

## EGUZKILORE

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 penalarri buruzko gogoeta bat egin eta jarraipide batzuk aztertu ondoren, askatasunaren aurkako zigorren zentzua aztertzen da eta hauen alternatibak beharrezkoak direla ikus arazten da, praktikara eraman daitezkeen posibilitateak aztertuz. Azkenik, Auzitegi Konstituzionalak eta Auzitegi Gorenak materia honetan duten jurisprudentzia azaldu eta komentatzen 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, studying 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 Eguzkilore. 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 discrepen 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 Jescheck<sup>1</sup>, 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, decida, 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-Marty<sup>2</sup>, 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 Santos<sup>3</sup> 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 Beristain<sup>4</sup> 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. Jescheck<sup>5</sup>, 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 inculpa-do y de la víctima<sup>5 bis</sup>.

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 1987<sup>6</sup>. 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 recurra 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, pag. 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 consciencia 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. Beristain<sup>7</sup>, 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 participe, 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 condición<sup>8</sup>.

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, etc<sup>9</sup>.

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 Hulsman<sup>10</sup> 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 Antón<sup>11</sup> 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 garantice las libertades fundamentales) puede desarrollarse la moralidad, cuyo primer cimiento radica en que la asunción de los principios informadores del actuar sea voluntaria.

Quintero Olivares<sup>12</sup> 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 Devesa<sup>13</sup>, 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 Boix<sup>14</sup>.

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.ª: *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 prevea 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)<sup>15</sup>.

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 consume, 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 veces<sup>16</sup>, 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 afines 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 culpabilidad<sup>17</sup>, 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, inserción 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 adecuados<sup>18</sup>.

En realidad, dice Quintero Olivares<sup>19</sup>, 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 inserción.

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 dogmático<sup>20</sup> 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”. Sí 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 delitos<sup>21</sup>. 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 multa<sup>22</sup>. A su vez, como el número de insolventes es muy grande, al menos formalmente, la multa se transforma en arresto por sustitución de pena (cuya constitucionalidad se cuestiona) conforme al art. 91 del Código penal acaso de forma no acertada por atender 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 trabajo<sup>23</sup> 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
Reprensión 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 2ª 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<sup>23 bis</sup>.

Suspensión del fallo, (art. 75 PANCP). A mi juicio, subsumible, como he tratado de explicar en varias ocasiones, en la suspensión de condena.

Probation<sup>24</sup>. 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 Autónomo, 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<sup>24 bis</sup>.

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 inadmisibles 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 inocencia<sup>25</sup> 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 traumática, 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 2ª del Tribunal Supremo podemos citar, entre otras, las siguientes sentencias: la de 8 de abril de 1986 declara que la regla 2ª

---

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 cortapisa 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 3ª del art. 61 Código penal, es proclive a la comisión de errores que deben corregirse por la Sala 2ª, 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 intelectual 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 4ª 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 permisón. Es decir, aplicada la atenuante 10ª 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

1ª - 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.

2ª - 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.

3ª - 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 plures y hasta contradictorios, será eficaz.

4ª - 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.

5ª - 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 2ª 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.

6ª - 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.

7ª - 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.

8ª - El Derecho penal debe ser una zona del Ordenamiento jurídico de naturaleza normativa y valorativa que tienda a la realización de la justicia.

9ª - 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.

10ª - El Derecho penal debe asentarse en los principios de legalidad, culpabilidad, dignidad humana, proporcionalidad y excepcionalidad.

11ª - 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 prevención general.

12ª - 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.

13ª - 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.

14ª - 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 infrahumanas y mixtificación entre preventivos y penados, cualquier intento de reinserción es baldío, pese al generoso esfuerzo de tantas personas bienintencionadas.

15ª - 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<sup>25 bis</sup>.

16ª - 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.

17ª - La jurisprudencia de la Sala 2ª 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.

18ª - Soy optimista por naturaleza y creo y confío que con tolerancia y respeto recíprocos 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<sup>a</sup> - 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 inculcado, 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<sup>a</sup> - 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 totalitaria<sup>26</sup>, 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 Bobbio<sup>27</sup> 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 Habemas.

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 inculcados: ¿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 trascendentes, 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 aspira: 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.