

¿QUE LES CORTEN LA CABEZA?

Juan Antonio Lascuráin Sánchez

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

Revista: Claves de la Razón Práctica, n. 145, 2004

<http://www.cienciaspenales.net>

¿QUE LES CORTEN LA CABEZA?¹

Juan Antonio Lascurain Sánchez
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

El día 1 de octubre entrará en vigor la cuarta y última de las reformas penales impulsadas por el Partido Popular durante el año 2003. Alguna de las medidas que contempla esta vasta modificación del Código Penal evoca el expeditivo modo con el que la Reina de Corazones resolvía los conflictos del País de las Maravillas: “¡Que les corten la cabeza!”. Afortunadamente nuestro constituyente decidió que este contundente mecanismo penal debía quedar abolido incluso para los delitos más graves, y proscribió expresamente la pena de muerte. Implícitamente prohibió también la pena de muerte civil que comporta la cadena perpetua: si las penas de privación de libertad han de orientarse a la reinserción social (art. 25.2 de la Constitución) y si nadie puede ser sometido a una pena inhumana (art. 15), va de suyo que no cabe en nuestro sistema la prisión de por vida. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional, repudiando el “riguroso encarcelamiento indefinido, sin posibilidades de atenuación y flexibilización” (STC 91/2000).

La relegación a la historia de estas dos penas ha sido objeto de un sólido consenso que se ha visto permanente amenazado por la brutalidad de los atentados terroristas. De hecho, una de estas últimas reformas del Código Penal ha acercado la pena máxima de prisión (cuarenta años íntegros y efectivos) a la cadena perpetua mediante el acuerdo de los dos grandes partidos estatales. Las severas pegas de legitimidad que suscita esta medida y las reticencias de ciertos sectores de la sociedad, claramente minoritarios a decir de las encuestas, parecen haber quedado enmudecidas por el horror vivido en Madrid el pasado 11 de marzo.

Frente a tal silencio y aun a riesgo de parecer inoportuna, la cuestión que se desea

¹ Agradezco a Alfonso Ruiz Miguel las inteligentes observaciones que hizo a la versión inicial de este artículo.

plantear en este artículo es la siguiente: la de si este apoyo aparentemente tan sólido a penas tan duras – y eventualmente incluso a la cadena perpetua en sentido estricto o a la pena de muerte – es, además de emocionalmente explicable, racionalmente aceptable. Tal racionalidad aquí no puede ser otra que la que proviene de la eficacia preventiva de tales penas y de su congruencia con los valores fundamentales que hemos adoptado como punto de partida para organizar nuestra sociedad.

La pena de prisión de cuarenta años ha sido introducida por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Como su nombre indica, esta ley orgánica no sólo ha elevado el límite máximo de cumplimiento de la pena, sino que endurecido los requisitos de acceso a los permisos de salida, al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional. Esta norma, que gozó del apoyo parlamentario del Partido Socialista, vino pronto acompañada de otras tres, ya sin dicho respaldo, en su tarea de modificación del Código Penal. La primera de ellas fue la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y tiene como contenido penal principal la agravación de las penas en los supuestos de reincidencia y habitualidad, el aumento de los casos en los que la prisión de extranjeros sin permiso de residencia debe ser sustituida por su expulsión, y, sólo aquí con el apoyo del entonces principal partido de la oposición, un tratamiento penal más severo de la violencia doméstica. Vista y no vista fue, en segundo lugar, la extraña gestación de la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal, que aprovechó la tramitación del Ley de Arbitraje en el Senado para introducir en el Código Penal los polémicos delitos de convocatoria irregular de *referenda* y de financiación de partidos políticos disueltos por conductas relacionadas con actividades terroristas. Anterior a esta ley orgánica, pero de vigencia posterior, es, en fin, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta norma, que afecta a casi doscientos artículos del Código Penal, reforma el sistema de penas, suprimiendo el arresto de fin de semana, introduciendo la pena de localización permanente y rebajando el límite mínimo de la pena de prisión de seis a tres meses. Aprovecha asimismo esta ley orgánica para realizar algunas modificaciones en el catálogo de delitos, entre las que destaca la criminalización de nuevos comportamientos relacionados con la pornografía infantil, la penalización de ciertas modalidades de facilitación del acceso indebido a servicios de radiodifusión sonora o televisiva, la elevación de las cuantías de defraudación o de beneficio que delimitan el delito de la mera infracción administrativa en la defraudación fiscal y en el abuso de información privilegiada en el mercado bursátil, la elevación a delito de ciertos supuestos de maltrato de animales, la consideración como delito de conducción temeraria con peligro concreto para la vida o la integridad de las personas de la conducción que se produzca con altas tasas de alcohol en sangre o con un exceso desproporcionado de velocidad, y la agravación del delito de desórdenes públicos

cuando se produzca con ocasión de eventos con asistencia de un gran número de personas.

A la vista de todas estas novedades penales, quisiera ligar la cuestión enunciada acerca de la justificación de la pena de prisión de cuarenta años con otras tan próximas como diferenciadas. Próximas, porque tienen que ver con la relación entre eficacia y valores; diferenciadas, porque su trascendencia, con ser grande, queda lejos de la que supone la previsión de una pena de prisión casi de por vida. Se trata de que en el amplio grupo de reformas penales destacan algunas otras que, so pretexto de eficiencia, rebajan, si no cuestionan, la vigencia de los principios constitucionales que demarcan lo que pueden hacer los poderes públicos a través del Derecho Penal.

Algunas de ellas afectan al principio de legalidad entendido como exigencia de que sea el Parlamento el agente único de las normas penales tras un debate en su seno. No parece que ello sea lo que se ha producido con la punición específica de la convocatoria ilegal de consultas populares (Ley Orgánica 20/2003), introducida, como ya se ha señalado, con una enmienda en el Senado a la Ley de Arbitraje, ni con la reintroducción de los delitos de reiteración de faltas de hurto y de hurto de uso de vehículos (arts. 234 y 244 del Código Penal), instrumentada sin discusión parlamentaria por la vía de la corrección de errores (BOE núm. 65, de 16 de marzo) frente al texto que había sido aprobado en el Senado y en la votación final del Congreso. Otras medidas resultan de una dureza desproporcionada, como la indiscriminada elevación a delito de toda falta violenta entre ciertos parientes (art. 153 C.P.), o no se entienden bien desde la perspectiva de la igualdad, como la expulsión casi forzosa del extranjero sin residencia legal en España en sustitución de una pena de prisión inferior a los seis años (art. 89.1 C.P.)². Queda también cuestionado el elemental principio de que uno sólo puede ser sancionado por lo que él hace, y nunca por lo que hacen otros o por su manera de ser (principio de culpabilidad), pues éste es el trasfondo del efecto severamente agravatorio de la reincidencia (art. 66.1.5º C.P.) y de la habitualidad (arts. 147.1, 234 y 244.1 C.P.), y aquél (la responsabilidad por el hecho ajeno) es el sustrato de la imposición de una pena de multa a la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actúa el autor del delito (art. 31.2 C.P.). El mandato de resocialización en la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 25.2 C.E.), en fin, parece soslayado por la sustitución de la pena de arresto de fin de semana por estancias breves en prisión, que provocan en el condenado un desarraigo familiar, laboral y social mucho más intenso.

I. Cuestión de principios.

² A esta expulsión se le añade una prohibición de regreso a España por un período de diez años.

En efecto, ante problemas tan graves y persistentes como el terrorismo, los malos tratos en el ámbito doméstico o la reincidencia en el delito, la principal receta que prescriben las últimas modificaciones del Código Penal es la de un sensible endurecimiento de las penas sin suficiente reflexión acerca de si ello es eficaz y, además y sobre todo, si es “bueno”: acerca de si esta nueva severidad sirve para lo que dice servir sin ruborizar el sistema constitucional de valores.

Frente a las legítimas aspiraciones de utilidad en la prevención de los delitos no debe desdeñarse la calificación moral que el modo de prevenir merece. No se trata de evitar el delito a toda costa – no, por ejemplo, con penas de muerte, o de amputación de miembros, o con castigos a los familiares de los delincuentes, o con tortura como medio de investigación – sino de hacerlo de un modo acorde con la identidad valorativa esencial de la sociedad, de modo que los ciudadanos no tengan que avergonzarse tanto del modo de reaccionar ante el delito como del delito en sí y se vean tentados a pensar que tan malo es el remedio como la enfermedad. El Derecho Penal no sólo manifiesta de un modo especialmente expresivo los valores de una sociedad en las conductas que va a considerar intolerables, sino también en el modo de perseguirlas, sancionarlas y ejecutar las sanciones. Por ello, si, en afirmación ya clásica, el Código Penal es el reverso de la Constitución, lo es tanto por los bienes que protege como por el modo de protegerlos.

La discusión en torno a los principios que deben vertebrar el sistema penal ha alcanzado un cierto consenso a partir de los valores de seguridad, autonomía personal, igualdad y dignidad de la persona que están en la base de un criterio democrático de legitimidad del Derecho. Si la democracia es, en lo formal, un régimen de organización política basado en la decisión mayoritaria y en el respeto a las minorías, y, en lo material, un sistema de respeto a la autonomía de las personas, a la capacidad de elegir y de materializar planes de vida – de respeto a la libertad de cada uno para elegir los caminos que le lleven a lo que entienda como su enriquecimiento, su plenitud, su sosiego -, es porque se erige sobre la idea de la dignidad y la autonomía igual de todos los ciudadanos. Por eso se postula su participación igual en las decisiones colectivas; por eso se impone la adopción de las decisiones mayoritarias; por eso se enfatiza la protección de la información, la expresión y la participación en los asuntos públicos; por eso se proscriben la intromisión pública o privada en los asuntos de cada uno y se promueven las condiciones para que cada uno proceda a su realización personal en el modo en el que quiera concebirla.

Junto a los valores básicos de la libertad, la dignidad y la igualdad, figura también el de la seguridad como componente esencial de un criterio democrático de legitimidad del Derecho y del Estado. La seguridad, y como parte esencial de ella, la seguridad jurídica, tienen una íntima relación con los valores de la libertad y de la dignidad. Por un lado, porque, como

acentúa Rawls, si las leyes son inseguras, nuestra libertad es insegura³. Ya señalaba Beccaria que la incertidumbre por conservar la libertad puede convertirla en inútil⁴. Por otro lado porque, como sabe cualquier persona que haya sufrido la experiencia de vivir amenazado, una vida insegura difícilmente va a poder ser una vida digna, sometida como queda al autorrecorte de la propia libertad y al imprevisible acecho de las sombras de un mal.

Este breve catálogo de valores fundantes de un criterio democrático de legitimidad supone ya en sí mismo todo un programa de política criminal. Así, resultará que no podrá pensarse a nadie sin previo aviso de que la pena era una consecuencia jurídica prevista para su comportamiento. Así, resultará también que la cuestión relativa a qué comportamientos deben pensarse y cómo deben pensarse es una cuestión de la organización colectiva tan trascendente que sólo deberán decidirla los representantes directos de los ciudadanos. Así, si la autonomía personal es un valor esencial del sistema y la norma penal consiste precisamente en recortar esa libertad mediante la amenaza y la sanción, resultará que sólo podremos justificar la pena en la medida en la que constituya un instrumento imprescindible para salvaguardar más libertad que la que restringe. Así, la dignidad de la persona exigirá que sólo puedan sancionarse a alguien por lo que ha hecho en el uso normal de su autonomía: sabiendo lo que hacía, queriendo hacerlo, siéndole exigible una conducta inocua alternativa. Así, sin olvidar que la pena de prisión es en sí poco acorde con la naturaleza humana, habrá que convenir que la dignidad de la persona exigirá la abolición de la prisión excesivamente prolongada y, por supuesto, de las penas corporales e infamantes y, va de suyo, de la pena de muerte. Así, en fin, es también el valor de la dignidad el que impone moralmente al Estado una estrategia penitenciaria que ofrezca al preso mecanismos que posibiliten que su posterior vida en libertad se desarrolle al margen del delito.

Las directrices de actuación jurídica que acabo de citar conforman en realidad un catálogo de principios. La vía de penetración de los valores hacia el ordenamiento la constituyen los principios, normas abstractas que vertebran el ordenamiento, y orientan las normas concretas, las integran y coadyuvan a su determinación. Del valor “seguridad jurídica” y del valor de la democracia como decisión popular surge el principio de legalidad. Del valor de la igualdad se deriva el principio de igualdad. La dignidad de la persona inspira el principio de culpabilidad, la proscripción de las penas inhumanas y degradantes, y el mandato de resocialización. Es finalmente el valor general de la libertad, de la autonomía personal, el que informa el principio de proporcionalidad o de intervención penal mínima.

³ “A Theory of Justice”, Cambridge (Massachusetts) - Harvard University Press - , 1971, p. 239.

⁴ En el capítulo I de “De los delitos y las penas”.

II. Una cadena casi perpetua.

De entre las reformas del Código Penal de los últimos meses es la más impactante la que impone que en determinados supuestos un condenado cumpla una pena de cuarenta años de prisión de una forma íntegra – sin acceso a una vida en libertad en la última fase (libertad condicional) – y efectiva – sin disfrutar de permisos de salida ni de las amplias posibilidades de actividad externa que supone el tercer grado penitenciario -. Hasta ahora la pena máxima era de treinta años de prisión y las limitaciones que se establecían para su dulcificación se referían sólo al paso a la situación de libertad condicional. Con el nuevo articulado se dispone, de un modo ciertamente abigarrado, que cuando la pena fijada en la sentencia antes de los límites que se disponen como máximos de veinticinco, treinta o cuarenta años sea superior al doble de esta pena limitada, el cómputo del tiempo en prisión necesario para poder disfrutar de permisos de salida (la cuarta parte de la condena), del tercer grado penitenciario (la mitad de la condena en virtud de lo que dispone la propia reforma, frente a la cuarta parte anterior) y de la libertad condicional (las tres cuartas partes de la condena o, en algunos casos, las dos terceras partes) se realizará sobre la pena inicial (la que impuso la sentencia antes de la limitación). Este nuevo cálculo sobre la pena inicial no limitada, que en caso de penas muy elevadas hace ilusorio cualquier acortamiento o dulcificación, es obligado en principio, aunque revisable posteriormente y sustituible por el cómputo sobre la pena limitada si el Juez de Vigilancia Penitenciaria lo considera necesario para la reinserción social del preso. Esta excepción tiene a su vez un límite para los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, que no podrán acceder al tercer grado antes de cumplir cuatro quintas partes de la condena – antes de los treinta y dos años si la pena era de cuarenta -, ni podrán disfrutar de la libertad condicional antes de observar siete octavas partes de la pena – antes de los treinta y cinco años sobre una pena de cuarenta -.

El galimatías anterior no debe ocultar el dato principal que aquí deseo subrayar. Sobre el severo endurecimiento punitivo destaca el hecho de que ciertos condenados podrán pasar cuarenta años dentro de los muros de una prisión. Más allá de la alegría con la que a veces mencionamos las cifras, ésta de los cuarenta equivale a la mayor parte de la vida adulta de una persona y supondrá en buena parte de los casos – siempre que el delincuente no sea joven en el momento de la sentencia – una cadena casi perpetua, sólo pendiente de la posibilidad de acceso a la libertad condicional por cumplimiento de los setenta años de edad⁵: “Lasciate ogni speranza, voi che entrate”.

⁵ Esta posibilidad puede quedar obturada por la imposibilidad de acceso al tercer grado penitenciario, que es siempre un requisito para la concesión de la libertad condicional para el que no existe previsión alguna de supresión de plazos por cumplimiento de los setenta años (art. 104.3 del Reglamento Penitenciario).

La ley que introduce estas reformas expone como motivo principal de la misma “el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad”, dotando al ordenamiento penal de “una respuesta más contundente” a los delitos más graves e impidiendo que ciertos mecanismos de resocialización del penado, como “la flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios (...), se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto” (exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2003).

Nada puede objetarse desde luego a la obvia aspiración de eficacia en la lucha contra el crimen, esencial al propio Estado de Derecho. Bien al contrario, lo que sería intolerable es la ausencia de tal finalidad. La cuestión no es si esta reforma persigue una meta loable. La cuestión es si son necesarios los tan contundentes medios de que dispone para ello, y si en tal caso y frente a otras alternativas nos merece la pena el coste de su utilización medido en los mismos valores que pretendemos preservar. La pregunta es si lo que ganamos con una mano lo estamos perdiendo con la otra.

So pena de maltratar el sentido común, no puede negarse que, si se mantiene la probabilidad de aplicación, el efecto preventivo de una pena aumenta con su gravedad. Al fin y al cabo la pena no es más que una amenaza condicional que trata de intimidar a los que conciben o pueden concebir intenciones delictivas y de reafirmar a los que no las tienen: de posibilitar con ello que los ciudadanos puedan vivir confiados en la vigencia de las reglas fundamentales que conforman la sociedad – confiados en un mundo en el que, por ejemplo, no cabe matar, insultar, robar o defraudar a la Hacienda Pública -. Y, como enseña el propio Código Penal cuando tipifica los distintos delitos de amenazas, éstas son tanto más graves cuanto más eficaces sean y son más eficaces cuanto mayor sea el mal que prometen y cuanto más probable sea su acaecimiento si la condición se cumple.

Tan cierto como lo anterior, y tan acorde con las intuiciones más elementales, es que la intensificación de la prevención no corre paralela a la intensificación de la pena o, al menos, dejando la execrable pena de muerte aparte, a la prolongación de la prisión. Que ante la misma probabilidad de imposición es sensiblemente más disuasoria una pena de doce años que una de dos es tan obvio como dudoso que haya una diferencia relevante en cuanto a su eficacia de prevención general entre una pena de treinta años y una de cuarenta, siquiera sea por la dificultad psicológica de proyectarse vitalmente a tan largo plazo. A la hora de evaluar la eficacia del fuerte incremento (en diez años) de unas penas de prisión ya muy prolongadas (de treinta años) debe tomarse en cuenta además la refracción motivacional que a este tipo de penas oponen cierto tipo de delincuentes, precisamente los destinatarios expresos de las mismas. Poco poder disuasorio puede desplegar una pena, cualquier pena, frente a un terrorista dispuesto a entregar su vida por su causa en lo que él entiende como una inmolación.

No es mucho mejor el panorama frente al terrorismo etarra, cuyos agentes suelen actuar con la esperanza de que, en caso de ser detenidos y condenados, su largo encarcelamiento se verá interrumpido por el triunfo de sus aspiraciones políticas o, en el peor de los casos para ellos, con una negociación que condicione el abandono de las armas por parte de la organización en la que se integran a la libertad de sus presos.

Junto a este disminuido efecto de prevención general de la pena (prevención frente a delitos de otros) queda el efecto de prevención especial (frente a otros delitos del penado) que supone su propia estancia en prisión: mientras esté en la cárcel el terrorista no va a atentar contra nadie, no va a poner más bombas. Esta evidencia merece ser matizada en dos sentidos. Por una parte, de cara a justificar treinta años de prisión en lugar de veinte, o cuarenta en lugar de treinta, presupone una gran perseverancia en el ánimo criminal del condenado, que seguiría dispuesto a la comisión de delitos después de muchos años de prisión, y un fracaso radical de las instituciones penitenciarias en su estrategia resocializadora. Por otra parte, el efecto de inocuidad hacia fuera queda en parte compensado con la falta de estímulos para no hacer imposible la vida de los funcionarios del centro penitenciario o de otros reclusos en quien apenas atisba esperanzas de volver a vivir en libertad o de anticipar la misma por méritos propios.

Esta última afirmación traslada la reflexión en torno a la racionalidad de la pena de cuarenta años de prisión a la relativa a la supresión, además, de toda dulcificación (permisos de salida, tercer grado penitenciario) o acortamiento (libertad condicional) de la misma. Asegurado el efecto de prevención general con penas de treinta años de prisión, y ahora de cuarenta, no se entiende bien qué se pierde con una serie de medidas que, dirigidas a los autores de delitos cometidos en el seno de una organización, lo que persiguen fundamentalmente es separar al penado del grupo que le cobijó y que todavía pretende recuperarlo. Si algo nos dicta la experiencia en esta materia no es que las organizaciones terroristas hayan utilizado estos beneficios para sus propios fines, cosa que se revela harto improbable a la vista de que la concesión de cada beneficio ha requerido siempre un pronóstico razonable de abandono de toda intención delictiva, sino más bien al contrario: que estas instituciones de resocialización son por ello mismo instituciones de la lucha antiterrorista, que son objeto de boicot por las propias organizaciones terroristas, y que por su propia lógica hacen que sean muy pocos los casos de regreso a la actividad criminal, y en todo caso menos que los del grupo de quienes no han disfrutado de tales beneficios.

Corolario de todo lo anterior es que la eficiencia que se predica de la elevación y el endurecimiento de las penas máximas es, cuando menos, bastante menor de la que aparenta. La objeción principal a esta desafortunada reforma no es sin embargo utilitarista, sino de principios. La cuestión no es sólo si la nueva severidad es útil, sino también si es

axiológicamente tolerable. La cuestión es si, por vulnerar alguno de los principios fundamentales que gobiernan el Derecho Penal, daña insoportablemente alguno de los valores esenciales que nos definen como colectivo y sobre los que hemos edificado nuestra convivencia. Porque si así fuera, la inicial utilidad preventiva devendría en inutilidad final en términos de valor. A los principios los llamamos principios precisamente porque, salvo colisión con otro principio, son innegociables; porque son el resultado de una ponderación valorativa en la que hemos decidido que su sacrificio no merece nunca la pena. Sea porque estimemos que tal sacrificio es siempre valorativamente negativo, sea porque estimemos que lo que es valorativamente útil es el mantenimiento del principio como norma que no admite excepciones, es lo cierto que su catalogación como principio supone que estamos seguros de la bondad de su intangibilidad y que por ello hemos guardado ya nuestra balanza. Que la proscripción de la tortura sea un principio, por ejemplo, significa que el punto de partida (por principio) es que nunca se puede torturar y no simplemente que “en principio” no se pueda torturar. Pues bien: si la pena íntegra y efectiva de cuarenta años fuera una pena inhumana, sólo por ello sería una pena axiológicamente inaceptable, irredimible por razones puramente preventivas. Y el problema, el problema de legitimidad que tiene hoy nuestro ordenamiento penal, es que es una pena inhumana.

Cierto es que el juicio sobre la inhumanidad de la pena es un juicio relativo y que desde cierta perspectiva cabe afirmar que la pena de prisión, toda pena de prisión, que sacrifica la manifestación más elemental de la libertad, es bastante poco acorde con una naturaleza humana de la que predicamos precisamente la libertad como rasgo más específico. El principio de humanización del castigo es así, en cuanto mandato de optimización, una directriz que apunta a la progresiva supresión y dulcificación de la privación de libertad como contenido de la pena. El mismo principio en su función de límite, como proscripción de las penas inhumanas, supone una frontera irrebasable de la afflictividad de la pena. Y si bien es cierto que no es fácil dibujar esa frontera en abstracto, sí que puede convenirse que ese límite parece estar, como muy poco, en la duración que, por la desesperanza que supone y por la destrucción de la personalidad que comporta⁶, la asemeja a la pena de muerte. Vistas así las cosas la pregunta es más bien la siguiente: desterradas históricamente las penas corporales, si una pena potencialmente íntegra de cuarenta años no es una pena inhumana, y si según la propia Constitución existen penas inhumanas distintas a la pena de muerte, ¿en qué consiste entonces una pena inhumana?

Al planteamiento anterior se le pueden hacer dos objeciones. La primera no cuestiona

⁶ Entre los penalistas es constante y generalmente compartida la afirmación de que las penas de prisión superiores a los quince años de duración suponen un grave deterioro de la personalidad del penado. Cfr. por todos Cerezo Mir, “Estudios sobre la reforma penal española”, Madrid (Tecnos), 1993, pp. 159 y 170 y s.; Mir Puig, “Derecho Penal. Parte general”, Barcelona (Reppertor), 2002 (6ª ed.), p. 673.

el principio, sino su aplicación al caso concreto. Se referiría a la medición de la humanidad de la nueva pena. La segunda no negaría la inhumanidad de la pena, pero sí el principio mismo. Negaría que fuera ilegítimo imponer penas inhumanas a delincuentes que han mostrado su radical inhumanidad con la comisión de los delitos más graves. Se trataría de una objeción al propio punto de partida valorativo del que hemos partido como derivado de un criterio democrático de legitimación del Derecho: ¿por qué no imponer penas inhumanas cuando ello venga indicado por razones preventivas elementales?

Ya he señalado por qué considero que no están aquí en juego razones preventivas elementales. Debe recordarse ahora que la razón moral básica por la que nunca debe pensarse inhumanamente a un ser humano reside en el valor fundamental de la dignidad igual de todas las personas, que nunca pueden ser despojadas de tal condición para pasar a ser considerados como no ciudadanos, como no personas, como enemigos. No es ajena a la inmovilidad de esta idea, en su traslado al Derecho Penal, la ignorancia rawlsiana de nuestra posición futura - ¿delincuente o víctima? - a la hora de prever los castigos, que hace que las penas que decidamos hoy puedan terminar recayendo mañana sobre nosotros mismos. Tampoco es ajena a la proscripción de las penas inhumanas la duda acerca de si el delincuente es enteramente responsable de su delito. Que en general existen factores distintos a su mala voluntad, que no justifican la comisión del delito ni disculpan a su agente, pero que contribuyen a explicar su conducta, lo corrobora una simple ojeada a las estadísticas relativas al nivel económico y cultural o a los antecedentes vitales, familiares y sociales de quienes cumplen penas de prisión.

Cabe aún sostener las penas más duras desde una perspectiva que, a la vez que impugna el punto de partida del prevencionismo penal limitado por ciertos principios de justicia y de humanidad, considera que el servicio que debe prestar la pena a la consolidación de la sociedad es la retribución íntegra del delito. Por ello los autores de los delitos más abominables deberían recibir penas más severas que las que se asignan a otros delitos ya muy graves, y por ello el elenco de penas debería ser ampliado hacia arriba en la escala de la gravedad.

En realidad este planteamiento no deja de ser prevencionista. Como señalaba Alf Ross, sería bastante tonto no dirigir el Derecho Penal a la evitación futura de delitos⁷. El rasgo diferencial del retribucionismo no es su olvido de la prevención, sino su consideración de que ésta sólo puede conseguirse con la retribución proporcional del hecho. La proporcionalidad no es así un límite a la idea de prevención sino su esencia misma. Es por ello por lo que no debe tener límites hacia arriba y por lo que parece que debería terminar conduciendo a una simetría

⁷ Con cita de Séneca: "Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur". En "La finalidad del castigo", en AA. VV., "Derecho, Filosofía y Lenguaje", Buenos Aires (Ed. Astrea), 1976, p. 152. También en pp. 167 y 186.

kantiana entre pena (ojo o diente) y delito (ojo o diente) y al lamento de que la pena de muerte sólo pueda aplicarse una vez al mismo sujeto.

Los pies de barro de esta teoría radican no ya en que genera cierta tendencia a la asimilación moral entre Estado y delincuente, que compiten en la dureza de sus reacciones; no ya en que rebaja la idea de dignidad humana, que o bien deviene inmovible en razón de la cantidad y la calidad de pena, o bien resulta sacrificable a los pies de la adecuada prevención; no ya en el propio presupuesto de que el sujeto es plenamente responsable, que es lo que procura una legitimación última de la pena en la propia libertad del sujeto para no delinquir o para hacerlo y para asumir así el riesgo de la pena. Su mayor debilidad es el cimiento empíricamente refutable sobre el que se edifica la contundente estrategia punitiva: que la prevención requiere una reacción equivalente al delito y en ningún caso una menor.

La reforma de la cuantía máxima de las penas parece guiada por las ideas de que la anterior pena máxima (treinta años) ha fracasado en su intento de prevenir los delitos más graves y de que este fracaso exige una pena más dura. El planteamiento de fondo es el de que la pena fracasa con cada delito, de que la reacción a ese fracaso ha de ser penal, y de que esa reacción penal ha de consistir en el endurecimiento de la pena. Este prevencionismo radical e ingenuo sitúa la intervención punitiva del Estado en una pendiente deslizante que parece haber apurado ya los márgenes que la Constitución permite para el castigo. Si en el futuro se siguen cometiendo delitos muy graves, si, ojalá que no, se cometen nuevos atentados terroristas, ¿qué se hará entonces? ¿Imponer sin rubor la pena de cadena perpetua? ¿Reformar la Constitución para reinstaurar la pena de muerte?

Los fenómenos delictivos de gravedad extraordinaria que sufre nuestra sociedad no deben contrarrestarse con respuestas emotivas o puramente simbólicas. No se trata de hacer que se hace algo. Lo que la lucha contra el delito exige es racionalidad instrumental y racionalidad valorativa. Racionalidad instrumental para medir los efectos preventivos reales de la pena y para no pedir a la misma una eficacia que sólo puede suministrar la actuación social y policial. Racionalidad valorativa para, valga el símil de cruda actualidad, no torturar para acabar con la tortura, para no sancionar el delito con los mecanismos que deploramos en el delito: para no sacrificar nuestros principios y valores en el altar mítico de la prevención. El desmoronamiento moral de la sociedad que ello supondría sería así la primera victoria del modelo que proponen los delincuentes contra los que pretendemos luchar.

III. Ese molesto Parlamento.

Si el primero de los rasgos que llamaba la atención de las reformas penales es el de su dureza, el segundo es el poco aprecio que suscitan en el Gobierno que las promueve y en el Parlamento que las aprueba los elementales objetivos de que las normas penales resultantes sean irretroactivas, fácilmente cognoscibles y fruto de un pleno debate de nuestros parlamentarios. De estos objetivos son de los que se preocupa, como ya se ha señalado, el principio de legalidad, emblemático como ninguno del Estado de Derecho.

Preocupante era ya el punto de partida de la reforma del Código Penal, consistente en escindirla en cuatro proyectos distintos que se tramitaban casi a la par. Esta estrategia dificultaba el conocimiento del alcance de las modificaciones penales y las sometía al riesgo de la incoherencia: al riesgo de que lo que se hacía con una mano parlamentaria se deshiciera con la otra. Esto es lo que pasó de hecho con los nuevos tipos de hurto (art. 234, párrafo segundo) y de robo y hurto de uso de vehículos (art. 244.1, párrafo segundo) que convertían en delito la reiteración de faltas (cuatro en un año si el montante total superaba el límite general que separa en estas modalidades delictivas el delito de la falta – 400 euros -). Lo que hizo la Ley Orgánica 11/2003 lo deshizo inadvertidamente la Ley Orgánica 15/2003, que pretendiendo sustituir los párrafos primeros de los artículos 234 y 244.1 acabó sustituyendo éstos en su totalidad, y eliminando con ello sus segundos párrafos. Esta supresión fue tan involuntaria como efectivamente aprobada por el Senado⁸ y por el Congreso⁹ en la votación final del texto. Lamentable error sustancial que palidece ante el que generó su remedio: con olvido de la mística y de la técnica parlamentaria se decidió obviar el voto de nuestros representantes, enmendar sin él el texto aprobado y reincluir el delito de reiteración de faltas de hurto y de hurto y uso de vehículos a través de una mera, pero nunca tan poderosa, corrección de errores (BOE núm. 65, de 16 de marzo).

En la misma línea de preocupante desapego a la labor parlamentaria debe enmarcarse la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 20/2003. Si, en palabras del profesor Laporta, “el más inmediato y elemental sentido que tiene la actividad parlamentaria” es el de “traer a una arena común intereses y convicciones diversas, incluso contrapuestas, para tratar de hallar criterios aceptados por todos o por la mayoría para resolver los posibles conflictos y guiar las conductas”, y si por ello se diseña un parsimonioso procedimiento de elaboración de las leyes¹⁰, constituye una burla de la institución parlamentaria el someter a discusión el establecimiento de nuevos delitos – convocatoria ilegal de *referenda*, financiación de partidos políticos disueltos por conductas relacionadas con los delitos de terrorismo – sin propuesta

⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VII Legislatura, 5 de noviembre de 2003, núm. 145 (g), p. 263.

⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, 12 de noviembre de 2003, núm. 145-16, p. 320.

¹⁰ En “El deterioro de las leyes”, en *Claves de Razón Práctica*, 142, p. 27.

previa ni proyecto, sino por vía de enmienda, y por una enmienda en fase ya muy avanzada de tramitación (en la discusión en el Senado), y por una enmienda a una ley tan lejana de las preocupaciones penales como lo es la Ley de Arbitraje.

El poso que dejan los modos relatados de reformar el Código Penal es el de que para la mayoría parlamentaria que los impulsa el debate legislativo no es una vía para la mejora y la aceptación social de las normas, sino más bien un engorro para la eficacia que se busca en ellas. Tanta prisa corren y tan ciega es la confianza que se deposita en ellas que no sólo se jibariza su debate sino que se suprime su previa presentación. El período de preaviso de la amenaza penal, normalmente muy superior al general de veinte días por obvias razones de seguridad jurídica – el de la Ley Orgánica 15/2003 es de casi un año -, se ha reducido a un día en las Leyes Orgánicas 7/2003, 11/2003 y 20/2003. Esto significa, por ejemplo, que los dichos cuarenta años de pena máxima no sólo se imponen contra el principio de proscripción de penas inhumanas, sino que se imponen de un día para otro, en claro desmedro de su cognoscibilidad y evitabilidad.

El catálogo de agravios al principio de legalidad tiene aún un último ítem en el expreso mandato de aplicación retroactiva de normas que restringen la libertad. En efecto, la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 7/2003 señala que las nuevas exigencias de acceso a la libertad condicional y al tercer grado penitenciario - que consisten en esencia en la satisfacción de la debida indemnización de la víctima; en el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta para el acceso al tercer grado de los condenados a más de cinco años de prisión¹¹; y, en el caso de condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, en una conducta activa de arrepentimiento – “serán aplicables a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena”.

Tan tajante como el mandato constitucional de “irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales” (art. 9.3) es el hecho de que la nueva regulación establece más requisitos para que el cumplimiento de una pena de prisión se cumpla en libertad en parte, en buena parte o en su totalidad. Constituye por ello una regulación peyorativa de la sanción de privación de libertad que no debe ser aplicada a las penas impuestas por hechos cometidos con anterioridad a su vigencia. No debe serlo desde luego la restricción del acceso al tercer grado a los presos que hayan cumplido la mitad de la pena, hecho que depende del paso del tiempo y no de la voluntad del penado. Pero tampoco

¹¹ Es discutible que la disposición transitoria se refiera a esta medida. No lo hace directamente, aunque podría entenderse que lo hace indirectamente, al referirse al art. 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que a su vez se remite a “los requisitos previstos por el Código Penal”.

deben aplicarse a penas que ya se están ejecutando las nuevas exigencias de arrepentimiento activo o de pago de la responsabilidad civil para el acceso al tercer grado o a la libertad condicional, que sí constituyen requisitos cuyo cumplimiento está en manos del condenado. Y no deben hacerlo si no se quiere rebajar el valor de la seguridad jurídica desde su significado propio de cumplimiento de una expectativa a la mera inevitabilidad de una consecuencia negativa. Nos sentimos jurídicamente seguros, con mayúsculas, cuándo sabemos lo que va a pasar en Derecho, y no sólo cuando podemos evitar sobre la marcha consecuencias jurídicas de nuestros actos que no estaban previstas cuando los realizamos. ¿Es tolerable denegar el acceso al tercer grado al preso que, reuniendo los demás requisitos legales, le faltaba una semana para el cumplimiento de una cuarta parte de su pena porque esta frontera general¹² se acaba de elevar a la mitad de la pena? ¿Debe contrariarse la expectativa del preso de acceder por fin a la libertad condicional tan sólo porque le falta ahora, en virtud de la aprobación de la reforma correspondiente del Código Penal, una conducta de arrepentimiento activo?

IV. Suben la reincidencia y las penas breves de prisión; baja el arresto de fin de semana.

En realidad el arresto de fin de semana no baja, sino que desaparece, y es sustituido en la mayor parte de los delitos en los que figuraba por penas de prisión inferiores a los seis meses¹³. Con ello se desanda lo que estaba muy bien andado desde 1995: las penas cortas de prisión, unánimemente criticadas por la doctrina, habían sido eliminadas del Código y habían sido suplidas en buena parte por el arresto de fin de semana, que era una pena que combinaba un bajo efecto desocializador con el importante efecto preventivo que supone la aflicción propia de la privación de libertad no domiciliaria.

¿Qué hay tan en contra de las penas breves de prisión? Poco, desde luego, en comparación con penas más prolongadas de prisión. Ciertamente, para evitar la desocialización del penado y para procurar una intervención penal mínima, siempre será mejor una pena más leve que una pena más grave de similar eficacia. Si, por poner un ejemplo, para la represión de ciertos hurtos no consideramos necesaria una prisión de seis meses, carece de

¹² El art. 104.3 del Reglamento Penitenciario dispone que "(p)ara que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado".

¹³ Esto es lo que sucede en los arts. 146, párrafo 1º; 147.2; 152.1.1º; 158, párrafo 1º; 184; 226.1; 227; 289; 310; 328; 379; 386, párrafo 3º; 389, párrafo 2º; 463; 514.4; 526 y 558.

sentido mantener esta pena por la única razón de evitar ingresos breves en prisión, que siempre serán preferibles a ingresos inútilmente alargados.

La objeción a las penas breves de prisión parte de su intrínseca dureza más allá de su apariencia, del trato punitivo desproporcionado que ello comporta y de su peculiar potencial desocializador, tachas todas que sólo son suprimibles con la supresión de este tipo de penas y su sustitución “hacia abajo”, por penas que no supongan la presencia continuada en prisión. El problema de una pena de quince días o de tres meses de prisión es el de que a pesar de que, en buena lógica punitiva, responde a un delito leve o a una falta, tiene unas consecuencias muy graves en la vida familiar, laboral y social del penado. Un breve ingreso en prisión acarrea la separación de la familia, la pérdida del puesto de trabajo, la estigmatización que en el entorno social comporta la percepción de la estancia en la cárcel y el riesgo de desocialización que supone el contacto con otros penados.

Por todo ello, por lo que señalan los principios de proporcionalidad y de resocialización, es criticable que la reforma haya rebajado la frontera mínima del ingreso en prisión de los seis a los tres meses para compensar la a su vez poco explicable desaparición del arresto de fin de semana. Si, según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003, no estaba siendo “satisfactoria la aplicación práctica del arresto de fin de semana”, lo que procedía, lo que exigía tal enfermedad, no era la amputación de una pena de gran efecto preventivo y de pocas contraindicaciones, sino la sanidad de su sistema aplicativo, comenzando por la inversión de los recursos necesarios para erigir los establecimientos penitenciarios adecuados para su ejecución.

El efecto fuertemente agravatorio de la habitualidad y de la reincidencia es el último de los aspectos de la reforma penal reciente que deseo comentar de entre los que orientan el sistema en sentido opuesto al que demarcan los valores y principios constitucionales. Las faltas habituales de lesiones, de hurto, y de hurto y robo de uso de vehículos de motor (cuatro en el plazo de un año) pasan a considerarse como delito (en los dos últimos casos si el montante total de lo sustraído es superior a cuatrocientos euros), lo que comporta una pena significativamente más severa. En el caso de las lesiones, por ejemplo, se pasa de una pena máxima de dieciocho fines de semana a una de tres años de prisión. Por su parte, la reincidencia consistente en la condena previa por tres delitos similares, que hasta ahora suponía la imposición de la pena en su mitad superior, puede hacer que el juez eleve la pena en un grado. Si, por ejemplo, se trata de un robo con fuerza en las cosas, al reincidente al que hasta ahora se le imponía una pena de dos a tres años de prisión, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica 11/2003 se le podrá imponer una pena de tres a cuatro años y medio de prisión.

Con la agravación por reincidencia pasa en cierto modo como con la pena íntegra y

efectiva de cuarenta años para los terroristas: que su crítica se topa con la comprensión social que suscitan. Esta aceptación, sin embargo, parece inversamente proporcional a su racionalidad en los términos valorativos que esa misma sociedad toma como punto de partida. La idea de que la pena para el reincidente ha de ser mayor que la pena que se impone por el mismo hecho para el delincuente primario, porque el reincidente “no ha tenido suficiente” con las penas que se le impusieron por los delitos anteriores, es la consecuencia de ciertos prejuicios latentes que difícilmente estaríamos dispuestos a defender explícitamente. De un lado está la idea de que la cuantía de la pena no depende de la culpabilidad por el hecho concreto – de la gravedad de la concreta conducta y de la actitud de su agente hacia ella -, sino que puede aumentar en función del nivel de socialización del sujeto. Este criterio se acerca peligrosa e insoportablemente a la idea de la responsabilidad por el carácter, por la manera de ser, al Derecho Penal de autor, tan caro al Antiguo Régimen y a ciertos regímenes totalitarios, y tan opuesto al Derecho Penal del hecho, a la noción de la responsabilidad por la propia conducta que subyace a una concepción democrática de organización de la sociedad.

Tan rechazable como el criterio anterior es, de otro lado, el que sostiene que el plus punitivo que se asigna al reincidente encuentra su razón de ser, no en su carácter, sino en sus hechos: en el delito o delitos anteriores. Resulta así que estos mismos hechos (*idem*), en su momento sancionados, son de nuevo tomados en consideración a efectos punitivos: son de nuevo (*bis*) penados.

La pequeña historia de la agravante de reincidencia resulta harto expresiva de la orientación de las recientes reformas penales. Nos muestra cómo su efecto fuertemente agravatorio (imposición de una pena superior) fue eliminado por la primera de las grandes reformas del Código Penal que perseguían su adaptación a la Constitución. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, señalaba que “(l)a exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio *non bis in idem*, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho”.

La reincidencia quedaba así como una circunstancia agravante más, que no permitía elevar la pena, sino sólo imponer la misma pena en sus dos tercios superiores. Este efecto moderadamente agravatorio fue incluso cuestionado por el propio Tribunal Supremo, que lo negaba si se superaba “la gravedad de la culpabilidad” (STS de 6 de abril de 1990), y fue determinante para que el Tribunal Constitucional no apreciara su inconstitucionalidad (STC

150/1991): constituyó un presupuesto de su decisión el que la reincidencia sólo había de ser tenida en cuenta por los tribunales “dentro de unos límites fijados para cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena”.

V. Una reforma histórica.

El bucle de la reincidencia se cierra ahora acercando significativamente su regulación a su situación preconstitucional. Este mismo es, como ya se ha indicado, el sentido de algunos de los aspectos de la reforma. La pena íntegra y efectiva de cuarenta años de prisión, la generación de normas no debatidas o insuficientemente debatidas en el Parlamento, la aplicación retroactiva de leyes que inciden en la libertad de los ciudadanos y la reimplantación de la prisión breve como sustitución del arresto de fin de semana caminan en la dirección opuesta a la que había llevado el ordenamiento penal desde la aprobación de la Constitución y en virtud de la aprobación de la Constitución.

A esta crítica en torno a la debilidad moral de la reforma sus agentes oponen básicamente la idea de seguridad. La pérdida de valores de la normativa penal sería así el precio necesario de la eficacia que la sociedad reclama de las sanciones penales frente a la delincuencia más grave y frente a la delincuencia más frecuente.

Que el Derecho Penal debe ser eficaz en un sistema democrático es algo evidente a partir de su propia naturaleza coactiva y de la dureza de sus consecuencias. Un panorama de “cárcel para nada” se antoja intolerable en un sistema presidido por la idea de libertad. Que además el Derecho Penal debe cambiar para ajustar sus objetivos a las nuevas demandas sociales de libertad y de seguridad en el ejercicio de la libertad es una afirmación que por su evidencia no merece discusión. No se trata ni puede tratarse de renunciar a la eficacia penal. No se trata de renunciar a la seguridad. Pero precisamente por ello, de lo que se trata – y de lo que trata este artículo – es de conocer cuál es esa eficacia penal, que ni aumenta sin más con el aumento de las penas ni puede sustituir con su potencial fiereza las prestaciones propias de las medidas policiales y sociales. Y de lo que se trata también – y lo que pretende subrayar este artículo - es de penar civilizadamente, sin renunciar a los valores que nos conforman como sociedad y que deben reafirmados en la administración del castigo: en lo que se pena y en cómo se pena. Las penas bárbaras, pero eficaces, quizás nos hagan vivir mejor, pero también nos hacen vivir con vergüenza nuestra condición de miembros de una determinada comunidad política.

Es precisamente esta perspectiva valorativa la que debe situar la dimensión histórica de la reforma que reclaman sus impulsores. La de constituir el más severo retroceso en muchos años en la consecución de un Derecho Penal más justo y más humano.