

REFLEXIONES SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO PENAL Y LA BANALIZACIÓN
DE LA LEGALIDAD

Juan Carlos Carbonell Mateu

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

REFLEXIONES SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO PENAL Y LA BANALIZACIÓN DE LA LEGALIDAD

*Juan Carlos Carbonell Mateu
Catedrático de Derecho penal.
Universitat de València. Estudi General*

1. Los últimos años parecen caracterizarse por un desmedido protagonismo del Derecho penal. Basta asomarse a los medios de comunicación para comprobar que un elevadísimo porcentaje de sus contenidos está relacionado de manera más o menos directa con jueces, tribunales, crímenes, delitos, penas, policías, sobornos, prevaricaciones, etc. La vida política depende de sentencias judiciales y la amenaza con recurrir a los tribunales es constante. Que ello sea bueno o malo es discutible. Si bien es cierto que la situación descrita puede dar idea de un adecuado funcionamiento de la Justicia en un Estado de Derecho, también lo es que una presencia excesiva del derecho penal es un riesgo grave de asfixia de la libertad. Voy a referirme a algunas cuestiones que se encuentran en los límites entre la correcta aplicación del Derecho penal y su uso indebido, sea por exceso o por defecto, como arma política.

No es ocioso recordar alguno de los principios básicos que han de regir el Derecho penal de un Estado democrático, y que se refieren tanto a su origen como a sus contenidos y, por consiguiente, a sus límites. Concretamente, de los principios de legalidad y de libertad se deducen las garantías que ha de respetar la ley penal.

Hoy, el principio de legalidad, tanto en su dimensión política cuanto en la técnica, alcanza una categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado y se traduce en cuatro principios: no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley, y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley

y en los reglamentos: son los denominados principios de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución. En suma, el principio de legalidad continua ejerciendo una doble función: la política, que expresa el predominio del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado y que la convierte en garantía de seguridad jurídica del ciudadano, y la técnica, que exige que el legislador utilice a la hora de formular los tipos penales cláusulas seguras y taxativas. Las expresiones más importantes del principio de legalidad son la reserva de ley (*lex scripta*), la prohibición de analogía (*lex stricta*), el principio de irretroactividad (*lex praevia*), así como el principio *non bis in idem*, en virtud del cual no pueden ser castigados unos mismos hechos más de una vez. El principio de legalidad ha sido calificado por algún autor como el “eje diamantino de todo Derecho Penal un tanto evolucionado”: sólo si se satisfacen suficientemente las garantías derivadas del principio de legalidad, esto es, la reserva de ley, la prohibición de analogía, la irretroactividad de la ley penal y el principio *non bis in idem*, puede considerarse el Derecho penal ajustado a las exigencias de un Estado de Derecho.

El artículo primero de la Constitución Española de 1978 proclama la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político como los valores superiores del ordenamiento jurídico. La libertad es, en efecto, el valor primordial de un Estado de Derecho. Y al máximo de ella debe tenderse. Y esa es la función primordial del Estado: la de garantizar el máximo de libertad posible con las menos injerencias posibles. Naturalmente, para conseguir que la libertad sea general es necesario, como señala asimismo la Constitución Española en su artículo 9.2, “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, tarea que corresponde a los poderes públicos y para la cual han de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. En definitiva, el Estado social y democrático de Derecho debe tender a la máxima libertad entendida en el sentido material, para lo que son necesarios, lógicamente, unos ciertos grados de igualdad y de justicia. Se trata, pues, de, restringiendo las mínimas libertades posibles, alcanzar el mayor estado de bienestar y, por ello, de libertad para todos.

En cualquier caso, y si pensamos que el Derecho sancionador y, específicamente, el penal, suponen el mayor grado de injerencia posible del Estado, aplicando incluso penas privativas de libertad y actuando, en definitiva, de la manera más dura que resulta posible, entenderemos que su actividad ha de ser también la menor posible para conseguir el mayor grado de libertad. De ahí que el principio *pro libertate*, en virtud del cual no sea posible la injerencia del Estado si no es necesaria para conseguir ese grado de libertad, deba proclamarse. Y de ahí que deba interpretarse toda la actividad punitiva del Estado

con el principio *restringenda sunt odiosa*; es decir, interpretando como odiosa cualquier restricción de la libertad: de ahí que haya que procurar las menores restricciones posibles.

Es probablemente en el artículo 10.1, donde se afirma que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*” donde debemos encontrar, a mi entender, la proclamación máxima, junto con la del artículo primero, del principio general de libertad en Derecho Penal. Por la vigencia del principio de legalidad, como ya sabemos, hay que afirmar que tan sólo lo que está expresamente previsto en la ley como prohibido puede considerarse prohibido. Ahora debemos añadir algo más: sólo lo que restringe el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, lo que es trascendente para los demás puede prohibirse por la ley. El principio general de libertad, del que el de prohibición de exceso es un componente, viene a afirmar que tan sólo puede limitarse la libertad de los ciudadanos en aras de la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos. Y sólo en la medida de lo estrictamente necesario. Probablemente sea la obra de Ferrajoli la que mejor exprese las ideas que aquí hemos intentado esbozar: entiende este autor italiano que la tarea del Derecho Penal es precisamente la de intervenir lo mínimo posible para conseguir el máximo de libertad. (Vid. Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.*, *passim*, (trad., esp. del orig. de 1989, Madrid, 1995). El denominado Derecho Penal mínimo no significa que no deba haber Derecho Penal; no significa que debemos prescindir del poder punitivo del Estado. Es ésta, ciertamente, una idea ya antigua, y fue Radbruch el que expresaba que lo ideal no era un Derecho Penal mejor sino algo mejor que el Derecho Penal; esto es, lo ideal sería asegurar las libertades sin restringir ninguna. Pero eso, hoy por hoy, no parece posible. Debemos, pues, contentarnos con aspirar al Derecho Penal mínimo; esto es, a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos. Expresiones del principio general de libertad o, si se prefiere desde el punto de vista de la injerencia estatal en la libertad de los ciudadanos, de prohibición de exceso o de intervención mínima, son los denominados principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como el de ofensividad. Exige el denominado principio de adecuación que el Derecho Penal sea apto para la tutela del bien jurídico (bien jurídico susceptible de tutela penal) y que la medida adoptada sea también adecuada a la finalidad perseguida. El principio de necesidad de la pena es otra expresión del de prohibición de exceso. Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Beccaría y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. No sólo

no debe intervenir el Derecho Penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otro mecanismo menos costosos, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor de las posibles.

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. Se trata, por emplear expresiones propias del análisis económico del Derecho, de no aplicar un precio excesivo, para obtener un beneficio inferior: si se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta. Pese a que el principio como tal no tiene un reconocimiento explícito en nuestra primera norma, el Tribunal Constitucional le ha dado carta de naturaleza hasta el punto de considerar inconstitucional la previsión de una pena que supere lo que se considera suficiente para lograr el fin de la norma o, al menos, la no previsión de una consecuencia jurídica que se adapte a la conducta más leve de las previstas en el precepto. (Sobre esta cuestión acaba de pronunciarse, de manera algo novedosa, el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre el caso Mesa de Herri Batasuna).

Pero no sólo es preciso ponderar el grado de libertad que se consigue con la limitación penal y el beneficio que se obtiene con ésta, sino además las diferentes intervenciones del Derecho Penal entre sí. Efectivamente, lo primero que hay que ponderar es si la intervención del Derecho Penal resulta rentable para obtener la tutela del bien jurídico: si la materia es propia del Derecho Penal, y si compensa la utilización del poder punitivo del Estado. De la dignidad de los bienes jurídicos se desprende, por una parte la necesidad de un reconocimiento constitucional, en mayor o menor medida; de otra, una materialidad suficiente en el bien jurídico. Precisamente del principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia como para justificar una amenaza de privación de libertad, en general, y una efectiva limitación de la misma, en concreto. Así, no parece proporcionada la utilización del Derecho Penal para obtener la limpieza de las aceras frente a la suciedad procedente de las defecaciones de los canes. También la gravedad de la conducta; esto es, el grado de lesión o peligro en que se pone al bien jurídico, tiene que ser lo suficientemente grave como para justificar una intervención del Derecho Penal. Por importante que sea el bien jurídico, y piénsese en lo que lo es la libertad individual, un ataque nimio a la misma no puede justificar la intervención del Derecho Penal: pensemos en un conductor de autobús que se “salta” una parada solicitada: ciertamente habrá retenido contra su voluntad al ciudadano en el vehículo, pero ello no justificará una intervención jurídico-penal. Por último, es necesario compro-

bar la relación existente entre las distintas respuestas que el ordenamiento da a diferentes conductas: no es posible castigar más gravemente conductas menos importantes y trascendentes y, castigar con penas leves conductas gravemente atentatorias contra bienes jurídicos importantes.

El principio de ofensividad o, en correcto castellano, ofensión exige que no haya delito sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico: *nullum crimen sine iniuria*. En el seno de una concepción imperativa de la norma, la exigencia de bien jurídico para la tipificación de una conducta es, ciertamente, un loable deseo: desde el principio de ofensividad se limita el poder punitivo del Estado en el sentido de que el legislador no deberá prohibir la realización de conductas –ni obligar a la realización positiva– si no es en virtud de que resultan lesivas para un bien jurídico. Desde la concepción valoradora de la norma, el principio de ofensión, entendido como exigencia de bien jurídico, no comporta limitación alguna: toda norma penal supone una valoración; por consiguiente, de toda norma penal se desprenderá necesariamente la existencia de un bien jurídico. Sólo si atendemos a la dignidad de ese bien jurídico, puede recobrar el principio de ofensividad su razón de ser como limitador del poder punitivo del Estado. Pues no se trata aquí tanto de referirnos a la no aplicación de la pena cuando de la conducta realizada no se desprenda lesión del bien jurídico, cuanto de que el legislador democrático no tipifique conductas delictivas que no sean necesarias para la tutela de un bien jurídico digno de protección penal. Y la dignidad tiene, a mi juicio, una doble vertiente. En primer lugar, resulta necesario referirse a la dignidad formal del bien jurídico. A mi entender, sólo los bienes jurídicos con relevancia constitucional pueden ser objetos de tutela penal. Los criterios tradicionales, propios del Estado liberal, en virtud de los cuales la selección de bienes jurídicos se realizaba, bien a partir de valoraciones sociales previas al ordenamiento, bien de razones éticas, resultan insuficientes. Se han referido Fiandaca y Musco a la necesaria reformulación crítica de los criterios de intervención punitiva en el ámbito de un moderno Estado de Derecho. (Fiandaca, G., Musco, E: *Diritto Penale. Parte Generale*, 3a. ed. Bologna, 1995) La función del Estado social y democrático de Derecho ya no es la de la tutela de los bienes jurídicos de naturaleza estrictamente individual, procedentes de los valores propios del Estado liberal: libertad y propiedad. Las valoraciones son distintas, como entre nosotros ha puesto de relieve, por ejemplo, Mir Puig: se trata de prevenir la realización de conductas delictivas contra los bienes jurídicos más importantes. (Mir Puig, S.: *Derecho Penal y Estado social de Derecho*, Barcelona, 1994). Y éstos no les vienen dados al legislador democrático ni por criterios iusnaturalistas ni por valoraciones ético-culturales inaprehensibles. Por el contrario, es la Constitución como norma valoradora por excelencia la que va a determinar el sistema de valores a tutelar. Ya hemos afirmado que, precisamente por vigencia

del principio de proporcionalidad, no es posible la privación de libertad que supone la tipificación de cualquier conducta si no es en función de la tutela de bienes jurídicos con la suficiente relevancia, y ésta sólo puede venir dada, si es que pretendemos formular un principio limitador del poder normativo del legislador democrático, por una norma con rango superior a la ley: esto es, por la Constitución.

Pero no sólo la dignidad formal es necesaria para afirmar el principio de ofensión, también la material: ha de tratarse de un valor asumido socialmente, susceptible de ataque y destrucción; esto es, de ser lesionado o puesto en peligro gravemente, y necesitado de tutela penal. Desde luego, la valoración constitucional de un bien jurídico no implica en absoluto la necesidad de su tutela penal: ni siquiera en aquellos supuestos donde la Constitución explícitamente encarga al legislador democrático la tutela penal del bien jurídico, lo que, por cierto, sólo sucede con el patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran (art. 46), ha de ser ésta interpretada como una exclusiva actuación del ordenamiento punitivo. También en este punto rige el principio de intervención mínima y el carácter subsidiario del Derecho Penal.

Parece pacífico que se trata de proteger valores. Se trata de valores e intereses que son jurídicamente declarados como tales, bien de manera explícita, bien implícitamente a través de la correspondiente tutela penal. En todo caso, la intervención del poder punitivo se realiza para evitar comportamientos que vengán a negar tales valores. Así, se prohíbe matar porque el homicidio supone la negación de la vida, que es un valor jurídicamente reconocido. En este punto debe insistirse en que el poder punitivo se ve limitado por el criterio de que ha de suponer la intervención mínima para asegurar la libertad, entendida en el sentido de la protección de los bienes atribuidos a los ciudadanos. Y que sólo puede restringirse la libertad de actuar en función de esa tutela: no puede prohibirse –y aún menos imponerse– ninguna conducta que no sea trascendente para las libertades de los demás. Pues bien, tal afirmación ha de entenderse en el sentido de que el Derecho penal impide la realización de actos que vengán a negar los valores tenidos como tales por el Derecho. Mediante el mismo se trata de proteger la existencia, atribución y distribución de los valores; se trata de que éstos no se vean negados ni arrebatados: se protege la vida, la propiedad, la integridad, etc. de cada uno de los ciudadanos a quienes pertenecen.

Es indudable que ello otorga al Derecho penal un carácter claramente conservador, hasta el punto de que juegue un papel importante en la aplicación de las normas penales el llamado “principio de previa distribución de los bienes jurídicos”. Y por eso, la utilización del poder punitivo como instrumento de reforma social resulta sumamente inadecuado. No se está diciendo

con esto que no pueda haber un Derecho penal progresista y otro conservador. Ello sería rotundamente falso; es más, no resulta en absoluto descabellado afirmar que el carácter progresista o conservador de un Ordenamiento depende de su Derecho penal. Y tal carácter depende a su vez de cuáles sean los valores a los que sirve y de que técnicas y medios utiliza para ello. Lo que se quiere exponer es simplemente que mediante el Derecho penal se trata de conservar el estado de las cosas que se da en un momento concreto. Y cuando, excepcionalmente, se pretende cambiar algo es porque existe una situación peligrosa para un bien, y se quiere volver a la posición anterior: así, en la omisión del deber de socorro se impone una actuación positiva tendente a disminuir un peligro para la vida o la integridad de las personas.

Eso no debe, sin embargo, conducirnos a una concepción inmovilista, que utilice el Derecho penal como freno de valores en crisis, como una especie de dique. Si es rechazable su utilización como instrumento al servicio de la imposición del cambio más allá de lo soportable, en mayor medida ha de denunciarse el recurso al terror penal para frenar dicho cambio, cuando éste se produce naturalmente en la sociedad. Buen ejemplo de ello puede ser el recurso a la pena –incluso a la cárcel, pero también a la inhabilitación semi-perpetua– prevista para la insumisión al servicio militar obligatorio con prestación social sustitutoria y obligatoria, que establecían en el momento de su promulgación los artículos 604, 527 y 528 del Código Penal español de 1995. Los hechos políticos posteriores a su aprobación han mostrado la inadecuación de la solución penal y han obligado a su modificación. Bien puede decirse, sin embargo, que ésta ha quedado tan por debajo de la sensibilidad social, que su derogación está clamorosamente anunciada.

Lo hasta aquí expuesto no son otra cosa que elementales principios del Derecho penal. Pero creo que resultaba conveniente recordarlos. Especialmente, puede haber resultado útil para los no juristas, que supongo que los habrá. Pero también los juristas estamos ahora en mejor disposición de afrontar las cuestiones límite a las que me refería al principio.

2. El Derecho penal es un instrumento al servicio de la política criminal, y ésta una parte de la política general del Estado. Eso convierte a aquél en un instrumento político. Puede ser y es utilizado para la consecución del programa político del gobierno, si bien sus características principales, a las que ya nos hemos referido, obligan a consensuar su uso. Lo que, por cierto, no siempre impide que se consensúe su abuso. Así, existen temas en los que parece que todo el mundo esté de acuerdo en que la solución radica en el recurso a la prohibición y la pena. Y, siendo malo que eso sea así, es decir, que se utilice el Derecho penal allí donde no es estrictamente necesario, o que se utilice más de lo estrictamente necesario, aún resulta peor que con ello

se busque una forma de ocultar una práctica política real que va justo en la dirección contraria, y que produce consecuencias indeseables de las que los responsables políticos se desmarcan a través de su inclusión en el catálogo de delitos. esto es, de conductas desvaloradas y reprimidas, al menos, teóricamente.

Me estoy refiriendo a dos cuestiones que, aun diferentes, tienen mucho en común: el recurso al incremento de las penas, a agravar las consecuencias jurídicas previstas para conductas que no se logra atajar, sencillamente porque no se detiene nunca a sus autores, porque no se averigua quiénes sean éstos, o porque no existen los instrumentos jurídicos adecuados para lograr su enjuiciamiento y castigo; y el recurso a la creación de normas penales, cuya aplicación práctica puede ser descartada desde el principio.

Buen ejemplo de lo primero ha sido frecuentemente la legislación anti-terrorista que, en nuestro país, ha sufrido constantes bandazos entre diferentes técnicas: la de tipificar las conductas como delitos especiales o, por el contrario, entender que se trata de delitos comunes, si bien agravados por el móvil o por el ataque a más bienes jurídicos. Pero a lo que ahora nos estamos refiriendo es al recurso a agravar las penas. Es, además, tradicional, que los ciudadanos creen que ésa es una solución para atajar las conductas. Y eso convierte en tentación para el gobierno de turno el recurso a la aludida técnica para hacer creer que su política es adecuada y que se adoptan las medidas necesarias en orden a una política criminal eficaz. Naturalmente, se oculta con ello que para llegar a aplicar la pena prevista son necesarios muchos requisitos previos que, generalmente, no se dan: desde la averiguación de la autoría y la captura de los terroristas hasta la condena en un juicio al que se presentan las pruebas suficientes para destruir la presunción de inocencia. Y aun cuando se llegue a la aludida e improbable condena, todavía quedará por demostrar que el incremento de las penas previstas se convierta en real, teniendo en cuenta las verdaderas conveniencias de la política criminal en la materia, a la que, por cierto, nos hemos de referir más adelante. Y, por fin y, probablemente lo más importante, faltará comprobar que el incremento de la pena y su aplicación efectiva produce el efecto buscado de disminuir el terrorismo, evitar la realización de las conductas y tutelar los bienes jurídicos previniendo eficazmente la realización de las conductas prohibidas.

La discusión parlamentaria que precedió a la aprobación del vigente Código Penal de 1995 tuvo como uno de sus principales objetos el de la política penal. Mientras que la mayoría de los grupos parlamentarios, que después acabarían dando su voto afirmativo al conjunto del Proyecto, defendían un cumplimiento efectivo de las penas, que se tradujo en la desaparición del efecto reductor automático de la redención por el trabajo y otros beneficios penitenciarios, el entonces grupo mayoritario de la oposición, que se abstuvo

en la votación final, defendía el cumplimiento íntegro, lo que significaba la imposibilidad absoluta de reducir la duración impuesta en la sentencia e incluso la del acortamiento real a través del cumplimiento en tercer grado o de la libertad condicional. A mi entender, estábamos ante una posición estética y demagógica de utilización abusiva del Derecho penal al servicio de la apariencia de una política eficaz “cara a la galería”. Y ello por varias razones: en primer lugar, no es cierto que la mayor duración en la ejecución de la pena tenga, en general, un efecto intimidatorio real, En segundo lugar, impide cualquier política penitenciaria al tener que prescindir de su arma más eficaz: el acortamiento de la duración de la pena y la aplicación de beneficios a cambio de un buen comportamiento y del respeto al orden público dentro del establecimiento penitenciario. Y, sobre todo, impide de manera absoluta dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 25.2 de la Constitución, en virtud del cual *“las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social.”* Si bien, afortunadamente, la propuesta no prosperó, dio lugar a un precepto –el art. 78– que resulta modélico en cuanto a inseguridad jurídica y ambigüedad, al tiempo que puede cerrar el camino a la reinserción: *“Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 –límites penales al concurso real de delitos– la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente./ En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento.”*

Con todo esto, pretendo poner de relieve que una “huida al Derecho penal”, incluso admitiendo que pudiera ser de buena fe, es siempre perniciosa si no va acompañada de la puesta en práctica de una política de otro tipo: social, económica, cultural, etc. que venga a proporcionar las condiciones que favorezcan una disminución real de la delincuencia. La intensidad y la proporción entre conducta y consecuencia prevista, la proporcionalidad, en suma, es un requisito no sólo de la justicia, sino también de la eficacia del Derecho penal. Olvidarlo es condenarlo al fracaso. Y utilizarlo abusivamente, de manera consciente, es prescindir de los valores más elementales reconocidos por el Ordenamiento, con la Constitución a la cabeza.

La segunda práctica espúrea a la que me quiero referir en este apartado es la del Derecho penal simbólico. Su fundamento parece ser el mismo: pre-

tender demostrar que se es consciente de determinados problemas y que se ofrecen las soluciones adecuadas, cuando la realidad es que se está recurriendo a un mero escaparate cuya aplicación será nula y de cuya inadecuación se suele ser absolutamente consciente. Un ejemplo puede verse en el artículo 160 del Código Pena español: *“La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años”*. Obviamente, la creación de un peligro concreto de exterminio de la especie humana habría de recibir otra respuesta. Lo que no parece tener mayor importancia, dadas las nulas posibilidades que tiene el precepto de ser aplicado jamás.

En otros supuestos, la huida al Derecho penal se produce, con grave quebranto del principio de prohibición de exceso, para frenar fenómenos que se dan en la vida social y que comportan una trasmutación social de valores. Si el Derecho penal no es instrumento adecuado para imponer valores nuevos –antes hablamos de su carácter conservador y de su inadecuación como “arma revolucionaria”– aún en menor medida es admisible su utilización al servicio de valores periclitados y con la finalidad de frenar la evolución de la sociedad. Baste con referirnos a dos supuestos paradigmáticos: la punición de la ocupación pacífica de viviendas (art.245.2) o del incumplimiento del servicio militar obligatorio (art. 604), o de la prestación social sustitutoria (arts. 527 y 528, pomposamente situados entre los delitos contra la Constitución), que prevén penas de prisión y de inhabilitación de tal duración que sus propios formuladores denominaron “muerte civil”. Todo ello por no referirnos a la política penal en materia de drogas o de la penalización del ejercicio efectivo del derecho a disponer de la propia vida.

Debe insistirse en que, en ocasiones, el recurso al Derecho penal se convierte en una apariencia que esconde la práctica de una política general totalmente opuesta. Se trata de hacer aparecer como asumidos unos valores que en realidad se rechazan y hasta se niegan con hechos incontrovertibles. Así, ha podido decir Landa Gorostiza, muy recientemente y con referencia a la regulación penal de la discriminación racial y xenófoba (arts. 510 y sgs.): «Contrasta una política criminal tan activa y afanada por la protección y reforzamiento del principio de igualdad y de respeto por la “diferencia”, con una regulación jurídica, no penal, respecto del “inmigrante económico”, y del extranjero en general (legislación de extranjería), de signo restrictivo. Por ello, a pesar de la apariencia, la política penal se revela como una coartada ideológica encubridora y favorecedora de la lógica de exclusión que subyace a las políticas restrictivas frente al inmigrante y extranjero./ La política criminal despliega, contra la apariencia de preocupación real por el problema racista

y xenófobo y una actuación diligente en consecuencia, una función de cobertura y legitimación del discurso oficial que impregna las políticas restrictivas contra el inmigrante. En primer lugar, da la apariencia de que efectivamente se combate el racismo y la xenofobia, oscureciendo la actuación de extranjería sometida a la lógica de la exclusión. Pareciera como si las instancias oficiales realmente estuvieran empeñadas en combatir esta lacra, pasando a un segundo plano su actuación de exclusión y rechazo institucional al extranjero. En segundo lugar, contribuye a consolidar la identificación del racismo y la xenofobia con sus manifestaciones más extremas y simbólicas: racismo es aniquilar al extranjero, no excluirle a él o a otras minorías. En tercer lugar, transmite el mensaje a la población de que, efectivamente, debe haber “rebrotado” el racismo y la xenofobia –más extremas– en cuanto que se precisa legislar penalmente para incriminar su rechazo violento. En definitiva, favorece el discurso “preventivo” que apela a la necesidad de “parar” la inmigración para evitar su rechazo social./ Por último, las propias características de la ley penal en esta materia –indeterminada, inefectiva y de difícil aplicación– la convierten en un claro ejemplo de legislación simbólica, de suerte que el mensaje que en principio se envía a la población, tanto para tranquilizar a la opinión pública, como para subrayar la gravedad de este tipo de conductas, se puede acabar volviendo en contra, ya que la no aplicación efectiva de la ley conlleva la deslegitimación del sistema penal y un “contra-efecto simbólico” (negativo) al frustrarse las expectativas preventivas que se suscitaron. Con otras palabras, lo que en principio quería ser un mensaje claro de rechazo al racismo puede acabar convirtiéndose en una auténtica “palmada en la espalda” para los racistas y xenófobos en forma de impunidad.» (Landa Gorostiza, J.: La intervención penal frente a la xenofobia. T.Doct. inédita, Donostia-San Sebastián, abril 1.998, p. 757 y 800).

En definitiva, todo abuso del Derecho penal y, de manera específica, el recurso al llamado Derecho penal simbólico constituye algo que me parece más grave que cualquier otra cosa: la “banalización” de la libertad.

3. Ya hemos señalado que el Derecho penal es un instrumento político-criminal. Eso quiere decir que la ley puede ser utilizada, no sólo para prohibir y punir las conductas, sino, a veces, también como una especie de instrumento negociador que tiende a promocionar determinados comportamientos postdelictivos que vengán, bien a paliar los efectos que el delito pueda comportar al bien jurídico, bien a colaborar con la Justicia en el desenmascaramiento de bandas organizadas o, en todo caso a evitar la comisión de nuevas acciones delictivas.

No es momento ni lugar para que afrontemos un análisis dogmático de la punibilidad como elemento del delito o como nota conceptual del mismo.

Lo cierto es que el Código contiene determinadas previsiones, en virtud de cuya concurrencia, y pese a haberse completado la figura delictiva, no se impone pena alguna o se rebaja la que correspondería de no haber concurrido. Así, el art. 268 prevé la no imposición de la pena correspondiente a determinados delitos no violentos contra el patrimonio cuando existe una vinculación familiar entre autor y víctima.

Pero las que ahora nos importan son aquéllas que exigen del sujeto un comportamiento activo postdelictivo: las excusas absolutorias o, en menor grado, las semiexcusas. Es discutible, aunque, en mi opinión, compartible, que las circunstancias atenuantes 4ª y 5ª del art. 21 puedan tener esta naturaleza. Suponen una atenuación de la pena para quien se confiesa culpable antes de iniciarse el procedimiento contra él, y para quien proceda a reparar el daño ocasionado a la víctima.

El Código prevé también la no imposición de la pena –su remisión–, en determinados supuestos recogidos en la Parte Especial. En algún caso, como en el delito de rebelión, se trata de no castigar un delito de los denominados “de resultado cortado”, o de consumación anticipada, en los que se ha adelantado la barrera de protección del bien jurídico, sencillamente porque no es posible esperar a la efectiva lesión del mismo. Así, afirma el art. 480 del CP:”1. *Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.*/2. *A los meros ejecutores que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena de prisión inferior en un grado. La misma pena se impondrá si los rebeldes se disolvieran o sometieran a la autoridad legítima antes de la intimación o a consecuencia de ella*”. Pese a que el delito se considera consumado desde que se inicia la conducta, la Ley prefiere dar más oportunidades a quien se está alzando, para que deponga su actitud, favoreciendo con ello evitar la consecuencia definitiva buscada por el autor. La cuestión parece, en este caso, meridianamente lógica.

Pero quizá ya no lo es tanto cuando estamos ante un delito perfectamente consumado. Es cierto que proceder a la reparación es algo deseable y que puede y debe ser favorecido por la ley. Pero también que el bien jurídico ya ha sido lesionado. Particularmente gráfico resulta el art. 305.4 –delito contra la Hacienda Pública– y, paralelamente, el 307.3 –delito contra la Seguridad Social–: “*Quedará exento de responsabilidad penal el quien regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a las que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, o el representante procesal de la*

Administración Autonómica, Foral o Local de que se trate, interponga que-rella o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias./ La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria". Es verdad que con la previsión de la excusa puede conseguirse la regularización tributaria y, por tanto, un beneficio para el erario público, que es el objeto de protección. También lo es, que la norma prevé que tal regularización se produzca con anterioridad a que el sujeto tenga conocimiento de la persecución penal. Pero a nadie se le puede escapar que, en la práctica, la regularización va a ser objeto de negociación entre la Administración Tributaria y el contribuyente que ha cometido un delito fiscal. Y que tal posibilidad es conocida con anterioridad a la comisión del delito. Eso puede, sin duda, afectar a la intimidación de la pena, a su efecto contramotivador o, si se prefiere, a la prevención general. En definitiva: los ciudadanos saben que no siempre que defrauden, y sean detectados, van a recibir la pena correspondiente al delito, pues bastará con que regularicen, posteriormente y sólo en el hipotético caso de que efectivamente sean descubiertos, su situación, para evitar todo castigo. La cuestión resulta ciertamente discutible, pues, más que ante una excusa, estamos ante una puerta de salida hacia la impunidad de los delitos contra la Hacienda Pública.

Aún mayor trascendencia, especialmente en el Derecho penal italiano, tienen las excusas absolutorias cuando se refieren a la criminalidad organizada y, concretamente, los delitos de narcotráfico, terrorismo y la delincuencia mafiosa. Es el caso de los denominados "*pentiti*" o arrepentidos que, tras haber cometido hechos delictivos los confiesan a la autoridad, delatan a sus compañeros, y facilitan información tendente a evitar la comisión de nuevos hechos. En nuestro Ordenamiento, el viejo Código Penal preveía la remisión total de la pena, en los delitos de tráfico de drogas y terrorismo. El nuevo Código de 1.995 ha reducido muy considerablemente los efectos, pues los ha limitado a los de una semi-excusa. (arts. 376 y 579). Transcribo éste último: "*En los delitos previstos en esta Sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o cap-*

tura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”.

El debate en torno a las ventajas e inconvenientes que tiene la figura está servido. Basada en la “cultura de la delación”, puede convertirse en un instrumento de primer orden para minar la delincuencia organizada. Pero puede ser dudoso que resulte adecuado que el Estado de Derecho penetre en el mundo criminal hasta copiar su metodología. Sólo en el terreno de los efectos, la figura puede generar los correspondientes anticuerpos: las organizaciones evitarán que sus miembros posean más información de la estrictamente necesaria para desempeñar el papel que les corresponda, distribuirán ésta, y tendrán previstas actuaciones alternativas para cuando sean detenidos sus miembros. Incluso, es probable que lleguen a pretender la eliminación física de aquellos miembros que puedan resultar sospechosos de debilidad. De cualquier manera, la institución ha sido muy cuestionada.

Como ya hemos visto, en el Código Penal español sus efectos han sido muy limitados. Pero a ello hay que añadir un aspecto muy importante. Los *pentiti* o, si se prefiere, la delación, cobra una gran importancia durante la instrucción. Es en ese momento procesal donde pueden obtenerse muchas más informaciones importantes, tanto para la averiguación de los hechos pasados como para la evitación de los futuros. Y el hecho de que quien instruya sea el Ministerio Fiscal permite una unidad en tal instrucción que no puede conseguirse de otro modo. La Fiscalía realiza la instrucción, con unidad de método, de todos los delitos. Y puede relacionar unos procedimientos con otros. Así, al arrepentido se le puede ofrecer la rebaja o la remisión de la pena en un procedimiento, a cambio de que facilite información sobre las actividades de la organización, aun las referidas a otros delitos. Eso sí permite llegar a obtener la información necesaria. En España, en cambio, instruye el Juez. Y no existe comunicación alguna entre procedimientos diferentes. Si a eso añadimos que el Juez de Instrucción no acusa ni es parte en el proceso, nada puede ofrecer. Y el Tribunal juzgador todavía tiene menos intervención –no tiene ninguna– en los procedimientos de los que no conoce. Por tanto, la semi-excusa sólo tiene una utilidad reducidísima: afecta exclusivamente al procedimiento concreto de que se trate. Salvo que la delación se produzca en el transcurso del juicio oral, lo que le hará perder toda su virtualidad y eficacia. En resumen: estamos ante una institución que tan sólo despliega sus virtuales efectos en el ámbito de la instrucción y que exige que ésta sea unitaria, lo que tan sólo puede suceder si es atribuida al Ministerio Fiscal. Ni siquiera la existencia de un Tribunal específico, si no se le quiere llamar especial, como la Audiencia Nacional, logra salvar el inconveniente, pues la instrucción está atribuida a los distintos Jueces Centrales que, como

se ha puesto suficientemente de relieve recientemente, no siempre operan con unidad de criterio.

Importa también reseñar cual sea el valor que pueda concederse a las declaraciones de coimputados en el proceso. No parece haber duda alguna de que poseen valor, y que pueden contribuir muy eficazmente a la reconstrucción de la verdad por parte del Tribunal. Ningún problema se plantea cuando han conducido a dicha reconstrucción, a través de la comprobación cierta, por la concurrencia de otras pruebas o por la confirmación de su objeto por cualquier otra vía. Mayores problemas se plantean, sin embargo, cuando la declaración es la única prueba de cargo existente. Recuérdese que la delación proporciona al sujeto claras ventajas procesales y penales. Y que, en nuestro Derecho, aunque la cuestión sea muy matizable, no resulta descabellado hablar del reconocimiento de un cierto “derecho a mentir” al imputado: Al menos, su mentira carece de consecuencias negativas de ningún tipo, no se le pide juramento de verdad alguno y, por consiguiente, no puede incurrir en falso testimonio. Puede callar, o declarar parcialmente sólo cuanto le beneficie. Puede, en suma, inventar. Por eso, su declaración no puede, en modo alguno, bastar para destruir por sí sola ninguna presunción de inocencia. Olvidar eso es abandonar los más elementales principios del Estado de Derecho.

La institución no despierta demasiadas simpatías. Pero eso no puede resultar determinante para su aceptación, Puede ser útil, aunque en nuestro sistema, donde continúan sin delimitarse adecuadamente los papeles de Jueces y Fiscales en el proceso, sus efectos resultan muy limitados. Lo importante, en cualquier caso, es que no signifique merma alguna de las garantías individuales y de la presunción de inocencia.

4. Ello obliga a considerar algún aspecto importante. Si, como hemos visto, las declaraciones de coimputados arrepentidos cobran su mayor importancia en la fase de instrucción y esta fase, en el procedimiento criminal español, reviste caracteres claramente inquisitoriales, –pese a que las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, especialmente las introducidas a través de la Ley del Tribunal del Jurado, han pretendido dotarle de un carácter más acusatorio–, existe un riesgo grave de que las garantías no sean respetadas. El Juez que instruye no puede salvaguardar la limpieza de un procedimiento en el que, preséntese como se quiera presentar, es el más interesado: se ha convertido en parte y, aunque formalmente no acusa sino que eleva y, en su caso, abre juicio, su función de instructor le dota de un poder omnímodo sobre la situación procesal de cualquier ciudadano. El Juez de Instrucción no sólo decreta prisiones y libertades, sino que puede convertir en imputado a cualquier testigo y decidir después sobre su libertad y sobre su patrimonio, pues de él depende la imposición o no de fianzas. Pues bien,

la delación del coimputado puede ser espontánea o inducida, en su mera existencia o en su contenido, y de ella puede depender la decisión judicial. Es ahí justamente donde deberían acentuarse las garantías. Y es ahí justamente donde nuestro sistema falla estrepitosamente.

5. Hay otras muchas cuestiones, relacionadas con la construcción de la impunidad a través de la banalización de la legalidad a las que podríamos referirnos. Desde los planteamientos procesales, a veces excesivamente formalizados, al aprovechamiento de instituciones como la prescripción. O, simplemente, aprovechando las garantías propias del Derecho penal a las que nos referimos con cierta extensión al comienzo. Pero todo ello me parece un precio que hay que pagar. Y además, hay que hacerlo a gusto. Quisiera acabar con unas palabras que mi compañero y maestro, el Prof. Vives Antón, utilizaba en un estudio sobre las paradojas de las libertades, sobre sus conflictos y sus abusos, señalando como “la libertad, que suele resistir vigorosamente los ataques del poder, apenas sabe defenderse de sí misma”. “Sin embargo, el Estado democrático de Derecho —esto es, el sistema total de las libertades— ha de ser postulado como absolutamente válido frente a cualquier otro tipo de gobierno, aunque sólo sea porque es el único legítimo. *En él* la libertad resulta siempre incómoda, difícil, insegura; puede, a veces, exasperarnos y hasta hacernos desesperar; pero *fuera de él*, es decir, allí donde la libertad se acaba, la *comunidad* política desaparece y la vida social pierde todo valor”. (Vives Antón, T.S.: La libertad como pretexto. Valencia, 1995, pág. 413).