

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal

UNIVERSIDAD
DE MURCIA
BIBLIOTECA

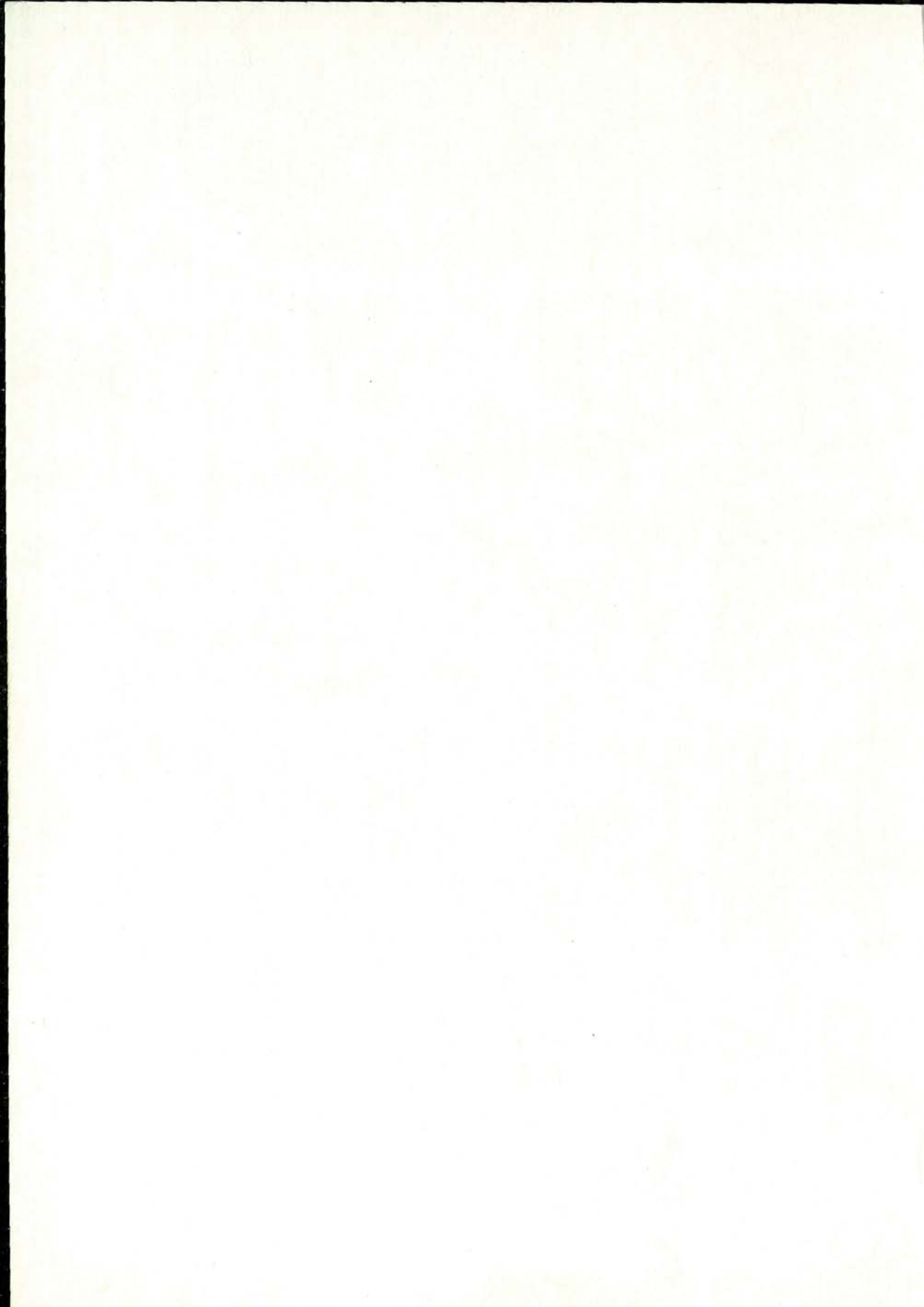
F-236
5296

LA JUSTICIA PENAL EN ESPAÑA

LECCION INAUGURAL
DEL CURSO ACADEMICO 1988-89

SECRETARIADO DE PUBLICACIONES DE LA
UNIVERSIDAD DE MURCIA

1988



87 F-236-5.295

LECCION INAUGURAL
DEL CURSO ACADEMICO 1988-89

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

R. 36. 199

GERARDO LANDROVE DIAZ
Catedrático de Derecho penal



LA JUSTICIA PENAL EN ESPAÑA

LECCION INAUGURAL
DEL CURSO ACADEMICO 1988-89



SECRETARIADO DE PUBLICACIONES DE LA
UNIVERSIDAD DE MURCIA
1988

LA JUSTICIA PENAL EN ESPAÑA

I. INTRODUCCION

Ante la exigencia normativa de que sea yo, precisamente, quien pronuncie la lección de apertura del curso académico 1988-89 en esta Universidad, he optado por un tema que responde a mi condición de profesor de Derecho penal y, sin embargo, no resulta demasiado técnico para un auditorio necesariamente heterogéneo. Y es lo cierto que la empresa no presenta demasiadas dificultades. Cultivo una disciplina que todos, incluso los no especialistas, ven muy cercana. A veces, dolorosamente cercana. La extradición, la pena de muerte, el tráfico de drogas, la cárcel, la despenalización del aborto, el delito fiscal o la delincuencia juvenil son otros tantos temas de Derecho penal que, con cierta frecuencia, los medios de comunicación social acercan a todos los ciudadanos. De ahí la grandeza y, quizá también, la servidumbre de la ciencia de los delitos y de las penas.

Por otro lado, he querido dar un enfoque estrictamente personal a mi intervención. Quizá porque la ortodoxia no es mi principal virtud. De ahí, precisamente, que las alusiones bibliográficas que en la versión escrita de mi exposición se contienen estén exclusivamente referidas a mi obra. Al margen del posible componente de vanidad que algunos pueden detectar en mi actitud, quiero con ello subrayar que a pesar de que en la Universidad española siguen proliferando los inéditos —algunos ya al borde de la jubilación— o los que llevan cuatro, cinco, seis o doce años «haciendo la tesis doctoral»¹, existen otros profesores que escriben, que trabajan,

¹ Vid.: G. LANDROVE DIAZ, *Contra corriente*, en *Derecho*, I, Murcia, 1981, p. 10.

que publican; en definitiva, que practican el infrecuente hábito de pensar dentro del tinglado académico. Bien es verdad que somos los menos, yo diría —incluso— que una especie a extinguir en una Universidad que confunde autonomía con aldeanismo y política de campanario, es decir, con esterilidad intelectual². Y lo que es peor, ante la mirada complacida, cuando no cómplice, de las autoridades académicas.

II. DETERMINACIONES PREVIAS

Ello sentado, me propongo abordar ante ustedes una reflexión personal sobre *La Justicia penal en España*. Antes, sin embargo, es preciso realizar unas matizaciones previas sobre el objeto de estudio de los penalistas³.

El Derecho penal es el sector del total ordenamiento jurídico que, en garantía de las condiciones de existencia y desarrollo de la comunidad, atribuye efectos jurídicos propios (fundamentalmente penas) a determinadas conductas humanas (delitos)⁴.

En definitiva, entre las normas que integran el ordenamiento jurídico, existen algunas que han nacido para luchar contra la delincuencia: son las normas jurídico-penales y se caracterizan por amenazar con la imposición de una pena en los casos de desobediencia. Así, el delito de acción supone la infracción de una norma prohibitiva (el asesinato, por ejemplo, del art. 406 del Código penal); el delito de omisión, el incumplimiento de una obligación de actuar jurídico-penalmente impuesta (art. 489 bis, que sanciona la omisión del deber de socorro). En cualquier caso, el Derecho penal no debe ser utilizado como instrumento de poder en manos del grupo políticamente dominante, ni servir para la imposición coactiva de determinadas ideas políticas, morales o religiosas; debe aspirar —simplemente— a conseguir un marco mínimo de convivencia, haciendo posible en una sociedad pluralista el pleno ejercicio de las libertades ciudadanas.

2 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Jiménez de Asúa, universitario*, en *Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, número monográfico 11 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1986, p. 439.

3 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Sobre la denominación y naturaleza del Derecho penal*, en *Estudios penales*, I, Universidad de Santiago de Compostela, 1977, pp. 249 y ss.

4 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Introducción al Derecho penal español*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pp. 19 y ss.

La pena es la más antigua y la más importante de las consecuencias del delito⁵. Constituye una amarga necesidad que posibilita la convivencia de los hombres. Consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal. La pena es retribución por el delito cometido y consecuentemente con éste debe guardar la justa proporción. Ello no obsta para que puedan perseguirse otros fines con la imposición de las penas: la prevención de futuras infracciones por parte del sujeto que delinquiró o de otros que pudieren delinquir y, sobre todo, la corrección o recuperación social del delincuente.

Es tradicional clasificar las penas según sea el bien jurídico de que prive su imposición: la *pena capital* supone la privación de la vida; las *corporales* —hoy prácticamente desaparecidas— recaen sobre la integridad física del reo; las *privativas de libertad* determinan una radical limitación de la libertad de locomoción; las *restric-tivas de libertad* solamente coartan —sin anularla— la libertad de residencia y de movimientos; las *pecuniarias* suponen una privación jurídica de signo económico; las *privativas de derechos* recaen sobre el honor o determinadas distinciones o derechos.

La aplicación de las penas, es decir, la reacción jurídico-penal, debe producirse tan sólo ante *determinada clase* de agresiones a los bienes jurídicamente protegidos. Es función del Derecho penal sancionar las conductas especialmente reprobadas por la ciudadanía, aquellas que se consideran más intolerables, más graves (robo, homicidio, lesiones, violación, etc.).

Es misión del Derecho penal garantizar la pacífica convivencia entre los ciudadanos; por ello, cae fuera de su marco de operatividad la persecución de finalidades religiosas o moralizantes, como sucedió en determinados momentos históricos, con el consiguiente endurecimiento y deshumanización del Derecho penal.

El *principio de intervención mínima* es un postulado básico de la moderna Política criminal. Por la dureza de sus sanciones, que afectan a los bienes jurídicos más preciados de las personas, el Derecho penal debe intervenir únicamente cuando resulten insuficientes otros medios de reacción de menor gravedad. El Derecho

5 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, pp. 17 y ss.

penal ha de ser la *ultima ratio*, es decir, el último recurso a utilizar por el Estado.

Este principio de intervención mínima es, además, una exigencia ética dirigida al legislador. Exigencia que los sistemas totalitarios vulneran indefectiblemente: de un lado, porque se sirven del sistema punitivo como instrumento de eliminación de los disidentes; de otro, porque utilizan indiscriminadamente la amenaza penal para reprimir todo aquello que no son capaces de resolver por otros cauces.

Desde muy diversos puntos de vista puede ser contemplada la situación de la Justicia penal en nuestro país. Sin embargo, creo que en ningún caso el diagnóstico puede ser optimista. Salvo para unos gobernantes que parecen haber decidido ignorar la realidad a la vista de que son incapaces de sustituirla por otra mejor. En cualquier caso —y para sorpresa tan sólo de los más ingenuos— el poder se utiliza, no para mejorar la situación social, sino para perpetuarse en el disfrute del mismo. En consecuencia, no puede extrañar que la Justicia en España y, por supuesto, la Justicia penal haya recibido críticas muy severas —desgarradas en ocasiones— y que su estado no sea, precisamente, el que demanda la sociedad española de finales del siglo XX. Por ello, y desafortunadamente, los diagnósticos más crudos sobre la situación —mal digeridos por los beneficiarios de la injusticia— muchas veces no son más que simples eufemismos, como me propongo poner de relieve a continuación.

III. MARGINACION Y DELINCUENCIA

De la compleja problemática que plantea el fenómeno de la marginación, me interesa especialmente un aspecto muy concreto: la situación de los marginados ante el Derecho penal; fundamentalmente, ante la ley penal que reprime los delitos patrimoniales⁶.

La marginación es una condición social impuesta como consecuencia de la injusticia de una estructura socioeconómica y política. Es el resultado de un sistema cuya finalidad esencial es asegurar la posición privilegiada de determinados grupos dominantes que

6 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Marginación y delincuencia patrimonial*, en *Estudios penales y criminológicos*, VIII, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, pp. 259 y ss.

mantienen a un sector o sectores de la población de un país en condiciones de salud, alimentación, educación, trabajo y empleo, vivienda, transporte, consumo, asistencia social, seguridad, justicia, recreo y entretenimiento, en pugna con los más fundamentales derechos humanos. Nos encontramos, en definitiva, ante la consecuencia de un orden social patológico.

Por ello, los marginados se encuentran en el límite o en el exterior del sistema social. Y por participar tan sólo de forma precaria en los *procesos de producción*, los marginados se ven privados de obtener los bienes materiales y culturales que ofrece la sociedad moderna; asimismo, y por hallarse ausentes de los *centros de decisión*, no intervienen en la determinación de las reglas que rigen los comportamientos sociales.

Sin embargo, el delincuente no es necesariamente un marginado. La criminalidad no es atributo exclusivo de los grupos marginados. Justo es reconocer que determinadas formas de criminalidad violenta proceden de áreas marginadas, pero no todas ni tampoco las más graves.

Un sector cuantitativa y cualitativamente importante de la delincuencia tiene por protagonistas a individuos pertenecientes a grupos socioeconómicos privilegiados, que nada tienen de marginales; por otro lado, el delincuente pasional, el ocasional, el de oportunidad o de conflicto y el imprudente no son necesariamente marginados. La criminalidad —en suma— no es privativa de un determinado grupo social. Negar tal realidad tiene, en ocasiones, mucho de coartada.

Ello sentado ¿por qué en nuestro país —y en otros— es ampliamente aceptada la identificación entre delincuente y marginado?

Parece evidente que tal identificación se basa en las siguientes constataciones de la realidad:

En primer lugar, en el hecho de que la justicia criminal encuentra con preferencia su «clientela» entre los marginados, sobre los que se ceba la violencia policial y que son objeto de detenciones masivas no siempre legales.

En segundo término, porque los marginados constituyen la práctica totalidad de quienes pueblan las prisiones. Resulta innegable la procedencia proletaria de la mayor parte de la población

reclusa y la miseria social, cultural y económica que sufren estos sujetos desde la infancia, lo que no les suministra argumentos convincentes para respetar un orden de valores que perpetúa aquella miseria y que privilegia a los miembros de los estratos superiores; además, incide en tan dramática realidad el hecho —ya apuntado— de que es la clase burguesa la que, de acuerdo con sus intereses, influye determinadamente en la selección de los comportamientos que integran, como tipos delictivos, las leyes penales.

Finalmente, ostentan los marginados el triste privilegio de ser los preferidos a la hora de las ejecuciones capitales, en los países en que aún existe la pena de muerte.

Aunque aparezca solemnemente proclamado en los Textos constitucionales y —por supuesto— en el nuestro, el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley en contadas ocasiones representa algo más que una fórmula retórica. La realidad es que la administración de la justicia penal constituye el aspecto más dramático de la desigualdad de la justicia. Por ello, el Derecho penal es el Derecho de los marginados, es decir, el que *sufren* los marginados.

Los integrantes de estos grupos marginados se ven presionados por su propia marginación, que les veda el acceso a medios legítimos, a utilizar los ilegítimos en empresas de las que, en ocasiones, depende su propia supervivencia. Una vez cometido el hecho delictivo —y al contrario de lo que ocurre con los miembros de otros grupos sociales— los marginados muy difícilmente logran evadirse de la acción de la justicia. En consecuencia, la desigualdad resulta dramáticamente evidente.

Conviene, además, tener muy presente que las formas más serias de criminalidad, como son las de tipo económico, la corrupción, la malversación, la contaminación, la violación criminal de los derechos humanos, la denegación de justicia y otras muchas, se encuentran por lo común fuera de las áreas marginales y en manos de las clases media y alta.

Paradójicamente, los miembros de estas «clases superiores» —generadoras de las modalidades delictivas más nocivas socialmente— son en demasiadas ocasiones inmunes a la persecución criminal, que soslayan arbitrando una variada gama de medios, entre los que no cabe descartar la corrupción.

IV. LA DELINCUENCIA DE LOS PODEROSOS

Una delincuencia característica de los grupos sociales privilegiados, la *delincuencia de cuello blanco* —en afortunada expresión, procedente del ámbito de la Criminología y hoy difundida universalmente— en raras ocasiones se descubre; si llega a conocerse no siempre se persigue; si llega a perseguirse, casi nunca es adecuadamente castigada⁷.

En el ámbito de la delincuencia patrimonial se percibe con toda claridad la marginación de determinados sectores de la población española y la real desigualdad de los ciudadanos ante la ley; ante la ley penal en este caso.

En la materia, me interesa destacar dos de las notas características que los delitos contra la propiedad ostentan en nuestro ordenamiento punitivo:

En primer término, la tradicional dureza de las sanciones inédita en los países de nuestro ámbito cultural. La reacción jurídica viene constituida en muchas ocasiones por larguísimas penas de privación de libertad. La consideración legal de robo con fuerza en las cosas en supuestos que en el Derecho comparado son simples hurtos agravados o la sanción construida hasta hace poco en función del importe de lo sustraído o defraudado son buena prueba de ello; quizá porque en este país tradicionalmente han legislado tan sólo aquellos que tienen un patrimonio que defender.

En segundo lugar, la delincuencia patrimonial ofrece una arcaica estructura, al mantener las líneas maestras sentadas por el viejo Código de 1848. Se trata, pues, de un cuerpo legal no sensible a la mutación experimentada por una delincuencia que progresivamente ha ido abandonando sus formas más violentas para cristalizar en modalidades astutas.

Consecuentemente, la delincuencia patrimonial violenta, característica de grupos marginados que en ocasiones no encuentran otra salida menos traumática a su marginación, es duramente castigada; por el contrario, la delincuencia patrimonial astuta, más sofisticada, se castiga poco y mal en un Código que por la fecha de su promulgación no pudo prever adecuadamente estas conductas.

⁷ Vid.: LANDROVE DIAZ, *Los fraudes colectivos*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1978, pp. 19 y ss.

El Código penal ha castigado siempre con dureza al sujeto que por el procedimiento del «tirón» se apodera de un bolso de mano o al que salta una valla y sustrae un par de gallinas; sin embargo, la evasión de capitales, el fraude fiscal⁸, los préstamos usurarios⁹, la contaminación ambiental, el espionaje industrial¹⁰, los fraudes colectivos, la doble contabilidad, los fraudes a la Seguridad Social, las letras de cambio vacías, las sociedades de fachada, las infracciones urbanísticas de las grandes inmobiliarias, la inmoral —y peligrosa— especulación con aceites venenosos, etc., han encontrado muy tibias respuestas en nuestro Derecho.

Algunas de las conductas aludidas han constituido en nuestro ordenamiento jurídico simples infracciones administrativas o engendrado sanciones exclusivamente pecuniarias; lo que tampoco supone demasiados problemas para el empresario inmoral: se repercute la multa en el precio del producto y la termina pagando el consumidor. Todo ello al margen de que —por supuesto— los sectores marginados de la población no tienen demasiadas oportunidades de evadir capitales a Suiza.

Entre las características individualizadoras¹¹ de la delincuencia de cuello blanco, cabe aludir a las siguientes:

Nos encontramos ante delincuentes pertenecientes a un nivel socioeconómico elevado —no se trata de marginados— que participan de un código moral peculiar, en el que todo aparece subordinado a una voraz acumulación de bienes de contenido patrimonial. Y ello en perfecta congruencia con una escala de valores en la que prima el éxito económico.

Una competente e inmoral asesoría jurídica les permite —en el desarrollo de su actividad profesional— bordear la ley o explotar sus limitaciones. Y ello no es difícil ante un Código penal redactado en 1848 y que, obviamente, no pudo prever la complejidad y

8 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Las infracciones tributarias ante el Derecho penal español*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1971, pp. 79 y ss.

9 Vid. al respecto: LANDROVE DIAZ, *El delito de usura*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1968.

10 Sobre las limitaciones del Derecho positivo español en la materia, vid.: LANDROVE DIAZ, *Descubrimiento y revelación de secretos*, en *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, fundamentalmente pp. 208 y ss.

11 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Marginación y delincuencia patrimonial*, cit., pp. 265 y ss.

sofisticación del moderno tráfico económico-jurídico. De ahí las enconadas resistencias que se arbitran por cualificados poderes fácticos ante los retoques legislativos que puedan hacer peligrar determinadas situaciones de privilegio, amparadas en las limitaciones de los textos penales.

La frecuente utilización de personas jurídicas (sociedades anónimas, por ejemplo) plantea problemas de determinación de responsabilidades criminales, que son siempre individuales. De la vigencia al respecto del viejo principio *societas delinquere non potest*¹² se ha seguido, en demasiadas ocasiones, una irritante impunidad.

Esta delincuencia existe en todas las sociedades, pero es más «segura» en los regímenes totalitarios, al limitarse en ellos —casi hasta la eliminación— la posibilidad de denuncia.

La corrupción política y administrativa propicia la impunidad o la utilización —cuando es necesario— de «chivos expiatorios» que impiden que los verdaderos delincuentes se lleguen a sentar siquiera en el banquillo de los acusados.

Finalmente, se produce una insensibilización social ante esta delincuencia cualificada, de gente importante; incluso se ha llegado a hablar de «la delincuencia de la gente honrada». La sociedad —y me refiero también a la española— termina aceptando con fatalismo que el marginado que comete una infracción contra la propiedad de muy limitada trascendencia pase varios años en un establecimiento penitenciario y que los delincuentes de cuello blanco resulten inalcanzables para la justicia penal; son contados los pasos, si bien espectaculares en ocasiones, que en los últimos años se han dado en orden a reprimir penalmente las conductas criminales de estos sujetos que secularmente se han movido en la más absoluta impunidad.

Consecuentemente, los marginados que delinquen contra la propiedad no sólo sufren la efectiva aplicación del Código penal sino que, además, se les han aplicado tradicionalmente unas normas excesivamente rigurosas y duras para con ellos, sin parangón en el Derecho de los países europeos. Como hemos visto, los delincuentes de cuello blanco salen mejor librados.

12 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Las quiebras punibles*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1970, fundamentalmente pp. 164 y ss.

Nos encontramos, en definitiva y una vez más, ante la doble moral de la clase dominante: las reglas del juego capitalista son muy indulgentes con los abusos que él mismo genera y, sin embargo, muy severas con la delincuencia propia de los sectores marginados y acosados por el sistema.

V. LA INSUFICIENTE REFORMA

Muchas de las dificultades que ofrece la necesaria reconciliación del Derecho penal español con la realidad vienen determinadas por la vigencia en nuestro país de un Código penal que procede de la primera mitad del siglo XIX. Las reformas de 1850, 1870, 1928, 1932, 1944, 1963 y 1971 no supusieron más que otros tantos retoques al viejo Texto de 1848.

Me interesa ahora especialmente poner de relieve que con la muerte del General Franco, acaecida en noviembre de 1975, se inició en España un tímido proceso democratizador que —lógicamente— incidió en la legalidad punitiva. Así, suele hablarse de un Derecho penal de la transición¹³, que abarca desde la subida al trono de Juan Carlos I hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y que tiene por objetivo fundamental la eliminación de los aspectos más intolerables de la legislación fascista.

Por ejemplo, entre las más significadas reformas operadas durante esta etapa de transición cabe aludir a las siguientes: en 1976, se liberalizó la tipificación de las asociaciones, reuniones y manifestaciones ilícitas y propagandas ilegales, suavizándose —además— el rigor de las penas; en 1978, se despenalizaron el adulterio, el amancebamiento, la venta y propaganda de anticonceptivos y se liberalizó la formulación de los tipos de estupro y raptó. También en 1978, y en otro orden de cosas, se produce la desaparición de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de la homosexualidad como estado peligroso.

La promulgación de la Constitución de 1978 supuso el establecimiento de las bases para un planteamiento nuevo del ordenamiento jurídico-penal. El viejo Texto de 1848 había agotado su dilatado papel histórico. No cabían ya las reformas coyunturales.

Sin embargo, los avatares políticos del momento fueron dila-

¹³ Vid.: LANDROVE DIAZ, *Diez años de Derecho penal y penitenciario en España (1970-1980)*, en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, I, 1983, fundamentalmente pp. 399 y ss.

tando la necesaria promulgación de un Código penal realmente nuevo, superador de planteamientos decimonónicos, reflejo del nuevo orden político español e inspirado en postulados político-criminales modernos. Así, el *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, de 1980, al que se presentaron casi dos mil enmiendas no llegó siquiera a ser discutido en nuestras cámaras legislativas. A pesar de que su Exposición de Motivos se iniciaba con la tajante afirmación de que «la redacción de un nuevo Código penal resultaba inaplazable». Tampoco ha llegado a cristalizar en Derecho positivo la *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, de 1983.

En los últimos años son varias, y no siempre afortunadas, las reformas experimentadas por nuestro Derecho penal. La más ambiciosa es la reforma urgente y parcial del Código, producida por *Ley Orgánica de 25 de junio de 1983*. Con ella se retocó la definición legal del delito, se consolidó el principio de culpabilidad, se reguló por vez primera el error y sus efectos, se acogió la figura del delito continuado, se otorgó más relevancia al consentimiento en las lesiones, se suavizó el excesivo rigor en materia de delincuencia patrimonial, abandonándose —al menos en parte— el criterio del valor de lo sustraído o del perjuicio causado como determinante de la entidad de la pena, se procedió a la descripción legal de la estafa, se matizó la punición del tráfico de drogas e introdujo el delito ecológico, se despenalizaron los juegos ilícitos¹⁴, etc.

Otras reformas parciales de menor alcance sucedieron a la de 1983. En 1984, se tipificó la colocación ilegal de escuchas telefónicas; en 1985, se retocaron los delitos contra la Hacienda pública; también en 1985, se abordó una tímida despenalización de la voluntaria interrupción del embarazo; en 1987, se endureció la represión del delito de incendio; en 1988, se reformó —una vez más— la regulación del tráfico de drogas y del terrorismo.

En definitiva, lenta pero inexorablemente, los años van pasando y la auténtica renovación de nuestro Derecho penal aplazándose una y otra vez. No parece existir la voluntad política de promulgar el Código penal que demanda imperiosamente la sociedad española de finales del siglo XX, tanto desde el punto de vista técnico como político-criminal.

14 Sobre la opción despenalizadora en la materia, vid.: LANDROVE DIAZ, *Los juegos ilícitos*, Santiago de Compostela, 1971.

La vía de las reformas parciales es insuficiente. Tuvo su razón de ser en los momentos de tránsito de un sistema autoritario a otro pretendidamente democrático. Es la hora de la promulgación de un Código nuevo.

Efectivamente, nuestro Texto penal sigue recurriendo con exceso a las penas de privación de libertad, a veces de larguísima duración; incluso después de las últimas reformas, sigue siendo profundamente reaccionaria la regulación de los delitos contra la libertad sexual; es necesaria la introducción de un título que contemple los delitos contra el orden socioeconómico y profundos retoques en la delincuencia contra la administración de justicia o propia de los funcionarios públicos, etc.

Sin embargo, el legislador español sigue empecinado en soslayar su responsabilidad histórica e insiste en las reformas parciales —mínimas en ocasiones— del Código penal. Una de las últimas es profundamente significativa. Me refiero a la introducida por *Ley Orgánica de 9 de junio de 1988*, que despenaliza la blasfemia y retoca los tipos de escándalo público.

Hasta junio de 1988 la blasfemia constituía un delito en el Código español. Conducta que, a lo sumo, lo que pone de relieve es la estulticia de su autor. La criminalización de la blasfemia no supone más que una reminiscencia de momentos históricos en los que planteamientos teocráticos conducían a la identificación del delito con el pecado. Estado de cosas que quiebra con los planteamientos político-sociales que surgen de la Ilustración, pero que reaparecen con el auge de los fascismos¹⁵. En España con el nacional-catolicismo. Lo que cabe reprochar a nuestro legislador es que hayan tenido que pasar diez años desde la promulgación de la Constitución —desde que el Estado ha dejado de ser confesional— para que se haya decidido a erradicar del Código penal la blasfemia, tanto en sus modalidades de delito como de falta (arts. 239 y 567-1.º, hoy sin contenido).

Además, la reforma de junio de 1988 modificó el contenido del artículo 431 del Código penal. Hasta este momento, se tipificaba allí el denominado delito de escándalo público con una redacción paradigmática de lo que no debe ser una norma penal: se castigaba

15 Vid.: LANDROVE DIAZ, *La libertad religiosa y la reforma de 1971 del Código penal español*, en *Anuario penal y Ciencias penales*, 1972, p. 701.

con la pena de arresto mayor, multa de treinta mil a ciento cincuenta mil pesetas e inhabilitación especial al que «de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia». Tipo penal abierto, en franca pugna con el principio de legalidad, en el que los límites entre lo permitido y lo prohibido quedaban a merced de la decisión del juzgador¹⁶. No voy a insistir en la crítica de un precepto que ha permitido en nuestro país folclóricas intervenciones judiciales de persecución playera de mujeres que tomaban el sol ligeritas de ropa. Otras actuaciones judiciales represoras de manifestaciones afectivas entre jóvenes han tenido las trágicas consecuencias que todos hemos conocido a través de los medios de comunicación social.

Por ello, la reforma de 1988 ha sustituido aquella redacción del artículo 431 por otra más razonable. En el futuro, se castigará —como exhibicionista o provocador sexual— al que «ejecutare o hiciere ejecutar a otro actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores de dieciséis años o deficientes mentales» y al que ejecutare o hiciere ejecutar a otro las mismas acciones «ante mayores de dieciséis años sin su consentimiento». Para proceder por el delito mencionado en segundo lugar, será precisa denuncia de la persona agraviada.

La misma ley de reforma ha derogado el artículo 577-1.º del Código penal, en el que se sancionaba —con rango de falta— a los que «se bañaren faltando a las reglas de decencia o de seguridad establecidas por la autoridad». Con todo ello, los torquemadas vocacionales lo van a tener más difícil en el futuro y los ciudadanos de este país serán un poco más libres.

Sin embargo, en el propio Libro III del Código, regulador de las infracciones criminales con rango de falta, siguen vigentes una serie de tipicidades impropias del Texto penal de un país civilizado y a finales del siglo XX. Me refiero, por ejemplo, a la punición de los subordinados del orden civil que faltaren levemente al «respeto y sumisión debidos a sus superiores» (art. 569-2.º), de los que promovieren o tomaren parte activa en «cencerradas u otras reuniones tumultuosas con ofensa de alguna persona, o con perjuicio o menoscabo del sosiego público» (art. 570-1.º), de los que «arrojaren animales muertos, basuras o escombros en las calles o en sitios

16 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Introducción al Derecho penal español*, cit., p. 92.

públicos donde esté prohibido hacerlo o ensuciarén las fuentes o abrevaderos» (art. 577-6.º), de los cónyuges «que escandalizaren en sus disensiones domésticas, después de haber sido amonestados por la autoridad» (art. 583-4.º), de los hijos de familia «que faltaren al respeto y sumisión debida a los padres» (art. 583-5.º), de los que «por interés o lucro interpretaren sueños, hicieren pronósticos o adivinaciones o abusaren de la credulidad pública de otra manera semejante» (art. 587-4.º) o de los que «infringieren los reglamentos o bandos de buen gobierno sobre quema de rastrojos u otros productos forestales», etc. Parece evidente que recurrir al Derecho penal para sancionar conductas de esta naturaleza resulta desorbitado. La vía administrativa parece más razonable y, en algunos casos, ni siquiera eso.

Urge, en definitiva, por razones sustantivas y para descargar el trabajo de los órganos judiciales, acometer un proceso despenalizador de muchas de las bagatelas jurídicas que hoy tienen acogida en el Libro III del Código penal.

VI. LA PROBLEMÁTICA DEL ABORTO

En algunos casos la reforma del Derecho penal español ha resultado frustrante para los sectores más progresistas de nuestra sociedad. Quizá la problemática del aborto sea la más significativa al respecto.

La *Ley Orgánica de 5 de julio de 1985* ha introducido en nuestro Código (art. 417 bis) las tres indicaciones legitimadoras más extendidas en el ámbito del Derecho comparado (médica, eugénica y jurídica). Solución que, a pesar de sus evidentes limitaciones¹⁷, supone uno de los logros legislativos más difícilmente alcanzado en toda la Historia de nuestro país.

Hasta este momento la regulación acometida en el Código penal (arts. 411 y siguientes) procedía básicamente de la *Ley de protección de la natalidad*, de 24 de enero de 1941, y respondía a planteamientos demográficos de clara inspiración fascista. En definitiva, se consideraba criminal todo aborto provocado¹⁸.

17 Vid.: LANDROVE DIAZ, *La tímida despenalización del aborto en España*, en *Estudios penales y criminológicos*, X, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, pp. 189 y ss.

18 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Política criminal del aborto*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1976, fundamentalmente pp. 13 y ss.

Sobre todo en los últimos años, la inmensa mayoría de la doctrina española había sido receptiva del amplio movimiento despenalizador operado en la materia. Las diversas opciones —ignoradas en alguno de los proyectos elaborados con anterioridad a la ley de 1985¹⁹— giraban en torno a la aceptación del sistema del plazo o de las indicaciones, con expresa inclusión de la económico-social.

En cualquier caso, existe un planteamiento originariamente común: la dimensión criminógena de la criminalización, los innegables riesgos que para amplios sectores de la población femenina supone el aborto clandestino realizado en deficientes condiciones sanitarias, la existencia de un turismo abortivo, sólo al alcance de los sectores sociales más favorecidos cultural y económicamente, que burla la intransigencia de la legalidad española con el desplazamiento a países de legislación más tolerante y más justa²⁰.

Por otro lado, la despenalización no supone —en ningún caso— la obligación de abortar para nadie. En la materia deben decidir las opciones estrictamente personales. Además, la idea despenalizadora se centra, única y exclusivamente, en el aborto consentido. No se pone en tela de juicio la punición del aborto realizado contra la voluntad de la mujer embarazada.

Cabe añadir, para evitar interpretaciones sesgadas, que todos somos antiabortistas, incluso los que defendemos una más amplia despenalización. Nadie está a favor del aborto. Sin embargo, somos muchos los que pensamos que enviar a prisión a la mujer que se ve forzada a tomar tan dramática decisión nada resuelve. Y ello al margen de que la *cifra negra* de esta actividad sea muy elevada; se trata de un delito de tan fácil comisión como difícil descubrimiento.

No voy a hacer —por supuesto— la historia del proceso tímidamente despenalizador seguido en España; proceso que, incluso, exigió el pronunciamiento favorable del Tribunal Constitucional²¹. Lo que me interesa resaltar es que la cuestión del aborto se con-

19 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, en *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1983, pp. 133 y ss.

20 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Eficacia espacial de las leyes penales españolas*, en *Estudios penales y criminológicos*, VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1983, pp. 179 y ss.

21 Vid.: LANDROVE DIAZ, *La tímida despenalización del aborto en España*, cit., fundamentalmente pp. 207 y ss.

virtió en uno de los grandes temas nacionales y que —como tal— ha sido frecuentemente manipulado en uno u otro sentido. Los partidos políticos, prácticamente sin excepción, se han pronunciado al respecto. La politización del tema y la intervención, muchas veces tendenciosa, de determinados sectores eclesiásticos han contribuido a crear una compleja ceremonia de confusiones.

Y todo ello para alcanzar una insuficiente despenalización en 1985, limitada a las tres más obvias indicaciones. No parece lógico que los que tan vehementemente defienden la integración de España en estructuras europeas de signo militar o económico se opongan a la homologación de nuestro Derecho penal en la materia con soluciones europeas, mucho más flexibles y liberalizadoras.

No hace mucho tiempo se ha afirmado que la adecuada despenalización del aborto solamente se alcanzaría en España cuando la izquierda llegase al poder. Totalmente de acuerdo. Seguiremos esperando. La paciencia de la Historia es infinita²².

Mientras tanto, parece inadmisibile en un Estado moderno que —ante las limitaciones que ofrece la reforma de 1985— afirme el más lenguaraz de nuestros gobernantes que «se pondrá en marcha la máquina de hacer indultos». Con ello parece ignorarse, no sólo que los indultos generales están prohibidos en nuestra Constitución, sino también lo anacrónico del Derecho de gracia así entendido. Si las leyes son justas, deben ser aplicadas; si no lo son deben reformarse²³.

VII. LA CONTRARREFORMA

Examinada ya una de las más desafortunadas reformas —por limitada— de nuestro Código, cabe destacar la existencia en los últimos tiempos de una corriente contrarreformista aún más rechazable que la falta de acierto legislativo. Se trata, en mi opinión, de un movimiento claramente regresivo.

Quizá el más cualificado ejemplo de esta contrarreforma venga determinado por la reciente *Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988*, que modificó el Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas.

22 Vid.: LANDROVE DIAZ, *El aborto y el futuro Código penal*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico número 6, 1983, p. 411.

23 Vid.: LANDROVE DIAZ, *La amnistía en España*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1976, p. 28.

Para comprender el alcance real de esta reforma conviene recordar que la Ley de 25 de junio de 1983 había retocado en profundidad estas tipicidades. En efecto, se trató entonces de reducir el castigo al tráfico, de matizar la pena en función de la nocividad de las sustancias (que causaren o no grave daño a la salud), de establecer unas razonables agravaciones específicas (difusión entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios, cuando el culpable perteneciere a una organización mafiosa, etc.) y —sobre todo— de evitar la indeterminación penal que suponía la posibilidad, establecida por la legalidad anterior, de castigar estas conductas con penas de privación de libertad entre seis meses y un día y veinte años; marco penal excesivamente amplio que suponía un serio atentado al principio de legalidad²⁴.

La reciente reforma de 1988 —y al margen de plausibles retoques orientados a obstaculizar el «blanqueo» del dinero de ilícita procedencia— tiene una fundamentación claramente regresiva, como se reconoce en el preámbulo de la ley reformadora: se establece un importante incremento de las penas de privación de libertad, con la finalidad de fortalecer —se afirma— la función de prevención general. En efecto, en función de las cualificaciones de los nuevos artículos 344 bis a) y 344 bis b) puede, en los casos de tráfico de droga dura, llegarse hasta penas de reclusión (incluso mayor, en su grado mínimo). Penas que tradicionalmente se han reservado en nuestro Derecho para los delitos contra la vida.

Además, entre las agravaciones específicas se mantienen algunas que sólo rechazo merecen en función de su falta de respeto al principio de legalidad y por propiciar inseguridad jurídica. Caso, por ejemplo, de las alusiones a la «notoria importancia» de la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto del tráfico; o de la posibilidad legal de que se endurezca drásticamente la represión cuando las conductas fueren «de extrema gravedad».

Todo ello al margen, quizá el aspecto más rechazable de la reforma de 1988 venga determinado por la tipificación que se acomete en el nuevo artículo 344: se castiga allí a los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan,

²⁴ Vid.: LANDROVE DIAZ, *Introducción al Derecho penal español*, cit., pp. 92 y s.

favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas ó las posean con aquellos fines. La posibilidad de que el delito se cometa a través de unas conductas específicas «o de otro modo» amplía desmesuradamente la tipicidad, quiebra la seguridad jurídica y —sobre todo— aproxima la regulación actual a la anterior a 1983. La contrarreforma está servida.

En definitiva, nuestro legislador parece optar por una huida hacia el Derecho penal y, más concretamente, hacia el endurecimiento de las penas de privación de libertad. Con ello —a lo sumo— lo que se conseguirá es un incremento del precio de las drogas. El superior riesgo hay que pagarlo. Planteamiento que, muy posiblemente, no desagradará a los traficantes. En cualquier caso, el tráfico de drogas seguirá existiendo. Se castigue con pena única de muerte o con multa de quinientas pesetas. Las soluciones —si las hay— están fuera del Derecho penal.

Al propio tiempo, existe en nuestro país —y en otros— una actitud farisaica ante la droga. Y me refiero a la droga de tráfico ilícito. Otras, como el tabaco o el alcohol, están legalizadas. Y el alcoholismo constituye en España un problema sanitario de muy superior entidad al provocado por las drogas. Pero somos un país productor de bebidas alcohólicas. Además, las denominadas drogas blandas son de muy limitada nocividad; por ello, desde determinados sectores se demanda su legalización. En cualquier caso, la contaminación ambiental o el tráfico de aceites adulterados pueden causar —ya lo han hecho— mayores estragos en la salud colectiva.

Por otro lado, la extendida afirmación de que la droga blanda conduce indefectiblemente a la dura no es más que una hipótesis de trabajo aún no demostrada. Que alguien consuma vino en las comidas o tome de vez en cuando una copa no supone que necesariamente se convierta en un alcohólico.

Los más interesados en la dureza de la represión son los traficantes. No creo necesario recurrir al conocido ejemplo de la Ley Seca norteamericana, vigente entre 1920 y 1933. La misma desembocó en un productivo tráfico clandestino de peligrosas bebidas adulteradas, en la proliferación de chantajes y corrupciones y en la multiplicación del gansterismo. Tuvo, simplemente, un efecto criminógeno.

El problema de la droga se magnifica en nuestro país porque —se afirma— la misma genera delincuencia, la dependencia aboca

a la comisión de hechos criminales para poder adquirir la sustancia necesaria, muchas veces costosa. Quizá el problema tenga raíces más profundas. Quizá sea la injusticia social y la marginación de muchos lo que determine la búsqueda ávida de paraísos artificiales. El paro, la miseria, las limitaciones culturales aparecen así enmascaradas ante el colectivo social. Quizá por ello puede haber llegado el momento de defender la opción despenalizadora. Solución en la que creemos aquellos que rechazamos una sociedad en la que todo o está prohibido o es obligatorio.

Muy posiblemente no tarde en producirse, también, otra contrarreforma en sede de delitos contra la propiedad. Otro recrudecimiento de la reacción penal frente a la delincuencia de los marginados, que muchas veces no encuentran una salida lícita a su marginación. Otra concesión a los sectores más reaccionarios y mejor instalados en nuestra sociedad.

Ya existen propuestas legislativas que abordan una elevación de las penas previstas para los hurtos y los robos con fuerza en las cosas. En definitiva, una vuelta a la situación existente antes de la reforma de junio de 1983. Por supuesto, lo que no se hará es adecentar el Código penal en orden a la persecución de la delincuencia socioeconómica, característica de los delincuentes de cuello blanco. Los privilegios de clase seguirán santificados por nuestra legalidad.

En otro orden de cosas, la contrarreforma ya se ha producido. Me refiero a la debatida cuestión de la prisión preventiva.

Al margen de las objeciones de más largo alcance a las que muy pronto aludiré, la situación de los presos preventivos en España resulta con demasiada frecuencia francamente tercermundista²⁵.

En nuestro país la permanencia en la situación de prisión preventiva —sin juicio— ha alcanzado dos, tres, cuatro, cinco o seis años y constituido, por ello, uno de los más acuciantes problemas de la administración de justicia. Además, los preventivos suponen un tanto por ciento desorbitado de la población reclusa. Tal situación se ha convertido muchas veces en el detonante de la conflictividad penitenciaria.

25 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Prisión preventiva y penas privativas de libertad*, en *Estudios penales y criminológicos*, VII, Universidad de Santiago de Compostela, 1984, pp. 283 y ss.

La prisión provisional —en teoría simple medida cautelar y transitoria de aseguramiento del proceso penal— se convierte, en realidad, en una condena por adelantado, que viola la presunción constitucional de inocencia (art. 24-2 de la Constitución de 1978) y prejuzga, en cierta medida, el veredicto final de un proceso ya viciado en origen por la limitación de las posibilidades de defensa del acusado que se encuentra en prisión provisional.

Por ello, no puede extrañar que en el ámbito de la Ciencia penitenciaria se formulen fundadas objeciones contra esta institución. Críticas que pueden esquematizarse en los siguientes términos:

La prisión preventiva no permite llevar a cabo una labor resocializadora, ya que desde el punto de vista jurídico está vedada cualquier intervención sobre el sujeto aún no condenado.

La prisión preventiva supone un grave riesgo de contagio criminal, habida cuenta que determina la convivencia del preventivo con los ya condenados.

La prisión preventiva incrementa innecesariamente la población reclusa, con las negativas consecuencias de hacinamiento, aumento del coste de las instalaciones, necesidad de un número mayor de funcionarios, etc.

Finalmente, la prisión preventiva es tan estigmatizante para el sujeto como la propia pena de privación de libertad; la colectividad podrá olvidar o no si el sujeto fue condenado o absuelto, pero no que estuvo en la cárcel, sin otros matices.

En definitiva, una medida que debe ser excepcional se ha convertido en nuestro Derecho en la regla general. Paradójicamente, la libertad —con o sin fianza— pasó a ser lo excepcional. Consecuentemente, la prisión provisional es el título bajo el que se encuentra un gran número de personas privadas de libertad en España. En torno al cincuenta por ciento de la población reclusa.

Para resolver estos males crónicos de la justicia penal española, se promulgó la *Ley Orgánica de 23 de abril de 1983*, modificadora de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con ello se daba cumplimiento al mandato contenido en el artículo 17-4 de la Constitución de limitar legalmente el plazo máximo de duración de la prisión provisional. Esto es, de no responsabilizar a estos sujetos de la lentitud tradicional de nuestra administración de justicia.

La Ley de 1983 recogió el principio de que la prisión provisional debe tener carácter excepcional y estableció un sistema de fijación de límites para la duración de la misma: *seis meses* cuando el delito imputado llevase aparejada pena igual o inferior a prisión menor y *dieciocho meses* en los demás casos. Con carácter excepcional se podía prolongar hasta el límite de *treinta meses* cuando el delito hubiere afectado gravemente a intereses colectivos, tuviere consecuencias de ámbito nacional, se cometiera fuera de éste o fuere de extraordinaria complejidad la instrucción de la causa.

Así concebida, la reforma de 1983 fue acogida con reticencia tan sólo por los sectores más conservadores de la sociedad española y devolvió —en cierta medida— a la prisión provisional su primigenio significado, acercándola a los modelos europeos.

Sin entrar en detalles técnicos, me interesa únicamente subrayar que la contrarreforma se produjo —esta vez— por *Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984*. Desde este momento, y sobre el regresivo argumento de la inseguridad ciudadana, no se trata tanto de agilizar la anquilosada marcha de la administración de justicia, como de ampliar el ámbito de la prisión preventiva. La ley reformadora de 1984 ha ampliado notablemente la posibilidad de decretar la prisión provisional, desvirtuando la naturaleza de la institución y desandando un camino tímidamente iniciado en 1983. Sufrirán así los preventivos las limitaciones de una administración de justicia impropia de un Estado que se pretende social y democrático de Derecho.

VIII. LA REALIDAD PENITENCIARIA

Para una acabada comprensión de la justicia penal en nuestro país es necesario referirse a la realidad penitenciaria. Fundamentalmente, porque la respuesta punitiva a las conductas consideradas delictivas es, en la inmensa mayoría de los casos, la privación de libertad. Basta ojear el Código penal para enfrentarse con tal evidencia. Incluso, el hombre de la calle vincula automáticamente al hecho delictivo el ingreso en una prisión. Penas privativas de libertad que, a su vez, sustituyeron en tiempos pasados a la de muerte²⁶ y a las corporales, hasta entonces monopolizadoras de la justicia penal.

²⁶ Sobre la desaparición de la pena capital en nuestro país, vid.: LANDROVE DIAZ, *La abolición de la pena de muerte en España*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1981, pp. 17 y ss.

Desde muy distinta óptica puede ser valorada la realidad penitenciaria española. Para algunos, resulta demasiado parecida a la existente durante el franquismo, tan sólo ha cambiado —se afirma— en lo puramente accidental; para otros, la aceleración histórica experimentada en el país ha incidido muy favorablemente en la materia y hoy gozamos de una normativa y una realidad penitenciaria que abonan todos los optimismos.

En mi opinión²⁷, la situación actual en las prisiones puede esquematizarse en los siguientes términos:

Entre los funcionarios de instituciones penitenciarias —y al margen de nostálgicos residuales— crece incontenible desde hace ya algunos años un sentimiento de impotencia. Son los primeros en reconocer la imposibilidad actual de aplicar la *Ley Orgánica General Penitenciaria* de 1979 y su Reglamento y en poner en tela de juicio la utilidad de su función profesional. Como colectivo, han intentado dejar de ser simples carceleros; sin embargo, la realidad se resiste a otorgarles otro papel. Quizá se explique así que sus reivindicaciones —airadas en ocasiones— se circunscriban especialmente a cuestiones salariales o de flexibilización de horarios que les permita ejercer otras actividades más gratificantes en lo económico y en lo personal.

Limitaciones presupuestarias —y otras menos confesables— nos permiten asistir al derrumbamiento de las más viejas prisiones y —lo que es peor— de las más recientes, incluso a ritmo más rápido en este segundo caso.

Otras veces limitaciones de capacidad en los establecimientos superpoblados propician situaciones irregulares. Por ejemplo, que un interno clasificado en tercer grado no pueda ser trasladado a un establecimiento —o sección— abierto y deba permanecer en uno ordinario. Como es sabido, estos sujetos suelen ser requeridos por los no beneficiados con el régimen abierto para que introduzcan droga —fundamentalmente— en el centro; la negativa acarrea riesgos evidentes; por ello no es infrecuente que las víctimas de la coacción prefieran renunciar a las salidas o sientan temor al retorno si no cumplen con lo ordenado. En cualquier caso, constituye una fuente inagotable de conflictos.

27 Vid.: LANDROVE DIAZ, *El régimen abierto*, en *Estudios penales y criminológicos*, X, Universidad de Santiago de Compostela, 1988, pp. 106 y ss.

El núcleo de marginación representado por los internos acepta generalmente una versión retributiva de la pena. Se limitan a denunciar el trato vejatorio, la mala alimentación, el hacinamiento en la prisión, el ocio destructor a que se ven forzados, las agresiones sexuales, la lentitud de la justicia y sus errores, la incompreensión de la sociedad, la evidencia de que los miembros de las clases sociales mejor dotadas económica y culturalmente sólo muy de vez en cuando —y nunca por demasiado tiempo— van a la cárcel... Sus aspiraciones se limitan a esperar la liberación que les devuelva a una sociedad despiadada e insolidaria que, en no pocas ocasiones, utiliza contra ellos sus antecedentes. La ilusión de un indulto o de las tantas veces aplazada reforma humanizadora de nuestro Código penal se frustra una y otra vez. En ocasiones, proclaman que ellos también están «arrepentidos» con una finalidad evidentemente reivindicativa.

En el exterior no importa demasiado la suerte de los internos. Salvo para utilizarlos políticamente o para que algunos jueguen a la caridad, el más despreciable sustitutivo de la justicia. Desde determinadas opciones políticas se insiste una y otra vez en que las prisiones españolas son hoteles de cinco estrellas, en los que los delincuentes «entran por una puerta y salen por otra» (como si la solución fuera ejecutarlos *in situ*) lo que repercute en la inseguridad ciudadana. Con ello, desde la ignorancia y desde la manipulación se identifica —en los últimos años— democracia con incremento de la delincuencia. Es el miedo a la libertad.

Los legisladores se han limitado en los últimos tiempos a promulgar una normativa penitenciaria —inspirada en modelos como el sueco, el italiano o el alemán federal— de imposible cumplimiento. Incluso, la valoración del coste político ha paralizado reformas que la justicia reclama imperiosamente. El aplazamiento de la promulgación de un nuevo Código penal más humano y más justo responde —fundamentalmente— al deseo de no irritar a los sectores más conservadores de la sociedad y mejor instalados en el sistema. Las críticas a la reforma de los marcos penales operada en junio de 1983 respecto de la delincuencia patrimonial son buena prueba de ello. O la contrarreforma abordada con relación al tráfico de drogas y la prisión preventiva.

El Juez de Vigilancia se ha configurado en la Ley General Penitenciaria con un amplio abanico de cometidos, en la línea de los

más progresistas ordenamientos²⁸. Por ello, su creación fue saludada por todos con optimismo. Sin embargo, en muchos establecimientos llevan años haciéndose la misma pregunta: además de en la Ley ¿dónde está el Juez de Vigilancia?

Los poderes fácticos, los sectores sociales más favorecidos por la injusticia saben en su fuero interno que disponen de los mecanismos suficientes —incluida la corrupción— para no convertirse en clientes de los establecimientos penitenciarios. Por ello, reaccionan con sincero estupor ante las contadas excepciones que se producen a esta regla de oro. Cuando excepcionalmente los «delincuentes de cuello blanco» ingresan en una prisión expresan angustiados, por ejemplo, su temor a ser violados. Quizá fuere conveniente recordarles que las vejaciones sexuales son mucho más frecuentes de lo deseable en las prisiones españolas. Que muchos las han sufrido y las seguirán sufriendo. Lo que ocurre es que su miedo se oye menos.

Los profesores de Derecho penal, Penología o Ciencia penitenciaria adoptamos generalmente un distanciamiento académico que nos permite hablar del drama personal de los internos como si de diferenciar dogmáticamente el dolo eventual de la culpa con representación se tratara. Existen excepciones, por supuesto. Algunos intentan acercar a sus alumnos a una realidad que no encontrarán en sus libros de texto y que quizá pueda despertar una cierta sensibilización. Otros, conociendo también esta realidad se limitan a tratar de evitar a toda costa que los clientes de sus cualificados despachos profesionales —solventes «delincuentes de cuello blanco» las más de las veces— se contaminen en un centro penitenciario.

En cualquier caso, existen insalvables dificultades para la aplicación de la Ley General Penitenciaria y de su Reglamento: la población reclusa rebasa ampliamente la capacidad de los establecimientos, con lo que las limitaciones legales en cuanto al número de internos en cada centro no pueden ser respetadas; no existe la posibilidad de incorporación de los internos a la actividad laboral; en las celdas pretendidamente individuales se hacinan los reclusos; la falta de personal impide el tratamiento adecuado; la relación entre el número de reclusos y de funcionarios supera todas las

28 Vid.: LANDROVE DIAZ, *El Juez de Vigilancia y la Administración penitenciaria* (en prensa).

previsiones; es sobrecogedor el número de internos afectados por el Sida; el consumo de drogas resulta inatajable, etc.

Ante tan dramática realidad —y creo que no magnifico el problema— resulta, por lo menos, sarcástica la afirmación del artículo 1.º de la Ley Orgánica General Penitenciaria: las instituciones penitenciarias tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social. Y ello al margen de que la privación de libertad cumplida en otras condiciones sirva, efectivamente, para aquellos logros y no simplemente para la domesticación de los internos.

En no pocas ocasiones, las penas privativas de libertad se convierten en las penas inhumanas o degradantes que proscribió el artículo 15 de nuestra Constitución.

En definitiva, la realidad penitenciaria española, al margen de grandilocuentes planteamientos que giran en torno a las ideas de resocialización y tratamiento, sólo permite aspirar a una muy limitada mejora y humanización. Las prisiones mejorarían profundamente su papel en nuestra sociedad si lograsen —simplemente— que el liberado no salga peor que entró, ni en peores condiciones para llevar una vida digna en libertad.

Una realidad tozuda e implacable insiste en subrayar el absurdo de pretender habilitar para la libertad a través —precisamente— de la privación de la misma. Mientras privéis al hombre de libertad —se ha dicho— no lograréis hacerle mejor; cosecharéis la reincidencia.

Por ello, no se trata tanto de mejorar la ejecución de las penas privativas de libertad —iniciativa plausible—, sino de sustituirlas. Las críticas no se detienen ya en la denuncia de la inhumanidad de sanciones excesivamente largas o tan cortas que no permiten la rehabilitación pero sí la corrupción de quienes las padecen. Se trata de alcanzar objetivos más ambiciosos.

La pena de privación de libertad ha cumplido el papel histórico de sustituir a la capital y a las corporales. El fracaso de la prisión no se debe a la inhumana ejecución que de la misma se ha hecho con demasiada frecuencia. La nocividad reside en su propia naturaleza. Consecuentemente, no se trata ya de hacerla menos inhumana, sino de erradicarla de los sistemas punitivos. Esta pretensión puede hoy parecer utópica; otras utopías se han hecho realidad.

No puede ignorarse que en otros países se están utilizando, con éxito, diversos sustitutivos de las penas privativas de libertad: la multa (global o según el sistema escandinavo de los días-multa), la prohibición de determinadas actividades u oficios, el arresto fin de semana, el perdón judicial, los servicios en beneficio de la comunidad, etc.

Soluciones más justas y más humanas que, sin embargo, se ignoran en nuestro sistema penal que permanece anclado en el pasado; incluso, instituciones como el arresto sustitutorio por impago de la multa (art. 91 del Código penal) tienen mucho de la vieja prisión por deudas, constituyendo —en último término— una pena a la pobreza²⁹.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Urge, en suma, una reforma en profundidad de la Justicia penal en España, si queremos acercarnos a los niveles de los países de nuestro pretendido ámbito cultural.

Es necesario acometer la redacción de un nuevo Código penal y abandonar el camino trillado —pero insuficiente— de los simples retoques legislativos. Código penal que sea más imaginativo que el vigente y reduzca, al menos, el recurso a las penas privativas de libertad. Soy de los que creen que el primer deber de la revolución será derribar las cárceles, esos monumentos a la hipocresía y a la crueldad de los hombres. Pero al respecto no cabe preocupación alguna, nuestros políticos ya han evidenciado gran habilidad para sucederse a sí mismos. Todo debe cambiar un poco para poder seguir siendo igual.

Quizá en esta reconciliación del Derecho penal español con la realidad pueda jugar un papel protagonista la institución del Jurado, mandato constitucional de cumplimiento tantas veces aplazado. Al margen de que el mejor argumento a su favor sea el actual funcionamiento de una justicia profesionalizada, se logrará así que —de una vez por todas— realmente emane la justicia del pueblo.

Bien entendido que a través únicamente del Derecho penal no pueden resolverse de forma satisfactoria los graves problemas sociales y económicos que tienen sus orígenes fuera del propio orde-

29 Vid.: LANDROVE DIAZ, *El arresto sustitutorio*, en *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, volumen 1.º, EDERSA, Madrid, 1985, pp. 501 y ss.

namiento punitivo³⁰; en su solución hay que abordar otros planteamientos de más ambicioso alcance y utilizar, además de los específicamente jurídico-penales, otros medios de muy superior eficacia.

Ciertamente, hay que proteger a la sociedad de las acciones eventualmente lesivas de las personas marginadas; pero la reacción punitiva sólo se legitimará cuando sea absolutamente necesaria para la convivencia social y siempre que desde las instancias políticas exista un serio empeño en alcanzar profundas transformaciones sociales que erradiquen la discriminación económica, educativa y laboral que sufren amplios sectores de la sociedad española de finales del siglo XX. Ignorar tal planteamiento supone atribuir a la función judicial una misión de suplencia regresiva, es decir, de ejercicio de la coacción penal en sustitución de lo que no se hace en otras instancias del sistema, a las que incumbe la prevención delictual.

Parece evidente que, una vez más, las soluciones están fuera del Derecho penal. Tiene mucho de sarcasmo someter a amplios sectores sociales a niveles de vida infrahumanos y después reclamar la dureza penal para proteger al sistema que, precisamente, los margina. Y todo ello en el marco consumista del más despiadado capitalismo. Añádase, incluso, la dimensión criminógena y depravadora que ofrecen nuestros establecimientos penitenciarios; a los que —por cierto y como ya se indicó— suelen ser conducidos casi con exclusividad los miembros de las clases menos dotadas económica y culturalmente.

Se podrá o no discutir el marco penal atribuido al hurto o al robo con fuerza en las cosas. Lo que ya resulta más problemática es la aplicación de estos tipos penales al ciudadano condenado a la marginación del desempleo y a la inanición, propia y de su familia, que —arriesgando más que los delincuentes de cuello blanco— acude a métodos violentos para no perecer. Esgrimir la amenaza penal para reprimir aquello que el sistema no es capaz de resolver por cauces democráticos y de justicia es una de las notas más características de los regímenes autoritarios, y se pretende que el nuestro no lo es.

30 Vid.: LANDROVE DIAZ, *Marginación y delincuencia patrimonial*, cit., pp. 276 y ss.

Se trata, en definitiva, de alcanzar, no sólo un mejor Derecho penal, sino —fundamentalmente— algo mejor que el Derecho penal.



