esta reducción en orden a los delitos se notaría, desde el punto de vista práctico, muy poco (Cfr. las estadísticas judiciales, por ejemplo, de los últimos cinco años). Se pueden desriminalizar bastantes faltas, algunos delitos de imprudencia, de los mal llamados delitos contra la honestad, determinados hurtos, estafas y apropiaciones indebidas, etc., en la forma que enseguida diremos, pero nada de ello, como ya anticipamos, afectaría sensiblemente a la actividad judicial en sus grandes números (Cfr. la reforma penal a punto de ser promulgada).

En cambio, hay que hacer reformas estructurales importantes: en orden tanto a la exclusión de conductas como a la incorporación de comportamientos, hoy atípicos. Así, en cuanto a los delitos contra el orden socio-económico (de especial gravedad y

muchas de cuyas conductas viven hoy extramuros del Código penal) en la delincuencia contra la libertad sexual, sobre la que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que me honro en presidir, elevó al Gobierno una Exposición para integrar en la figura de la violación, como más adelante veremos, otras modalidades igualmente graves de agresión sexual, e incluir también al hombre como sujeto pasivo de la agresión (recordemos la tristísima experiencia carcelaria, en este sentido, de atentados a la libertad sexual de jóvenes varones todos los que hemos tenido intervención profesional en el mundo prisional), la necesaria reforma agravatoria del delito de tortura, una de las agresiones más graves que pueden darse en un Estado de Derecho. A estos aspectos se ha referido hace muy pocos días y de forma especialmente acertada y brillante, a mi juicio, el Profesor Cobo del Rosal. También debemos hacer referencia a la necesidad de nuevas exigencias objetivas y subjetivas en ciertas formas de delincuencia, como por ejemplo, los desórdenes públicos (art. 246 y ss.).

En cambio, nos parece muy importante, en este orden de cosas, el cambio de la naturaleza de las infracciones en cuanto a su persecución, es decir, transformar en delitos perseguitables sólo a instancia de parte muchas infracciones penales, por ejemplo, hurtos y estafas en establecimientos abiertos al público (recordemos la experiencia alemana), pequeñas infracciones contra el patrimonio, cuando no se haya producido violencia o intimidación en las personas, etc. Es decir, lo que hay que descubrir es en qué infracciones hay detrás un interés social relevante, merecedor de protección penal y cuándo, por añadidura es imprescindible que actúe el Estado, de oficio, con independencia de la voluntad de la persona perjudicada.

La circunstancia de que, en tales supuestos, pueda existir un chantaje por el que la víctima exija cantidades desorbitadas por su inhibición en cuanto a la denuncia, es un dato a tener en cuenta, pero nadie se ha rasgado las vestiduras de que ello haya pasado y, en cierta manera, pase, con delitos mucho más graves. Lo que hay que hacer es intentar que no suceda.

Volver a aumentar el límite económico de los delitos de hurto, estafa y apropiación indebida en relación con las respectivas faltas, desequilibraría el trabajo de unos y otros órganos y resolvería muy poco el problema, aunque es evidente que por razones de justicia, en cuanto al poder adquisitivo del dinero, podría llevarse a cabo una cierta corrección monetaria.

Pero la conclusión es otra: debe cuanto antes el Gobierno poner mano a la tarea de elaboración de un Código penal que responda de verdad a las exigencias de nuestro actual Estado, bajo un diseño constitucional, con un sistema equilibrado de infracciones penales y de su correspondiente dosimetría, sin olvidar la imprescindible sincronía que debe existir entre esta reforma, la procesal penal y la penitenciaria (recordemos el tema de la regla 2^a del art. 70 C.P.).

2. PONER FILTROS SELECTIVOS A LAS IMPUGNACIONES

Enseguida trataremos el tema con alguna mayor extensión. Así como en materia civil y laboral me inclino decididamente por el arbitraje institucional (aparte el ordinario) como fórmula de dar solución a muchos de los problemas que la realidad plantea, en el campo penal no cabe, con toda obviedad, a salvo lo que enseguida diremos, este

sistema. Pensemos, por ejemplo, en los conflictos entre el asegurado y el asegurador, del trabajador con el empresario, entre el consumidor, el comerciante y quien fabrica el producto, etc. El arbitraje, especialmente el de equidad, no susceptible de otro recurso que el de nulidad, puede ser un camino amplio y fecundo de soluciones.

En el orden penal nada puede hacerse en este sentido, como acabamos de señalar. Sólo cabe pensar, como también hemos anticipado, en transformar la naturaleza pública en semipública de determinadas infracciones, de tal manera que sólo la voluntad del agraviado o perjudicado sea capaz de poner en movimiento un proceso penal. El sistema tiene inconvenientes: que el que se encuentra en una situación económicamente favorable, propia o de sus familiares o amigos, termina siempre, como ya se dijo, resolviendo el conflicto por medio del dinero, y en este sentido he mostrado siempre reservas importantes que sigo manteniendo pero sobre las cuales se pueden encontrar vías intermedias de solución y, sobre todo, potenciar, como he pretendido en varios trabajos y conferencias, la atenuante del arrepentimiento espontáneo a base de dotarla de unos efectos reductores punitivos excepcionalmente importantes. El arbitraje actuaría (pensemos en el art. 1902 C.C.) o podría actuar para fijar la indemnización de daños y perjuicios producidos por el acto ilícito.

Lo que sí apremia es construir un proceso penal en el que exista incondicionalmente la posibilidad de una seria y efectiva defensa y de impugnar la sentencia por la vía de la apelación, con grandes dosis de simplicidad y sencillez y plenitud de garantías en el que predomine la inmediatividad, la contradicción, la agilidad y la rapidez. No es cierto, como a veces se cree, que la complejidad y la lentitud sean signos de mayores garantías. Todo lo contrario; la complejidad, emparentada a veces con el confusionismo, casi siempre innecesaria, favorece grandemente al enredador y chantajista, y en el Derecho penal al que se propone a toda costa dilatar el cumplimiento de la pena, con grave daño de la Justicia.

También el exceso de recursos y de vías impugnativas, en general, puede ser contraproducente, al impedir o dificultar la efectiva realización de la justicia, hacer perder la confianza en ella, facilitar su descrédito y, en definitiva, ser contraria a una rápida y recta solución de los conflictos sociales. Aunque parezca una paradoja, la justicia puede quedar asfixiada en formulismos estériles, incluso cuando son favorables al reo que busca la eternización del proceso.

3. ESPECIALIZACIÓN

La especialización puede ser, entre otros, un camino que favorezca la superación de la crisis. A veces, se confunden las jurisdicciones especiales, que no deben existir, y tribunales especializados, que pueden satisfacer íntegramente la exigencia del juez ordinario predeterminado por la ley.

Sé que entre muchos jueces estas especialidades no tienen buena acogida y lo comprendo porque encasillan demasiado. En cambio, el servicio me parece que puede ser muy mejorado. Si todos los jueces, por ejemplo, conocen de delitos monetarios, el esfuerzo que tienen que realizar cuando les corresponde dictar una sentencia en esta materia es enorme, mientras que otro juez especializado la prepararía con mucha más facilidad; todavía más, cuando a los catorce meses, también por ejemplo, vuelve a

tener que resolver otro asunto de parecidas características, el juez no especialista ha de empezar de nuevo porque la complejidad del tema, y a veces las alteraciones legislativas, y, en ocasiones, las jurisprudenciales y científicas, no permiten mantener actualizado el estudio de todas las materias y de todos los problemas presentables. Por ello, si uno de los Tribunales, o de las Secciones del Tribunal, o sus respectivos magistrados, se dedican sólo a la delincuencia económica, por ejemplo, alzamientos y quiebras, delitos laborales, fiscales, monetarios, etc., y otros a tráfico de drogas y delitos de peligro, etc., se mantendría más eficazmente una unidad de doctrina provincial, territorial y nacional, y el esfuerzo para resolver los problemas sería considerablemente menor.

Otro tanto hay que decir de las Fiscalías y, aunque el tema es más delicado, de la Abogacía, especialmente respecto a la habilitación para intervenir en los recursos de casación, que exigen una técnica muy especial cuyo desconocimiento provoca disfunciones importantes y situaciones, a veces, no fácilmente solucionables. También en el Tribunal Supremo pudiera establecerse, de alguna manera, una cierta especialización para mejor mantener la unidad de doctrina y conseguir la aminoración del esfuerzo.

4. LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La penología ha de sufrir una profunda transformación. Como ya dije hay que cargarse de imaginación para crear un sistema plural y diversificado de penas. Nada es perfecto, pero las imperfecciones no dejan de serlo si no se trata de superarlas con el estudio y la experiencia propia y ajena.

Es curioso, y así lo expresé ciertamente en las IV Jornadas de Derecho Penal y Defensa Social, celebradas el mes pasado en Coimbra, que por una parte muchos de nuestros Códigos sólo han acertado a poner el acento de la sanción penal en las penas restrictivas de libertad y, en cambio, a renglón seguido, tratan de que dichas penas no se cumplan o que se cumplan en otra clave muy distinta. En España, la suspensión de condena, la redención de penas por el trabajo, la libertad condicional, los llamados beneficios penitenciarios, etc., hacen que la pena quede, en su efectividad, absolutamente desfigurada. Pienso si, detrás de esta Política criminal, no se esconde, acaso de manera inconsciente, una mala conciencia social respecto de estas penas privativas de libertad. Si se quiere que no se cumplan ¿por qué se imponen?

Por ello estimo que sería mucho mejor, primero, establecer un amplio sistema de penas alternativas como instrumento de Política Criminal Judicial y después, permitir, como consecuencia de las vicisitudes del cumplimiento, una especie de novación punitiva de la pena que correría a cargo de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, con un recurso de apelación frente a las decisiones que en este orden de cosas adoptaran. Para ello, el Código fijaría una pena mínima y otra máxima y en su recorrido estaría centrada la individualización judicial, en atención a la personalidad del sujeto, al pronóstico motivado científicamente de modificación del comportamiento y consiguiente reinserción.

En cambio, es escasísimo o nulo el protagonismo de la víctima en este orden de cosas, cuando debiera ser una de las piezas del proceso penal y cuya reparación, como ya hemos adelantado, influyera más en las decisiones finales para estimular la indemnidad, hasta donde sea posible, del perjudicado.

III. CONCLUSIONES

Haciendo una breve recapitulación de las ideas expuestas, a través de un cierto desarrollo de alguno de sus puntos, podemos indicar lo siguiente:

El Derecho penal ha de responder a una unidad y su construcción ha de hacerse siempre en función de los principios que inspiran la Constitución. Ha de reconducirse a sus límites imprescindibles y para ello hay que contar con otros especialistas de campos científicos fronterizos con el Derecho, como la Sociología, la Criminología, la Antropología, la Psicología y, en general, las llamadas Ciencias Sociales.

Los principios de legalidad, culpabilidad (sólo así se justifica el binomio constitucional culpabilidad-inocencia y presunción a favor de ésta; en este sentido recuerdo la obra del Prof. Vázquez-Sotelo) y proporcionalidad, son la plataforma del Derecho penal.

En el campo de la penología hay que buscar fórmulas de alternatividad a las penas privativas de libertad, con imaginación y valentía y deben fijarse éstas con flexibilidad para que en su cumplimiento pueda llevarse a cabo, como ya señalamos, una correcta individualización judicial.

Deben fijarse previamente los objetivos de la Política Criminal y deben atemperarse a ella las descripciones de los tipos y las correspondientes sanciones. En el campo de las tipologías deben realizarse importantes retoques en los llamados delitos contra el patrimonio, reelaborando el delito de estafa, sobre todo en cuanto al sistema de penas que le acompaña, ciertamente desproporcionado, ahora a la baja, y con un grave efecto criminógeno; debe fortalecerse al alza el delito de torturas, corregirse determinados dislates como los que se producen en el binomio parricidio-asesinato, configurarse bien los delitos contra el orden socio-económico, modificar los delitos que hoy se siguen denominando contra la honestidad para transformarlos en auténticos delitos contra la libertad sexual, configurando, como ya dije, unos comportamientos en los que el sujeto pasivo pueda ser también el hombre, y parificando a la violación otras conductas de parecida gravedad (la penetración anal y bucal) a las que ya hizo referencia la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en una Exposición que remitió al Gobierno, suprimiendo muchas figuras penales cuya especialidad puede tener cobijo en la parte general, etc.

El proceso penal debe ser objeto de meditación y reflexión para llegar cuanto antes a fórmulas que den satisfacción a inquietudes muy legítimas y generalizadas.

Si debe establecerse una clara separación entre la investigación (que puede atribuirse al Ministerio Fiscal) y el enjuiciamiento, no menos importante es que cuando se declare la nulidad de una sentencia con el consiguiente efecto de reenvío a quien la dictó, no sea el mismo juez o tribunal quien vuelva a dictarla, porque aquí sí existe o puede existir un verdadero prejuicio, acaso hasta inconsciente.

La intervención del Ministerio Fiscal ha de hacerse siempre bajo el cumplimiento riguroso de los principios de imparcialidad y legalidad, con la presencia obligada del juez correspondiente en todos aquellos supuestos en los que haya de tomarse una medida que afecte a la persona o bienes del inculpado o de una tercera persona: prisión provisional, entrada y registro en un domicilio o local cerrado, intervención de

correspondencia postal, telegráfica y telefónica, control de sistemas informáticos, embargos, etc.

La aportación del material obtenido en la investigación y traslado de él al acusado, si no intervino en ella, ha de hacerse a través del juez penal y, como ya hemos dicho, en orden a la acusación pública, con el mantenimiento riguroso del principio de legalidad sin concesión alguna a los llamados principios de oportunidad pura u oportunidad reglada.

Debe existir un riguroso control judicial previo al proceso penal propiamente dicho, de tal manera que la voluntad de los acusadores, sea del Fiscal o de la Acusación particular o privada, sea requisito necesario, pero no suficiente, para la celebración del juicio oral. El rechazo del juez a la pretensión de las acusaciones vendría impuesto a) Porque el hecho no fuera delito, en atención a que el hecho ha sido despenalizado o porque notoriamente no se dan los requisitos exigidos por la ley penal. b) Porque los materiales que "prima facie" se acompañan (lo que en todo caso sería inexcusable), es decir, lo que podemos denominar actividad preliminar de cargo, sea absolutamente insuficiente. Es decir, no se puede someter a un ciudadano al gravamen de un proceso penal en concepto de acusado si no existe un indicio racional y razonado de criminalidad.

Mantenimiento incondicionado de los principios de defensa (que incluye, entre otros, el de ser suficientemente informado de la acusación), principio acusatorio, que forma parte de aquél, en virtud del cual el juez o tribunal no puede extravasar las penas pedidas por las acusaciones en orden a los hechos objeto de enjuiciamiento, ni siquiera si hace uso del art. 733 LEcrim., salvo que las acusaciones "asuman" la invitación del juzgador; de oralidad (salvo excepciones en beneficio de la víctima) y de contradicción real o potencial, porque el acusado y la defensa pueden no querer contradecir en todo o en parte la tesis acusatoria (recordemos el instituto de la conformidad en materia procesal penal, análogo al allanamiento en el civil).

El juicio oral ha de ser el centro mismo del sistema, su principal y casi única realidad. En él ha de practicarse la prueba (salvo la que con el carácter de anticipada se haya llevado a cabo por razones de urgencia), lo que no supone negar toda virtualidad a aquellas diligencias practicadas durante la investigación que se hayan realizado con las debidas garantías; por ejemplo, obtención de manchas de sangre, de semen, huellas dactilares, ocupación de armas, droga, otros utensilios, reconocimientos en rueda, etc., aunque su realidad y sus circunstancias puedan ser discutidas y puestas en entredicho por las defensas. Respecto de las declaraciones de testigos y coimputados en fase sumarial podrán ser tenidas en cuenta, coincidan o no con las que presten en el acto del juicio oral, si las posibles contradicciones les son puestas de relieve en dicho acto. En mi opinión, las diligencias practicadas ante el juez, en presencia de Secretario judicial, tienen fuerza en cuanto a lo que en ellas se dijo y en quién lo dijo, no, obviamente, respecto a su veracidad, como sucede con un acta notarial.

Me parece que sería bueno establecer tres procesos: por faltas, por delitos menos graves (delitos castigados con penas no superiores a seis años) y delitos graves. Siempre con posibilidad de apelación.

Aunque el tema es complejo y controvertido entiendo que los vicios que pueden acarrear la nulidad, si son subsanables, deben ser denunciados en el momento de ser

advertidos o en un plazo reducido prudencial, precluyendo, en otro caso, la posibilidad impugnatoria.

En el recurso de casación, que debe recuperar su auténtica e intransferible naturaleza, deben introducirse cambios profundos. Entre ellos, y para no alargar esta charla, citaremos la eliminación de la dualidad de fases: preparación y formalización que no conduce a nada absolutamente. El envío conjunto de los escritos anunciando el recurso con la sentencia autenticada por la Sala de instancia a la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En cuanto a las sentencias recurribles en casación creo que debieran de serlo: a) aquellas que se refieran a delitos que lleven aparejada pena superior a seis años, sin ningún tipo de condicionamiento y b) las demás, cuando entre la sentencia de instancia y la de apelación hubiera una diferencia, en orden al título de imputación; o bien cuando se entendiera que el hecho objeto de acusación no era constitutivo de delito; no cuando la discrepancia se refiera a la participación, al grado de perfeccionamiento o a la existencia o inexistencia de circunstancias de exención o de modificación de la responsabilidad criminal del acusado. De esta manera la doctrina jurisprudencial se extendería a todos los delitos sin excepción, consiguiéndose así una cierta y deseable unidad en la aplicación del Derecho penal que es la finalidad esencial del recurso de casación.

La pena impuesta, repetimos una vez más, debe estar sujeta a posibilidades de cambio, dentro de un mínimo y un máximo, a fin de acondicionar su cumplimiento a las circunstancias del sujeto, sin merma alguna del principio de seguridad jurídica.

Estas son algunas de las ideas que, a mi juicio, pudieran servir de plataforma a una reforma en profundidad del Derecho penal en sus tres vertientes absolutamente inseparables: Derecho sustantivo, Derecho procesal y Derecho ejecucional o penitenciario. Ideas, por supuesto, muy provisionales, producto de inquietudes profesionales propias y ajena, necesitadas de nuevas reflexiones con otros colegas y del correspondiente contraste de opiniones.

Me parece que existe hoy un material muy valioso para llevar a cabo la definitiva reforma penal en función de una serie de principios básicos, en los que casi todos estamos prácticamente de acuerdo.

Como ha dicho mi querido amigo y compañero el Profesor Barbero, Magistrado también del Tribunal Supremo, existe un amplio consenso en estimar, y de él por tanto se puede partir, que es misión de la política todo lo que se refiere a la determinación de los fines del Estado, uno de los cuales, primordial, es regular la convivencia del hombre en sociedad, al que contribuyen también a formar elementos de carácter extrajurídico.

Pero lo definitivamente importante en este caso no ha sido esta modesta charla sino el que como continuación de mi intervención en la mañana de hoy, se haya dedicado también al Profesor Beristain que tanto sabe de Política Criminal, de Criminología, de Derecho penal y de Ciencias Humanas, en general.

Para él otra vez mi cariño, mi admiración y mi gratitud.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
177 - 191

EL TRIBUNAL SUPREMO Y LOS DERECHOS HUMANOS*

Resumen: El principio y fin del ordenamiento jurídico es la persona humana. El Derecho es, por lo tanto, la ordenación positiva de la vida comunitaria sobre los postulados de la justicia, de la seguridad y del bien común. Así, el Derecho y la Sociedad se configuran como términos inseparables de un binomio que no puede disgregarse. En base a esta afirmación, se realiza un examen de los derechos fundamentales, deteniéndose en el estudio de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en esta materia.

Laburpena: Ordenamendu juridikoaren hasiera eta bukaera pertsona da. Zuzenbidea beraz, ordenazio positiboa, justizia, seguritatea eta ondasun komunen giza bizitzaren ordenazio positiboa da. Zuzenbidea eta gizarte bereiztu ezinak dira. Hau esan eta gero, oinarritzko eskubideen azterketa bat egiten da, Auzitegi Goreneko bigarren sailera iristen diren arazo garrantzitsuenen laburpen bat eginez.

Résumé: Le début et la fin de l'ordre juridique est la personne humaine. Le Droit est, par conséquent, l'ordre positive de la vie communautaire sur les postulats de la justice, de la sécurité et du bien commun. Ainsi, le Droit et la Société sont des termes inséparables d'un binôme qu'on ne peut pas désagréger. D'accord avec cette affirmation, on fait un examen des droits fondamentaux, en s'arrêtant dans l'étude de la jurisprudence dans ce domaine de la Salle des Affaires Pénales du Tribunal Suprême.

Summary: The beginning and the end of the juridical order is the human being. The Law is, therefore, the positive order of the community life on the postulates of justice, security and common welfare. In this way, the Law and Society are inseparable terms of a binomial that can't be disintegrated. By means of this assertion, it is made an analysis of the fundamental rights and a study of the jurisprudence in this matter of the penal court of the Supreme Court.

Palabras clave: Derechos Fundamentales, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Jurisprudencia Penal.

Hitzik garrantzikoenak: Oinarritzko Eskubideak, Zuzenbide Penala, Zuzenbide Prozesal Penala, Jurisprudentzia Penala.

Mots clef: Droits Fondamentaux, Droit Pénal, Droit de la Procédure Pénale, Jurisprudence Pénale.

Key words: Fundamental Rights, Penal Law, Procedural Law, Penal Jurisprudence.

* A. BERISTAIN, J.L. de la CUESTA (Comps.), *Protección de los Derechos Humanos en Derecho penal internacional y español*, VII Cursos de Verano en San Sebastián, UPV/EHU, San Sebastián, 1989, pp. 49-64.

I. IDEAS GENERALES

1. La crisis del Derecho
2. El espíritu que anima al sistema
3. La Constitución es un cuerpo vivo, dinámico y abierto
4. Los derechos se apoyan entre sí.

II. EXAMEN DE ESTOS DERECHOS

1. Legalidad, igualdad y prohibición de tortura
2. Tutela judicial efectiva
3. Indefensión
4. Garantías procesales
5. El proceso público, sin dilaciones indebidas
6. Principio acusatorio
7. El Juez ordinario predeterminado por la Ley
8. Presunción de inocencia

III. CONSIDERACIONES FINALES

I. IDEAS GENERALES

Una vez más he de aprovechar la circunstancia de encontrarme entre Vds. para expresar dos sentimientos muy arraigados: el de admiración, respeto y gratitud al Profesor Beristain, Director de este Curso y el de cariño a estas tierras donde transcurrieron muy felizmente muchos años de mi vida judicial y universitaria. Por último quiero expresar mi agradecimiento a la Universidad del País Vasco por esta amable invitación.

Voy a hablarles de lo que son preocupaciones prioritarias del Profesor Beristain, del Profesor De la Cuesta Arzamendi y de sus más directos colaboradores: la protección de los derechos humanos en Derecho internacional y español. Se trata, por consiguiente, de buscar y encontrar a la persona humana en su principal dimensión, de elevarla al primer rango de nuestras inquietudes, a que sea el principio y fin del Ordenamiento jurídico, su razón de ser, porque, a veces, a base de pura técnica y frialdad expositiva, parece que la persona, la mujer y el hombre, es objeto y no sujeto del Derecho.

De esta manera se explica bien el verdadero fin del Derecho y se descubre el equilibrio que ha de caracterizarle, proyectando su preocupación por quien cometió la infracción penal, por esa persona irrepeta e irrepetible que delinquió y faltó a los presupuestos mínimos indispensables de la convivencia, y también por aquella otra, igualmente irrepetible, que fue víctima del delito y que, cuando se trata de los bienes que nos son más queridos, como la vida (para los allegados), la integridad corporal, la libertad, la seguridad, la dignidad o el honor, sufre, en muchas ocasiones, en la más espantosa y dolorosa soledad y abandono los efectos del delito, como tal víctima o

sujeto pasivo, directa o indirectamente, sus graves consecuencias. El Pueblo, titular efectivo de la soberanía, debe tomar conciencia plena de este derecho y ejercerlo conforme a la Constitución.

1. La crisis del Derecho

¿Puede, realmente, el Derecho acabar con los aspectos más dramáticos de la convivencia humana, cuando a la amistad y a la solidaridad las sustituyen el odio y el egoísmo? Acaso, las leyes positivas, por sus consustanciales imperfecciones, no puedan hacerlo, pero el Derecho sí, entendiendo por tal la ordenación suprapositiva de la vida comunitaria sobre los postulados de la Justicia, de la seguridad y del bien común. Todos sabemos bien hacia qué punto del horizonte podemos y debemos orientar nuestros pasos para aproximarnos a la Justicia. Lo que sucede es que el egoísmo y la insolidaridad nos señalan otros muy diferentes caminos, cuyas desviaciones del ideal no tenemos ningún deseo de comprobar para no renunciar a nuestras egoístas y poco nobles apetencias.

De esta manera, el problema radica en hacer un esfuerzo general a fin de adecuar las leyes a la Justicia para después cumplirlas según estos parámetros, haciendo así del Derecho, como ha dicho el Profesor Hernández Gil, no sólo, ni siquiera principalmente, un sistema de normas, sino de manera básica, un sistema de valores, como impone nuestra Constitución que coloca, por encima de cualquier otra consideración, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. De ahí que el juez que busque en la norma concreta aplicable al supuesto controvertido la realización de tales bienes jurídicos, añadiendo al precepto positivo el caudal de principios básicos, cuando la estructura del sistema lo permita, no sólo no traiciona el Ordenamiento que como servidor de la ley tiene que respetar y llevar a la práctica (art. 117. I CE), sino que, por imperativo constitucional, realizará una tarea engrandecedora del sistema, al transformar por vía cuasilegal, el precepto legal positivo en la idea trascendente que de manera inevitable conlleva el Derecho (art. 9.3 CE).

Todo esto es fácil de exponer pero muy difícil de llevar a efecto. Hay que reconocerlo, lo que no obsta a que no podamos cejar en el empeño por conseguirlo. Todo sistema jurídico en un orden social es, como acabamos de decir, una ordenación preferencial y jerarquizada de valores no siempre fácilmente descubrible por la exposición unidimensional que ofrece, tantas veces, su tratamiento. Por ello, no es infrecuente que el juzgador y, en general, el intérprete, hayan de localizar, mediante la oportuna ponderación, los supuestos de colisión y preferencia a los que en tantas ocasiones se ha referido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nuestro Tribunal Constitucional y la Sala 2^a del Tribunal Supremo.

En cualquier caso hemos de convencernos de que Derecho y Sociedad son términos inseparables de un binomio que jamás podrá disgregarse. La Sociedad sin Derecho deja de ser una forma mínimamente aceptable de convivencia para transformarse en un caos y el Derecho sin Sociedad carece por completo de sentido y queda reducido a un catálogo muerto de preceptos. Los llamados negadores del Derecho no han propugnado, en realidad, la desaparición del mismo, sino de alguna o algunas de sus formas concretas de manifestarse. De ahí que como provisional conclusión hayamos de decir que el Derecho es presupuesto indispensable de la vida en

común y que en este sentido lo importante es que las normas que le sirvan de fundamento alcancen siempre, además de la indispensable legitimidad formal, que es parte inseparable del principio de seguridad jurídica, tan elemental y primario como la misma justicia, una legitimidad material concerniente al contenido y fines del Ordenamiento jurídico.

2. El espíritu que anima al sistema

Seguramente que con lo que acabo de indicarles está dicho todo lo que quería someter al mejor y superior juicio de todos Vds. Lo importante es concienciarse de que en una elemental jerarquía de valores, los derechos fundamentales y las libertades públicas deben alcanzar el primer rango del sistema por algo muy elemental: porque sin ellos el sistema mismo, dentro de un contexto democrático y jurídico, carece por completo de sentido.

Tales derechos y libertades significan la plenitud de la democracia, siempre que se entiendan en su totalidad, y de todos y para todos sin excepción. Se trata, en definitiva, de realizar en acto la propia soberanía de la que es titular el Pueblo, conforme a la Constitución, siempre, por supuesto, que al actualizarse dichos derechos, incluidos los de reunión y manifestación, entre otros, no se vulneren los derechos de los demás, teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto y que la democracia alcanza la plenitud de su significado cuando todos los intereses legítimos en juego, incluidos los de las mayorías y minorías, alcanzan un nivel de respeto recíproco aceptable. No es, por consiguiente, la carencia de conflictividad y de controversias lo que caracteriza a una sociedad democrática, sino la existencia de cauces de legitimidad para su adecuada y eficaz solución. Los problemas que en los regímenes autoritarios permanecen soterrados por inexistencia de vías de exteriorización, encuentran en las democracias caminos para su planteamiento y solución.

3. La Constitución es un cuerpo vivo, dinámico y abierto

Cuando la Constitución española de 1978 fue promulgada, ha dicho Joaquín García Morillo, proliferaron las afirmaciones, o más bien, acusaciones, respecto de su ambigüedad, pero una Constitución que quiera perdurar y ser aceptable para todas las sensibilidades políticas o la gran mayoría de ellas, debe forzosamente contener un amplio margen de indeterminación porque una Constitución es por esencia, recordando la no por manida menos feliz expresión de Haberle, un espacio abierto.

A mi juicio, la situación política y social que se vivía en los días en que la Constitución fue elaborada y promulgada exigía, todavía más acentuadamente, esta relativa ambigüedad e imprecisión sobre problemas muy cándentes entonces, que hoy, afortunadamente se contemplan con mucha más serenidad y equilibrio. Es por ello por lo que nuestra Ley Fundamental debe, a mi juicio, ser interpretada en la actualidad de forma distinta a como lo fue a raíz de su nacimiento, a pesar de que sólo una década nos separa de su promulgación.

Han sido años decisivos en nuestra Historia y un proceso acelerado de madurez política, social y jurídica se ha producido, aunque por la inmediatividad temporal ape-

nas si nos damos cuenta de ello. Las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de presunción de inocencia fueron sin duda la vanguardia de este cambio y su jurisprudencia ha sido decisiva en este sentido aunque algunas sentencias, en mi modesta opinión, sean objetables por unas u otras razones y en este sentido las he criticado respetuosamente. Los jueces ordinarios, contraponiendo la expresión a la de jueces constitucionales, me parece que han contribuido, también de manera decisiva, a esta nueva realidad social y jurídica y el que fue Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, D. Federico Carlos Sainz de Robles, los consideró, creo que con toda justicia, “motores del cambio”.

Hoy, en general, los derechos fundamentales y libertades públicas tienen una innegable realidad social, política y jurídica, aunque haya, y es bueno que así sea, cuando nacen de honestas convicciones críticas, también vulneraciones y desconocimientos que hay que corregir.

4. Los derechos se apoyan entre sí

En muchas ocasiones he dicho, y ahora lo repito, que más importante que el establecimiento de un derecho en concreto, con serlo mucho, es el sistema en el que se incardina. Enseguida vamos a ver que lo trascendental es el Ordenamiento jurídico en cuanto asunción de los derechos fundamentales y libertades públicas, su inseparable conjunción armónica, su reciproca apoyatura, sus lógicas limitaciones en pro de otros derechos igualmente valiosos y, en definitiva, el espíritu que los anima.

Si se observan bien las descripciones legales y más especialmente las constitucionales, se comprueba lo que acabamos de decir. Sin duda el legislador, tanto el constituyente como el ordinario, ha tenido la enorme preocupación por no dejar ningún hueco o vacío en la defensa de la persona humana acusada y hasta parece que los derechos se superponen y solapan. No es exactamente así: cada uno tiene una esfera propia, pero lo más importante es que todos ellos, en su conjunto, forman una unidad armónica.

No ha cambiado sólo el precepto en concreto, ha cambiado el espíritu que le da vida: se ha modificado el talante interpretativo y la configuración mental del intérprete aunque haya que dejar testimonio de la preocupación constante de los tribunales por estos principios cobijados en parte en la expresión “*in dubio pro reo*” y en otras ideas complementarias.

II. EXAMEN DE ESTOS DERECHOS

La clasificación de los derechos fundamentales puede hacerse desde distintas perspectivas y así podríamos referirnos al Derecho penal sustantivo, al procesal penal, al penitenciario y al orgánico dentro de la unidad sustancial a la que responden estos cuatro sectores del Ordenamiento jurídico. Con toda evidencia hemos de limitarnos a una muy breve exposición porque su estudio completo significaría usurpar temas y tiempo a los demás colegas que, de manera más puntual y sin duda con mayor autoridad, van a estudiarlos monográficamente.

Se trata, sobre todo, de dejar constancia de esta realidad social y judicial que puede acaso contribuir a un mejor conocimiento de su efectiva vivencia. Tampoco voy a hacer un estudio exhaustivo de la jurisprudencia, lo que resultaría muy pesado y tal vez poco eficaz, sino un examen general de los problemas más importantes, siempre con un criterio de relatividad y subjetivismo, que hasta la Sala 2^a han llegado.

Para completar el estudio sería necesario examinar el Convenio Europeo. Al insertarse el art.6 del mismo dentro del Ordenamiento jurídico de España, dice Martínez Ruiz, resultaría obvio que las garantías de un proceso justo o equitativo vendrían a ser las doce de la Constitución más las trece del citado Convenio. Ello, empero, no se trata de hacer una suma aritmética, sino una suma algebraica. Por otra parte algunos de estos derechos están repetidos, presunción de inocencia y proceso público, otros están redactados con palabras diferentes: proceso equitativo en el Convenio, proceso con todas las garantías en la Constitución, pero las más de las veces vienen a completarse añadiendo precisiones y calidades; ejemplo, la información al acusado que está en la Constitución ha de hacerse, por exigencia del Convenio, en el más breve plazo y en una lengua que el acusado comprenda.

El art. 24 de la Constitución, dice el mismo autor, protege dos derechos fundamentales: el derecho a la tutela efectiva y el derecho a un proceso justo, en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales propios de la actividad judicial: civil, penal, contencioso-administrativo y laboral. Y contiene otro derecho fundamental: la presunción de inocencia que conlleva la idea de jurisdicción penal. Aunque Martínez Ruiz explica inteligentemente esta afirmación, en mi opinión, la presunción de inocencia tiene un mayor alcance y se refiere, creo, a todo el derecho sancionador y, por consiguiente, a parte del Derecho administrativo y social y también, aunque de manera más excepcional, al civil.

El proceso penal, dice, es considerado como más delicado y trascendente. Por esto en la configuración de lo que constituye un proceso justo se han introducido algunas líneas que miran al proceso penal. Tal es el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a no confesarse culpable. El proceso justo, añade, no garantiza la justicia de su resultado pero pone las condiciones necesarias para que se logre el mayor acierto. Indudablemente que puede haber un procedimiento correcto que desemboque en una sentencia justa, que es lo bueno y deseable, pero la sentencia justa dentro de un procedimiento perfecto es acontecimiento posible como lo es la sentencia justa con un procedimiento deplorable.

Se trata de alguna manera de la disociación entre el recurso de casación por quebrantamiento de forma, por una parte y el de infracción de ley, por otra. Sin infracciones procesales la sentencia puede ser injusta y con ellas absolutamente correcta y llena de justicia. Pero lo menos que puede exigirse es la ortodoxia procedimental.

1. Legalidad, igualdad y prohibición de tortura

El principio de legalidad que es una de las mayores y más eficaces garantías en un Estado de Derecho, está contenido en el art. 25 de la Constitución y en el art. 1 del Código penal (STS 24 marzo 1983), pero no son contrarias a este principio las dispo-

siciones del Código penal referentes a que los tribunales, atendiendo a los antecedentes del sujeto, circunstancias del caso, características del arma o instrumento utilizado (y la idea es absolutamente generalizable), puedan rebajar en un grado la pena señalada porque aun cuando la normativa que concede facultades discrecionales a los tribunales para la imposición de la pena que se señala al delito permite su variación, no implica ataque alguno a la legalidad porque aquélla se cumple a través de la tipificación de las conductas en el articulado del Código sin que la actuación de la pena en concreto en cada caso pueda significar violación de la legalidad puesto que el crimen y la pena vienen fijados previamente, y únicamente su extensión es la que queda al arbitrio del tribunal, de conformidad con los condicionamientos que el mismo precepto fija (STS 7 diciembre 1984). Es decir, la institución de la individualización de la pena no es, de ninguna manera, contraria al principio de legalidad aunque sí pudiera serlo, a mi juicio, el principio de oportunidad en la persecución del que tanto se habla actualmente, de los principios de legalidad e igualdad.

En cuanto a la igualdad ante la ley es un principio recogido en el art. 14 de la Constitución que no impide (como acabamos de ver) que la aplicación de la correspondiente normativa pueda realizarse con las diferencias que la propia ley determine o autorice (STS 5 junio 1982). Es decir, repetimos, igualdad es compatible con discrecionalidad que, a su vez, jamás puede identificarse con arbitrariedad.

Si los casos son supuestos iguales, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos, pero si son diferentes, la aplicación de la ley ha de ser forzosamente desigual (STS 22 abril 1983). El que desiguala justificadamente el tratamiento jurídico de situaciones desiguales, tratadas equivocadamente de manera igual, iguala. En este sentido la referencia a la doctrina constitucional es absolutamente obligada (véase la STC de 7 de febrero de 1984): La posible impunidad de algunos culpables no supone que, en virtud del principio de igualdad, deba declararse la impunidad del que ha participado en los mismos hechos; cada cual responde de su propia conducta, penalmente ilícita, con independencia de lo que ocurra con otros.

La STS de 15 de noviembre de 1984 declaró la improcedencia de la agravante de ofensa a persona del sexo femenino (hoy desaparecida como consecuencia de la reforma de 25 de junio de 1983) por atentar al principio de igualdad. Pero de esto habría mucho que hablar: a mi juicio un trato diferente a la mujer –horario, por ejemplo en determinadas circunstancias–, no atenta a la igualdad (art. 14 CE) por los órganos judiciales, si la diferencia de trato en la imposición de la pena no obedece a criterios irracionales o arbitrarios, sino de aspectos de los que se desprenda con evidente notoriedad la distinción, por lo que “a contrario sensu”, cuando la imposición penológica dispar se hace de modo diferente, sin base o fundamento, la violación del precepto constitucional debe apreciarse.

Finalmente, en cuanto a la tortura, cuya existencia rompe por completo el presupuesto indispensable de la condena en orden a las pruebas obtenidas a su través, porque se olvida la idea elemental del respeto a la libertad y a la dignidad humanas, como es obvio, conforme a la doctrina jurisprudencial, han de ser declaradas nulas de pleno derecho. Ello exige un examen muy detenido y riguroso para comprobar si con otras pruebas distintas ha podido llegarse a la sentencia condenatoria y exige igualmente un estudio serio en relación a su propia realidad. Los recurrentes, dice la STS de 2 de marzo de 1984, en ningún momento consta que realizaran denuncia formal de haber

sido sometidos a torturas. No lo hacen en su primera declaración en el juzgado instructor y solamente, más de dos meses después, cuando se les recibe declaración indagatoria es cuando no se ratifican en sus declaraciones anteriores y alegan que tanto las prestadas en Comisaría como en el Juzgado lo fueron por malos tratos recibidos y amenazas, razones por las cuales se estima que no se infringió el art. 24 CE y no se aprecia la existencia de indefensión.

2. Tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva a la que se refiere el apartado 1 del art. 24 CE instituye la prohibición de indefensión que se origina en todos los supuestos en los que se hayan infringido normas procesales o sustantivas de carácter esencial como obstáculos de legalidad a la verdad material que debe primar en garantía del ciudadano y de la sociedad (STS 14 diciembre 1984).

El principio de que toda persona tiene derecho a la tutela judicial sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, viene reconocido en el Ordenamiento penal a través de la existencia de unas formas procesales que garantizan la igualdad de las partes en sus posiciones de acusación y de defensa, exigencias también previstas para la fase sumarial y primordialmente materializadas en la existencia de Letrado, pese a lo cual las declaraciones sumariales sin su asistencia carecen de fuerza para arrastrar tras de sí la nulidad del juicio, aunque no sirvan ni se tomen en consideración a los efectos de destruir la presunción de inocencia que favorece a todo ciudadano, tema distinto en el trance de indagar sobre la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo (STS 26 mayo 1984), a la que enseguida haremos referencia.

No existe infracción del art. 17.3 CE cuando en el atestado se pone de manifiesto que la privación de libertad se hace con la información de los derechos reconocidos en el art. 520 LECrim y a continuación se recoge el interrogatorio sin negativa a declarar (STS 16 noviembre 1984).

3. Indefensión

No hubo indefensión porque el recurrente fue oído cuantas veces lo solicitó, no se le privó de ningún recurso legal ni se dejaron de practicar las pruebas que fueron instadas por él, conforme al art. 24 CE (STS 3 diciembre 1982).

Tampoco la hubo si el Letrado designado por el presunto culpado asistió desde la primera declaración ante la Policía judicial (art. 17 CE, STS 23 noviembre 1982). La presencia de un Abogado constituye una garantía de la protección de los derechos del justiciable y de la observancia de las condiciones legales y a ella se refiere expresamente el art. 520. 2 LECrim, tras la modificación introducida en su texto por la Ley Orgánica 19/83 de 12 de diciembre por la que se desarrolla el art. 17.3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido (STS 2 octubre 1987).

Hay indefensión si existe indeterminación en el escrito de conclusiones provisionales de los hechos punibles porque se impide al acusado defenderse de manera efec-

tiva y proponer las pruebas pertinentes. (STC 10 marzo 1983 y STS 17 noviembre 1983).

El art. 17.3 CE establece que toda persona detenida debe ser informada, de forma inmediata y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligado a declarar y también garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establece. (Ss TS 25 mayo y 29 octubre 1984).

En análogo sentido hay que señalar, con la STC de 24 de enero de 1984, que el derecho a la defensa comprende el derecho de toda persona acusada de ser asistida por un intérprete cuando no comprenda o no pueda expresarse fluidamente en el idioma utilizado por el tribunal, tal como resulta de la interpretación del art. 24 CE de conformidad con el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 6.3 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

4. Garantías procesales

Como ya hemos dicho y tendremos ocasión de repetir, la relación de derechos lleva en sí misma una idea de reduplicación de términos y conceptos. En este sentido las garantías procesales son una especie de denominador común de muchas cosas, del tema de la separación entre investigación e instrucción y decisión conforme a la STC de 12 de julio de 1988 (con el problema de la situación del Tribunal Supremo en la Sala 2^a cuando actúa como Tribunal de única instancia), al tema de la reproducción de pruebas en el acto del juicio oral (V. STC de 1 octubre 1987), al derecho a la doble instancia, al que me he referido en varias ocasiones y últimamente en la Conferencia de clausura del Curso sobre Administración de Justicia celebrado el pasado día 20 de este mismo mes en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, de Santander y organizado por el Ilustre Colegio de Procuradores de España, etc.

La desestimación del recurso, dice la STS 15 de julio de 1984, procede porque mal se puede decir que se infringió lo dispuesto en el art. 24.2 CE respecto al derecho del procesado a no declarar puesto que ante su negativa a hacerlo en el acto del juicio oral lo único que hizo el Presidente del Tribunal, en uso de su perfecto derecho, es ordenar que se diera lectura por el Secretario a los folios sumariales. Pero no debe confundirse el derecho a no declarar con la procedencia de tomar en consideración las declaraciones que anterior y voluntariamente hubiere prestado el procesado ya que aceptar tal asimilación sería como dejar al reo utilizar ilícitos procedimientos para impedir la averiguación de la verdad material.

Dentro de la misma rúbrica pueden incluirse el derecho a la utilización de los medios pertinentes de prueba para la defensa (y también para la acusación) lo que supone la prohibición de denegar injustificadamente las pruebas debidamente propuestas, pero no que hayan de aceptarse y practicarse todas, siendo absolutamente correcto su rechazo con tal de que éste sea razonable y razonado.

También puede incluirse en este apartado genérico el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

5. Proceso público sin dilaciones indebidas

Creo que son los hechos mismos los que demuestran la efectividad y vigencia de este principio. Prácticamente el problema de la no publicidad ha desaparecido y la reforma de 19 de julio de este año 1988 en sede casacional tiene con toda evidencia esta preocupación.

En cambio, el tema de las dilaciones indebidas es el gran cáncer de la Administración de justicia, absolutamente intolerable. Mientras no se resuelva, nadie puede estar conforme con la situación; incluso la intolerancia se extiende por razones de justicia a los supuestos en los que es el propio inculpado quien tiene interés en el retraso.

6. Principio acusatorio

La vigencia del principio acusatorio es esencial en el orden procesal penal porque forma parte del sistema y su vulneración supone con toda evidencia la trasgresión del amplio principio de defensa y de su correlato, el prohibitivo de toda indefensión.

Sólo se puede condenar por hechos que hayan sido objeto de acusación formal y, a mi juicio, dentro de las coordenadas establecidas por la acusación. No puede apreciarse una agravante ni la creadora de un subtipo penal ni siquiera una agravante genérica si no se invocaron porque si no ha habido acusación respecto de ellas el inculpado no ha podido defenderse. Tampoco, en mi opinión, y existen ya varias sentencias del Tribunal Supremo en este sentido, puede el Tribunal condenar si haciendo uso de la facultad que le concede el art. 733 LECrim. la acusación pública o privada no asumieron la invitación del juzgador en orden a la tesis propuesta, porque también en este caso falta una acusación formal.

7. El juez ordinario predeterminado por la Ley

La STS de 22 de abril de 1983 entendió que el art. 24.2 inciso 1 de la CE que establece el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en cuanto declaración de principios, no excluye la posibilidad de nombramiento de juez especial perteneciente a la misma rama jurisdiccional por la especialidad de su nombramiento, no deja de ser juez ordinario, tesis, en mi modesta opinión, no correcta. Lo que la Ley quiere es que se evite a toda costa el juez "ad hoc".

Sobre este punto el Tribunal Constitucional en su S. de 13 de enero de 1982 confirmada en los autos posteriores de 7 y 28 de marzo de 1984 tiene establecido que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, resulta vulnerado, si se atribuye el asunto a una jurisdicción especial y no a la ordinaria (STS 26 de mayo de 1984).

8. Presunción de inocencia

Con una expresa referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala 2^a del Tribunal Supremo, así como de la doctrina científica que se ha ocupado extensamente del tema (Beristain, Cano, De la Cuesta, García de Enterría, Linde Paniagua y sobre todo a la obra de Vázquez Sotelo, monográfica del tema), así como a los comentaristas de la jurisprudencia como Martínez Val, vamos a intentar llevar a cabo una pequeña síntesis de la referida doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Sobre las exigencias procesales, la STS 17 de septiembre de 1987 se refiere a la invocación en la preparación (discutido y discutible tema del principio de unidad de alegaciones, a mi juicio necesitado de reforma), a la denuncia de la ausencia de prueba de cargo suficiente y regular, y a la no valoración sobre la prueba practicada. (La STS 24 de abril de 1982 hace un estudio general de los requisitos).

La STS de 28 mayo de 1981 dice: El reconocimiento judicial de este derecho en la CE no implica la imposibilidad de apreciar como delitos las conductas tipificadas en el Código penal en cuanto constituyan infracciones acreedoras a la sanción penal pues como tal presunción no impide ser destruida cuando los elementos o medios probatorios ponen de relieve la realización de hechos que reclaman la aplicación de preceptos penales.

La STS de 11 de marzo de 1983 y otras muchas posteriores en igual sentido manifiestan: 1) que queda reconocido explícitamente el principio de libre valoración de la prueba conforme al art. 733 LECrim. ajustado al art. 117.3 CE, porque el sistema de prueba basada no es compatible con el ejercicio jurisdiccional penal. 2) Su desconocimiento o vulneración puede ser objeto de amparo constitucional. No puede hacerse un juicio de valor sobre una prueba totalmente inexistente. 3) La invocación del principio no convierte en documento la declaración de los testigos, procesados, etc. 4) Se declara el carácter procesal de la presunción, lo que no incide sobre la tipificación de delitos y faltas y 5) Es obligado examinar el contenido de los autos, conforme al art. 899 LECrim.

Con la finalidad de que en el Coloquio puedan examinarse con mayor precisión y profundidad los problemas puntuales de este fundamental principio vamos a limitarnos a una breve exposición, como ya anticipamos, de la doctrina mantenida en los últimos años por la Sala 2^a del Tribunal Supremo:

La presunción de inocencia no puede ser un obstáculo insalvable para la realización del Derecho penal, (STS 6 marzo 1987). Es verdad: a veces se identifican impunitismo e inseguridad con democracia y Estado de Derecho, lo que es rotundamente falso. El Estado de Derecho y la democracia lo que dan es justicia, seguridad y seriedad.

El cauce procesal para hacer valer estos derechos es actualmente el del art. 5.4 de la LOPJ. (Ss TS 8 julio 1986 y 3 octubre de 1987).

Con toda evidencia se trata de una presunción “iuris tantum” que puede, por consiguiente, ser destruida. (Doctrina constante del TS y por supuesto del TC).

Las graves irregularidades acaecidas e invocadas después por la recurrente, en las dependencias policiales, invalidan las actuaciones del atestado, pero no las practicadas ante la autoridad judicial (SsTS 4 febrero 1987 y 3 y 18 de marzo de 1988).

Prescindir de la prueba indirecta conllevaría, en ocasiones, a la impunidad con la consiguiente indefensión social (STS 6 abril 1988). La STS de 2 diciembre de 1986 se refiere a las pruebas indirectas, mediatas, o de indicios.

La diligencia de careo, única que en puridad echa de menos el recurrente, tiene carácter discrecional y subsidiario (STS 16 de marzo 1987). Si se propone prueba habrá que motivar su denegación, si se va a rechazar, esta denegación habrá de ser suficientemente fundada, es decir, que su no práctica no interfiere el proceso de corrección, en sede de presunción de inocencia.

Es imprescindible que su desarrollo se realice conforme a los principios y mandatos constitucionales y procesales, de acuerdo con constante y reiterada doctrina jurisprudencial.

Una vez constatada esta realidad probatoria que ha de ser razonablemente suficiente puede ya condenarse, pero en tales circunstancias cabe la posibilidad de constatar la corrección del juicio de inferencia que ha de ser lógico, razonable y coherente. Esta es una tarea que corresponde al Tribunal de casación: STS 16 de diciembre de 1986. A la suficiencia y razonabilidad de la actividad probatoria, a efectos de enervarse la presunción de inocencia, se refiere la STS de 14 mayo de 1987. Cuando esta actividad probatoria de cargo o acusatoria se da en las condiciones señaladas entra en juego el principio de libre valoración de la prueba (una vez que la prueba existe), conforme al art. 741 LECrim.

Ahora bien, en estas circunstancias es incuestionable que puede darse más valor al testimonio de la víctima que al del procesado, al de un testigo que a otro u otros. Este tema se presenta frecuentemente en los delitos de violación alegándose vulneración del art. 14 de la Constitución por entender que se rompe el principio de igualdad al conceder más credibilidad a uno de los testimonios: en este caso en los supuestos en que así sucede, al de la mujer violada (V. SsTS 2 junio 1986 y de 16 de noviembre y 24 del mismo mes de 1987. Lo mismo cabe decir del delito de escándalo público: STS 11 diciembre 1987).

Vale la declaración del coprocesado para destruir la presunción de inocencia si nada hace presumir ánimo de perjudicar o soborno policial a cambio de promesas de trato procesal más favorable: Ss TS 30 mayo, 17 junio y 16 diciembre 1986.

El atestado tiene un simple valor de denuncia: STS de 10 diciembre de 1986.

La presunción de inocencia abarca tanto los elementos objetivos como los subjetivos: STS de 28 mayo de 1986 y en cuanto a la llamada prueba indicaria, a la que ya nos hemos referido, insiste en las ideas expuestas la STS de mayo de 1987.

En las hipótesis en que los sujetos activos han sido sorprendidos “in fraganti”, ocupándoseles los efectos o instrumentos del delito es ociosa e inútil la presunción de inocencia (STS 14 mayo 1986, 20 y 27 enero y 13 octubre 1987).

Sobre el reportaje fotográfico obtenido durante el atraco, la STS de 3 de noviembre 1987 estima que es un elemento probatorio de acentuada significación y relevancia.

La coartada tiene, por supuesto, especial importancia, pero también la tiene, en sentido inverso, cuando se demuestra su inveracidad STS de 30 diciembre de 1987.

En cuanto a las huellas, la STS de 20 octubre de 1986 declaró que no puede sostenerse que el informe dactiloscópico represente una diligencia que por estar en el atestado forme parte de la denuncia. El informe representa un medio de prueba con la validez de todo informe pericial: Ss TS de 5 marzo y 5 de junio de 1987. Ahora bien, si la prueba de huellas no ofrece las correspondientes garantías en su realización (no en su esencia porque, en sí, es de absoluta fiabilidad) no destruirá la presunción de inocencia constitucional, STS de 20 junio de 1987.

En los delitos culposos, dice la STS de 16 enero de 1986, la presunción de inocencia es de excepcional aplicación. Ello es fácilmente comprensible porque los hechos generalmente, en su estructura básica, no se discuten y lo demás son juicios de valor que quedan al margen de la presunción de inocencia, como es bien sabido, por ejemplo, el “animus necandi”, el “animus lucrandi”, etc.

En cambio, en materia de reconocimiento en rueda el tema, ampliamente debatido, me parece muy importante. Si el reconocimiento no se hace bien y con todas las garantías en el primer momento me parece que su efectividad queda perdida por completo. De ahí que, a mi juicio, resulte imprescindible cuidar especialmente esta diligencia. Así lo viene destacando la doctrina de la Sala 2^a del Tribunal Supremo.

La estimación en conciencia de la prueba, dice la STS de 27 junio de 1986, no es equivalente a discrecional o arbitrario criterio personal del juzgador, sino apreciación lógica de la prueba que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con este acervo de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos y reveladores que haya sido posible concentrar en el proceso.

En resumen, con la doctrina jurisprudencial podemos indicar que la presunción de inocencia, de naturaleza provisoria, “iuris tantum”, sólo cede cuando se practica una actividad probatoria de cargo, es decir acusatoria, razonablemente suficiente, esto es, de una cierta entidad, advenida al proceso por cauces de legitimidad, de acuerdo con los principios constitucionales y las normas de procedimiento. Si se trata de prueba indicaria es indispensable que los indicios se ofrezcan suficientemente acreditados, que sean plurales y que de ellos se obtenga, con un juicio de inferencia lógico y coherente, la convicción de la realidad del hecho y de la participación. Todo ello puede ser sometido al control de la casación o, en su caso, del Tribunal de amparo, como recordó recientemente en un magnífico trabajo el Prof. Tomás y Valiente.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Acaso lo definitivo sea, en el orden de cosas que venimos examinando, el espíritu informador del Ordenamiento jurídico o, en otras palabras, la presencia de unos inequívocos principios generales del Derecho tendentes a hacer realidad incuestionable la presencia viva de los Derechos Fundamentales y Libertades Pùblicas y que quienes han de aplicarlos, que no son sólo los jueces, tengan todos decidida voluntad de hacerlos efectivos.

Si los Tribunales de Justicia, en los que cada día confío más y pido disculpas por lo que pueda haber de indelicado en la expresión por formar parte de ellos, pese a los

errores y deficiencias a los que en cuanto actividad humana están sometidos, se constituyen en baluartes de esos derechos y de esas libertades, no sólo la supervivencia, sino también el desarrollo y perfeccionamiento del sistema, esto es, del Estado de Derecho democrático, estarán absolutamente garantizados.

En mi modesta opinión, la evolución ha sido, en este sentido, muy positiva y aleccionadora. En el orden procesal las garantías del inculpado me parece que se observan cada día más y mejor. La especial atención que se presta a los primeros momentos de la actividad policial, al derecho a ser informado de los derechos correspondientes y, en su caso, de la acusación, con el adecuado correlato respecto al principio acusatorio, sin el cual el derecho de defensa quiebra, como ya hemos visto, la obligada presencia de Abogado, con la especialísima garantía que su asesoramiento y control significan (lo que nunca me canso de repetir), la necesaria motivación de las resoluciones judiciales, impuesta por la propia Constitución, en su art. 120.3 que trasciende de su aspecto puramente formal para insertarse en zonas de excepcional trascendencia: pedagogía, conocimiento, garantía, eficacia impugnativa, etc., son datos de muy especial significación.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha llevado a cabo, ése es, al menos, mi criterio que someto al mejor de todos Vds., una tarea muy valiosa, y lo digo desde la perspectiva de quien se ha incorporado a ella cuando la evolución de la jurisprudencia era ya una venturosa realidad y de que quien lo dice lo hace en la seguridad de que han sido los compañeros, y no quien les habla, los que han realizado esta hermosa tarea de avanzar hacia una justicia más humana y por ello, precisamente por ello, más justa. No hay en lo que acabo de decir ni la más mínima concesión a una modestia o falsa humildad, sino un acto de justicia. No me refiero al Tribunal Constitucional en razón al contenido de la Ponencia, pero nadie pone en duda, creo, la magnífica aportación que desde el punto de vista de los derechos fundamentales y libertades públicas viene realizando.

El derecho a un proceso equitativo que recoge la Convención europea, equivalente a nuestra expresión constitucional de derecho a un proceso con todas las garantías que establece la Ley Fundamental es algo que supera con mucho el valor de una pormenorización y detalle, siempre útiles, pero acaso accesorios cuando se trata de las líneas maestras de un sistema jurídico completo a cuyo lado el Derecho penal sustancial alcanza cada día más acentuadamente unas superiores cotas de equilibrio y razonabilidad. Pensemos en la libertad sexual, en el escándalo público, en la libertad de expresión, de información, activa y pasiva, en la dosimetría punitiva y un largo etc., incluyendo el problema de aquellas infracciones que hoy tienen una hiper o hipoprotección que la sociedad detecta (lo mismo que los comportamientos atípicos que debieran incorporarse al Código o los incluidos en éste que debieran erradicarse) y los medios de comunicación, hacia los que, una vez más, he de expresar mi respeto y consideración por la muy difícil tarea que llevan a cabo.

Pensar que de este mundo podemos hacer un paraíso terrenal es, me parece, una quimera. La enfermedad, las insuficiencias de todo orden que sufre el ser humano, el fantasma, lo reconocemos o no, de la muerte, no propician un estado de felicidad completa, salvo aquellos que por una u otra vía sobrenaturalizan la vida con autenticidad.

En cambio, sí podemos y debemos, dentro de nuestras reducidas fuerzas, buscar un modo y un lugar de encuentro entre todas las personas si éstas quieren entenderse y respetarse y, si es posible, amarse, pese a las diferencias que las separan. Me parece que no sería tan difícil una mínima comprensión, el entendimiento, la tolerancia y el respeto recíprocos si cada uno se sitúa intelectual, cordial y sentimentalmente en el puesto del otro. El empresario en el del trabajador y éste en el de aquél, el asegurador en la posición del asegurado y el asegurado en el del asegurador, el que tiene que situarse en el que carece de todo, y también este último en quien posee trabajo, dinero o salud. El ciudadano colocarse en quien tiene a su cargo la Comunidad, y la autoridad en el papel del ciudadano. Y el juez, sobre todo el juez penal y el Jurado, en la posición del que delinquió, examinando sus circunstancias, la etiología del delito, la personalidad del infractor, el medio ambiente, la familia, su entorno social y profesional y preguntándose qué hubiera hecho yo, juez o Jurado, en las circunstancias de quien tengo que juzgar, y el acusado y su Abogado en la posición del juez con sus dudas, incertidumbres y en último término con su dolorosa y tantas veces trágica soledad aunque esté muy acompañado.

Si todos ponemos de nuestra parte algo en este sentido, y sé que es fácil decirlo y difícil hacerlo, el resultado sería excepcionalmente valioso. Lo que no podemos hacer es exigir derechos y no compartir deberes, pedir beneficios sin tener en cuenta el reobligado reparto social de nuestras ganancias.

La realización efectiva de los derechos fundamentales es tarea de todos, absolutamente de todos. Ojalá que todos, y yo el primero, sepamos avanzar con honestidad por este camino y que esta Tierra y este Pueblo al que quiero de corazón, alcance, como todos, la dosis de felicidad a la que tiene derecho y asuma, al mismo tiempo y todo él, la cuota de corresponsabilidad y solidaridad en la aplicación práctica de todos los derechos y libertades.

Acaso una sola frase y muy corta, lo aclare todo: actuar de buena fe, que significa operar e ir por la vida fiando y confiando en los demás como nosotros queremos que se fien y confíen en nosotros. Muchas de estas cosas me las habéis enseñado vosotros, Pueblo vasco en mi larga estancia, y grata compañía, en esta Tierra. Por citar un ejemplo, los Profesores y Maestros D. Julio Caro Baroja y D. Antonio Beristain Ipiña han expresado muchas veces y con mejores palabras que las mías, estas inquietudes y deseos.

No se piense que de esta manera se aconseja la quietud y la sumisión incondicionada. Al contrario, esta tesis es compatible y coherente con todo tipo de reivindicaciones, cualquiera que sea su naturaleza con la fuerza de la razón que es el apoyo básico a toda exigencia de justicia.

Muchas gracias a todos.

LA VICTIMA

En cambio, y en este sentido opuesto es cuando lo dice, se encuen
tra cuando el juez mantiene una postura, la representación de la víctima. En este sentido
lo dice hoy en giorni otras veces. Y asfalto se mantiene porque como dice el juez mencionado (1)
la "representación" a la víctima para hoy es cuando una representación que finita en
extraordinariamente problemática.

En su mano se ha puesto sobre el papeo Silvia Sánchez (2) mencionando los diferentes
expresos o negaciones a las demandas justas para el resto de "representación". Así dice
que las posturas del juez anterior, las de Silvia se han mantenido extraordinariamente pese
a que el JUEZ (3) es plenamente expuesto a contradicción en diferentes horas, qd en medida con
los demás demandantes, que el JUEZ (4) - no obstante todo lo contrario qd en medida con
T. la representación tiene (arts 305 y, 307, 5, 308 y 61) y pese a ello
se viene considerando del representante de la representación de la parte procesal de la fiscalía (art 31 §
(1)) o de la mediación que no es que el JUEZ (5) a veces dice tener "en particular con
el fin de que pase respuesta de estos demandantes".

Todos estos argumentos, para mí esto coincide con una ambigüedad en la aplicación
de la mediación demandada por los propios los demandantes para el Poder o la administración
de justicia.

En este sentido, en tanto que los demás piden al juez presidente (5), exigen
que sea el juez presidente, en cambio, en un sentido más amplio, en el sentido:

Autógrafo de Enrique Ruiz Vadillo, "La Mediación Penal".

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
193 - 201

LA REFORMA PENAL EN MATERIA DE LESIONES Y AGRESIONES SEXUALES DESDE EL PUNTO DE VISTA CRIMINOLÓGICO, DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y DEL DERECHO PENAL*

Resumen: Se analiza la reforma penal de 21 de junio de 1989 sobre las lesiones y las agresiones sexuales desde una perspectiva criminológica, penal y de política criminal. Además de apuntar el cambio experimentado en lo referente al bien jurídico protegido, se estudian otros aspectos en relación al sujeto pasivo, los diferentes tipos penales, las penas aplicables o cuestiones procesales que afectan a estos delitos. Asimismo, se examinan las modificaciones introducidas en los delitos contra la integridad corporal y la salud física y mental.

Laburpena: 1989-ko Ekainaren 21-ean egindako eraberritze penala aztertzen da, ikuspegি kriminologiko, penal eta politika kriminal batetik. Babesten den ondasun juridikoaren aldaketaz gain sujeto pasiboari buruzko gaiak aztertzen dira, tipo penal ezberdinak, ezartzen diren zigorak edo eta arazo prozesalak aztertuz. Azkenik, eraberritzean gorputz osotasun eta osasun fisiko eta psikiko aukako delituei buruz hitzegiten da.

Résumé: On analyse la réforme pénale du 21 juin 1989 sur les coups et blessures et les agressions sexuelles dès une perspective criminologique, pénale et de la politique criminelle. On signale aussi le changement éprouvé en ce qui concerne le bien juridique protégé, et on étudie d'autres aspects en rapport avec le sujet passif, les différents types pénaux, les peines à appliquer ou les questions de procédure qui touchent à ces délits. De même, on examine les innovations introduites parmi les délits contre l'intégrité corporelle et la santé physique et mentale.

Summary: The penal reform of the 21 june 1989 about injuries and sexual aggressions is analysed from a criminological, penal and of the criminal policy perspective. It is pointed out the change related to the good juridicaly protected, and also other sides are studied: the passive person, the different penal types, the applicable penalties or some procedural questions which have an effect on these crimes. Likewise, the modifications introduced in the matter of crimes against corporal integrity and physical and mental health are examined.

Palabras clave: Derecho Penal, Delitos contra la Libertad Sexual, Delitos contra la Integridad Corporal.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Sexu Askatasunaren Aukako Delituak, Gorputz Osotasunaren Aukako Delituak.

Mots clef: Droit Pénal, Délits contre la Liberté Sexuelle, Délits contre l'Intégrité Corporelle.

Key words: Penal Law, Crimes against Sexual Liberty, Crimes against Corporal Integrity.

* XLI Curso Internacional de Criminología. Monográfico de Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 3 extr., 1990, pp. 373-381.

Pronunciar una Conferencia en un Centro tan cualificado como es el Instituto Vasco de Criminología en este Acto solemne de clausura del XLI Curso Internacional de Criminología, ante tan ilustres y destacados especialistas del mundo entero, es un riesgo que corro gustoso, a pesar de mis muchas limitaciones, para colaborar modestamente con tan importante Institución y con los Profesores Beristain y De la Cuesta, muy queridos y admirados amigos y compañeros.

Antes de nada y con el permiso de todos Vds. quiero dedicar un recuerdo lleno de cariño, de admiración y de gratitud a D. Eduardo Aya Goñi que ha fallecido hace escasamente dos meses y que tanto significó en la vida jurídica y social de esta Tierra, tan suya y tan nuestra.

Quisiera hablarles de la reforma penal de 21 de junio de 1989 sobre las lesiones y las agresiones sexuales y hacerlo, como corresponde a la especialidad de este Instituto, desde la triple perspectiva de la Criminología, de la Política criminal y del Derecho penal.

Pretendo, partiendo de la Criminología y de la Política criminal, como si fueran las vías, y con imaginario ferrocarril, discurrir sobre sus líneas directrices proyectando sus condicionamientos hacia la citada reforma, en la que, no cabe duda, hay Política criminal evidente, un inequívoco sustrato criminológico y por supuesto una ordenación jurídico-punitiva.

A nadie pasa desapercibido que cada día es más necesaria la conjunción armónica de los saberes para resolver los problemas sociales de toda índole y naturaleza, así por ej. cuando se trata de Urbanismo hay que reunir a arquitectos, sociólogos, administrativistas, urbanistas, etc., y cuando nos referimos al Derecho penal debemos encontrar, criminólogos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos, asistentes sociales y penalistas del campo de la investigación y de la práctica, las soluciones más adecuadas a cada tiempo y lugar.

No es el Derecho penal la única disciplina que se ocupa del delito y de sus consecuencias. El Derecho procesal penal, instrumento indispensable para que pueda hacerse realidad; la historia, el derecho comparado, la filosofía del derecho penal, la medicina, la psiquiatría penal, la química y la psicología forense, la antropología, la biología, la genética, como formas genéricas y específicas de la ciencia y, por supuesto, la criminología son ciencias unidas indisolublemente a una misma idea y a un único ideal.

¿Qué es la Criminología? Sería osadía y grave, por mi parte, tratar de descubrirlo ante Vds., queridos amigos, especialistas en la materia, pero sí podemos recordar algunos aspectos de ella. La Criminología tiene por objeto el estudio de las formas reales de comisión del delito y de la lucha, en sentido muy amplio, contra el mismo, llevando a cabo el estudio de su etiología en sus proyecciones personal (biológica y psicológica) y social y de las formas de combatirlo eficazmente, es decir, mientras el Derecho penal estudia el aspecto normativo, con la correspondiente proyección de los valores más esenciales y del deber ser (salto cualitativo del ser al deber ser), la Criminología examina el fenómeno real al que pertenece en sus aspectos psíquicos y físicos, siempre sobre la base del delito, cuyo perfil y contorno los tiene que dar el Derecho penal y más en concreto el Derecho penal positivo. De ahí la existencia de

una Criminología científica, aplicada, académica y analítica (Lopez Rey) y en expresión del Prof. Pinatel, una Criminología general y otra clínica, según tome por objeto el delito como fenómeno o estudie el delito concreto en el plano individual.

No hay pues conflicto entre Criminología, Política criminal y Derecho penal, como recuerdan con acierto los Profs. Cobo y Vives. ¡Qué duda cabe que todo el Derecho está inmerso en la Política! Hay una política jurídico civil, administrativa, social y penal. Tiene que haberla. La Constitución establece ya un norte a la Política jurídica y en el transfondo del Derecho penal vive la Criminología.

La sola circunstancia de situarnos en un determinado contexto social, conflictivo o no: la familia, la pareja, el "status" laboral o del trabajo, el mundo económico y sus relaciones, etc., supone introducirnos en un mundo que se gobierna por una política aunque carezca de leyes en sentido formal. Por eso tiene razón la Criminología crítica cuando censura la Criminología tradicional en la que sin darse cuenta, su apoliticismo aparente termina siendo una forma de estar politizado. Por ello está en lo cierto el Profesor Beristain, cuando destaca la idea de que la finalidad última de la investigación criminológica ha de ser la realización de la justicia social y en consecuencia, la consecución de una mejor justicia penal.

No pueden separarse por consiguiente en cuanto a sus estructuras básicas, la Política jurídico-penal, la Criminología y el Derecho penal, que responden en su esencia a un bloque unitario de ideas, casi monolítico. El legislador debe actuar de manera conjunta política, criminológica y jurídicamente, el ejecutivo debe hacer efectiva la Política penal en cuanto ha de procurar la prevención de la delincuencia, facilitando trabajo a todos y especialmente a los jóvenes, en la medida de lo posible, impidiendo el tráfico de drogas, la utilización abusiva de los menores, etc., así como la realización de Derecho penal ejecucional a través del sistema penitenciario en su proyección administrativa, etc., y los jueces deben conjugar también, en sus decisiones, los tres factores: cuando el tribunal opta por una u otra pena (la prisión o la multa, por ej.), cuando se concede o se deniega la suspensión de condena, al decidir sobre la libertad condicional, etc., la autoridad judicial, con respeto absoluto, desde luego a la ley, debe tener en cuenta las líneas de la Política criminal (pensemos en la reinserción de los drogadictos) y la lucha contra la delincuencia, e incluso debe cooperar al mayor equilibrio del Ordenamiento jurídico en cuanto horizonte y búsqueda de justicia, a través del art. 2 del Código penal poniendo de relieve ante el Gobierno las disfunciones que la práctica ofrece, al menos a juicio del juzgador, en la aplicación de las normas penales.

En la Política criminal, en la Criminología y en el Derecho penal debe tener cabida la Victimología, que por fortuna ha alcanzado ya una realidad cada vez más venturosa, hasta el punto de que el legislador federal suizo, según informó el Prof. Pierre-Henri Bolle, está en trance de elaborar una ley sobre ayuda a las víctimas y el Prof. Schneider ha examinado la posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal. Nada que añadir a la preocupación ejemplar, como siempre, del Prof. Beristain en este sentido.

¿Y qué decir de la droga? ¡Cuántas veces es la droga el motor que mueve al delinquiente que agrede a otras personas o que realiza una grave agresión sexual! (recordemos a Elías Neuman). La lucha rigurosa, energética, contra los traficantes, especialmente contra los principales organizadores, es Política, es Criminología y es

Derecho penal, como lo son las subnormalidades psíquicas y el tema de las reincidencias, etc.

El Consejo de Europa ha expresado su inquietud por estos temas, unidos en una abrazadera común como tantas veces ha puesto de relieve, con tanto acierto como precisión, la Prof^a. Aglaia Tsitsoura.

Volvemos a la Criminología, que el Prof. Jescheck sitúa en paridad con el Derecho penal al estudiar no sólo el delito en sí, sino sus causas individuales y sociales, sus consecuencias y las formas de atacarlo en todas sus fases. Otros muchos especialistas, Szabo, Goppinger, Kaiser, Rodríguez Ramos y tantos otros, algunos ya citados, han coincidido en estas consideraciones generales. El Prof. Ottenhof se ha referido, muy recientemente, en el Homenaje al Prof. Beristain, a las dimensiones subjetivas, estéticas y espirituales de los problemas jurídicos y criminológicos.

En este sentido, la información que de los datos criminológicos se obtiene es medio de conocimiento que contribuye decisivamente a una buena política criminal (García-Pablos) y el examen de la personalidad del delincuente, que lleva a cabo la Criminología en la fase de adaptación o mejor de readaptación en el proceso ejecucional, es decisivo y esencial en una tarea tan fundamental como desgraciadamente tan poco efectiva (art. 25 CE). De esta manera se nos ofrece el conjunto de ciencias de diverso carácter unificadas por su incidencia en el estudio y tratamiento-prevención de la criminalidad (Rodríguez Ramos).

Bajo estas perspectivas hubiera querido estudiar toda la reforma. Pero la tarea desbordaba el tiempo de que dispongo para esta Exposición y por ello con estos antecedentes y en el entendimiento de que el perfecto conocimiento que tienen todos Vds. de la problemática criminológica obviará todas las carencias de esta charla y permitirá proyectar estas inquietudes a la reforma penal, voy a exponerles con toda brevedad y de forma quintaesenciada unos aspectos concretos de la citada modificación a título de ejemplo.

En orden a las AGRESIONES SEXUALES, la reforma de 1989 ha terminado con el problema del bien jurídico defendido en este tipo de infracciones. Incluso bajo el sistema que ahora se deroga, los inconvenientes y las inconsideraciones eran patentes a pesar de la evolución progresista, creo que indiscutiblemente, de la jurisprudencia. No era la decencia o reputación lo que se defendía, por ser estos términos excesivamente amplios, ni tampoco lo moral sexual social puede ser sin más un bien jurídico, como ha puesto de relieve con acierto, el Prof. Muñoz Conde, sino la libertad sexual de la persona, como emanación de su personalidad.

El mismo autor señala que actualmente existe un amplio consenso en que haya algunos límites al ejercicio de la sexualidad. Estos límites vienen impuestos en primer lugar por el respeto a la libertad de los demás: nadie puede ser obligado o involucrado en un acto sexual sin su consentimiento. En segundo lugar, por la propia situación de inmadurez o de incapacidad mental en que se encuentran determinadas personas (menores, enfermos mentales, oligofrénicos, etc.) que les impide decidir con autonomía y conocimiento de causa su propio comportamiento sexual. Se habla en estos casos de una indemnidad o intangibilidad sexual que también puede ser objeto de protección penal. Y finalmente quedan una serie de comportamientos que no afectan

directamente ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales, sino que suponen el fomento o la explotación comercial de actividades como la prostitución, que son consideradas como formas degradadas del ejercicio de la sexualidad, que no deben ser convertidas en pingües negocios por personas ajenas (proxenetas) a la relación sexual misma.

En definitiva, una vez más el Derecho penal se nos ofrece como instrumento protector de la libertad, aunque muchos se empeñen en verlo desde otra cara, áspera y desapacible para la sociedad. Si el Derecho penal acierta en sus tipologías y en la correspondiente dosimetría, alcanzará cada día más el perfil de lo que verdaderamente tiene que ser: una institución que defiende la libertad, la igualdad y la justicia poniendo al servicio de todos unas formas de lucha contra unos pocos que imponen su ley, no a través del sistema democrático que es lo legítimo, sino de la violencia, la intimidación, la fuerza o el engaño o su poderío o fuerza familiar, económica o social.

No todo está resuelto y es imprescindible ahondar en muchas direcciones, así por ejemplo, en el tema de la sexualidad del deficiente mental en el que inciden dos graves problemas, el sexo y la deficiencia, tema este último en el que todavía hay grandes lagunas e incógnitas.

La modificación o mejor modificaciones que la ley de 21 de junio de 1989 ha llevado a cabo pretenden un cambio cualitativo en las soluciones. Los contrasentidos eran hasta ahora evidentes. Un delito mucho menos grave que la violación admitía el coito vaginal y el anal y el sujeto pasivo podía ser la mujer o el hombre, lo que no acontecía, como bien sabemos, en la violación misma. Fue precisamente la Sala 2.^a del Tribunal Supremo la que el día 2 de noviembre de 1987 se dirigió al Gobierno, al amparo de lo dispuesto en el art. 2º del Código penal, poniendo de relieve, por una parte, el respeto profundo e incondicionado al principio de legalidad que es sujeción primaria y elemental al orden constitucional y por otra, la presencia de conductas gravísimas para la libertad y la dignidad de las personas que resultaban por la aplicación de las normas penales vigentes sancionadas con extremada e injustificada benevolencia, como era el caso de una penetración anal tanto en el hombre como en la mujer.

Aun no estando totalmente de acuerdo con los términos de la reforma en este y en otros capítulos, quiero manifestar otra vez mi satisfacción por la orientación legislativa en sus grandes líneas, aunque pienso, repito, que debieron operarse cambios que no se han llevado a cabo, con evidente quebranto del equilibrio penal.

Veamos brevemente algunos problemas, el art. 429 CP dice: Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal en cualquiera de los casos siguientes... será castigado con la pena de reclusión menor.

En este sentido hay que señalar lo siguiente: sujeto pasivo, puede serlo el varón y la mujer. La acción puede consistir en un acceso o penetración vaginal, anal o bucal, con lo que se elimina, por razones obvias, la palabra yacimiento. En los supuestos de acceso, en principio, y a salvo en último extremo de excepciones muy calificadas, el sujeto activo tendrá que ser siempre un hombre pues es imposible de concebir una penetración en cualquiera de las modalidades señaladas en las que lo sea una mujer, salvo interpretaciones extensivas creo que prohibidas en el Derecho penal. En cambio, como ya hemos señalado, el sujeto pasivo puede serlo, ahora, el hombre y la mujer.

En mi opinión, se han producido muchas y diferentes voces en este orden de cosas, en muchas direcciones, casi siempre críticas, y me parece que por exceso de apasionamiento no se ha conseguido el necesario equilibrio en la contemplación de esta figura y en su aplicación por los tribunales de justicia. Quiero referirme, especialmente, a estos dos temas: 1. A la celebración del juicio oral y a las finalidades que con el mismo se persiguen y 2. A las penalidades que a la violación asigna la ley.

1. En muchas ocasiones he tenido la oportunidad de indicar la unidad que existe entre el Derecho penal sustantivo y el procesal penal, absolutamente incondicionada. El delito de violación, una de las expresiones más graves de atentado a la libertad, en este caso a la libertad sexual, unida tantas veces a la dignidad humana, lleva aparejada la misma pena que el homicidio (art. 407) y que la mutilación o inutilización de un miembro principal (art. 418). Es decir, en este sentido nadie puede razonablemente denunciar una infraestimación o minusvaloración del bien jurídico protegido: la reclusión menor, que se mueve entre 12 años y un día a 20 años. Por consiguiente, los jueces, siempre, y con mayor razón cuanto más grave sea la pena, si es que se puede cuantificar la atención, lo que a mi juicio no es hacedero porque en todo momento ha de ser ésta la máxima posible, deben investigar y reflexionar con hondura sobre las pruebas objetivas existentes: golpe o golpes, manchas de sangre, de semen, rotura de ropa, lesiones, situación, dirección del ataque, posición de agresor y víctima, etc., y también después de valorarlas inferir de todo el material probatorio, el "animus" que el delincuente perseguía, a efectos de distinguir, por ejemplo, entre violación frustrada y agresión sexual distinta, consumada, así como determinar si el elemento que da vida a la violación concurrió o no, es decir, si hubo intimidación o arrollamiento psíquico, o si la fuerza o presión física existió.

2. La jurisprudencia ha hecho hincapié con frecuencia en dos puntos muy importantes: que el bien jurídico protegido es la libertad y punto, y que de ninguna manera la resistencia de la mujer, y a partir de la reforma, de la mujer o del hombre, han de ser heroicas y llevados a término en grado superlativo. Nada de ello es suficiente con la oposición normal, seria y mantenida, utilizando unos criterios extrajurídicos propiamente dichos, psicológicos y sociológicos, atendidas las circunstancias de cada caso y situación. Con toda obviedad, no hay que olvidar los problemas que tal figura plantea en la práctica, así el de la relación de causalidad entre la acción y el resultado, al que se refiere el Prof. Muñoz Conde y el de los criterios relativos a las limitaciones que deben ser establecidas, de acuerdo con el Prof. Gimbernat: gravedad del mal con que se amenaza, dato esencial para fijar la existencia o no del delito y que conforme a la generalidad de la doctrina científica es al Juez a quien incumbe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes para decidir, en definitiva, si hubo o no intimidación, que es en muchas ocasiones una de las principales dificultades que el enjuiciamiento de estos delitos presenta.

En orden a la penalidad (problema de Política criminal) creemos que hubiera debido establecerse en la ley una facultad del tribunal juzgador para reducir, motivadamente, la pena en un grado, cuando, atendidas las circunstancias concurrentes respecto a la trascendencia del hecho y a las consecuencias del delito, fuera procedente. Sin inventarse ejemplos me voy a referir, suprimiendo todo dato que pudiera conducir a una posible identificación de las víctimas, a dos casos vividos muy recientemente y que me parecen de especial significación: Una mujer, casada, es asaltada en el ascensor de

su domicilio, y allí mismo a punta de navaja y con agresiones corporales y amenazas verbales constantes consigue el procesado el yacimiento; otra mujer que se dedica a la prostitución callejera llega con un cliente, ya conocido, al acuerdo de realizar el acto carnal por un determinado precio, ambos acuden, primero a una cafetería donde toman unas copas, dirigiéndose seguidamente a un hotel donde alquilan una habitación para llevar a cabo la relación sexual. Una vez en ella, la mujer exige a su acompañante que le pague el precio convenido por adelantado y además que le abone el “tiempo” que han estado juntos en el bar, de acuerdo con la tarifa que tiene establecida. El procesado se niega a pagar el suplemento al que acaba de hacerse referencia, se enzarzan en una discusión violenta consiguiendo el hombre mediante la fuerza física y las amenazas el acceso carnal.

Uno y otro caso son con toda evidencia comportamientos reprobables, pero me parece también claro que cada uno alcanza un nivel de gravedad y trascendencia muy diferentes, desde muchos puntos de vista. Toda mujer, cualquier mujer, tiene un derecho incondicionado a disponer de su cuerpo, a su libertad sexual, pero creo que en el segundo caso, en el que la mujer ya había hecho la opción y libremente había decidido realizar el acto carnal por dinero, como en ocasiones anteriores, el cambio de criterio, por una razón puramente económica, aunque sea respetable, no puede comportar, respecto del agresor, un desvalor tan intenso como el del primer supuesto en el que si es indiferente el normal o anormal comportamiento sexual de la mujer y el tipo de vida que lleve, conforme a lo por ella decidido libremente. La pluralidad de situaciones, de tan diversa etiología y desarrollo, exige, a mi juicio, una respuesta punitiva diferenciada.

El tema de la violación de la mujer casada o unida sentimentalmente a un hombre por el marido o persona con la que convive, ha sido objeto de grandes controversias y a mi juicio debe ser resuelto sobre la base principal del bien jurídico que con estas infracciones penales se persigue. Me remito al trabajo de Barbara Paetow, del Instituto Max-Planck, pero creo que las soluciones no ofrecen, como acabo de indicar, especiales dificultades. Se trataría, a mi juicio, de un problema de consentimiento, expreso o presunto y no de una derivación de la llamada obligación o débito conyugal.

El art. 430 del Código penal castiga cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, delito que será castigado con la pena de prisión menor, que se transformará en prisión mayor si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios.

Como vemos se trata de un supuesto residual. Las circunstancias son aquellas a las que se refiere el artículo precedente: art. 429. El acto habrá de ser valorado en función de las particularidades o factores concurrentes, tanto para su consideración delicativa, frente a la falta del art. 585.5 del Código penal (según la STS 2.^a de 27 de octubre de 1987, la comete el que besa a una mujer en contra de su voluntad), como para la configuración del correspondiente tipo penal que está contemplando como una modalidad agravada la utilización de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios, como puede ser la introducción en la vagina de un hierro.

En cuanto a la brutalidad, ha de equipararse a cruel, la degradación supone bajeza o humillación innecesaria para el acto en sí y la vejación implica el trato agresivo.

A mi juicio, no hay inconveniente en admitir en estas figuras delictivas, tanto en el tipo penal como en el subtipo, la tentativa.

El Prof. Manzanares estima que en estos casos quizá no sea precisa la concurrencia de ánimo lúbrico, bastando por el contrario, el deseo mismo de atacar la libertad sexual de otra persona, aunque sea con propósitos puramente ofensivos o vengativos. Coincido con él. Con independencia de los problemas concursales, pienso que incluso podría darse un hecho de esta naturaleza con un ánimo de injuriar.

El art. 436 del Código penal, otro delito residual del 430 y subresidual respecto al 429.

La limitación de la institución del perdón nos parece, en principio, oportuna, por las razones tantas veces expuestas (v. art. 443), pero acaso se haya llevado a unos extremos excesivos. Pudo dejarse una vía de excepción para casos también especiales.

Por consiguiente, el resumen de la reforma es, en nuestra opinión, desde luego, positivo, aunque acaso pudo aprovecharse la ocasión para corregir, como ya hemos puesto de relieve, algunas anomalías punitivas, construyendo el delito de violación en función de la realidad social existente, a través de una doble posibilidad de imposición de pena en razón a las circunstancias concurrentes que el juzgador en todo caso, y esto hace referencia a un imperativo constitucional, debiera motivar (art 120.3 CE).

Y ahora, para terminar, unas breves palabras sobre la reforma en orden a los delitos contra la integridad corporal y la salud física y mental. No tengo tiempo de hacer una exposición en este sentido, por ello me limitaré a dejar constancia de unas conclusiones todavía muy provisionales y que ya he adelantado en un pequeño trabajo que acaba de publicarse sobre esta materia.

Como aspectos positivos de la reforma en este orden puntual de cosas, en cuanto al abandono del criterio de tarificación de días de enfermedad o de incapacidad para el trabajo y su sustitución por otro en el que priva el elemento culpabilístico, de acuerdo con los principios constitucionales y el art. 1 del Código penal, según la redacción dada por la Ley de 25 de junio de 1983; la supresión de la vieja y desfasada figura de la riña tumultaria, tan perniciosa e injusta, la búsqueda de un equilibrio punitivo en función de las circunstancias concurrentes, la superación del concepto lesión como equivalente a perturbación o deterioro de la integridad corporal en el sentido tradicional de la expresión, a través de otro al que se incorporan las lesiones físicas y psíquicas, de tanta vigencia esta última en la actualidad en el mundo entero, incluidos determinados inframundos familiares, por desgracia. En este sentido los problemas de la Victimología cobran un especial relieve. También hay que destacar, en orden a este sector de la reforma, una protección más acabada de algunos otros bienes jurídicos muy próximos a los que venimos haciendo referencia.

A su lado se podrían señalar como defectos, todo ello según mi modesta opinión, la excesiva indeterminación en la construcción de algunos tipos penales en relación por ejemplo a la diferenciación entre el delito y la falta penal de lesiones, con referencia al tratamiento médico o quirúrgico, lleno de abstracciones muy peligrosas cuando se trata del núcleo mismo de la figura penal y no de una simple zona de colateralidad o periferia. Falta también, a mi juicio, una auténtica unidad estructural que sirviera de soporte a la nueva tipología y sobre todo es negativo este frecuente parcheo sin aco-

meter de una vez la reforma en profundidad que necesitamos y que muy recientemente demandaron, con ocasión de la inauguración del año judicial, el Presidente del Tribunal Supremo y el Fiscal General del Estado.

No quisiera terminar esta charla sin hacer una referencia a la Conferencia de Presidentes de Tribunales Supremos o Cortes de Casación y Procuradores Generales de los Estados Miembros de la Comunidad Europea recientemente celebrada en Madrid (clausurada ayer mismo) y a la que he tenido la suerte de asistir. En ella, como se sabe por los medios de comunicación social, se habló del Poder Judicial, de su inserción en la estructura jurídico-constitucional de cada Estado y de la propia Comunidad, de la necesidad de armonizar esfuerzos para alcanzar la Justicia que Europa quiere, sobre la plataforma de la igualdad, de la libertad, del pluralismo y del profundo respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales y de la colaboración estrecha entre los jueces de todo el espacio judicial europeo, así como de los problemas de los Fiscales o Procuradores Generales en cuanto colaboradores esenciales de la propia Justicia.

Tengan la seguridad de que cuantos a ella asistimos hemos sentido el fortalecimiento de nuestras esperanzas por un mundo mejor, que pasa imprescindiblemente por una Justicia más humana, más eficaz y más justa, si se me permite la expresión.

Muchas gracias.



De izda. a dcha.: A. Beristain, R. Ottenhof, J. Pinatel, J.I. García Ramos, E. Ruiz Vadillo, J.J. Zubimendi, A. Bassols, P.R. David y M. Cobo del Rosal.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
203 - 217

LA SOCIEDAD Y EL MUNDO PENITENCIARIO

(La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)*

Resumen: El autor hace un análisis de la sociedad y el mundo penitenciario, para lo cual trata aspectos como el proceso penal, la pena y la prisión; para acabar su exposición con el tema de los derechos fundamentales en la prisión.

Laburpena: Egileak gizarte eta presondegi munduari buruzko analisia egiten du, horretarako prozesu penala, pena eta gartzela bezalako atalak tratatzen ditu; “oinarrizko eskubideak gartzelan” gaiarekin bere agerpena bukatzeko.

Résumé: L'auteur fait un analyse de la société et du monde pénitentiaire, et pour ça il aborde des aspects comme la procédure penale, la peine, et la prison; pour finir son exposé il traite le sujet des droits fondamentaux en prison.

Summary: In this work the author makes an analysis about society and penitentiary world, so that he discusses some aspects such as penal process, penalty and prison; he finishes talking about fundamental rights in prison.

Palabras Clave: Pena, prisión, sociedad, reinserción, derechos fundamentales, dignidad.

Hitzik Garrantzizkoenak: Pena, gartzela, gizarte, birtxertaketa, oinarrizko eskubideak, duintasun.

Mots Clef: Peine, prison, société, réinsertion, droits fondamentaux, dignité.

Key Words: Penalty, prison, society, reinsertion, fundamental rights, dignity.

* *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 4, 1990, pp. 63-78.

SUMARIO

- I. Presentación.
- II. Ideas generales.
- III. La sociedad y el mundo penitenciario.
 - 1. El proceso penal.
 - 2. La pena. Sus finalidades. Su individualización.
 - 3. La prisión, enlace entre la persona que delinquió y la sociedad a la que sigue perteneciendo, aunque se le aleje de ella para mejor volver a la misma.
 - 4. Concienciación del preso, responsabilidad de los funcionarios penitenciarios e incorporación de la sociedad a esta tarea.
- IV. Los derechos fundamentales.
 - 1. Ideas generales.
 - 2. La vida, la integridad física y moral.
 - 3. Especial consideración de la defensa de la vida en la prisión.
- V. Consideraciones finales.

I. PRESENTACIÓN

Cuando las situaciones se repiten y los sentimientos permanecen, las palabras que pretenden exteriorizarlos han de ser prácticamente las mismas, aun a costa de repeticiones e insistencias¹. Perdonadme pues, queridos amigos, que el comienzo de esta charla y también parte de su contenido, respondan en esencia a una serie de ideas que son norte y guía de mi comportamiento humano y profesional, sin duda con innumerables insuficiencias y errores, desde que hace ya muchos años me incorporé a la tarea de ser juez.

En el capítulo de los agradecimientos tiene que aparecer en primerísimo lugar el que se refiere al Prof. Beristain, Quijote del Derecho al servicio incondicionado de la persona, cuya figura, siempre rectilínea, para quienes le conocemos bien, se agiganta y enriquece con el tiempo. Reunirme con él y con el ilustre Prof. y Maestro José Luis de la Cuesta Arzamendi, cuya extraordinaria labor de uno y de otro en esta Universidad es ya bien conocida y apreciada en todo el mundo, es una de las grandes alegrías que recibo, como un oasis en un trabajo judicial especialmente complejo y física y humanamente duro. Ellos y sus colaboradores han hecho de este Instituto uno de los Centros Criminológicos de más categoría y prestigio, entre los muchos que afortunadamente existen.

Pero es que, además, venir (aunque por desgracia para mí sólo pueda estar unas horas), a esta Ciudad de San Sebastián, cada día más bonita, y a esta Tierra Vasca donde pasé tantos y tan felices años, rodeado de vuestro generoso afecto, es un motivo de extraordinaria satisfacción. En ella me encuentro siempre rodeado de grandes

1. RUIZ VADILLO, Enrique: "Acto de entrega del Libro Homenaje al Profesor Beristain". En Eguzkilore. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 2 Extraordinario, Octubre 1989, II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras.

amigos y de antiguos Alumnos de Ciencias Económicas y de Derecho hacia los que guardo un especial cariño, y también gratitud, por el ejemplar comportamiento que tuvieron en momentos difíciles y complicados.

También quiero referirme con agradecimiento a los periodistas, a los medios de comunicación social en general, por la sensibilidad que saben incorporar a las noticias, tantas veces delicadas, del ámbito judicial en el que desarrollo mi actividad profesional. De ellos depende el conocimiento real y efectivo de lo que acontece en la sociedad en la que vivimos y hay que esperar, y yo lo espero, mucho de ellos.

II. IDEAS GENERALES

El Curso que hoy termina ha pretendido, y sin duda conseguido, actualizar la formación de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias y de otros Cuerpos y Servicios que tienen relación con el problema de la delincuencia.

Estoy seguro que el reciclaje se ha referido a problemas técnicos, a los avances científicos que en las disciplinas criminológicas y en las Ciencias que con ellos colaboran, se van produciendo, en el tratamiento, en el diagnóstico de determinadas patologías, en el mayor conocimiento de la personalidad del interno y también, sin duda, al talante humano que cuantos vivimos profesionalmente esta realidad hemos de tener en nuestro trabajo: la policía, jueces y fiscales y expertos en las Ciencias penitenciarias abarcando en ellas todas las escalas y graduaciones.

En esta situación resulta difícil o, acaso imposible, venir a decirles algo que tenga interés y que Vds. no conozcan. Mi presencia en este acto ha de tener, por consiguiente, otra significación. Es la visita del amigo que viene a saludar a sus amigos, a homenajearles porque sabe de las dificultades que el trabajo que realizan supone, a desearles la mejor suerte posible, los mayores éxitos, sobre todo desde el punto de vista humano, y a recibir la impagable lección de su experiencia vital y profesional.

Decía hace muy pocos meses el Prof. Zaffaroni² en esta misma Tribuna, refiriéndose a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en la luz de ese relámpago de lucidez va nuestra condición humana y el único modo de defenderla consiste en seguir su rastro en constante crítica al ejercicio del poder controlador. Para quienes optamos por la pregunta humanista, seguía diciendo, poco importa que no tengamos respuestas disponibles, que disputemos acerca del paraje mismo donde hurgar en su búsqueda; lo importante es que quede abierta la pregunta, que nadie nos la expropie o confisque.

En este sentido, por consiguiente, debemos caminar. Se preguntaba Cornelutti³, hace ya muchos años, sobre cuál fuera la causa del delito y decía: en los delitos culposos, la falta de amor; en los dolosos, el odio, la negación del amor. He ahí un certero diagnóstico de la etiología delincuencial.

2. ZAFFARONI, Raúl: "Conferencia inaugural del XLI Curso de Criminología de San Sebastián" *Eguzkilore*, núm. 3 Extraordinario, Abril 1990.

3. CARNELUTTI: "Las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Civil". Conferencia en la Universidad de Madrid el 15 de Mayo de 1950.

La Constitución de 1978 no sólo permite, sino que obliga al intérprete, al ser ella misma norma fundamental y fundamentadora del orden jurídico a seguir esta vía. La persona, en nuestra Ley Fundamental, es el eje mismo sobre el que ha de girar la convivencia organizada jurídicamente. Y ello no es una pura declaración programática o una bella frase. Es, en definitiva, el núcleo mismo de la vida social, porque existir es precisamente coexistir y coexistir es vivir necesariamente con otros, respetándolos en igual medida en que los otros han de respetarnos. El concepto de justicia, según Kant, es el concierto entre mi libertad y la libertad de todos y para Spencer consiste en que cada persona sea libre de hacer lo que quiera en tanto no impida la libertad de que igualmente han de gozar los demás.

Este ha de ser el auténtico Derecho natural, eterno, aunque sus normas, como dice el Prof. Díez Picazo⁴, no encuentren en rigor su base en la naturaleza, sino en la historia y en la cultura. Por ello, debemos hablar de un Derecho natural, eterno en su esencia y cambiante en sus concretas realizaciones históricas e incluso espaciales.

Nuestra Ley Fundamental, ha dicho el Prof. Hernández Gil⁵, no se conforma con exigir del Ordenamiento jurídico un fundamento o legitimidad formal sino que requiere también una legitimidad material concerniente al contenido y a los fines, al propugnar como valores superiores de dicho Ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. El Derecho, por tanto, no es sólo un sistema de normas, es también, y sobre todo, un sistema de valores.

La defensa de la persona humana, de su vida y de su integridad física y moral, de su dignidad, representa la legitimidad material sobre la que, a su vez, se asienta el orden jurídico y el sistema de valores objeto de protección preferente en la Constitución⁶. Ellos han de ser, sin duda, los instrumentos sobre los que se puede y debe construir un mundo mejor, es decir, un mundo más igual, más libre y, en definitiva, más justo.

III. LA SOCIEDAD Y EL MUNDO PENITENCIARIO

Si el obligado correlato sociedad-prisión se rompe, el sistema necesariamente ha de fracasar. La sociedad ha de contemplar el mundo penitenciario desde una doble perspectiva: antes de producirse el delito, asumiendo en términos cuanto más mayoritarios mejor, la idea de que el hecho realizado, tipificado como infracción penal, es, en efecto, un comportamiento gravemente insolidario merecedor de sanción de esta naturaleza (de ahí que el problema de la determinación de los ilícitos penales y de la correspondiente dosimetría punitiva ofrezca una dimensión sociológica importantísima) y, después de acaecido el delito y cumplida la pena, cualquiera que sea la forma de cumplimiento, incluidos los llamados beneficios penitenciarios, debe tener una posición activa y dinámica de aceptación total de quien delinquió, para integrarle plena-

4. DIEZ PICAZO, Luis: "Interpretación de la Ley". *Anuario de Derecho Civil*, XXIII, 4, pág. 713.

5. HERNANDEZ GIL, Antonio: *Obras completas*, Tomo I, Rivadeneyra, Madrid.

6. RUIZ VADILLO, Enrique: *Derecho Civil. (Introducción al estudio teórico práctico)*. 16 edición, 1988-89, págs. 17 y ss.

mente otra vez en la Comunidad y facilitarle el camino para la efectiva realización de esta esencial finalidad.

Pero el tema penitenciario es muy complejo, y bien que lo sabemos quienes hemos servido a la Institución, en mi caso durante varios años como Director del Servicio Técnico y Jurídico de la Dirección General, y muy diversificado por la pluralidad de situaciones que ofrece.

Es evidente que sólo desde un sistema penitenciario en el que su estructura permita la realización de los fines de la pena, serán alcanzables estas finalidades. En este sentido, y de forma muy realista, ha estudiado el tema el Prof. De la Cuesta en un trabajo, al que nos remitimos⁷, en el que habla de la realidad penitenciaria hoy, proyectándolo hacia el excesivo número de internos, a la falta de centros e instalaciones adecuadas, a la carencia de suficientes funcionarios penitenciarios y a la ausencia de trabajo en las prisiones.

Los problemas como vemos, y Vds. lo saben bien, son inmensos: clasificación de los penados, especialísima consideración de los menores, de 16 a 21 años por ejemplo, las prisiones provisionales, a las que se ha referido recientemente Fernández Entralgo, las toxicomanías (debiendo citar a Beristain y De la Cuesta) los mismos Establecimientos (García Valdés, López Barja, Márquez Aranda) los jueces de vigilancia (Doñate, Manzanares, Martín Canivell, el autor de esta charla, etc). En este sentido quiero hacer una expresa referencia a la ejemplar inquietud del Profesor Neuman.

1. El proceso penal

En muchas ocasiones, y desde hace muchos años, he señalado que la incontestable unidad que agrupa a los Derechos penal sustantivo, procesal y penitenciario (y también, de alguna forma, a la organización de la justicia penal: tribunales, jueces, fiscales, abogados, procuradores), exige un tratamiento unitario de todos los problemas que por ofrecer una especial interconexión o enlace no pueden independizarse. O avanzan juntos o no hay progresión efectiva posible.

El delito, su autor (o en general los partícipes en el hecho penal) y sus circunstancias sólo pueden descubrirse a través de un proceso desarrollado bajo las exigencias constitucionales⁸. No puede haber disociación entre el Derecho penal sustantivo y el proceso, como tampoco lo hay entre los Derechos civil y mercantil y el procedimiento civil o, incluso, entre el Derecho laboral y el proceso del mismo nombre.

Estoy seguro, y lo respeto muy profundamente, que son muchos los disconformes con la actuación de los jueces y tribunales penales y por supuesto con la de la Sala 2^a de lo Penal del Tribunal Supremo que me honro en presidir, por la excepcional calidad humana y jurídica de mis compañeros, los magistrados y, también, de todos nuestros colaboradores; pero pienso, y a lo peor me equivoco, que si con la posible

7. DE LA CUESTA, José Luis: "Presente y futuro de las Instituciones Penitenciarias españolas". *Eguzkilore*, núm. Extraordinario, 1988, Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras.

8. RUIZ VADILLO Enrique: "El nuevo proceso según el diseño constitucional". *Boletín de información del Ministerio de Justicia*. 15 oct. 89; 15 enero 90 y 25 dic. 90.

objetividad (nunca total) y con una cierta serenidad de ánimo, se comprueban las diferencias realmente esenciales y abismales entre el viejo proceso penal (que deformamos quienes lo aplicamos porque la Ley de Enjuiciamiento Criminal es, en líneas generales, ejemplar y así lo digo en el prólogo que antecede a una magnífica obra procesal penal del ilustre jurista D. Carlos Rodríguez Devesa y el nuevo nacido en verdad de los principios y mandatos constitucionales y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y creo que también de la doctrina de la Sala 2^a del Tribunal Supremo, con todas las vacilaciones, desuniformidades, desaciertos que puedan existir y que existen sin duda, se puede constatar el impresionante avance producido en los últimos años. Juzgar es muy difícil y todavía más cuando el número de asuntos que han de resolverse es absolutamente excesivo, desproporcionado, hasta el punto de que en la Sala 2^a del Tribunal Supremo ingresan unos mil asuntos al mes (todos muy importantes porque está precisamente detrás la persona humana, única, intrasferible e irrepetible) entre recursos y causas especiales, pero repito que, a mi juicio, el perfil del proceso penal ha tenido una muy profunda modificación.

No voy a hacer un estudio del proceso penal porque nos distanciaría de nuestro propósito, pero es suficiente recordar, en este sentido, toda la teoría general de la presunción de inocencia constitucional (debiendo citar en este sentido al ilustre Prof. Vázquez Sotelo, pionero de esta institución, a nivel científico), la tutela judicial efectiva, la proscripción de toda indefensión, etc. Quiero decir que, en general, la persona condenada penalmente, hoy, ha tenido, tiene, unas posibilidades de defensa muy superiores a las de ayer y por consiguiente que la posibilidad de error, que siempre existirá, habrá sido menor.

2. La pena. Sus finalidades. Su individualización

Como dicen los Profesores Cobo y Vives⁹, la pena ha de consistir necesariamente en la inflicción de un mal, que se concreta en la privación de un derecho, esto es, de un bien jurídico.

Estos mismos autores distinguen la función de la pena en cuanto finalidad última e ideal para la que se impone, y los fines u objetivos empíricos e inmediatos a los que la pena, para cumplir su función, ha de hallarse dirigida.

La función viene proyectada a la tutela jurídica, esto es a la protección de los bienes, derechos e intereses cuyo pacífico disfrute y ejercicio ha de garantizar el derecho en virtud de su propia naturaleza en orden a la coexistencia. Sucede, empero, que, en mi modesta opinión, esta misma función sin más realiza la justicia, valor superior del Ordenamiento jurídico, en cuanto identifiquemos justicia con Derecho positivo y éste con la voluntad del Pueblo expresada legítimamente a través de sus legítimos representantes; porque hablar de justicia, en general, es muchas veces, o puede ser, una entelequia, por su excesiva abstracción y falta de fijeza (qué es la verdad y dónde están la verdad, el equilibrio y la justicia, en suma).

9. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON: *Derecho penal. Parte General*. 2^a edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1987.

Los fines de la pena, a través de los cuales puede ésta cumplir su función de tutela jurídica, se hallan constituidos, dicen los citados Profesores, por la prevención general y especial. La primera consiste, a mi juicio, en el efecto que la pena produce en la colectividad, en el resto de los ciudadanos, intimidándoles; es decir, se hace coincidir con la contropista de Romagnosi frente a la spinta criminal o la prevención general o coacción psicológica de Feuerbach; la segunda se hace coincidir con la incidencia que supone en la persona que delinquió el cumplimiento de la pena, en cualquiera de sus manifestaciones.

La Constitución establece en el artículo 25.2 una orientación muy precisa y concreta en cuanto a las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad: la reeducación y reinserción social, sobre cuyo principio hay que decir, a mi juicio, lo siguiente: 1) Que esa orientación es predicable sin duda de todas las penas y de muchas otras medidas penales aunque no sean privativas de libertad. 2) Que la Constitución se refiere a orientación, que es algo menos que fin y 3) Que como la pena se sitúa en el punto de equilibrio entre una y otra prevención: la general y la especial, sin perjuicio de buscar sustituciones correctoras de la sanción inicialmente fijada (lo que me parece muy acertado y creo expresivo llamar, y así lo vengo haciendo, novación punitiva (v. art. 82 PANCP), no siempre la declaración de que esa orientación de reinserción está obtenida puede llevarnos a dejar sin efecto el cumplimiento de la pena. El tema es muy complejo y delicado y fue objeto de estudio en el Consejo de Europa respecto a la delincuencia económica o de los negocios.

Todo esto tiene mucho que ver con lo que vamos a decir más adelante.

3. La prisión, enlace entre la persona que delinquió y la sociedad a la que sigue perteneciendo, aunque se le aleje de ella para mejor volver a la misma

De alguna manera, quien delinque se aparta voluntariamente de la comunidad a la que pertenece, porque nada hay más insolidario y antisocial que el comportamiento delictivo.

Si los Códigos penales consiguen subsumir en sus catálogos de conductas antijurídicas de esta naturaleza todas aquéllas –y sólo ellas– que ofrezcan un importante, muy importante, nivel de rechazo en la mayor parte de los ciudadanos y el proceso sirve, después de una investigación a cargo de quienes sean institucionalmente imparciales e independientes, para descubrir la verdad en un número muy considerable de supuestos, tanto para condenar a los culpables como para absolver a los inocentes, la pena (tanto da sea impuesta por jueces profesionales encargados de fijar el hecho, la culpabilidad y la sanción, o por un Jurado, puro o mixto) será a fin de cuentas la consecuencia decidida por la Ley que es, en definitiva, el Pueblo y por él plenamente asumida, con lo que las disfunciones que en la actualidad se producen con cierta frecuencia disminuirán, porque el desfase entre lo que es y qué debe ser (idea, como el Derecho mismo, llena de relativismo) alcanzará muy distinta significación y trascendencia.

Esto es definitivamente importante. Es cierto que el legislador es quien decide qué hechos van a ser delito y qué penas se van a imponer a cada uno de sus autores, cómplices o encubridores (la llamada dosimetría punitiva, a la que he dedicado algún tra-

jo monográfico) y que es al juez a quien corresponde individualizar la sanción según los parámetros que la Ley establezca; dentro siempre del principio de legalidad, cuyo primer y básico escalón está constituido por la literalidad del precepto (confróntese artículos 61 y concordantes del Código penal y 3.1 del Código civil), que supone para el juez un techo infranqueable (v. art. 2.2 del Código penal). Estas ideas son incompatibles, a veces, en mi modesta opinión, con una crítica a determinadas resoluciones judiciales (en el orden penal que es, sin duda el más llamativo, pero también en los restantes) que no han hecho otra cosa que aplicar la ley favorable o adversa a la persona enjuiciada (pensemos en el escándalo público, desórdenes públicos, malversaciones impropias, agresiones sexuales, etc., etc.) sobre todo cuando no es objeto de examen profundo el hecho probado de una parte y la realidad legislativa por otra, todo ello sin perjuicio de la reinterpretación de algunas de estas figuras, respecto a las cuales el Tribunal Supremo ha llevado a cabo una importante tarea correctora del literalismo legal en favor del reo en función de los principios que informan la Constitución, de acuerdo con su artículo 9.2.

4. Concienciación del preso, responsabilidad de los funcionarios penitenciarios e incorporación de la sociedad a esta tarea

Este breve apartado quiere ser como una especie de recopilación de varias de las ideas acabadas de exponer, en cuanto soportes de una buena Política criminal imprescindible para la efectividad del Derecho penal.

Como ya hemos dicho, es muy importante que aquel a quien se condena sea consciente, en la medida de lo humanamente posible, de que actuó voluntariamente en contra de la sociedad, dolosa o culposamente, y que la pena es la normal y adecuada consecuencia que sus conciudadanos estimaron procedente en relación con la acción llevada a cabo. Si la sociedad pone en tela de juicio constantemente, y de forma a veces muy ácida, la legitimidad del sistema, tanto en el orden legislativo como en el judicial, la reacción de rebeldía de quienes son condenados está llena de lógica y de racionalidad. En estos términos es impensable otro comportamiento. Si la injusticia está en las estructuras y el delincuente es víctima y no trasgresor de las mismas, a nadie puede extrañar la resistencia activa y pasiva al cumplimiento de las penas y un estado constante de sobreexcitación, negativo, social e individualmente. Todo lo que haya de injusto en las estructuras sociales y en la conformación del propio tejido de la sociedad temporal y espacialmente considerado es obligado cambiarlo, promoviendo su modificación; pensemos en: la juventud desatendida, en el paro, la drogadicción, marginalidad, prostitución coaccionada, etc.; pero en cuanto el Código sea la voluntad de la inmensa mayoría hecha ley en una democracia así hay que entenderlo; debemos todos propiciar ese respeto a la norma que tanto contribuye a la paz, entendida como equilibrio y proporcionalidad entre las cosas (recordemos a Legaz y Lacambra y a Recasens Sitches, entre otros muchos).

A la reeducación y reinserción social han de contribuir decisivamente los funcionarios de Instituciones Penitenciarias, Postpenitenciarias y Parapenitenciarias (recuerdo en este sentido al IRES de Barcelona con el trabajo magnífico que realizan, y a su Director, mi ilustre amigo D. Enric Poch, lleno de ilusión, sobre todo pensando

en la “probation”; dentro de esa querida Cataluña en la que tan extraordinaria labor realiza Esther Giménez-Salinas; y a mi querida amiga Jacqueline Bernat de Celis, colaboradora del Profesor Hulsman y eficaz promotora de esta reeducación y reinserción social).

No es fácil la tarea; ni mucho menos, al contrario, está llena de dificultades y obstáculos, a veces muy arduos y difíciles de vencer. Por ello es tan indispensable tener vocación, (que es llamada hacia algo noble), ilusión sin condiciones para desempeñar la tarea en cuantos realizamos esta actividad, incluidos los Asistentes Sociales, cuyo difícil trabajo valoro muy positiva y especialmente.

Lo primero que ha de tenerse en cuenta en este orden de cosas es que frente a nosotros está otra persona humana, muy parecida a nosotros, con virtudes y defectos y con una historia vital o biográfica que, a veces, explica no pocos comportamientos. ¡Qué hubiéramos hecho cada uno de nosotros en su posición personal, familiar, profesional y social!

Es esencial pensar que la reeducación y reinserción pasan necesariamente por el respeto profundo e incondicionado a la dignidad del preso y a su personalidad. El Derecho penal no puede/no debe intentar cambiar a las personas que han delinquido, ni modificar la estructura de su jerarquía de valores ni la conformación que cada uno tenga de la sociedad para el futuro. Ha de limitarse a hacerle comprender que el Código penal es una ley de mínimos en cuanto a un cierto comportamiento de cuantos formamos la sociedad, absolutamente indispensable para la supervivencia, con el ejemplo bien significativo de que ninguna sociedad ha sabido ni ha podido vivir sin el Derecho, pese a los intentos, todos ellos utópicos, por alcanzar esa especie de nirvana comunitaria.

La idea de Kantorowitz de un Derecho que pretendiera regir con independencia del Poder estatal es también una utopía. El llamado Derecho Libre, en una sociedad democrática construida sobre el Derecho es, a mi juicio, un gran error y una grave equivocación que puede dejar en manos de los jueces lo que debe estar en manos de la Ley, que es el Pueblo mismo hecho norma jurídica (confróntese el artículo 66 de la Constitución).

De la cohesión entre estas tres proyecciones puede y debe nacer una nueva concepción del orden social y jurídico, que conduzca a una paz más firme y mucho más consolidada. Estoy seguro de que así será, de que el mundo, pese a los inevitables altibajos, va a mejor irreversiblemente y soy por ello incondicionadamente optimista, sin olvidar jamás a las víctimas pues ello significaría incurrir en la más grave de las injusticias.

De ahí que estas Jornadas, estas Convivencias o Cursos para la actualización de la formación integral, pero especialmente humanista, de los funcionarios, hayan de merecer los mayores elogios, porque de ellos deben partir, y estoy seguro de que partirán, los grandes beneficios que para la sociedad, para los internos y también para Vds., los funcionarios suponen unos nuevos entendimientos de una tarea cuyas dificultades, a veces muy graves y complejas, no debemos tampoco desconocer; pero que incuestionablemente es perfeccionable en la Técnica y en el Humanismo que en ella ha de ponerse.

IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Antes hicimos una referencia a los Derechos Fundamentales y a su cada día más efectiva implantación en nuestra realidad jurídica y social. Un paso importantísimo en este sentido es el grado de concienciación que los ciudadanos han alcanzado ya, sin duda y por fortuna, en este orden de cosas. Ello es magnífico. Es en la actualidad nota muy común el convencimiento que se tiene respecto, por ejemplo, a la presunción de inocencia, más allá, incluso, del Derecho penal. De ahí, las constantes invocaciones que a este derecho fundamental se hacen, en los órganos judiciales, incluidos el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, a veces ausentes de toda fundamentación, pero inequívoca expresión de que el Derecho ha calado en la sociedad. Toda persona es presumida inocente mientras no se demuestre lo contrario a través de una actividad probatoria de signo inequívocamente acusatorio y advenida al proceso por cauces de legitimidad.

Con independencia de errores y deficiencias, siempre posibles, me parece que estaremos de acuerdo, como ya dijimos, en el avance espectacular que en este sentido procesal penal se ha producido, aunque si alguien discrepa de esta afirmación merece también todos mis respetos y razones tendrá, sin duda, para sostener lo contrario.

1. Ideas generales

En este apartado voy a tratar del derecho a la vida y a la integridad física y moral de la persona, de forma muy general, para hacer después una breve referencia al mundo de la prisión incluyendo algunas consideraciones sobre la huelga de hambre de los reclusos, tema de actualidad, grave e importante, a nivel individual y social, que no podemos ni debemos desconocer en este momento¹⁰.

El denominador común de cuanto voy a decir se puede sintetizar en una sola palabra: respeto a la dignidad humana. Vuelvo a repetirlo: no se puede intentar una resocialización sin atender a esta idea básica: el interno es alguien que recibe un castigo por un hecho calificado de delictivo, pero fuera de la privación de libertad debe gozar de todos los demás derechos, salvo de aquellos de los que por ley o sentencia esté privado, precisamente como camino absolutamente indispensable para alcanzar su vuelta a la sociedad, de la que, en algún sentido, se le separa pero de la que, de ninguna manera, se le desintegra.

2. La vida, la integridad física y moral

El artículo 15 de la Constitución dice: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

10. RUIZ VADILLO, Enrique: "El derecho a la vida y la integridad física". En *XIII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

Estamos frente a un tema trascendental, por referirse a derechos fundamentales de tal significación y trascendencia que han de recibir una protección reforzada y unas especiales garantías, como han puesto de relieve varios autores, entre ellos, el Prof. Pérez Tremps¹¹.

Por otra parte, y este aspecto ha de destacarse mucho, ninguna Constitución, como ya anticipamos, ha sido tan especialmente sensible como la nuestra a esta realidad total de la persona como presupuesto y fin para organizar la tutela jurídica, en expresión del Prof. Hernández Gil¹². La Constitución, como ha dicho García Morillo¹³, contiene un gran potencial transformador de la sociedad española, gran parte de la cual ha dado ya sus frutos. La idea de la persona humana, fortalecida en sus más amplias proyecciones y, sin duda, por ello ha de incorporarse el concepto de libertad que con la Igualdad, la Justicia y el Pluralismo, representa la base de partida de toda reflexión trascendente sobre lo que haya de constituir nuestra convivencia en paz.

Por otra parte, como ha señalado el Prof. Liborio del Hierro¹⁴, si no se supone la libertad de la voluntad, la moralidad no surge. Por tanto, la cuestión no es una cuestión metafísica o científica, es una elección que tenemos que hacer sobre la función social del Derecho penal.

El derecho a la vida, constitucionalizado en el artículo 15 de nuestra Ley Fundamental, al que ya hemos hecho referencia, es, antes que nada, dice el Prof. Rodríguez Mourullo¹⁵, el derecho a la propia existencia fisiológica pero también, al mismo tiempo, derecho a un mínimo económico. A mi juicio, esos otros derechos complementarios, aunque son, sin duda, muy importantes, deben diferenciarse bien del derecho nuclear a la vida. El vestido, la alimentación, el medio ambiente, la cultura, el asociacionismo, la reunión y manifestación y un largo etc., adecuadamente dirigidos a la realización completa de la persona, forman parte de la vida misma, según el nivel o estándar de perfeccionamiento de un país en un mundo dinámico y cambiante, pero así como el derecho a la vida y a la integridad física y moral con todo lo que llevan, deben ser totales, incondicionados y permanentes, los demás pueden merecer un trato diferenciado, en función de las circunstancias concurrentes. (En este sentido, los Instrumentos Internacionales, así el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre 1950, en su artículo 2 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre en sus artículos 6 y 7).

11. PEREZ TREMPS: "La protección específica y protección general de los derechos fundamentales". En *Introducción a los Derechos Fundamentales*, III, págs. 1.765 y ss. X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Ministerio de Justicia. Madrid.

12. HERNANDEZ GIL, Antonio: "La Constitución y su entorno". En *Obras Completas*, Tomo VII. Espasa Calpe. Madrid.

13. GARCIA MORILLO, Joaquín: *La justicia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Volumen 1. Ministerio de Justicia. 1989.

14. HIERRO, Liborio del: "Libertad y Responsabilidad penal". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Mayo-Agosto 1989, pág. 569.

15. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: "Comentario al artículo 15 de la Constitución. Derecho a la Vida" en Comentarios a la Constitución dirigidos por el Profesor Alzaga Villamil, pág. 291. EDERSA.

La vida, que es un principio interior de acción, según Kant; la combinación definida de los cambios heterogéneos, a la vez simultáneos y sucesivos, en correspondencia con coexistencias y secuencias externas, para Spencer; y, en fin, la conformidad al plan de la naturaleza, según Veskúll, ha de ser defendida y protegida sobre la base esencial de la dignidad e infinitud de la persona humana. Sin duda, este principio esencial es capaz de resolver muchas dificultades como por ejemplo se presentan en los supuestos de aborto y eutanasia y también el de la duración y ejecución de las penas privativas de libertad, porque la reclusión perpetua es contradictoria con la dignidad de la persona humana. Las cosas, vuelvo a citar a Kant, tienen precio; el hombre, dignidad.

Otra cosa muy distinta es la exigencia de precisión conceptual y la necesidad de equilibrio penal y punitivo que debe hacer efectivos la ley, haciendo que coexistan, sin dificultad, los principios de legalidad y de proporcionalidad. De ahí la censura que ha de realizarse a la construcción de determinadas figuras delictivas, como el artículo 246 en los desórdenes públicos, por su imprecisión, o al artículo 410 del infanticidio que, en mi modesta opinión y como he explicado en otra ocasión, es inconstitucional; no, en cambio, respecto al binomio parricidio-asesinato (artículos 405 y 406, todos del Código penal) del que se puede discrepar, pero que está en línea, en mi modesta opinión, con la política criminal de nuestro sistema (véase artículo 11 del Código penal) porque en el parricidio o lesiones causadas al cónyuge, es sin duda muy difícil de saber, cuando a una situación tan extrema y dramática se llega, cómo ha de actuar penalmente el parentesco.

Sobre estos presupuestos vamos a examinar el último de los temas que he deseado someter al mejor criterio de todos Vds., queridos amigos, no para enseñarles nada que no sepan sino, si Vds. lo desean, para que conozcan otra versión o punto de vista que tiene el valor, el único valor, de una muy larga experiencia humana y judicial y que después de haber preparado esta charla, de acuerdo con la tesis que mantuve en la Conferencia-Ponencia que pronuncié el día 4 de junio en el Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, he visto que es en gran parte coincidente con la S.T.C. 27 de junio de este año, a la que me remito.

3. Especial consideración de la defensa de la vida en la prisión

Es absolutamente verdad que entre la libertad, que es un valor esencial, inherente a la dignidad, y a la vida, no siempre ha de prevalecer ésta. El derecho a vivir y su inexcusable correlato, a morir con dignidad, es un principio a mi juicio esencial e indiscutible. Por ello es atípico penalmente el suicidio (véase artículo 409 del Código penal, incluidas por supuesto las formas imperfectas) aunque subsista el problema de la punición de las llamadas formas de cooperación (v. artículos 14 y 16 del mismo texto legal).

En este contexto aparece la huelga de hambre de los reclusos, sobre cuya situación tanto y en sentido tan diverso y plural, se ha dicho y se ha escrito, y se sigue hablando y escribiendo. El tema es, además, universal.

Para reflexionar sobre este tema, que no es nuestro ni específico del Estado español, como acabo de decir, me parece que hay que partir de los siguientes datos:

El artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dice que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectos por la condena.

Los artículos 3, 4 y 6, dice el Profesor García Valdés¹⁶, vienen a significar la plasmación del Estatuto Jurídico del Recluso y dan contenido a la “relación de sujeción especial” que configura la contraprestación recíproca de derechos y obligaciones entre internos y Administración penitenciaria.

El artículo 4, concretamente, expresa que el principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad de privación de libertad, será la consideración de que cada interno es sujeto de derecho.

La Exposición de Motivos se refiere a la finalidad resocializadora de la pena a la persona no eliminada de la sociedad, de la que sigue formando parte, si bien sometida a un particular régimen jurídico motivado por el comportamiento social anterior pero encaminado a su vuelta a la vida libre, en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad.

Así las cosas, tenemos estos elementos que hemos de coordinar armónicamente:

La Vida, la Libertad y la misma Dignidad alcanzan una distinta significación en prisión. El interno no sólo tiene derecho a la vida, sino a que la Administración, dentro de lo posible, se la proteja; tiene derecho a ser libre aunque esté en prisión porque la libertad tiene muchas perspectivas y tiene derecho a su propia dignidad, con todo lo que ello representa, incluida la reserva de su intimidad, dentro de las imprescindibles exigencias penitenciarias.

La Administración penitenciaria es incuestionablemente garante de los derechos de los internos, es tutora directa de los que, bajo su dirección, están privados de libertad y, por consiguiente, no es un tercero respecto del comportamiento de los reclusos, incluso respecto de ellos mismos. No le es indiferente el desarrollo de su vida y de su personalidad, sino que tiene un interés legítimo, que es deber al mismo tiempo o, si se prefiere, derecho-deber, insoslayable de que la pena o el internamiento se realice de tal manera que la orientación a la que se refiere la Constitución, la Ley Orgánica General Penitenciaria y la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, se cumpla.

En este estado de cosas, si el recluso deja de ingerir alimentos como expresión de una protesta, la Administración, sin perjuicio de su obligación de ser sensible a la reclamación misma, si fuera razonable, ha de buscar los cauces necesarios para que la actuación del interno no conduzca a resultados irreversibles.

El problema es por supuesto muy difícil: están en lucha la libertad del interno y su vida. A un ciudadano normal el Estado no le puede impedir que se prive de la vida, en cuanto derecho derivado de su propia personalidad. Si la persona humana no decide su nacimiento sí puede, en cambio, ordenar su muerte, a salvo problema moral y religioso que conlleva, pero no jurídico.

16. GARCIA VALDES, Carlos: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Tecnos, Madrid.

Al recluso sí por tres razones: 1) porque no quiere en realidad morir, sino llamar la atención, instrumentalizar su postura con otras finalidades distintas, de una u otra clase de significación; 2) porque la Administración es, como ya expresamos, tutora y garante de su vida, lo que no sucede respecto al resto de los ciudadanos en relación con el Estado y 3) porque no se pueden desconocer las psicopatías o alteraciones mentales que con tanta frecuencia se dan en las cárceles.

En este sentido es bueno recordar la jurisprudencia de la Sala 2^a del Tribunal Supremo en orden a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado cuando, en determinadas circunstancias, se produce la muerte de un interno a manos de otro si, de alguna manera, la Administración hubiera podido con mejores servicios, evitarlo (véase entre otras la Sentencia de 24 de febrero de 1989).

En tal situación, a mi juicio, acaso equivocado y por supuesto con el mayor respeto para cuantos opinan de manera distinta, ha de prevalecer, en estos supuestos, en principio, el derecho a la vida y la Administración ha de hacer cuanto esté en su mano, respetando siempre, todo cuanto sea posible, la dignidad del recluido para evitar su muerte o consecuencias irreversibles, aunque el hallazgo del equilibrio, a través de un sistema de ponderación y proporcionalidad, en los supuestos colisivos de bienes jurídicos o valores de superior rango, es difícil y, a veces, muy comprometido.

No me parece suficientemente fundamentada la idea, que por supuesto respeto, de que la alimentación forzada constituye un atentado a la dignidad (Cf. art. 10.1 de la Constitución) ya que para serlo necesitaría de un soporte objetivo y subjetivo que, en estos casos, no se da.

La conclusión que no voy a tratar de explicitar con extensión para evitar cansarles en exceso, acaso sea contradictoria con lo que anteriormente he manifestado. Si, prescindiendo por supuesto de motivos ilegítimos, en presencia de situaciones de esta naturaleza se opta por privilegiar la libertad (decisión libre de morir) o la vida (mantener la existencia mediante una alimentación impuesta coactivamente, aunque siempre, como ya dijimos, salvando todo lo posible la dignidad humana) cualquiera de ambas decisiones puede ser jurídicamente correcta y desde luego no subsumible en el Código penal.

En el primer caso pudiera alegarse que el forzamiento de la voluntad del interno introduce la conducta de quien quiere salvar la vida en un supuesto de coacción (artículo 496) puesto que el hecho no es subsumible en el artículo 489 ter respecto a la omisión del deber de socorro porque faltan los elementos esenciales que dan vida a este delito. En el segundo podría también argumentarse en otro sentido que se está en un supuesto de estado de necesidad en el que los bienes en juego son desiguales (por analogía artículo 8 circunstancia 7^a del Código penal porque los bienes en discordia son de la misma persona) o incluso en el supuesto de cumplimiento de un deber que se inserta en el propio derecho natural (artículo 8.11).

Acaso con más sencillez y humildad hay que decir que el Derecho penal no puede, ni acaso fuera bueno que tenga soluciones para todo. El caso que hemos expuesto me parece que ha de vivir extramuros del Derecho punitivo porque desborda sus fronteras y porque, en último término, estaríamos en presencia de una eximente que no está en el Código, pero que sí está en la naturaleza de las cosas, que es la no

exigibilidad de una conducta distinta de la que se llevó a cabo, debiendo actuar, si fuera necesario, el instrumento corrector del llamado error de prohibición que actualmente contempla el artículo 6 bis a) del Código penal, conforme a la reforma llevada a cabo por Ley de 25 de junio de 1983 que, como la de 21 de junio de 1989, constituye un antícpo del nuevo Código cuya construcción es cada día más urgente.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El final de esta charla ha de enlazar con lo que fueron mis primeras palabras. Expresión de mis mejores deseos, llenos de cordialidad, respecto de sus vidas personales, familiares y profesionales.

La tarea es difícil, la distancia infinita que media entre estas palabras y la realidad viva, a veces dramática, de unas actividades profesionales, puede explicar el escepticismo de Vds. al oírme.

Pero son muchas las ocasiones en que he tenido oportunidad de hablar con muchos de Vds. y sé de su vocación inmensa a un trabajo serio, responsable, riguroso, pero sobre todas las cosas, humano, capaz de llenar ilusiones y esperanzas infinitas.

También los jueces desarrollamos nuestra actividad bajo la inquietante responsabilidad humana de acertar en nuestras decisiones, porque el Derecho no es una Ciencia exacta, sino una Ciencia social que contempla comportamientos muchas veces especialmente difíciles de enjuiciar y, sobre todo, en el Derecho penal, muy difíciles de subsumir en una norma bajo el peso de pensar siempre que detrás, al lado de esa tarea tipificadora, está una persona humana con el dramatismo de su vida a cuestas y, a veces, habiendo perdido la brújula, por razones muy diversas, no siempre imputables a su voluntad e incapaz ya de conocer cuál haya de ser el norte de su comportamiento.

De una cosa estoy seguro: de que jamás se van Vds. a arrepentir de poner sobre todo amor y comprensión en su tarea, compatible, por supuesto, con el cumplimiento exacto y preciso de las respectivas obligaciones. También con amor, y esto sólo lo pueden entender personas con especial sensibilidad como Vds., se puede y debe imponer una pena a la persona responsable de un delito, o llevar a cabo su ejecución a través de la privación de libertad. En esa encrucijada difícil pero ilusionante estamos, estoy seguro de ello, muy unidos.

Muchas gracias.



D. Enrique Ruiz Vadillo y su esposa junto con un grupo de profesores y alumnos del Instituto Vasco de Criminología.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
219 - 233

LA CIENCIA Y LA PRÁCTICA EN EL CAMPO JURÍDICO-PENAL Y EN EL CRIMINOLÓGICO*

Resumen: Se inicia el trabajo con un análisis de la unión entre la ciencia y la práctica en diversas materias como la Biología y la Ecología, para después analizar dicha relación en el Derecho penal, penitenciario y en la Criminología.

Laburpena: Artikulu hau zientzia eta praktikaren arteko loturaren analisiarekin haster da, Biologia eta Ekologia abiapuntutzat harturik, gero erlazio hau Zuzenbide Penal, Presondegi Zuzenbide eta Kriminologian aztertzeko.

Résumé: On commence ce travail en faisant un analyse de l'union entre la science et la pratique dans les différents domaines comme la Biologie et l'Écologie, pour finir avec l'étude de ce rapport dans le Droit penal, pénitentiaire et dans la Criminologie.

Summary: This work starts making an analysis of the unity between science and practice in different subjects like Biology and Ecology, to analyse afterwards this relationship in penal and penitentiary Law, and in Criminology.

Palabras Clave: Ciencia, práctica, Criminología, Derecho penal.

Hitzik Garrantzizkoenak: Zientzia, praktika, Kriminologia, Zuzenbide penala.

Mots Clef: Science, pratique, Criminologie, Droit penal.

Key Words: Science, practice, Criminology, penal Law.

* *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 4, 1990, pp. 151-165.

SALUDO

Una vez más, queridos e ilustres amigos, comparezco en esta Noble Casa de la Excmo. Diputación Foral de Guipúzcoa, donde tantas y tan importantes decisiones se toman, para recibir la lección impagable de vuestro trabajo, difícil y complejo, en las Instituciones Penitenciarias, por las que tanto está haciendo desde la reflexión y el estudio el Instituto Vasco de Criminología que me distinguió, hace todavía pocos meses, con el título de Miembro de Honor, que desde entonces llevo prendido en lo más íntimo y cordial de mi ser.

Los Profesores Beristain y De la Cuesta, con sus colaboradores, son los artífices de esta importante actividad, tan ejemplar como gratificante. Día a día, y ahí están para demostrarlo las magníficas obras de unos y otros, proyectan su estudio y sus conclusiones hacia la Cátedra, las Jornadas y Cursos de Criminología y de Derecho Penitenciario en una simbiosis perfecta entre la Ciencia y la Práctica, tema este último del que pretendo hablarles, porque me parece que puede ofrecer un cierto interés.

Al Profesor Beristain, merecedor de todos los homenajes por sus cualidades humanas y jurídicas, por su incondicional entrega a los demás, por la hondura de su pensamiento, expresado siempre con rigor científico, realismo y tolerancia y por su talante de comprensión y de ayuda, y a todos, mi reconocimiento. No necesita él de exaltaciones, pero sí los demás necesitamos de ejemplos vivos de comportamiento. Sé que recibes a diario testimonios de respeto y de cariño como los recibiste hace también poco tiempo en el Libro-Homenaje que tuve el honor de entregarte en nombre de la Comunidad Universitaria y Judicial y de tus amigos, compañeros y discípulos. Y en este acto, uno el mío muy cordial.

Al Profesor De la Cuesta que en plena juventud es ya una figura en el Derecho penal y penitenciario y cuyo nombre es citado por los más ilustres autores, como expresión de la altura científica alcanzada, mi especial afecto y alta estima. Para los dos el homenaje cordial y reiterado de admiración, afecto y gratitud.

IDEAS GENERALES

En este contexto y desde la perspectiva de la importante significación de estas Jornadas, en las que se conjugan el deseo de perfección en las ideas centrales del mundo penitenciario y la voluntad de ponerlas en práctica, me pareció, como el título de la Conferencia pone de relieve, que acaso pudiera ofrecer algún interés o al menos que podría así no aburrirles en exceso, que entre todos podíamos reflexionar sobre el necesario enlace entre la Ciencia y la Praxis; en definitiva, sobre cómo podemos y debemos unir estas dos consideraciones esenciales en todo proceso humano o técnico de desarrollo, refiriéndome primero a los aspectos generales del problema, para poder entrar en escena, estudiando después la cuestión a nivel de Derecho penal y de la Criminología, columnas estructurales del Derecho penitenciario.

El tema tiene hoy un interés creciente, tanto a nivel nacional como internacional, hasta el punto de haberse celebrado en el mes de septiembre último un Seminario Internacional sobre el mismo, en la Cátedra del Profesor Bacigalupo, amigo y compañero de Sala, una de cuyas jornadas tuve el honor de presidir por amabilidad de sus organizadores.

En general, el saber humano, en todas sus dimensiones se proyecta en una doble dirección: 1) el conocimiento científico, al que precede necesariamente la investigación y 2) su aplicación práctica.

La vida, la aventura inmensa, irrepetible, hermosa, de coexistir con los demás, en comunidad, ofrece un aspecto dinámico, real, efectivo, al que también hemos de aplicar el conocimiento científico en sus más diversas manifestaciones. El descubrimiento de las vacunas para determinadas enfermedades, las investigaciones científicas en ciertas patologías, las alergias, el SIDA, etc., se proyectan, en cuanto es posible, a la realidad y se ponen al servicio de la persona humana. Investigación y praxis son así realidades sucesivas en una misma inquietud y de una identidad en la finalidad.

Muchos de estos avances inciden en el campo del Derecho, en general, y del Derecho penal en particular, comoenseguida veremos. La Psicología, la Psiquiatría, la Sociología, la Biología, la Genética, la Antropología, como ciencia que tiene por objeto el estudio de la persona, han de ser, de alguna manera, contenido del Derecho. También los problemas psíquicos y psiquiátricos de los internos en los Establecimientos penitenciarios (las que sufrían al ingresar y las que son consecuencia de los internamientos, especialmente de los excesivamente prolongados), han de ser objeto de reflexión a nivel científico y práctico por Vds. De ahí mi oposición a la posibilidad de que puedan existir penas privativas de libertad superiores a un cierto número de años, que las transforman de hecho en cadenas perpetuas (Cfr. Borrador de Anteproyecto de Código penal, de octubre de 1990, que permite la imposición de penas de esta naturaleza en una extensión hasta de 35 años: art. 74) y que confío resulten definitivamente suprimidas, porque en mi modesta opinión se avienen mal con la concepción filosófica que de la pena tiene nuestra Constitución.

La Universidad, que es o viene a ser, en expresión de Ortega y Gasset, el intelecto, es decir la Ciencia, hecha o contemplada como institución, debe asumir este reto de conciliar la investigación con la práctica. Este es precisamente, en mi opinión, uno de los grandes retos de los Institutos de Criminología, y dentro de ellos, de estas Jornadas de Derecho Penitenciario Vasco-Navarras, que vosotros realizáis, como antes os decía, de manera ejemplar.

La Teoría y la Práctica, la Ciencia y la Praxis deben, por consiguiente, ofrecerse unidas; los mismos casos prácticos en Derecho deben ser la consecuencia y no la causa del sentido práctico de la disciplina, como ha dicho el Prof. Hernández Gil, expresando así lo que debe ser unidad sustancial de la investigación científica y de sus realizaciones prácticas.

Este enlace entre una y otra manifestación del conocimiento es esencial, utilizando esta expresión en sentido muy amplio, en relación a cualquier acto vital en el que un ser intelectual o sensitivo, como sujeto cognosciente, se da cuenta, de algún modo, de un objeto. En definitiva, creemos nosotros, que la práctica ha de ser la consecuencia ineludible de la investigación científica unida a la reflexión intelectual. Y ello para no incurrir en un pragmatismo, ausente de valor trascendente; antes, al contrario, entendiendo que el conocimiento todo ha de servir a la vida y que cuando aquél es verdadero, o sea, conforme a la realidad misma, favorece también, con gran frecuencia, acaso siempre, las finalidades prácticas, evitándose así pseudo-investigaciones estériles y carentes de eficacia, partiendo siempre de la Filosofía y otras Ciencias del espíritu que alumbran el devenir histórico.

Para que todo esto pueda ser realidad es definitivamente importante la formación humana y humanista de toda persona, sobre todo de quienes actúan y actuamos en el campo de las penas privativas de libertad, en cuanto negadoras del bien por excelencia y más apetecido por todos: la libertad, el hecho de ser libres.

Es muy expresivo que el vocablo alemán “Mensch”, según los expertos signifique “ser pensante”. Por ello algunos autores, así Walter Brugger, recuerdan que la investigación auténtica descubre de continuo la grandeza incomparable de la persona humana, según el inmortal canto del coro de la “Antígona”, de Sófocles: “Muchas cosas y grandiosas viven, pero nada aventaja al hombre en dignidad”.

Esa grandeza ha de vivirse desde la lucidez de la libertad, como ha dicho Sartre (y lo destaca Miguel Angel Molinero)¹ y de la igualdad, ideas sobre las que ha de pivotar la justicia. Sartre defiende apasionadamente la libertad, como entre nosotros la defienden tantos y tan ilustres pensadores (Aranguren, Arroyo Zapatero, Beristain, Cobo del Rosal, Villapalos y tantos otros) como un acto específicamente humano, como única protección contra la arbitrariedad y la extrañeza que produce el sentirse rodeado de fuerzas poderosas y reacias a dejarse remover por un acto de voluntad.

La igualdad, por otra parte, es algo más que el principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos y el límite al propio legislador, que no puede establecer desigualdades cuando la diferencia de trato carezca de una justificación objetiva y razonable, en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada. Es mucho más: es asumir que todas las personas humanas somos esencialmente iguales y que la dignidad es patrimonio común de todos, sin excepción, sin ningún tipo de graduaciones.

Sobre estas bases debe, en mi modesta opinión, reflexionar el científico y hacer ciencia y debemos después, los demás, reflejar esas conquistas en nuestras cotidianas realizaciones colectivas y sociales, no de manera mecánica, sino con nuestro intelecto y nuestra voluntad.

EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL

La investigación supone, en el campo del Derecho, plantear un problema y darle solución conforme a los principios básicos que han de ordenar la convivencia, es decir, sobre los presupuestos de igualdad y libertad sirviendo a la justicia.

Acaso, nada mejor para explicar lo que queremos decir que exponer a la consideración de todos Vds., algunos ejemplos vivos y muy actuales.

Los avances en el campo de la Genética son, como todos sabemos, espectaculares y a ello han contribuido un conjunto de especialistas muy destacados e ilustres. La manipulación de los genes, la utilización de los embriones, los límites de la investigación en este campo y sus aplicaciones prácticas constituyen uno de los temas que más preocupan hoy a la humanidad y en él se encierra una de sus más bellas y al mismo

1. En la Revista *Quorum Internacional*, julio 1990.

tiempo dramáticas realidades de la doble consideración de Ciencia y Praxis, hasta el punto de que hace unos pocos años el Consejo de Europa celebró un Seminario Internacional en Lieja (Bélgica) al que tuve el honor de asistir en representación de España, dedicado precisamente a esta doble consideración de la investigación y la aplicación práctica, en sede de la Genética, tratando de precisar el correlato, investigación y consecuencias prácticas y los límites indispensables a la referida investigación científica (recordemos a Huxley y su "Mundo feliz").

Todo el material que, en forma de conclusiones (nunca definitivas, porque la Ciencia es imparable) facilitan los científicos han de ser estudiadas por el jurista buscando, a través de su propia y específica investigación cuáles pueden ser los efectos prácticos de estos descubrimientos para decidir cuál ha de ser la posición del Ordenamiento jurídico en este orden de cosas, que ha de tener muy en cuenta la realidad social, que es algo tangible y efectivo, con la que todos debemos contar de manera muy especial y preferente. En el campo del Derecho civil, examinando la incidencia que los avances científicos genéticos puedan tener en orden a la filiación, paternidad, maternidad, etc.; en el ámbito del Derecho administrativo, con el establecimiento de controles, creación o autorización para actuar en este sentido a determinados Centros de Investigación y Hospitalarios, requisitos indispensables para el desarrollo de la investigación, limitaciones, etc., y en el campo penal, estudiando la conveniencia o no de tipificar como infracciones penales algunas conductas contrarias a las correspondientes normas de naturaleza administrativa, que vendrían a constituir, casi con toda seguridad, normas penales en blanco no deseables en general, pero, de alguna manera, inevitables. En este sentido la importante doctrina del Tribunal Constitucional.

Todo el aporte de los Ingenieros genéticos, Biólogos, Químicos, etc., ha de ser contemplado por el jurista, y en sentido más amplio y más reducido según se mire, por el penitenciarista, teórico o práctico, sobre la base de situar a la Persona Humana como el centro y eje de sus inquietudes y en el norte de sus decisiones, para resolver lo que más convenga en función de criterios de justicia. ¡Cómo no va a ser decisivo en quienes tienen a su cargo la realización efectiva de las penas privativas de libertad el conocimiento de estos principios!

En este punto concreto y como expresión, acaso, de la posible conflictividad, más aparente que real, entre Ciencia y Praxis, ha surgido un problema importante al que me voy a referir muy superficialmente porque puede tener connotaciones, aunque no sean directas con el mundo penitenciario, que es el de Vds.: la llamada elección de sexo. Sobre su legitimidad o ilegitimidad ha habido pronunciamientos dispares en la doctrina científica, en la calle, entre los juristas y también disponemos de la decisión de un Tribunal de Justicia que ha resuelto en grado de apelación un caso de esta naturaleza.

Qué haya de entenderse, a efectos de autorizar la elección de sexo (v. art. 20 de la Ley especial) y dónde empieza y termina el capricho, es fundamental; qué es, en definitiva, capricho o decisión caprichosa en orden a la elección de sexo del hijo que se desea, qué consecuencias pueden derivar para el nuevo ser de esa manipulación, cuáles son las formas en que se puede operar la selección de sexo mediante manipulación genética, en la que existe al parecer un riesgo real de lesión sobre el embrión y que siendo así estaría totalmente contraindicada y prohibida y mediante simples medios físicos, técnica realmente fácil, pero, también al parecer, todo ello según el Dr.

Dexeus², con un porcentaje de fracaso de un 30%, con lo cual si tenemos en cuenta que la naturaleza, por sí sola da un 50% de éxito, pequeño habría de ser éste. Pero, como vemos, y las perspectivas que se abren son inmensas, en el tema hemos de seguir trabajando a nivel de Ciencia y de Praxis.

Teniendo en cuenta, como dice el magistrado Martínez Calcerrada³, que el genoma comporta, según los últimos descubrimientos de la Ciencia, una serie de ventajas de impensable utilidad, como son las relativas a la básica calidad diferenciadora de la persona,—etiqueta de identidad—o prevención de enfermedades transmitidas por el legado genético (pensemos en la hemofilia y en tantas otras taras), es lógico esperar con ilusión que la Ciencia por una parte y la Praxis por otra, nos conduzcan en una perfecta simbiosis a un mejoramiento de nuestra calidad de vida y quién sabe si a unos sistemas de prevención y curación de enfermedades (algunas en relación con la mente), con las consiguientes consecuencias extraordinariamente positivas, incluido el mejor conocimiento de quienes sufren penas privativas de libertad para perfeccionar el tratamiento.

Con toda obviedad, cualquier precipitación ha de ser rechazada. La Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Civiles del Parlamento Europeo, en su Documento de Trabajo sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, firmado en julio de 1987, indicó que “los padres no pueden, en manera alguna, regular el tipo de la combinación de los genes en la dotación genética de sus hijos”⁴, lo que no implica que no existan excepciones, cuya extensión y circunstancias han de ser bien determinadas, siempre con carácter temporal, porque no sabemos cuáles serán en un futuro, más o menos inmediato, los horizontes que en este orden de cosas se descubrirán.

Todo ello, a mi juicio, nos lleva a tener una inmensa esperanza de la mano del Dr. Santiago Grisolía⁵ y a una firme decisión: la de que tenemos que desarrollar las Ciencias y la Educación de nuestros jóvenes de forma intensa y masiva, incluido por supuesto el mundo penitenciario, en el sentido de que los nuevos amaneceres de la Humanidad pueden estar llenos de luz y de optimismo.

Mi postura en este tema, como en otros muchos, es expectante: EE.UU. ha dado luz verde al primer experimento de terapia genética en seres humanos⁶, aunque he de hacer mía la idea de Santiago Dexeus⁷: es humano querer satisfacer el deseo de una futura madre, pero cuando conlleva determinadas implicaciones, los científicos deben ser cautos y la sociedad disponer de los medios necesarios para regular el trabajo de aquéllos, sin depender del criterio de unos pocos.

2. En *El País*, 30 agosto de 1990.

3. En *ABC*, 14 agosto 1990.

4. En *El País*, 1 de septiembre de 1990.

5. En *ABC*, 29 de agosto de 1990.

6. En *El País*, 5 de agosto de 1990.

7. En *El País*, 30 de agosto de 1990.

Acaso en el respeto profundo a la existencia, a la de los demás y a la nuestra y a la propia naturaleza, esté la clave de la solución: decía hace unos pocos días Carlos Gurméndez⁸, que el amor a la vida es darnos sin reservas a sucesivos renacimientos, pues si nos dolemos por lo vivido que no revive jamás, nos hundimos en el profundo abatimiento de unos días sin aurora, cercano a la agonía.

Llegamos así otra vez a la imprescindible unión de la Teoría y la Práctica. El Prólogo del Profesor Rodríguez Muñoz al Derecho Penal de Puig Peña y el que me hizo el honor de redactar para mi “Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho Civil” el Profesor Hernández Gil, son especialmente expresivos en este orden de cosas. Sólo la persona que sabe asumir estas dos realidades, cada uno según el nivel que corresponda a su preparación y a su dedicación, será un buen jurista, o en nuestro caso, un verdadero penitenciarista, cualquiera que sea, en el caso de Vds., intervenientes en estas Jornadas, la función que desempeñen, siempre especialmente importante en el mundo penitenciario.

La vida, esa realidad social y personal a la que acabamos de hacer referencia, va, en general, por delante del Derecho. Aprehenderla es tarea de todos para que compartamos juntos el ideal y la realidad, la teoría y la praxis. En este sentido, el problema ecológico es otra muestra de lo que venimos diciendo. Surge por la inteligente llamada de atención de los especialistas, que ha encontrado eco en la sensibilidad del común de las gentes como consecuencia de una generosa preocupación por el futuro de la Humanidad. Así las cosas, examinando la situación auténticamente dramática que vivimos, que nos descubren y ponen de manifiesto las Ciencias de la Naturaleza, el Derecho administrativo ha intervenido tratando de ordenar esta importante faceta de los espacios terrestres, marítimos y aéreos; mientras el Derecho penal, por ahora con muy escasa eficacia por no decir ninguna, se ha enfrentado con el problema configurando en el art. 347 bis del Código punitivo un delito llamado ecológico o protector del medio ambiente, para luchar contra la devastación creciente de la única casa que tenemos para poder vivir. La Ecología, como Ciencia, nació en 1878 de la mano de Haeckel, pero es en nuestros días cuando se ha constituido en bandera de todos o de la inmensa mayoría de los ciudadanos, en defensa de nuestro entorno vital. Los seres humanos no estamos aislados ni vivimos en fanales o en campanas de cristal asépticas, sino que somos elementos integrantes de conjuntos biológicos complejísimos cuyo equilibrio debemos mantener, cuidando no sólo la relación física existente entre los grupos humanos y su ambiente físico, sino también del humano, desde el punto de vista del equilibrio psíquico.

Por último, en esta relación de ejemplos de conjunción entre la Ciencia y la Práctica, no queremos olvidar el caso del Derecho procesal penal. El diseño del nuevo procedimiento, conforme a principios y mandatos de la Constitución y de acuerdo con las grandes conquistas procesales en el campo científico, es ya una feliz realidad. El alcance de la inmediación y de la contradicción, que hoy por hoy no pueden ser sucesivas sino conjuntas, la psicología del testimonio aplicada al examen de inculpados, coimputados, peritos y testigos, incluidos los que son partes y muchas veces víctimas (recordemos los supuestos de violación, en los que frente a la negativa del supuesto

8. “¿Por qué no la vida?”. En *El País*, 11 de agosto 1990.

agresor sólo existe la acusación de la víctima de la agresión sexual; sobre todo si tratándose de un supuesto de intimidación, en los que no quedan huellas del ataque, como no sean los psíquicos, importantísimos pero difícilmente objetivables, no puede complementarse la acusación con otras pruebas), la racionalidad de la convicción en los casos de prueba indirecta, el rechazo de toda deducción ilógica, irracional o arbitraria, el valor y alcance del llamado testigo referencial, etc., me parece que ha sido, aunque su desarrollo no está aún terminado, una perfecta conjunción y simbiosis de la Ciencia procesalista, y sus hallazgos realidades ya venturosa en el campo del enjuiciamiento criminal y la práctica de los tribunales.

Las valiosísimas aportaciones, entre otros, de los Profesores Almagro, Moreno, Gimeno y Domínguez, en su obra conjunta de "Derecho Procesal" y en sus monografías; la obra pionera sobre la presunción de inocencia del Profesor Vázquez Sotelo, los trabajos de los profesores Fairén, Calvo y Pedraz, han sido el soporte científico de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala 2^a de lo Penal del Tribunal Supremo, que ha producido, a mi juicio, y en líneas generales, un resultando muy positivo, aceptando, por supuesto, con humildad, nuestras deficiencias y errores con los que por desgracia, como en toda obra humana, hay que contar; aunque me parece que el conjunto de la Ciencia y de la Práctica Judicial ha conducido a un proceso penal ajustado a las exigencias ineludibles de un Estado de Derecho democrático y social, en espera, por supuesto, de la implantación del Jurado, que es, sin duda, un mandato constitucional, que aun cuando admite diversas interpretaciones (como se ve por las muchas y valiosas obras que se han publicado en relación con el tema y las autorizadas opiniones expresadas en televisión, radio y prensa y en muy diversas Jornadas de expertos) ha de establecerse.

EN EL CAMPO CRIMINOLÓGICO Y PENITENCIARIO

He buscado la intersección entre el mundo jurídico penal y el criminológico a través de la Ciencia penitenciaria y quienes como Vds., son sus efectivos aplicadores, se encuentran lógicamente insertos en uno y otro sector del conocimiento científico y de sus respectivas praxis y de las dos reciben el caudal inmenso de sus investigaciones y de sus realizaciones.

Si el objeto del Derecho penal es la criminalidad, quien se ocupe del Derecho penal tiene que ocuparse también, y con toda obviedad, de la criminalidad y quien no conozca o conozca mal el aspecto empírico de la Administración de Justicia, dice el Prof. Muñoz Conde⁹, difícilmente podrá manejar las reglas del Derecho penal en todos sus ámbitos: legislativo, judicial y ejecutivo o penitenciario. Junto al saber normativo es necesario e imprescindible por tanto, sigue diciendo Muñoz Conde, el saber empírico que brinda la Criminología, cualquiera que sea el criterio que ésta adopte, aunque también en ella se contempla la Ciencia y la Praxis. (Institutos de Criminología, asignaturas de Criminología y también, en mi opinión, las Jornadas de Derecho Penitenciario como las que ahora se están clausurando).

9. MUÑOZ CONDE: "El papel de la Criminología en la formación del jurista". En *Eguzkilore*, núm. 3 extra, abril 1990.

Si esto es así, que a mi juicio lo es, resulta decisivamente importante que el jurista y el penitenciarista no se limiten al saber normativo, que sin duda es importante, sino que han de verificar empíricamente las consecuencias que de su aplicación se derivan.

Vds. mismos podrán comprobar si el aumento de pena, problema al que se refiere también Muñoz Conde¹⁰, produce el esperado efecto intimidatorio. Conociendo los principios fundamentales de la Psicología, aplicada a los internos, de la Sociología, en cuanto a la futura integración en la comunidad, se podrá actuar con coherencia y eficacia. Sé que muchas veces llevar a cabo esta tarea es algo muy difícil y complicado, que es más fácil hablar que hacer, criticar que construir, pero me parece que si no acercamos los principios esenciales de la Ciencia a la realidad, (en este caso la psicología del preso, al tratamiento, el descubrimiento y la terapia de determinadas patologías psíquicas a la realidad penitenciaria, etc.) estaremos encerrados en un círculo infernal del que jamás seremos capaces de salir.

En el Programa ERASMUS, del que dieron cuenta en la Revista Eguzkiloire, Robert Cario y José Luis de la Cuesta¹¹, aparece perfectamente reflejada esta idea. El desarrollo de la investigación comenzó con el tratamiento estadístico comparativo del problema: examen del número de internos en prisión preventiva, proporción respecto de la población carcelaria global, sexo, edad de los interesados, clase de delito, duración media de la referida prisión preventiva, etc. Legitimidad y justificación de la prisión preventiva, en particular, respecto de los menores, así como sobre la evolución legislativa seguida por esta institución y su conformidad con los principios constitucionales reconocidos en nuestros respectivos países y con las Convenciones regionales o internacionales (en especial la Convención Europea para la protección de los derechos humanos), etc.

Este planteamiento científico ha de proyectarse hacia quienes, como Vds. , tienen encomendada una tarea, sin duda conflictiva, de ser al mismo tiempo custodios y garantes, protectores y aplicadores de una norma punitiva, en cuanto en los funcionarios de Instituciones penitenciarias se materializa la “potestas” propia del poder, que legitima su actuación en nombre de la sociedad y como órganos del Estado. Pero sin olvidar que sin “auctoritas” que significa soporte ético y moral, la “potestas” sólo es fuerza física, arrollamiento material, y no ejercicio prudente del Derecho penal y realización efectiva del Ordenamiento jurídico.

En este sentido, Ortiz Ricol ha definido el Derecho penitenciario como la facultad que tiene el condenado a una pena privativa de libertad para exigir del órgano que la ejecuta la observancia de las garantías establecidas contra abusos o desviaciones en la ejecución de la misma, así como que esta ejecución se adecúe a la finalidad de su reincisión social o de cualquier otra que tenga asignada por el derecho objetivo¹². (Cfr. art. 25.2 CE).

10. Idem.

11. En Eguzkiloire, núm. 3 extra, abril 1990.

12. PUIG PEÑA, Federico; ORTIZ RICOL, Gregorio: *Derecho penal Parte General*, 7.^a edición, Madrid, 1988, pág. 668. Prólogos del Profesor Rodríguez Muñoz y del autor de esta Conferencia.

Si la privación de libertad supone siempre un sujeto carente de algo (en este caso, como ya dijimos, del bien por excelencia: la libertad) que conforme a su naturaleza debía tener, es fundamental distinguir entre el condenado al que se le privó de ese bien por sentencia, del preventivo que sólo cautelarmente ha sido reducido a prisión. Los principios filosóficos de la Ciencia Penitenciaria han de proyectarse aquí, de una manera muy clara, en la práctica. Conforme a lo declarado por el Tribunal Constitucional, entre otras en S. de 8 de julio de 1987, la prisión provisional, sin perjuicio de su carácter de simple medida cautelar, que sin prejuzgarlo, tiende a asegurar el resultado final del proceso penal, es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el "status" de la libertad personal del inculpado y que, por lo mismo, restringe el derecho fundamental reconocido en el art. 17, apartados 1 y 4 de la Constitución. Estoy seguro que Vds. tienen muy asumida esta esencial diferencia.

Si los principios científicos están claros, si la distinción penado y preso preventivo alcanza en relación con ellos su más alta y honda significación, las Instituciones penitenciarias debieran a mi juicio, sin dejar de considerar siempre y como abrazadera común, el respeto a la dignidad humana, tener muy en cuenta (lo que sin duda también debemos tener muy presente los jueces) esta diferencia esencial que responde a una idea esencial de la Ciencia penal y penitenciaria en su aplicación práctica (la distinción entre aquel que cumple una pena y aquel otro que espera una decisión judicial que le podrá ser favorable o adversa), tema al que se refiere con especial atención la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1990¹³.

Dice el Profesor Neuman¹⁴ que hay conceptos universales que traspasan cualquiera de los sistemas políticos conocidos. Hay valores idénticos que deben ser definidos por todos los habitantes del planeta sobre las contradicciones de intereses de las grandes potencias. Los criminólogos, afirma, no podemos dejar de dar soluciones. Siempre ha sido así. Dar respuesta, y más allá de formularios, la construcción del mejor sistema socio-político posible, el sentido inmanente de la democracia reside en el respeto de la dignidad, recordando lo que enseña el Profesor Beristain sobre que la ley "es un sedimento o expresión de ideas jurídicas y no el espejo de esa realidad social concreta y menos aún, el elemento configurador".

Pero, precisamente en una sociedad democrática, en la que prevalece la voluntad popular, lo importante es que los científicos alumbrén soluciones en el campo de las tecnologías y en el ámbito de las relaciones humanas (que eso es hacer ciencia) para que el legislador, a través de la norma, que tiene su origen en el Pueblo (por eso el Poder Legislativo es, sin discusión, el primer poder) transforme esos principios en realidades socio-jurídicas y quienes hayan de aplicarlas puedan hacer efectiva esa simbiosis Ciencia-Praxis.

Esther Giménez-Salinas ha recordado¹⁵ que siendo el estudio de la Criminología el examen del fenómeno criminal en toda su extensión, la consideración de la ejecu-

13. *Memoria de la Fiscalía General del Estado 1990*, pág. 295.

14. NEUMAN: "El estudio de la Crimnología en Latinoamérica y la necesidad de soluciones prácticas". En *Eguzkilore*, núm. 3 extra, abril de 1990, pág. 279.

15. GIMÉNEZ-SALINAS, Esther: "La formación criminológica del funcionario de prisiones". En *Eguzkilore*, núm. 3 extra, abril 1990.

ción penal y de la pena privativa de libertad en concreto, ocupan un espacio de especial importancia, porque, en efecto, las consecuencias de una política criminal concreta (plasmada en leyes), de una actuación judicial, también concreta (reflejada en la pena) y una actitud social (recogida en el control social) convergen hacia la pena. Por esto precisamente la enseñanza de la Criminología en este ámbito penitenciario es de una importancia vital, enseñanza que solamente podemos concebir como un "Feed Back", entre la teoría y la práctica.

En esa difícil pero estimulante encrucijada están Vds. Desde la perspectiva de la Criminología, han dicho Echeburúa Odriozola y Corral Gargallo¹⁶, así como de la perspectiva de las Ciencias de la conducta, la pena de prisión ya no se justifica por las funciones de custodia y castigo, sino por el fin rehabilitador. Son Vds. por ello más que custodios, sin dejar de serlo, como ya señalamos, instrumentos técnicos y humanos decisivos en la resocialización, aunque más de una vez, y ello es comprensible, sientan la desesperanza de lo que parece una lucha contra molinos de viento, por lo poco o nada que se nota la reinserción, muchas veces por falta de medios de una u otra naturaleza y en otras ocasiones por razón del sistema mismo. Pero jamás hay que desalentarse, sino seguir con ilusión la hermosa tarea de ayudar a los demás a iniciar o reiniciar una vida humana.

Por ello es imprescindible que la condición de persona del preso esté presente, sin solución de continuidad, en el trato y en el tratamiento y a ello ha de contribuir, sin duda, que en los expedientes penitenciarios se apliquen, como señala Aya Onsalo¹⁷, los principios esenciales del proceso judicial.

De ahí que hayamos de insistir en la necesidad de una formulación de principios por los científicos, consecuencia de la reflexión en cuanto meditación comparativa y examinante, contrapuesta a la simple y sencilla percepción al alcance de cualquiera o a los juicios primeros y espontáneos, y generalmente prematuros sobre un objeto, tantas veces erróneos por la precipitación con que se emiten; todo ello para que en la práctica, conociéndolos y asumiéndolos se puedan transformar en realidad.

CONSIDERACIONES FINALES

No cabe duda de que quienes, como Vds. y tantos otros (funcionarios de las distintas categorías y Cuerpos Médicos, A.T.S., Asistentes Sociales, etc.) realizan su actividad profesional en las Instituciones Penitenciarias tienen ante sí una tarea, como tantas veces hemos indicado y repetido, muy difícil. Conjugar las enseñanzas criminológicas con el Derecho penal, la Psicología, la Sociología y hacerlo confluir todo en la actividad penitenciaria desde una perspectiva humana no es nada fácil pero es, me parece, imprescindible.

16. ECHEBURÚA Y CORRAL: "El tratamiento psicológico en las Instituciones Penitenciarias". En *Eguzkilore* extra, enero 1988.

17. AYA ONSALO, Alfonso: "La defensa jurídica del interno en Centro Penitenciario". En *Eguzkilore*, núm. extraordinario 2, octubre 1989.

La Criminología tiene por objeto el estudio de las formas reales de comisión del delito y las modalidades más diversas de lucha contra la delincuencia, examinando su etiología (desde un punto de vista biológico, psicológico y social; formas de vida, medio ambiente físico, cultural y social en sentido muy amplio, sistemas de integración, etc.). El Derecho penal estudia el aspecto normativo aunque, por supuesto, sin desconocer los valores esenciales que son protegidos por cada uno de los correspondientes preceptos penales: la vida, la integridad, la libertad, incluida la sexual, como emanación de la personalidad, la seguridad, etc.

El Derecho penitenciario, definido por el Prof. García Valdés como conjunto de normas reguladoras de la ejecución de las penas y medidas de seguridad¹⁸ está mirando hacia el Derecho penal, hacia la Criminología, la Política Criminal y a todas aquellas Ciencias como la Psicología, la Psiquiatría, la Sociología, entre otras, coadyuvantes todas a la mayor y mejor efectividad de la teleología de la pena.

Por ello, como ha dicho Ortiz Ricol¹⁹, cuanto más acerbas y fundadas sean las acusaciones contra las penas privativas de libertad, tanto mayor será la razón de ser del Derecho penitenciario, por cuanto éste viene a constituir esencialmente un sistema de normas vinculantes,—principio de legalidad—, para el brazo ejecutor de estas penas, que constituyen garantías para quienes las sufren de que su ejecución responderá y se ajustará a los principios básicos que informan el funcionamiento de toda sociedad civilizada. Por desgracia, hoy por hoy y en un futuro que se adivina lejano, es impensable suprimir este tipo de penas, aunque haya que hacer constantes e intensos esfuerzos para alcanzar fórmulas eficaces de alternancia.

El Borrador de Anteproyecto de la Parte General, de Código penal de octubre de 1990, se refiere en varios de sus artículos a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Con ellos, desde la perspectiva de los grandes principios a los que nos venimos refiriendo, se trata de dotar al Derecho penal de unos nuevos instrumentos para que la justicia punitiva alcance cotas de mayor perfección (Cfr. arts. 34, 35.3, 86).

En su efectividad los Jueces habrán de poner toda su sensibilidad para acertar en su difícil cometido (teoría y práctica) y Vds. como colaboradores indispensables en esta compleja tarea deberán también contribuir con sus informes, cuando haya lugar a ello y su trabajo, a su mejor efectividad.

El Consejo de Europa ha expresado frecuentemente su preocupación por estas cuestiones y ha unido con especial acierto, los problemas penales, los criminológicos y los penitenciarios en su doble vertiente científica y práctica, convocando a veces al mismo tiempo reuniones de científicos y seminarios de expertos aplicadores del derecho, incluido el mundo de la prisión, como ha expuesto con precisión, y en varias ocasiones, la Profesora Aglaia Tsitsoura.

Me parece que sólo en la medida en que acertemos a contemplar los problemas en su conjunto, sin olvidar obviamente sus especificidades, y en su doble vertiente de la Ciencia y de la Praxis que, en definitiva, son caras de la misma y única moneda, el

18. GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid, 1982, pág. 21.

19. PUIG PEÑA y ORTIZ RICOL, *ob. citada*.

anverso y el reverso, podremos avanzar con seguridad y a la velocidad que todos ansiamos en la búsqueda y consecución de la verdadera resocialización de los condenados a penas privativas de libertad. Negar que es objeto del Derecho penal el estudio del delito, en orden a sus causas individuales y sociales, el examen de sus consecuencias y las razones de Política criminal que abonan en un determinado momento unas u otras soluciones en función de determinadas exigencias, sería tanto como negar su propia naturaleza y esencia. Así, por ejemplo, el adecuado tratamiento punitivo de la circunstancia atenuante de arrepentimiento, que debe considerarse y así lo viene haciendo la jurisprudencia de la Sala 2^a del T.S. desde una perspectiva fundamentalísimamente objetiva (v. STS 20 febrero 1987 y 13 de diciembre de 1988) frente a la doctrina jurisprudencial precedente; pudiendo admitirse, como es obvio, como circunstancia atenuante cualificada en razón a los efectos producidos por el comportamiento posterior del imputado o cuando la actitud del autor guarde una relación de homogeneidad con su personalidad (S. 29 octubre 1988); aunque esta evolución hacia lo objetivo, despojando a la circunstancia de su carácter intimista, entendiendo que basta para su apreciación el dato más objetivo de favorecer con esa actitud la investigación o la reparación, no haya llevado a privar o desconocer el mínimo carácter subjetivo que esta circunstancia tiene (S. 3 de marzo 1989). Otro tanto sucede, salvando las distancias, con el instituto de la prescripción, al que la jurisprudencia ha dotado de una especial naturaleza en el sentido de que sería una grave contradicción imponer un castigo cuando los fines de más alta trascendencia y significación que informan el Derecho punitivo y la pena son ya incumplibles (STS. 5 enero, 25 abril y 28 junio de 1988). En este sentido la doctrina del Tribunal Supremo camina, creemos, por el sendero de las exigencias de la moderna Política criminal a veces, por unos u otros caminos transformados en normas jurídico-penales.

En otro orden de cosas, hay que citar la atención a la víctima, al que ha dedicado muy recientemente una magnífica monografía el Prof. Landrove Díaz²⁰, con espléndido prólogo del Profesor García-Pablos, tema en el que también la Ciencia y la Práctica han de estar muy unidas. El estudio de la Victimología pone de relieve la importancia del problema dejando constancia de la necesidad de estudios interdisciplinarios sobre la persona que sufre las consecuencias del delito en los diversos ámbitos, en el criminológico; por ej. interacción delincuente-victima, relevancia etiológica del comportamiento de esta última en la dinámica delictiva (pensemos, el paréntesis es mío, en especial, en algunas figuras de estafa y en muchas agresiones sexuales²¹, diseño de programas de prevención jurídico-penal; así modificación del "status" material y procesal de la víctima en la justicia criminal (en la actualidad se discute, también este inciso es nuestro, si la víctima,—especialmente si son menores más fácilmente impresionables y por las huellas que ello puede producir desde el punto de vista psíquico— ha de declarar necesariamente en presencia del acusado o si puede hacerlo fuera de su presencia aunque con intervención de la correspondiente defensa, tema resuelto por la Sala 2^a del T.S. exigiendo en garantía del justiciable la presencia de

20. LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Victimología*, Tirant lo Blanch / derecho, Valencia, 1990.

21. RUIZ VADILLO, Enrique: "Algunas consideraciones sobre el delito de violación tras la reforma de 1989, desde los aspectos sustantivo y procesal, conforme especialmente a la doctrina jurisprudencial de la Sala 2^a de lo penal, del Tribunal Supremo". En la Rev. *Actualidad penal*.

aquél, es decir del acusado, salvo en los supuestos en que el mismo es expulsado de la Sala por su comportamiento) y político-social (programas de asistencia a la víctima, de reparación del daño, de compensaciones económicas, de presunción del miedo al delito, entre otros muchos). No olvidemos que en esta materia el Prof. Beristain ha sido uno de los más energicos y eficaces pioneros.

Todo ello se percibe con nitidez desde la atalaya que representa la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Respecto a la consideración y papel de la víctima, de la que a veces se dice,—y creo que casi siempre con muy poca o ninguna razón— que es provocadora, aunque a veces lo sea, a la psicología de los menores en cuanto víctimas o testigos, a las garantías del acusado respecto a las pruebas a practicar en el acto del juicio oral, a las que ya he hecho referencia, y un largo etc.

Los temas son infinitos: El correlato que acaso debiera existir entre trabajo del preso e indemnización a la víctima (y en este sentido del trabajo penitenciario me remito íntegramente a los estudios magníficos del Prof. De la Cuesta), a la capacidad de quienes trabajan en Instituciones Penitenciarias para ilusionar a quienes en ellas cumplen la penas respecto de sus respectivos futuros. Todo ha de hacerse con equilibrio y de forma armónica, como tantas veces se ha destacado por quienes se han ocupado de temas generales y puntuales de la Criminología.

Y en esta gran tarea de armonizar Teoría y Práctica, Principios y Realidades, hemos de hacerlo partiendo de los grandes fundamentos del Derecho penal, de la legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

Como ha dicho nuestro Presidente de la Audiencia, el Profesor Joaquín Giménez²², el reconocimiento expreso del carácter transformador que debe tener el Estado social y democrático de Derecho, está sometido al principio de legalidad y debe realizar los valores constitucionales a veces negados en segmentos sociales de esa realidad, porque la sociedad democrática es una sociedad conflictiva en la que conviven o coexisten fuerzas y códigos éticos distintos y aun antagónicos.

La Ciencia debe alumbrar nuestras realizaciones profesionales y ha de hacerlo de manera interdisciplinar, sin olvidar jamás que sus aportaciones tienen un objetivo muy claro: descubrir cuáles son los instrumentos de todo tipo que pueden hacer la vida a nivel personal y social, menos inhóspita, más amable si fuera posible, sobre los presupuestos indeclinables de la justicia, haciendo así realidad la conjunción a la que venimos haciendo constante referencia de investigación científica y práctica.

En el Libro-Homenaje al Profesor Beristain que al comienzo de esta charla recordé, mi ilustre amigo y colega el Profesor Ottenhof se refirió a las dimensiones subjetivas, estéticas y espirituales de los problemas jurídicos y criminológicos. Es verdad: sin ellos el Derecho pierde sus más importantes soportes y las columnas más indispensables.

La miseria y la mediocridad van juntas, ha dicho muy recientemente nuestro Premio Nobel de Literatura, D. Camilo José Cela. No nos hagamos autómatas del

22. "Consideraciones sobre los derechos humanos y Ordenamiento jurídico". *Eguzkilo*, n.º 3, 1989, pág. 95 y ss.

cumplimiento de nuestros deberes a base de clichés y estereotipos. Formemos, sobre todo, humanamente a todos cuantos tienen en sus manos quehaceres tan importantes, formémonos nosotros mismos en los ideales de un Estado de Derecho democrático y social, hagamos que la Ciencia profundice en las soluciones más ajustadas a la dignidad humana para que sirvan a la realización efectiva del Ordenamiento jurídico.

Cuanta más altura científica, es decir asunción de los principios más elevados de filosofía jurídica y constitucional se pueda conseguir para quienes hayan de servir el interés de todos, en la policía, en los juzgados y tribunales y en las Instituciones penitenciarias, mejor; porque conociendo de verdad las ideas fundamentales en las que han de inspirarse para realizar sus quehaceres cotidianos, con base siempre en nuestra Constitución, más intensa y permanente será la integración de la Ciencia en la Teoría y de ésta en aquélla, más satisfacciones producirá el trabajo y más eficaz será éste, socialmente.

Conozco bien muchas de las dificultades con las que se encuentran profesionalmente porque las he vivido muy de cerca, pero por eso mismo sé que el intento de hacer realidad estos ideales merece de verdad la pena y que Vds. con ilusión infinita son adelantados de ellos.



De izda. a dcha.: G. Kellens, E.R. Zaffaroni, R. Ottenhof, E. Ruiz Vadillo, A. Bassols y J. Pinatet.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
235 - 241

SAN IGNACIO DE LOYOLA. LA PRESENCIA ACTUAL DE SU DOCTRINA EN LA JUSTICIA Y EN EL DERECHO*

Resumen: Este trabajo es un homenaje a San Ignacio de Loyola desde la perspectiva de un juez porque él supo realizar la verdadera justicia como ideal auténtico de convivencia a través de su quehacer diario acomodándose a la realidad social para sobre ella conseguir su positiva transformación. El Derecho que ha de ser siempre armonía social, paz construida desde el equilibrio, por la justicia, recibe en el Quinto Centenario la gran lección de San Ignacio de Loyola.

Laburpena: Lan honetan, Epaile baten ikuspegitik, Loiolako San Ignaziori omenaldi bat eginen zaio, berak gizartearen errealitateean finkatu eta bere gain eraldaketa positiboa lortzeko benetako justizia egiten jakin zuelako. Gizartearen armonia, oreka gain lortutako bakea eta justizia izan behar duen Zuzenbideak, hostgarren Mendeurrenean Loiolako San Ignazioren lekzio bat jasotzen du.

Résumé: Ce travail est un hommage à Saint Ignace de Loyola dès la perspective d'un juge car il sut réaliser la véritable justice comme l'idéal authentique de cohabitation, grâce à son labeur quotidien en se conformant à la réalité sociale pour, sur elle, atteindre sa positive transformation. Le Droit, qui doit être toujours harmonie sociale, paix construite dès l'équilibre, par la justice, reçoit dans le Cinquième Centenaire la grande leçon de Saint Ignace de Loyola.

Summary: This work is an homage to Saint Ignatius of Loyola from the perspective of a judge because he knew to achieve the true justice as a real ideal thing of cohabitation through his daily duty conforming with social reality to manage his positive transfromration. The Law, that allways must be social harmony, peace builded from the balance, by the justice, receives at the fifth centenary the great lesson from Saint Ignatius of Loyola.

Palabras clave: San Ignacio de Loyola, Homenaje, Derecho, Justicia.

Hitzik garrantzizkoenak: Loiolako San Ignazio, Omenaldia, Zuzenbidea, Justizia.

Mots clef: Saint Ignace de Loyola, Hommage, Droit, Justice.

Key words: Saint Ignatius of Loyola, Homage, Law, Justice.

* J. CARO BAROJA (Dir.), A. BERISTAIN (Comp.), *Ignacio de Loyola, Magister Artium en París 1528-1535*, Kutxa, San Sebastián, 1991, pp. 575-582.

En muchas ocasiones he tenido la oportunidad, para mí muy grata, de afirmarle al Profesor Beristain que estaba (el verbo debe seguir conjugándose en presente de indicativo) a su entera disposición para colaborar con él en cuantos trabajos, cursos o actividades llevara a cabo.

En esta situación me llega una amable invitación junto a la del ilustre Maestro don Julio Caro Baroja, para intervenir en un Libro-Homenaje a Ignacio de Loyola, universitario de la Sorbonne, que piensan preparar y publicar a comienzos del nuevo año con motivo del 5º Centenario del nacimiento del Fundador de la Compañía de Jesús.

Un mínimo sentido de la responsabilidad, atendida mi absoluta falta de preparación para incorporarme a esta tarea, pugnaba por una respuesta de legítima excusa poniendo de manifiesto al mismo tiempo lo penoso que para mí resultaba estar ausente, desde el punto de vista formal, en este Homenaje. Pero enseguida prevaleció el deseo de no hacer excepciones a mi ofrecimiento y aquí estoy para cumplir muy gustoso con el compromiso, pidiendo, eso sí, disculpas anticipadas por la carencia de contenido de mi colaboración en un Acto tan importante que el Profesor Beristain, Maestro de la Vida y del Derecho, ha preparado desde hace varios años con especialísima ilusión porque en él, sin duda, habrían de encerrarse muchos de sus más caros ideales.

Partiendo de la idea central de mi desconocimiento de la vida y obra de San Ignacio de Loyola con la profundidad mínima exigible para un trabajo de esta envergadura (aunque fui alumno de los Jesuitas), me dispongo a hilvanar unas líneas muy elementales y primarias para así hacer efectivo el ya indicado deber moral con mi admirado amigo, colega y Maestro el Profesor Beristain en el entendimiento de que las probabilidades de que este modestísimo trabajo no cumpla con las exigencias de la organización son muy grandes, lo que iría en beneficio indiscutible de la Obra y en tranquilidad de mi conciencia.

En un interesante juego de palabras, decía hace unos años el Profesor Beristain que proponía para las elecciones políticas un quinto voto: el sí, el no, en blanco, la abstención y la contra, y que tal nuevo voto, en el fondo, quizás, podía ser coincidente con el cuarto voto de San Ignacio de Loyola, de obediencia al Romano Pontífice que, de alguna manera, salvando las distancias, estaría en línea con este otro de desobediencia civil. También por mi parte he de hacer, no un juego de palabras, sino un auténtico ejercicio de malabarismo para acercarme por otros derroteros, acaso la cuarta dimensión, adonde los organizadores pienso que quieren llegar. Vamos a ver si lo consigo.

Ignacio perteneció a una familia vasca, oriunda del Castillo de Loyola, y aunque no hay coincidencia en ello, algunos estiman que el apellido pudiera derivar, en la etimología euskara, de loi, lodo, y ola, sufijo locativo que significa "sitio de", lo que, de ser cierto, significaría que Ignacio habría nacido en tierra de mezcla de materiales arcillosos y productos de grano fino en el agua, especialmente de la resultante de las lluvias, en el suelo. Sería así su lugar de nacimiento un antípode de la situación compleja: arcillosa, de granos y agua, de hombres y mujeres, personas humanas en definitiva; fortaleza, debilidad; medio ambiente, tierras movedizas, con las que tuvo que luchar constantemente. A todo hizo frente con éxito, buscando la verdad, como lo hacen hoy tantos y tantos jesuitas que luchan, en condiciones tantas veces dificilísimas, por la dignidad y la integridad de la persona.

Cuando alguien, como Ignacio de Loyola, plantea su vida en un momento crucial de su existencia, como un instrumento de realización de la Justicia integral, mucho más allá de los derechos positivos, Justicia suprapositiva, eterna, que es el bien por excelencia, la aventura de la coexistencia encuentra todavía mayores dificultades que en el común de las gentes porque de manera constante ha de estar formulándose la pregunta de si su andadura responde en ese momento y en esas circunstancias a los ideales que marcaron el inicio de su lucha y de su empuje en este mundo. Y otro tanto hay que decir de quienes siguieron y siguen a su Maestro y Fundador.

El sentido religioso de la vida añade, en este orden de cosas, un clarísimo plus de exigencias, si la persona quiere vivir y actuar como religiosa, cualquiera que sea su Credo o Ideal, porque vivir religiosamente implica, sin duda, asumir una serie de condicionantes, compromisos y obligaciones complementarios.

Decía el P. Arrupe que, a veces, se pretende distinguir la misma fe en Jesucristo, que se quiere salvar de sus diversas aplicaciones doctrinales y sociales que no resisten los ataques de la crítica. En mi modesta opinión, y desde el más profundo respeto a todos los criterios y puntos de vista, siempre respetables, lo importante, en estos casos, es conseguir una cosmovisión vital, unitaria, coherente, armónica, proporcional, que sea capaz de dotar de sentido trascendente al quehacer humano para que la aventura de vivir, que es convivir, sea un camino hacia una meta o fin cuyas características conocemos y queremos. Para nosotros sólo el Amor es capaz de conseguir una sociedad auténticamente humana, menos inhóspita, menos lacerante, más fraternal y por consiguiente más gratificante que la que tenemos.

Así las cosas, y desde un punto de vista de lógica jurídica, me parece que lo importante, lo definitivamente importante, desde la perspectiva de un Juicio crítico histórico de una Persona o de una Institución, es conocer si una u otra, o las dos, y sus continuadores, supieron realizar, o al menos trataron de llevarlo a la práctica, el valor justicia que está, como todos sabemos, lleno de otras valiosísimas connotaciones, inseparables de él como son los de solidaridad y tolerancia, de amor, de libertad, de igualdad, ingredientes inseparables y sin los cuales la Justicia es una parodia. Por eso, el Pueblo, que tiene una especie de sabiduría innata, se distancia tantas veces de la Justicia formal porque sabe o intuye qué lejos está cualitativa y cuantitativamente de aquello que es, en verdad, lo justo, que en definitiva es recibir cada uno lo que le pertenece, la búsqueda incansable de la paz que es armonía social y la equilibrada distribución de los bienes, de los salarios y de las oportunidades.

La Justicia sólo es predictable de los hombres y mujeres, aunque el respeto a las demás criaturas forme parte de un en tramo de la sensibilidad y acaso también, en sentido muy amplio, de la propia justicia, de tal manera que sólo el humanista de verdad será capaz de ser verdaderamente justo. De ahí también que, como dice Juan Marichal, el humanismo solidario haya sido una constante de la historia intelectual desde los tiempos de De Las Casas; más han sido pensadores laicos los que han reclamado justicia e igualdad. Todo esto, continúa diciendo, ha cambiado en la palabra y en la acción como lo han mostrado recientemente con su sacrificio los jesuitas Ignacio Ellacuría y sus colegas docentes en El Salvador. No creo, termina afirmando Marichal, que ningún historiador de la América Latina, por muy materialista que sea (de izquierdas o derechas), pueda negar el papel tan decisivo que ha representado el cambio espiritual de la Iglesia Católica, al menos en algunos países.

Este comportamiento (pensamos en todo lo que tiene de especialmente positivo la llamada Teología de la Liberación, en su conjunto, sin perjuicio de las apreciaciones críticas que pueda merecer en aspectos puntuales) es consecuencia a mi modo de ver, directa o indirecta, inmediata o mediata de la idea que desarrolló Ignacio de Loyola y de quienes con fidelidad han seguido sus pasos, adaptándolos a las circunstancias de cada momento histórico. La consecuencia es clara: quienes, como el Fundador de la Compañía de Jesús, y sus seguidores, fieles al espíritu que le dio vida, han luchado con generosidad por el bien de los demás, bien material y bien espiritual, inseparables uno de otro, han hecho por la Paz lo que sólo es imaginable desde una perspectiva amplia y limpia porque en definitiva han sido o serán (la semilla está ya echada) instrumentos decisivos en la organización pacífica y jurídica de los Pueblos, porque ellos, como tiene que hacer el Derecho, han buscado incansablemente la armonía social, es decir, la Paz, porque el Derecho es o debe ser, en suma, como dice el Profesor Sánchez de la Torre, la organización estatal de Justicia que a mi juicio no puede ya contentarse con la nota de igualdad o equivalencia en una relación de alteridad entre dos o más partes o sujetos, sino que exige permanentemente desigualar lo desigual, dentro de los correspondientes parámetros, de personas, tiempos y espacios y de los niveles de ordenación jurídica, para obtener una saludable igualdad. En este sentido interpreto el art. 9.2 de la Constitución cuando establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Bien saben de todo cuanto queda dicho todos los que han sido fieles a la idea ignaciana, como el Profesor Beristain y tantos otros. Como antes señalé, es incuestionable que cualquier idea o doctrina filosófica, religiosa, política, social, jurídica, etc., que nace, ha de adecuarse a lo largo del tiempo a las circunstancias concurrentes, lo que corresponde hacer a sus continuadores. Se trata, en suma, de la decisiva incidencia que en la doctrina y en la norma, cualquiera que sea su naturaleza, tiene la insoslayable realidad social a la que se refiere el art. 3.1 de nuestro Código Civil como elemento integrador de hermenéutica jurídica que de manera inexorable obliga a constantes y, a veces, profundos replanteamientos. Así se comprueba, respecto de la Compañía de Jesús, en su permanente evolución y en los testimonios heroicos a los que ya hemos hecho referencia.

La idea de Justicia que asumió en su momento Ignacio de Loyola con visión trascendente y sobrenatural, es hoy una de las banderas más hermosas que la persona humana puede asumir, persiguiendo ideales, a veces inalcanzables (las bellas utopías a las que debemos acercarnos hasta donde sea posible para, haciéndolas realidad, extinguirlas en lo que tenían aparentemente de metas inaccesibles) y luchando por ellas hasta incluso dar la vida, asumiendo un riesgo voluntariamente, en la seguridad de que el ideal vale más que la propia vida porque la muerte asumida con especial dignidad puede tener un valor superior a la propia vida. De ahí el derecho inalienable de vivir, y también de morir, dignamente.

Esta es la Justicia que perseguía San Ignacio de Loyola: equilibrio, horizontes de armonía, perfección en el desarrollo de las relaciones interpersonales y estabilidad social, consecuencia de imperativos comunitarios a los que ya hicimos referencia.

Por ello acaso sea imposible hablar de justicia en la actualidad, frente a tantas y tantas personas físicas, tantos hombres y mujeres abandonados a su suerte, a su mala suerte, y de tantos y tantos Pueblos que sufren carencias de todo tipo por el egoísmo y la insolidaridad y a veces por el mal gobierno de los poderosos, en el peor sentido de la palabra, que les atenaza e inmoviliza.

Si falta la solidaridad que sólo puede nacer del Amor, en cualquiera de sus nobles manifestaciones, como ya señalamos, no habrá justicia.

Tal vez sea éste el Mensaje que en nuestros días, con nuestras estructuras y nuestras dificultades, deficiencias e insuficiencias consustanciales al convivir comunitario, podríamos recibir de quien como Ignacio de Loyola supo abandonarlo todo, siguiendo exigencias espirituales inexorables, para darse generosamente a los demás sin condiciones ni imposiciones, que es una de las formas y maneras más bonitas de hacer verdadera Justicia a través de la Caridad y del Amor.

Hace unos pocos meses se celebraron en Mérida (Badajoz) unas Jornadas de Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de Iberoamérica, Portugal y España, y una de las conclusiones que en ellas se obtuvieron, por unanimidad, fue precisamente la de afirmar que alcanzar la Justicia no es sólo tarea de los Jueces y de cuantos intervienen en la Organización judicial entendida esta expresión en sentido amplio (abogados, fiscales, procuradores, etcétera) sino de cuantos ejercen el poder y la autoridad y en definitiva, y en sentido muy general, del Pueblo todo, que ha de ver en ella, en la Justicia, en el más amplio y hondo sentido de la palabra, el único instrumento idóneo para conseguir la verdadera Paz. La Paz sin libertad y sin justicia es simplemente la quietud de los que no tienen vida auténtica y verdadera.

La Justicia es un valor prioritario, común a todos los Pueblos y a todas las personas, cualquiera que sea su condición. El Derecho tiene que servir a la Justicia desde la vida misma y en defensa de ella, de su integridad física y moral y de todo lo que representa la dignidad humana. Los seguidores de Ignacio de Loyola situados en muchas ocasiones en centros neurálgicos de problemática humana, a veces de desprecio absoluto a la persona humana, han sido, aun a costa de innumerables sacrificios y de sus propias vidas, testimonios de verdad, de amor y de justicia. El derecho a vivir y a morir con dignidad al que acabamos de hacer referencia alcanza así una dimensión infinita. Es por ello por lo que la muerte como pena se sitúa, cuando existe, en permanente contradicción con el Derecho, que sólo puede legitimarse cuando se manifiesta en esencial conformidad con la naturaleza. Como ha dicho el Profesor Hernández Gil, se puede morir por que el ideal de la justicia llegue a iluminar la vida colectiva, mas no cabe la muerte como condena impuesta por la Justicia. La justicia no puede producir víctimas; es preferible, si no hay otra solución, que ella misma se frustre.

Quien da la vida para que otros vivan, o para que otros vivan con dignidad humana, realiza la Justicia con plenitud de significado porque al ideal de justicia ha sacrificado su propia existencia.

El ejemplo de Ignacio Ellacuría y de tantos otros jesuitas es un testimonio, acaso el mejor por más cercano, el más expresivo de la esencia de la Compañía de Jesús en su ideal de alcanzar la plenitud vital que puede hacerse coincidir precisamente con la muerte. La vida es acción, es movimiento, es modificación y dinamismo en búsqueda de la perfección, cualquiera que sea el ideal que cada persona se trace. En estos casos

se trata de un actuar ético, en cuanto la ética es ciencia de los fines y normas de vida moral que se proyecta en una filosofía de la vida que concede un lugar dominante a la ética práctica y a la concepción de la vida, como en el caso de los estoicos.

Cuando trataba de hilvanar unas ideas para que sirvieran de soporte a este modestísimo trabajo, tuve la suerte de ver y oír el Mensaje realmente hermoso, entrañable, real y extraordinariamente profundo, que transmite la película "La Misión", que narra por una parte la historia de un jesuita que sólo confía en la oración, en la constante súplica a Dios y, sin duda, a San Ignacio de Loyola, para solucionar el gravísimo problema de los indios, injustamente agredidos, problema en el que estaba voluntariamente comprometido, y por otra de un soldado, también incorporado a las filas de la Compañía de Jesús, que se fía de manera principal de su espada y de sus armas; uno y otro en defensa de un pueblo que quiere vivir en paz frente a las injustas ambiciones de los conquistadores, incluidas altas dignidades religiosas, políticas y militares. Al terminar su proyección dije: éste es un comportamiento justo, en defensa de un Pueblo que tiene a su favor la Justicia. Era el reflejo de una actuación noble, difícil, heroica, que abandonando los aspectos más gratos y agradables de la vida, se entrega por unos ideales a los demás, a los más pobres, desasistidos e indefensos, por amor a sus semejantes, con generosidad, a la búsqueda de un mínimo de igualdad en la realización de los seres humanos y de las agrupaciones en las que viven. Sin una cierta igualdad no hay libertad, sin libertad es imposible la justicia y sin justicia no es posible, como ya dijimos, la Paz.

Esta es la justicia que las gentes entienden mejor, acaso la única que comprenden, tanto cuando, como en la película, arrancaba unas veces de la más absoluta espiritualidad, como cuando nacía de la violencia física, para terminar en uno u otro caso con la injusticia. A veces, sólo queda este camino para acabar con ella, aunque por desgracia en la práctica tampoco suele servir porque los injustos tienen no sólo el poder actual sino también los instrumentos para mantenerse en él, al margen del Derecho y de la Justicia. Los protagonistas de la película buscaban la verdad desde distintas perspectivas (Quijotes y Sanchos) y al actuar como actuaron caminaban por los senderos de un Derecho suprapositivo y eterno.

El ejemplo simbólico de la película, por una parte, y el real de la muerte de Ignacio Ellacuría y de tantos otros jesuitas y de tantos y tantos otros hombres y mujeres que dieron y seguirán dando sus vidas al servicio de quienes más sufren y menos tienen, atropellados por la fuerza arrolladora del poder ilegítimo, al menos en su ejercicio, y de las armas, nos tiene que hacer meditar como profesionales del Derecho desde la filosofía y desde la praxis. Debemos buscar la comprensión del todo, integrando en él sus aspectos parciales, para no sectorializar la vida, en la medida en que en cada momento y lugar sea posible, e investigar la realidad total, especialmente el ser y el deber ser propios del hombre en cuanto instrumentos para realizar en la práctica el Derecho. Y debemos por encima de todo defender el Estado de Derecho democrático y social que por fortuna disfrutamos, cualquiera que sea el grado de adhesión que a sus efectivas realidades muestre cada uno, en el ejercicio de su libertad, porque ello será garantía de que no se habrán de producir más muertes en defensa de los indefensos. Esta puede y debe ser la gran lección que, en mi opinión, hemos de recibir del espíritu de San Ignacio de Loyola y de sus continuadores. Recordemos las vidas de otros grandes personajes de la Historia, entre otros muchos al Mahatma Gandhi, que

fue el gran alma, maestro de la resistencia pasiva y del ayuno y jamás de la violencia, el padre de la independencia del pueblo hindú y su filósofo, político y místico, y a Martin Luther King, Pastor baptista estadounidense, de raza negra, que también por procedimientos pacíficos se esforzó por encauzar la emancipación de sus hermanos de raza, uno y otro asesinados porque su Paz y su Justicia, como la de Ignacio Ellacuría, hacía daño a quienes no las deseaban porque lo hacían en grado muy alto, teniendo en cuenta que su lucha era incruenta con las armas de la Verdad, de la Autenticidad, de la Armonía y del Derecho Justo, como sin duda quería Ignacio de Loyola para su Compañía.

Estas han sido las modestísimas reflexiones que se me han ocurrido al hilo del 5º Centenario del nacimiento de Ignacio de Loyola, Fundador de la Compañía de Jesús, desde el respeto más profundo que me merecen todos cuantos dedicaron o dedican sus vidas a los demás, cualquiera que sea la idea religiosa, política o social que les anime, en respuesta a la muy generosa invitación que recibí de los ilustres y admirados Maestros, los Profesores Caro Baroja y Beristain Ipiña.

LA PROBLEMATICA DE LA CONCILIACION VICTIMA OFENSORIA 11

Si no ya en la etapa de la conciliación se llega al acuerdo de los delitos de maltrato y agresión física que se comprenden como violencia para el perjudicado. Una de las principales características que tiene el modelo conciliatorio es la implicación de la correspondiente autoridad dentro de su alcance social de competencia. El testimonio de la profesora Esther Gómez en Salamanca (1) es muy importante. Aun no siendo una halada experta en la materia, nos muestra con extrema lucidez un tipo particular de violencia:

Mujeres heridas tienen (2) una independencia de los aspectos emocionales (el 60 %/92), de la justicia técnica, dependencia de la autoridad legal del Tribunal. Tú llevas al ofensor (3) porque has logrado que él se acuerde de lo que ha hecho (y por lo que te obligan), tanto en lo que respecta a la responsabilidad (que no puede despedir por no ser una violencia de carácter, de tipo familiar o profesional) como en lo que respecta a las agresiones violentas (que no tiene en su voluntad, como lo pone de relieve la propia autoridad). Estas personas tienen en su voluntad la violencia.

Autógrafo de Enrique Ruiz Vadillo, "La Mediación Penal".

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
243 - 252

LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. LA SOCIEDAD, DETERMINADORA DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL

(Hacia un Derecho Penal más enraizado en la sociedad)*

Resumen: El Derecho penal debe ser reflejo de las inquietudes y sensibilidades sociales, la interpretación de la norma tiene que responder siempre al momento en que se verifica, pero también es necesario establecer unos principios con carácter universal e inderogable. Asistimos a un movimiento científico y legislativo que se caracteriza por extender las intervenciones del Derecho penal a ámbitos muy alejados de los intereses humanos tradicionalmente por él protegidos. En base a esto, se estudian qué proyecciones más intensas y cualificadas se producen de la sociedad, en cuanto suma armónica organizada de personas, y el Derecho penal.

Laburpena: Zuzenbide penalak gizarteaaren helburu eta sentsibilitatearen islada izan behar du, legearen interpretazioak baiezatzen den momentuan erantzun behar dio, baina jarraipide unibertsal eta aldaezinak finkatzea ere beharrezkoa da. Mugimendu zientifiko eta legalari baten aurrean gaude eta Zuzenbide penala gizakien interesetatik hurrutauden gauzak babesteaaz bereizten da. Hau ikusi ondoren, gizartea gain ematen diren proiekzioak aztertzen dira, Zuzenbide penala eta pertsonen organizazioen batuketan oinarriturik.

Résumé: Le Droit pénal doit être reflet des inquiétudes et des sensibilités sociales, l'interprétation des normes doit répondre toujours au moment dans lequel elles se réalisent, mais il faut aussi établir des principes universels et indérrogables. Nous assistons à un mouvement scientifique et législatif caractérisé par étendre les interventions du Droit pénal sur des domaines très éloignés des intérêts qu'il protège traditionnellement. Sur la base de cette réflexion, on étudie les rayonnements les plus intenses et qualifiées de la société, somme harmonique et organisée de personnes, et le Droit pénal.

Summary: Penal Law must be a reflection of social worries and sensibilities, the interpretation of the rule always have to respond to the moment in which it is verified, but also we need to establish some unrepealable and world principles. We witness a scientific and legislative movement characterized by extending Penal Law interventions to some fields far away from the humane interests that traditionally it protects. Taking this reflection as a basis, it is studied which are the more intense and qualified projections produced from society, as a organized harmonic sum of people, and Penal Law.

Palabras clave: Derecho Penal, Sociedad, Política Criminal, Criminología.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Gizartea, Politika Kriminala, Kriminologia.

Mots clef: Droit pénal, Société, Politique Criminelle, Criminologie.

Key words: Penal Law, Society, Criminal Policy, Criminology.

* *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 5 extr., 1992, pp. 287-296.

Tengo la impresión de que, muchas veces, las discrepancias que se observan entre los autores que reflexionan sobre un determinado tema, más o menos problemático, son más terminológicas y formales que de fondo.

Acaso, el Derecho penal es la parte del Ordenamiento jurídico que más problemas plantea, sencillamente porque es el que afecta a bienes o valores sociales más importantes. Prácticamente para un gran número de personas es absolutamente indiferente, si es que conocen la institución, el régimen jurídico del usufructo, o del uso y habitación pongo por ejemplo. En cambio, todo el mundo opina, porque tienen interés en ello –directo o indirecto– en el tema de la suspensión de condena, en los permisos penitenciarios o en el delito de tráfico de influencias, y nada digamos de la pena de muerte, cuyo fantasma resucita periódicamente, de las penas privativas de libertad o de las multas, inhabilitaciones, etc. De alguna manera todo ello forma parte de lo que se viene denominando seguridad ciudadana que, por supuesto, repetimos, interesa a todos, en mayor o menor medida.

Lo que no parece que pueda ofrecer duda es que en una sociedad democrática como la nuestra, el Derecho penal debe ser un reflejo de las inquietudes y sensibilidades sociales. Todo el Derecho, probablemente más el Derecho penal, ha de reflejar el sentir de la Comunidad.

El problema radica en detectar con fidelidad el pulso de la sociedad en cada momento histórico, pues no puede hablarse de situaciones eternas y para todos, al menos no puede hablarse así con carácter general. Por consiguiente, ha de aceptarse que la sociedad refleja esas exigencias a través de sus legítimos representantes que son los parlamentarios en el Congreso y en el Senado y en las Asambleas Parlamentarias en cada una de las Comunidades Autónomas.

Si los parlamentarios no son capaces, en algún caso, porque son humanos y porque la tarea es difícil y compleja, de asumir la voluntad del Pueblo, estaremos en presencia de lo que podemos llamar una responsabilidad política. En todo caso pregunto ¿Cómo se conoce bien esa voluntad? El sistema de referéndum es absolutamente excepcional y, además, no siempre es capaz de constituirse en reflejo de la misma, dependiendo mucho de la forma de redactarse la pregunta o preguntas que se formulen al ciudadano. Los medios de comunicación son un instrumento de inquietudes sociales y si se examinan en su conjunto pueden enseñarnos mucho.

Partiendo, por consiguiente, de esta realidad social: El Parlamento es el Pueblo que transforma sus inquietudes en un sistema coherente de normas a través de un Ordenamiento, ha de reflexionarse mucho sobre cómo, quienes han de aplicar las leyes, no sólo los jueces, pueden descubrir la voluntad popular y hacerla realidad legislativa, ejecutiva y judicial.

Parodiando con respeto la frase Orteguiana de “El hombre es el Yo y su circunstancia” hay que decir que el Derecho es también la norma y su circunstancia. Y ésta, la circunstancia, en este caso social, sí que ha de ser descubierta por el intérprete de la norma. Cuando el Código civil acude a la realidad social para integrar la tarea de aclaración del sentido y alcance de las normas con otros instrumentos está obligando al juez a descubrirla a través de cualquiera de los medios aptos para su conocimiento. El ejemplo lo he puesto ya tantas veces que siento vergüenza en repetirlo. Si nos situa-

mos en el año 1 y decimos que la norma Nº 1 más la realidad social da como resultado de una interpretación contextual, histórica, finalista y sociológica un Final 1, transcurridos diez años, si no ha cambiado la norma, pero sí la realidad social, el giro de ese Final que podemos llamar Final correspondiente al año N será consecuencia del cambio de sensibilidades, inquietudes y conformaciones de la sociedad.

En este sentido me parece de elemental justicia destacar que el tema de la protección de los derechos humanos y libertades públicas ha nacido en la sociedad y en una especie de accesión invertida, ha sido proyectada hacia los poderes públicos. Para el que está en el Poder no resulta siempre cómoda esta protección. De ahí la necesidad de un espíritu vigilante de la sociedad, sobre todo cuando los Estados no son auténticamente de Derecho ni Democráticos. El Prof. De la Cuesta, uno de nuestros juristas más sensibilizados con este problema, ha dicho: La plasmación, incluso a nivel constitucional, de la “incondicional sanción” de la tortura que, equiparada “a los más graves crímenes contra la humanidad y a los más repugnantes crímenes contra la paz, se alce como valladar infranqueable a toda pretensión justificadora de la misma constituyen una exigencia constante, en la obra del Prof. Beristain, reflejo de su incesante batallar en defensa del efectivo reconocimiento de los derechos humanos”.

Es decir, la interpretación de la norma tiene que responder siempre al momento en que se verifica. La vida cambia, dice Rodríguez Devesa, y el Ordenamiento jurídico que es más que el conjunto de normas escritas, también.

Por otra parte, la sociología criminal considera el delito en su aspecto social y su parte descriptiva se ocupa de la criminalidad como fenómeno colectivo. A ella pertenece la llamada Geografía de la criminalidad. Por ello es tan importante un enfrentamiento a la delincuencia con criterios plurales para que la lucha pueda ser efectiva. La simple norma penal, sin despreciar su valor y su significación no tiene casi nunca toda la eficacia que de ella se espera.

Es curioso, en este sentido, una Ley española vieja de protección de la riqueza piscícola que castigaba ¡con reclusión menor!, la actividad contraria a los Reglamentos en este sector; es decir la muerte de los peces equiparada punitivamente a la muerte de una persona. Pudiera pensarse que con ello se acabaron estas actividades y, sin embargo, no fue así, aunque los tribunales que tienen sin género de duda que respetar las leyes, muy especialmente cuando actúan en un Estado de Derecho democrático auténtico, tienen también una sensibilidad inherente a la función, consustancial a la idea de equilibrio, y el resultado fue de gravísima inoperancia, porque el mayor número de asuntos de esta naturaleza se sobreseían, porque la vulneración del principio de proporcionalidad que es justicia, sufría un gravísimo quebranto.

Las llamadas leyes de penetración cultural no son una entelequia. Tiene que existir un correlato entre la cultura de un pueblo y su Ordenamiento jurídico.

Puede encargarse a un insigne jurista que prepare un Código civil o de Trabajo, o un Código penal, p. ej. para una nación, con un escasísimo nivel cultural y unas determinadas costumbres tribales. No es una hipótesis de laboratorio. Es un hecho real. Un magnífico Código o cuerpo de leyes avanzado técnica y culturalmente, necesitan para su efectividad de unos destinatarios corresponsabilizados. Si éstos no existen en tales términos, el proyecto o la norma fracasan estrepitosamente porque falta por completo la sintonía.

En el Derecho penal, y por el Derecho penal entiendo el Derecho sustantivo, el procesal, el penitenciario y el orgánico: judicial, Ministerio fiscal, abogacía, procura, etc., todavía es más intenso el correlato. Posiblemente el perfecto encaje del sistema normativo con la sociedad es más imprescindible, si cabe.

La idea del hombre como ser dotado de razón y llamado en consecuencia a regir libremente su propio destino, dice Tomás S. Vives Antón, impone, de una parte, una configuración del Estado “en la que el pueblo también legisle” (Kant) y, de otra, una serie de límites a ese poder legislativo. Un sistema en el que existieran esos límites, pero en el que el pueblo no legislase, no sería democrático pues la democracia implica el reconocimiento político de la autonomía ética del hombre. Un sistema en el que, legislando el pueblo, se privare a los ciudadanos de una serie de libertades mínimas, resultaría contradictorio en la medida en que, pretendiendo regirse por las libres determinaciones de la voluntad de los ciudadanos, negaría los presupuestos para que tales determinaciones pudieran, en efecto, formarse libremente.

En este sentido hay que señalar, y creemos que no es un contrasentido, respecto de lo ya dicho, que es absolutamente necesario establecer con carácter universal e inderogable –y en este sentido el avance de los últimos años es realmente impresionante– unos principios que valgan siempre y para todos, intocables: la libertad esencial de la Persona humana, el respeto a su dignidad, la sustancial igualdad de todos, la solidaridad, la proporcionalidad... la justicia. Lo que cabe es proporcionar el sistema, pero no alterar hacia abajo la intensidad de la protección. Vivimos una época de crisis, aunque, a mi juicio, sea especialmente positiva. Zaffaroni recuerda que en pocos años la crítica sociológica al sistema penal provocó un cuadro bastante desconcertante para la dogmática, que no logra asimilarle sino que por el contrario parece que en opinión de algunos autores conduce a la desaparición de la dogmática. No se trata, dice más adelante, de ningún reduccionismo, sino simplemente de indicarle al jurista la necesidad de vincularse al mundo, lo que le remitirá frecuentemente a disputas acerca de esa realidad. Buscar la “seguridad” en un mundo en que todo está “acabado” y el devenir detenido, será buscar la negación del mundo, hallarse “seguro” en un “mundo” que sería el máximo de inseguridad imaginable.

Nuestra Constitución, que como todo Texto básico para la convivencia es un cuerpo abierto, inflexible en la esencia de la protección y dinámico y flexible en los contornos de varias de las instituciones que regula o incorpora, así el medio ambiente, p. ej., es un conjunto de normas de protección de los valores consustanciales a la dignidad, libertad y personalidad de todas las mujeres y hombres sin excepción y en este sentido tales derechos son ilimitados en cuanto la frontera o techo de los mismos vienen referidos a iguales derechos de los demás.

Hormazabal ha escrito una monografía muy interesante sobre Bien Jurídico y Estado social y democrático de Derecho y en él se dedica uno de los capítulos “Hacia la construcción de un sistema teleológico del delito” y dice que un Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos, más que un planteamiento político criminal y por lo tanto sujeto a la discrecionalidad del poder, constituye una exigencia en el Estado social y democrático de Derecho que centra su actividad y desarrollo en el hombre como fin. El Derecho penal se amplía de esta forma como sistema de garantías. La responsabilidad penal no derivará simplemente de la realización formal de una con-

ducta definida previamente como delito, sino que será necesario que esa conducta esté dotada de la significación social que sólo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico le puede dar. No bastará ya con la realización antijurídica de una conducta típica dolosa o culposa sino que será necesario, además, que esa conducta sea socialmente significativa. Será socialmente significativa en cuanto tenga capacidad y afecte efectivamente a un bien jurídico.

Como ha dicho Torío, determinar la tipicidad de una conducta no se agota con el proceso lógico formal de subsunción. Implica además en un momento posterior un proceso de valoración. Desde que Feuerbach, ha dicho Mireille Delmas-Marty, definió la política criminal como “el conjunto de métodos represivos con que el Estado reacciona contra el crimen, limitándola, así, a una especie de reflexión sobre el Derecho Penal”, la perspectiva se ha ampliado progresivamente. Teniendo en cuenta la opinión de Marc Ancel que subraya la necesidad de incluir dentro de la política criminal “tanto los problemas de prevención como el sistema represivo”, sugerimos como delimitación provisional del campo a investigar la siguiente: Conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal.

Señalar que el tipo penal es simplemente el continente de una acción cuya realización condicionada por los demás elementos típicos da lugar a responsabilidad penal, es inexacto por insuficiente. El tipo penal, dice Hormazabal, expresa más que una acción. En el tipo se contiene una situación social, un proceso interactivo singular que debe realizarse concurriendo las circunstancias personales y objetivas que en forma abstracta y genérica en él se contemplan. La acción no agota el tipo penal. Es un elemento que expresa una simulación concreta entre dos sujetos en un contexto social generando un proceso interactivo dotado de sentido y significación social.

Muñoz Conde pone de relieve con todo acierto que asistimos en la actualidad a un movimiento científico y legislativo que se caracteriza por extender la intervención del Derecho penal a ámbitos muy alejados de los intereses humanos tradicionalmente protegidos por él: la vida, la integridad física, la salud, la libertad o el patrimonio. La simple puesta en peligro, incluso abstracta, de intereses económicos estatales (como p. ej. sucede en algunos delitos monetarios) o del medio ambiente (elevando a la categoría de delito simples infracciones administrativas) son la mejor prueba de esta tendencia. También se habla de “delitos sin víctimas” y dentro de la “guerra a las drogas” se preconiza la punición del consumo, haciendo de la salud un bien jurídico por encima incluso de la voluntad de su titular.

A mi juicio, ni es acertada la teoría Lombrosiana que acentúa la presencia del factor constitucional como causa del delito, ni lo es tampoco su contrafigura, desde el punto de vista sociológico, que consideró al delito no como un fenómeno individual, sino la criminalidad de la masa que para sus partidarios representaba, con sus correspondientes oscilaciones, el estado o los estados económicos y sociales del momento. Me parece que uno y otro puntos de vista son válidos en la medida en que no pretenden establecerse como factores exclusivos de la criminalidad. La vieja teoría del yo, el superyo y el ello sigue teniendo, en mi opinión, perfecta vigencia. En la medida en que se acierte en su correcto equilibrio se habrá conseguido un mejor conocimiento y un tratamiento más eficaz de la delincuencia.

Ni el individuo es sólo el responsable del delito ni lo es tampoco la sociedad en que vive, cada uno ha de tener su cuota de corresponsabilidad. Otro tanto podemos decir de la víctima, a la que más adelante haremos referencia. La víctima puede tener parte de responsabilidad en el crimen, evitando constituirse, como dice Seeling, en “víctima apropiada” en muchos delitos como son las infracciones contra la propiedad, delitos contra la libertad sexual, etc. Las campañas de alertización que las Autoridades gubernativas hacen a la población pretenden evitar el delito sobre la base de suprimir las posibles plataformas del delincuente.

Aunque más adelante hemos de insistir en el tema, sólo cuando la ley positiva acierta en la determinación del bien jurídico y lo sitúa en el punto que, conforme a criterios sociales, corresponde, es verdaderamente eficaz. Suárez decía que no todos los hombres son capaces de conocer la causa por el efecto, por lo cual consideró que la ley eterna no se halla suficientemente promulgada para ser ley y obligar.

En una época como la nuestra, tan avanzada técnicamente y donde la persona humana ha alcanzado cotas de protección de su libertad, dignidad y personalidad, realmente insospechadas, parece volverse a una sociedad en la que a medida que parece perderse la fe, se descubren o redescubren la magia y la brujería como si la sociedad y sus componentes no fueran capaces de vivir alejados de realidades espirituales, como ha puesto de relieve en un reciente libro, del que he tenido la oportunidad de escribir un comentario, mi compañero y amigo José Manuel Martínez Pereda.

Estamos, pues, en una encrucijada. Hulsman p. ej. piensa en la realidad con una lógica distinta de la del “acto punible”. Argumenta que cuando los partidarios del sistema actual hablan de prevenir la delincuencia mediante la lucha contra los orígenes económicos, urbanísticos, culturales y sociales de ciertos actos que se deploran, están admitiendo de esta manera, implícitamente, que los actos que hoy se definen como crímenes o delitos y por los cuales individuos determinados son envilecidos y estigmatizados de por vida en nuestras prisiones, constituyen en realidad hechos imputables a causas complejas y colectivas. La doctrina de Hulsman, que es una bella utopía, hacia la que va mi respeto, no es incompatible con lo que, a mi juicio, constituye la realidad sobre la que hay que operar: que la sociedad con sus injustas infraestructuras contribuya al fenómeno de la delincuencia, que la víctima en concreto pueda servir con su comportamiento de estímulo a las tendencias criminales de un sujeto, que el sujeto mismo tenga una cierta predisposición que no le es imputable, nada obstaculiza a mantener que el delincuente ha actuado libremente –dentro de todos esos condicionantes y otros muchos– y que debe recibir una justa, y por ello, proporcionada sanción.

Cuando llega el momento de formular unas conclusiones que puedan servir de base al Coloquio me encuentro, recapitulando todo lo que he pretendido decir, aunque dudo que lo dicho se haya entendido bien probablemente por querer decir muchas cosas, la dificultad de quintaesenciar una serie de problemas y sobre ellos apuntar unas determinadas soluciones para facilitar la discusión.

La proyección de la sociedad al Derecho es total: donde está el hombre, es decir la persona física, mujer u hombre, está la sociedad y allá donde existe la sociedad está el Derecho. El Ordenamiento jurídico sirve al hombre sobre la base de la sociedad o sirve a la sociedad a través de los hombres.

Ahora bien, resulta imprescindible estudiar qué proyecciones más intensas y cualificadas se producen de la sociedad, en cuanto suma armónica y organizada de personas, y el Derecho penal. Y en este sentido queremos apuntar provisionalmente las siguientes ideas para someterlas al mejor juicio de todos Vds.

1) Es la colectividad organizada, en suma, la sociedad, quien debe determinar el catálogo de bienes que hayan de ser defendidos a través del Derecho penal; sobre la base, esto parece indiscutible, de sujeción al principio de mínima intervención y de taxatividad y concreción en la determinación de los tipos penales y de las penas. A mi juicio, es preciso conseguir un equilibrio lo más perfecto posible entre discrecionalidad judicial con la finalidad de individualizar la pena y certeza y seguridad que son valores consustanciales al principio de justicia.

2) En una sociedad democrática, esta tarea corresponde hacerla a los parlamentarios, que asumen el primerísimo poder del Estado, el legislativo. A ellos incumbe detectar cuál es el sentir del Pueblo en este sentido. Del juego armónico entre mayorías y minorías surge una decisión media que generalmente es la más acertada. Las referencias jurídicas al buen padre de familia, a la diligencia del hombre medio, a la buena fe, como expresión del tipo normal de personas son pragmáticas y lógicas concesiones a esta idea. Si no aciertan a reflejar este estado de opinión incurrirán en responsabilidad política que sólo puede tener una consecuencia, la sanción también política del elector, del pueblo.

3) El juez ni puede ni debe, ni está en condiciones de llevar a cabo esta tarea. El juez ha de ser neutral, lo ha dicho el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial D. Pascual Sala. A mi juicio ello significa que el color político de las leyes lo dan las propias leyes (en arrendamientos, en la política criminal, en la protección del trabajador), no los jueces.

4) El juez con toda evidencia vive también en sociedad. Es un ciudadano más y cuando las leyes conceden un margen de discrecionalidad a la hora de su aplicación o la realidad social se incorpora de forma general ha de tener en cuenta sus vivencias. Así el art. 3.1 del Cc.: La jurisprudencia de todas las Salas del Tribunal Supremo ha incorporado de manera muy efectiva el elemento sociológico a la interpretación de las normas legales. En este sentido, la sentencia de la Sala 1^a de 21 de noviembre de 1934 refiriéndose al elemento sociológico integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico. La de 17 de mayo de 1982, también de la Sala la que habla de la reacción frente al individualismo, de un criterio de marcada socialización. Pensemos en el contrato de adhesión, en la responsabilidad por riesgo, etc. También sentencias de 15 de marzo del 83, 9 junio del 83 o marzo del 85, Sala de lo Social, 22 abril del 86 de lo Penal, 16 julio del 86 de lo Civil, 4 diciembre del 87. Cfr. el criterio tan rigurosamente exacto en este sentido de los Profesores, entre otros, de Federico de Castro, José Castán y Antonio Hernández Gil. Al particularizarse en una norma, el Juez debe buscar, para dar en la diana, no sus propios criterios sino los criterios que nacen de la sociedad, en una tarea especialmente complicada. El viejo y ya derogado art. 431 del Cp. el llamado delito de escándalo público era un ejemplo muy significativo y a él me he referido en muchas ocasiones. Decía así: "El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascen-

dencia...”. El juez, entonces y hoy en cualquier otra situación análoga, habría de buscar en la sociedad, destinataria de la norma, el espejo para dar contenido al precepto. Si en el hecho se reflejaba indignación social, protesta colectiva, reacciones frente a hechos de análoga significación había escándalo público, si no, no existía tal figura delictiva, con independencia de que el juez personalmente fuera amplio o restringido en este tipo de comportamientos.

5) El art. 61 del Cp. a efectos de graduación de penas, cita a la gravedad del hecho (nº 4) y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito (nº 7). Gravedad del hecho equivale a desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción en su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo de un bien jurídico, y “personalidad del delincuente” representa una agravación compleja integrada por elementos psicológicos y análisis de su proyección social. Cuando el art. 741 de la LECrim., ordena que el Tribunal, cuando haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Cp, consigne si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta, está anticipándose al actual art. 120.3 de nuestra Constitución a fin de que el juez exteriorice cómo y por qué ha valorado las circunstancias a que el correspondiente precepto se refiere, en el sentido en que lo ha hecho. Si fuera pura discrecionalidad el mandato no tendría razón de ser.

6) Cosa distinta es el papel que la sociedad desempeña en la organización de cierta delincuencia. Es evidente y así lo han puesto de relieve muchos ilustres tratadistas –Landrove, García-Pablos, etc.– que tal influencia es efectiva y que de ella no se puede prescindir.

El Derecho penal tradicional, ha dicho Beristain, se edifica sobre la relación fundamental y prácticamente (casi) única: delincuente-Estado. No conoce ni atiende a la víctima. Y recuerda el III Simposio Internacional de Victimología celebrado en Munster (Westfalia) el año 1979 pretendiendo un cambio radical cualitativo (más que cuantitativo) que aboque a una redefinición legal y práctica en profundidad, de toda institución policial, judicial y penitenciaria. Su alfa y omega será la víctima, no el criminal.

A mi juicio, habría que incorporar el elemento normativo, decisivo, me parece, en este orden de cosas. Desde hace mucho tiempo vengo preconizando el establecimiento de una circunstancia especialísima de atenuación referida a la reparación de los efectos del delito en un sentido amplísimo y con un efecto reductor de pena muy considerable, prescindiendo del llamado “arrepentimiento espontáneo”. En este sentido, se encamina la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Me parece que, aparte de otras, razones de Política criminal aconsejarían esta innovación.

Es evidente y así lo han puesto de relieve muchos tratadistas ya citados –Landrove, García-Pablos, etc.– que la víctima puede, de alguna manera, desencadenar el hecho delictivo, especialmente en algunas modalidades delictivas como p. ej. contra la propiedad o la libertad sexual, que son dos manifestaciones que se citan con más frecuencia en este orden de cosas. No nos referimos a los supuestos de concurrencia de la atenuante de provocación (que la jurisprudencia utilizó a veces en los viejos delitos llamados contra la honestidad) sino de comportamientos “estimulantes” de la predisposición del sujeto que delinque: dejar la casa abierta, mantener en el balcón cosas de valor, hacer auto-stop una joven, en determinadas circunstancias, etc. En mi

opinión tales datos pueden operar en la fijación de la pena en orden a la determinación de la personalidad del sujeto y al dominio mayor o menor que pudo tener respecto de su voluntad.

7) La pena, como dice Hormazabal, tiene como función la protección de bienes jurídicos. En la protección de esas relaciones concretas el Estado se auto-constata, fijando dichas relaciones sociales sin perjuicio de que en un Estado democrático dichas relaciones sociales estén sujetas a una constante revisión. Por eso hablar de política penal en un Estado democrático es hablar de protección de bienes jurídicos. Por su parte, política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos en un Estado democrático, significa exponer el sistema penal a la revisión crítica desde su propia base de legitimación.

8) Todo cuanto queda dicho es compatible con advertir de los riesgos que supone tratar de descubrir cada uno por su cuenta la orientación social generalizada en un orden concreto de problemas. Así, cuando el propio Hormazabal se refiere a que el ciudadano participe en el proceso que habrá de conducirlo a su realización como ser crítico, construye una utopía que como todas las utopías bonitas pueden hacernos reflexionar, pero no pueden inducirnos sin más a su realización. La idea de que la democracia supone una construcción de los valores sociales desde la base, tiene el gran peligro en que cada uno de los intérpretes parte de una base distinta, presupuesta su buena fe. La sociedad participa en la construcción del Ordenamiento jurídico a través de sus representantes y en la medida en que éstos sean capaces de descubrir, a veces de intuir, sus legítimas aspiraciones de progreso y de felicidad individual y social habrán acertado con su difícil y comprometido cometido.

9) Esa es la gran tarea que corresponde hacer a la jurisprudencia. En este sentido Rodríguez Mourullo, en el prólogo a una obra de Fernando Díaz Palos, dice: Esta atención a la jurisprudencia se enraíza en una concepción realista de la dogmática que sin desconocer el absoluto respeto que merece siempre el principio de legalidad reconoce, como Juan Córdoba Roda señala, que la aplicación de la ley a la realidad es producto de un complejo proceso de concreción: "En virtud de la utilización de una serie de elementos en importante medida no resultantes de la ley, sino introducidos por el propio juzgador, es referida la misma desde su formulación abstracta a los particulares casos integrantes en la práctica, formándose así, progresivamente, a partir del texto legal y con el concurso de la doctrina y jurisprudencia, la normativa que, en constante evolución, rige la conducta del hombre en sociedad". De este modo la jurisprudencia pasa a ser objeto imprescindible del análisis dogmático.

10) El Profesor Beristain con la visión general y generalizadora que le caracteriza ha sido siempre sensible a los problemas que venimos exponiendo, especialmente sensible. En los *Estudios Vascos de Criminología* se incluyen muchos trabajos realmente magníficos que ponen de relieve una serie de problemas que, a veces por desgracia pasan desapercibidos para muchas gentes, incluidos especialistas y legisladores. La Criminología está unida esencialmente a la Sociología y una y otra forman parte del Derecho Penitenciario en un sentido amplio. La Criminología, ha dicho Drapkin, trata de las causas y de su interpretación, de la previsión y del tratamiento de la criminalidad y de la delincuencia, consideradas paralelamente como una peculiar conducta individual y como un fenómeno social específico.

El Prof. López Rey manifestó que hay que llegar a una transformación del sistema penitenciario y que se puede lograr porque hay personas capaces. La prisión, dijo, es necesaria, pero en forma mínima y distinta a como se está utilizando. Las afirmaciones sedicentemente revolucionarias de que la revolución supone la supresión de la prisión no son más que bellas frases y actitudes modernistas asumidas por varias élites de jóvenes. La prisión es necesaria en grado mínimo respecto a un número concreto de personas, siempre dentro de los respetos humanos.

También en este punto es mucho y creo que muy complejo lo que tiene que decir la sociedad y hay que oírla por muchos caminos y cauces antes de adoptar una resolución definitiva que a veces, de alguna manera es insensible o, al menos, lo es durante mucho tiempo.

11) Hace ya bastantes años, en una ocasión parecida en la que hablé sobre "La vida, el Derecho y la Sociedad" decía que era necesario hacer entre todos un recuento de problemas para, dejando un poco al lado los matices exclusivamente jurídicos, pensar de una manera más profunda, más entrañablemente social sobre cuáles son realmente estos temas, cuáles pueden ser las soluciones y cuál puede ser el papel que la sociedad y el Derecho hayan de representar en estas nuevas inquietudes, necesidades y soluciones.

Me parece que desde entonces el camino recorrido ha sido mucho, a buen precio y pienso que, en general, acertado. La sociedad ha cambiado y con ella cambiaron las leyes y hemos cambiado los Jueces. Nunca estaremos contentos del todo de la tarea realizada, pero esto es bueno porque es signo de vitalidad y de inquietudes sanas y legítimas.

Texto del Seminario dictado a los alumnos del 1.^{er} Curso de Master Universitario en Criminología del Instituto Vasco de Criminología, en San Sebastián, el día 6 de marzo de 1992.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
253 - 264

DERECHO PENAL ECONÓMICO Y PROCESO PENAL*

Resumen: El autor deja constancia de unas ideas sobre el Derecho penal económico en sus diferentes dimensiones, sustantiva, procesal y penitenciaria, a través del homenaje al Prof. Klaus Tiedemann.

Laburpena: Klaus Tiedemann Irakasleari omenaldiaren bidez, autoreak ideia batzuk aurkezten ditu, Zuzenbide penal ekonomikoari buruzkoak, bere neurri desberdinetan, hain zuzen ere sustantiboan, prozesalean eta penitentziarioan.

Résumé: L'auteur laisse un témoignage des idées sur le Droit pénal des affaires dans ses différentes dimensions, substantive, de la procédure et pénitentiaire, sur l'hommage au Prof. Klaus Tiedemann.

Summary: The author shows some ideas about the economic penal Law in every way, substantive, procedural and penitentiary, through an homage to Prof. Klaus Tiedemann.

Palabras clave: Prof. Klaus Tiedemann, Derecho penal económico, delincuencia económica, Derecho procesal penal, Derecho Comunitario Europeo.

Hitzik garrantzizkoenak: Klaus Tiedemann Irak., Zuzenbide penal ekonomikoa, gaiztakeri ekonomikoa, Zuzenbide prozesal penala, Zuzenbide erkide europarra.

Mots clef: Prof. Klaus Tiedemann, Droit pénal des affaires, Délinquance économique, Procédure pénal, Droit de la Communauté Européenne.

Key words: Prof. Klaus Tiedemann, Economic Penal Law, Economic delinquency, Criminal Procedural Law, European Community Law.

* *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 7, 1993, pp. 269-280.

I. SALUDO

Quien tiene el alto honor de hablarlos ha conducido su vida, ya larga, por los caminos de la Universidad, en sus Facultades Jurídicas y de la Administración de Justicia, es decir del Derecho, y por ello, y por tantas otras razones, constituye una especialísima satisfacción y un gran honor intervenir en este acto académico de Clausura de unas Jornadas celebradas con tanto éxito, acto solemne, bellísimo, emocionante y enmarcado en los ya nobles muros de esta Universidad Autónoma de Madrid tan llena de prestigio y autoridad científica a pesar de su juventud, donde por la generosidad de mi ilustre amigo y Maestro, el Prof. Díez Picazo estuve nombrado Profesor Agregado de Derecho Civil.

Gracias, por consiguiente, a la Cátedra de Derecho Penal de esta Universidad, a los Catedráticos, ilustres Profesores Gonzalo Rodríguez Mourullo, Miguel Bajo Fernández, Agustín Jorge Barreiro (Decano de la Facultad), Directores de estas Jornadas, al Coordinador, Prof. Carlos Suárez y al Catedrático Relator General Prof. Antonio García-Pablos de Molina, cuyos nombres expresan por sí solos la sabiduría y el buen hacer, y exigen de nosotros, los que nos beneficiamos de ello, la gratitud por su magisterio, especialmente de quienes nos dedicamos de una u otra manera al Derecho Penal.

Mi condición de Presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo de España, atalaya privilegiada desde la que se contempla el panorama social y jurídico de manera muy completa en intensidad y extensión, me permite trasladarles el modestísimo mensaje de optimismo, de fe en nuestro futuro, de ilusionada esperanza en esa Europa a la que tantas veces dirigimos nuestra atención y nuestra emoción, en cuanto conjunción de valores por los que incondicionadamente hemos apostado: Justicia, Libertad, Igualdad, Democracia, Solidaridad, Armonía y Proporcionalidad.

Caminamos por rutas de perfección, de perfección técnica y humana, de profundización en los valores de la persona, en la realización efectiva de la Justicia, en la emocionada espera, basada en la razón y en el amor, de un mundo mejor. Y lo hacemos desde la plataforma del Derecho, que es la única vía adecuada para alcanzar la verdadera Paz a través de un recto entendimiento de la Justicia. El Prof. Hernández Gil lo ha dicho con inmejorables palabras: el Derecho no puede/no debe reducirse al monopolio de la fuerza sino, muy al contrario, él es la aspiración y el esfuerzo de los hombres por una Paz justa.

Y esto es, en definitiva, el Derecho al que hemos de conducir por los caminos de la eficacia, como han puesto de relieve tantos ilustres juristas y recientemente el Prof. Rodríguez Mourullo en el Prólogo de una magnífica Obra de Fernando Díaz Palos, que constituyó el Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial D. Pascual Sala Sánchez en el último Discurso de Apertura de Tribunales que presidió S. M. el Rey. En un muy reciente Estudio del Consejo de Europa (aunque referido a la Justicia civil tiene una evidente vocación generalizadora) se dice que se ha constatado que todos los Estados europeos se encuentran enfrentados a problemas muy parecidos, especialmente en lo que concierne a la necesidad de llegar a una más grande eficacia y a una más grande equidad.

Una eficacia democrática, como expresión de inquietudes y exigencias de nuestros Pueblos, y en este sentido parece obligada la referencia a Alexis Tocqueville que vivió fascinado por la democracia, es decir, por un Derecho que nazca en el Pueblo y al Pueblo vuelva como quiere nuestra Constitución, dentro de una Justicia que emana de él y se administra por jueces y magistrados independientes, integrantes del Poder Judicial, en nombre del Rey, bajo la forma política de la Monarquía Parlamentaria.

Por ello, la presidencia de honor de SS. MM, de estas Jornadas tiene un especial simbolismo y significado. Es la expresión inequívoca del apoyo de la Corona –prudencia, serenidad, equilibrio– a la Cultura, a la esencia misma de nuestra convivencia y a la Universidad que es, por su propia naturaleza, la sabiduría proyectada en todas las direcciones para servir a todos. El escudo de mi Universidad vallisoletana reza así: la sabiduría edificó para sí su casa. Esto es la Universidad: albergue, morada y asiento de la sabiduría, que es verdad y bondad al mismo tiempo.

II. EL PROFESOR TIEDEMANN

Y tras estas palabras de saludo, lleno de respeto y cordialidad, he de llevar a cabo una gratísima tarea: hablar del Derecho penal económico y paralelamente del Prof. Dr. Klaus Tiedemann. Objetivamente no tengo autoridad para hacerlo, pero con el permiso de Vds. y por la generosidad de los organizadores, voy a intentar dejar constancia de unas ideas que, por supuesto, someto al mejor y superior juicio de todos los ilustres participantes en las Jornadas. Desde luego no pretendo hacer una síntesis de su actividad científica. Lo ha hecho insuperablemente bien el Prof. Rodríguez Mourullo. Tampoco de sus vicisitudes extra académicas, a las que con la inteligencia y finura que le caracteriza se refirió en la noche del miércoles el mismo Profesor.

Al Prof. Tiedemann lo conocí hace ya bastantes años en Estrasburgo, en el Consejo de Europa, y bien pronto pude comprobar sus extraordinarias virtudes humanas y jurídicas. Han sido, después, muchas, por fortuna para mí, las Jornadas, Comisiones, Encuentros y Cursos en los que hemos estado juntos. En plena juventud ha alcanzado los laureles que en el Derecho parecen sólo destinados a los mayores. Su sabiduría, tan amplia y tan enriquecida de matices y colores como la vida misma, el completo entendimiento del Derecho en sus dos proyecciones: estática y dinámica, el conocimiento del Derecho penal en sus tres dimensiones: sustantiva, procesal y penitenciaria, la interdependencia de saberes científicos y de los derechos positivos de tantos y tantos Ordenamientos, constituye el perfil de un ilustre Jurista al que ahora honramos honrándonos nosotros con la investidura doctoral por esta Universidad. Y todavía quiero añadir su sencillez, simpatía y cordialidad, que son signos de grandeza.

III. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

El acierto de organizar unas Jornadas de Derecho Penal Económico, con el subtítulo “Hacia un Derecho penal económico europeo” es algo tan obvio que no necesita de ningún tipo de subrayados. La extraordinaria autoridad de cuantos intervienen en ellas, auténticos Maestros en la Ciencia del Derecho y en el Arte de enseñar, representa, sin duda, un hito trascendental en el conocimiento de una materia tan difícil

como compleja y al mismo tiempo de tan extraordinario interés. El tema está hoy en el primer plano de actualidad en todo el mundo y los medios de comunicación, como ilustres notarios de la realidad social, se hacen con frecuencia eco de ello. La imposibilidad de haber asistido a todas las sesiones del Curso, cosa que lamento sobremanera, hace que tenga todavía más interés en conocer, para estudiar y aprender, sus respectivas conclusiones.

El Consejo de Europa, institución del más alto nivel científico, que une a esta cuádruple dos notas esenciales: abarcar en sus estudios áreas culturales muy amplias, por una parte, y conjugar, por otra, la zona estática del Derecho con la dinámica, ha dedicado a la cuestión de la criminalidad de los negocios muchas de sus actividades. Fue examinada por la 8^a Conferencia de Ministros europeos de Justicia en 1973; la 12^a Conferencia de Directores de Institutos de Investigación Criminológica estudió, sobre la base de los Informes de los Prof. Tiedemann, Kellew, Leigh y Cosson, los aspectos criminológicos de la delincuencia de los negocios, y un Comité restringido del CDPC sobre la contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente terminó sus trabajos en 1977 elaborando un proyecto de resolución, adoptado, después, por el Comité de Ministros (Resolución (77), 28). En fin, la cuestión de la criminalidad de los negocios fue inscrita en el programa de trabajo del CDPC 1977-78 creándose un Comité restringido bajo la presidencia del Prof. P. H. Bolle para su estudio, en el que tuve el honor de participar en representación de España. Posteriormente los estudios sobre protección penal del consumidor y sobre la responsabilidad penal de las personas morales, en los que también tuve la satisfacción de intervenir, representaron unos complementos muy valiosos a las anteriores aportaciones.

El hecho central conforme a éstos y otros Estudios me parece que puede quedar así resumido: el considerable aumento de la actividad económica de los Estados miembros del Consejo de Europa y del mundo entero y el desarrollo de las relaciones económicas internacionales da lugar, con frecuencia, a la comisión de infracciones penales. A su vez, esta criminalidad lesiona a un gran número de personas (asociados, accionistas, empleados, empresas concurrentes, clientes, acreedores a la comunidad en su conjunto, incluso al Estado que debe soportar graves cargas o sufrir importantes pérdidas de sus ingresos); agravia a la economía nacional y/o internacional y causa una cierta pérdida de confianza en el sistema económico mismo.

Nacen así problemas muy importantes creados por esta criminalidad a nivel nacional e internacional y deben, por consiguiente, buscarse fórmulas de prevención a través de medidas de los Derechos civil, comercial, laboral y administrativo, que han de ser reforzadas o completadas, en su caso, por el Derecho penal.

En el convencimiento de que con una lucha eficaz contra esta criminalidad de los negocios se recompondrá el equilibrio propio del sistema de la justicia penal en relación con las infracciones tradicionales, obligado resulta conocer en profundidad el problema para después buscar la terapia más oportuna, como se está haciendo con muy especial acierto en estas Jornadas. Las gentes sensatas no pueden entender, porque no es comprensible, que se castigue penalmente un pequeño hurto, o una riña callejera, y queden sin sanción punitiva hechos que afectan gravemente a la economía y a la imprescindible ética social.

Pero ¿en qué consiste la llamada delincuencia económica? Luego haremos una referencia, breve, desde luego, a tan espinoso, y sin definitiva solución por ahora, problema.

Lo que sí quisiera destacar en este momento y en este sentido es la sensibilidad que la Ciencia penal, a veces no compartida por los legisladores, ha tenido al enfrentarse con este problema social tan grave. Las citas de ilustres profesores especialistas en esta materia harían interminable la relación, muchos de ellos, españoles y de fuera de España, son muy queridos y admirados amigos y compañeros: algunos, por desgracia, no están ya con nosotros, así el Prof. Fernández Albor, que con su discípulo, hoy un gran Maestro, el Prof. José Lorenzo Salgado, tanto contribuyeron a su desarrollo. A todos quiero rendir desde esta tribuna el homenaje de mi admiración, respeto y gratitud. Vosotros sois los auténticos motores y protagonistas de los avances espectaculares, que en beneficio de la Justicia y de nuestros pueblos, se han producido y se siguen produciendo.

Como acabamos de señalar, la determinación de lo que haya de entenderse por delito económico es tarea muy difícil. Dice la Prof. Delmas-Marty que los factores económicos revelan, a la vez, la estructura de la economía y la coyuntura. Es cierto que todo el área de infracciones económicas, en sentido amplio (infracciones del orden económico y financiero, contra las reglamentaciones de trabajo y de la seguridad social, así como los ataques a la calidad de vida, medio ambiental y urbanismo), ¡qué versión resumida tan acertada de lo que puede ser una parte destacada de este tipo de delincuencia! y los comportamientos desviados en materia económica (y esto es muy importante destacarlo) están guiados por la estructura de la economía de mercado o la planificada, de tal manera que sólo partiendo de un determinado sistema es posible reflexionar sobre la correspondiente tipología penal.

En todo caso, hay que señalar que el Derecho penal económico es una parte del Derecho penal que, como dice el Prof. Bajo Fernández, uno de nuestros más grandes penalistas, se aglutina en torno al denominador común de la actividad económica, pudiéndose así definir como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico, y en sentido estricto como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal de la Economía.

Por una parte, tenemos pues infracciones penales que atentan muy directamente a la economía nacional (delitos contra la hacienda pública, delitos monetarios y delitos de contrabando), algunos afectan al equilibrio de las relaciones económicas, así las manipulaciones para alterar el precio de las cosas, entendida la expresión en un sentido muy amplio y otros a una pluralidad de economías particulares (V. LOPJ respecto de la competencia de la Audiencia Nacional en este orden de cosas).

En la actualidad, y a nivel europeo, existe una grave preocupación en relación al llamado fraude de subvenciones comunitarias, al que ha dedicado especial atención mi compañero de Sala y Prof. Enrique Bacigalupo, infracción que también forma parte, sin duda, del Derecho penal económico europeo.

Existe, además, una proyección internacional de este Derecho importantísimo. El Prof. Tiedemann y la Prof. Delmas-Marty han estudiado en profundidad este tema, preocupados muy razonablemente por un problema especialmente grave: la proyección multinacional de determinados ilícitos penales de naturaleza económica, con grave quebranto de los intereses generales. El ejemplo de los carteles de exportación es particularmente significativo a este respecto, al haber sido utilizados largamente en

el marco de las sociedades multinacionales. Estos cárteles, dicen, escapan, en la hora actual, a toda incriminación penal en la mayor parte de las legislaciones; así se da la paradoja de que numerosos Estados prohíben de manera más o menos severa los atentados a la concurrencia en su propio territorio mientras que sus empresas nacionales y, sobre todo multinacionales, pueden falsear el mercado internacional por acuerdos u otras prácticas concertadas.

Las aportaciones del Prof. Tiedemann en este amplio campo, como en tantos otros, han sido valiosísimas: el concepto de Derecho económico, el estudio del Derecho penal económico y correspondientemente del delito de esta naturaleza, el tema del Poder económico y Delito, los Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales, la Criminalidad económica como objeto de investigación, la reforma del Derecho penal económico español son algunas de las materias, entre otras muchas, que han sido objeto de estudio. El Discurso del Acto de investidura fue especialmente importante.

Me gustaría en este sentido destacar un aspecto muy concreto: la concepción del Derecho penal como un valor dentro del mundo de las relaciones sociales y en íntima conexión con otros sistemas. El objetivo y el punto de partida del debate mundial económico, jurídico y ético en relación con las actividades de las empresas transnacionales y con el control que sobre ellos ejercen las autoridades nacionales, no le corresponde ciertamente a la ley penal. Los medios o medidas administrativas y los Códigos de conducta impuestos voluntariamente van muy por delante de las estrategias y tendencias internacionales para mejorar el control de las citadas empresas, aunque ello no puede suponer la sistemática no presencia del Derecho penal en estos ámbitos.

Unos supuestos de escándalo respecto del comportamiento de Empresas de tal naturaleza en determinados Estados y de corrupción en otros, crearon, dice Tiedemann, una amplia conciencia pública sobre el aspecto jurídico-penal del abuso del poder económico. Temas tan de actualidad hoy en el mundo entero, en el que todos hemos de volver la mirada hacia unos comportamientos éticos, base de la convivencia, sobre la base inexcusable de unas normas de tal naturaleza, a veces extrañas al Derecho, por lo que su incumplimiento difícilmente puede tener cabida en el Derecho penal, cuando se trata de actividades que por su naturaleza son difícilmente subsumibles y captables en un precepto penal que pueda hacer realidad el principio de legalidad. Es por consiguiente imprescindible hacer un esfuerzo para, cuando ello es de justicia, buscar descripciones que no atenten al principio de legalidad y den satisfacción a exigencias inexcusables de armonía e igualación en la protección jurídica. De ahí el interés, cada vez mayor, de que fuera del Derecho penal también puedan existir otro tipo de sanciones, incluidas las sanciones sociales, esto es el rechazo de la ciudadanía frente a tales comportamientos. Deslindar los supuestos de fraude fiscal y la evasión ilegal de impuestos mediante la manipulación de precios de trasferencia, artificialmente altos para alterar la esencia y la naturaleza del mercado, son temas, entre otros muchos, que el Prof. Tiedemann examina, uniendo en su estudio, lo que es especialmente importante y significativo, el Derecho penal y la Criminología. De esta manera une y separa, en una inteligente operación, la Etica, la Criminología y el Derecho penal, Derecho penal que como han señalado los Prof. Cobo y Vives Antón no sólo es una parte del Ordenamiento jurídico-positivo, sino, además, una parte cualificada, al

desempeñar una función de “ultima ratio” de dicho Ordenamiento, como un todo, puesto que contiene sus últimas y más temibles defensas.

Y unido al tema que venimos examinando nos encontramos con otro problema muy de nuestros días: el fraude y otros delitos de negocios contables con ayuda de ordenadores electrónicos, que también ha merecido la atención de Tiedemann. En definitiva, los avances tecnológicos con los que necesariamente hemos de contar, y casi siempre para bien, puesto que mejoran el nivel de vida de los ciudadanos, han de ser examinados con especial prudencia y serenidad, a fin de determinar cuál haya de ser respecto de los mismos, el papel a desempeñar por el Derecho penal.

El progreso de la técnica representa un nuevo factor en la interdependencia múltiple entre la criminalidad de los negocios y el estado socioeconómico de una sociedad. Como la motorización y el aumento de la circulación rodada han supuesto nuevos problemas al Derecho penal y a la justicia criminal, como hasta cierto punto lo suponen la Medicina y la Cirugía, la introducción y la extensión de las máquinas en la industria, la economía y la administración han aportado, no solamente racionalización y progreso, sino también la ocasión y los medios de nuevos delitos.

En este sentido ensaya Tiedemann una especie de boceto en el aspecto de la evolución de este concreto problema de los ordenadores bajo los ángulos penal y criminológico. En primer plano, dice, se encuentra la criminalidad informática en general, independiente del sistema económico, teniendo en cuenta que, a pesar de diferencias acentuadas, el uso de los ordenadores está hoy absolutamente generalizado. Por ello es tan importante el estudio que hace sobre la noción y la fenomenología informática, sobre las reacciones del Derecho penal y la necesidad de reformas respecto, por ejemplo, al abuso en el campo de los distribuidores automáticos de billetes, llegándose a hablar de un nuevo delito de pequeña estafa informática. La conclusión es muy clara: el Derecho debe expresar su disposición para adaptarse a los nuevos desarrollos de la técnica y de la sociedad. Se trata, dice Tiedemann, de un deber permanente de la Ciencia jurídica.

Las observaciones que hayan de hacerse alrededor de estos problemas no pueden ser más interesantes: el Derecho, que actúa siempre, y así debe ser, de manera absoluta e incondicionadamente sobre la base y la plataforma (que también es exigencia) del principio de legalidad (taxatividad y concreción y en definitiva seguridad jurídica que es certeza en cuanto componente indispensable de la justicia) ha de tener muy presente si determinados comportamientos que surgen al compás de nuevas formas o manifestaciones de las técnicas, son o no subsumibles en los preceptos penales ya existentes, porque si no lo están no cabe otra consecuencia que su incorporación o, en su caso, la absolución. Por ello, la Sala Penal del Tribunal Supremo no ha aceptado que determinadas manipulaciones en un ordenador, con propósito de lucro, fueran constitutivas de infracción penal de estafa porque faltaba la tipicidad, sin la cual, pase lo que pase, no es posible considerar un hecho como delito o falta.

En este orden de cosas, el Proyecto de LO de Código penal de 1992 dice, creo que en general con acierto, en el art. 252.2 lo siguiente: también cometen estafa los que con ánimo de lucro realizan una manipulación informática que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos y así occasionen un perjuicio a otro, aunque yo sustituiría ánimo de lucro por perjuicio de tercero o ánimo de

causárselo, eliminando la última parte del precepto. No tengo obviamente tiempo para razonar mi postura.

En resumen, creo que deben incluirse en la criminalidad de los negocios los siguientes supuestos:

Atentados a la libertad de comercio e industria.

Competencia desleal.

Atentados a la Economía nacional y comunitaria, evasión fiscal, elusión de pagos a la Seguridad social, fraudes aduaneros, violaciones al sistema de control de cambios de moneda, obtención fraudulenta o uso indebido de prestaciones de la Comunidad Europea o del Estado, en todas sus manifestaciones: Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios, etc., Infracciones graves a la regulación del mercado, Destrucción de bienes económicos propios, Infracciones graves a la ordenación de determinados sistemas: bancarios, bursátiles.

Delitos societarios y fraudes a los acreedores.

Graves atentados al consumidor.

Vulneración de determinados derechos de los trabajadores.

Infracciones en el ámbito de la informática.

Atentados graves a la calidad de vida, medio ambiental y urbanismo.

Uso de información privilegiada y abuso de poder político y/o comercial.

Ello ha de proyectarse respecto de la infracción realizada por una persona física y también por una persona jurídica, en cuyo caso el principio de culpabilidad ha de sustituirse por el de responsabilidad social, por la ruptura del control empresarial.

Con el permiso de Vds. he de remitirme a algunas modestísimas aportaciones de quien tiene el honor de hablarles.

IV. EL PROCESO PENAL

En esta especie de urgente y superficial recorrido por el Derecho penal y al unísono por la obra del Prof. Tiedemann, llegamos al proceso penal, materia de la que también es un experto muy cualificado.

Se alinea así en una corriente cada día más fuerte respecto a la unión de las tres columnas básicas sobre las que se asienta el Derecho penal. El Derecho penal, en sentido amplio, dice el Prof. Jescheck, se apoya en tres pilares: el Derecho penal material, el Derecho penal formal o Derecho procesal penal (incluido el Derecho de organización de los tribunales penales) y el Derecho de ejecución de la pena. La interdependencia de estas partes es tan grande que no resulta posible, en ocasiones, hacer una separación tajante entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal y otro tanto sucede con el Derecho penitenciario.

Es esto tan importante que desde mi modesto punto de vista no hay posibilidad de juzgar con acierto el sistema penal de un Estado (elemento, a su vez, básico del

Sistema jurídico en su conjunto) si no se conocen bien cada una de estas importantes piezas. ¿De qué vale un Derecho penal sustantivo perfecto, en su tarea tipificadora de conductas y en el propio equilibrio de la dosimetría punitiva, si se puede condenar careciendo de las suficientes pruebas, por simples conjeturas o suposiciones, con pruebas radicalmente nulas, o sin las debidas garantías? ¿Qué puede significar una condena correcta, desde el punto de vista sustantivo y procesal, tratándose de una pena privativa de libertad, si la ejecución no es ortodoxa y olvida principios elementales y básicos? ¿Qué sucede, en todo caso, si la organización de los tribunales penales (incluyendo al Ministerio Fiscal y a la Abogacía) no se ajusta a determinados e inexcusables principios? Y ¿de qué sirve un proceso ejemplar y una ejecución de penas perfecta, si el Derecho penal sustantivo no está construido sobre unos principios básicos: de mínima intervención, de culpabilidad, de proporcionalidad y de servicio a una sociedad libre igualitaria y democrática?

En el pasado se definía la justicia como fundamento de la cosa pública. Más allá de declaraciones solemnes, se trata hoy, se ha dicho en un reciente Informe de AIDP, de verificar concretamente si la infraestructura de la organización judicial en cuanto a las personas y en relación a los medios materiales es adecuada frente a las formas tradicionales y nuevas de la criminalidad, pequeña y grande, nacional internacional y transnacional y si ella permite, especialmente en lo que concierne al procedimiento penal, aportar las respuestas que debe, adecuadas, prontas y eficaces.

En este sentido quiero decir, una vez más, que, a mi modesto juicio, toda persona acusada, cualquiera que sea el delito objeto de acusación: económico, de tráfico de drogas o de terrorismo, y quien quiera que sea el acusado, sin excepción, debe gozar de la plenitud de garantías para defender su inocencia o su menor participación o culpabilidad, con la asistencia de "su" Abogado, institución clave y definitivamente importante en el Estado de Derecho y jugando siempre a su favor los principios "in dubio pro reo" y de presunción de inocencia.

Pero todavía hay más: una vez condenada una persona física tiene derecho, cualquiera que sea el delito cometido, a un sistema de rehabilitación, de acuerdo con el art. 25 de nuestra Constitución, y por tanto a una ejecución de la pena acorde en todo con su dignidad humana y con los principios informadores de nuestros Ordenamientos.

En este sentido el Prof. Tiedemann participó de manera muy activa y eficaz en la elaboración de un Borrador de Reglas Mínimas del proceso penal que llevó a cabo una Comisión de Expertos, en Palma de Mallorca por encargo de Naciones Unidas, Institución que estuvo representada por D. Pedro David, gran jurista y diplomático y extraordinaria persona, y bajo la dirección de mi querido e ilustre amigo y compañero el Prof. Cobo del Rosal, como Director del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, que llevó a cabo una magnífica tarea en este orden de cosas y en la que también tuve el honor de colaborar. A este trabajo de N.U. quiero dedicar un brevísmo tiempo.

Una de las columnas de ese Borrador es precisamente el establecimiento de garantías plenas al acusado y de máxima atención respecto de la protección a la víctima. Como dice Tiedemann, y en el mismo sentido se han expresado otros autores, así Roxin, y la Sala Penal del TS en Auto de 18 de junio de este año, el proceso penal no puede desarrollarse a cualquier precio sino que habrá de salvaguardar los derechos

fundamentales del inculpado, para garantizar de esta manera una justicia adecuada. Es por ello, por lo que cada reforma procesal habrá de orientarse y ser valorada según este principio y, posteriormente, según lo que se ha dado en llamar el “standar” de los derechos humanos. No sólo hay que exigir que mientras no se acredite el hecho y la participación del imputado éste ha de ser presumido inocente (y aquí va siempre el recuerdo y gratitud por su obra, pionera en este sentido, al Prof. Vázquez Sotelo) sino que, incluso, después de ser condenado, ha de ser tratado, según ya dijimos, como corresponde a su dignidad humana porque sólo así será posible, en expresión del Prof. Gimeno Sendra, su resocialización.

Por fortuna, esta idea está cada día más arraigada en nuestras sociedades, y en este sentido quiero expresar mi admiración por el trabajo que realizan mis compañeros los jueces y magistrados, custodios valiosísimos de los derechos fundamentales y libertades públicas, en cuyas buenas manos está hoy la justicia. Ese vasto movimiento de reforma ha surgido, como dice Tiedemann, respecto del Derecho del proceso penal y esos aires de renovación, de inquietud por el inculpado, también por la víctima (quiero recordar ahora, entre otros, a los Profesores Beristain, Landrove y García-Pablos) también constituye, sin duda un significativo índice de prosperidad cultural y de muy buena temperatura social de nuestros Pueblos. Dice a este respecto el ilustre Profesor que el proceso penal representa para la mayor parte de los ciudadanos la más intensiva confrontación con el Poder soberano del Estado. Sólo en el proceso penal se aplica verdaderamente el Derecho penal material, es decir, se impone la consecuencia jurídica, –pena– amenazada en los tipos penales. La situación conflictiva en el proceso penal entre ciudadanos y Estado, que resulta de la sospecha del hecho, exige una regulación jurídica, en la medida de lo posible, escrupulosa y una limitación de los poderes estatales, así como de los derechos y obligaciones del sospechoso del hecho, pero también de otros participantes en el proceso penal, como los testigos y perjudicados, sobre todo de las víctimas, en general tan abandonadas, peritos e intérpretes, pues también estas últimas personas vienen sujetas al Poder soberano del Estado en el proceso penal, aunque lo sean en medida menos esencial.

Y ya en el final de esta exposición, me parece obligada una referencia, siquiera sea breve, a Europa. Como Presidente de la Asociación de juristas para la protección de los intereses de la Comunidad en España y, ahora, como Presidente del Instituto de Europa en España, son varias las veces en que he tenido oportunidad de someter a mis colegas europeos y por supuesto a mis colegas nacionales, algunas conclusiones siempre provisionales respecto del tema de la armonización del Derecho penal europeo, tarea necesaria, pero obligadamente lenta y que ha de realizarse de manera prudente, sin saltos en el vacío que serían contraproducentes. Hay que comenzar precisamente por la materia económica y probablemente, en un primer momento, a través del Derecho administrativo sancionador, y después por el Derecho penal económico sobre el que existe ya un cuerpo de doctrina armónico y valiosísimo. Aquí mismo en Madrid se celebraron unas Jornadas hispano-alemanas que dirigió el Profesor y Magistrado Barbero Santos.

El Prof. Bacigalupo estima respecto a la cuestión a la que nos estamos refiriendo que el punto de partida político-crílminal de un programa de armonización del Derecho penal en los Estados miembros, en esta materia, es la suposición fundada de que una respuesta penal uniforme dentro del ámbito territorial comunitario es una condición de

eficacia de la protección. Institucionalmente, dice, dicha uniformidad es, a su vez, una condición del funcionamiento del mercado, dado que la Comunidad no podría funcionar sin los recursos propios que establecen las Decisiones del Consejo de 21 marzo 1970 y 7 mayo 1985. En este orden de cosas, tenemos las exacciones y derechos arancelarios fijados por las instituciones comunitarias y la elusión del pago del impuesto al valor añadido –el célebre IVA– que tiene igualmente repercusión en el presupuesto comunitario.

Sin duda que, en este orden de cosas, la elaboración de un Reglamento que regulara la potestad sancionadora de la Administración comunitaria con medidas no propiamente penales: retirada de subvenciones, inhabilidades para contratar con la Administración Comunitaria, multas, etc., constituiría un paso adelante de especial significación y trascendencia.

Como realidad indiscutible desde el punto de vista de la incidencia del Derecho Europeo se nos ofrece el efecto descriminalizador que puede producir y produce el Derecho Comunitario; pensemos por ejemplo en los delitos monetarios, en el contrabando, etc., y de ello hay ya manifestaciones en la jurisprudencia de la Sala Penal del TS. Como dice el Prof. López Garrido, el Derecho comunitario integrado por Derecho originario (los Tratados básicamente) y el Derecho derivado (Reglamentos, Directivas y Decisiones) es invocable y aplicable en el interior de los Estados y tiene una jerarquía superior a los ordenamientos de los Estados miembros. A esto se llama, como bien sabemos, efecto directo y primacía. Y es una realidad incontestable.

En cambio, el Derecho Comunitario no tiene, en razón a lo que podemos llamar su propia columna vertebral, es decir a su esencia misma, al menos por ahora, poder para crear figuras penales. De ahí que en este punto sea urgente y prioritario llevar a cabo una tarea de armonización respecto a las líneas centrales de un Derecho penal europeo, especialmente en orden a las falsedades documentales en relación a cuándo y cómo un documento público u oficial de los órganos comunitarios alcanzará protección jurídico-penal al más alto nivel documental en los Estados miembros, al abuso de subvenciones, a las estafas y a la protección penal de determinadas personalidades de la Comunidad, entre otros supuestos, sobre los cuales modestamente he publicado recientemente algunos trabajos. En este orden de cosas el esfuerzo que ha de hacerse es especialmente relevante, porque no es correcto que un comportamiento que atenta a un mismo e importante bien jurídico protegido, es decir, incorporados a los efectos penales, cuando ello sea necesario con exacto ajuste al principio de mínima intervención, alcance cotas de protección/sanción absolutamente distintas hasta el punto de que en unos Estados se pueda incluso negar la incorporación por la vía penal y dentro de los que incluyan este sistema como protector pueden existir diferencias muy notorias en la tipificación y en la penología. Por aquí hay que empezar y es urgente que se empiece y avance en esta dirección, sin olvidar nunca las llamadas reglas de penetración cultural.

Y hay algo que no podemos olvidar: que el Derecho Comunitario es nuestro Derecho y que los jueces nacionales somos, sin dejar de serlo de nuestros Estados, jueces comunitarios y que sólo tomando verdadera conciencia de esta venturosa realidad podremos construir una Europa fuerte frente a los fuertes, entregada a la causa de los más débiles y pobres, por razones de estricta justicia universal, y defensora permanen-

te de los únicos valores por los que merece de verdad luchar con todas nuestras fuerzas, por la Justicia que es horizonte de verdad, de armonía y de equilibrio, sobre todo de armonía, que viene a ser como la perfección. Por ello, como vino a decir hace muy pocos días Antonio Gala, incluso la tolerancia es una simple aspiración a la armonía que lo es todo. También por la Igualdad, la Libertad y la Solidaridad.

Sólo lo que nos hace libres merece alcanzar la gloria y es precisamente el Derecho penal, aunque pueda parecer una paradoja, el instrumento más importante en la lucha por la Libertad. El Derecho penal en su triple proyección sustantiva, procesal y penitenciaria es precisamente, si su construcción responde a las exigencias de Justicia en el sentido antes indicado, el que puede y debe garantizar a la persona el respeto a su infinita dignidad humana y el verdadero equilibrio y proporcionalidad en las relaciones interpersonales y frente al propio Estado.

Muchas gracias.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
265 - 267

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE JUSTICIA PENAL*

Resumen: El Derecho penal debe construirse sobre los principios de legalidad, culpabilidad e intervención mínima. Pero no hay que olvidar que el Derecho penal constituye una unidad con el Derecho procesal y de ejecución penal, y sólo bajo esta perspectiva puede llevarse a la práctica el sistema penal. Así, la actividad judicial, para conseguir una justicia penal válida a las exigencias sociales, debe basarse en unos principios compatibles con la defensa de los derechos humanos, y el juez, además de estar preparado humana y técnicamente, ha de ser independiente y someterse únicamente al imperio de la ley.

Laburpena: Zuzenbide penala legaltasun, errunduntasun eta gutxiengo interbentzio jarraipidetan oinarritu behar du. Bainaz ezin dugu ahaztu, Zuzenbide penala, Zuzenbide prozesal eta eiekuzio penalen bateratzea dela eta sistema penalak, horrela bakarrak duela balioa. Hau hala izanik, Epaitzeak, gizartea beharrezko duen justizia penala lortzeko, Giza Eskubideen babeseko jarraipidetan oinarritu behar du eta Epaileak, legeak ezartzen dizkion mugen barruan epaitu behar du eta zeharo independientea izan.

Résumé: Le Droit pénal doit se construire sur les principes de légalité, culpabilité et de moindre intervention. Mais, on ne doit pas oublier que le Droit pénal forme une unité avec le Droit de la procédure et de l'exécution pénales, et s'est seulement sous cette perspective qu'on peut réaliser le système pénal. Ainsi, l'activité judiciaire, pour atteindre une justice pénale valable pour les exigences sociales, doit se fonder sur des principes compatibles avec la défense des droits de l'homme, et le juge, doit être humainement et techniquement préparé et se soumettre seulement à l'empire de la loi.

Summary: Penal Law must be established on the principles of legality, guilt and slightest intervention. But, we don't have to forget that Penal Law forms a unity with the Procedural Law and penal enforcement, and only from this perspective the penal system can be fulfilled. In this way, judicial activity must be based on some principles compatible with human rights defence, to obtain a valid penal justice for the social demands, and judges have to be human and technically trained and must be independent and submitted only to the rule of the Law.

Palabras clave: Derecho penal, Derecho Procesal Penal, Actividad Judicial, Principio de Legalidad, Principio de Culpabilidad, Presunción de Inocencia.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Zuzenbide Prozesal Penala, Epaitzea, Legalitasun Jarraipidea, Errunduntasun Jarraipidea, Errugabetasun printzipioa.

Mots clef: Droit Pénal, Droit de la Procédure Pénale, Activité Judiciaire, Principe de Légalité, Principe de Culpabilité, Présomption d'Innocence.

Key words: Penal Law, Procedural Law, Judicial Activity, Principle of Legality, Principle of Guilt, Presumption of Innocence.

* *El Diario Vasco*, 1º febrero 1993, p. 16.

Los derechos sustantivos, procesal y de ejecución penal constituyen una unidad, de tal manera que sólo bajo esta perspectiva puede llevarse a la práctica el sistema penal. Sólo un Derecho penal armónico, coherente, construido sobre los principios de legalidad (taxatividad y concreción en la descripción de las conductas consideradas infracciones penales) y de culpabilidad y sujeto a la idea de mínima intervención puede ser una respuesta válida a las exigencias sociales de nuestro mundo.

En el proceso penal, el principio de igualdad, que bien entendido prohíbe el establecimiento de diferencias sin una justificación objetiva y razonable, tiene una muy distinta versión para el acusador y el acusado, en beneficio de éste. La presunción de inocencia, –y la cita del Prof. Vázquez Sotelo es obligada en este sentido– alcanza la plenitud de su significado en el proceso penal en el que el tema de la carga de la prueba tiene también muy especiales características porque sólo cuando los hechos quedan probados ante el juzgador en la instancia puede condenarse sin que importe quién los haya probado, eso sí, siempre que la actividad probatoria se haya producido en su nacimiento y en su desarrollo por cauces de legitimidad y que tenga signo inequívocamente de cargo.

La verdad interina de culpabilidad en que la presunción de inocencia consiste sólo puede destruirse, salvo excepciones muy concretas y dentro de ciertos condicionantes, por una prueba de cargo practicada en el juicio oral, de manera pública, oral y contradictoria, con todas las garantías en el que la idea de inmediatividad, observar al inculpado, al testigo: sus dudas, sus silencios, sus gestos, ha de ser una tarea intelectual difícil, pero imprescindible.

Y hay presunción de inocencia porque existe libertad de determinación en la persona humana. La presunción de inocencia es el reverso de la culpabilidad, sin ésta no se concibe aquélla y es, en estas circunstancias, en las que el juez penal en una función muy difícil, jurídica, social y humana, por encima de todo, ha de situar el hecho, la participación culpable, las circunstancias y la pena en una conjunción proporcional, de acuerdo con el Ordenamiento jurídico y al servicio de la Justicia.

Esta es la grandeza, sobrehumana, de la actividad judicial: juzgar a otras personas, con sus problemas, complejidades y tragedias buscando siempre, con amor, el equilibrio, dentro de la justicia, sin olvidar a las víctimas que también, como los inculpados, necesitan muchas veces de resocialización en cuanto seres humanos azotados, bajo distinto signo, por el delito.

En todo caso, ha de actuarse y ésta es otra nota del Derecho penal dentro de los límites específicos y rigurosos que la propia Ley impone. Por ello, el proceso penal no puede desarrollarse a cualquier precio, sino que habrá de salvaguardar el respeto de los derechos fundamentales del inculpado para así asegurar una justicia digna de tal nombre. La ética rigiendo nuestros actos y nuestras actitudes. Sólo un comportamiento ético puede salvarnos. Debemos estar siempre dentro del ‘devido proceso’, expresión que tiene una muy amplia trascendencia porque el derecho del proceso es, en expresión de Roxin, el sismógrafo del Estado de Derecho.

Todo ello constituye, en el mundo cultural en que nos movemos, una suma de principios esenciales incommovibles con múltiples proyecciones. El respeto a la persona humana, recordemos a Tiedemann, la propia resocialización del imputado, en pa-

bras de Gimeno Sendra, la búsqueda de la reconstrucción profunda de las vidas partidas por el delito, sólo puede hacerse si el proceso mismo y, en su caso, la ejecución de las penas, especialmente de las privativas de libertad, responde a principios de justicia esencial en correspondencia al alto significado de nuestra Constitución que exige, como tantas veces ha dicho Hernández Gil, una legitimidad no sólo formal sino material en cuanto contempla el Ordenamiento jurídico más que como un sistema de normas, que lo es, como un conjunto de valores protegidos y organizados armónicamente, idea que también ha puesto de relieve el Borrador de Reglas Mínimas del proceso penal de Palma de Mallorca, redactadas por encargo de Naciones Unidas por un grupo de Expertos entre los que tuve el honor de encontrarme.

No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo aquello que sea compatible con la defensa nuclear de los derechos humanos fundamentales; así la dignidad, la intimidad. No se puede torturar jamás, ni entrar en lugar cerrado fuera de los casos establecidos en la ley, ni interceptar las conversaciones telefónicas o abrir la correspondencia sin las garantías debidas.

Para mí, sigue siendo emocionante ver a un juez, tantas veces dentro de una dramática soledad, que cuantos lo hemos sido recordamos y recordaremos de por vida, defendiendo a la persona frente a todos los poderes, cualquiera que sea su naturaleza, cuando ello es necesario y haciéndolo porque el Derecho penal en su conjunto y en sus partes, todo él, es un instrumento de defensa y de protección, unas veces de quien ha delinquido y otras de quien se sospecha que delinquió, así como de las víctimas y de la sociedad.

En la actualidad, y es un hecho que me parece ha de producirnos a todos especial agrado, estamos actuando dentro de una Europa que, pese a los problemas ocasionales que puedan presentarse, constituye al menos una Unidad Cultural porque un denominador común respecto a la forma esencial de entender la vida, nos une. Los jueces españoles somos, sin dejar de serlo, jueces europeos, jueces de la Comunidad, ahora por fortuna sin adjetivos, y ello acrecienta, si cabe, nuestra responsabilidad porque con nuestras decisiones hemos de coadyuvar eficazmente a la construcción definitiva de una Europa al servicio de los ideales de Justicia, de la proporcionalidad que es también la Justicia, Libertad, Igualdad y Solidaridad, así como de Democracia, de Tolerancia y de Respeto a los demás.

Para desarrollar estas ideas, el juez ha de estar muy bien preparado humana y técnicamente, ha de ser absolutamente independiente y sometido únicamente al imperio de la ley. El perfeccionamiento de cuantos administramos justicia es una preocupación prioritaria del Consejo General del Poder Judicial que está dando ya sus frutos. La independencia está por fortuna asegurada en las leyes y en la realidad.

Este es nuestro compromiso con la sociedad y con nosotros mismos. Por mi parte estoy convencido de que nuestros jóvenes compañeros jueces y los que en los próximos años ingresen en la Carrera judicial van a continuar una tradición con tantas raíces y con tanta solera en España, que a los mayores tanto nos ha ayudado y nos ayuda para realizar nuestra tarea de la mejor manera posible, con errores, sin duda, porque somos humanos, con dificultades nacidas de la complejidad de la tarea, pero siempre con dignidad que es ética y humanismo al servicio incondicionado de la justicia.

CONVERSACIONES RÚTICAS

19

Por lo que ya he anticipado probablemente se hable de acuerdo en que no es una
expresión ejemplarizada (lo que normalmente es que se hable con cierto solemnidad
en el plenario) que nadie tiene por mal, cosa alguna ejemplarizada que se hable de preferencia
de lo peor (una frasea por el cual tienen más a lo peor y se dice que
es una frasea peoramente)

Alas cosas entre amigos se utilizan bien las que tienen y algunas de
ellas son con cierta cierta de risa como son a veces las bromas hechas entre los
compañeros en el pleno, las bromas de dada, (si te das por la oreja, yo te
puedo sacar de la oreja) o de risa, (te das por la oreja, yo te
quiero sacar de la oreja) y se
utilizan a veces las bromas algo por regla, las bromas que se utilizan
cuando se facilita una discusión. El otro motivo con el que se
utilizan bromas es solemnidad, por ejemplo cuando se dan con un
muy grande efecto. El Abogado Mayor ^{esta idea} pinta sobre una ^{extensión}
el escrito de clausura, y para llegar a la conclusión de que no es malo (2)

Autógrafo de Enrique Ruiz Vadillo, "La Mediación Penal".

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
269 - 279

NUEVAS CULTURAS RESPETUOSAS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EXIGENCIAS DE LA JUSTICIA*

Resumen: Se expresa la preocupación por la defensa de los derechos fundamentales y se considera imprescindible introducir una cultura popular en la que la defensa de los Derechos Humanos aparezca como algo esencial, teniendo siempre presentes los principios de proporcionalidad y legalidad a la hora de hacer valer estos derechos ante la justicia.

Laburpena: Oinarritzko eskubideen gerizapenagatik ardura adierazten da eta ezinbestekoa uste izaten da herri kultur bat sartzea, zeinean giza eskubideen gerizapena funtsezkoa izan dadin, proportzionaltasun eta legetasunaren oinarriak kontutan izanez beti justiziaren aurrean eskubide hauek balioeratzeko unean.

Résumé: On exprime la préoccupation de la défense des droits fondamentaux, et on considère indispensable introduire une culture populaire où la défense des droits de l'homme soit essentielle, en prenant toujours en considération les principes de proportionnalité et de légalité au moment de faire valoir ces droits par-devant la Justice.

Summary: Concern is expressed towards the defense of fundamental rights and it is considered indispensable to introduce a popular culture in which the protection of human rights appears as something essential, keeping in mind the principles of proportionality and legality when applying this rights in trial.

Palabras clave: Derechos humanos, Dignidad humana, Sistema jurídico, Principio de proporcionalidad, Principio de legalidad.

Hitzik garantzizkoenak: Giza eskubideak, Giza duintasun, Legezko sistema, Proportzionaltasun oinarri, Legetasun oinarri.

Mots clef: Droits de l'homme, Dignité humaine, Système juridique, Principe de proportionnalité, Principe de légalité.

Key words: Human rights, Human dignity, Juridical system, Proportionality principle, Legality principle.

* Movimientos de población, integración cultural y paz. Monográfico de Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 7 extr., 1994, pp. 215-226.

Un Curso organizado por la Generalitat de Cataluña a través del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, dirigido por Dña. Esther Giménez-Salinas, en el que tuve el honor de participar, se desarrolló bajo el título general "Persona, avances tecnológicos y Derecho". De alguna manera hay coincidencia de los problemas, al menos de algunos de ellos.

El tema permite infinitas reflexiones. Mi pretensión es meditar con Vds. sobre algunas de estas cuestiones. Qué duda cabe que la sociedad avanza en progresión geométrica, que nuevas culturas respecto de la organización comunitaria, del desarrollo de la persona, de los progresos tecnológicos las tenemos ya encima de la mesa, en nuestras vidas, y que las mismas y otras todavía por venir condicionarán la existencia de millones de seres humanos. Necesitamos una nueva cultura social para asimilar tantas novedades y sobre todo para convivir indisolublemente con los Derechos Humanos.

Ello ha conducido, sin duda, a unos nuevos esquemas respecto de los principales valores dignos de protección y a cómo han de ser ayudados por el Estado para su normal desarrollo y plenitud de vigencia.

Y en este sentido nos preguntamos ¿sabremos, frente a estos avatares, defender unos bienes jurídicos esencialísimos que por serlo son sociales y humanos, frente a todos y frente a todo?

Se ha dicho que el concepto de dignidad humana no es estático y que algunos avances como, por ejemplo, los conseguidos en el campo de la biogenética, en otros tiempos nos hubieran parecido impensables. Pero la dignidad es respeto a la persona humana por el hecho de serlo, a su intimidad, a su libertad, a su personalidad, sin otros límites que los indispensables para que la convivencia pacífica y en paz pueda realizarse y esa dignidad ha de ser, de alguna manera, predicable de toda persona por la sola condición de tal, para siempre y en todos los sitios. Por eso frente a la biogenética hemos de situar la bioética. La persona jamás puede ser un medio al servicio de otra, sino fin en sí mismo.

Y no hay necesidad de hacer grandes esfuerzos para comprender esta realidad, los medios de comunicación nos lo recuerdan a diario y las escenas llenas de dramatismo de tantos pueblos como viven en la misma miseria, física y psíquica no permiten su olvido, para comprobarlo.

Un ilustre jurista me decía hace unos meses que en una visita a una determinada comunidad, muy lejana de nosotros, por encargo de Naciones Unidas, encontraron en un Establecimiento Penitenciario cientos, miles de personas, en él ingresadas hacia meses y años sin tener noticia alguna respecto de la causa de la detención y de la autoridad de la que dependían.

Es cierto que en las sociedades occidentales, en todo nuestro entorno cultural, por lo menos la libertad de expresión/información impide que además de ocurrir ciertas cosas, éstas se oculten.

En las Reglas Mínimas de Mallorca, redactadas por un Grupo de Juristas bajo el auspicio de Naciones Unidas, se tomó en consideración desde una perspectiva bifronte al acusado y a la víctima para que uno y otra alcanzaran en la policía, en la instrucción de las causas y en el proceso penal mismo, la plenitud de protecciones.

Joan Manuel del Pozo se pregunta ¿qué debemos hacer en el terreno normativo o jurídico para conseguir que los avances tecnológicos no sean contrarios a la persona? En este sentido recuerda a Albert Einstein cuando afirmaba que nuestra época se caracteriza por la perfección de los medios y a la vez por la confusión de las finalidades.

En este orden de cosas los esfuerzos se pueden multiplicar hasta casi el infinito. Se descubren técnicas que permiten "controlar" lo que una persona dice y hasta lo que una persona hace en su propio domicilio. Un pequeño aparato estratégicamente situado en una determinada habitación, imperceptible, permite dominar con una pequeñísima cámara de video a la que se asocia por supuesto el sonido, la intimidad y con ella la ruptura del equilibrio y de la vida personal y familiar, psíquicamente.

Por ello es tan decisivamente importante asentar los principios esenciales de la convivencia en democracia y no permitir que nos los arrebaten. Cuando, a veces, determinadas voces han clamado frente a resoluciones judiciales que marcaban una línea inequívoca a seguir, no lo entendía cuando venía de personas extraordinariamente responsables y demócratas, y lo digo desde el más absoluto respeto hacia quienes así se expresaban, pero al mismo tiempo con la más absoluta convicción, humilde, pero firme, de que es el único camino a seguir.

Es absolutamente imprescindible introducir una cultura popular en la que la defensa de los derechos humanos aparezca como una conquista que el Pueblo no está dispuesto a permitir que se atenúe y menos aún que se destruya.

Esta idea tiene muchas proyecciones: que en un Estado de Derecho democrático el descubrimiento de la verdad material en el proceso penal no puede alcanzarse a cualquier precio, sino que sólo ello sea hacedero manteniendo los principios que informan el Ordenamiento jurídico y entre ellos el respeto a la dignidad humana. De ahí el rigor que la jurisprudencia viene utilizando respecto del filtro obligado de la actividad de investigación, para que merezca el calificativo de prueba, expulsando del natural o legítimo soporte de la condena todo lo que se nos ofrece como auténticas pruebas y no son otra cosa que pseudopruebas extraordinariamente peligrosas porque su apariencia puede engañar a los jueces y tribunales. Y aquí debemos citar las entradas y registros en el domicilio de las personas, las interceptaciones telefónicas, puesto que las postales y telegráficas suelen ofrecer menos problemas, (recordemos los casos Naseiro y Blasco como emblemáticos, pero junto a ellos hay que situar una serie de sentencias que constituyen una auténtica doctrina jurisprudencial reiterada y constante).

Y a su lado hay que citar otra reciente sentencia del Tribunal Supremo que señala que la regla 2^a del art. 70 del Código penal ha de ser interpretada en el sentido de que la pena límite es la de 30 años sin que pueda buscarse otro significado a la misma en el entendimiento de que ése es el techo de aplicación efectiva, pero que la pena en su dimensión total cuantitativa no ha de utilizarse cuando se trate de los llamados beneficios penitenciarios. (STS 8 marzo 1994).

Y otras sentencias en las que se rechazan las pretensiones de la parte respecto de la víctima para que ésta, en las violaciones, cuyo sujeto pasivo es generalmente la mujer, se someta al examen de un psicólogo o de un psiquiatra para que informe sobre su sexualidad, cuándo se inició en ella, cómo fue desarrollada, sobre si realiza o no actos sexuales y de qué naturaleza, si tiene o no tendencias de homosexualidad o, en

este caso, de lesbianismo. Y se rechaza porque el delito de violación y el de las agresiones sexuales no está protegiendo el pudor o las buenas costumbres como antes se decía, sino mucho más sencillamente, la libertad para la sexualidad, el principio de que toda persona mayor de 12 años tiene derecho a decir sí o no a una relación de esta naturaleza, a fijar el cómo y el cuándo y que todo lo que signifique el uso de la violencia o la intimidación para conseguir doblegar la voluntad de la víctima es penalmente punible (mujeres que se dedican a la prostitución, casadas, con unas u otras costumbres). Aunque bueno sería, y así lo vengo diciendo desde hace muchos años, que se permitiera, motivadamente, bajar la pena un grado en función de las circunstancias.

Y pensando en esa misma libertad de decisión y haciéndola compatible en la medida de lo posible y de lo razonable, con la posibilidad de que los enajenados mentales puedan también gozar sexualmente, el Código penal en la reforma llevada a cabo por la LO 3/89, de 21 de junio, sólo tipifica como delito de violación –y consecuentemente como delito de agresión sexual– los supuestos en los que se abusa de las enajenaciones, es decir, que la simple relación con una persona enajenada no constituye, sin más, actividad delictiva, sino que es imprescindible una fraudulenta captación de la voluntad de la víctima, por razón de la superioridad de la edad, del trabajo, etc., para que el delito exista. Para poner un ejemplo gráfico, si una joven oligofrénica hace amistad con un chico de una edad aproximada y llevan a cabo actos de sexualidad no habrá, en principio, delito. No es pues la acción en sí, sino el aprovecharse de la reducida o inexistente capacidad psíquica o intelectual del enajenado para captar su voluntad o hacer inútiles sus negativas, como dice la Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado, lo que da un carácter delictivo a la acción. (Véase en este sentido la jurisprudencia del TS).

El Prof. Pérez Luño definía los derechos humanos como el conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los Ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

D. Joan Manuel del Pozo¹ fija unas conclusiones que hacemos nuestras: la producción de valores continúa y la sociedad genera autodefensas contra sus propias desviaciones y contravalores, alguno de los nuevos valores, difusos, pero potentes como la defensa de la naturaleza tendrá cada vez más una capacidad objetiva, el otro valor nuevo de la autoconsciencia de la ciencia y la técnica nos debe permitir resituar el conocimiento instrumental en su lugar y reclamar que el científico y el técnico y todos juntos con ellos, actuemos bajo el “principio de responsabilidad” que insistimos en definir constructivamente y no regresivamente como la disposición a hacer que el valor de la libertad sea coherente y respetuoso con el resto de los valores de la persona. Los derechos humanos tienen la posibilidad de servir como referencia universal, democrática y humanista para tener un criterio de validación o legitimación de los valores que la sociedad vaya generando y por último, dice, hay que esperar que todo esto ayude a la humanidad a salvar su propia existencia física, su autonomía moral y a conseguir que en lugar de salidas falsas, cada día se acerque más a la realización, con la técnica

1. DEL POZO, Joan Manuel: *Los valores de la sociedad tecnológica*.

como instrumento y la reflexión individual y la democracia colectiva como guía racional y crítica de la utopía o verdad prematura de una humanidad rica en valores, libre y racional.

En algunas ocasiones he tenido oportunidad de manifestar² que un Sistema jurídico, y con ello no descubro desde luego nada nuevo, no permite parcelaciones que siempre terminan siendo artificiales y que rompen la unidad del Ordenamiento³. En este sentido hay que referirse a los derechos fundamentales y a las técnicas de investigación y dentro de ellos a la libertad del científico para descubrir nuevos horizontes en la realidad del universo en tantas zonas con oscuridades y hasta con negruras absolutas y relativas⁴.

Dice a este respecto el Prof. Horst Schüller-Springorum⁵ que en Alemania la libertad de investigación constituye un derecho fundamental protegido por la Constitución: “el arte y la ciencia, la investigación y la docencia son libres”. Este derecho de libertad es una forma particular del derecho fundamental general a la libertad de expresión. Cada persona tiene el derecho de expresar su opinión oralmente, por escrito y con la ayuda de la imagen y de difundirla y de instruirse sin impedimentos, mediante fuentes de acceso general. El científico que publica su opinión fundamentada en la investigación, atraviesa metafóricamente todo el art. 5 de la Ley Fundamental ¿dónde, se pregunta, puede haber un conflicto con la autodeterminación informacional?

Probablemente ni la hay ni la debe haber, aunque el hecho se complica cuando de la investigación pura se pasa a la aplicada. A mi juicio, el derecho que cada persona tiene, sea una esperanza de vida o una vida ya realizada, a su identidad genética, es muy importante. Es evidente que se pueden manipular los genes humanos, pero pienso que sólo para eliminar o disminuir taras o enfermedades graves, por ejemplo una lesión medular, el mongolismo, etc. Ciertamente que me ha producido extrañeza que se hayan alzado voces contra la tipificación en el Proyecto de Código Penal de 1992⁶ de la manipulación genética, de la donación, utilización o destrucción de embriones o fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos fuera de los supuestos autorizados por la ley, porque entiendo que su colocación extramuros del texto punitivo no sólo constituiría un peligro gravísimo para el equilibrio social sino también una ruptura de principios esenciales. Son, sin duda, derechos fundamentales con un sujeto activo todavía por nacer, cuya manipulación sólo puede encontrar justificación en la prevención o curación de enfermedades. Todo lo demás, lo mismo que la utilización de embriones, en los términos que el PCP 92 señala, no es otra cosa que poner al servicio de no se sabe qué intereses, desde luego no legítimos, a la persona humana, aunque sea una persona humana en formación. Creo que la Ciencia puede y debe avanzar mucho en

2. V. STS. RODRIGUEZ PEREDA.

3. V. STS. (del taquillero).

4. V. MUGUERZA y otros: *El fundamento de los Derechos Humanos*. Ed. preparada por Peces Barba. Ed. Debate 1989, p. 20.

5. La utilización de informaciones privadas para objetivos privados, p. 27 y ss. En *Persona, avances tecnológicos y derecho*.

6. Arts. 164 y ss.

este sentido y así lo he expresado en varios trabajos, pero en el mismo sentido estimo que este avance ha de estar siempre dirigido, sobre la base de la Ética, al mejoramiento de la persona humana, de cada ser, mujer u hombre, irrepetido e irrepetible, todo ello independiente de los problemas específicos del aborto.

A mi juicio, este cambio vertiginoso de los telones de fondo de nuestra diaria convivencia en la comedia humana de cada momento, la naturaleza, su espectacular deterioro y a veces su dramática destrucción, la genética, a la que acabamos de hacer referencia, que permite traer niños a medida, las técnicas que se introducen en nuestro subconsciente –el suero de la verdad, las máquinas de descubrir el que miente y el que no, la informática, dentro del más amplio capítulo de la cibernetica (Ciencia que estudia comparativamente los sistemas de comunicación y regulación automática de los seres vivos con sistemas electrónicos y mecánicos semejantes a aquéllos)– que ha revolucionado todos los campos de la ciencia, los novísimos diagnósticos de la medicina, los estudios de arquitectura, el propio derecho judicial, etc., y materia informática de la que también ha de hacerse cargo el Derecho para evitar que con ella se destruya una nueva cultura en la que la invasión de la intimidad está a la orden del día. Una persona que ha sido operada de hernia discal o que ha tenido una asistencia psiquiátrica, y los ejemplos se pueden repetir hasta el infinito, comprueba, a veces complacida y a veces con temor, que recibe publicidad de aparatos para contener la reproducción de las hernias o para mantener el equilibrio psíquico y todo porque determinadas empresas acumulan material y datos que luego procesan y que posteriormente venden a quienes dicha información puede interesar. Por eso, sólo elogios merece nuestra Constitución que, defensora incondicionada de los derechos humanos, se refiere a la informática no para otra cosa que para mandar a la ley, en su art. 8.4, que limite su uso para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

De ahí la trascendencia del art. 9.2 de la CE que atribuye a los poderes públicos, y acaso de manera singular a los jueces y tribunales, la tarea de promocionar las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Hay crisis, motivada por una convulsión espiritual, social, política y económica, pero esta realidad innegable y que todos de alguna manera vivimos, ha de ser signo de prosperidad y de un asentamiento más definitivo de los derechos fundamentales de la persona humana. En este sentido el Derecho ha de contribuir a que el desenlace de los mismos sea de signo positivo, no sólo en las leyes sino también en esos principios eternos y universales que el Derecho ha de tratar de realizar por caminos de legitimidad formal y material sin saltos en el vacío, tan peligrosos y tan sin sentido. La variación de las leyes ha dicho el Prof. Hernández Gil⁷ no es la medida de la variación del Derecho y la variación del Derecho en el tiempo (y también en el espacio), es proporcionalmente inferior a otras mutaciones apreciables en nuestro entorno y en el hombre mismo. La

7. HERNANDEZ GIL, Antonio: "La situación científica y cultural del Derecho". RALyJ separata de la rev. *Anales* 1.

sociedad, ha dicho el Prof. García Valdecasas⁸, no puede subsistir sin esa forma de vigencia suprema que es el Derecho. Derecho y Sociedad son consustanciales.

Es evidente que en una sociedad hay conflictos. Es inevitable. El problema está en conseguir que éstos se solucionen por vías pacíficas, donde la violencia física o psíquica queden por completo eliminadas. Esta es nuestra grande y hermosa tarea.

Bien sabemos de esta realidad los jueces. Cada pleito es un conflicto que debe resolverse con arreglo a unos criterios que el propio Pueblo hecho legislador ha establecido. Es verdad que son muchos los que salen descontentos de su aventura judicial. Es normal, prácticamente sale disgustado todo el que pierde, y en el campo penal todos los condenados, a veces también los que ganan o los que salen absueltos. Esta será a mi juicio una de las más importantes consecuencias positivas del establecimiento del Jurado: que los ciudadanos conozcan en su propia sensibilidad lo difícil que es juzgar. Pero entrar en este tema nos distanciaría del nuestro.

El estado de conflictividad es extraordinariamente frecuente: cuanto más compleja sea la sociedad en la que vivimos, mayor será la problemática en extensión y en intensidad. ¿Hemos pensado suficiente en el conflicto entre respeto a la intimidad y a la reserva de la vida y las acciones de paternidad/maternidad? ¿Y qué decir del derecho a la propiedad privada y a sus numerosas y legítimas limitaciones? ¿Y la lucha entre la donación anónima de semen y el derecho a saber cada persona quién es su progenitor? ¿Y los conflictos entre la madre que cede su útero y la que puso su óvulo fecundado en el vientre de aquélla? ¿Y qué sucede entre el derecho a la libertad de expresión de los trabajadores y el derecho a la reserva del estado de la empresa por parte del empresario? ¿Y qué decir del derecho al honor enfrentado a la libertad de expresión y de información?

Aquí, como en tantas ocasiones, ha de estar presente el principio de proporcionalidad que forma parte del gran principio de la justicia. Cada avance supone el nacimiento de problemas. Dice el Prof. Miguel Barceló⁹ que todos estos cambios que configuran esta “revolución de las tecnologías de la información” no se han producido sin problemas: el paro inducido por la informatización administrativa y la robotización industrial, los problemas surgidos en torno a la protección de la intimidad y el abuso en la utilización de los datos personales recogidos en los mismos sistemas informáticos, el nacimiento de nuevas formas de fraude y del delito informático son algunos de los efectos de cómo, además de las posibilidades atractivas y positivas que ofrece la tecnología informática de hoy, también se derivan problemas¹⁰.

A mí me gustaría en este momento hacer como una especie de reflexión intermedia antes de seguir adelante: el avance de la humanidad en la defensa de los derechos humanos ha sido realmente espectacular. De ello todos nos tenemos que sentir satisfechos y orgullosos y esta misma venturosa realidad nos tiene que hacer más dinámicos y entusiastas en la profundización de su defensa.

8. VALDECASAS, G.: “La sociedad y el Derecho”. *Rev. del Foro Canario* nº 20.

9. BARCELO, Miguel: *Los sistemas de información, ¿hasta dónde se puede llegar?* pp. 47 y ss.

10. PCP del 92.

¿Tenemos conciencia de lo que afortunadamente se ha progresado en el tema de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la jurisprudencia europea? La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, hoy de la Unión, ha sido decisiva. El Consejero de Presidencia de la Comunidad de Madrid ha señalado que, como en otras ocasiones, el Tribunal ha jugado un papel de anticipación y de guía en la senda por la que ha de transcurrir la construcción comunitaria en este importante ámbito de la Europa social. Dos son las cuestiones que subyacen en el principio de trato: una, es la realización de un derecho fundamental según el cual deben ser interpretadas muy restrictivamente las diferencias jurídicas y económicas legítimamente derivadas de la particularidad de ser mujer u hombre. La otra cuestión, muy relacionada con las anteriores, la desleal competencia entre empresas que pueden y suelen encubrir la contratación preferente de mujeres en determinados sectores, con una remuneración inferior a la de los hombres.

Es evidente que, como dijo una STS Sala de lo Social, y tampoco era novedad, quien desiguala lo desigual iguala, refiriéndose a unas condiciones de trabajo “favorables” a las mujeres que tienen hijos en periodo de lactancia frente al resto de los trabajadores que no se encuentran en esta situación.

La igualdad no puede quedar aquí. Me parece que hay que tener generosidad y procurar, en la medida de lo posible, acercarnos a los demás, a los que están cerca y a los que están lejos. Por ello he manifestado varias veces que concibo la Unión Europea como una fuerza construida sobre la Democracia y el Derecho protegiendo la igualdad, la libertad, la solidaridad no frente a nadie sino a favor de todos. No es difícil, ha dicho Juan Alberto Belloch¹¹, constatar hasta qué punto en Occidente se percibe una progresivamente creciente beligerancia frente a los “extranjeros” (tanto en sentido amplio como en el más usual de emigrantes aspirantes a trabajadores). Hoy se puede hablar, afirma José Antonio Gimbernat, con toda propiedad, de signos de xenofobia (actitudes y prácticas) y hasta signos de racismo (ideología).

Estas ideas conducen directamente a la exigencia de una perfecta acomodación del Ordenamiento jurídico a la Constitución que, como dice Tomás Gui¹², se produce en primer lugar mediante la función interpretadora que asume sustancialmente el Tribunal Constitucional, que es su intérprete supremo (art. 1.1. LOTC y 161 y 164 CE) de forma que el TC dice lo que dice la Constitución. Función de extraordinaria importancia en la medida en que la CE incorpora gran cantidad de conceptos de carácter general que fueron pactados por todas las fuerzas políticas sin precisar su contenido concreto.

Y esta tarea es de todos, no sólo de los juristas, menos aún sólo de los jueces. Por ello, las ideas básicas de la CE debieran constituir y sin duda así sucede, la principal asignatura de la formación intelectual de nuestros jóvenes en la Escuela, en los Centros de Enseñanza Media, en los Centros de Formación Profesional, en los Cuarteles y Academias y en las Universidades. Se trata con ello de situar en el primer punto de

11. BELLOCH, Juan Alberto: Conferencia inaugural en *Temas Básicos del Derecho*, Vol. I. Studia Jurídica.

12. GUI, Tomás: “La acomodación del Ordenamiento a la Constitución mediante la interpretación”. *Temas Básicos de Derecho*, Vol. I. Studia Jurídica pp. 457 y ss.

nuestra convivencia a los Derechos Humanos como algo principal y de alguna manera distinto del resto del Sistema normativo porque sin ellos nada tiene, en un Estado de Derecho, democrático, razón de ser. Por ello, acaso, ofrezca unas características tan específicas y las peculiaridades respecto de las reservas a los Tratados de Derechos Humanos¹³.

A mi entender es extraordinariamente importante que el ciudadano asuma estos ideales de convivencia, pero nada se asume de verdad si no se quiere y para querer algo es preciso conocerlo bien. Personalmente me da envidia comprobar que en algunos Sistemas, el Pueblo comprende bien a su justicia, participa de ella, la hace suya. Es evidente que ello implica tener unas ideas aunque sean elementales sobre el Ordenamiento jurídico y saber y querer que los Derechos Humanos, los Derechos fundamentales, se vean permanentemente reconocidos y protegidos y que en este orden de cosas se comprenda bien cuando un juez o un tribunal absuelve a una persona por falta de pruebas de cargo o porque las pruebas aportadas son nulas, precisamente por haberse producido con vulneración de tales derechos: entradas y registros a un domicilio, interceptaciones telefónicas, declaraciones bajo torturas, manifestaciones testificales sin contradicción, pericias no pasadas por el filtro de las discrepancias cuando así se ha solicitado, etc., como ya dijimos.

Y olvidar para siempre que el Código penal sea el Código de los pobres o que hay una justicia para ricos y otra para pobres como a veces, tan precipitadamente, sin duda, se dice, quizás más por imprudencia que por malicia. ¿Que los jueces nos equivocamos? ¡Y quién no se equivoca! Pero en la pequeñísima medida en que pueda ser creíble mi afirmación, quiero decir que los jueces somos absolutamente independientes y que cuando un juez se equivoca o yerra no hay por qué buscar otras causas distintas a su condición humana tan dada a los errores y deficiencias.

Si esta cultura no arraiga en los ciudadanos no es de extrañar que cuando no se ha probado el hecho o la participación del acusado, la creencia popular lo atribuya a presiones, recomendaciones o favores. Este es el asunto que salta a las primeras páginas, y se olvida –porque es humano– que tal vez ese mismo día han sido absueltas dos o tres personas de la más humilde condición social y económica por la misma razón, porque no había pruebas o las que había no eran tales desde el punto de vista de su legitimidad.

Ahí están todos los días estas noticias que saltan a la opinión pública para probar lo que digo. Por ello es tan necesario que los medios de comunicación social estén siempre suficientemente informados, y bien y sinceramente conocedores de la realidad, la opinión es otra cosa, y pueden llevar al ánimo de los ciudadanos lo que acontece en esta importante parcela de la vida social. Por ello confío tanto en su preparación, prudencia –que no es temor– y humanidad.

Nuestra vieja, ya más que centenaria, Ley de enjuiciar los crímenes, delitos y faltas, recoge esta clasificación tripartita siguiendo una también vieja terminología, es un modelo de buen hacer legislativo ¡qué exquisitez en el tratamiento de los acusados! Porque ni siquiera sabemos si son culpables cuando se sientan en el banquillo. La

13. CHUECA SANCHO, Angel G.: "Las reservas a los Tratados de Derechos Humanos". *Doc. Jurídica* 74, abril-junio 92.

LECrim. sintoniza bien con la Constitución porque una y otra tenían ideales comunes. Cuando la CE proscribe toda indefensión parece que piensa en la Ley de enjuiciar, cuando ésta organiza un sistema de defensa del acusado da la impresión de que intuye lo que después serían expresos mandatos constitucionales.

De ahí que, a mi juicio, debamos desterrar todo asomo de indefensión, y no me canso de repetir que las entradas y registros indebidos y las interceptaciones telefónicas o intervenciones corporales no practicadas conforme en todo al Ordenamiento jurídico son expresiones de atentados graves a la proscripción de la indefensión y sobre todo de vulneración intolerable del derecho a la intimidad y a la dignidad de las personas.

Cuando algunas veces se oyen voces discrepantes me pregunto ¿no es absurdo que al acusado se le admita que si quiere declarar lo haga y en otro caso, no lo haga, que se le exhorta a decir verdad, esto es, que se le permita jurídicamente mentir y que luego sin advertencias, sin avisos, sin requerimientos, se le descubra en su casa todo lo que se le permitía ocultar, o que en las mismas condiciones se le grabe el sonido y la imagen de lo que quiere ocultar?

Es evidente que en ocasiones estas medidas habrán de tomarse, pero no parece exigir mucho el condicionar su validez al principio de proporcionalidad, que forma parte de la justicia, expresamente exteriorizado en su resolución judicial motivada, tomada en el curso de una investigación criminal, dirigida por un juez, sabedor del contenido esencial de lo que se trata de descubrir, de cuáles son los indicios de criminalidad existentes y de cuáles hayan de ser los límites y fronteras que a éstas, en principio violaciones a la intimidad y/o dignidad de la persona, se fijan¹⁴.

De ahí mi aplauso incondicionado al principio de legalidad, que si en todo sistema jurídico es esencial, aún lo es más en el penal, de ahí mi no rotundo al principio de oportunidad y la defensa incondicionada que hago siempre del principio acusatorio, que limita las posibilidades del juez a lo que es objeto de acusación sin poder extravasar la calificación, a no ser sobre un delito homogéneo y menos grave.

Hace algunos días el grande e ilustre artista D. Eduardo Chillida¹⁵, en su discurso de recepción a la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, discurso exacto, sugerente, enigmático, misterioso, lleno de íntimas pautas que eran como puertas que se abrían a la reflexión del oyente, se preguntaba ¿es la medida la condición misma para formar parte del Universo? ¿Es el presente una medida parte del Universo? Si el presente tuviera medida ¿no estarían disociados por ella el pasado y el futuro? ¿Qué sería de la vida, de la palabra y de la música?

En mi ignorancia sobre temas tan trascendentes me atrevería a proponer modestamente, en lo que al Derecho respecta, una solución: sin medida no hay orden justo, sin orden justo no hay proporcionalidad, que es la medida de todas las cosas, y finalmente sin proporcionalidad no hay justicia, que es el valor social por excelencia.

14. GONZALEZ CUELLAR, Nicolás: *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Colex 1990.

15. CHILLIDA, Eduardo: "Preguntas". Discurso leído en la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, el 20 de marzo de 1994.

No podemos, a mi juicio, vivir sin medida. Acaso haya en ello una cierta deformación de juez. Decía hace pocos días D. Gregorio Peces Barba en un precioso artículo¹⁶, verdaderamente modélico y antológico, que los jueces como las orquestas que interpretan a Beethoven o a Bach y reconstruyen lo que tan ilustres compositores hicieron, recreamos las normas, y en este sentido me permitiría añadir que para recrear el precepto necesitamos de la medida, de la proporción, del equilibrio que la propia realidad social nos facilita.

El Prof. Beristain en un magnífico trabajo, como todos los suyos¹⁷, sobre Derechos Humanos destaca la exigencia de duración máxima o mínima, según se mire, de la detención preventiva y sin excepción alguna, la exigencia de evitar la tortura. Y recuerda que los jueces corremos el peligro de caer víctimas de una deformación profesional que les fomenten la formulación de juicios lógicos que condenan o absuelven, de acuerdo con sistemas cerrados que abocan a un intelectualismo unilateral y exagerado que va extendiéndose paulatinamente a otros campos extraprofesionales, como constatan y critican Unamuno y el Ministro de Justicia Alemán Radbruch.



De izda. a dcha.: A. Beristain, L.E. Pettiti, D. Szabo, J.J. Goirirena, J.A. Ardanza, E. Galdós, E. Ruiz Vadillo, G. Da Cunha, M^a L. Lima y E. Neuman.

16. PESES BARBA, Gregorio: Artículo en el periódico ABC.

17. BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Los Derechos humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, p. 403.

Y frente a la tortura, intolerable en un Estado de derecho democrático y social, están los testimonios llenos de autoridad moral y científica de tantos ilustres penalistas, entre ellos los Profesores José Luis de la Cuesta en magníficos estudios, y Torío sobre la prohibición constitucional de los tratos inhumanos y degradantes.

El Prof. Mir Puig en un igualmente magnífico trabajo sobre Derechos Humanos y Límites del Derecho Penal¹⁸ lamenta que ni el principio de resocialización ni los demás principios limitados del Derecho penal se hallan suficientemente realizados en la práctica y reclama un esfuerzo serio por hacer que la legalidad sea estrictamente respetada y aplicada.

Y a ello pienso, y con esto termino, nos tiene que ayudar el legislador y el Pueblo. La Ley, fijando con precisión los contornos del ilícito penal y de sus consecuencias. El Pueblo, captando bien el mensaje de la justicia en la seguridad de que a quien se le condena, no importa por qué delito ni con cuánta pena lo fue, tiene derecho a que la sociedad le permita rehabilitarse, lo cual es compatible con las medidas que hayan de adoptarse para evitar situaciones de la más extrema gravedad.

Como dijo Ortega y Gasset “lo mejor que humanamente puede decirse de algo es que necesita ser reformado porque ello implica que es imprescindible y que es capaz de nueva vida”.

Los Derechos Humanos son esenciales. Aún cabe sobre ellos progresar y hacer reformas para que alcancen toda la plenitud que de ellos deseamos, precisamente porque sin ellos la vida de los individuos y de los pueblos no es propiamente vida.

18. MIR PUIG, Santiago: *Los Derechos humanos ante..., op. cit.*, pp. 461 ss.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
281 - 289

LA ARMONÍA DEL SISTEMA JURÍDICO, PLATAFORMA INDISPENSABLE DEL DESARROLLO DE LA PERSONA HUMANA

(El refugiado y, en general, el extranjero frente al proceso penal)*

Resumen: Partiendo de una reflexión sobre los principios del ordenamiento jurídico, y en particular del derecho procesal penal, se realiza un análisis sobre la situación del extranjero, sus problemas y sus derechos fundamentales, para terminar exponiendo la situación en la que se encuentra frente al proceso penal.

Laburpena: Arauketa juridikoaren oinarriei buruzko gogoeta batetik abiatuz, eta Zuzenbide prozesal eta penalaren bereziki, atzerritarraren egoera, eta beren arazo eta oinarrizko eskubideei buruzko azterketa bat egiten da. Azkenik, atzerritarrek prozesu penalaren aurrean bizi izaten duten egoera azaldu egiten da.

Résumé: En partant d'une réflexion sur les principes de l'ordonnement juridique et, en particulier, du droit de la procédure pénale, on mène un analyse sur la situation des étrangers, ses problèmes et ses droits, pour finir en expliquant la situation où ils se trouvent face à la procédure pénale.

Summary: Starting from a reflection about juridical order principles and, specifically, about penal procedural Law, an analysis of foreigners situation, their problems and fundamental rights, is made. Likewise, their situation face the penal proceedings is explained.

Palabras clave: Principios del ordenamiento jurídico, Derecho procesal penal, Extranjeros, Derechos fundamentales.

Hitzik garrantzizkoenak: Arauketa juridikoaren oinarriak, Zuzenbide prozesal eta penala, Atzerritarrok, Oinarrizko eskubideak.

Mots clef: Principes de l'ordonnement juridique, Droit de la procédure pénale, Etrangers, Droits de l'Homme.

Key words: Juridical order principles, Penal procedural Law, Foreigners, Fundamental rights.

* Racismo, Minorías, Cárcel. Soluciones desde la investigación y los Derechos Humanos. Monográfico de Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 8 extr., 1995, pp. 107-116.

I. SALUDO

Una vez más me encuentro en esta bellísima y acogedora Ciudad de San Sebastián rodeado de muy queridos amigos y colegas. Con el profesor Beristain, alma de estas inquietudes en las que lo humano, si se me permite la expresión, sobrepasa a lo científico con ser ésta una parte muy importante del excelente trabajo que realiza el Instituto Vasco de Criminología que él dirige con tanto acierto, con tanta sensibilidad y con tan renovada ilusión y con tantas personas amigas.

En la Mesa Redonda voy a compartir la exposición, que va a moderar el ilustre Viceconsejero de Justicia del Gobierno Vasco D. Iñaki Sánchez, con otros dos queridos amigos y compañeros, el profesor D. José Luis de la Cuesta, Vicerrector de la Universidad del País Vasco y colega de innumerables aventuras humanas y jurídicas, Catedrático joven y sin embargo con un bagaje de experiencias y conocimientos científicos realmente excepcional, y el Eurodiputado y Presidente de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, el ilustre jurista y abogado D. Juan María Bandrés, por el que siempre he sentido un especial respeto por la hondura de su pensamiento y la firmeza de sus convicciones.

Los temas por los que discurren las correspondientes Mesas Redondas y Ponencias son de un extraordinario interés y exigen para su cabal desarrollo unos conocimientos y una preparación de los que carezco. Así pues, mi intervención con la venia de nuestro Moderador va a consistir en exponer de la manera más lisa y sencilla que me sea posible algunas mínimas reflexiones que sobre el Tema general de este II Coloquio se me han venido una vez más a la cabeza y al corazón, como consecuencia de mi muy larga experiencia judicial, unida inseparablemente al conocimiento de la realidad social que nos rodea, de la que no puede prescindir el Derecho –y el artículo 3.1 del Código civil es buena prueba de ello– porque sobre la misma ha de actuar siempre e incondicionadamente el jurista, so pena de construir sus edificaciones en el vacío o sobre arenas movedizas.

II. ARMONÍA Y PROPORCIONALIDAD

Lo primero que tiene que ser un Ordenamiento jurídico es armónico. Armonía es la conveniente correspondencia de unas cosas con otras, ajustamiento y correcta combinación. Tras la armonía, y con ella, viene el Equilibrio, que es ecuanimidad, medida, sensatez en los juicios y en los actos, y una y otro conforman la proporcionalidad, sobre la que tantas cosas importantes han dicho los profesores Nicolás González Cuéllar y Vicente Gimeno Sendra, que a mi entender consiste en la exigencia de adecuación temporal, espacial y personal entre el medio que el Derecho utiliza y el efecto que con él quiere conseguirse.

La proporcionalidad es la conformidad de las partes con el todo. En el Derecho procesal penal su incidencia es extraordinariamente grande. Lo que la ley dice respecto de la prisión provisional o sobre las diligencias de investigación relativas a la entrada y registro en un domicilio, a la intervención telefónica o de la correspondencia llamada postal, (cuyo ámbito en la actualidad extravasa lo que tradicionalmente se ha conocido por tal) o a la propia intervención corporal, (de la que escasamente se hace eco nuestro Ordenamiento jurídico, pese a su trascendencia), ha de partir siempre de

la proporcionalidad, esto es, de un correlato que una inexcusablemente, de manera imprescindible, la medida y el efecto. Desde ella el juez debe examinar si entre la medida cautelar con toda la cohorte de consecuencias gravosas, (afectación de la intimidad, de la propia dignidad de la persona humana) –otra cosa son las que se toman respecto a personas jurídicas– y la consecuencia existe la debida proporcionalidad.

Los dichos populares son, en general, muy expresivos. Si me lo permiten, recuerdo ahora ese viejo consejo de no matar moscas con cañonazos. Pues bien, con todos mis respetos, esa sensación puede producir en la persona afectada y en la propia sociedad en la que la medida se aplica, que se intervenga un teléfono para descubrir un delito no grave o que se entre en un domicilio particular para registrarla en búsqueda de un hecho delictivo no especialmente importante. Más aún que se “intervenga” un cuerpo humano en búsqueda de hechos delictivos no merecedores de penas graves.

Hay que tener en cuenta que en todos estos casos se está frente a una persona humana que goza de la presunción de inocencia, reconocida expresa y solemnemente en el art. 24.2 de la Constitución y que cuando tales diligencias resultan infructuosas por error en el diagnóstico, algo irreparable queda en quienes las sufrieron: una cierta sensación de humillación que, a veces, por razón de la propia investigación es inevitable, pero que sólo alcanzará verdadera justificación jurídica y moral cuando la probabilidad y la proporcionalidad estén presentes.

Como en tantas ocasiones he dicho, la primera y principalísima víctima de un proceso penal es precisamente el acusado o imputado inocente. A evitar errores en este sentido se encamina, cada día de manera más decisiva, el proceso penal.

Por ello, sin duda, el borrador de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, ha configurado una de estas medidas cautelares; la principal, es decir, la prisión provisional o preventiva, en función de unas exigencias específicas y concretas: anticipando una especie de audiencia preliminar contradictoria antes de decidir la medida y no pudiendo decretarla si el Ministerio fiscal o alguna parte acusadora no se lo pide al Juez.

III. IGUALDAD

El art. 14 de la Constitución declara que los españoles (y si se examina cuidadosamente su contexto hay que entender, salvo excepciones muy cualificadas, que todas las personas físicas) son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

A esta idea hay que sumar esta otra: la dignidad de la persona humana, cualquiera que sea su nacionalidad conlleva una serie de importantes consecuencias. El artículo 10.1 de la Constitución parte de ella y de otras circunstancias para hacer de las mismas el fundamento del orden político y de la paz social.

El art. 15 se refiere a todos al defender la vida y la integridad corporal y moral, el 17 en orden a la libertad a toda persona, el 18 garantiza, sin excepción en este orden de cosas, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el 20, 21 y 22 reiteran el reconocimiento a determinados e importantes derechos (asociación, reunión, etc.) sin condicionarlo a la nacionalidad española, y los artículos

24 (básico en el capítulo de las protecciones: "Todas las personas tienen derecho ...") y el 25 ("Nadie puede ser condenado o sancionado...") parten del presupuesto de la persona humana sin más adjetivos.

Por ello, la desigualdad no justificada constituye un agravio a la propia proporcionalidad, a la armonía y al equilibrio; es decir, constituye una injusticia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dicho que hay discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable y que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada; esto es, debe existir una proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida. En definitiva, lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación cuando una distinción de trato carece de justificación (SS del TEDH de 16 y 26 de enero de 1984).

El Tribunal Constitucional (TC) en S. 103/1990, de 4 de junio, establece que el principio de igualdad puede vulnerarse cuando se aplican las normas con un criterio interpretativo que produzca o no corrija el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparadas.

Como dice el profesor y magistrado del TC, Gimeno Sendra, de la vigencia del principio de proporcionalidad, unido –como ya dijimos– al de igualdad en su base de partida, se deducen, según también indicamos, una serie de consecuencias prácticas de extraordinario relieve.

IV. EL NACIONAL Y EL EXTRANJERO

La igualdad de los seres humanos, sentida o debida sentir por todos como uno de los más elementales principios de nuestra convivencia, ha sido en la actualidad, puesta científicamente de manifiesto, como dice el profesor Macarulla, merced al descubrimiento del Código genético, que aportó una de las pruebas más concluyentes de que todos los seres humanos somos hermanos; es decir, de que procedemos de una célula ancestral común. El pasado día 26 de mayo de este mismo año el diario "El País" recordaba por boca de un ilustre investigador que el ADN masculino indica un origen común de la especie humana hace 270.000 años.

Combinando todos los datos imaginables sobre el caldo prebiótico, estudiando la composición de los sedimentos de los que fueron fondos marinos y completándolo con el estudio genético a nivel molecular de los seres vivos actuales, se puede reconstruir con grandes probabilidades de acierto, cómo se desarrolló la vida en el Planeta Tierra.

No sólo por ello, sino por infinitas razones ha llegado el momento de acabar con tantísimos años de pretendida y falsa superioridad de unos sobre otros, de desprecios y de humillaciones que a quien rebaja y deshumaniza es al que humilla, no al que se ha querido humillar. Esto debe terminar para siempre y de manera definitiva. Todos estamos en condiciones de contribuir a que esto suceda.

Acaso esto pueda explicar bien la diversidad dentro de la unidad, las infinitas posibilidades, dentro todas de la más absoluta ortodoxia, de los principios universales de pacífica y justa convivencia, de organizar la vida social, política y jurídica de una comunidad dentro siempre de los grandes principios que emanan de la propia justicia.

La diferencia entre el nacional y el extranjero debe ser de naturaleza administrativa, sin olvidar nunca que detrás de cada ser humano, mujer u hombre, hay un ser muy parecido a los demás con sus virtudes y defectos, con su drama íntimo y muchas veces hondo, sobre todo cuando se desconoce la lengua de la tierra en que se vive y las costumbres y usos de sus habitantes. En estos casos lo que debemos hacer es reforzar la comprensión y la ayuda, para evitar que la vida aislada y en solitario pueda producir añadidamente un profundo desamparo.

Las agresiones físicas o morales por razón de su etnia o de su procedencia son intolerables en nuestras sociedades. Por ello, ésa es mi modesta opinión, de unos ideales de fraternidad universal hemos de partir si queremos realizar de corazón la justicia.

V. LA XENOFOBIA

La xenofobia se define como odio, repugnancia u hostilidad hacia los extranjeros. Cuando hay xenofobia es necesario buscar enseguida el porqué de esta animosidad, qué es lo que se esconde detrás de estos sentimientos, y generalmente se encuentra egoísmo. No nos damos cuenta de que nosotros mismos, nuestros familiares o allegados, han podido o pueden sentir la necesidad de emigrar, de construir sus vidas fuera de su tierra y que ninguno de nosotros aceptaría esta situación.

A mi juicio lo que suele existir no es odio al extranjero, sino una animosidad a cierto tipo de extranjeros o de nacionales, a los pobres, a los depauperados, a los indigentes, a los que están económicamente muy por debajo de nosotros y que por esta razón nos hacen la vida incómoda. El arquitecto, médico, biólogo, economista, profesor, etc., cualquiera que sea su nacionalidad y su raza, suelen ser bien recibidos. Es el pobre africano que arriba a nuestras tierras porque en la suya no podía vivir, es el conjunto de personas gitanas que con muy pocas posibilidades de supervivencia digna, por razones económicas, nacidas a su vez de su falta de preparación, se instala en las proximidades de un barrio en el que las personas que lo forman viven dentro de un cierto clima de normalidad social y económica.

En tales circunstancias, en vez de buscar entre todos con las correspondientes autoridades, fórmulas de convivencia y de armonía, comprendiendo las razones del rechazo y tratando de evitarlas, es más fácil echar todas las culpas a esa zona de emigrantes molestos y emprenderla contra ellos. Culpables de esta situación somos todos.

Algunos ejemplos dolorosos hemos vivido recientemente en este orden de cosas, con vergüenza como humanos, sin explicarnos cómo podemos caer en esta degradación.

El legislador ha llevado a cabo hace muy poco tiempo una modificación del Código penal en este sentido. La reforma, prescindiendo ahora de aspectos técnicos que en este momento no interesan, la aplaudo porque las leyes, especialmente las penales, suelen tener un efecto pedagógico al trascender a la opinión pública un rechazo legislativo-social de determinadas conductas o comportamientos al más alto nivel. (Ley Orgánica 4/95, de 11 de mayo, de modificación del código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio).

Al actual art. 137 bis del Código penal, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/83 (V. Convenio de 9 de diciembre de 1948, para la prevención del Genocidio, al

que se adhirió España el 13 de setiembre de 1968; v. también art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 77.6 del Código Penal Militar y 6.3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), se añaden nuevas formas de reacción punitiva frente a comportamientos especialmente graves.

Pero lo más importante, sin desconocer el valor de estas realidades, es el concienciamiento de todos los ciudadanos, en este sentido, en el convencimiento, como antes dije, de que el extranjero no es un extraño sino un hermano nacido en otra tierra.

VI. LA DIGNIDAD, LA INTIMIDAD Y LA PERSONALIDAD DE LOS SERES HUMANOS

En este sentido debo expresar una idea que tengo muy arrraigada y que me parece esencial. La dignidad, la intimidad y la personalidad de cualquier ser humano han de respetarse siempre y hablando en términos procesales cuando la persona es un acusado y también cuando se transforma en función de una sentencia penal firme, en un condenado.

Es evidente que, si como dijo Cornelutti, el delincuente delinque porque le falta amor, ¡qué podemos decir respecto de aquellas situaciones en las que frente a una persona que cometió un delito, cualquiera que sea su naturaleza y circunstancias, la sociedad no hace otra cosa que destilar odio, venganza y rechazo! De mi época de Director del Servicio Jurídico y Técnico de Instituciones Penitenciarias obtuve en éste y en otros aspectos, una experiencia, a mi juicio, especialmente valiosa.

No cabe duda de que mientras no se “invente” algo mejor que las cárceles, éstas van a continuar, pero aun partiendo de esta idea y sin olvidarnos de buscar y encontrar fórmulas alternativas a la prisión, es preciso hacer del Establecimiento penitenciario algo menos inhóspito e inhumano. (En este momento debo citar el trabajo muy valioso que realiza el IReS de Barcelona y su Director Enric Poch).

Los funcionarios, por lo menos ésa fue mi experiencia, en una gran proporción, hacen todo cuanto pueden, pero pueden poco, por humanizar la prisión. El problema está en el sistema, aun reconociendo los logros y los avances que en este sentido, según los datos que poseo, obviamente no contrastados por mí, se están produciendo.

Lo que quiero decir es que la orientación que la Carta Magna señala a las penas privativas de libertad y a las medidas de seguridad en el sentido de dirigirlas hacia la reeducación y reinserción social, sin que puedan consistir en trabajos forzados (el art. 15 prohíbe las penas o tratos inhumanos o degradantes, conforme al art. 25.2) ha de tenerse constantemente presente.

En todo caso complementaría esta idea con estas observaciones:

1) No sólo las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad han de tender a la reeducación y reinserción social, sino todas. Por ello patrocino otro sistema sobre pautas de certeza y taxatividad (cfr. profesor Vives Antón, Magistrado también del TC) en el que exista más imaginación y se establezcan otras penas alternativas con exigencia de motivación judicial en su fijación.

2) No sólo las penas sino el proceso mismo y, si se prefiere, el procedimiento penal todo desde su iniciación con la intervención policial (que es la regla general) ha de estar orientado a esta misma finalidad. El trato de la policía, de los funcionarios de prisiones, serio pero profundamente humano, respetuoso con la dignidad, la intimidad y la personalidad de los detenidos y presos puede constituirse en elemento de reeducación de vidas y de inclinación, a través de un trabajo bien organizado, a nuevos y positivos comportamientos.

VII. SIMPLIFICACIÓN DEL SISTEMA NORMATIVO

Frente a quien desconoce la historia y hasta las formas actuales y más elementales del país al que acaba de llegar en concepto de refugiado, de minoría étnica no integrada, o religiosa o, simplemente como emigrante para encontrar un trabajo, cuanto más complejo es el sistema jurídico, peor.

El número impresionante de normas de derecho, su complejidad, a veces su propia desarmonía, crean inseguridad, incertezza y, en los supuestos a los que nos estamos refiriendo, pueden originar miedo y honda preocupación: papeles y más papeles, revisiones, controles, etc.

Por ello me parece importante, y, en ocasiones, ni siquiera es difícil conseguirlo, quintaesenciar el sistema ofreciéndolo en sus líneas más limpias y fáciles de entender. Estoy seguro de que se hace todo lo que se puede, pero hay que intentar hacer más.

La legalidad es siempre, como dice el profesor Elías Díaz, un progreso respecto de la arbitrariedad. El reino de la arbitrariedad es el reino de la total inseguridad y, con ello, de la inevitable falta de libertad. Seguridad, Justicia y Libertad son, en efecto, valores que se dan conexionados y en permanente interrelación, aunque con cierta frecuencia esa misma relación presente un carácter conflictivo.

El abrumador número de normas jurídicas de muy distinta significación, rango, generalidad, ambigüedad y, a veces, aparente o realmente contradictorias que el Estado moderno de nuestro tiempo se ve obligado a generar, dijo el profesor García Pelayo, primer presidente del TC, tiende a producir un laberinto normativo en el que difficilmente puede orientarse el ciudadano, de tal modo que tal profusión normativa, lejos de garantizar la seguridad jurídica, tiene el efecto perverso, es decir, ni buscado, ni previsto, ni deseado, de crear una situación de inseguridad que sólo es cancelable por mediación de los tribunales.

Si ni siquiera los jueces pueden alcanzar en ocasiones el verdadero sentido y alcance de las normas que han de aplicar, el desajuste del sistema es inevitable, en mayor medida para quienes son extraños a él.

Para corregir este estado de cosas es necesario, a mi juicio: 1) buscar fórmulas de ordenación jurídica lo más sencillas y fáciles de entender, sobre todo cuando están destinadas a un gran número de personas, entre las que normalmente se encuentran gentes que, por desgracia, carecen hasta de los más elementales niveles de cultura y de formación y 2) establecer, como señaló el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, D. Pascual Sala Sánchez, un recurso de casación

capaz de armonizar con eficacia y prontitud el Ordenamiento jurídico en cuanto afecta a la aplicación de las leyes por todos los jueces y tribunales del Estado.

VIII. EL PROCESO PENAL

Afortunadamente, el proceso laboral alcanza, en general, niveles de entendimiento superiores a los demás (cfr. profesores Alonso Olea y Montero Aroca, entre otros) y ojalá que estas conquistas de simplificación, inmediación y contradicción no se pierdan nunca.

Veamos ahora el proceso penal. Es elemental reconocer que estas minorías que ahora nos preocupan (el marginado pobre, sea por su etnia o raza o por su forma de vida –acaso no le han enseñado otra– cae en un cierto tipo de delincuencia, entre ella desgraciadamente, el tráfico de drogas) alcanzan niveles delincuenciales en muchas ocasiones superiores a los del resto de la población.

Los profesores Beristain y De la Cuesta, entre otros, son avanzadillas nobilísimas en este tipo de preocupaciones. Los dos han expresado sus inquietudes a la luz no sólo de sus sentimientos personales sino también con un apoyo serio en la Ciencia. En esa magnífica Revista creada por el profesor Beristain, EGUZKILORE, han quedado reflejadas en cientos de páginas lo que es y significa esta marginación y sus consecuencias. A su lectura me remito.

Lo que quiero ahora expresar es que en estos casos cabe el peligro de que frente a los principios que gobiernan esta materia (Cfr. Convenio Europeo de Derechos Humanos, de Roma de 1950, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 1966, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros Instrumentos Internacionales) parezca como si en este tipo de situaciones las barreras de las garantías se redujeran, cuando no es ni debe ser así.

La Constitución, aunque tiene, ello no ofrece duda, una proyección general, incide de manera muy especial en el campo del Derecho penal en su triple e inescindible ámbito del Derecho sustantivo, procesal y penitenciario o ejecucional, (arts. 17, 24, 25....). Por ello es tan importante, enlazando con anteriores observaciones, reafirmar la necesidad de fortalecer las garantías procesales, reforzar las exigencias de un trato digno al detenido, preso y en general al acusado y condenado, correspondientemente a su dignidad humana, así como mantener los grados de protección del imputado en el enjuiciamiento penal. Sólo cuando se desiguala lo desigual en aras de la justicia, el sistema alcanza su verdadera y auténtica plenitud.

IX. REFORZAMIENTO DE LA PROTECCIÓN

A mi juicio si todos, y yo el primero, hiciéramos frecuentes ejercicios de meditación sobre lo que pudieron ser nuestras vidas si las circunstancias hubieran sido distintas, probablemente viéramos mejor los problemas a los que se refiere este Coloquio y las correspondientes soluciones.

Por mi parte, muchas veces lo he pensado y lo he dicho en la Audiencia de Bilbao, cuando juzgábamos a personas nacidas al parecer con un destino incierto y a

veces en principio dramático: padres en lucha verbal y corporal permanente, madre dedicada a la prostitución, padre desconocido, ambiente hostil familiar y social, niños abandonados a su suerte, a su mala suerte, sin apenas haber ido a centros de enseñanza... Y en tales circunstancias ¿pueden asombrarnos los hurtos, los robos, los tiros nes de bolso y acaso los atracos a mano armada y toda la fenomenología de la droga?

Sé que es mucho más fácil hablar que hacer, predicar que dar trigo. Somos humanos y todos arrastramos muchas, a veces demasiadas, limitaciones. Lo que quiero decir en este Foro Internacional tan importante, en el que no hay ni puede haber demagogia fácil, es que debemos pensar, analizar, inquietarnos por estos problemas con realismo y serenidad. Acaso no los resolvamos, pero al menos estaremos en disposición de unirnos en ideales comunes y hacer lo que cada uno pueda en su esfera de acción.

En este orden de cosas me parece que quienes nos dedicamos al Derecho tenemos unas obligaciones acaso mayores. Los Abogados, institución imprescindible en un Estado de Derecho, auténticos intermediarios entre las personas y la Administración, entregándose con esa noble pasión a la que se refirió Calamandrei, a la defensa de quienes nada tienen y nada pueden ofrecer ni dar como no sea gratitud, los fiscales escudriñando todo lo que rodea a la persona que delinquió, los jueces poniendo el mayor empeño para descubrir la realidad social que subyace en esas vidas para aplicar las normas que verdaderamente den una respuesta justa a los problemas planteados.

Si lo que digo es correcto y actuamos así, habremos ganado una gran batalla y estoy convencido de que todos, sin excepción alguna, nos alegraremos de ello. Es ésta



De izda. a dcha.: J.M. Bandrés, E. Ruiz Vadillo, I. Sánchez Guiu y J.L. de la Cuesta.

una tarea en la que todos estamos implicados. El profesor Beristain y con él sus colaboradores y entre ellos, de manera muy sobresaliente, el profesor De la Cuesta y otros Ilustres Juristas. El Profesor Beristain, auténtico Maestro de la Vida y del Derecho, y los suyos, están, desde hace muchos años, empleados en esta búsqueda incesante de la verdad a través del Derecho y de la Criminología así como de otras Ciencias como la Psicología, la Medicina, la Psiquiatría, la Estadística, la Sociología, etc.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Con el permiso de todos Vds., queridos amigos, voy a terminar por donde empecé, expresando mi gratitud a todos, a la Organización, a la Ciudad que nos acoge, al profesor Beristain y a cuantos han tenido la amabilidad de acompañarnos.

A los colegas de otros Estados nuestros parabienes y la satisfacción inmensa por este Encuentro que sin duda nos dará fuerza y empuje para seguir cada día más unidos en esta dirección.

Aunque sigamos teniendo incógnitas (recuerdo a este respecto el magnífico Discurso de Ingreso en la Real Academia de Bellas Artes del ilustre escultor Chillida) lo importante es que sepamos poco a poco ir encontrando significado a las sucesivas interrogaciones, que en esto consiste la vida, descubriendo lo trascendental que hay en ella con amplias dosis de amor, de tolerancia y de comprensión a los demás, sobre todo respecto de los que más nos necesitan.

Muchas gracias.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.
 San Sebastián
 Marzo 1999
 291 - 303

VALOR DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS POR LA POLICÍA JUDICIAL EN EL PROCESO PENAL*

Resumen: En el procedimiento penal por delitos, les corresponde al Juez de Instrucción, al Fiscal, a la Policía Judicial, a las partes acusadoras y al propio acusado buscar la verdad material o real durante la fase de investigación. Nada llega probado al juicio oral, y el atestado policial, así como los datos de investigación policial que constan en el mismo, tienen, en principio, únicamente valor de denuncia. Ahora bien, en dichos atestados se pueden encontrar diligencias de distinta significación, ya que la Policía Judicial desempeña funciones que alcanzan un muy especial relieve cuando inciden en el proceso penal.

Laburpena: Delituengatik zigor prozeduran Instrukziozko Epaileari, Fiskalari, Polizia Judizialari, alderdi salatzaleei eta akusatuari berari dagokie, ikerketaren fasean, egi material edo erreala bilatzea. Ahozko judiziora dena heltzen da frogatu gabe eta hala poliziaren atestatuak nola poliziaren ikerketaren datuak, hasieran behintzat, salaketaren balioa baino ez dute. Dena dela, atestatu horietan adierazpen ezberdinak dituzten dili-gentziak aurki daitezke eta hori horrela da Polizia Judizialaren funtazioak zigor prozesuan eragina dutenean berariazko garrantzia dutelako.

Résumé: Selon la procédure pénale, il correspond au Juge d'Instruction, au Procureur, à la Police judiciaire, à l'accusation et au propre accusé de chercher la vérité matérielle ou réelle tout au long de la phase d'investigation. Rien n'est prouvé préalablement au jugement oral: l'attestation policière ainsi que les données des enquêtes policières y présentées n'ont -en principe- qu'une valeur de plainte. En tout cas, on peut y trouver des diligences de très différentes significations, car la Police judiciaire développe des fonctions d'une très spéciale importance lorsqu'elles touchent la procédure pénale.

Summary: In the penal procedure, to seek the real truth during the phase of investigation is the responsibility of the Examining Magistrate, the Public Prosecutor, Judicial Police, the accuser parts and the accused. Nothing is proved until the oral judgement, and the police reports, the same as the police data investigation that it includes, only have a reporting value. However, in these reports it can be found some data with different significance, because Judicial Police fulfills some functions that have a very special importance when affect the penal process.

Palabras clave: Policía Judicial, Proceso penal, Administración de Justicia, Derecho penal, Principio de legalidad, Atestado policial.

Hitzik garrantzizkoenak: Polizia Judiziala, Zigor Prozesua, Justiziaren Administrazioa, Zigor Zuzenbidea, Legezkotasun oinarria, Poliziaren Atestatua.

Mots clef: Police judiciaire, Procédure pénale, Administration de Justice, Droit pénal, Principe de légalité, Enquête policiale.

Key words: Judicial Police, Penal Process, Administration of Justice, Penal Law, Principle of Legality, Police Report.

* Eguzkilo. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 11, 1997, pp. 99-111.

1. SALUDO Y AGRADECIMIENTO

Sobre todo quiero agradecer al Profesor Beristain, uno de nuestros más grandes penalistas y juristas, su amabilidad al invitarme a participar en las tareas docentes del Instituto de Criminología del País Vasco, cuyo prestigio es hoy, por fortuna, universal, lo que hago con enorme satisfacción y orgullo.

Al ilustre Catedrático de esta Universidad Prof. José Luis de la Cuesta, unido entrañablemente al profesor Beristain, y a todos sus colaboradores, el saludo cordialísimo y la gratitud por el magnífico trabajo que realizan día a día en este Instituto que tanto contribuye a la realización de la Justicia, impregnando de los valores universales de Justicia, de Paz, de Igualdad, de Solidaridad, a cuantos por él pasan. Y también a Inmaculada, cuyo trabajo callado, pero extraordinariamente eficaz, va unido siempre a su simpatía y encanto.

Estoy seguro de que nada de lo que voy a decir les es desconocido; por consiguiente, mi presencia ante Vds. no tiene ni puede tener otra significación que exteriorizar los sentimientos a los que acabo de referirme.

2. LA LLAMADA CRISIS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Por el título de este apartado, es fácilmente deducible que no estoy de acuerdo con esta aparente realidad que tanto se pregoná. La justicia goza de buena salud. Los jueces, ello es obvio, nos equivocamos y nos equivocamos todos los que estamos en la primera línea de la Administración de Justicia y los que están en la última. Todo consecuencia de nuestra naturaleza humana, que no da más de sí. Si esto fuera de esta manera siempre y en todas partes, la Administración de Justicia y cualquier otra actividad estarían constantemente en precario. Lo que sí existe es una crisis de crecimiento y una cierta convulsión de ideas desde el punto de vista social y político que influye naturalmente en el Derecho.

Cuando constato el trabajo ilusionado de tantos y tantos jueces, fiscales, secretarios, personal colaborador, abogados y procuradores, peritos y la inmensa mayoría de los que forman la policía judicial, me preocupa que cunda el desaliento y el escepticismo ante tanta desconfianza e infravaloración de su trabajo, lo que, en mi opinión, tampoco es verdad.

3. EL DERECHO PENAL

La sociedad tiene que tener un sistema para gobernarse. Ninguna comunidad ha podido vivir en el pasado, ni lo podrá hacer en el futuro sin estas reglas que son las que llamamos Ordenamiento jurídico: Derecho, en definitiva.

Como las relaciones entre las personas y los grupos sociales son muy complejas, ese Ordenamiento jurídico se divide y subdivide en muchos sectores o áreas: Derecho constitucional, Derecho administrativo, Derecho tributario, Derechos civil y mercantil y, por supuesto, Derecho penal.

Aquellos comportamientos de quienes componen una comunidad de personas, que se consideran gravemente atentatorios a una convivencia, dentro de una cierta

paz, se consideran delitos o faltas y se tipifican en unos textos legales, y quienes los desobedecen son sancionados con penas y/o medidas de seguridad.

El Derecho penal, que asocia a determinadas conductas penas que pueden incluso privar de libertad a los infractores, hoy por hoy es imprescindible, aunque entre todos debamos reflexionar todo cuanto nos sea posible por perfeccionarlo, y este perfeccionamiento pasa, y en ello ha puesto el acento de manera constante el Profesor Beristain, por su humanización; esto es, en no perder de vista jamás que aquél a quien imponemos una pena es un ser humano, muy próximo a nosotros, a quien muchas veces el desarrollo de su existencia le fue absolutamente adverso y hostil. En definitiva, como señaló Díaz Palos, el principio de Humanidad ha de integrarse dentro de los principios esenciales del Derecho penal.

El Derecho penal tiene una característica muy específica, que consiste en que bajo este concepto unitario debemos integrar el Derecho penal sustantivo (el que tipifica los hechos constitutivos de infracciones penales), el procesal penal (el conjunto de actividades para alcanzar la verdad), el penitenciario (la forma y manera de cumplimiento de las penas privativas de libertad) e incluso la organización de los Tribunales, donde incluiríamos la parte que corresponda a los Jueces y Tribunales, a las Fiscalías, a la Abogacía, y también a la Policía.

4. EL FIN DEL DERECHO PENAL

Como ya hemos indicado, al Derecho penal corresponde (en definitiva, a los ciudadanos a través de sus legítimos representantes que son los legisladores) establecer qué conductas merecen ser calificadas como delitos y faltas, fijar las penas y medidas que se van a asociar a las mismas, y de qué manera, con el máximo de garantías para evitar el error judicial, se debe proceder en la búsqueda de la verdad, que es la plataforma de la actuación de los jueces y tribunales penales, así como el modo en que han de cumplirse, también con una serie de garantías absolutamente necesarias, las penas, todas, pero especialmente las privativas de libertad.

5. A QUIÉN CORRESPONDE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD MATERIAL

Antes de nada hemos de indicar que esta “verdad material o real” no puede alcanzarse a cualquier precio, sino tan sólo dentro del sistema de garantías que el propio Sistema establece, por ejemplo, no se puede utilizar la tortura para descubrir la verdad, (v. arts. 174, 176 y 177 del nuevo Código penal); es decir, la utilización de esta forma de intentar conocer la verdad es ya, por sí misma, delito. Pero tampoco se puede intervenir un teléfono sin cumplir las exigencias legales, ni entrar y registrar un domicilio, ni ocupar la correspondencia, ni llevar a cabo reconocimientos corporales, etcétera, porque con independencia de otras consideraciones, estas “pseudopruebas” no valen para nada en el proceso penal, como más adelante veremos.

El procedimiento penal por delitos (las faltas se regulan de otra manera) consta de dos fases: una de investigación y otra de enjuiciamiento.

En la primera fase (que es preparatoria de la segunda) corresponde buscar esa verdad a la que ya nos hemos referido al Juez de Instrucción, al Fiscal, a la Policía

Judicial y a las partes acusadoras y al propio acusado, para demostrar su inocencia o su menor culpabilidad o participación.

Pero, en realidad, corresponde especialmente al Juez de Instrucción competente, como dice el profesor Gimeno Sendra, la labor de introducción del material de hecho a la fase instructora (art. 306 LECrim.) para lo cual puede disponer la práctica de cualquiera de los actos de investigación de los contemplados en los Títulos V al VIII del Libro II de la LECrim., todo ello sin perjuicio de la aportación de hechos que pudieran realizar las partes acusadoras en sus escritos de iniciación (arts. 259 y ss. y 270 y ss. LECrim.). Y también, como ya hemos indicado, el propio acusado, que puede instar la práctica de diligencias o aportar documentos, informes periciales, etcétera, que acrediten su inculpabilidad o su menor participación, o la presencia de circunstancias que hubieran de actuar en la determinación de la pena.

6. ACTIVIDAD PREPARATORIA Y PRUEBA

Aunque más adelante volveremos a hacer referencia a este importante tema, nos corresponde ahora, anticipándonos a lo que luego se dirá, señalar que una cosa son las diligencias de investigación (preparatorias) y otra distinta, la actividad propiamente probatoria.

Nadie se puede alarmar frente a este sistema de garantías. Es la Policía la primera, a mi juicio, que tendrá interés en que el Sistema responda a estas coordenadas porque sólo así quedará a todos la tranquilidad de conciencia de haber procedido de tal manera que los márgenes de error, siempre posibles como en toda tarea humana, se reducen al mínimo.

En principio, aunque hayan de hacerse determinadas precisiones, sólo servirá para probar el hecho delictivo, aquello que se acredite en el juicio oral, no lo que “teóricamente” se haya probado extramuros del proceso propiamente dicho. Sólo puede servir de plataforma a la condena aquello que el juez o tribunal que va a sentenciar, “ve”, “oye” y “capta” por sus ojos, por sus oídos y por sus sentidos.

Con toda obviedad, todas estas afirmaciones admiten modulaciones, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo es buena prueba de ello. En el diseño y en los contornos y fronteras de este principio de inmediación y de contradicción real o potencial tampoco hay unanimidad.

En mi modesta opinión, que someto a cualquier otra, el sistema de plenitud de garantías produce unos beneficios a lo que podemos llamar el espíritu de la sociedad, a la tranquilidad de conciencia de una comunidad bien formada en estos ideales, en el sentido de que es muy preferible la absolución de algunas personas que merecerían ser condenadas, a la condena de quien es inocente.

Como a veces los ejemplos prácticos valen más que explicaciones extensas y pormenorizadas, voy a recoger aquí dos votos particulares de quien tiene la satisfacción de hablarles, formulados con especial respeto a la mayoría que decidió en sentido contrario, como expresión de cuál debiera ser, en mi modestísima opinión, el régimen jurídico a seguir.

El primer voto particular (al que se adhirió el magistrado D. Fernando García Mon y González Regueral) se refiere a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre de 1997, en una cuestión de constitucionalidad en relación con el artículo 380 del nuevo Código penal de 1995, que tipifica como desobediencia grave la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia. La sentencia, a la que expreso mi admiración por lo bien que está construida, parte de unos presupuestos de los que discrepo. Muy en resumen: obligar a una persona, bajo la amenaza de incurrir en un delito castigado con pena privativa de libertad, a someterse a las correspondientes pruebas de alcoholemia o de detección de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, pruebas que pueden llegar a la extracción de sangre para su posterior análisis clínico, representa en la práctica imponer al acusado (cfr. la relación del art. 380 con el 379 del Código penal) la carga de colaborar con la acusación para el descubrimiento de la verdad en términos incompatibles con las fronteras que deben existir en el ejercicio en libertad del derecho de defensa. Aparte de la incongruencia que supone que la pena que se asocia por esta falta de colaboración sea superior a la que le hubiera correspondido por el delito que se trata de descubrir.

El segundo voto particular (los dos muy recientes) al que se adhirió el Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, se formalizó frente a la STC 172/1997 de 14 de octubre de 1997, recaída en el Recurso de amparo núm. 4.125/94.

En líneas muy generales, el problema era el siguiente: el Juez de lo Penal, en una causa por presunto delito de robo con violencia en las personas, dictó una sentencia absolutoria porque en él nació, al presenciar directamente la prueba, y más en concreto al oír a la testigo-víctima del delito, la inquietud sobre dónde estaba la verdad (sin duda la prueba de reconocimiento ofrece flancos muy vulnerables desde la perspectiva de la certeza necesaria para que el mismo produzca todos sus efectos). Frente a esta sentencia absolutoria el Ministerio Fiscal recurrió ante la Audiencia Provincial y ésta, sin practicarse ante ella ninguna prueba, examinando la declaración según constaba en el acta correspondiente, sin ver ni oír ni captar las expresiones de la testigo (los gestos, el silencio –recordemos algunas expresiones que respecto al silencio hizo el profesor Laín Entralgo y nuestro compañero Soto Nieto–), etcétera, condena. En mi modesta opinión, es evidente que también el Juez de la apelación (me remito a las muy interesantes consideraciones hechas por los profesores Gómez Orbaneja y Vázquez Sotelo en este punto) puede valorar la prueba y lo puede hacer de manera distinta, con distinta conclusión a como lo hizo el juez de la primera instancia, pero para llevar a cabo esta tarea ha de encontrarse situado en la misma posición que este último juez. Obviamente, un informe pericial, un documento, etcétera, podrán recibir distinta apreciación para uno y otro juzgador, pero lo que no podrá hacer, repito que en mi modesta opinión, es valorar una prueba que como no se practicó ante él y en la que era imprescindible la inmediación que no existió, desde el punto de vista del proceso, es invaluable para el segundo juzgador, a no ser que con una interpretación, tal vez un poco revolucionaria, se entendiera que el art. 795 en su regla 3^a LECrim. admite una nueva interpretación que patrocino, en el sentido de que cuando frente a una sentencia absolutoria se recurra por las acusaciones para obtener otra condenatoria, es posible que quien recurra proponga la repetición de la prueba testifical que sirvió de soporte a la absolución.

Por eso vengo proponiendo desde hace bastantes años, sin éxito alguno, que tanto las declaraciones que se prestan en los Juzgados de Instrucción, en la fase de investigación, que tras su lectura en el juicio oral, si no resulta posible la presencia física de la persona declarante, pueden servir para la condena, como la totalidad de los juicios orales en las Audiencias, tanto si conocen del asunto vía apelación como si lo hacen en única instancia, sean tomadas en vídeo con imagen y sonido, con lo que es evidente que la inmediación y la posibilidad de contradicción alcanzan una dimensión muy próxima a la que se produce cuando el juzgador ve y oye lo que ante él se está produciendo.

¿Cuándo se decidirá el legislador a establecer la doble instancia en materia penal en todos los casos, para cumplir así el mandato del art. 15.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y sobre todo para dar mayor garantía a la justicia? A mi juicio, reduciendo todo lo posible el número de aforados, esta fórmula sería aplicable incluso cuando actúa en instancia única el Tribunal Supremo, por tratarse de tales aforados y pese a lo que señala el Protocolo núm. 7, art. 2º del Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma, porque la doble instancia, aunque tenga algunas limitaciones, permite ver el problema desde otra muy distinta perspectiva, partiendo de la rectitud de cuantos intervienen en la Administración de Justicia, de la que parto siempre y con especial satisfacción.

7. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio representa, por así decirlo, la base sobre la que hay que construir todo el Ordenamiento jurídico, y sobre todo el Derecho penal. Principio de legalidad que viene referido al Derecho penal sustantivo, al procesal penal y al ejecucional y, dentro de él como una modalidad, la principal, al Derecho penitenciario.

Cuando se observa desde una cierta superficialidad el Derecho penal nos da a todos la impresión de que se trata de un ordenamiento represor, contenido y contínuo de prohibiciones, de persecuciones frente a muchas formas de comportamiento. Y esto puede ocurrir en determinados Códigos penales, porque no es lo mismo Derecho penal, desde la altura en que debe contemplarse, que cada uno de los Códigos penales que deben examinarse para decidir sobre su legitimidad, especialmente la material más que la formal, en función de la presencia de una serie de valores que, para el entorno cultural al que pertenecemos, son esenciales.

Son muchas las veces en que cito una preciosa frase del profesor Beristain referida al Derecho penal. De él ha dicho nada menos que es un manantial de libertades. Y así es.

Algunos han señalado de él (y de su reflejo en la Ley formal en cuanto emanación de la voluntad popular expresada por sus legítimos representantes, art. 66 de la Constitución) que es una Constitución negativa. Y tienen también razón.

Otros han dicho que los Códigos penales son como una especie de normas protectoras del delincuente y también es acertada la asimilación.

Uno de los valores más esenciales en una sociedad que quiera vivir en paz dentro de unos parámetros de convivencia en justicia es el valor certeza o seguridad. Es decir,

que el ciudadano sepa a qué atenerse. Que si acata en sus comportamientos externos (en el pensamiento y en la exteriorización del mismo, dentro del respeto debido a los demás nadie puede interferirse) los mandatos que son realmente prohibiciones, salvo excepciones muy cualificadas, nadie puede, desde la perspectiva del sistema jurídico imperante, reprocharle su comportamiento; es decir, que puede vivir tranquilo, sin temor a ningún tipo de sanciones.

El profesor Del Rosal decía: si la justicia da sentido y razón al ordenamiento jurídico-penal; si, en cierto modo, constituye el principio moral y metafísico por excelencia del ámbito penal, la seguridad jurídica, expresada en el “ius positum”, de estilo claro, conciso y cierto, tiene su cabal expresión en varios aspectos, entre ellos en el principio de legalidad de los delitos y penas.

El profesor Muñoz Conde dice: el principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva, e incluye una serie de garantías para los ciudadanos, que pueden reconducirse precisamente a la imposibilidad de que el Estado intervenga más allá de lo que le permite la ley.

La idea de taxatividad y certeza que debe imperar en la ley penal es fundamental. Como dice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, las exigencias derivadas del principio de legalidad y tipicidad (art. 25.1 CE), en el ámbito del derecho sancionador, es decir no sólo del Derecho penal propiamente dicho, son la existencia de una ley –*lex scripta*–, que la ley sea anterior al hecho sancionado –*lex previa*– y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado –*lex certa*– (SSTC 133/87 de 21 de julio y 246/1991, de 19 de diciembre).

De ello deriva la inclusión implícita en este principio y en este artículo de la Constitución, de la prohibición de la analogía, de la inclusión en la misma del principio “non bis in idem”, etcétera.

Este principio de legalidad se extiende también al Derecho procesal penal y al Derecho penitenciario y, como ya hemos indicado, a todo el derecho sancionador, como puede ser el Derecho administrativo y, a mi juicio, también al Derecho del trabajo disciplinario y de manera más excepcional al Derecho civil, en determinadas situaciones.

8. LA DESIGUALDAD COMO PRINCIPIO RECTOR DEL PROCESO PENAL

Es curioso observar que el proceso penal es una institución que, pese a lo que en muchas ocasiones se dice, prevalece la desigualdad respecto de las partes intervenientes. Se dice que las partes en el proceso penal tienen una igualdad de “armas”. No me parece que sea así, y estimo que es absolutamente correcto que impere la desigualdad, porque en posición desigual se encuentran los que acusan y los que son acusados. Es tarea del Derecho tratar desigualmente a los desiguales para obtener una cierta igualdad.

Veamos algunas de estas situaciones a manera de ejemplos: el acusado tiene derecho a que se le informe de la acusación que contra él se formula, el acusador no tiene derecho a conocer la posición del acusado. (En este sentido nos remitimos a toda la teoría general del principio acusatorio propio del proceso penal, e incluso de todos los procesos sancionadores, como acabamos de poner de manifiesto).

El condenado tiene siempre derecho a recurrir la sentencia que le condena (y así lo dice de manera expresa el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya citado) y, en cambio, este derecho se le puede o no conceder al acusador.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el acusado o imputado tiene derecho a hacer valer la llamada “contaminación objetiva” del juez o tribunal que haya de juzgarle o de instruir contra él un sumario o unas diligencias; en cambio, el acusador no tiene este derecho.

El acusado puede faltar a la verdad en sus declaraciones, pero no puede hacer lo mismo el acusador sin incurrir, si ha lugar a ello, en unas determinadas figuras delictivas.

El acusado tiene a su favor la presunción, aunque sea provisional, de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en virtud de la cual sólo puede ser condenada una persona cuando quien acusa, a través de una prueba advenida legítimamente a las actuaciones que correspondan, ante un tribunal imparcial e independiente, prueba el hecho delictivo y la participación del imputado. No se da, como algunos han pretendido, una especie de presunción de inocencia “invertida” en el sentido de que si el acusador prueba (a su juicio) el hecho y la participación, haya de ser el acusado condenado estimando que en lo que respecta al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, podía abrirse una especie de vía especial impugnatoria para obtener la condena del acusado. El acusador en la casación podrá utilizar en su favor la existencia de una indefensión o el error de hecho en la apreciación de la prueba documental, pero nada más.

9. EL JUICIO ORAL. EL ATESTADO. LA DECLARACIÓN DE LOS POLICÍAS

Ya lo hemos dicho y ahora lo repetimos: en el juicio oral se tiene que acreditar todo. Nada llega probado al juicio oral, salvo los supuestos de prueba preconstituida (que, en definitiva, viene a ser como una extensión, en determinadas circunstancias, del propio juicio oral).

El Tribunal Constitucional, desde la sentencia 31/81, ha venido declarando que el atestado policial, así como los datos de investigación policiales que constan en el mismo tienen, en principio, únicamente valor de denuncia. Lo que, se dice, deriva del art. 297 LECrim.

En este sentido, en SSTC de 30 de enero de 1984, 5 de noviembre de 1985, 30 de octubre de 1989, 18 de mayo de 1990 y un muy largo etcétera, se ha mantenido la anterior doctrina. El atestado, para que se convierta en auténtico documento probatorio, dice el Fiscal Luzón Cuesta, esto es, para que se convierta en auténtica actividad probatoria en el proceso, no basta con que se dé por reproducido en el juicio oral, sino que es preciso que sea reiterado y ratificado ante el órgano judicial, mediante la declaración testifical de los agentes policiales firmantes del mismo, doctrina que, en general, ha sido también seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Esta falta de carácter probatorio del atestado no ratificado ante la autoridad judicial deriva, como ha señalado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, de los artículos 282 y 297 LECrim. a los que nos remitimos y que le atribuyen una función preventiva y el valor de simple denuncia. (V. en este sentido la STC de 23 de enero de 1995).

Ahora bien, dentro de dichos atestados se pueden encontrar diligencias a las que haya que atribuir una distinta significación; por ejemplo, el informe médico que se acompaña al atestado, la ocupación de efectos y en concreto de armas o útiles para cometer el delito de que se trate.

La Policía judicial no está autorizada, en ningún caso, a preconstituir actos de prueba. (V. STC 29 octubre 1993).

Todo ello deriva de los principios que informan el proceso penal al que nos estamos refiriendo. En definitiva, es la doctrina que el Tribunal Constitucional ha manteniendo en orden a la presunción de inocencia. Entre las múltiples facetas de este concepto poliédrico hay una, procesal, que consiste en desplazar el “onus probandi” con otros efectos añadidos. En tal sentido, la presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro exigencias siguientes: 1^a. La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una “probatio diabolica” de los hechos negativos. En cambio, los hechos extintivos, por ejemplo la enfermedad mental (si no la alega la propia acusación, y sobre todo el Ministerio Fiscal que debe hacerlo por imperativo legal de su Estatuto y de la propia naturaleza de la Institución –v. art. 124 CE–) lo debe hacer la Defensa. 2^a. Sólo debe entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano decisor y con observancia de los principios de contradicción, oralidad y publicidad. 3^a. De dicha regla general sólo pueden excepcutarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción. 4^a. La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración. (V. SSTC de 13 de octubre de 1992 y 76/1990 de 26 de abril. V. también art. 120.3 CE).

Todo ello es compatible con el muy especial respeto que merece la Policía, cuya tarea está cargada de dificultades y de complejidades. Lo que sucede es que en un Estado de Derecho la función de juzgar corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, bajo unos determinados presupuestos, entre los que aparece, como ya se indicó, la afirmación de que nada puede llegar probado al juicio oral.

Por ello es tan importante conocer bien la teoría general de la llamada prueba ilícita y también de la doctrina de los frutos prohibidos del árbol envenenado. Sólo la prueba practicada con arreglo a las exigencias constitucionales y del resto del Ordenamiento jurídico será apta para convertirse en soporte de una condena. Todas las demás han de ser expulsadas del proceso con todas las consecuencias.

Es decir, cualquier medio probatorio; por ejemplo, la entrada y registro en un domicilio, una intervención telefónica, etc., si se han llevado a cabo con vulneración de derechos fundamentales no valen para nada y el juez o tribunal competente habrá de declarar su nulidad: como si no hubieran existido. Para el Derecho no existieron, son como una especie de espejismo jurídico. Si fueron practicadas irregularmente, pero sin lesionar derecho fundamental alguno, las diligencias sólo valdrán si se ratifican en el juicio oral y servirán para la condena si llegan a convencer al juez o tribunal.

El problema radica en saber, en determinar, en definitiva, hasta dónde alcanza esa nulidad a la que acabamos de hacer referencia. Por ejemplo, en una intervención tele-

fónica que se ha declarado nula porque en su práctica no se han observado las prescripciones absolutamente imprescindibles para su validez, se descubre que se va a efectuar una operación de tráfico de drogas. Obviamente la conversación misma no se podrá utilizar como base de la condena, pero ¿valdrá ese conocimiento como "notitia criminis"? En mi modesta opinión, no. Por una razón muy sencilla, porque si puede valer como tal noticia (que al conocerse da lugar a una operación policial y, como consecuencia de ella se les ocupa la sustancia y se les detiene), en lo sucesivo de nada servirá que la prueba en sí misma considerada se califique de nula, de inservible, porque lo efectivo, que es el descubrimiento del delito, aunque sea de manera indirecta, se habrá conseguido a través de esa prueba a la que calificamos de nula. La controversia doctrinal y jurisprudencial en orden a este importante problema está muy generalizada en todos los ambientes jurídicos y las soluciones que se apuntan son, en general, diversas y muchas veces contradictorias entre sí. En este sentido es paradigmática la controversia que en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica mantuvieron, con posiciones encontradas, los jueces Cardozo y Holmes.

La solución para mí sólo puede venir por un camino: el de hacer las cosas bien. El de que la Policía actúe siempre conforme a los principios constitucionales: que cuando haya de recibir una declaración, siendo procedente, esté presente un abogado, a ser posible de la elección del declarante, si se trata de un preacusado, porque la presencia de letrado confiere, como es natural, una especial garantía a la declaración, cualquiera que sea el valor que el tribunal haya de conceder a la misma y que cuando practique cualesquiera otras diligencias se ajuste siempre y de manera incondicional a los principios constitucionales y a las categóricas exigencias del resto del Ordenamiento jurídico.

10. CONJUNCIÓN ARMÓNICA DE TODOS LOS PRINCIPIOS

El Ordenamiento jurídico es como un puzzle, todas las piezas han de estar ensambladas de tal manera que funcionen de manera armónica. Cada pieza, sin dejar de tener una cierta autonomía, depende de las demás como las demás dependen de ella.

Todas las normas han de servir al fin último establecido en la Constitución en orden a la realización del valor justicia que se proclama en el art. 1.1 de la Ley Fundamental.

Pero, como ya hemos indicado, este valor de la justicia se ha de llevar a cabo en conjunción con otros varios. La justicia sin certeza o seguridad jurídica, en los términos a los que se refieren los profesores Castán Tobeñas, Hernández Gil, Legaz y Lacambra, Recasens, Díaz Elías, etcétera, no significa nada o significa muy poco. Y otro tanto sucede con la justicia sin igualdad o sin libertad y, por supuesto, sin solidaridad.

En todo caso es evidente que a la conformación efectiva de estos valores ha de contribuir toda la sociedad, todos los ciudadanos; sin esta activa contribución, las declaraciones legales pierden vida. De ahí la importancia de que todos nos esforzemos, y en un lugar muy destacado la Policía Judicial, por conseguir la implantación de estos valores sin los cuales muchas veces la vida no alcanza los niveles necesarios para que pueda ser calificada de digna de personas humanas.

En este sentido, la tolerancia, el respeto a los demás, aunque no sean como nosotros y piensen de manera distinta y aun frontalmente diferente, y sean de otra raza y de otra etnia o color, de una u otra tendencia sexual, etcétera. En este sentido, además de la proyección práctica que en la realización del Derecho penal pueda tener, es de elogiar el tratamiento que en el tema de la discriminación ha llevado a cabo el nuevo Código punitivo de 1995.

Esta es la gran lección que todos debemos aprender y practicar. No sé si a consecuencia de los años y de la experiencia acumulada como juez, fiscal y magistrado, además de como Abogado del Estado y profesor universitario, con miles de alumnos, muchísimos de ellos actualmente maestros y grandes profesionales, a los que recuerdo con especial afecto y gratitud, mi convicción es que convivir, aunque sea una aventura compleja y difícil, no lo es tanto si todos ponemos en ello una auténtica ilusión y el deseo de no dañar a los demás.

11. LA POLICÍA JUDICIAL. TRATO AL PRESUNTO DELINCUENTE. CONSIDERACIONES DEBIDAS A LA VÍCTIMA. OBSERVANCIA RIGUROSA E INCONDICIONADA DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como viene a decir el profesor Pierre-Henri Bolle, toda sociedad democrática conlleva la aparición y manifestación de situaciones de violencia (atentados a las personas) y de diferencias entre los individuos que la componen, cuyo apaciguamiento y la ordenación de estas diferencias no siempre son espontáneas, y si se quiere que las soluciones impuestas coactivamente se cumplan en los momentos contemporáneos a su aparición y desarrollo es absolutamente necesaria la intervención de la Policía.

Pero la Policía, tanto cuando actúa como vigilante de lo que se denomina “orden público” (entendido en el sentido democrático de la palabra) como cuando lleva a cabo tareas de investigación de las infracciones penales, es decir de los delitos, ha de actuar, y así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, con absoluto e incondicionado respeto a los principios y mandatos de la Ley Fundamental y depender directamente del Ministerio Fiscal y/o de los Jueces y Tribunales, puesto que su actuación ha de participar en las mismas o análogas garantías que han de rodear la actuación judicial.

De esta manera, como dicen los profesores Esteban y López Guerra, se asegura, de una parte, la independencia del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo y, de otra, supone una mayor garantía respecto de los ciudadanos, que al acudir directamente al órgano jurisdiccional ven acrecentadas, si cabe, las garantías frente a otros posibles abusos.

El art. 126 de la Constitución dice así: la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.

Como en otras ocasiones, se trata de un precepto que deja abierto el tema de la Policía Judicial, como dice el profesor Almagro Nosete, que responde, en opinión del profesor Alzaga Vilamil, a la mejor ortodoxia de lo que debe ser la labor auxiliar de la Policía en el esclarecimiento de los delitos.

La LECrim., cuyos principios no nos cansaremos de elogiar, asume un concepto de la Policía Judicial amplísimo en su artículo 283, al que nos remitimos, de tal manera que en vez de crear una Policía Judicial propiamente dicha, se valió de la llamada Policía Gubernativa para la realización de las correspondientes funciones de Policía Judicial.

En todo caso, como señaló con acierto el profesor Serrano Alberca, la ordenación que de la Policía Judicial hace, en sus líneas maestras, el citado art. 126 adolece de algunas imprecisiones y sobre todo de contemplar las funciones de dicha Policía de una manera especialmente reducida, teniendo en cuenta que la Policía Judicial puede intervenir e interviene en problemas de desahucios, de lanzamientos, en temas de derecho de familia, de menores, etcétera.

Por consiguiente, y como acabamos de señalar, la Policía en general y la Policía Judicial en particular desempeñan muchas funciones, pero, sin duda, todo cuanto incide en el proceso penal alcanza un muy especial relieve y significación. En este sentido cumple funciones de investigación, presenta denuncias en forma de atestados, actúa a prevención y, por encargo del juez competente o del Ministerio Fiscal, lleva a cabo determinadas tareas importantes en el campo de la preparación del juicio oral correspondiente.

Las denuncias pueden presentarse ante cualquier dependencia policial o puesto de los distintos miembros que integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, (art. 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo y art. 3º del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio), así como ante los funcionarios de la Policía Judicial (art. 4º del Real Decreto 769/1987) debiendo entonces proceder a la práctica de las correspondientes diligencias de prevención, a las que ya nos hemos referido, dando cuenta a la Autoridad Judicial o al Ministerio Fiscal, (arts. 284 y 285 de la LECrim.). Con toda obviedad todo cuanto queda dicho es de aplicación a las Policías Autonómicas y a las Locales.

El atestado, redactado y suscrito con las formalidades que la ley establece, constituye, como también anticipamos, una denuncia o medio de iniciación de la fase instructora (art. 297 LECrim.) pero, como igualmente se indicó, no tiene valor de prueba, salvo cuando recoja datos objetivos o incorpore informes periciales, sin perjuicio todo ello del derecho de la parte acusada de rebatirlos en el acto del juicio oral.

Aunque promulgada con carácter general, parece obligado citar aquí la Orden de 30 de setiembre de 1981, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de setiembre del mismo año sobre "Principios básicos de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado" que, aun sin hacer expresa referencia a la Policía Judicial, a ella le es evidentemente aplicable, tal vez con especial relevancia por la naturaleza específica de las funciones a desempeñar.

En el preámbulo de este Acuerdo se cita de manera expresa la Resolución 690, (1979) del Consejo de Europa relativa a la "Declaración sobre la Policía", adoptada el 8 de mayo de 1979 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

El Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial (v. Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo y Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio), es fundamental y a él nos remitimos íntegramente. Digamos únicamente que en su expo-

sición de motivos se refiere, como es lógico, al art. 126 de la Constitución, a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, que acabamos de citar del Poder Judicial, (arts. 443 a 446) y a la Ley Orgánica 2/1986 también citada, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La Ley está dividida en seis capítulos que tratan de la siguiente materia: I. De la función de la Policía Judicial. II. De las unidades de la Policía Judicial. III. De los criterios y normas de actuación de las unidades orgánicas de la Policía Judicial. IV. De las unidades de la Policía Judicial adscritas a determinados juzgados, tribunales y fiscalías. V. De las Comisiones de coordinación de la Policía Judicial y VI. De la selección de las Unidades orgánicas de la Policía Judicial.

Los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas que tienen estas competencias, recogen en su articulado una expresiva referencia a la actuación de las Policias Autónomas como Policía Judicial, en el mismo sentido que se ha señalado con anterioridad y de acuerdo, como es lógico, con la Constitución.

En este sentido, la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, dice en su artículo 17.3 que la Policía Judicial y Cuerpos que actúen en esta función dependerán de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal en las funciones referidas en el art. 126 de la Constitución y en los términos que dispongan las leyes procesales.



De izda. a dcha.: E. Fernández, L.E. Pettiti, E. Ruiz Vadillo, Mª J. Conde, M. Fernández y L. Navajas.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
305 - 309

PRÓLOGO A

DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS DESDE EL PAÍS VASCO

(La Cátedra universitaria en la sociedad mediática)*

Presentar una obra del profesor BERISTAIN es, para quien ahora lo hace, un muy alto honor y una de las mayores satisfacciones que en mi dilatada vida universitaria y judicial he recibido, gracias a la generosidad y al talante que caracterizan el modo de actuar de tan ilustre profesor y Maestro. No tengo ningún mérito para llevar a cabo esta tarea, respecto de una obra que agrupa trabajos de muy diversa naturaleza, pero sí una especial ilusión en cumplirla bien.

Una de las razones de esta satisfacción radica, sin duda, en poder exteriorizar en letra impresa –que leerán tantas y tantas personas de muy diversa formación y también de muy distinto posicionamiento ideológico en la vida (a todos se dirige porque su comprensión está al alcance de todos) respecto de lo que podemos llamar la gran filosofía de los Valores– mi extraordinaria admiración por su actividad humana y jurídica (excelente profesor universitario en su Cátedra de Derecho penal, Director del Instituto Vasco de Criminología –Institución que ha situado en la cumbre de los saberes criminológico, jurídico, sociológico...– autor de muchas, de muchísimas obras y artículos en Revistas científicas, todos extraordinarios y de otras tantas colaboraciones en los medios de comunicación –televisión, radio y prensa escrita–) que durante tantos años ha llevado a cabo y sigue realizando con el mismo empuje, acierto y fuerza de siempre.

Cuando tuve la alegría y el honor de ofrecerle el Libro-Homenaje que la Universidad y sus amigos le dedicamos, dije algo que tengo ahora que repetir: si al profesor BERISTAIN no le encontramos en los lugares donde habitualmente imparte sus enseñanzas, busquémosle allí donde haya una mayor necesidad, en aquel punto donde

* A. BERISTAIN, *De los delitos y de las penas desde el País Vasco (La Cátedra universitaria en la sociedad mediática)*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 15-19.

estén situados los más huérfanos de cariño y de atención, los más desasistidos económica y socialmente... y allí estará.

Así ha sido y así es. Por eso su actividad está llena de Amor, de un Amor enérgico que se dirige a todos, sin distinguir personas, pero con especial rigor para que cada uno, y él siempre se pone el primero, sepamos proceder como es debido; porque lo grave no es que cada uno de nosotros no sepa cuál haya de ser la decisión que en cada caso haya de tomar en justicia, sino que se constate que es mucho más fácil, práctico, cómodo y hasta rentable, optar por la menos complicada, aunque no sea la más justa.

El Profesor BERISTAIN actúa en muchas ocasiones con el estandarte de la fantasía, en cuanto une libre y armónicamente diversos contenidos representativos de muy diversas ideas para construir nuevas formas y fórmulas, llenas siempre de realismo y de verdad, también de entendimiento de la vida en común, de esa vida que es convite porque supone convivir con los demás respetando sus individualidades (raza, etnia, color, comportamientos, etcétera) como nosotros queremos que respeten las nuestras.

De ahí la lucha incesante por la justicia, tomando en consideración que el Derecho constituye precisamente el orden de la Comunidad y que incumbe al Pueblo establecerlo en función de las exigencias de tiempo y de lugar, con tal de que en la norma impere la igualdad, el equilibrio y la proporcionalidad.

La vida del profesor BERISTAIN es rectilínea, sabe a dónde va y, con ese respeto para todos que él señala y se autoexige, a ese lugar se dirige, lugar de Paz, basada no sólo, ni siquiera de manera principal, en la Justicia, sino también y preferentemente en el Amor y, acaso, sin darse verdadera cuenta de ello, por su modestia y sencillez auténticas, nos dirige a los demás.

El enfoque que ha dado a esta Obra no puede ser más atractivo e interesante. Colegas y amigos le pidieron hace tiempo que publicara en un volumen algunas de las notas que desde hace años han ido apareciendo en la prensa y aunque, en principio, y durante mucho tiempo, se negó a hacerlo, ahora ha accedido a estos deseos de los que quien escribe esta nota de introducción, también participaba, y ha accedido a su publicación por muchas razones que enseguida se explicarán.

La vida se nos aparece a través de vivencias propias y ajena. La vida es un devenir continuo y con un desarrollo de dentro afuera y de fuera adentro, siempre multiforme, complejo y con infinitos colores. El pasado, el presente y el futuro son zonas de la vida que se sitúan en la realidad sin apenas apercibirnos de ello. Cada instante se hace pasado y como el presente es efímero, aparece el futuro que también lo es. Pero la vida de los pueblos es una sucesión, armónica unas veces, inarmónica otras, donde se conjugan las vidas de quienes los forman, a lo que se unen otros factores exógenos; pero sólo cuando se contempla ese devenir como un todo imparciable, es hacedero obtener conclusiones positivas y satisfactorias.

Estos artículos del profesor BERISTAIN no son de ayer, sino que son de siempre y, por tanto, de hoy. De esta manera servirán de memoria colectiva para no olvidar lo que entonces ocurría y, en mi opinión, no sólo esto sino que pueden y deben utilizarse como referente de nuestra realidad social (cfr. art. 3.1 del Código civil) y como punto de contraste o test medidor de la evolución política, social y jurídica en todos o en la mayor parte de los sectores: en el judicial, universitario, medios de comunicación

social, etcétera, en el sentir de las gentes, de los ciudadanos que, a veces, al carecer de foros de expresión necesitan de alguien que hable legítimamente por ellos, porque sienta sus problemas como propios, la voz de los sin voz como es la del ilustre profesor cuya obra estamos examinando.

Y como el profesor BERISTAIN, Maestro de todos, sin poder oficial alguno tiene todo el poder en la verdad y en el amor y en su propia y bella originalidad, sabe llevar y lleva a cabo una Política de entendimientos, libertades y tolerancias.

Los artículos seleccionados los agrupa en siete grandes temas de extraordinario interés para la inmensa mayoría de las personas desde la perspectiva de una metodología multi, inter y transdisciplinar. La exposición es fundamentalmente criminológica y se expresa de manera cronológica, lo que permite, de la mejor manera posible, contemplar la evolución de los acontecimientos sociológicos, carcelarios, jurídicos, victimológicos, vascos, universitarios, teológicos, etcétera, y aunque resulta difícil separar cada uno de los siete colores del arco iris por él construido, la verdad es que lo consigue de manera efectiva y clarificadora:

I. Instituciones de Readaptación Social. En los trabajos que se incluyen bajo este denominador común prevalece la idea de considerar las sanciones como medidas de readaptación social a tenor de lo que proclaman el artículo 25.2 de nuestra Constitución, el artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 2 de su Reglamento. En este sentido recuerdo de la época en que desempeñé el cargo de Director del Servicio Jurídico de Instituciones Penitenciarias, en el Ministerio de Justicia, la contribución que prestó, siempre llena de humanidad y de realismo, a la redacción del Proyecto de Ley que entonces se preparaba y cuánto bien hizo el profesor BERISTAIN a la construcción de un nuevo orden penitenciario, bajo nuevas coordenadas, cuyos cimientos eran entonces objeto de muy profundas reflexiones.

II. Justicia Penal-Jurado. En uno de los artículos de este Capítulo reflexiona el autor sobre los pros y los contras del Proyecto de Código penal (de 1980; para mí el intento de promulgación de un nuevo texto punitivo, más perfecto y más próximo a los ideales de un Estado de Derecho Democrático), y de él dice que “puede y debe colocar piedras sillares en el edificio de la justicia penal para la protección y desarrollo de los Derechos Humanos”. Coincido totalmente con esta idea y en consonancia con ella, creo, en estos tiempos en los que parecen detectarse, dentro y fuera de España, determinados movimientos que apuestan por un mayor rigor punitivo y censuran el llamado garantismo del proceso penal, que, por algunos, se considera exagerado, que sólo puedo decir: ojalá que jamás demos pasos hacia atrás en este orden de cosas.

III. Macrovictimización-Terrorismo. Otro de los más grandes y graves problemas con el que nos enfrentamos desde hace, por desgracia, tantos años y al que el profesor BERISTAIN dedica su reflexión sobre la base de constatar una tristísima realidad que entre todos debemos superar. Y lo hace, como siempre, con energía y con decisión pensando siempre en el bien común y en la paz de los espíritus y en el cese de la violencia.

La convicción de que tiene que pedir perdón a las familias de las víctimas, de convencer en vez de vencer, conforme a la preferencia de Unamuno... y tantas y tantas cosas, terminando con un precioso artículo que titula: “Mañana nos darán una paloma nueva”.

IV. Criminología-Política Criminal. ¡Cuántos problemas y cuántas acertadísimas sugerencias se contienen, como en los restantes, en este capítulo! La eutanasia, problema vivo, actual, del que tanto y con tanta profundidad tendríamos que hablar, lleno de innegable tragedia y que, en mi opinión, se contempla en muchas ocasiones, desde una perspectiva “formal” sin captar de verdad, la realidad que subyace en estas situaciones a las que en otras ocasiones, y recientemente en una Conferencia en la Universidad de Deusto, tan querida para los dos, para el autor y para quien esto escribe, me he referido. Reflexiones de Política Criminal penitenciaria, de la que podemos denominar Criminología cristiana, sobre la pena de muerte y la incondicional sanción contra la tortura, conducta gravemente delictiva que está en las antípodas del Estado de Derecho, las drogas, la violencia en Europa, la Criminología ante el divorcio político, laboral, familiar y/o amical...

V. Victimología-Victimodogmática. En este apartado se contienen, como en todos, reflexiones extraordinariamente valiosas: la conciliación, el tratamiento a las víctimas del narcotráfico... La Victimología, dice, mejora nuestra Justicia, nuestra policía y nuestra cárcel. La superación del Derecho penal por la Victimología, la presencia de un Código punitivo para las víctimas (superación del maniqueísmo y sadismo del Derecho penal tradicional), un monumento a las víctimas del terrorismo... son fragmentos de reflexiones e inquietudes del autor. En este sentido no podemos olvidar la gran preocupación del Profesor BERISTAIN sobre la mediación en el campo penal que aun teniendo expresiones, en mi modesta opinión, de bellas utopías, resultan imprescindibles en una buena y positiva reflexión sobre el futuro de las Ciencias Penales.

VI. País Vasco. “Gran País, difícil País”. En estas páginas expresa, una vez más, su amor por la Tierra Vasca que es la suya, un amor que se exterioriza cada día y cada instante en sus inquietudes para que el Pueblo sea más feliz y viva más de acuerdo con los valores que todos queremos defender.

En ellas expresa también su reconocimiento a Xavier Zubiri, el mejor exponente de la Antropología moderna. Y recuerda trabajos llenos de belleza literaria y de profundidad de sentimientos y de realidades de D. José Miguel de Barandiarán, doctor “honoris causa” de cuatro Universidades, y de otros autores a tan ilustre pensador dirigidos.

También se incluye un trabajo: “Desde la Universidad de Ignacio de Loyola, homenaje al jesuita Pedro Arrupe”.

VII. Religiones interconfesionales. Muchas e interesantes aportaciones en este orden de cosas: sobre los Capellanes de prisiones, la no violencia y el perdón revolucionario, Juristas y Cristianos ante la cárcel actual. Un derecho fundamental de la persona, el derecho al perdón, la Bioética, los encarcelados, las cárceles necesitan las religiones, Divorcio, Iglesia y Sociedad, terminando con estas aleccionadoras palabras: la mujer enriquecerá las religiones postmodernas, como enriquecerá, me permito añadir, la vida social, la vida toda, con su cada día más activa presencia. Termina refiriéndose a la Justicia y a la Ética.

Esto es, en apretada síntesis expresado, sin duda con mejor intención que acierto, lo que va a encontrar el lector en esta importante Obra. No sé si puede valer algo, aunque sea poco, lo que voy a decir, pero en todo caso debo señalar que en ella he

encontrado o reencontrado vías extraordinariamente fecundas para la reflexión de la que todos, y yo el primero, estamos tan necesitados en esta vida tan de urgencias y apresuramientos, sin tiempo para la meditación y la quietud intelectual, y especialmente quienes dedicamos nuestro trabajo a intentar administrar rectamente la justicia que se nos demanda aunque nunca lo consigamos del todo, pese a la infinita ilusión que pongamos en ello.

La obra que acabamos de presentar es, por consiguiente, una síntesis magnífica de uno de nuestros grandes Juristas, más grande aún, precisamente porque no es sólo jurista o porque lo es de manera completa. También es un Humanista en el sentido más noble de la palabra al considerar a la persona humana como entidad superior tratando de conseguir la felicidad también en esta vida frente al dogmatismo medieval.

Estamos en presencia de un fluir de ideas clarísimamente expuestas y desarrolladas que nos transportan, como por encanto, a un mundo mejor, un mundo presidido por los ideales de la Paz, de la Justicia, de la Libertad, de la Solidaridad y de la Tolerancia, sin olvidar nunca las realidades, tantas veces tristes y dramáticas, en las que, por desgracia, tantas veces nos encontramos envueltos.

Mi cordialísima enhorabuena y felicitación al Profesor BERISTAIN al que cada día queremos y admiramos más, al Ilustre Académico, tan lleno también de valores humanos y artísticos, D. Eduardo Chillida, autor de la magnífica portada del Libro, en la que están, como siempre, presentes el arte, la originalidad y el idealismo, y a la Editorial Dykinson que ha tenido el acierto de publicar la Obra.

Si el lector lo desea, las palabras de presentación del autor son tan expresivas que pueden constituir como la guía ideal para hacer después, despacio, el recorrido por las amenas e interesantes páginas de los correspondientes capítulos.

13

En cambio, en la mayor parte del país, con excepción de las zonas rurales y de algunas ciudades, el porcentaje de personas que tienen una opinión favorable es menor al 50% y existe una tendencia claramente ascendente en las cifras de personas que tienen una opinión favorable y desfavorable.

Si l'a realizzata per la sua apparenza più ampia che, come diceva, si vede da tutte e non da un'area circostante, può essere chiamata « la superficie di una funzione ».

Sí los detecta, sea en poca gravedad o severa, debe con fuerza en los demás
apropiaciones, restringir, limitar la ejecución de otras actividades familiares, permitir en
el resto que el paciente - se relaje y le haga lo que no le moleste, hacer una pausa
de media hora y para dormir un poco para no agotarla, y no autorizar
demás. (1)

En los otros casos de una sola parte, long per long, que establece solo
que es el tipo de persona que se ha de nombrar, para el ejercicio de sucesos en la
familia sin autorización, y en cambio no expresa que tienen o no poder de representación.

Autógrafo de Enrique Ruiz Vadillo. "La Mediación Penal"

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
311 - 321

LA MEDIACIÓN PENAL*

Resumen: En lo esencial, el Código penal de 1995 responde a las necesidades de una sociedad moderna en el ámbito criminal y penal, pero, debe señalarse la necesidad de reorientar el Derecho penal a la satisfacción de la víctima. En este sentido, la mediación penal, libre y responsable, puede contribuir, además de a la reparación a la víctima, a la disminución de la victimización secundaria y terciaria, y aumentar las posibilidades de reinserción del victimario, configurándose como vehículo de participación de la comunidad en el sistema de justicia penal, como un instrumento de cohesión social.

Laburpena: 1995-eko Kode penalak, gizarte modernoa dauden beharrei erantzuten dio, baina, Zuzenbide penala biktima medeatzea izan behar du helburutzat. Bitartekotasun penalak, askatasunez eta erantzukizunez egindakoak, hortara lagunetzeaz gain, bigarren eta hirugarren biktimizazioa gutxitzen lagundu dezake eta biktimatzailearen birsozializaketa posibilitateak haunditu eta komunitateak justizia penalean parte hartzeko aukera ezin hobearren aurrean aurkitzen gara.

Résumé: À l'essentiel, le Code pénal de 1995 répond aux nécessités d'une société moderne dans le domaine criminel et pénal, mais, on doit signaler la nécessité de réorienter le Droit Pénal vers la satisfaction de la victime. En ce sens, la médiation pénale, libre et responsable, peut contribuer, outre qu'à la réparation de la victime, à la diminution de la victimisation secondaire et tertiaire, et augmenter les possibilités de réinsertion du victimaire, en devenant le véhicule de participation de la communauté à le système de justice pénale, comme un instrument de cohésion sociale.

Summary: Essentialy, the penal Code of 1995 answers to the necessities of a modern society in the criminal and penal field, but, it must be signaled the necessity of reorientate the penal Law towards the victims satisfaction. In this sense, a free and responsible penal mediation can contribute to the victims reparation, to decrease the second and third victimization, and to increase the possibilities of the offenders reinsertion. In this way, penal mediation become a vehicle of the community participation in the penal justice system, as an instrument of social cohesion.

Palabras clave: Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Mediación Penal, Victimología.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Zuzenbide Prozesal Penala, Bitartekotasuna, Biktimologia.

Mots clef: Droit Pénal, Droit de la Procédure Pénale, Médiation Pénale, Victimologie.

Key words: Penal Law, Procedural Law, Penal Mediation, Victimology.

* Texto inédito. Ponencia preparada para el Curso de Verano sobre "La mediación: alternativa de justicia penal, intervención criminológica y cultura de paz", celebrado en San Sebastián, del 14 al 17 de julio de 1998.

IDEAS GENERALES

Los movimientos de reforma social, entre los que debemos incluir los jurídicos y, obviamente dentro de ellos, los penales, suponen, en general, expresiones de disconformidad de lo que está pretendiendo superar etapas e instalarse en otro mundo a veces especialmente diferente del que existía.

Esta es, me parece, la razón de que cuando un pensador asume la bandera de la reforma, si ésta siendo justa y legítima tiene éxito y triunfo, se le asocia ya en la historia a la propia reforma o renovación que estaba más en la sociedad en general. Es el caso de Bentham, de Beccaria y de tantos otros como Feuerbach. Fundamenta Feuerbach, dicen Cobo y Vives¹, el principio de legalidad en la doctrina de la coacción psíquica. Para él “toda pena jurídica pronunciada por el Estado es consecuencia de una Ley fundada en la necesidad de conservar los derechos exteriores y que contiene la amenaza de un mal sensible frente a una lesión del Derecho”. Y no puede ser sino “consecuencia de una Ley” puesto que el fin de la amenaza penal es evitar las lesiones del derecho por medio de la intimidación de todos aquellos que podrían cometer tales lesiones y mal podría intimidar a la generalidad una amenaza penal que no se hallare, clara y públicamente, establecida por medio de una ley.

Con toda evidencia el Derecho penal con el que contamos no nos deja satisfechos. No me refiero a las inadecuaciones temporales: la pena se impone cuando ya no va a cumplir ni fines de prevención especial ni general, no va a servir para nada, sino al Sistema penal en sí mismo considerando que pivota, pese a la sin duda buena intención del legislador, sobre las penas privativas de libertad, el arresto fin de semana no parece que haya dado buenos resultados, y la multa o pena pecuniaria.

Así las cosas, aparecen bajo el denominador común de esta inquietud fórmulas de recambio o de sustitución. Sólo con echar un vistazo a la bibliografía nos damos perfecta cuenta de esta realidad, aunque las direcciones de los distintos trabajos y monografías vayan por diferentes derroteros.

Las viejas leyes de penetración cultural están ahí como una losa, para bien o para mal, y no es fácil desmontar las viejas estructuras penales. Si nos damos cuenta, de un Código a otro hay diferencias importantes: el respeto que demuestran a los valores constitucionales, la dureza de la punición, las vías de rehabilitación que se abren a los condenados, etc, pero no hay un sistema parecido al que algunos pretenden como una especie de ideal que, hoy por hoy, seguramente que por desgracia, supone una verdadera utopía aunque, como he dicho en muchas ocasiones, gracias a las utopías el mundo avanza, la utopía es bella cuando como en este caso pretende fortalecer la dignidad de la persona humana y en ocasiones arranca pedazos de lo que podemos denominar realidad rechazable y se incorpora a lo que son ya estructuras efectivas de nuestra sociedad. El movimiento feminista, las organizaciones ecológicas, tantas y tan-

1. Cobo del Rosal y Vives Antón: “Derecho Penal. Parte General”. 4^a Ed. conforme al Código penal de 1995. Tirant lo Blanch/Libros. Valencia. Los citados autores censuran que el mandato de taxatividad y prohibición de la analogía, es decir, de la creación judicial del Derecho, haya dado lugar a una praxis injustificada e inaceptable. En este sentido citan la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/81, de 30 de marzo que entiende acorde con las exigencias del principio de legalidad la condena por apropiación indebida a un empresario que no ingresó la cuota obrera de la Seguridad Social, decisión que a mí me pareció correcta.

tas ONGs que luchan por estos ideales, si no han visto alcanzadas sus metas sí han contribuido de manera muchas veces decisiva al verdadero progreso social, especialmente en cuanto afecta a los valores humanos de igualdad, dignidad y solidaridad.

Sobre el nuevo Código penal se ha escrito mucho y en bastantes ocasiones con acierto, las aportaciones de López Garrido y García Arán, de Luzón Peña, de Valle Múñiz, de Quintero Olivares, de Landrove, de Serrano Butragueño, de Colectivos dirigidos por Berdugo, por Cobo, por Conde-Pumpido, Manzanares y Cremades, Serrano Butragueño, Serrano Gómez, Morales Prats, Carmona Salgado y un largo etc, lo pone de relieve. Como dice el Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi² con todo acierto la Constitución de 1978 evidenció la urgencia de un nuevo Código penal que se adecuase a la nueva situación política, social y jurídica, máxime si tenemos en cuenta que el antiguo, aun con modificaciones, hundía sus raíces en la primera mitad del siglo pasado. Sin ser perfecto, puede decirse que el nuevo Código, aprobado en 1995, responde, en lo esencial, a las necesidades de una sociedad moderna en el ámbito criminal y penal.

LOS DERECHOS PENAL SUSTANTIVO Y PROCESAL PENAL

Se ha repetido muchas veces: especialmente en el Sistema penal es inconciliable una estructura que no tenga en cuenta al mismo tiempo el Derecho penal sustantivo, el procesal penal, el penitenciario y la propia organización de tribunales en cuanto se proyecta en el proceso penal, es decir la jurisdicción de este nombre. La presunción de inocencia ¿a dónde pertenece? ¿Las garantías del acusado son sólo Derecho procesal? Todo es todo.

Por ello la presunción de inocencia, el “guilty plea” y “bargaining plea” de la justicia americana, algunas de las reformas últimas en el proceso penal de Alemania, Italia y Portugal, que tienen naturaleza procesal, influyen decisivamente en la configuración del Sistema jurídico punitivo entendido como un todo³.

A mí me preocupa mucho el problema y no sé si con lo que tenemos, que no es óptimo pero que está muy rodado, no se pueden obtener los mismos o parecidos resultados sin necesidad de echar por la borda garantías que me parecen esenciales. En primer lugar dudo mucho que la incorporación de estas instituciones a nuestro Derecho (algo que se ha hecho tan de puntillas)⁴ mejoren el sistema y por último no creo, y así he

2. De la Cuesta Arzamendi, José Luis: “Introducción al nuevo Código penal español: directrices y contenido fundamental”. *Eguzkilore* nº extraordinario 10, octubre de 1997.

La cita de autores está, en general, sacada de este trabajo.

3. Gutiérrez Sanjuán, Luis: “Fórmulas alternativas del proceso penal”, *Revista de Ciencias Jurídicas*. Universidad de las Palmas de Gran Canaria, pág. 151 y ss.

4. Art. 793.3 LECrim. “La Acusación y la Defensa con la conformidad del acusado presente pueden pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación. Si la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes”. En primer lugar, el tope de pena (v. art. 33 y cc del nuevo Código penal) es una barbaridad y en segundo lugar me parece que el juez podrá hacer cosas distintas a homologar el “convenio”.

tratado de demostrarlo en otras ocasiones, que si las cosas se hicieran como por algunos se preconiza, supusiera una economía de tiempo. Tratar de introducir instituciones extrañas tiene muchos riesgos. Lo que tal vez en EEUU sea perfecto aquí puede no serlo.

Otra cosa a la que se refiere este autor, y en la que coincido, es en el acierto que hubiera supuesto asignar competencia en materia de faltas, salvo en algunas pocas, a los Jueces de Paz, si son nombrados exclusivamente por su prestigio, siendo posible entre Licenciados en Derecho, por las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia o incluso por las Audiencias Provinciales que están más cerca. Con todos mis respetos, y dicho sea de manera muy provisional, para quienes mantienen otra postura, no creo que la Constitución suponga un valladar para la asignación de estas competencias a los Juzgados de Paz, cuyas decisiones serían recurribles siempre ante el Juez de Instrucción, las cuales serían ya inapelables.

LA VÍCTIMA

En cambio, y en este sentido aplaudo el nuevo Código, es esencial que la sociedad busque hasta donde sea posible la reparación de la víctima. En este sentido todos los esfuerzos serán pocos. Y aplaudo el sistema porque, como vengo sosteniendo⁵, la “reparación” a la víctima puede hoy alcanzar una significación profunda y extraordinariamente positiva.

En el nuevo Código penal, dice el Prof. Silva Sánchez⁶, menudean las referencias expresas o implícitas a la trascendencia jurídico-penal de actos de “reparación”. Así, dice y sin pretensiones de exhaustividad, a éstos se les asigna una naturaleza de atenuante genérica (art. 21.5 CP), de atenuante específica y cualificada en diversos tipos, ej. en materia de medio ambiente (art. 340 CP) o de eximiente en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305.4, 307.3, 308.3 CP). Igualmente se alude a ellos como condición de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 81.3 CP) o de la sustitución que en el art. 88 CP se hace depender “en particular del esfuerzo para reparar el daño causado”.

Tales novedades, dice Silva, coinciden con una intensificación de la influencia de los modelos teóricos que proponen la reorientación del Derecho penal a la satisfacción de la víctima.

En este sentido y en tantos otros, ha sido pionero el Prof. Beristain⁷. Enseguida veremos cómo se puede encauzar, en mi modesta opinión, esta inquietud.

V. Comentarios a la LECrim. de Tapia y LECrim. de Colex 8^a ed. 1996, además de los Tratados y Manuales. Me remito a la Obra Colectiva de *Derecho procesal penal* con comentarios de Vicente Gimeno Sendra. Colex 1996.

5. Ruiz Vadillo, Enrique: “Comentarios a las circunstancias de atenuación de la responsabilidad criminal”. En *Código penal. Comentario y Jurisprudencia*. Coordinado por Cándido Conde-Pumpido. Tapia 1997.

6. Silva Sánchez, Jesús: “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación”, *Revista del Poder Judicial* nº 45, 3^a época págs 183 y ss.

7. Beristain/De la Cuesta: *Victimología*. San Sebastián 1990. En este sentido son innumerables los trabajos que ha dedicado al tema. También es de justicia recordar a Landrove, García-Pablos, Martínez Arrieta, entre otros muchos.

El Prof. Beristain⁸, una vez más con todo acierto, porque en su trabajo pone al mismo tiempo humanidad, sensibilidad y sabiduría jurídica, hace un recorrido relativamente extenso respecto del nuevo Código penal. Señala que en realidad es a partir de 1945 cuando el principal concepto de víctima gira alrededor de la macrovictima o de la víctima del abuso del poder, concretamente del nacionismo con su genocidio de seis millones de judíos. Después se extiende el estudio y el concepto acerca de las víctimas de los delitos comunes con especial y mayor atención a las mujeres y los niños, a las personas más vulnerables.

A mí me parece que todo responde a una cronología que a su vez es hija de su tiempo. Cuando en los Códigos penales ni remotamente aparecían los llamados delitos contra el orden socio-económico, y cuando a ellos se acercaba, los Tribunales no supimos captar una innegable realidad social, me parece, dicho con todos los respetos, por una interpretación excesivamente literalista del principio de legalidad que creo esencial, pero que debe admitir un cierto entendimiento general. Antes se citó la Sentencia del Tribunal Constitucional respecto a las retenciones indebidas de las cuotas de la Seguridad Social, Muñoz Conde ha puesto de relieve cómo determinadas faldas quedan impunes por esta misma circunstancia y en igual sentido, dicho sea con el mayor de los respetos a las posiciones distintas y contrarias con el art. 487 bis del antiguo Código penal, respecto de la protección vía penal de los hijos no matrimoniales que se entendieron no comprendidos pese a la norma categórica y firme del art. 39 CE y del espíritu que informa todo el Ordenamiento jurídico que en este sentido es inequívoco, firme y constante.

Como antes decíamos, la cárcel no es una buena solución, al menos, no lo es en muchas ocasiones, son muchos los autores: Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, M. Foucault, Nils Christie, Raúl Zaffaroni, Beristain, luchan por un mundo distinto, mejor. Por ello, este último profesor recoge la frase de A. Ibáñez y J. Sampedro⁹. Se trata de buscar y encontrar una estructura del delito que coincida con la estructura social, estatal, en protección de la persona humana (víctima y victimario) en libertad y dignidad.

LA MEDIACIÓN PENAL

Por cuanto queda dicho, una obra de la envergadura y sensibilidad de la doctora M.^a. Begoña San Martín Larrinoa¹⁰ ha de ser objeto de especial reflexión. El Prof. Beristain en el Prólogo señala que en cierta medida, aunque sólo en cierta medida, se puede decir que Salomón actuó como mediador más que como juez, y así previno la

8. Beristain Ipiña, Antonio: "El nuevo Código penal de 1995 desde la victimología". *Eguzkilore* nº extraordinario 10, octubre 1997. San Sebastián.

9. Servicios de Asistencia a las Víctimas en el País Vasco. Gobierno Vasco (1991-1996). De especial interés: Información a la víctima, atención, características de la intervención, etc. Es, sin duda, un ejemplo a imitar.

10. San Martín Larrinoa, M^a Begoña: *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos (Del presente francés al futuro español)*. Con una nota breve pero significativa del Consejero de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, D. Ramón Jáuregui Atxando, y un extraordinario prólogo del Prof. Antonio Beristain.

comisión del asesinato de un niño y dictó una sentencia justa... Algo de esto, dice, y más aún, algo de utópica humanización de la justicia y de la sociedad, pretende M^a. Begoña San Martín Larrinoa con su moderna cosmovisión de la mediación tal y como la analiza en esta tesis doctoral que, por eso, podemos calificar de hiperbólica, en el mejor sentido de la palabra, en el sentido de que cuando se elabora con inteligencia y pasión amorosa, generalmente se superan los límites normales, y se llega hasta la sana hipérbole de la vida cotidiana.

¿Qué conclusiones obtiene, desde la perspectiva que nos interesa, M^a. Begoña San Martín Larrinoa?

1^{a)}) Que la mediación, tal y como se practica en Francia y en algunos otros países, viene a constituirse en un vehículo de participación de la comunidad en el sistema de justicia penal produciendo un enriquecimiento tanto en las relaciones de ésta con los justiciables como en la de los justiciables entre sí, configurándose también como un instrumento de cohesión social (lo que a mi juicio habrá de demostrarse estadística y sociológicamente).

2^{a)}) La libertad y la responsabilidad constituyen un binomio inseparable de la mediación. El ejercicio de la primera y la asunción de la segunda, como fruto del diálogo de las partes, se convierten en vías a través de las que aparece una reparación hacia la víctima de gran riqueza cualitativa, lo que conduce a una disminución de la victimización secundaria y terciaria de ésta y a unas mayores posibilidades de reinserción social del victimario (pero ¿será siquiera posible el diálogo? según los casos lo será o no. Es un problema de personas y de circunstancias).

3^{a)}) Los derechos fundamentales del autor y víctimas han de ser respetados estrictamente durante todo el procedimiento de mediación, tanto por las autoridades como por otras personas, cualquiera que sea su estatuto, que ejerzan labores de mediación en conflictos de índole general. Para la consecución del citado respeto a los derechos fundamentales de víctimas y victimario se presentan como esenciales la formación del mediador (con el peligro inevitable de burocratización) su profesionalidad y su actuación ajustada a normas deontológicas, premisas indispensables no sólo para lograr tal respeto, sino también para que adopte una postura activa en orden a conseguir que las partes gocen de igualdad y de equilibrio de fuerzas en el procedimiento de mediación.

4^{a)}) *De lege ferenda.* La utilización generalizada de la mediación entre víctima y autor de delitos y faltas en nuestro país precisa de la unión de diversos esfuerzos: el del legislador para que la mediación se convierta en un verdadero procedimiento alternativo al judicial a través de la previsión legal del principio de oportunidad (que a mi entender pudiera ser contrario al de legalidad), el de los operadores del mundo judicial para impulsar y enriquecer a través de la mediación los mecanismos suscritos en nuestro Derecho dirigidos a la reparación de la víctima, el de los poderes públicos para apoyar la creación de instancias de mediación extrajudiciales y sensibilizar a la sociedad favorablemente hacia tal modo de arreglo de conflictos¹¹.

11. V. art. 41 del CPP de Francia: El Fiscal puede, con carácter previo a su decisión sobre la acción pública y con el acuerdo de las partes, decidir, recurrir a una mediación si estima que tal medida es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin al problema resultante de la infracción y de contribuir a la rehabilitación del autor de la infracción.

Más adelante vamos a tratar de examinar cuidadosamente nuestro propio Ordenamiento jurídico penal para comprobar qué se puede hacer dentro de él y con un perfecto ajuste a la Constitución, para facilitar al mismo tiempo dos bienes igualmente importantes: 1º) la rehabilitación del delincuente (que no es un derecho fundamental para él)¹² y 2º) la reparación a la víctima.

No podemos ni debemos olvidar que si con “dinero” pudieran alcanzarse estos acuerdos el peligro de una gravísima discriminación se cerniría sobre el Derecho penal y, por consiguiente, lo importante es el esfuerzo que el condenado hace para reparar a su víctima y hasta la predisposición buena que ofrece, y que deben ser muy cuidadosamente valoradas por el juez o tribunal.

Ello no disminuye un ápice el extraordinario valor y significación de este trabajo.

LA TAREA DE DETERMINANTES ATENUANTES

Como dice el Prof. Serrano Butragueño¹³ no puede decirse que el fundamento de las atenuantes, en cuanto circunstancias que disminuyen la responsabilidad criminal y por ende la pena, sea único; antes bien, creo que obedecen o responden a una minoración del contenido de lo injusto del hecho, a una disminución de la culpabilidad y a razones de política criminal ligadas a la necesidad de la pena y a la protección de la víctima. Al clasificarlas, incluye entre las atenuantes que obedecen a razones de política criminal la autodenuncia del art. 21.4 del Código penal inspirada en la colaboración con la Administración de Justicia y la reparación o disminución del daño (art.21.5 CP) que responden a ideas de protección a la víctima del delito.

Como han señalado los profesores López Garrido y García Arán la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo se desdobra en dos: la confesión antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él (art. 21.4 CP) y la reparación o disminución de los efectos del delito antes de la celebración del juicio oral (art. 21.5 CP).

Durante mi larga vida judicial siempre he patrocinado la idea de que las situaciones de confesión (espontánea o no) y de reparación (por unos u otros móviles) debían potenciarse al máximo¹⁴ porque había que esperar seriamente que sus efectos fueran extraordinariamente positivos, como sin duda lo son.

La Sala Penal del Tribunal Supremo en los últimos años amplió de manera, en mi modesta opinión, extraordinariamente acertada, el ámbito de la aplicación de la atenuante que en todo caso, si se entiende que falta alguno de sus elementos, siempre sería utilizable por la vía de la analogía¹⁵.

12. Véase la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este sentido.

13. Serrano Butragueño, Ignacio: *Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*. Comares Editorial, 1998.

14. Ruiz Vadillo, Enrique: “Comentarios al Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia...” *ob. cit.*

15. Véase Sentencias del Tribunal Supremo Sala 2ª, en este sentido.

En el Código penal la circunstancia atenuante 4^a “La de haber procedido el culpable antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”, se recoge también en los artículos 427, 480, 549 y 579.

El artículo 427 (cohecho) exime de pena al particular que habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.

El artículo 480 regula las consecuencias de la revelación a tiempo de poder evitar sus consecuencias en el delito de rebelión (exención de pena) y a los meros ejecutores respecto de los mismos efectos y rebeldes que se sometan con reducción importante de pena.

El artículo 549 establece para la sedición la misma fórmula reductora.

El artículo 579 permite a los Jueces y Tribunales, razonándolo, reducir la pena (en uno o dos grados) en supuestos de terrorismo.

El artículo 21. 5^a “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”, está redactada de manera especialmente amplia y flexible.

El artículo 88, dentro de la Sección dedicada a la sustitución de las penas privativas de libertad, ordena tener en cuenta a estos efectos “el esfuerzo para reparar el daño causado” por parte del reo, aunque puedan imponerse por el Juez o Tribunal al penado la observación de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código.

El artículo 214 se refiere al reconocimiento de la falsedad o falta de certeza de las imputaciones en los delitos de injuria o calumnia o a la retractación de ello, en cuyo supuesto el Juez o Tribunal podrá imponer la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior.

Además, la circunstancia 6^a del artículo 21 considera atenuante cualquier otra de análoga significación a las anteriores¹⁶.

LA PROBLEMÁTICA DE LA CONCILIACIÓN VÍCTIMA-OFENSOR

Como ya indicamos, el tema está ahí sobre la Mesa y, entre todos, debemos analizarlo y aportar las ideas que se consideren más idóneas para el propósito común. Lo importante no es tanto lo que dice el Derecho comparado como la efectividad de la correspondiente normativa dentro de un clima social determinado. El testimonio de la profesora Esther Giménez-Salinas¹⁷ me parece importante. A mí me gustaría haberlo experimentado. Luego explicaré qué experiencias tengo en este orden de cosas.

16. Véase Ruiz Vadillo, Enrique: “Comentarios al Código Penal....”. Ob. cit. Trivium.

17. Giménez-Salinas, Esther: “La mediación penal en dret comparat”. En *La mediació víctima-delinquent*. Justiforum Papers d’Estudis i Formació. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, julio 1996.

Myriam Herrera Moreno¹⁸ con independencia de los supuestos acogidos en la LO 4/92, de 5 de junio de Menores, reformadora de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores¹⁹, estima que España dista de estar a la avanzadilla de los nuevos hallazgos victimológicos, en lo que respecta a la investigación (aquí me permito discrepar porque son muchos los autores, de extraordinaria categoría, que se han dedicado al tema y muchas las aportaciones valiosísimas en este sentido, como lo pone de relieve la propia autora con las citas que hace en su interesante trabajo) como en cuanto a la receptividad de nuestro ordenamiento.

En principio resulta atractivo, y quienes lo defienden están llenos de rectísimas intenciones, como el Prof. Beristain, al hablar de una especie de conciliación entre el agresor –utilizo la palabra en sentido muy general– y su víctima o sus víctimas. Algunos autores incluso han expuesto sus teorías, lo que podía suponer la práctica desaparición del Derecho penal o, al menos, una distinta y radical concepción del mismo y ojalá que fuera así, pero por desgracia no parece, por ahora, factible. Ha existido una infracción penal de hurto, de robo con fuerza en las cosas, de apropiación indebida, de estafa, de daños, por poner ejemplos fáciles, se celebra una reunión entre unos y otros y puede llegarse a una composición: te reintegraré lo sustraído o apropiado en tales plazos y en tales condiciones y, si cumple, aquí ha terminado todo.

Tal vez esté equivocado y no capte bien por ahora el problema, pero esta fórmula sería discriminatoria. El que delinque con una cierta solvencia personal o familiar apenas si tendría dificultades para dar cauce a estas fórmulas conciliatorias. Pero ello tendría un efecto criminógeno en un sentido y discriminador en otro.

Pero si de estas situaciones pasamos a otras: homicidios, asesinatos, agresiones sexuales, etc., el problema todavía se complica mucho más. ¿Cabe pensar en nuestros días en una reunión entre los familiares del asesinado y el asesino para llegar a una fórmula?

Por ello, sin saber lo que ocurrirá dentro de unos años porque la evolución social es difícilmente captable por mucho esfuerzo que ello se realice, veo muchas dificultades.

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Por lo que ya he anticipado se habrá descubierto mi punto de vista, seguramente equivocado, que nada tiene que ver, como algunos apuntan, con la pérdida de poder de los jueces (me parece que se nos conoce mal a los jueces y se descubre peor nuestro pensamiento).

Mi idea es la siguiente: vamos a utilizar bien lo que tenemos y después de hecha, con un cierto nivel de experiencia, vamos a comprobar los resultados. Se ha cometido

18. Herrera Moreno, Myriam: "Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la Paz Social por la Conciliación". *Rev. de Derecho Penal y Criminología* nº 6. UNED 1996, dirigida por el Prof. Serrano Gómez.

19. V. STC sobre sanciones a menores.

V. arts. 15.1 regla 6^a y art. 16.3.

un delito, la víctima declara, (se la debe proteger, dar amparo: psicológicamente, desde el punto de vista económico, procesal, etc.) y se constata si el agresor ha hecho algo por reparar los efectos del delito e incluso ha facilitado su descubrimiento. El Ministerio Fiscal redacta sus conclusiones y si procede aplica las atenuantes que ya hemos examinado, incluso como muy cualificadas²⁰. El Abogado Defensor, pieza clave siempre, estudia el escrito de acusación y puede llegar a la conclusión de que es correcto²¹ y se conforme. Así lo expresa y el juez, como también vimos, dictará sentencia de conformidad²², sin celebración de juicio, aunque en mi opinión, –y sigo la que es verdaderamente autorizada del Tribunal Supremo– puede absolver y puede disminuir la pena, no agravarla.

Si la sentencia pide en su ejecución ser suspendida, cabe que ésta se condicione a que el agresor, mientras pueda razonablemente, coopere a la reparación de la víctima.

Si los delitos son de poca gravedad: hurtos, robos con fuerza en las cosas, apropiación, estafas, (dentro siempre de unas ciertas limitaciones, pensemos en el socio que arruinó a su colega y le ha dejado en la miseria) cabe esa especie de arreglo y que se dictara un fallo, que no se ejecutara y que no trascendiera²³.

En los demás casos a mí me parece, hoy por hoy, una absoluta entelequia o utopía pensar, como también señalé, que el asesino se reúna con la familia del asesinado y concierten una especie de convenio o pacto de reparación. Yo, al menos, no lo veo factible²⁴ en absoluto.

Pero es que además se presentan otros problemas colaterales: la introducción del principio de oportunidad, en mi opinión peligrosísimo y así lo vengo poniendo de relieve durante muchos años y la sustitución de la jurisdicción por el convenio que pudiera ser inconstitucional.

VERIFICACIÓN DE LO ANTERIORMENTE ESTABLECIDO

Veamos tres ejemplos:

Robo con fuerza en las cosas. Art. 237, 238, 239 y 240.

Penas de prisión de uno a tres años.

Supongamos que ha dado a conocer, a confesar la infracción a las autoridades (art. 21.4 CP) o que ha hecho lo posible por disminuir los efectos del daño (creo

20. En este sentido invito a los expertos a que hagan las correspondientes operaciones y comprueben sus resultados. El Derecho Penal tradicional se transmuta por completo. Las penas terminan siendo simbólicas.

21. En la Audiencia de Bilbao se alcanzaban de un 70 a un 80% de conformidades, aunque hablo de memoria.

22. Véase Ley de Enjuiciamiento Criminal.

23. Véase Proyecto de Código penal de 1980.

24. Véase Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline: *Penas Perdidas. El sistema penal en cuestión*. Le Centurion, 1982, París.

que más que disminuir como resultado hay que hacer lo posible, seriamente, como intención).

Se aprecia una de ellas como muy cualificada (art. 66 regla 4^a).

Ha de imponer la pena inferior en uno o dos grados.

Pena tipo: Prisión 1 a 3 años. Se reduce un grado 6 meses a un año.

Se reducen dos, 3 meses a 6 meses.

En este último caso procede la sustitución (art. 71) en relación con el art. 80.

Un homicidio: Art. 138. Prisión de 10 a 15 años.

Como en el caso anterior, pensemos que concurre una de las dos atenuantes como muy cualificadas (si concurren dos la reducción con toda obviedad es más espectacular).

Queda como pena: 5 años a 10 si se baja un grado.

2 años y 6 meses a 5 años si se bajan dos.

Una injuria o calumnia: art. 205 y 206 calumnia: 6 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses si se propagan con publicidad. Multa de 4 a 10 meses.

El reconocimiento o retractación obliga a bajar en un grado la pena y a no imponer la inhabilitación (art. 214), como ya vimos.

Si acudimos a la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁵ se constata que puede haber conversaciones preliminares entre el Ministerio Fiscal y/o Acusador particular y el acusado y allí, como consecuencia de este diálogo, pueden aparecer las atenuantes a las que ya hemos hecho referencia, y la conformidad²⁶.

CONCLUSIONES FINALES

El Derecho es, por esencia, dinamismo. No todo está dicho, ni la última palabra está ya expresada.

Hay que continuar, agradecer el esfuerzo de nuestros grandes científicos, exponer a la ciudadanía los problemas, madurar poco a poco las soluciones, y todo lo demás se irá produciendo.

25. Ruiz Vadillo, Enrique: "Ley de Enjuiciamiento Criminal. Doctrina y Jurisprudencia". Obra Colectiva pendiente de publicación. Tapia.

26. Experiencia de Bilbao, Juzgado número 4, ya comentada.

**INTERVENCIONES DEL
EXCMO. SR. D. ENRIQUE RUIZ VADILLO
EN DIVERSOS ACTOS ACADÉMICOS
ORGANIZADOS POR EL IVAC-KREI**

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
325 - 327

ACTO DE CLAUSURA DE LAS I JORNADAS PENITENCIARIAS VASCO- NAVARRAS*

(San Sebastián, 8-10 Octubre 1987)

Excmos. Sres., Sras., Sres., queridos amigos.

Una vez más me encuentro en esta Tierra Vasca en donde ha transcurrido gran parte de mi vida judicial, (en la Audiencia de Bilbao) y universitaria en Sarriko y Deusto y se agolpan en mí recuerdos de tantos amigos, compañeros y alumnos que hicieron sin excepción de aquella etapa una de las más gratas de mi existencia. Y me encuentro, además, colaborando, con una de las personas a la que admiro y respeto, cordialísimamente, el Profesor Beristain.

Quisiera, si me lo permiten, llevar a cabo en este Acto de clausura, unas breves reflexiones, primero sobre la condición humana y el Derecho penal y, finalmente, sobre la justicia:

Detrás del delito se esconde casi siempre una persona con grandes dosis de tragedia, de desinformación y deformación, de carencias psíquicas y económicas, de tristeza y de abandono social y a veces hasta familiar. Esta reflexión debe ser prioritaria y fundamental en el juzgador.

Por ello si no podemos prescindir del Derecho penal, (que no podemos) buscemos su perfeccionamiento técnico y humano para que pueda realizar todo el potencial de energía que le es consustancial:

1) Desriminalizando y despenalizando, en la forma por Vds. conocida.

2) Acentuando su carácter teleológico, como propugnó el Profesor Jiménez de Asúa. El Estado debe asumir y enfocar finalísticamente todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida.

* I Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras. Monográfico de *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 1 extr., 1988, pp. 227-229.

3) Condicionando la intervención del Derecho penal, como dice el Profesor Jescheck, a una elevada necesidad de protección de la comunidad, exigiendo un injusto relevante y una culpa grave y consiguiendo así la armonía entre el desmerecimiento, el injusto y la pena.

4) Establecer una tipología basada en principios de igualdad, racionalidad y mínima intervención, con una equilibrada dosimetría y una búsqueda de la verdadera realidad subyacente en aquellos supuestos en los que existen tramos de concurrencia de dolo y de culpa.

Si a ello añadimos el ingrediente sustancial del respeto y de la tolerancia de todos para con todos, alcanzaremos la paz por la justicia, donde aquélla será el resultado de un quehacer comunitario lleno de ilusión y de entrega en la realización efectiva de los valores constitucionales. Se trata, muy sencillamente, de una modesta reflexión que someto, como siempre, al mejor juicio de todos Vds.

Y como acabo de indicarles voy también a referirme de manera muy esquemática a la Justicia.

La Justicia es un poder del Estado que, al igual que los otros dos, titulariza el Pueblo y que administran, por decisión del Pueblo, los Jueces.

Esta idea básica ha calado honda y afortunadamente en los ciudadanos que cada día exigen un mayor y mejor conocimiento de su funcionamiento. Al servicio de este principio están la publicidad de los procesos, la motivación de las sentencias, la responsabilidad de los jueces y el Jurado.

A los Jueces nos toca la tarea, no de hacer planteamientos originales ni menos aún de salirnos de la norma en búsqueda de soluciones novedosas, sino de aplicar las leyes, pura y simplemente. El uso alternativo del derecho fue y puede ser una feliz ocurrencia para hacer justicia en régimenes de dictadura donde se disocia la realidad legislativa y las exigencias populares auténticas, pero, en mi modesta opinión, no es un buen sistema dentro de una democracia y de un Estado de Derecho. En él, la política del juez debe ser la política de las leyes, no la suya propia por respetable que parezca porque no se nos han dado poderes a los jueces para trasformar la sociedad a través de nuestras decisiones, a espaldas del Pueblo que es, en definitiva, el legislador, y de la Ley.

Todo ello sin perjuicio de la tarea judicial impuesta por la propia Constitución, de promover los principios de igualdad y libertad, transformando las leyes cuando la realidad social lo impone y haciendo de notario de las exigencias y sensibilidades comunitarias cuando la ley lo pide, como en los delitos de escándalo público o en la determinación de la diligencia del buen padre de familia.

Por ello, me permito desde aquí felicitar a los compañeros Jueces que llevan a cabo su tarea judicial en este País Vasco, por su talante, independencia y serenidad y lo hago en la persona del Ilustre Presidente de la Audiencia Provincial, mi querido amigo y compañero, D. Joaquín Giménez. No es fácil ser Juez, pero la decisiva voluntad de cumplir con su complejo y no siempre bien entendido cometido, es factor esencial del acierto.

La tarea primaria es perfeccionar el marco jurídico, capaz de generar un entendimiento, construido sobre la justicia. No es negativo que existan límites al ejercicio de los derechos, a los que se refiere la jurisprudencia constitucional, lo grave es no conocer de antemano y con precisión sus fronteras o que éstas se fijen en oposición del bien común.

De ahí la extraordinaria trascendencia de buscar y encontrar un equilibrio lo más perfecto posible, en los supuestos de real o aparente contradicción entre distintos bienes jurídicos, como son el derecho a la investigación de la paternidad y el derecho a la intimidad, la libertad de expresión y el derecho al honor, la libertad de empresa y los derechos básicos de los trabajadores y la igualdad con las a veces exigencias de desigualar, para obtener una justa igualdad, equilibrando lo individual y lo colectivo y en el Derecho penal todos los intereses, en ocasiones, no convergentes, en juego.

Sin justicia, queridos amigos, el país no va a progresar porque la justicia es el único auténtico soporte de la convivencia.

Muchas gracias, Excmo. Sr. Consejero de Justicia del Gobierno Vasco por vuestra asistencia y patrocinio de estos Cursos de los que tanto hay que esperar, a la Universidad del País Vasco y a los Institutos de Criminología representados por el Profesor D. Manuel Cobo del Rosal, penalista y criminólogo ilustre, al que en estos momentos quiero expresar mi especial afecto personal en el recuerdo al que fue nuestro comú Maestro, el Profesor D. Juan del Rosal.

Que a todos nos sirvan estas Jornadas para reflexionar sobre tantos y tantos aspectos de nuestro respectivo quehacer profesional como han sido tratados en ellas, con tanto acierto y profundidad y sobre todo con inquietudes tan sinceramente sentidas.

Gracias querido y admirado Amigo, Maestro y Colega, Profesor Beristain, Adelantado Mayor de la Justicia, por habernos reunido con tanta amabilidad y afecto alrededor de esta inquietud común. Que tu constante esfuerzo y generosa entrega fructifiquen en todos haciéndonos más conscientes de nuestras responsabilidades en las diversas actividades y sobre todo en nuestra última y superior responsabilidad como personas.

Gracias a todos por su extraordinaria amabilidad y mis mejores deseos personales y profesionales.



Algunas de las personalidades académicas que participaron en el Acto de entrega del Libro-Homenaje al Prof. Beristain, celebrado en San Sebastián el 4 de abril 1989. De izda. a dcha.: J. Pinatel, A. Beristain, E. Ruiz Vadillo y M. Cobo del Rosal.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
329 - 332

ACTO DE ENTREGA DEL LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR BERISTAIN*

(San Sebastián, 4 Abril 1989)

Excmo. Sr., muy queridos amigos y compañeros, Sras. y Sres.:

Nuestras Partidas exigieron de los Jueces una serie de virtudes: lealtad, buena fama, que no tuvieran codicia, que gozaran de sabiduría para juzgar, que tuvieran humildad y buena palabra para los que vinieran ante ellos a juicio y, sobre todo, decían, que temieran a Dios, una especie de visión trascendente sobrenaturalizada de la vida, porque siendo así, venían a señalar, se guardarían de hacer mal y tendrían piedad y justicia.

Por ello, el último de los Jueces, el amigo, el compañero y el discípulo, que todo ello me es aplicable, quiere, en estos momentos tan especialmente emotivos, rendir Homenaje de cariño, de admiración y de gratitud al Profesor BERISTAIN, Juez de Paz de nuestras convivencias y dificultades, uno de esos personajes que pasan por nuestras vidas derrochando alegría y bondad y haciendo Justicia, aunque por su sencillez y naturalidad, apenas si nos demos cuenta de ello. El ha sido, es y seguirá siendo un Juez excepcional porque no es Juez quien adquiere esta titulación oficial y dicta resoluciones en un Juzgado o Tribunal sino quien persigue, por encima de todo, la Justicia. Sus sentencias están inscritas en el Libro de la Vida universitaria y extra-académica en búsqueda de paz que sólo conseguiremos si, como él hace, colocamos detrás la justicia, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia y el equilibrio social.

No me corresponde trazar ahora una biografía científica del ilustre Profesor. Tiene tantos títulos y son tantas y tan magníficas sus publicaciones que necesitaríamos un tiempo del que no disponemos para hacer su descripción en estos momentos. Tampoco es ésta la finalidad de mi intervención en este marco tan solemne y tan íntimo al mismo tiempo, con el gozo y la alegría de estar en esta Tierra Vasca tan querida.

* *II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras. Monográfico de Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 2 extr., 1989, pp. 154-157.*

da, al lado de ilustres y también queridos amigos. La gran categoría científica, jurídica y criminológica del Prof. BERISTAIN es indiscutible y conocida de todos.

Hace muchos años que conozco al Profesor BERISTAIN y son muchas las anécdotas que podría contar de él, caracterizadoras siempre de su gran personalidad humana y jurídica, de su búsqueda de la verdad y de su lucha porque ésta prevalezca sobre el error y la mentira. La verdad y la comprensión forman en él una simbiosis llena de armonía y equilibrio. Hemos estado juntos en muchas Jornadas científicas en España y en el extranjero y siempre sus intervenciones han brillado por el cabal entendimiento del problema, desde la perspectiva básicamente humana a cuyo servicio ha puesto incondicionalmente el Derecho y la norma jurídica.

Ha sido muy valiente y sincero al expresar sus inquietudes y, en cambio, ha sabido ser sencillo y tolerante al oír a quienes no compartían sus tesis.

No ha pretendido hacer "mejores" a sus amigos o conseguir una mayor "perfección" en ellos. El nos ha querido a todos tal como somos, en la inteligencia de que su cariño y comprensión eran la mejor y más efectiva ayuda. Por eso ha sabido situar bien el norte en la brújula de su vida y de su comportamiento humano y social. Y ese Norte han sido los pobres, económica, social y políticamente, los jóvenes, los maltratados por la vida, los necesitados, los delincuentes y las víctimas de la delincuencia, los perseguidos, los humildes, los moribundos, los marginados y, en general, los desahuciados de lo que llamamos convivencia social. Y para ellos y para todos ha vivido y vive.

Le he visto actuar en la Universidad de Deusto, en la Comisión que preparó el Anteproyecto de Ley General Penitenciaria que en un primer momento tuve el honor de dirigir, en la Universidad del País Vasco, en esta bella ciudad donostiarra y en el Instituto de Criminología y el denominador común de su actuación ha sido la lucha denodada para que la investigación en el campo de la Criminología, cuyo Instituto ha colocado en primerísimo rango internacional, sea algo dirigido a una eficaz planificación, formulación y evaluación de problemas, como en análogo sentido ha querido hacer del Derecho penal un manantial de promesas y de realidades venturosa para las personas y la sociedad, y no un Código repleto de castigos y sanciones.

Por eso ha puesto la Ciencia y la Técnica del Derecho penal y la Criminología al servicio de un ideal: la justicia, que es amor, tolerancia, comprensión, ilusionada esperanza en un mañana mejor para todos que se hace presente cada día. Y en ese sentido está la búsqueda de las mejores y más auténticas fórmulas de convivencia, donde las mujeres y los hombres sepamos, y hagamos realidad, que el primer mandamiento y el más grave responsabilizador es el del Amor y que sólo con amor ganaremos la carrera de nuestras legítimas ilusiones. El poder, el dinero, las riquezas humanas pasan y en realidad sólo sobrevive a la propia vida, el amor. No es fácil ni cómodo hacerlo así, pero Antonio BERISTAIN, sí lo ha hecho, y al hacerlo nos ha concedido, acaso sin darse cuenta, un inmenso favor.

Para mí ha sido un motivo de inmensa satisfacción y orgullo que el Profesor BERISTAIN, a quien ahora con tanta justicia homenajeamos, se haya dedicado precisamente al Derecho penal que es, formalmente como todos sabemos, aquella parte del Ordenamiento jurídico que asocia penas y/o medidas penales a quienes culpablemen-

te han realizado un hecho caracterizado previamente en la ley como delito o falta. Y lo ha sido porque confirma, una vez más, que la excelsitud de nuestro Derecho se hace radicar en lo que tiene de contenido más profundamente humano, en cuanto se aproxima, como ningún otro, a la esencia misma de la persona en toda su plenitud. Aunque a veces pase desapercibido, el Derecho penal es por excelencia el conjunto de normas que tienen como finalidad esencial defender los más altos bienes jurídicos que son valores sociales de primerísimo orden, como la libertad, la seguridad, el honor, la intimidad, la dignidad humana. Es un instrumento de la Política Jurídica que trata de modificar los comportamientos sociales no para alterar la conciencia o las más íntimas convicciones, siempre respetables, cualquiera que sea quien las mantenga, sino para reafirmar, como lo hace de manera constante el Profesor BERISTAIN, la necesidad de una unidad y solidaridad en la convivencia.

Todos esperamos y deseamos que el Profesor BERISTAIN mantenga su lucha por una Justicia, con mayúsculas, con la ilusión, la elegancia espiritual y la eficacia con que siempre actuó, y que la Universidad haga todo cuanto esté en sus manos; y conociendo la sensibilidad de quienes la rigen, estamos seguros de que así será; por mantenerle en la primera, línea en las avanzadillas de la Libertad y de la Justicia que son los dos factores más decisivos para conseguir la verdadera Paz. Con la legitimidad que me da mi presencia y cariño a la Universidad y a esta Tierra me permito solicitarlo, si fuera necesario hacerlo, que estoy seguro que no lo será.

Esa es la vida del Profesor BERISTAIN: una entrega a los demás. Por eso, se refiere, como ya dije, a los que más necesitan de nosotros, a los presos, a las mujeres que abortan; en ocasiones, la mayor parte de las veces, en situaciones auténticamente dramáticas (y el Libro precioso en su estructura y magnífico en su contenido de “Cárcel de mujeres” compilado por los dos Profesores ilustres BERISTAIN y De la CUESTA, lo pone de relieve); y se refiere a quienes quieren morir con dignidad, sin humillaciones innecesarias, y a veces hasta inhumanas, a los desheredados de la fortuna, a los drogadictos, a quienes ejercen la prostitución callejera, para comprenderlos o intentar comprenderlos y amarlos y para contraponer ese inframundo de pobreza, frialdad y miseria a la célebre paloma de PICASSO, que pretende en su vuelo alcanzar unos horizontes de Belleza, Paz y Equilibrio, por encima de la tragedia de tantas vidas, sumidas en el terror de la mediocridad y de la falta de toda ilusión, sin otro estímulo o aliciente que aquel que deriva del vivir, como en la célebre y magnífica película de CHARLOT “Candilejas”.

Toda su actuación está llena de sabiduría y de humildad. Y esto es lo que nos llena de gratitud y de emoción.

Hay otro dato muy significativo que no quisiera pasar por alto. Me refiero al éxito alcanzado por su discípulo y ya Maestro, el Profesor José Luis de la CUESTA ARZAMENDI, joven Catedrático de Derecho penal, nacido y formado en esta Universidad, al lado del Maestro, el Profesor BERISTAIN. Hay ya una Escuela de Derecho penal de San Sebastián con Profesores colaboradores de especial valía. El éxito de nuestro joven Catedrático, en plena madurez, pese a su juventud, discípulo ilustre de Beristain, como acabo de decir, y continuador de su doctrina humana y jurídica y también de su talante, sin perjuicio, como es obvio, de su gran personalidad, es un nuevo y brillante éxito de su magisterio y de su entrega. Las semillas esparcidas por el Profesor BERIS-

TAIN han fructificado y son ya, en estos momentos, felices realidades universitarias. El árbol recio de la Ciencia del Derecho penal ha hundido sus raíces muy profundas en esta Casa Solariega, en esta Universidad ilustre del País Vasco y en esta Facultad de Derecho dedicada al mundo jurídico, en análogo sentido que supuso el paso del Profesor BERISTAIN por Deusto, otra Universidad Vasca ilustre en la que dejó, entre otros, un discípulo, también hoy Maestro muy destacado, el Profesor José Ricardo PALACIO. Con sus colaboradores, en número casi infinito, y entre los que quiero destacar a Elo e Inmaculada.

Sólo quienes conocemos bien al Profesor BERISTAIN podemos captar bien su ancha y extensa personalidad y entresacar de ella unos datos muy positivos. Sabiendo que el Derecho a todos nos pertenece y que nadie debe monopolizarlo, ha llamado a su alrededor a cuantos por su experiencia y preparación podían mejorar el instrumento de convivencia en que el Derecho consiste. Sus amigos y colaboradores, médicos, psiquiatras, criminólogos, periodistas, psicólogos, sociólogos, antropólogos, asistentes sociales, lo saben bien y conociendo las dificultades que la vida misma ofrece, ha puesto el acento del Derecho penal no en la sanción, sino en la reinserción del delincuente a la vida comunitaria. Tarea difícil pero no imposible, en la que todos debemos poner nuestros mejores esfuerzos e ilusiones.

Querido Antonio: Desde lo más profundo de nuestro corazón, Elvira y yo, que también en la admiración, cariño y gratitud hacia ti, estamos muy unidos, te deseamos ahora y siempre lo mejor. Gracias por tu ejemplo y gracias, sobre todo, por tu Bondad.

Mis compañeros de la Sala 2^a del Tribunal Supremo, que me honro en presidir, me encargan también la transmisión de su admiración y de su cariño.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
333 - 334

ACTO SOLEMNE DE CLAUSURA DEL XLI CURSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGÍA*

(San Sebastián, 16-21 Octubre 1989)

Excmo. Sr., Sras., Sres., queridos amigos:

Hace sólo unos momentos he tenido la satisfacción de intervenir en este Curso Internacional de Criminología y en la charla, con independencia de la dación en cuenta breve y quintaesenciada de algunas manifestaciones puntuales de la reforma de 21 de junio del año actual, me he referido a la imprescindible convergencia de saberes e inquietudes de todas las Ciencias al servicio de la Persona humana y especialmente, en cuanto corresponde a nuestro trabajo profesional y científico, de la Política Criminal, de la Criminología y del Derecho Penal.

Desde la perspectiva de los muchos años de experiencia práctica en el mundo judicial y universitario y de mi constante ilusión, común sin duda en cuantos participamos en el Curso y de tantas y tantas personas de toda condición, edad, sexo, actividad y nacionalidad, por ir construyendo un mundo mejor, me gustaría enviarles con especial e incondicionado respeto a sus convicciones y planteamientos vitales y a los parámetros sobre los que quieren construir su futuro y el de la sociedad en que viven, un mensaje de esperanza pero también de inquietud. No creamos que la Paz viene sólo ni acaso principalmente de las leyes y de las decisiones judiciales, sobre todo las de orden penal. La Paz es obra de todos y en cualquiera de las direcciones en que nos movemos, personal, familiar, profesional, de amistad, política, podemos hacer infinitas conquistas para obtener su efectividad.

La Criminología estudia, como sabemos, las causas de los delitos, el por qué hay un factor de predisposición y qué efectos produce, cuándo y cómo se desarrollan y

* *XLI Curso Internacional de Criminología. Monográfico de Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 3 extr., 1990, pp. 423-424.*

estimulan las tendencias criminógenas, de qué manera se hacen realidades vivas las infracciones penales. Cuándo la pobreza, la desigualdad injustificada, el paro, el inconformismo patológico, etc., también la ambición desmesurada de poder o de riqueza, conducen al delito como la más grave y penosa de las insolidariedades sociales.

En este sentido, en el ambiente en que nos movemos cada uno, debemos intentar constituirnos en factores desencadenantes de expresiones completas y plurales de lucha contra el advenimiento del delito, haciendo todo ello posible, como ha dicho el Prof. Beristain, por conseguir una mayor justicia social que es el mejor y más eficaz antídoto contra la delincuencia.

Ojalá que permanezcamos unidos a la hora de alcanzar estas venturosa perspectivas y realidades donde lo más importante no será lo que del esfuerzo puesto al servicio de este ideal consigamos, sino el trabajo mismo realizado para llegar a la meta de nuestras ilusiones.

No quisiera terminar esta intervención sin referirme al Homenaje que se quiere rendir a la memoria del Prof. Del Rosal, del que acabo de tener noticia. D. Juan del Rosal fue uno de mis Maestros de Derecho Penal en la Licenciatura y en el Doctorado y con él colaboré como Profesor Ayudante de su cátedra en la Universidad de Valladolid hasta que fui destinado como Juez a la provincia de Huesca. Su profunda humanidad, el dominio de la técnica penal, el vanguardismo de sus concepciones, el prestigio que alcanzó dentro y fuera de España, su universalidad, justifican este recuerdo al que me sumo con el mayor interés y emoción, poniéndome a disposición incondicionalmente de los organizadores.

Mis últimas palabras han de ser para los Profesores Beristain y De la Cuesta, artífices de estos Cursos, de esta incesante actividad jurídica y criminológica, tan ejemplar y eficaz que a todos nos llena de orgullo y de satisfacción. Para los dos nuestra cordialísima felicitación.

Muchas gracias.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
335 - 336

**ACTO DE CLAUSURA
DEL II CURSO DE FORMACIÓN
ACTUALIZADA A FUNCIONARIOS
DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS***
(San Sebastián, 12-14 Julio 1990)

Quisiera expresaros una vez más, querido Director del Instituto Vasco de Criminología, Profesores y Alumnos, mi especial enhorabuena y satisfacción por las espléndidas realizaciones científicas y prácticas que lleváis a cabo.

En ellas habéis sabido enlazar el Derecho Penal y la Criminología de forma perfecta, la Praxis y la Ciencia, la Norma y la Realidad criminológica que es también realidad social.

El Derecho penal, como bien sabéis, lleva a cabo una imprescindible tarea social de promoción de los derechos y valores fundamentales, que son al mismo tiempo valores constitucionales, al reprimir aquellos ataques más relevantes a la normal y pacífica vida comunitaria según los parámetros que el Pueblo establece a través de sus legítimos representantes, permitiendo así la vigencia y el desarrollo armónico de los intereses individuales y colectivos en una simbiosis lo más perfecta posible. Esta misión positiva, creadora, dinámica, activa, de promoción del Bien Común, dota al Derecho penal de su más profunda y auténtica significación.

La Criminología constituye una Ciencia de los Hechos y de las Personas, en cuanto tales personas, es decir, como individuos observados desde su propia e intrasferible personalidad, no como acciones jurídicamente relevantes desde su perspectiva normativa, que es el objeto del Derecho Penal.

* *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 4, 1990, pp. 94-95.

Por eso la interdependencia de ambas Ciencias es incuestionable y especialmente fecunda. El dato básico es común: el Hecho criminal determinado por el Ordenamiento jurídico y el Delincuente examinado desde una pluralidad de puntos de vista. Las causas del delito, la personalidad del delincuente, su desarrollo, sus peculiaridades físicas y psíquicas, las formas de reacción social, se unen al hecho social, político y jurídico del Delito. Esta es vuestra tarea, no prescindir de ninguna de las Ciencias: Política Criminal, Criminología, Derecho Penal, etc., para conseguir una visión unitaria de los problemas criminales.

El Derecho Penal no puede ser visto como un conjunto de normas mejor o peor cohesionadas, privadas de profunda significación, sino como una Ciencia Valorativa, o Disvalorativa, según desde dónde se mire, que partiendo de los hechos que fija el legislador no puede prescindir de las aportaciones de la Política Criminal y de la Criminología.

Cuando el Derecho Penal se refiere a la personalidad del delincuente, por ejemplo, señala al juez un camino a seguir: la apreciación del hecho desde la doble perspectiva de los elementos psicológicos que inciden en el comportamiento humano y del análisis de su proyección social, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala 2^a del Tribunal Supremo.

El Derecho Penal es, en definitiva, queridos amigos, la expresión histórica de la Justicia condicionada siempre al hecho realizado por una persona imputable, (que conociendo su significación, lo quiso), previamente calificado como infracción penal por una Ley, (principio de legalidad, cuya primera zona de aproximación está representada por la interpretación literalista del precepto, en beneficio del reo). Una vez acreditada esta realidad, los factores psicológicos juegan en el campo procesal (determinación del hecho psicológico a través de inferencias) y en el sustantivo un papel decisivo, en este último caso a través de la determinación tanto cualitativa de la pena, en los supuestos de alternatividad, como cuantitativa en orden a la intensidad de la pena dentro del grado fijado por la ley.

Desconocer la presencia de estos presupuestos es olvidar la esencia misma del Derecho Penal. Cuando un Juez penal gradúa la sanción teniendo en cuenta la personalidad del sujeto u otras circunstancias deanáloga significación, (art. 61: personalidad; 256: peligrosidad social; 318: condiciones del culpable, etc., etc.) o cuando solicita un Indulto total o parcial, (art. 2º CP y Ley de Indulto de 1870) se está apoyando en datos criminológicos, (pensemos en la habitualidad frente a la reincidencia) en búsqueda de la más perfecta ecuación entre el Hecho, su Autor y la Pena.

Esta tarea vuestra, (y ahí está para demostrarlo la gran Revista EGUZKIORE) está produciendo incalculables beneficios para la sociedad y para quienes tenemos que juzgar, porque nos facilitáis unos materiales espléndidos y unos estudios científicos excepcionalmente valiosos para que la Justicia avance por el camino de la perfección, que es lo que todos, pese a nuestros defectos, queremos de verdad.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
337 - 338

NOMBRAMIENTO COMO MIEMBRO DE HONOR DEL IVAC-KREI*

(San Sebastián, 14 Julio 1990)

Ilustre y muy querido Director, Profesor Beristain, Sres. Profesores del Instituto, queridos e ilustres amigos y colegas. Con palabras de esta milenaria lengua: eskerrik asko.

Hay momentos en la vida de la persona en los que los sentimientos profundos, enraizados en la intimidad más profunda del ser humano, apenas si pueden exteriorizarse por la emoción que nos embarga y acaso hasta es bueno que así sea, porque al hacerse de esta manera se romperían las barreras del insondable arcano del alma, perdiendo gran parte de su grandeza e infinitud. Por ello me voy a limitar a expresar con pocas palabras mi inmensa gratitud.

El nombramiento que he recibido de Miembro de Honor del Instituto Vasco de Criminología me llena de orgullo, de satisfacción y de contento. No tengo méritos para ser destinatario de esta Alta Distinción, pero me consta con certeza que me lo habéis otorgado desde la doble consideración de vuestra inmensa generosidad y de mi cariño y devoción al Instituto y a quienes lo formáis. Desde hace muchos años soy, de “facto”, el más modesto de sus colaboradores.

Me honra, pues, sobremanera pertenecer, desde ahora, de “iure” a este Instituto al que habéis situado en la cima del prestigio humano y profesional por vuestro trabajo permanente, riguroso y especialmente valioso, tan cerca siempre de la persona física, de sus inquietudes y dramas, de su infinita soledad y tragedia, en tantas ocasiones, haciendo así una Criminología realista y, por consiguiente, crítica, en su sentido más noble y ejemplar, en una evolución paralela a la que acompaña al Derecho penal moderno.

* *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 4, 1990, pp. 243-244.

En este sentido debo expresaros el agradecimiento que os debemos como intérprete de la norma penal y en definitiva, en mi caso, como juez penal, por la ayuda que vuestros trabajos nos prestan.

Realizáis, queridos amigos, un trabajo interdisciplinar modélico, que se proyecta en muchas direcciones: hacia el Derecho, la Psicología y Psiquiatría, la Sociología, etc., volcados siempre en una idea básica: hacer la vida más grata, menos inhóspita y dura para todos y en especial para los que más sufren.

A partir de ahora voy a estar todavía más cerca, si ello es posible, de vosotros, de este Instituto de Criminología, tan vuestro y, con vuestro permiso, tan mío. Y de esta Tierra Vasca para mí tan querida.

Querido Profesor Beristain: en muchas de mis ponencias, como magistrado de la Sala 2^a de lo Penal del Tribunal Supremo que me honro en presidir, me refiero al principio de proporcionalidad implícito en nuestra Constitución. La admiración y cariño personal y profesional que siento hacia ti y al Instituto que creaste y diriges con tanto acierto, es ahora proporcional al inmenso orgullo y satisfacción que siento.

El honor que para mí representa esta distinción, y al que ya me he referido, se acrecienta, si cabe, al unirme con ella a las ilustres personalidades que recibieron o reciben en este acto el Título y al Cuadro de Profesores del mismo, tan ilustre, entre los que quiero citar expresamente a quien es tu discípulo por excelencia, aunque somos muchos los que nos consideramos como tales, al Profesor José Luis de la Cuesta, cuya juventud es pareja a una sorprendente madurez científica y humana.

Mi gratitud y admiración a los compañeros jueces y fiscales de esta querida Guipúzcoa y al Presidente de la Audiencia Provincial, D. Joaquín Giménez, al que admiro y quiero muy entrañablemente.

Muchas gracias al Gobierno Vasco por su sensibilidad ante el problema de la justicia y de las Instituciones penitenciarias.

Y, gracias inmensas a Vds. por su ejemplo y su dedicación.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
339 - 340

ACTO DE CLAUSURA DE LAS III JORNADAS PENITENCIARIAS VASCO-NAVARRAS*

(San Sebastián, 22-24 Noviembre 1990)

Cuando hace unos instantes acabo de expresar y de dejar constancia y, sobre todo, de someter al mejor y superior criterio de todos Vds., una serie de reflexiones en torno a problemas de alguna manera referidos a su importante actividad profesional, resulta difícil, y acaso imposible, decirles algo nuevo que merezca la pena ser escuchado.

Por ello y con toda brevedad me voy a referir a lo que estimo verdaderamente trascendental, y lo digo con toda sencillez y con toda humildad, para que nuestras vidas alcancen una dimensión acorde con la inmensa dignidad humana, las nuestras y las de los demás con los que convivimos.

Lo primero es alcanzar una magnífica preparación científica, técnica y profesional. Vds. son auténtico ejemplo de una vocación ejemplar al trabajo que realizan, verdaderamente hermoso, acudiendo a estos Cursos con evidente sacrificio, aunque sean especialmente gratificantes.

Después me parece también esencial que tengan presente, y estoy seguro de que así lo hacen, a la persona humana y sobre todo a quienes sufren pena de prisión. ¡Cuántos dramas se esconden en esas vidas, a veces torturadas y en ocasiones encerradas en un dramatismo sin luz!

Para terminar quiero dejar constancia una vez más de mi amor a esta Tierra Vasca donde he vivido tantos años, entre amigos muy entrañables, a mis compañeros de actividad judicial y fiscal hacia los que van mi admiración y gratitud por su trabajo tantas veces silencioso y lleno de dificultades, porque juzgar es tarea sobrehumana y a estos queridos amigos de Instituciones Penitenciarias y de Cuerpos de Policía a los que deseo de corazón todo género de éxitos humanos y profesionales.

* *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 4, 1990, pp. 185-186.

Para el Prof. Beristain, que está siempre al lado de las personas que más le necesitan, que lucha por la igualdad, la libertad y el amor con su entrega generosa y ejemplar, el abrazo fraternal permanente.

Para todos, también la ilusionada esperanza de un mundo mejor.

A las Autoridades de esta Comunidad, al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, mi gran amigo y compañero D. Juan Bautista Pardo, al Consejero de Presidencia, Justicia y Desarrollo Autonómico, D. Juan Ramón Guevara, y a D. Imanol Murua, Diputado General de la Excma. Diputación Foral de Guipúzcoa, mi afecto y gratitud por lo mucho que están haciendo en pro de una Administración de Justicia más eficaz.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
341 - 343

PRESENTACIÓN DEL LIBRO *IGNACIO DE LOYOLA, MAGISTER ARTIUM EN PARÍS 1528-1535**

(Excmo. Ayuntamiento de Toledo, 4 Abril 1992)

Pocas tareas pueden ser más agradables para quien tiene el honor de dirigirles la palabra que intervenir en este Acto de presentación del Libro *Ignacio de Loyola, Magister Artium en París 1528-1535* organizado por el Excmo. Sr. Alcalde de Toledo con ocasión de la Reunión de la Asociación Internacional de Derecho Penal que preside en España mi compañero y amigo, el Prof. Barbero.

Estoy convencido de que esta Ilustre Ciudad de Toledo, en la que nací, recibirá con entusiasmo e ilusión esta Obra porque se compagina su contenido, perfectamente bien y de manera cabal, con el espíritu de esta Noble Ciudad.

El éxito del Congreso de AIDP está ya asegurado. Celebrarlo en Toledo, encrucijada de culturas, de razas y de religiones, es un indiscutible acierto. Como presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo puedo dar fe de la buena salud de la justicia que sólo sufre crisis de crecimiento y a veces de estructuras. Nada hay de patológico respetando y mucho, por supuesto, las opiniones contrarias, sobre todo las de los que padecen su lentitud.

El Libro que os presentamos ha querido ser, es, sin duda, el retrato vivo de un Santo en el que todos, por su profunda humanidad, por su acercamiento a la vida misma, por su extraordinaria sensibilidad, nos podemos ver, y servirnos de él para luchar por un mundo mejor en el que haya más igualdad, más libertad, más justicia y más solidaridad, en definitiva, más Amor que es, sin duda también, lo más definitivamente importante en nuestras vidas.

En esta época de crisis, crisis de valores, de estructuras, de renovación del pensamiento, de incertidumbres y dudas, es bueno que las personas, mujeres y hombres,

* *Eguzkilo. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 6, 1992, pp. 236-238.

podamos tener algo y sobre todo alguien, al que acercarnos, con independencia incluso de nuestros sentimientos y convicciones religiosas, –ahí está para demostrarlo el Mahatma Gandhi–, para comprobar que no es tan difícil comprenderlos y seguirlos como auténticos Maestros, en el arte de entender la Vida como manda la propia naturaleza de las cosas, como corresponde a lo establecido por el Creador.

No es cosa de hacer resúmenes o extractos del Libro. Muchos de sus trabajos se leen como si de una novela de aventuras se tratara, otros nos dan la perspectiva de profundas cuestiones filosóficas, con el poso siempre de lo mucho que nos deja en el espíritu esa vida ejemplar, con sus problemas, sus dificultades, sus altibajos, sus inquietudes; vida, sobre todo, de sensibilidades para los pobres y los marginados, incluidas las mujeres, pobres y también marginadas, que en Roma se dedicaban a la prostitución a las que dedicó igualmente su atención y, sin duda, su Amor.

Me basta con esto; es suficiente. Incluso cuando las experiencias de sus discípulos, las Reducciones de los Jesuitas en el Paraguay, la llamada Teología de la Liberación, etc., tienen el signo de la contradicción, no siempre la crítica es noble y leal, se ve el espíritu de Ignacio, cuando quienes la realizan son fieles a sus ideales.

En el trabajo de colaboración en el Libro que ahora os presentamos, dije, y ahora repito, que la idea de Justicia supo armonizarla con el Amor que es entrega incondicionada a los demás, que es mucho más que justicia, aunque sin justicia no puede haber Amor.

En esas Tierras de América, de nuestros Hermanos de América, desde el día en que hasta ella llegaron los españoles, se produjo una fusión de cuerpos y almas, en un recíproco Descubrimiento porque fue una aventura de ida y vuelta: descubrieron y fueron descubiertos, unos y otros. Encuentro del que nacieron amores y odios también, por desgracia indiscutibles, de los que debemos reflexionar para eliminar, en la medida de lo posible, estos últimos y hacernos perdonar nuestros errores, e incrementar los amores con nuestra aproximación fraternal, como han hecho tantos y tantos discípulos de San Ignacio, la Compañía de Jesús, sobre todo en los últimos años, dando un testimonio de Amor supremo, incondicionado, hasta la propia vida, a través de una Teología, sin entrar ahora en mayores disquisiciones, que sin duda ha querido librar a los Pueblos con el Amor pero también con la Justicia, como he podido comprobar, una vez más, en el reciente viaje, para mí auténticamente inolvidable, que hice a Colombia el pasado verano con mi compañero el Prof. Bacigalupo. Si en muy pocos días pudimos fundirnos en ideales comunes, ello fue posible, sencillamente, porque nuestros corazones, los de nuestros hermanos y los nuestros, estaban preparados para la fusión y el abrazo.

Y quiero terminar con unas palabras dirigidas al Prof. Beristain. Sé cómo es porque le conozco, quiero y admiro cada día más desde hace muchos años. Y en él veo un Ignacio entre nosotros, metido de lleno en el momento histórico que nos ha tocado vivir.

En alguna ocasión he dicho que si algún día se pierde habrá que buscarle entre los más pobres, utilizada la expresión en sentido muy amplio: hay muchas clases de pobreza; entre los más indigentes y los más intensamente marginados, desde cualquier punto de vista.



De izda. a dcha.: J.J. Tasende, E. Ruiz Vadillo, J. Sánchez y A. Beristain.

La Cátedra, el Instituto Vasco de Criminología, que él dirige magistralmente, todo su prestigio científico, que es mucho y universal, lo ha puesto siempre al servicio del Amor y de la Paz, pero de una Paz activa por la que ha luchado y lucha.

Por ello, en este Homenaje, está bien que enaltezcamos la figura de San Ignacio de Loyola que sigue alumbrando a quienes quieren recibir la luz de él, y está igualmente bien que, si es cierto el refrán, que es, desde luego, cierto, de que por sus frutos los conoceréis, un servidor de todos Vds. ha conocido mejor a Ignacio conociendo bien a Antonio.

Que el Libro sea lo que sus mentores han querido; el Prof. Caro Baroja, uno de nuestros más ilustres, mágicos y universales científicos, y el Prof. Beristain: un homenaje vivo, sencillo, actual, hacia quien hasta la eternidad de los tiempos podrá servir de orientador y de norte por muchas y graves que sean las crisis que haya de pasar la humanidad, porque el mensaje de San Ignacio es un mensaje de Amor eterno y universal.

Muchas gracias.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
345 - 346

ACTO ACADÉMICO EN FAVOR DE LA INTEGRACIÓN CULTURAL Y LA PAZ

(I Coloquio Internacional “La Criminología ante los movimientos de población, la integración cultural y la paz”)* (San Sebastián, 21-23 Abril 1994)

Excmo. Sr. Lehendakari, Sras. y Sres., queridos amigos:

Unas brevísimas palabras para adherirme con toda cordialidad y respeto a la muy profunda significación de este solemne Acto Académico que se desarrolla bajo una expresión tan bella y significativa como “La integración cultural y la Paz”, acto que preside, y ello nos honra a todos sobremanera, el Excmo. Sr. Lehendakari D. José Antonio Ardanza.

Los sentimientos de este Pueblo, la hondura de sus reflexiones y su comportamiento noble y generoso, así como el gran amor a su Tierra son notas que conozco muy bien porque aquí viví rodeado de amigos, en un ambiente para mí inolvidable, muchos años, como profesor universitario en Derecho en Deusto y en Ciencias Económicas en Sarriko, con miles y miles de alumnos a los que recuerdo muy entrañablemente, hoy ya maestros indiscutibles, y en la Audiencia Provincial de Bilbao donde presté mis servicios en la Administración de Justicia.

Estas notas, Excmo. Sr., son la riqueza y el caudal inmenso de este Pueblo y sobre ellas es seguro que se construirá y que se está construyendo, poco a poco, un futuro de auténtica paz y justicia.

* *Movimientos de población, integración cultural y paz. Monográfico de Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 7 extr., 1994, p. 230.*

Al profesor Beristain que tanta y tan decisiva intervención ha tenido en el desarrollo de las Instituciones Vascas y de las personas, bajo ideales siempre y ejemplarmente democráticos y de Amor, mi admiración cada día más grande por su ilusión, entrega y sus realizaciones; y a los Profesores José Luis de la Cuesta y Adela Asúa mi deseo de que sigan luchando por esos mismos ideales que siempre defendieron y defienden, puesto que sólo la Justicia nos hará libres y sólo la libertad nos permitirá vivir con la dignidad que corresponde a toda persona humana.

A todos Vds. queridos colegas en esta Mesa y a cuantos nos escuchan una vez más el abrazo simbólico, expresión de mi cariño y de mi vinculación de por vida a esta Tierra Vasca.

Muchas gracias.

COLABORACIÓN EN EL LIBRO-HOMENAJE A JULIÁN PEREDA, S.J.*

* Este artículo apareció en *Estudios Penales. Libro-Homenaje a Julián Pereda, S.J.*, compilado por Antonio BERISTAIN, Universidad de Deusto, Bilbao, 1965, pp. 669-681. Varios profesores del Instituto Vasco de Criminología me han pedido, por múltiples motivos, que lo introduzca en esta colección de publicaciones del impar Magistrado y Maestro Enrique RUIZ VADILLO. Lo hago con sumo gusto, pues recuerdo con satisfacción la respuesta tan generosa que me formuló cuando le pedí esta colaboración suya.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
349 - 360

DESVIACIONES AL PRINCIPIO “NO HAY PENA SIN CULPABILIDAD” EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Para que una persona pueda ser castigada con una pena por un hecho delictivo es necesario que sea culpable¹. He aquí uno de los principios básicos del Derecho Penal cuyo mantenimiento ha de ser tarea ineludible para cuantos creemos que su existencia forma parte integrante del orden jurídico que ha de garantizar la Justicia, la seguridad y el bien común. Estos principios cumplen una doble función, una directa, de inmediata eficacia y otra indirecta de valor simbólico. Cuando se conculcan pierden su vigencia, aunque sea ocasional, y pierden –lo que puede ser más importante– su categoría de principio y símbolo; por eso aun en aquellos casos en que con la aplicación de ese principio rector, o sin su aplicación, se obtenga la misma consecuencia práctica no es indiferente que esta consecuencia se extraiga del recto y ortodoxo camino de aquel principio básico o de otros que supongan violación, desviación o desconocimiento del mismo.

1. La culpabilidad es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad y constituye uno de los capítulos fundamentales de la teoría jurídica del delito. (Puig Peña: *Derecho Penal* tomo I, 1944; pág. 287). En igual sentido en sucesivas ediciones.

Carrara definió el delito como “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”. Dice Sánchez Tejerina, a) que las dos últimas frases hacen de esta definición, entre las de tipo legalista, la mejor.

a) *Derecho Penal español*. Tomo I. 1947, pág. 162.

Al hablar de culpabilidad Del Rosal, (a) dice que forma este elemento la vértebra del delito.

a) *Lecciones de Derecho Penal*. 1954, pág. 327. Seelig, (a) dice que el Derecho Penal moderno sigue ciertamente el principio de la culpabilidad del acto, pero no apoya el reproche de culpabilidad sólo en el actual suceder anímico del acto, sino también en la cualidad de la personalidad del autor que le inclina a él.

a) *Tratado de Criminología*. Traducción y notas de José Mª Rodríguez Devesa. Madrid, 1958, pág. 6. Covarrubias, (a) vio, como buen moralista, que sin voluntad no puede haber pecado y saca como consecuencia que tampoco delito, que la voluntad es la que especifica los delitos.

a) Julián Pereda. “Covarrubias penalista”. Bilbao, pág. 14.

El Derecho Penal², ha de ser un derecho de culpabilidad y sólo sobre la presencia de un sujeto imputable y adecuadamente culpable puede configurarse la imposición de la pena, anudada legislativamente a un hecho delictivo. La seguridad social exigirá la imposición de medidas de seguridad a aquellos sujetos cuya libertad o absoluta libertad resulte incompatible con la paz y la tranquilidad comunitaria, aunque sean inimputables, pero jamás podrá imponérseles una pena. Y aunque quienes creen, equivocadamente, que los juristas nos movemos frecuentemente en una red de intrincadas entelequias y circunloquios, vean en esta postura una reafirmación de su creencia, es absolutamente trascendental la diferencia. A unos y otros, delincuentes y enfermos, se les priva de libertad, pero ni moral ni materialmente se identifican la pena y la medida de seguridad. La pena, con todo el sentido de regeneración que ha de impulsarla, ha de ser expiacionista, dolorosa; la medida ha de procurar simplemente la seguridad de la convivencia haciéndola compatible con la curación del sometido a ella y aun con su propio bienestar. Detrás de la pena hay siempre un delincuente, detrás de la medida hay simplemente un sujeto peligroso.

La culpabilidad, dijo Pío XII³, sitúa los límites fronterizos entre la justicia propiamente dicha y las medidas administrativas de seguridad. El Derecho Penal es, en su naturaleza íntima, una reacción del orden jurídico contra el delincuente, presuponiendo un vínculo causal entre éste y aquél, vínculo causal que debe ser establecido en base a la culpabilidad.

Este es nuestro punto de partida: la pena sólo debe imponerse a un sujeto culpable, adecuadamente culpable. Por eso cuando condenamos como homicida preterintencional a un individuo que no ha tenido intención de matar, –la intención de matar es ingraduable, única, sin matices– estamos despreciando ese principio básico; condenamos por homicidio a un hombre que no es adecuadamente culpable y a pesar de que la circunstancia atenuante nº 4 del art. 9º C.p. apreciada como muy cualificada⁴, reduzca la pena en términos muy considerables, incluso aunque se redujera más aún que si se utilizara el camino jurídicamente adecuado, seguiría flotando la grave incorrección cometida por no haber mantenido la aplicación de uno de los principios más elementales y básicos del Derecho Penal⁵.

2. Enrique Ruiz Vadillo. "La criminalidad mentalmente anormal". Comunicación al XI Curso Internacional de Criminología. Universidad de Madrid. 1961-62, pág. 597 y ss.

3. Discurso de S.S. Pío XII al VI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en 3-X-1953. A.D.P. y C.P., Tomo VI, fasc. III, pág. 446.

4. Art. 61. C.p., nº 5: Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada y no concurra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en el grado que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.

5. Hace muy pocos días se calificó en la Fiscalía de la Audiencia de Bilbao una causa cuyos hechos, en síntesis, eran éstos: el procesado –un muchacho joven– empujó levemente a un amigo en el curso de una pequeña reyerta, teniendo este último la fatalidad de resbalar y caer rodando, aunque sin presentar, en un primer momento, síntoma alguno de gravedad. A pesar de ello el procesado, apesadumbrado por lo sucedido, se apresuró a buscar un vehículo y trasladar a su amigo –que se negaba a ello– al Hospital en el que, a consecuencia de una hemorragia cerebral interna, falleció. Los hechos se calificaron de delito de homicidio del art. 407 con las circunstancias atenuantes nº 4 –preterintencionalidad– y 9 –arrepentimiento–, como cualifi-

La materia, como dice el P. Pereda⁶, es de trascendental importancia, importancia teórica ya que toca el punto más vital de este Derecho, y de suma importancia práctica pues de su recta intelección y aplicación puede resultar el triunfo de la Justicia contra apariencias criminales que han condenado a muchos inocentes.

Por este camino llegamos, cuando se prescinde total o parcialmente del aspecto subjetivo del delincuente, a la institución de la responsabilidad objetiva, responsabilidad por el mero hecho o resultado criminal o a instituciones que sin ser propiamente responsabilidad por el resultado, entrañan una desviación más o menos directa al principio de culpabilidad.

En la misma proporción en que los ordenamientos jurídicos se inclinan decididamente a ampliar el campo de aplicación de la llamada responsabilidad objetiva en Derecho Privado⁷, con general y casi unánime aprobación, debe marcarse una etapa de absoluta y total oposición a cuantos vestigios de responsabilidad por el resultado quedan en los Códigos penales⁸.

Las dificultades para conseguirlo son grandes, pero crear un estado de opinión en torno a la reforma puede ser muy importante y de conseguirla timbre de honor para nuestra generación, como dice Jiménez Asenjo⁹, que lo constituye para nuestra civilización heredada el haber construido su sistema penal sobre una base profundamente espiritualista, liberándose de la vieja y brutal concepción objetiva y materialista en que se imponían las penas, ateniéndose simplemente al incierto resultado de las acciones humanas.

A la hora de buscar una etiología a esta dirección legislativa¹⁰ de amenazar los delitos cualificados por el resultado con la pena correspondiente al resultado más grave en el caso de que fuera producido dolosamente, Rodríguez Devesa¹¹, dice tal per-

cadas, pidiéndose la pena de 6 meses y 1 día de prisión menor, pena con la que se conformaron procesado y Letrado defensor y que, por lo tanto, le fue impuesta con arreglo al art. 655 L.E.Cr. sin celebración del juicio oral. Con arreglo a la orientación actual todo correcto y, sin embargo, creo que pugna a ese principio de culpabilidad aplicar una atenuante de preterintencionalidad y llamar homicida doloso a quien sólo fue voluntariamente causante de un empujón, de un simple empujón.

6. Julián Pereda. "Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva". A.D.P. y C.P., Tomo IX, fasc. 2, pág. 213 y ss.

7. V. Art. 39 de la Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor.

8. Insisto en la diferencia fundamental y básica entre responsabilidad penal y civil. Me parece injusto que el hecho de lesionar en un dedo a un mecanógrafo si tarda 93 días en incorporarse al trabajo, entrañe una calificación jurídico-penal de lesiones graves del art. 420, nº 3 C.p. y sin embargo me parece absolutamente correcto y procedente que el causante de dichas lesiones indemnice –arts. 19, 101 y ss C.p.– en la cuantía correspondiente a los salarios no devengados y a cuantos daños y perjuicios haya producido esa relativa inmovilización.

9. Enrique Jiménez Asenjo. "La represión penal del concurso". A.D.P. y C.P., Tomo I, fasc. 3, págs. 493 y ss.

10. La tendencia hacia la supresión de estos vestigios es general. Una de las direcciones del C.p. italiano fue la de eliminar, en lo posible, las disposiciones que contenían residuos de responsabilidad objetiva.

11. José Mª Rodríguez Devesa. *Derecho penal español. Parte Especial*. I. Págs. 73 y ss.

sistencia, dentro y fuera de España, en conservar estas figuras que la doctrina proscribe, representa algo más que una terca obstinación, que la vida muestra que determinadas conductas delictivas traen aparejados, de ordinario, resultados más graves que los inmediatamente propugnados por el agente... Pero como el mismo Profesor Rodríguez Devesa señala, existen otros caminos más adecuados para luchar contra estas modalidades delictivas de indudable peligrosidad y trascendencia.

Jiménez Asenjo¹², señala otra dificultad: "Jamás el hombre podrá penetrar en el hombre y siempre será la conciencia, su conciencia, una incógnita llena de muchas obscuridades de difícil o imposible captación". Pero estas limitaciones son consecuencia de la propia limitación de la naturaleza humana y yo creo que aunque el Juez pudiera conseguir que el delincuente abriera su alma para penetrar en ella, seguiría sin conocerla porque el alma humana es enormemente compleja y difícil de descubrir, pero aceptadas estas limitaciones, presupuesto que la justicia que damos los hombres es relativa y falible, debemos acercarnos con humildad, sí, pero con decisión a la búsqueda del ideal de la justicia divina. A mí no me extraña que un fiscal o un juez dude y se inquiete antes de mantener una acusación o de condenar por homicidio frustrado porque la línea que separa el delito de lesiones del homicidio en grado de frustración es la línea sutil y a veces casi imperceptible de una distinta intencionalidad. Esto es lógico y es jurídico porque es humano, lo que quiero decir es que cuando el Juez, por la apreciación de todas las circunstancias objetivas y subjetivas da como hecho probado que no existía intención de matar, es atentatorio a la lógica, al orden y a la Justicia que tenga que condenar por homicidio doloso. No es al difícil proceso que ha de seguir el Juez para descubrir o intentar descubrir la verdad al que nos referimos, que siempre tendrá que ser difícil, sino a las consecuencias jurídicas que, presupuesto ese descubrimiento, se obtengan.

Por eso dice Mezger¹³, que no es correcto decir que el Derecho Penal vigente haya dado realidad sin restricciones al principio de que no hay pena sin culpabilidad. No hemos progresado, sigue diciendo, en modo alguno hasta tan brillante extremo, y si Beling, con razón, ve en toda pena sin culpabilidad un vestigio de incultura, es preciso reconocer, con toda franqueza, que más de un vestigio de incultura alienta en nuestro Derecho Positivo.

Es enormemente significativa, en este orden de cosas, la lectura de la Base 7^a del art. 1º, del Proyecto de 4 de julio de 1961 para la revisión del C.p. que desgraciadamente no prosperó en las Cortes. Decía así: "En el art. 348 y en el pf. último de los arts. 411 y 488 se sustituirá la mera agravación por el resultado muerte o lesión como base de la penalidad por la exigencia de que medie, al menos, imprudencia respecto al mal producido. Las penalidades serán adecuadas en consecuencia".

No obstante la existencia de importantes manifestaciones en nuestro Derecho Penal de responsabilidad objetiva total o parcialmente considerada, entiendo que al aplicarse el código se han ensanchado, tal vez un poco inconscientemente; por lo cual

12. E. Jiménez Asenjo. Artículo cit.

13. Cit. por el P. Pereda, S.J., "Vestigios...", ob.cit. V. Adolfo de Miguel Garcilópez. "Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal". A.D.P. y C. P., tomo V, fasc. 1, pág. 46; Cerezo Mir: "Lo injusto en los delitos dolosos en el Derecho penal español". A.D.P. y C.P., tomo XIV, fasc. 1, pág. 55. Y las obras de Quintano Ripollés y Díaz Palos entre otras.

y hasta tanto un nuevo texto penal radie para siempre estos vestigios, debemos intentar reducir al mínimo su existencia, mediante una aplicación correctora, hasta donde sea posible, de nuestro código punitivo.

Con la única finalidad de poner de relieve, una vez más, estas manifestaciones y sumarme, modestamente, a quienes con tan autorizada voz, como el ilustre penalista P. Pereda, lo han hecho con mayor autoridad y mejores argumentos, reduciré a esquema estos supuestos y expondré finalmente la que, a mi juicio, puede ser solución parcial y provisional al problema que cada caso presenta:

1. Supuestos de sanción para hechos en los que puede no existir culpabilidad: Robo con homicidio (art. 501 C.p.).

2. Supuestos de sanción basados en una culpabilidad dolosa principal que entraña una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad culposa para otra accesoria, aunque sea de mayor gravedad. Aborto con muerte o lesiones (art. 411 C.p.).

3. Supuestos de responsabilidad, basados en una culpabilidad genérica que se agrava por el resultado. Abandono de menores, delito contra la salud pública, rapto (arts. 488, 348 y 442 C.p.).

4. Supuestos de responsabilidad basados en una culpabilidad adecuada pero cuya sanción se configura por el resultado. Lesiones (art. 420 y ss. C.p.).

5. Supuestos en los que con una culpabilidad específica inicial se arrastra otra diferente, aunque con el correctivo de la preterintencionalidad (Construcción jurisprudencial del ámbito del pf. 3º del art. 1º; art. 9º circunstancia 4ª y art. 50 C.p.) y

6. Supuestos en los que la responsabilidad se basa en la existencia de un acto inicial ilícito, aunque la culpabilidad adecuada al resultado sea simplemente culposa (construcción jurisprudencial del delito de imprudencia, art. 565 C.p.). El problema tendrá un enfoque distinto cuando se trate de delitos de conducción temeraria o de conducción con culpa e infracción de reglamentos, con arreglo a la Ley de 24 de diciembre 1962¹⁴.

1. Robo con homicidio o lesiones.- En este caso se consuma de manera total y absoluta la disociación pena-culpabilidad. El resultado muerte puede sobrevenir de manera absolutamente ajena a la voluntad del sujeto del delito de robo. El ladrón quiere robar pero no ha previsto ni ha podido prever otro resultado, a pesar de ello la muerte o las lesiones se producen y entonces aparece este delito complejo en el que se hace, jurídicamente hablando, responsable de la muerte a quien no quiso otra cosa que robar. Sería correcto hablar de delito complejo cuando el delito contra las personas fuese medio para el que va a cometerse contra la propiedad o modo de buscarse su impunidad, y entonces puede aceptarse la imposición de una pena tan grave como exija una justa política criminal, pero no debe subsistir esta figura penal tal y como está concebida por el legislador al contradecir el más elemental de los postulados jurídico-punitivos. Delito doloso de homicidio o de lesiones más delito de robo, cuando el primero es medio de consecución o forma de encubrimiento, no es desde luego igual a la suma de ambas infracciones, sino algo mucho más grave, por ser más antijurídico y

14. Enrique Ruiz Vadillo. “Graduación judicial de la pena en la nueva ley del automóvil”. Comunicación presentada al Curso Internacional de Derecho de la Circulación. Madrid. Marzo, 1963.

más culpable, pero un delito de robo al que se une un hecho de muerte o lesiones (con motivo u ocasión dice el art. 501 C.p.) no debe merecer ningún reproche especial si estos últimos resultados no pueden atribuirse a título de dolo o culpa.

Si la palabra motivo tiene o exige una cierta relación causal subjetiva, la expresión “con ocasión” es tan amplia y tan absoluta que con ella se consagra un auténtico supuesto de responsabilidad por el resultado, sin que pueda el Tribunal Supremo hacer ninguna interpretación humanizadora del referido precepto por impedirlo la forma tan clara de estar redactado¹⁵.

2. Aborto con muerte o lesiones.- Dice Quintano Ripollés¹⁶ que en esta figura la antijuridicidad propia del aborto, radicante en el ánimo feticida, desaparece, por así decirlo, para dar nacimiento a un nuevo dolo calificado por algunos como dolo eventual aunque en realidad se atienda más al resultado que al evento.

Como sabemos la jurisprudencia anterior al C.p. de 1932 fue muy contradictoria y a veces calificó los hechos de aborto doloso y homicidio culposo (Ss. 5 junio 1925, 17 diciembre 1932). El citado C.p. 1932 (art. 417) exigió, con evidente acierto, la imprudencia con respecto al resultado muerte. El C.p. vigente, con el precedente de la Ley de 1941, estableció esta figura como una modalidad de delito cualificado por el resultado, sin que pueda aceptarse, atendida su construcción legal, el calificativo de dolo eventual.

Rodríguez Devesa¹⁷ las considera como figuras cualificadas por el resultado. La falta de exigencia de culpabilidad respecto al resultado más grave que cualifica, obliga, dice, a buscar una limitación a través de la causalidad adecuada, pues con la teoría de la equivalencia de las condiciones no es posible, a diferencia de lo que ocurre con otros delitos, corregir más tarde por medio de la culpabilidad una desmesurada aplicación del tipo.

Se parte evidentemente del hecho de que el sujeto del delito no quiere la muerte. Si la quisiera se trataría de: una acción única con dos propósitos criminales y dos resultados; un homicidio doloso (asesinato o parricidio) y un aborto doloso¹⁸, en concurso ideal¹⁹. Luego nos quedan dos hipótesis: A) Aborto doloso más homicidio culposo. B) Aborto doloso más homicidio fortuito. El hecho de equiparar ambas situaciones constituye un evidente error legislativo más importante aún que la gravedad de la pena impuesta que es, desde luego, inferior a la que hubiera correspondido si el resultado hubiera sido perseguido intencionadamente. En efecto, si se persigue la muerte de la madre y la destrucción del producto de la concepción, la calificación correcta sería la de delito de asesinato²⁰, parricidio u homicidio (arts. 406, 405, 407) y otro de aborto

15. José M^a Rodríguez Devesa. "Contribución al robo con homicidio". A.D.P. y C.P., Tomo XI, fasc. 3, pág. 507.

16. A. Quintano Ripollés. *Comentarios al Código penal*. II, pág. 244.

17. Ob. Cit. Págs. 73 y ss.

18. V.S. 24 enero 1948.

19. V. Art. 119-3 del Código penal suizo.

20. El mismo argumento utiliza la doctrina para mantener que la figura que contempla el legislador penal en el art. 409 C.p. –auxilio al suicidio– es un homicidio privilegiado. La muerte dolosa del suicida –prescindiendo del móvil, que es en cualquier caso perfectamente compatible con el dolo– sería siempre un asesinato (existiría alevosía y generalmente premeditación). Lo mismo en el caso de la muerte de la mujer embarazada.

del art. 411 en concurso ideal, correspondiendo imponer la pena del delito más grave –asesinato o parricidio– reclusión mayor: homicidio –reclusión menor– en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente ambos delitos (art. 71 pf. 1 y 2). Como la pena así computada (26 años, 8 meses y 1 día) art. 406 y regla 2^a art. 61; (17 años, 4 meses y 1 día), –art. 407 en el caso de asesinato u homicidio respectivamente– excede de este límite se sancionarían los dos delitos por separado (art. 71 pf. 3º) y entonces tendríamos: asesinato y aborto = Reclusión mayor + Prisión mayor o menor (art. 411 nº 1 ó 2 según los casos). Homicidio y aborto = Reclusión menor + Prisión mayor o menor.

A mi juicio la solución estaría en suprimir estos preceptos complejos y dejar que el Código penal, sin ellos, se aplicara normalmente a través de las llamadas formas mixtas de culpabilidad, capaces de resolver con adecuada técnica y justicia todas las situaciones por difíciles que éstas parezcan. Si al practicar un aborto se produce la muerte de la madre, si hay en este último resultado culpabilidad culposa se calificará de imprudencia, si ni siquiera esta forma de culpabilidad existe estaremos en presencia de un caso fortuito en cuanto a la muerte (arts. 1 y 565 C.p.). A ello parece oponerse el art. 8, nº 8, a *contrario sensu*. Pero aun con él, exigiéndose una relación de causalidad adecuada, como obligada frontera a la proyección del delito con los acontecimientos fortuitos, puede superarse esta dificultad.

3. En estos casos hay un hecho –abandonar a un menor, expander o fabricar sustancias nocivas para la salud, raptar a una mujer– una culpabilidad y una pena. Pero si el niño abandonado muere o la persona que ingirió aquellas sustancias fallece, o la raptada no aparece, ni se da de su paradero explicación satisfactoria, se impone una pena superior. A mi juicio establecer una presunción *iuris tantum* de imprudencia en la muerte (descartada la culpabilidad dolosa en cuanto al resultado muerte por iguales razones a las ya apuntadas) sería lo menos incorrecto, si algún reforzamiento a la pena que normalmente correspondería quiere conseguirse, situándonos entonces en la zona del dolo eventual²¹.

Rodríguez Devesa²², entiende que se trata de una cualificación por el resultado muerte. La vida del niño sobrevenida a consecuencia de un abandono que previamente ha puesto en peligro su vida es una cualificación por el resultado. Esto quiere decir, continúa, que no es preciso que la culpabilidad abarque este resultado. Puede ocurrir, incluso, que falte toda referencia de culpabilidad a ese resultado. Basta una mera relación de causalidad (adecuada).

21. El problema se complica en el art. 442 C.p. en el cual la muerte es una simple presunción legal, imponiéndose la pena de reclusión mayor. A mi juicio pueden presentarse estos casos:

a) Que posteriormente se compruebe que el raptor mató a la raptada. En este supuesto: ¿La sentencia dictada en un proceso penal por rapto, en el que se concede un amplio poder dispositivo, casi absoluto, a los particulares, cubre la situación de muerte real –asesinato, homicidio– de la raptada? Si lo cubre resulta o puede resultar un privilegio injustificado, si no lo cubre una doble punición también injustificada.

b) Que aparezca la raptada, después de dictada sentencia condenatoria, en base al precepto penal citado. ¿Cabe un recurso de revisión? Téngase en cuenta que la razón legal de la agravación no es la muerte presunta sino el simple hecho, con valoración penal, de no dar razón del paradero o explicación satisfactoria sobre su muerte.

22. Ob. cit. pág. 88.

En cuanto al art. 348 dice Quintano²³, que sigue ostentando –después de la reforma– su ambigua naturaleza de responsabilidad objetiva de versari y dolo eventual, determinado por el desarrollo de la causalidad material escasamente acorde con las tendencias doctrinales reinantes en la materia.

4. El delito de lesiones, prescindimos de los arts. 418 y 419 C.p., está configurado en el código sobre la base de una acción con una intención genérica de “lesionar” y un resultado: lesión. La pena viene luego determinada por la categoría de la lesión que a su vez en la mayor parte de los casos se fija por el número de días de incapacitación para el trabajo habitual o de enfermedad (art. 420), o asistencia facultativa (art. 422).

Entiendo, y así lo expuse en otra ocasión²⁴, que esta regulación es arcaica e injusta. Los antibióticos hacen hoy curar en muy pocos días lesiones muy graves y, sin embargo, si no se pueden aplicar o se trata por ejemplo de la extracción de una pieza dentaria, una lesión muy leve médicaamente considerada se transforma por aplicación del Código penal en una lesión grave. A mi juicio podría ser una solución la de calificar las lesiones en muy graves, graves, menos graves o leves según sus características, prescindiendo del tiempo que tarden en curar o del tiempo que inhabiliten para el trabajo. Todo ello naturalmente sin perjuicio de las consecuencias civiles del delito que han de cubrirse incondicionalmente²⁵.

Dice Rodríguez Devesa²⁶, que la índole de las conductas que se castigan en este capítulo obliga al empleo de una técnica muy diferente de la extremadamente casuística que utiliza nuestro código, únicamente justificable en un sistema de responsabilidad objetiva inadmisible hoy. Por lo tanto no se puede hacer recaer el principal acento en el resultado con el detalle que refleja el código.

5. Preterintencionalidad. Ahora nos referimos al problema con el que encabezamos estas líneas. Existe una acción u omisión culpables y un resultado pero no una absoluta correspondencia entre una y otro. El Derecho Penal que ha de ser un Derecho Penal de acción, no de tipologías ni de sintomatología criminal, ha de exigir sin embargo, una relación de causalidad subjetiva adecuada entre la voluntad y el resultado y si el resultado fue más allá de la intención se ha de producir una atenuación de la responsabilidad criminal sobre la base de la circunstancia de preterintencionalidad. Es verdad que muchas veces es prácticamente imposible medir esta correspondencia: una persona riñe con otra, se golpean y resultan con lesiones que tardan en curar 42 y 100 días respectivamente. Hay que presumir, salvo prueba muy contundente en contrario, que efectivamente se da esa correspondencia; pero cuando esa prueba, por el camino que sea, se da y el Tribunal da como hecho probado que el mal causado fue

23. A. Quintano Ripollés. “Comentario a la reforma”. A.D.P. y C.P. tomo VII, fasc. 3, pág. 496.

24. Enrique Ruiz Vadillo. Contribución al estudio de la reforma del Código penal. Tesis doctoral que fue dirigida por el Prof. José M^a Rodríguez Devesa. Se publicó en Extracto en la *Revista de Derecho Judicial*, nº 10.

25. Esta solución que yo propugnaba de convertir los tipos actuales en delitos de peligro de producción de resultados análogos a los que hoy alude la ley no le parece convincente al Prof. Rodríguez Devesa (a).

a.- *Derecho Penal Español. Parte Especial I*, págs. 128 y 129.

26. José M^a Rodríguez Devesa. Ob. y págs. citadas en el número anterior.

superior al que se quiso causar, entonces debe entrar en juego la atenuante con los efectos que el propio Tribunal le conceda en función de las circunstancias e intensidad concurrentes. Y esto en todos los delitos, cualesquiera que sea su naturaleza (salvo los que por su estructura no lo admitan, por ejemplo delitos formales: conducir sin habilitación legal, art. 3º de la ley de 9 de mayo de 1950), incluidos los delitos contra la propiedad porque si en ellos la Sala sentenciadora llega a la convicción de que se quisieron robar 400 ó 500 pesetas y se robaron diez mil debe aplicar la preterintencionalidad. Por ejemplo un muchacha de servicio sustrae con ánimo de lucro una sortija que cree de bisutería y resulta una auténtica alhaja. El T.S. ha venido sosteniendo que, por regla general, no cabe esta circunstancia en los delitos contra la propiedad²⁷, pero aparte de que no ha hecho sino establecer un criterio de generalidad, aceptando la excepción ("por regla general", "es muy difícil", etc. Expresiones suficientemente significativas), proyectando así una postura de admisibilidad que ha tenido realización práctica en una reciente sentencia.

Creo que en este sentido hay que distinguir dos aspectos. Procesal: dificultad de acreditar que el que se lleva dinero de una cartera o de una caja de caudales no quería llevarse tanto como se llevó. Sustantivo: cuando esta prueba se realice no hay ninguna dificultad en aplicar la atenuante.

Pero la circunstancia 4ª del art. 9º contempla una situación de una acción maliciosa y un resultado adecuado, pero excesivo. Nada más, por eso con una intención o ánimo de robar no puede construirse un resultado de desacato o con una intención de lesionar no puede configurarse un resultado de muerte. El art. 1º, pf. 3º contiene una declaración general, sin inmediata efectividad. Esta efectividad se encuentra en dos vertientes: igual delito pero con consecuencias superiores a las queridas (preterintencionalidad, art. 9º, circunstancia 4ª) y distintos delitos, uno querido y otro producido (art. 50). Y volvemos ahora al punto de partida; no es indiferente que por uno u otro camino se puedan obtener consecuencias prácticas análogas. Lo importante es aplicar una técnica adecuada, mantener unos principios rectores del ordenamiento, que no

27. S. 31 Mayo 1948: La circunstancia de preterintencionalidad no es aplicable –por regla general– en los delitos contra la propiedad.

Es muy difícil, dice la S. 20 diciembre 1950, se dé en los delitos contra la propiedad porque los autores conocen, de ordinario, al momento de la apropiación cuáles sean las cosas ajenas sustraídas y cuando se entran, después, de la presencia de algo, que al instante de sustraer pasará inadvertido, extienden a ello su propósito delictivo y la afirmación de la Sala de instancia de que la autora del delito no creyó, al cometerlo, tuviese el objeto tan excesivo valor, es dato de impreciso alcance que no puede desplazar el propósito delictivo hacia sectores de responsabilidad inferior.

El grado de malicia o el alcance de la intención del sujeto activo del delito se revela y tiene que medirse por los resultados de sus acciones, a menos que ellos sean notoriamente inadecuados o normalmente ineficaces para producir el mal causado, criterio tan difícil como peligroso de aplicar a los infractores contra la propiedad. (S. 19 diciembre 1949).

Por regla general es inadecuada la aplicación de la circunstancia 4ª del art. 9 al delito de robo con homicidio en el que se determina su penalidad por el resultado material. (S. 7 diciembre de 1951). En este último caso la sentencia es confirmación de cuál es la naturaleza de este delito de robo con homicidio, examinada ya con anterioridad. Más explicita aún la sentencia de 14 de junio 1961: la preterintencionalidad es inadecuada a las infracciones de estructura eminentemente objetiva, como la del complejo con homicidio en que es dicho resultado el que lo caracteriza con independencia del propósito inicial del agente, pues esta dimensión causalista de resultado hace que el tipo ya se configure en cierto modo como preterintencional.

tengamos nunca que decir que un hombre mató sin tener intención de hacerlo y condenarle por homicidio doloso = querido, aunque aplicándole una atenuante de no haber tenido intención de producir un mal de tanta gravedad como el que produjo. Si no hubo intención de matar no puede haber delito doloso de homicidio.

Es verdad que para aplicar esta teoría que es muy vieja y muy repetida nos encontramos con el obstáculo de nuestra jurisprudencia²⁸, que reiteradísimamente ha declarado que en los delitos contra las personas sólo cabe aplicar el art. 50 cuando el daño recaiga en persona distinta de aquella que se quiso ofender²⁹. Pero la gran virtud de la jurisprudencia consiste en hacer compatible la flexibilidad de su doctrina con la garantía que su unidad representa para la sociedad y es de esperar que si los sectores más destacados doctrinalmente mantienen una postura unánime en este sentido porque así lo exija la justicia, el T.S. pueda replantearse tan trascendental problema y tal vez orientarle de manera distinta. Así ha venido actuando no sólo en el Derecho Penal sino también en el Derecho Civil en el que un código bueno pero antiguo ha servido de instrumento de constante actualización de sus instituciones.

Los autores en general, como dice Puig Peña³⁰, establecen en el delito preterintencional dos supuestos: 1) Que el exceso no haya sido previsto pero sí previsible. En este caso Carrara hablaba de supuesto mixto de dolo y culpa (dolo en cuanto al resultado previsto y culpa en cuanto al no previsto, pero previsible). La pena debe ser mayor que la correspondiente al resultado simplemente propuesto, pero no tanto como correspondería al resultado efectuado si todo él fuese doloso. 2) Que el exceso no sea previsible; si aplicamos sistemáticamente los principios generales de la culpabilidad no podemos hablar del castigo de la parte del resultado no previsible, pues no se puede imputar sino aquel resultado que ha entrado en la intención o previsión del agente, aunque en contra de este principio ideal sigue flotando el viejo aforismo del *versari in re illicita*.

El camino está, sin embargo, abierto a través del art. 50 C.p. que no impide, sino al contrario, establece que en los casos de divergencia entre delito querido y delito, –o hecho– producido, se aplique la pena del delito de menor gravedad en su grado máximo y nunca, como dice acertadamente el P. Pereda, la del homicidio doloso (por ejemplo una persona quiere injuriar dando una bofetada en público, pero al darla, la víctima cae y muere), como con frecuencia se hace contra la justicia y el sentido común³¹.

28. Silvela dice que se aplicará el art. 50 cuando el hecho intentado y el ejecutado sean dos delitos distintos y la atenuante cuando el hecho ejecutado merezca la misma calificación que el intentado, o sea cuando en realidad hay un solo delito aunque haya mayor gravedad por el exceso en el resultado.

S. 13 Nov. 1959: para que el art. 50 C.p. entre en juego en los delitos contra la integridad personal es preciso que el detrimento físico recaiga en persona distinta de la que se pretende ofender y además, como regla general, que conste la especie de delito que se había propuesto ejecutar el culpable.

29. Ss. 8 Julio 1914, 5 Enero 1944, 15 Oct. 1942, etc.

30. F. Puig Peña. *Ob. Cit.* tomo I, pág. 482.

31. P. Pereda S.J. “Vestigios...” ob. y pág. Cit. Cita las sentencias de 23 Nov. 1945, 20 Mayo 1945, 16 Junio 1949.

El delito es preterintencional cuando se forma por la concurrencia del dolo sobre el propósito y de la culpa sobre el resultado. (Anteproyecto del C.p. mejicano).

La aplicación de estas ideas nace, a mi juicio, del propio Código penal. No es necesario modificar el código para corregir esta incorrección. El art. 1º habla de acciones y omisiones voluntarias, estableciendo una presunción de voluntariedad. Por lo tanto si un hombre ataca a otro y le mata, en principio ha cometido un delito de homicidio del art. 407, porque ha realizado una acción = matar, castigada en el C.p., luego presuntamente voluntaria. Ahora bien si el Tribunal se convence –destrucción de esa presunción que admite prueba en contrario– que no hay voluntariedad o intención en la muerte, es absurdo que concluyamos diciendo que dolo de lesiones = muerte dolosa. Por ello, y seguimos aplicando el C.p., lo único que podemos afirmar es que aquel hombre, si actuó voluntariamente hacia el delito, incurrió en responsabilidad criminal, –pf. 3º art. 1–, y al buscar cuál sea en concreto esta responsabilidad aplicaremos el citado art. 50 y calificaremos jurídicamente los hechos diciendo: que se trata de un delito de injurias –o lesiones– dolosas de los arts... a consecuencia del cual se ha producido una muerte que, de mediar malicia, hubiera constituido otro delito de homicidio del art. 407.

Pero veamos que se ha dicho “a consecuencia” y utilizo esta palabra con un sentido social de adecuación: la muerte no fue querida pero fue consecuencia relativamente normal de la injuria o lesión, pudo y debió preverse... porque si ni siquiera puede hablarse de consecuencia en ese sentido social y jurídico, sino de simple causación material, entonces tal muerte debe quedar sin sanción penal de manera total y absoluta. (Insisto en que el problema del correctivo civil, de la reparación íntegra de los daños y perjuicios, es distinto).

Puede ser inconveniente para la viabilidad de esta postura la existencia del art. 8, nº 8 –caso fortuito– C.p. Pero como luego intentaré demostrar, también puede ser, y debe ser, superable esta dificultad.

6. Supuestos en los que la responsabilidad se basa en la existencia de un acto inicial ilícito, aunque la culpabilidad adecuada al resultado sea simplemente culposa. Pongamos un ejemplo: un individuo sin habilitación legal para conducir, manejando la dirección de un vehículo de motor, sin culpa ni intención mata a una persona que materialmente se echa encima del coche. En este caso se habrá cometido indiscutiblemente un delito del art. 3º de la ley de 9 de mayo de 1950, es decir con ocasión de ejecutar un acto ilícito –ilícito penal doloso– se ha producido una muerte. Al sujeto de este delito parece que no se le puede aplicar la exención del caso fortuito por la redacción del cit. art. 8º, nº 8: El que con ocasión de ejecutar un acto ilícito... Falla, pues, esta primera exigencia. Pero tampoco podemos atribuirle la muerte a título de culpa, porque el T.S. ha declarado que en la imprudencia penal el acto inicial voluntario no malicioso tiene que ser lícito y permitido, pues si el acto es ilícito tendremos la malicia que, con relativa falta de intención, producirá o un delito preterintencional o la aplicación de la circunstancia cuarta. Consecuencia: aquella muerte es dolosa. Pero resulta que dolosa quiere decir voluntaria, –interpretación del art. 1º C.p.– y aquí se da como probado que no lo es. Contradicción que no puede conducir al absurdo de calificar este hecho como homicidio doloso.

Como dice Camargo Hernández³², el último avance en materia jurisprudencial se debe, sin duda alguna, a la promulgación de la ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y cir-

32. César Camargo Hernández. La ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor y algunos de sus principales problemas. Véase en este interesante trabajo la evolución de nuestra jurisprudencia y los problemas por ella planteados. A.D.P. y C.P. tomo XV. fasc. 1, pág. 25.

culación de vehículos de motor, pudiéndose afortunadamente afirmar que en estos casos ya no es exigido por nuestra jurisprudencia el requisito de la licitud del acto originario para la apreciación del delito de imprudencia temeraria y sería de desear que se generalizase esta doctrina y que en otros supuestos no se siguiera exigiendo este requisito.

Superado este obstáculo –fundamental– y yo creo que lo está definitivamente, son muchísimas las sentencias de los Tribunales confirmadas por el Tribunal Supremo que condenando por el delito del art. 3º de la ley de 9 de mayo de 1950, conducir sin estar legalmente habilitado, absuelven por el delito de imprudencia del art. 565 (y téngase en cuenta que la carencia de legal habilitación para conducir representa no sólo una ilicitud penal sino una vehemente sospecha de impericia), o condenando por el delito del art. 3º ó 9º –hurto de uso– simultáneamente lo hacen por otro delito de imprudencia), debemos continuar en esta línea y romper totalmente con la vieja interpretación de los arts. 8º, nº 8 y 565 exigiendo en el primero –a contrario sensu– una causación adecuada social y jurídicamente (el art. 8º, nº 8 ni se aplica ni se deja de aplicar cuando el resultado: muerte, lesión, etc., no tiene relación adecuada con el acto inicial ilícito) y en el segundo limitándonos a aplicar el C.p. sin añadidos ni exigencias complementarias que no están en la ley³³.

Como conclusión creo que puede mantenerse que el Código penal español no presenta en la parte general obstáculos insuperables para hacer realidad el principio de que la pena presupone una culpabilidad adecuada y que algunas de estas dificultades han nacido de una interpretación que, naturalmente, admite rectificación, prácticamente ya iniciada.

Sí los presenta en la Parte especial, en la que están tipificadas figuras de auténtica responsabilidad por el resultado, de imposible corrección por la vía interpretativa.

Nuestra lucha por la Justicia ha de tener cada vez más sus raíces en el Derecho Natural, paralelo al recto sentido común y a nuestra inquietud de hombres dedicados al Derecho. Todos debemos poner el máximo empeño en conseguir la reforma del Código penal en esos extremos que contradicen principios sustanciales del ordenamiento jurídico y mientras tanto debemos intentar hacer más humana y por ello más jurídica su aplicación.

Sea ésta mi modesta y sencilla forma de adherirme al homenaje que se tributa al P. Pereda que ha sabido conjugar un profundo y auténtico humanismo con la mejor técnica jurídico-penal. Su doctrina mantenida en tantas ocasiones en orden a los problemas aquí tratados ha de ser nuestra mejor guía en orden a una próxima y deseada reforma penal.

33. La técnica de incriminación penal de las conductas imprudentes con motivo de la circulación y la correspondiente aplicación de las penas será distinta cuando entre en vigor la ley de 24 de diciembre de 1962, sobre uso y circulación de vehículos de motor. V. arts. 2, 3 y 12.

A.D.P. y C.P. = *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.

EGUZKIORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián
Marzo 1999
361 - 370

ÍNDICE ANALÍTICO

Fernando BERMEJO MARCOS

Máster en Criminología

- ABELLA, RICARDO: 27
 ABORTO: 20, 23-26, 89-90, 93, 214, 274, 354
 ABUSO DE PODER: 258, 315
 ACADEMIAS:
 REAL ACADEMIA DE BELLAS ARTES DE SAN FERNANDO: 278, 290
 REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN: 10, 14, 254
 ACUSADO: 66, 153, 297-298, 301-302, 315
 AGRAVANTES: 68, 72-75, 78, 85, 90, 183, 186, 250
 AIX-EN-PROVENCE: 66, 99, 101
 ALEMANIA: 22, 28, 273, 313
 ALFER: 28
 ALMAGRO NOSETE, JOSÉ: 153, 226, 301
 ALONSO OLEA: 288
 ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN (SANCIONES): 21, 63-65, 68, 98, 104, 107, 123, 132, 139-142, 146, 158-159, 174, 286, 318
 ALVAREZ DE TOLEDO, ÍÑIGO: 28
 ALZAGA VILLAMIL, OSCAR: 301
 AMÉRICA: 237, 342
 ANCEL, MARC: 21, 66, 103, 123, 247
 ANTÓN ONECA, JOSÉ: 141
 ANTOPOLOGÍA CRIMINAL: 247
 ANUARIO DE DERECHO CIVIL: 23
 ARANGUREN, JOSÉ LUIS L.: 112, 222
 ARBITRAJE: 172
 ARDANZA, JOSÉ ANTONIO: 345
 ARREPENTIMIENTO: 133, 172, 231, 250, 317
 ARRESTO DE FIN DE SEMANA: 63-65, 98, 158
 ARROYO ZAPATERO, LUIS: 222
 ARRUE GONDRA, PEDRO: 237, 308
 ASOCIACIONES:
 DE CONSUMIDORES: 49, 52
 DE JURISTAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD EN ESPAÑA: 262
 DE VÍCTIMAS: 52, 134
 INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL (AIDP): 261, 341
 ASUA BATARRITA, ADELA: 142, 346
 ATENUANTES: 72-75, 85, 101, 133, 172, 314, 317-320
 AYA GOÑI, EDUARDO: 194
 AYA ONSALO, ALFONSO: 229
 BACIGALUPO, ENRIQUE: 220, 257, 262, 343
 BADAJOZ: 239
 BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: 254, 257
 BANDrés, JUAN MARÍA: 282
 BARANDIARÁN, JOSÉ MIGUEL: 308
 BARBERO SANTOS, MARINO: 21, 56-57, 84, 98-99, 124, 131, 176, 262, 341
 BARCELÓ, MIGUEL: 275
 BARCELONA: 64, 142, 210, 286
 BECCARIA, CESARE: 312
 BÉLGICA: 22, 223
 BELLOCH, JUAN ALBERTO: 276
 BENTHAM, JEREMÍAS: 312
 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO: 313
 BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO: 9-15, 18, 21, 24, 26, 34, 64, 67, 82-84, 101, 103, 107-108, 127, 130, 132-133, 148, 150-152, 163, 176, 178, 187, 191, 194-196, 204, 207, 220, 222, 228, 232, 236, 238, 241, 245, 250-251, 262, 279, 282, 288-290, 292, 296, 305-309, 314-315, 319, 326-334, 338-344, 346
 BERNAT DE CELIS, JACQUELINE: 102, 123, 151, 211, 315
 BILBAO: 10, 14, 18, 107, 133, 150, 288, 326, 345
 BIOÉTICA: 270, 308
 BOBBIO, NORBERTO: 147
 BOIX REIG, JAVIER: 135
 BOLÍVAR, SIMÓN: 35
 BOLLE, PIERRE-HENRI: 195, 256, 301
 BRUGGER, WALTER: 222
 BUENO ARÚS, FRANCISCO: 58, 103
 BURÓN BARBA, LUIS ANTONIO: 119
 CALAMANDREI, FRANCO: 289
 CALVO: 226
 CANO MATA, ANTONIO: 187
 CARDOZO: 300
 CARNELUTTI: 205, 286
 CARIO, ROBERT: 227
 CARMONA SALGADO, CONCHA: 313
 CARO BAROJA, JULIO: 191, 236, 241, 344
 CASARES: 127
 CASAS, BARTOLOMÉ DE LAS: 237
 CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: 249, 300
 CASTRO, FEDERICO DE: 22, 249
 CATALUÑA: 211, 270
 CEAR: 282
 CELA, CAMILO JOSÉ: 232
 CELAYA, ADRIÁN: 113
 CENTRO DE ESTUDIOS JUDICIALES (LISBOA): 119
 CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS Y FORMACIÓN ESPECIALIZADA: 270
 CHARLOT: 331
 CHILLIDA, EDUARDO: 278, 290, 309
 CHRISTIE, NILS: 315
 CIFRA NEGRA: 101
 COBO DEL ROSAL, MANUEL: 61, 109, 135, 171, 195, 208, 222, 258, 261, 312-313, 327
 COIMBRA: 173
 COLEGIOS DE ABOGADOS: 18-19, 21, 147
 COLEGIOS DE PROCURADORES: 185
 COLOQUIOS INTERNACIONALES: 162
 COMILLAS: 11, 15
 COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS DEL PARLAMENTO EUROPEO: 224
 COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: 10, 14, 18, 90

- COMITÉ EUROPEO PARA LOS PROBLEMAS CRIMINALES (CEPC): 37
- COMPÀÑIA DE JESÚS: 236-241, 341-344
- CONCILIACIÓN: 308, 318-319
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO: 313
- CONDENA CONDICIONAL: 65
- CONFERENCIAS: 36, 201, 256
- CONGRESOS: 51
- CONSEJO DE EUROPA: 18, 34-43, 45-52, 61, 65, 88, 104, 108, 110, 113, 127, 132, 134, 155, 209, 230, 254-256, 262, 302
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: 35, 50, 153, 181, 267, 287
- CONSTITUCIÓN: 22-24, 52, 58-59, 63, 83-89, 98-103, 108-109, 123-125, 135-137, 143-146, 151-152, 156, 159-162, 167-168, 179-191, 195-196, 206, 209-216, 225-228, 233, 246, 250, 261, 267, 273-280, 283-288, 296-303, 307, 313-317, 326
- CONVENCIONES:
- CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. ROMA, 1950: 182, 185, 190, 213, 227, 288, 296
 - CONVENIO PARA LA PREVENCIÓN DEL GENOCIDIO 1948: 285-286
 - CONVENIO SOBRE EL RESARCIMIENTO DE LAS VÍCTIMAS DE INFRAACCIONES VIOLENTAS. 1983 (CONSEJO DE EUROPA): 127
 - DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: 205, 288
 - PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. NUEVA YORK, 1966: 185, 213, 286-288, 296-298
- CÓRDOBA RODA, JUAN: 251
- CORRAL GARGALLO, PAZ: 229
- CORRESPONSABILIDAD: 248
- CORTES DOMÍNGUEZ, VALENTÍN: 153, 226
- COSSON: 256
- CREMADES, JUAN BAUTISTA: 313
- CRIMINALIZACIÓN: 98-100
- CRIMINOLOGÍA:
- CONCEPTO: 108, 194-196, 230, 251, 333-335
 - CRISTIANA: 308
 - CRÍTICA: 152, 195
 - TRADICIONAL: 195
- CUADERNOS DE POLÍTICA CRIMINAL: 119
- CUERPO TÉCNICO DE LETRADOS DEL Mº DE JUSTICIA: 21
- CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS DE LA: 9, 13, 127, 157, 178, 187, 194, 204, 207, 220, 227, 232, 245, 279, 282, 288-289, 292, 313, 331, 334, 340, 346
- CULPABILIDAD: 51, 57, 61, 69-70, 85, 94, 153, 349 ss.
- CULTURA JURÍDICA: 267, 270-280
- CURSOS: 194
- CURSO SOBRE LA ADMON. DE JUSTI- CIA: 185
 - XLI CURSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGÍA. 1989: 194-201, 333-334
 - PERSONA, AVANCES TECNOLÓGICOS Y DERECHOS: 270
 - CURSO DE FORMACIÓN ACTUALIZADA A FUNCIONARIOS DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. 1990: 335-336
- DAGA, LUIGI: 119
- DAVID, PEDRO: 261
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DD HH:
- DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO: 46, 49
- DELINCUENCIA ECONÓMICA: 35-53, 68, 98, 117-122, 156, 255-260, 275
- ETIOLOGÍA: 40-43
- TIPOS: 37-40, 44-46, 260
- DELINCUENCIA ECOLÓGICA: 40, 46, 50, 59, 69, 79, 88, 225, 260, 314
- DELITO:
- CONCEPTO DEL DELITO: 59-60, 69-70, 85, 101, 109-111
 - CONTINUADO: 69-72, 87
 - ETIOLOGÍA DE L DELINCUENCIA: 108-111, 114-116, 195, 205, 247-248, 286
 - MASA: 69-71
 - SIN VÍCTIMA: 247
- DELMAS-MARTY, MIREILLE: 111, 123, 131, 247, 257
- DEONTOLOGÍA: 36, 48, 316
- DERECHO ADMINISTRATIVO: 47, 50, 66, 69, 102-104, 123, 223, 225, 256, 285, 297
- DERECHO CIVIL: 20, 23-24, 30, 47, 50, 60-61, 83-87, 99, 123, 155, 171, 207, 210, 223, 225, 244, 249, 256, 282, 358
- DERECHO COMPARADO: 22, 25, 28-31, 43, 64-65, 127, 313, 316
- DERECHO COMUNITARIO: 35-43, 46-49, 127, 182, 256-258, 263-264, 276, 302
- DERECHO CONSTITUCIONAL: 161-162, 180-181
- DERECHO INTERNACIONAL: 35-43, 46-49, 127, 182, 256-258, 261-263, 267, 270, 276-277, 302
- DERECHO LABORAL: 50, 61, 83-84, 153, 207, 256
- DERECHO MERCANTIL: 36, 42-43, 47, 50, 61, 83-84, 207, 256
- DERECHO PENAL: 20-21, 24-27, 36, 40, 43-52, 56-79, 82-95, 98-104, 107-113, 117, 120-123, 130-147, 152-153, 158, 170-171, 182-183, 194-201, 207, 209-211, 214-216, 222-226, 230-232, 244-252, 254-264, 266-267, 271, 285, 288, 292-293, 307-308, 313-322, 325, 330-332, 335, 350.

- DERECHO PENAL JUVENIL: 101, 319
 DERECHO PENAL ECONÓMICO: 255-260
 DERECHO PENITENCIARIO: 83, 103, 154, 158, 206-211, 214-217, 226-230, 251-252, 307
 DERECHO PRIVADO: 20, 23-24, 30, 47, 50, 60-61, 66, 69, 83-87, 99, 102-104, 123, 153-155, 171, 207, 210, 223-225, 244, 256, 282, 285, 351
 DERECHO PROCESAL: 36, 48-49, 77-98, 127, 133-134, 138, 143-144, 147, 150-163, 171-173, 182-189, 198, 207-208, 225-226, 260-267, 270-271, 277-278, 282-283, 287-288, 292-303, 313-314, 317-320, 326
 DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL: 261-263, 267, 270
 DERECHOS:
 A LA VIDA: 22-23, 89, 212-214
 AL JURADO: 161
 DE LOS CONSUMIDORES: 46-49
 DEL ACUSADO, CONDENADO: 58, 64, 66, 77, 93, 94, 161, 184-186, 190, 208, 212, 215, 227-228, 232, 261-262, 266, 283-284, 288, 297-298, 301-302, 315-316
 DERECHOS FUNDAMENTALES: 58, 67, 79, 84-89, 109-111, 127, 138, 146, 154, 167, 178-191, 201, 205, 212-217, 227-228, 232, 245, 262, 270-279, 283-288, 296-298, 307, 316, 327
 DESCRIIMINALIZACIÓN: 25, 47-49, 57, 64-68, 82-84, 98-104, 109, 170-171, 325
 DESJURISDICCIONALIZACIÓN: 100, 103
 DESPenALIZACIÓN: 64-68, 77, 82-84, 88-89, 98-104, 109-111, 138, 170-171, 325
 DEUSTO: 11, 15, 308, 325, 330, 332
 DEXEUS, SANTIAGO: 224
 DÍAZ, ELÍAS: 287, 300
 DÍAZ PALOS, FERNANDO: 251, 254, 293
 DÍEZ PICAZO, LUIS: 206, 54
 DINAMARCA: 25
 DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZCOA: 220, 328
 DOÑATE: 207
 DOSIMETRÍA PUNITIVA: (VER PENOLOGÍA)
 DRAPKIN, ISRAEL: 251
 DROGA: 69, 92-93, 99, 112-113, 116-118, 121, 124-126, 137, 142, 147, 195, 207, 210, 288-289
 DURCKHEIM, EMIL: 110
 ECHEBURUA ODRIozOLA, ENRIQUE: 229
 ECOLOGÍA: 40, 46, 50, 59, 69, 79, 88, 225, 260, 312-314
 ECONOMÍA: 35-53, 68, 98-99, 107-109, 112-122, 148, 156, 255-260, 275
 EDUCACIÓN: 9-15, 142, 224, 273, 276, EGUZKILORE: 9-15, 227, 288, 336
 EINSTEIN, ALBERT: 271
 ELLACURÍA, IGNACIO: 237-241
 EL SALVADOR: 237
 ELUARD, PAUL: 111
 EMIGRANTES: 285-287
 ENAJENACIÓN MENTAL: 68, 85, 93, 196-197, 272
 ERASMUS, PROGRAMA UNIVERSITARIO EUROPEO: 227
 ESCUELA DE ESTUDIOS JUDICIALES DE LISBOA: 85
 ESPAÑA: 28, 40, 82, 147, 169, 173, 182, 213, 254, 256-257, 262, 267, 286, 319
 ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS: 64, 68, 87, 93, 142, 146, 154-157, 171, 206-211, 214-217, 221, 226-229, 252, 286, 307-308, 315
 ESTADOS UNIDOS: 25, 28, 224, 300, 314
 ESTEBAN: 301
 ESTIGMATIZACIÓN: 77, 102, 248
 ESTOCOLMO: 36
 ESTRASBURGO: 18, 36, 58, 162, 255
 ESTRUCTURAS SOCIALES INJUSTAS: 108, 210
 ESTUDIOS VASCOS DE CRIMINOLOGÍA: 251
 ETICA: 11, 15, 23-31, 89-90, 135, 160-161, 213, 215, 224, 227, 266-267, 270, 274, 308
 ETXEBERRIA, FRANCISCO: 9, 13
 EUGENESIA: 273
 EUROPA: 29, 126, 162, 201, 254-256, 262-263, 267, 276, 308
 EUTANASIA: 20, 26-27, 214
 EXIMENTES: 73-75, 87-89, 318
 EXTRANJEROS: 276, 284-285
 FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR: 226
 FALTAS: 95, 170, 175, 314
 FERNÁNDEZ ALBOR, AGUSTÍN: 57, 101, 257
 FEUERBACH, LUDWIG: 209, 247, 312
 FIGUEREDO, JORGE DE: 110
 FILOSOFÍA DEL DERECHO: 18-21, 34-35, 107-108, 111, 130-133, 143-145, 159-160, 166-176, 179-180, 205-208, 225, 228-233, 236-241, 244-252, 254-255, 264-267, 270-279, 280-290, 296-297, 308-309, 312-313, 326-329, 331, 342-344
 FINLANDIA: 132
 FOUCAULT, M.: 315
 FRANCIA: 28, 316
 GALA, ANTONIO: 264
 GANDHI, "MAHATMA": 240, 342
 GARCÍA ANDRADE, JOSÉ ANTONIO: 9, 13
 GARCÍA ARÁN, MERCEDES: 313, 317
 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: 187
 GARCÍA MON, FERNANDO: 295
 GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN: 180, 213
 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: 196, 231, 250, 254, 262
 GARCÍA PELAYO, RAMÓN: 287
 GARCÍA VALDECASAS, G.: 275

- GARCÍA VALDÉS, CARLOS: 103, 159, 207, 215, 230
 GENERALITAT DE CATALUÑA: 270
 GENÉTICA: 111, 222-224, 273-274, 284
 GENOCIDIO: 285, 315
 GIMBERNAT, JOSÉ ANTONIO: 62, 198, 276
 GIMÉNEZ, JOAQUÍN: 232, 326, 338
 GIMÉNEZ-SALINAS, ESTHER: 211, 228, 270, 318
 GIMENO SENDRA, VICENTE: 153, 161, 226, 262, 267, 282, 284, 294
 GITANOS: 285
 GOBIERNO VASCO: 338
 GÓMEZ ORBANEJA, E.: 295
 GONZÁLEZ CUÉLLAR, NICOLÁS: 282
 GOPPINGER, HANS: 115, 196
 GRAN BRETAÑA: 25
 GRISOLIA, SANTIAGO: 224
 GRISPIGNI, FILIPPO: 152
 GUI, TOMÁS: 276
 GUIPÚZCOA: 338, 340
 GURMÉNDEZ, CARLOS: 225
- HABERLE, 180
 HAECKEL, ERNST HEINRICH: 225
 HELSINKI: 132
 HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: 167, 179, 206, 213, 225, 239, 249, 254, 267, 274, 300
 HERRERA MORENO, MYRIAM: 319
 HIERRO, LIBORIO DEL: 213
 HISTORIA: 116, 225, 236, 315-316, 342
 HISTORIA DEL DERECHO: 60, 109, 157, 180-181, 300
 HOLMES: 300
 HORMAZABAL MALAREE, HERNAN: 246-247, 251
 HUESCA: 334
 HULSMAN, LOUK: 123, 134, 211, 248, 315
 HUMANISMO: 10, 14, 27, 89, 107, 123, 137-138, 150, 153, 157, 205-208, 211-214, 222-223, 228-233, 236-241 254, 267, 277, 285-290, 293, 316, 325, 338
 HUNGRÍA: 25
 HUXLEY, ALDOUS L.: 223
- IBÁÑEZ, ANDRÉS: 159, 315
 IGLESIA CATÓLICA: 237, 308
 IGNACIO DE LOYOLA, SAN: 236-241, 308, 341-344
 IHERING: 56
 IMPUNIDAD: 43, 69, 103, 183, 188, 315
 INCAPAZ: 77, 196-197
 INDEMNIZACIÓN A LA VÍCTIMA: 37, 65, 68, 99, 102, 133, 232
 INDULTO: 59, 125, 152, 336
 INFANTICIDIO: 26
 INSTITUCIONES PENITENCIARIAS: 21, 83, 103, 133, 154, 205-207, 210, 220, 227-229, 232-233, 286
- INSTITUTOS DE CRIMINOLOGÍA: 9, 15, 150, 194, 199, 204, 220-221, 256, 261, 282, 292, 305, 327, 330, 335, 339-340, 344
 INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE: 261
 INSTITUTO MAX PLANCK: 199
 INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA: 9, 15, 150, 194, 204, 220, 282, 292, 305, 330, 335, 339-340, 344
 INSTITUTO DE EUROPA EN ESPAÑA: 262
 INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA: 37, 56, 151
 IRES: 64, 142, 210, 286
 ITALIA: 22, 25, 28, 119, 313
- JESCHECK, HANS-HEINRICH: 130, 132, 162, 196, 260, 326
 JESUCRISTO: 237
 JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: 158
 JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, MANUEL: 295
 JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSE: 101, 112
 JORGE BARREIRO, AGUSTÍN: 254
 JORNADAS:
 DE DERECHO PENAL: LISBOA 1982: 123
 DE DERECHO PENAL ECONÓMICO: 253-263
 DE DERECHO PENAL Y DEFENSA SOCIAL: COIMBRA: 173
 DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA: MADRID 1986: 141
 DE PRESIDENTES DE LAS CORTES SUPREMAS DE JUSTICIA DE IBERO-AMÉRICA, PORTUGAL Y ESPAÑA: MÉRIDA: 239
 HISPANO-ALEMANAS: 262
 INTERNACIONALES DE DEFENSA SOCIAL, III. AIX-EN-PROVENCE: 99, 101
 LATINAS DE DEFENSA SOCIAL. AIX-EN PROVENCE: 66
 PENITENCIARIAS VASCO NAVARRAS, I. SAN SEBASTIÁN, 1987: 139-148, 166, 326-327
 PENITENCIARIAS VASCO NAVARRAS, II. SAN SEBASTIÁN: 166-176, 329-332
 PENITENCIARIAS VASCO NAVARRAS, III. SAN SEBASTIÁN, 1990: 220-233, 337-338
 JÓVENES: 101, 115-118, 124-126, 147, 171, 195, 210, 224, 252, 272
 INFRACTORES: 125, 147
 JUAN CARLOS I: 254
 JURADO: 100, 158-161, 226, 275, 307
 JURISPRUDENCIA: 43, 113, 136-138, 142-146, 181-191, 198-199, 214, 228, 231, 249, 251, 261, 271, 276, 284, 295-299, 315
 JUSTICIA: 11, 15, 19-21, 27, 34-35, 49, 51, 59, 64, 84, 104, 111, 126, 144-145, 152, 156, 159-160, 166-176, 179, 197, 201, 206, 208, 222, 232, 237-241, 245-252, 254-

- 255, 264-267, 280, 284, 287-288, 296-297, 308-309, 326-329, 336, 342
- KAISER, GUNTHER: 196
 KANT, EMMANUEL: 109, 135, 206, 214, 246
 KANTOROWITZ: 211
 KELLEW: 256
 KING, MARTIN LUTHER: 241
- LABORINHO, ALVARO: 123
 LAÍN ENTRALGO, PEDRO: 295
 LANDROVE DÍAZ, GERARDO: 231, 250, 262, 313
 LEDESMA BARTRET, FERNANDO: 65-66
 LEGAZ Y LACAMBRA: 210, 300
 LEGISLACIÓN: 20, 23-24, 28, 30, 40, 43-46, 50, 56-79, 82-95, 99-104, 113, 121-126, 136, 139-144, 152-153, 158, 171, 175, 182-188, 195-201, 208-211, 214-217, 221, 223, 230, 244, 249-250, 259, 271-273, 276-278, 282-286, 293-294, 298, 302-303, 307, 313-319, 330
 A LEY GENERAL PENITENCIARIA: 330
 BA CODIGO PENAL 1990: 221, 230
 CODIGO CIVIL: 20, 23-24, 30, 60, 86-87, 99, 171, 210, 244, 249, 282
 CÓDIGO DE COMERCIO: 38
 CÓDIGO PENAL: 24, 40, 43-46, 60-63, 69-70, 74, 89, 136-137, 140-141, 144, 152, 158, 171, 182-183, 195-201, 210-211, 214-216, 249-250, 271, 293, 313-318
 CÓDIGO PENAL MILITAR: 286
 L 1983/25-6:
 LECRIM: 125, 143, 153, 158, 175, 184-188, 208, 250, 277-278, 294, 298, 302
 LOGP: 103, 215, 307
 LOPC: 46, 124, 185, 215, 286, 303
 LOTC: 276
 LOTJ: 283
 LO 3/79: 303
 LO 8/83: 45-46, 56-79, 82-95, 101, 104, 121-122, 125-126, 139-140, 200, 217, 285
 LO 6/85: 46
 LO 2/86: 302-303
 LO 3/89: 195-201, 217, 272
 LO 4/92: 319
 LO 4/95: 285
 PAN CÓDIGO PENAL: 141, 209
 P CÓDIGO PENAL 1980: 44-45, 50, 56-57, 60, 64, 67, 77, 84-87, 104, 121-122, 139-141, 307
 P CÓDIGO PENAL 1992: 259, 273
 RD 769/87: 302
 REG. PENITENCIARIO: 83, 103
- LEGROS: 98
 LEIGH: 256
 LEVASSEUR, GEORGES: 57, 98, 100-102
- LIBERTAD CONDICIONAL: 65, 173, 195
 LIEJA: 223
 LINDE PANIAGUA, ENRIQUE: 187
 LISBOA: 85, 123
 LOMBROSSO, CESAR: 247
 LOPEZ ROCHA: 98
 LÓPEZ BARJA: 207
 LÓPEZ GUERRA: 301
 LÓPEZ GARRIDO, DIEGO: 263, 313, 317
 LÓPEZ REY, MANUEL: 108, 110, 114, 195, 252
 LORENZO SALGADO, JOSÉ: 257
 LUXEMBURGO: 22
 LUZÓN CUESTA: 298
 LUZÓN PEÑA DIEGO MANUEL: 313
- MACARULLA, JOSÉ M^a: 284
 MACROVICTIMACIÓN: 307, 315
 MADRID: 254, 262, 276
 MANTOVANI, FERNANDO: 59
 MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS: 200, 207, 313
 MARICHAL, JUAN: 237
 MÁRKQUEZ ARANDA: 207
 MARTÍN CANIVELL, JOAQUÍN: 207
 MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS: 224
 MARTÍNEZ PEREDA: 248
 MARTÍNEZ RUIZ, ENRIQUE: 182
 MARTÍNEZ VAL, JOSÉ MARÍA: 187
 MEDIACIÓN PENAL: 312-321
 MEDICINA: 23-31, 69, 89-90, 155, 224, 273-274
 MEDIDAS DE SEGURIDAD: 85, 151, 157, 159, 209, 283, 286
 TERAPEÚTICAS: 68, 155
 MEDIOS DE COMUNICACIÓN: 26-28, 42, 190, 226, 240, 270, 277, 284
 MENORES: 73, 77, 93, 101, 195-196, 231-232, 319
 INFRACTOR: 73, 77
 INTERNADOS: 207, 227
 MÉRIDA: 239
 MINISTERIO DE JUSTICIA: 10, 14, 103, 153, 158, 214, 307
 MIR PUIG, SANTIAGO: 66, 162, 280
 MOLINERO, MIGUEL ÁNGEL: 222
 MONTERO AROCA: 288
 MORALES PRATS, FERMÍN: 313
 MORENILLA RODRÍGUEZ, JOSÉ M^a.: 119
 MORENO CATENA, VÍCTOR: 153, 226
 MUJER: 24-26, 89, 138, 183, 188, 198-199, 272, 276, 308, 312, 315
 MÜNSTER: 250
 MUÑAGORRI, IGNACIO: 124, 127, 157, 162
 MUÑOZ: 127
 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: 43, 107, 156, 162, 196, 198, 226-227, 247, 297, 315
- NACIONES UNIDAS: 261, 267, 270
 NARCOTRÁFICO: 92-94, 195

- NAVAJAS, LUIS: 9, 13
NECESIDAD, ESTADO DE: 25, 89
NEOCRIMINALIZACIÓN: 98
NEUMAN, ELÍAS: 195, 207, 228
NIÑOS: 315
NOBEL, PREMIO: 232
NORUEGA: 22
NUEVA YORK: 185, 213, 288, 296
- OBJETIVACIÓN: 349 ss.
OMBUDSMAN: 36
OPERADORES DE LA JUSTICIA: 29, 36, 42, 48, 52, 60, 71, 83-85, 134, 150-163, 168-169, 172-173, 186, 195, 205-211, 217, 222, 230, 249, 267, 277-279, 286-287, 292-303, 299-300, 314-316, 320, 326, 338
- OPINIÓN PÚBLICA: 42, 132, 158, 169, 277, 285
ORTEGA Y GASSET, JOSÉ: 221, 244, 280
ORTIZ RICOL, GREGORIO: 227, 230
ORURO: 35
OTTENHOF, REYNALD: 19, 196, 232
- PAETOW, BARBARA: 199
PAÍS VASCO: 34, 178, 194, 204, 236, 292, 303, 308, 325-326, 329
PALACIO SÁNCHEZ IZQUIERDO, JOSÉ RICARDO: 101, 148, 332
PALMA DE MALLORCA: 261, 267, 270
PARAGUAY: 342
PARDO, JUAN BAUTISTA: 338
PAREJA VICTIMAL: 77-78, 102, 315-319
PARLAMENTO EUROPEO: 224
PECES BARBA, GREGORIO: 279
PEDRAZ PENALVA, ERNESTO: 226
PENA DE MUERTE: 57-58, 87, 212, 308, 239
PENADO: 8, 64, 66, 73, 77, 93, 94, 103, 137-138, 146, 157-158, 161, 184-186, 190, 208, 207-217, 227-228, 232, 261-262, 266, 283-284, 288, 297-298, 301-302, 315-316
PENETRACIÓN CULTURAL, LEY DE: 30, 245, 312
PENOGÍA: 21-24, 46, 49-50, 56-58, 62-75, 83-93, 98-99, 101-104, 107, 131-146, 155, 169, 172-176, 208-210, 214-217, 221, 227-229, 245, 250-251, 271-272, 286, 293, 317-322, 336
78, 183, 186, 123, 158-159, 314, PERDÓN: 67-69, 77-78, 95, 102, 200, 308
PEREDA, JULIÁN: 347 ss.
PÉREZ ARREGUI-FORT, IGNACIO: 9, 13
PÉREZ LUÑO: 272
PÉREZ TREMPS: 213
PERSONALIDAD DEL AUTOR: 111, 124, 127, 138, 141, 173, 196, 205, 211, 215, 231, 250-251, 287, 336
PICASSO, PABLO: 31
PINATEL, JEAN: 19, 21, 116, 195
- POCH, ENRIC: 210, 286
POLETTI: 117
POLÍTICA: 159-160, 167-168, 176, 180, 211, 244-246, 249-251, 326
POLÍTICA CRIMINAL: 47-50, 66, 69, 123, 152, 157, 173, 194-201, 210, 214, 229, 231, 246, 250, 263, 308, 317, 336
PORTUGAL: 22, 65, 127, 313
POZO, JOAN MANUEL DEL: 271-272
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: 98, 110-111, 137, 143, 146, 174, 184, 187-189, 208, 226, 261-262, 283, 298-299
PREVENCIÓN: 23, 48, 50, 53, 56, 65-66, 99, 104, 132, 141, 146, 157, 195-196, 209, 232, 248, 256, 266, 283, 298-299, 313
PRINCIPIOS PENALES: 50, 57-70, 83-84, 94, 100-103, 109-110, 135-139, 145-147, 153-154, 170, 174, 182-184, 214, 232, 249, 258, 263, 266, 275, 278-284, 287, 296-297, 316, 326
DE CULPABILIDAD: 61, 66-70, 110, 136-137, 145, 174, 232, 266, 349 ss.
DE EXCEPCIONALIDAD: 138-139, 145
DE IGUALDAD: 58, 65-67, 136, 182-184, 266, 283-284, 326
DE IRRETROACTIVIDAD: 58
DE LEGALIDAD: 50, 57-60, 66-67, 83-84, 94, 101-103, 109-110, 135-136, 153-154, 174, 182-184, 232, 258, 266, 278-280, 296-297, 316
DE MINIMA INTERVENCION: 67, 138, 249, 263, 266, 326
DE OPORTUNIDAD (DIVERSIÓN): 100, 139
DE PROPORCIONALIDAD: 57, 62-63, 67, 138, 145, 214, 232, 275, 278, 282-284
SEGURIDAD JURÍDICA: 67, 84, 94, 101, 139, 170, 287
PROBATION: 65, 139, 141-142, 211
PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA: 64-66, 103, 108, 127, 133, 145, 231-232, 261, 317, 320
PSICOLOGÍA: 68, 85, 93, 108-111, 124, 148, 156, 196-198, 205, 209, 216, 221, 225-227, 232, 250, 271-274, 316
PSICOPATÍA: 156, 216
PSIQUETRÍA: 69, 156, 205, 216, 221, 271
PUIG PEÑA, FEDERICO: 225
- QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: 141, 156
QUINTERO OLIVARES, GONZALO: 135, 137, 313
- RACISMO: 276, 284-288
RADBRUCH, GUSTAV: 280
RECASENS SITCHES: 210, 300
REDENCIÓN DE PENAS POR EL TRABAJO: 94
REGLAS DE PALMA: 261, 267, 270
REINCIDENCIA: 68, 77-78, 86, 195

- REINSENCIÓN SOCIAL: 23, 57, 63-65, 68-69, 77-78, 86, 103, 107, 119, 133, 137, 141, 146, 151-152, 157, 206-212, 215, 227, 229, 261, 280, 286, 316-317, 332
 DE LA VÍCTIMA: 133, 266
 DE LOS DROGADICTOS: 195
 RELIGIONES INTERCONFESIONALES: 87, 215, 236-241, 308, 341-344
 REPARACIÓN A LA VÍCTIMA: 65-68, 133, 173, 232, 314-319
 RESPONSABILIDAD: 36, 48, 51-52, 61, 65, 70-71, 85-89, 94-95, 108, 127, 133-134, 246-247, 317
 CIVIL SUBSIDIARIA: 65, 68, 127, 216
 OBJETIVA: 349 ss.
 RETRIBUCIONISMO: 23, 51, 64
 RODRÍGUEZ DEVESA JOSÉ M^a: 21-22, 45, 58, 62, 102, 109, 135, 141, 208, 245
 RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: 213, 251, 254-255
 RODRÍGUEZ MUÑOZ, JOSÉ ARTURO: 225
 RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: 196
 ROMA: 288, 296
 ROMAGNOSI, GIAN-DOMENICO: 209
 ROSAL FERNÁNDEZ, JUAN DEL: 56, 297, 327, 334
 ROXIN, KLAUS: 261, 266
 RUIZ PÉREZ, JOAQUÍN SALVADOR: 160
 RUIZ VADILLO, ENRIQUE: 9-15, 18
 RUMANÍA: 25
 SÁINZ CANTERO, JOSÉ ANTONIO: 59
 SAINZ DE ROBLES, FEDERICO CARLOS: 35, 51, 108, 181
 SALA SÁNCHEZ, PASCUAL: 249, 254, 287
 SALOMÓN: 315
 SAMPEDRO, JULIO: 315
 SAN MARTÍN LARRINOA, M^a BEGOÑA: 315-316
 SAN SEBASTIÁN/DONOSTIA: 21, 204, 282, 330-331
 SÁNCHEZ AGESTA: 58
 SÁNCHEZ, IÑAKI: 282
 SÁNCHEZ DE LA TORRE: 238
 SANCIONES: 36-37, 46, 49-50, 57-59, 62-65, 69, 74, 83-93, 98, 103-104, 107, 123, 139-142, 145-146, 151-154, 157, 173, 169, 212, 222, 227-230, 271, 286, 293, 308, 314
 DE INHABILITACIÓN: 37
 DE RETIRADA DEFINITIVA DEL PERMISO DE CONDUCIR: 69, 86
 PECUNIARIAS: 36-37, 62, 146
 PENA DE MUERTE: 57-58, 87, 212, 308
 PRIVATIVA DE LIBERTAD: 36, 46, 57, 63-65, 74, 83, 88-93, 98, 103-104, 107, 123, 139-141, 145, 151-154, 157, 173, 222, 227-230, 271, 286, 293, 314
 PRIVATIVA DE NACIONALIDAD: 59
 PRIVATIVA DE DERECHOS: 85, 98
 PRIVATIVAS DE PERMISOS Y LICENCIAS: 85-86, 98, 142
 ALTERNATIVAS: (VER ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN)
 SANTANDER: 185
 SARRIKO: 18, 325
 SARTRE, JEAN-PAUL: 222
 SCHNEIDER, HANS-JOACHIM: 195
 SCHÜLER-SPRINGORUM, HORST: 273
 SEELIG, ERNESTO: 25, 114, 150, 160, 248
 SEMINARIOS: 220, 223
 SEMINARIO INTERNACIONAL DE LIEJA: 223
 SERRANO ALBERCA: 302
 SERRANO BUTRAGUEÑO: 313, 317
 SERRANO GÓMEZ, ALFONSO: 313
 SENTENCING: 162
 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS, M^a: 314
 SIMPOSIOS: 64-65, 250
 III SIMPOSIO INTERNACIONAL DE VICTIMOLOGÍA, MÜNSTER: 250
 SOCIOLOGÍA JURÍDICA: 18-31, 66, 99, 107-127, 134-135, 156, 159-163, 169-171, 179-180, 189-191, 195-201, 204-217, 225-230, 239-240, 244-252, 262, 266-267, 270-279, 282-290, 292-293, 312-313, 326
 SÓFOCLES: 222
 SOTO NIETO, FRANCISCO: 87, 295
 SPENCER: 206, 214
 SUAREZ: 248
 SUÁREZ, CARLOS: 254
 SUECIA: 22, 25
 SUICIDIO: 26, 214
 SUSPENSIÓN DE CONDENA: 86, 98, 139, 141, 173, 295, 314
 SUSPENSIÓN DEL FALLO: 65, 94, 139, 141
 SZABO, DENIS: 196
 TEOLOGÍA DE LA LIBERACIÓN: 238, 342
 TERRORISMO: 133, 307, 318
 TIEDEMANN, KLAUS: 40, 255-261, 266
 TOCQUEVILLE, ALEXIS: 255
 TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO: 189
 TORIO: 61, 85, 247, 279
 TORTURA: 171, 174, 182-184, 212, 245, 267, 279-280, 293, 308
 TOYMBEE: 30
 TRABAJO COMUNITARIO: 65, 98, 142
 TRASPLANTE DE ÓRGANOS: 20, 28-31
 TRATAMIENTO:
 AMBULATORIO: 85
 PENITENCIARIO: 103, 229
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (VER JURISPRUDENCIA)
 TRIBUNAL SUPREMO (VER JURISPRUDENCIA)
 TSITOURA, AGLAIA: 196, 230

- UNAMUNO, MIGUEL DE: 279, 307
 UNIÓN SOVIÉTICA: 25
 UNIVERSIDAD: 18, 21, 82-83, 93, 98, 111, 146, 178, 185, 204, 221, 236, 254-255, 276, 305, 308, 330-331, 345
 AUTÓNOMA DE MADRID: 254-255
 COMILLAS: 11, 15
 COMPLUTENSE: 9, 13, 261
 DEUSTO: 11, 15, 308, 325, 330-332
 INTERNACIONAL MENÉNDEZ PELAYO: 83, 111, 185
 LA SORBONNE: 236
 SARRIKO: 18, 325, 345
 PAÍS VASCO (UPV): 9-15, 18, 21, 150, 178, 204, 282, 292, 327, 330-332
 VALLADOLID: 255, 334
 URBANISMO: 50, 110, 124, 285
 VALLADOLID: 334
 VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL: 313
 VALORES: 126, 132, 143, 179, 197, 201, 206, 213, 222, 228, 230, 232, 249, 254, 264, 267, 272-273, 278, 287, 296, 313, 331, 342-344
 VÁZQUEZ SOTELO: 174, 187, 208, 226, 262, 266, 295
 VESKÜLL: 214
 VÍCTIMA: 37, 42, 65-68, 76-78, 90, 95, 102-103, 123, 133, 171-175, 250, 262, 266, 271-272, 308, 314-320
 APROPIADA: 248-250
 CONSIIDENTE: 27
 ETIOLOGÍA: 231
 VICTIMARIO: 8, 24-26, 64-66, 73, 77, 93-94, 103, 110-114, 123-124, 133, 137-138, 146, 157-158, 161, 171, 184-186, 190, 207-217, 227-228, 232, 247-248, 261-262, 266, 283-284, 287-288, 297-298, 301-302, 315-320, 325
 PROFESIONAL: 114
 COMO VÍCTIMA: 210
 VICTIMIZACIÓN: 316
 VICTIMODOGMÁTICA: 308
 VICTIMOLOGÍA: 24-27, 37, 42, 64-68, 76-78, 90-91, 95, 99, 102-103, 108, 123, 127, 133, 145, 171-175, 195-201, 210-211, 221-222, 231-232, 248-250, 261-262, 266-267, 270-272, 308, 311-322
 VIDARTE, JUAN MARÍA: 18
 VILADÁS JENÉ, CARLES: 86
 VILLAPALOS, GUSTAVO: 222
 VIRTO: 127
 VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: 61, 109, 135, 195, 208, 246, 258, 286, 312
 VIZCAYA: 18
 WESTFALIA: 250
 XENOFOBIA: 276, 285-286
 ZAFFARONI, RAÚL: 205, 246, 315
 ZUBIRI, XAVIER: 308
 ZULOAGA, ELVIRA: 7, 9-15, 332



Universidad
del País Vasco Euskal Herriko
Unibertsitatea
VICERRECTORADO DEL CAMPUS DE GIPUZKOA
GIPUZKOAKO CAMPUSEKO ERREKTOREORDETZA



**DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
JUSTIZI SAILA**

**DEPARTAMENTO DE INTERIOR
HERRIZAINGO SAILA**

La Dirección agradece al Excmo. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y a los Departamentos de Justicia e Interior del Gobierno Vasco su contribución financiera a esta publicación.