

DOCTRINA

LA DISTORSIÓN DEL SISTEMA PENAL*

Prof. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense, Madrid.

1. Decía GIACOMO DELITALA¹: *“La verità è che la crisi del diritto penale era già in atto prima dell'avvento della dittatura, ed il ricorso alla forza non à servito che a nasconderne i sintomi. Tanto è vero che, scomparse la dittatura, la crisi è splosa con i medessimi sintomi e nelle medessimi direttrici dell'altro dopoguerra. Segno che la dittatura non l'avevo risolta; che l'ordine non era della istituzione, ma imposto alla istituzione; apparente ed effimero perché fruto di violenza”*. Este patético testimonio de un eximio jurista da fe de la prolongada crisis en que las utopías y el seudocientificismo han sumido al derecho penal en cuanto parte integrante del total ordenamiento jurídico.

Uno de los síntomas más claros de esa crisis es la continua distorsión del sistema penal cuyos rasgos generales intentaré poner de manifiesto. El efecto de ella es, no solo un aumento de la cifra negra de la criminalidad, sino una desorientación del legislador que pretende atajar el incremento de los delitos que quedan impunes con incesantes y en ocasiones contradictorias modificaciones legales. La febril actividad legislativa no consigue, sin embargo, poner coto a la general ineficacia del derecho penal material.

La distorsión afecta tanto al plano real como al normativo que, sin conseguirlo, trata de acompasarse a las mutaciones sobrevenidas. El análisis que sigue obra con respecto a la realidad española, mas los datos que se manejan pueden extenderse, *servata distantia*, al resto del mundo occidental, si bien, como es obvio, en algunos países los fenómenos pueden ser más acentuados que en otros.

2. Tomamos como punto de referencia las diligencias previas instruidas, que reflejan las cifras de los delitos que han motivado una actuación judicial. Esta cifra es ciertamente mayor, como es natural, que el total de los delitos y faltas apreciados en sentencias condenatorias, ya que gran parte de dichas diligencias se archivan por múltiples motivos. El número de diligencias previas instruidas en 1950 fue de 102.047, en 1960 de 122.755², en 1971 se eleva-

* Escrito para el libro que en homenaje a GIACOMO DELITALA se va a publicar en Italia.

¹ GIACOMO DELITALA, “La crisi del diritto nella società contemporanea”, en *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, Giuffrè, II, 630.

² Cf. JAVIER MOSTAZA, en *Comentario sociológico. Estructura social de España 1973-7*, núms. 4-5 (dic.1973-marzo 1974), pág. 796.

ron a 237.299 y pasaron en 1980 a 637.074³. En treinta años las cifras se han multiplicado por seis. Estadísticamente, los homicidios⁴ pasaron de 18 en 1971 a 243 en 1980. En el mismo decenio los abortos ascienden de 99 a 169, las lesiones de 11.663 a 29.590, los delitos de auxilio e inducción al suicidio de 1.141 a 2.181, los cometidos contra la honestidad de 1.764 a 4.668, los robos⁵ de 40.148 a 186.031, los hurtos de 31.751 a 81.354, las estafas de 4.628 a 9.950⁶, los delitos de emisión de cheques en descubierto de 3.175 a 12.146⁷.

He elegido este grupo de delitos por considerarlos demostrativos del aumento de lo que se denomina agresividad, así como del menosprecio de la propiedad ajena. Entre los delitos contra la honestidad se destaca un predominio de las violaciones⁸. Puede estimarse que las cifras relativas a los delitos de homicidio recogen con exactitud el número de los cometidos. No ocurre igual con los demás grupos. Así, por ejemplo, en los abortos criminales la cifra negra se calcula ponderadamente entre 70.000 y 100.000 por año⁹. Es decir, la estadística, aparte de la tendencia general ascendente, no revela ni siquiera con aproximación las directrices de la criminalidad.

El exorbitante aumento de los delitos contra la propiedad no es más que una pálida imagen de lo que ocurre, porque la pérdida de la confianza en la administración de justicia conduce a que la mayoría de las infracciones criminales contra el patrimonio no se denuncien. Es frecuente el caso en que el perjudicado presenta una denuncia y se le dice que la policía o los juzgados tienen cosas más importantes en qué ocuparse. Aparte de los muchos supuestos en los que el afectado ignora que ha sido víctima de un fraude y acepta resignadamente la pérdida sufrida como formando parte de su destino. Las razones que llevan a denunciar son de tipo secundario, como la de dejar constancia para efectos de percepción de un seguro, la de "curarse en salud" ante la posible comisión de infracciones de tráfico o de delitos dolosos o culposos con el vehículo de motor que ha sido sustraído o por la pérdida de documentos de identidad.

³ Véanse la *Memoria elevada al gobierno nacional en la solemne apertura de los tribunales el día 15 de setiembre de 1972*, Estado B 1, y la *Memoria elevada al gobierno de S.M. en la solemne apertura de los tribunales el día 15 de setiembre de 1981*, Estado B 1.

⁴ Bajo el epígrafe "homicidio" se comprenden el homicidio simple, el parricidio y el asesinato.

⁵ Abarca el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas que de ordinario, en el derecho comparado, es un hurto cualificado.

⁶ Nótese el gran volumen de estafas que no se incluyen aquí por ser sancionadas administrativamente como infracciones a la disciplina de mercados, aunque está fuera de toda duda que las defraudaciones en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que se entregan en virtud de un título obligatorio constituyen delito o falta de estafa según el art. 528 o 587, 3° del Código Penal español. Las autoridades o tribunales administrativos no deducen jamás el tanto de culpa a los tribunales penales como es preceptivo.

⁷ Las cifras precedentes han sido tomadas de las *Memorias* citadas *supra*, nota 3.

⁸ La aparición de violaciones en grupo se suma a las violaciones en general, al tiempo que se debilita la energía en perseguir los delitos relativos a la prostitución (los grandes rotativos la favorecen a diario con anuncios de "masajistas") y han desaparecido prácticamente del mapa penal los delitos de estupro y rapto consentido. Cfr. *Comentario sociológico*, núms. 35-36, julio-diciembre 1981, vol. II, pág. 572.

⁹ Véase a JOSÉ MARÍA DELEYTO, "El aborto en España. Estudio estadístico sobre la interrupción del embarazo en nuestro país", en *Tribuna Médica*, núm. 477 (1° diciembre de 1972).

El tráfico de drogas merece una mención singular. En 1976 fueron detenidas por tenencia y tráfico de estupefacientes 3.354 personas; en 1980 fueron 9.166. Es importante advertir que "según los expertos judiciales y policiales en la materia *solo se controla un 10 por 100 del tráfico clandestino real*"¹⁰. Los robos en oficinas de farmacia para procurarse drogas pasaron de 60 en 1976 a 1.495 en 1980¹¹. La *Memoria* de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 1980 afirma que un 80 por 100 de la población reclusa se droga¹². Alrededor de las drogas proliferan todas las formas de delincuencia, entre las que hay que incluir desde el tráfico de recetas¹³ hasta el asesinato de los que tratan de romper la "ley del silencio".

3. Para DELITALA¹⁴ la explosión de delitos es acaso el menos grave de los síntomas de la crisis del Estado, aunque pienso que su significación no debe ser minimizada como tampoco la impotencia de los poderes públicos que revela. La gran convulsión que significó nuestra trágica guerra civil fue anunciada en los meses que la precedieron por un brusco aumento de la criminalidad, delatora de una absoluta falta de respeto a la ley que los elementos moderados del gobierno eran incapaces de imponer a sus propios partidarios.

Mas, aun admitiendo con DELITALA que la verdadera crisis se abre "*quando la rebellione è intesa come giustizia, come una forma di lotta per un nuovo diritto*", la situación es alarmante porque el número de los delitos contra la seguridad interior del Estado pasó de 2.275 en 1971 a 6.865 en 1980. También aquí la cifra negra es considerable. La prensa periódica muestra repetidas noticias de graves tumultos y desórdenes públicos sin que los protagonistas sean detenidos o, si se los detiene, son puestos casi inmediatamente en libertad. Incluso ocurre que cuenten con la complacencia o la pasividad más absoluta de las fuerzas de seguridad. El ejemplo más significativo en el aspecto internacional lo ofrecen los agricultores franceses volcando y quemando camiones de transporte españoles o italianos con el beneplácito y a veces la protección de las autoridades francesas.

4. El desprecio más completo por la ley penal culmina con el fenómeno del llamado "terrorismo"¹⁵: No debe desconocerse su complejidad. Hay un terrorismo estatal, ejercido desde la propia ley o por medio de "grupos incontrolados" o "policías paralelas" que actúan desde dentro del propio organismo del Estado o sabiendo de antemano que este cerrará los ojos ante los crímenes más horrendos aunque se cometan con la abierta participación de las fuerzas de seguridad estatales. Hay un terrorismo "social" que pretende mejoras para las clases más necesitadas y oprimidas. Hay un terrorismo "político" de variados signos, aunque predomina, con apoyo de la URSS y otros países del área mar-

¹⁰ Cfr. *Comentario sociológico*, núms. 35-36, julio-diciembre 1981, vol. II, pág. 575.

¹¹ Cfr. *Comentario sociológico*, núms. 35-36, julio-diciembre 1981, vol. II, pág. 576.

¹² Cfr. *Comentario sociológico*, núms. 35-36, julio-diciembre 1981, vol. II, pág. 629.

¹³ Cfr. *Comentario sociológico*, núms. 35-36, julio-diciembre 1981, vol. II, pág. 650.

¹⁴ GIACOMO DELITALA, *loc. cit.*, 634.

¹⁵ Véase a LESTER A. SOBEL, *Political Terrorism*, vol. 1, Clío Press, Oxford, 1975; vol. II, 1974-78, Clío Press, Oxford, 1978, con la colaboración de diversos autores.

xista¹⁶, el terrorismo de grupos revolucionarios de izquierda que buscan la transformación violenta de las formas políticas acudiendo a las "guerrillas" o "comandos" que no vacilan en asesinar, robar, torturar, secuestrar o capturar rehenes.

La más importante nota diferenciadora respecto a la criminalidad ordinaria es, sin duda, la jactancia, la reivindicación de la paternidad del delito cometido en lugar de ocultarla. Los medios de comunicación social multiplican de este modo el efecto intimidatorio consiguiendo mediante la concentración de noticias una resonancia que no lograrían de otra manera¹⁷. Una serie de asesinatos de personas sin relieve encuentran su única razón de ser en el prurito de que se publique la noticia amedrentadora. Una poderosa orquesta internacional apoya la acción de grupos minúsculos otorgándoles unas dimensiones de las que carecen. La impaciencia revolucionaria relega a un segundo término el adoctrinamiento para hacer pasar a un primer plano la acción. La ideología, piensan, vendrá después. Tras el ingreso en los grupos que actúan, la salida es prácticamente imposible. El que ha entrado en la organización, aunque fuera en los escalones más bajos, será tratado como traidor y ejecutado sumariamente si da signos de arrepentimiento. Algunas organizaciones, como los "montoneros" en la Argentina, llegan a disponer de armamento semipesado y dictan auténticos códigos penales para mantener la disciplina interna.

El coronel de infantería ANDRÉS CASSINELLO PÉREZ, en su estudio fechado el 1º de mayo de 1982 sobre "E.T.A. y el problema vasco", proporciona los datos más completos disponibles hasta hoy sobre las actividades de esta organización¹⁸. Desde que el 7 de junio de 1968 dieron muerte a un guardia civil hasta el 1º de mayo de 1982, en números absolutos hubo 349 asesinados y 492 heridos que "pueden descomponerse de la siguiente forma: guardias civiles 103 y 121; policías nacionales 37 y 80; cuerpo superior de policía 25 y 11; militares, exceptuando la guardia civil, 32 y 7; y finalmente, paisanos 152 y 273 respectivamente". Durante este periodo "64 terroristas fueron muertos, de los cuales 41 lo fueron en enfrentamientos, 2 ejecutados, 12 en acciones de incontrolados y 9 en accidente sufrido por ellos mismos".

La escalada de ETA se inicia en 1974. Antes había causado siete muertes. En 1974 y 1975 los asesinatos se elevan a 35 y de 1976 a 1982 son 305. Obsérvese cómo, a pesar de que el número de efectivos armados se calcula en unos doscientos hombres, "divididos en unos 20 o 30 de plena dedicación (ilegales) y el resto de dedicación ocasional (legales)", se supone que una asociación criminal de este tipo, sujeta a una constante sangría por las continuas deten-

¹⁶ Véase a BRIAN CROZIER, "Soviet support for international terrorism", y "Arab support for terrorism", en *International Terrorism: Challenge and Response. Proceeding of the Jerusalem Conference on International Terrorism* (2-5 julio 1975), The Jonathan Institute, Jerusalén, 1980, págs. 64 y ss. y 73 y ss.

¹⁷ Véase *International Terrorism* cit., págs. 221 y ss.

¹⁸ Véase a ANDRÉS CASSINELLO PÉREZ, *E.T.A. y el problema vasco*, comunicación al Seminario sobre Terrorismo Internacional (Madrid, 10-12 junio 1982) organizado por el Instituto de Cuestiones Internacionales (no publicado). Las cifras que se dan a continuación han sido tomadas de este trabajo. Las siglas E.T.A. (*Euscadi ta Askatasuna*), significa "País Vasco y Libertad".

ciones, implica la existencia de una organización de apoyo estimada por encima de las 150.000 personas. La impotencia del Estado para imponer el cumplimiento de las leyes obedece a diversas manifestaciones. La más llamativa me parece que es la exacción del llamado "impuesto revolucionario". Son pocas personas las que se resisten a pagarlo, porque se exponen a sanciones que van desde el asesinato, al tiro en la rodilla o a un prolongado secuestro, hasta ahora llevados a cabo con insolencia e impunidad. Un segundo exponente es la inhibición ciudadana. Quienes presencian un secuestro o un asesinato no se atreven a intervenir para evitarlo por temor a la hipotética presencia de comandos que protejan a los ejecutores. Se ha perdido en el país vasco la espontaneidad y se ocultan las ideas ante la posibilidad de que el interlocutor sea un confidente de la ETA. Hay un retraimiento en los testigos, de cuya falta de colaboración con la administración de justicia se lamenta el fiscal general del Estado¹⁹. Sin embargo, tal actitud es fácilmente explicable, pues la represalia es segura; la ausencia de protección una vez terminado el proceso es absoluta, un proceso que concluye en la mayoría de los casos con sentencia absolutoria o imponiendo una condena leve, mientras que la organización criminal no olvida y está siempre presente en la imaginación de los testigos.

Los autores de delitos atroces no se limitan a reivindicarlos para el grupo a que pertenecen. Cuando tienen que comparecer ante un tribunal niegan al Estado toda competencia para conocer de su caso, se niegan a responder a las preguntas y se proclaman prisioneros de guerra, manteniendo la más estricta disciplina incluso en los establecimientos penitenciarios. Encuentran abogados que secundan su actitud o se prestan a servir de enlaces para transmitir consignas e informaciones de unos detenidos a otros. Antes de la instauración del sistema político pluralista el pretexto era la lucha contra la "dictadura". Después se han arrojado cínicamente las máscaras renunciando a una pacífica confrontación electoral perdida de antemano.

5. La distorsión del sistema penal se ajusta dentro del marco de la crisis aguda del derecho punitivo de cuyos índices más notorios queda hecho mérito. La dinámica del sistema se inicia con la actividad policiaca que suministra la base para el proceso, a cuyo final, tras aplicar la ley, el condenado a sufrir una pena privativa de libertad es puesto en manos de la administración penitenciaria para que cumpla la pena impuesta. Hago caso omiso de las restantes clases de penas porque la pena privativa de libertad, pese a los múltiples sustitutivos ideados y a la multiplicidad de otras sanciones penales, sigue constituyendo el núcleo principal de nuestro repertorio sancionador, la manera más enérgica de reprobar las conductas delictivas y, en último término, la pena que se aplica cuando cualquiera otra clase de penas son quebrantadas.

El sistema ha de tener por objeto la efectiva aplicación del derecho penal material. Distorsión equivale a dislocación, falta de penetración entre los

¹⁹ La *Memoria del Fiscal General del Estado* correspondiente a 1981, 148, señala "la casi total abstención ciudadana en orden a colaborar con la administración de justicia en calidad de testigos".

distintos elementos que lo integran, a que cada uno de los factores que intervienen en la aplicación de la ley se independice y desconecte de los demás, supervalorando sus funciones en lugar de subordinarse al objetivo común a todos ellos de evitar que queden impunes los delitos cometidos. Si la policía o los funcionarios de prisiones se subrogan en el papel reservado de modo exclusivo al juez; si este, al imponer una pena es incapaz de calcular de antemano cuál es la sanción que en realidad impone, o abdica en los cuerpos de seguridad del Estado la tarea, por demás penosa, que le está atribuida, estamos ante una degeneración del sistema penal en la medida en que el poder legislativo entra en una vía muerta desde el momento en que sus previsiones no se cumplen.

La distorsión, aparte de una radical desconfianza en la administración de justicia, genera entre otros males una particular corrupción. El que ha cometido un delito o falta se transforma en una víctima del azar en lo que a las consecuencias de la acción realizada se refiere, que no deberían ser otras que la pena que la ley señala. Es un "chivo expiatorio" elegido entre mil para ser inmolado en aras de un orden jurídico debilitado por su desigual aplicación. La creciente distorsión del sistema facilita que se generalicen prácticas viciosas cuando no criminales. Detenciones arbitrarias, escandalosas absoluciones, incumplimiento de los fines de la pena. En suma, descrédito de un Estado incapaz de arbitrar otros remedios que la incesante proliferación de disposiciones legislativas inútiles.

6. Para ser respetada la ley demanda la cooperación de múltiples personas. Abstracción hecha de los ciudadanos, sin cuyo apoyo se convierte en letra muerta, sobresalen los funcionarios a quienes se encomiendan tareas policiales, judiciales o penitenciarias. A la policía se le confía la búsqueda y captura de los delincuentes, a los jueces la decisión, previo un proceso, sobre si se ha infringido o no la norma, a los funcionarios de prisiones se les pide que velen por el cumplimiento de la condena. Su grado de preparación es muy distinto. Los cuerpos de seguridad requieren conocimientos de criminalística y entrenamiento físico, sin precisar estudios en una facultad de derecho. Los jueces han de tener una formación jurídica —salvo que sean escabinos o jurados— y, en España, se seleccionan mediante una dura oposición seguida de estudios en la Escuela Judicial. Los funcionarios de prisiones se reclutan por medio de oposición y han de seguir después unos cursos en la Escuela de Estudios Penitenciarios, mas no se les pide el título de Licenciado en Derecho.

Las exigencias que se plantean a cada uno de los estamentos referidos se han alterado por el continuo incremento espectacular de la criminalidad, frente al cual quedan constantemente rezagados los medios destinados a combatirla. La saturación a que hay que hacer frente en los tres planos, policial, judicial y penitenciario, ha originado un paulatino y evidente desplazamiento de los fines asignados a cada uno de los elementos que integran el sistema, desconectando la esfera judicial de las otras dos.

La policía se dedica con preferencia a dar custodia a las personas que se supone corren mayor peligro por su *status* político²⁰ y a recoger pacientemente información sobre proyectos de posibles hechos delictivos²¹, sin reparar muchas veces en los medios. Usa confidentes, agentes provocadores y, por qué no decirlo, formas más o menos sofisticadas de tortura ante las que la sociedad y el Estado cierran los ojos si se ven coronadas por el descubrimiento de un arsenal de armas y explosivos o conducen a la detención de peligrosos delincuentes. Esto la obliga a seleccionar entre los delitos que llegan a su conocimiento los de mayor gravedad y a concentrar su actividad en aquellos que tienen mayor trascendencia en la opinión pública, como asesinatos, secuestros, robos a mano armada, gran tráfico de drogas, depósitos de armas o municiones, etc. Los delitos de menor cuantía a sus ojos, como los hurtos, daños²², estafas²³, apropiaciones indebidas, e incluso algunos como el espionaje que prolifera por doquier, pasan a un segundo término y no solo quedan archivados, sino que se recomienda al denunciante, si lo hay, que "no insista porque no va a conseguir nada". Cuando se acude a la policía para contener disturbios provocados por manifestaciones legales o ilegales que se transforman en alteraciones del orden público, se limita a emplear la fuerza en lugar de detener a los que levantan las barricadas o incendian vehículos, por no hablar de los meros asistentes a una manifestación criminal, y ponerlos a disposición de la autoridad judicial. A ello se añade que cuando hay que proceder a la detención de "sospechosos" de haber cometido determinado delito, la selección se basa en criterios externos. La falta de aseo personal, los antecedentes penales o policiales por delitos anteriores²⁴ son criterios decisivos, sin tocar a los que ocupan una posición de apariencia respetable.

7. La administración de justicia, sobresaturada en las grandes ciudades, deja eternizarse los asuntos. En las prisiones, el número de personas que se hallan en situación de prisión preventiva iguala o sobrepasa al de los que cumplen condena²⁵. El tiempo medio de espera hasta que recae sentencia firme gira en torno a los dos años y medio²⁶, dándose casos de más de cuatro y

²⁰ Las rigurosas consignas que reciben impiden a los policías encargados de estas misiones atender a otros delitos, aunque se cometan en su presencia, ante la posibilidad de que tengan la finalidad de atraerlos para poder cometer un atentado.

²¹ Sin que al comprobar estos hechos se inicie un procedimiento penal que traduzca en condenas las informaciones recibidas. Obsérvese que en el derecho español la conspiración para delinquir es punible cualquiera que sea el delito de que se trate.

²² Para impulsar el procedimiento ha de concurrir una particular energía del perjudicado.

²³ El escandaloso tema de las repetidas estafas ha creado un clima de fraude generalizado y de indiferencia, pasividad y resignación que se refleja en el desplazamiento de las sanciones penales por las administrativas por "infracciones a la disciplina de mercado" que incluyen los fraudes en la sustancia, cantidad o calidad de los alimentos de que a diario son víctimas los consumidores.

²⁴ Cfr. ROBERTO BERGALLI, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980, pág. 261.

²⁵ Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE y VÍCTOR M. MORENO CARENA, *La prisión provisional en el derecho español, en La reforma penal y penitenciaria*. Universidad de Santiago de Compostela, 1980, 410 y ss. De los 10.463 reclusos existentes en 1978, había 6.100 entre procesados, detenidos, internados preventivamente por la ley de peligrosidad o con expediente en tramitación por infracciones administrativas. En 1980 el número de internos se elevó a 16.012 personas, de las que el 62.13 por 100 eran preventivos (pág. 430).

²⁶ Según se deduce de los datos individualizados que aportan MUÑOZ CONDE y MORENO CARENA, *loc. cit.*, de fuentes oficiales.

cinco años. Los jueces son impotentes para remediar tal estado de cosas. Baste indicar que en Madrid hay veinticuatro juzgados de instrucción y que cada día entran en el Juzgado de Guardia de seiscientos a ochocientos asuntos. Los medios de que disponen son ruines. El personal auxiliar, por ejemplo, es inferior en número, contra el más elemental sentido común, al de órganos jurisdiccionales, de tal modo que un auxiliar presta sus servicios en dos juzgados. La penuria de medios materiales es vergonzosa. A este prolongado deterioro de la situación se debe, con rarísimas excepciones, la ausencia de contacto con los inculpados. La iniciativa de la prueba queda en manos de las partes, transformando en la práctica el proceso penal de inquisitorio en declarativo. Las audiencias se simplifican, se conmina a las partes a la brevedad y se da la impresión de estar prejuzgando el fallo. Es normal un considerable retardo en notificar las sentencias²⁷. Al menos en las grandes ciudades, los jueces llegan tarde y se marchan pronto del juzgado. Cuando todo el tiempo sería poco para dedicarlo a su ingrata misión, se les encuentra en las más variadas comisiones o dedicados a la enseñanza en la Universidad estatal o en las privadas.

La estricta aplicación de la ley ha dejado de preocupar. No tengo noticia de que en los sumarios se realice una investigación sobre la personalidad del procesado, que el Código Penal obliga a tener en cuenta si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes. Ni tampoco sobre la situación económica del reo, que ha de ponderarse preceptivamente cuando se imponga una pena de multa. Lo peor, a mi modesto entender, es que al dictar sentencia el juez o el tribunal ignora cuál es la pena que en realidad impone, sujeta como está a las vicisitudes penitenciarias o al pésimo funcionamiento de los controles previstos para las penas que no sean privativas de libertad. Las cosas tienden a empeorar a corto plazo²⁸. Quizás la raíz del problema reside en que nadie desea un poder judicial fuerte, que no distinga colores políticos a la hora de enjuiciar un asesinato, un robo o un allanamiento de morada²⁹.

8. La superpoblación de las prisiones³⁰ está en el fondo de la desacreditada ideología del tratamiento a la que se aferran los penitenciaristas. Lo importante es vaciar las cárceles saturadas. Durante el Coloquio sobre *las nuevas*

²⁷ *Comentario Sociológico*, núms. 35-36, vol. II, 1981, pág. 625: "De todos es sabido que en algunos juzgados hay más de 200 sentencias pendientes de ejecución...". 28) Porque es imposible un drástico aumento de la noche a la mañana de jueces y funcionarios de prisiones preparados. Ni aumentar el número de establecimientos penitenciarios sin enojosos trámites administrativos.

²⁸ Cfr. *Comentario Sociológico*, núms. 35-36, vol. II, 1981, 625: "nuestra administración de justicia no funciona". La *Memoria del Consejo General del Poder Judicial* de 30 de mayo de 1981 afirmaba que "estamos llegando al colapso en la Administración de Justicia si no se acomete el problema ya".

²⁹ Consejo General del Poder Judicial, *Memoria*, 1982, pág. 29: "Las autoridades y funcionarios judiciales tienen conciencia de que la Administración de Justicia ha sido largamente desatendida por los restantes poderes públicos" y que trascurrido un año desde la Memoria anterior, "el servicio de la justicia sigue siendo desatendido" (pág. 30).

³⁰ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK, *La crisi della politica criminale* (trad. Maria Malerna), en *Metodologie e problemi fondamentali della riforma del Codice penale*, Nápoles, Jovene Editore, 1981, pág. 111, refiriéndose a los Estados Unidos, habla de que "nessuno crede più che sia rialzabile un'efficace risocializzazione nelle sovraffollate carceri americane, soprattutto nelle jails locali del tutto insufficienti a tal fine".

tendencias de la política criminal, organizado por la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria y celebrado en Siracusa del 15 al 19 de febrero de 1982, se rebasó el tema principal desplazado por la asistencia de numerosos directores de administraciones penitenciarias. Surgió un vivo debate sobre el tratamiento de los reclusos. Nadie, sin embargo, se atrevió a defender el sentido que se daba a la palabra hace unos decenios como método de transformar la personalidad del recluso. Todos insistieron, no obstante, en que había que hacer algo, que no llegó a concretarse con exactitud. Es la misma idea formulada en el Congreso de Londres de las Naciones Unidas en 1960, de "resocializar" al delincuente, y que se abandonó en el Congreso de Ginebra de 1975 al advertir algo tan obvio como que ha de contarse con la voluntad de cooperar por parte del sujeto a la resocialización, al igual que es imposible enseñar inglés al que no quiere aprenderlo. El mito de la resocialización³¹ sigue en pie, lo mismo que el del tratamiento nacido cuando se pensaba que el delito era una sociopatía cuyo paralelismo con la enfermedad somática inducía a adoptar remedios médicos para "curar" al autor del delito, a un enfermo social³². Pero en ninguna parte se han conseguido resultados positivos a pesar de que, si nos remontamos a los correccionalistas, esta dirección de pensamiento, con variados matices, viene impregnando la ciencia penitenciaria hace más de cien años.

Las administraciones penitenciarias se defienden alegando que jamás han dispuesto de los recursos necesarios para "tratar" a los reclusos, que carecen de equipos de especialistas y de establecimientos diversificados para obtener los resultados apetecidos. Mas es notable que Estados Unidos y Suecia, los dos países que han consagrado mayores esfuerzos para conseguir plasmar la idea del tratamiento, vivan momentos de gran escepticismo³³. Se disipan las nubes de conceptos utópicos para dejar paso a los hechos. Jamás ningún Estado, por grandes que sean sus recursos, dedicará sus preferencias a quienes infringen la ley cuando existen problemas como el paro, la inflación, las escuelas, etc., que tienen prioridad. Una mayor liberalidad con los grupos minoritarios ha llevado también en el mundo occidental a reconocer que el Estado carece de derecho a pedir que una persona modifique su escala de valores. Los valores estatales no pueden ser impuestos a nadie, que es en definitiva el fin del tratamiento cuando incide sobre la personalidad del recluso.

Hay conciencia de que vivimos en una sociedad injusta: yo diría que toda sociedad trae en sí un germen de injusticia, lo mismo que toda ley, por su carácter abstracto, no significa nunca más que una tosca aproximación al ideal de la justicia al descender al caso concreto donde nos encontramos con el misterio insondable del alma humana. Lo cierto es que, desde el punto de vista del tratamiento, hay delincuentes que no necesitan ser tratados, ni corregidos, readaptados o resocializados porque ya lo están; otros no pueden serlo por el arraigo de los hábitos adquiridos que los clasifican como incorregibles; y otros

³¹ Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, 1979.

³² Cfr. JESCHECK, *loc. cit.*, pág. 109.

³³ Véase a JESCHECK, *loc. cit.*

no quieren modificar su concepción del mundo, y que si lo modificaran, como en *La naranja mecánica*³⁴, quedarían indefensos al retornar al medio en que han de vivir una vez recobrada la libertad.

Sería necio, empero, subestimar la experiencia de los hombres que cotidianamente se encaran con los problemas de nuestras prisiones. Allí se encuentran con el producto del sistema, con las personas que les envían la policía y los jueces. Muchos son analfabetos, carecen de oficio, llevan una vida desordenada, pertenecen a familias deshechas. Pacientemente, heroicamente, una serie de abnegados funcionarios se esfuerzan por dignificar al recluso, enseñarle a leer y escribir, proporcionarle estudios y conocimientos que mejoren sus posibilidades al salir de la prisión³⁵. Inspira más compasión que furor.

La gran falacia del tratamiento estriba en obrar con un factor imprecisable como es el de la personalidad del delincuente. Prescindiendo de la vaguedad de esta etiqueta y de que la personalidad, en cualquier hipótesis, no es una magnitud fija sino variable a lo largo de la vida, condicionada por el ambiente, de manera que no es la misma en el momento que el sujeto comete el delito que mientras está en prisión provisional en espera del juicio o cumpliendo condena, ni cuando recupera la libertad, circunstancias todas que inciden en su mundo circundante. De sobra es conocido que el "buen preso", el que mejor se adapta al régimen de la prisión, es el delincuente habitual acostumbrado a frecuentarla, que sabe lo que se va a pedir de él para dejarle en paz y anticipar su liberación. El primario es el rebelde, el inadaptado, el que no responde al "tratamiento", expuesto a sanciones disciplinarias, por no hablar de las vejaciones a que se ve sometido por los malhechores endurecidos en cuyas manos está la vida de la prisión³⁶.

9. La realidad en España, frente a un mundo doctrinal y legal de fantasías, es penosa³⁷. Las cifras son elocuentes. Para una población reclusa media de más de 20.000 personas hay menos de 13.000 plazas³⁸. Los números no traducen, a pesar de todo, la situación. En una prisión recién inaugurada para

³⁴ Cfr. FRANCISCO BUENO ARÚS, *La ley penitenciaria y las cárceles españolas*, en *Razón y Fe*, núm. 1007, abril 1982, pág. 355.

³⁵ Según una encuesta realizada en 1980 en la prisión de Carabanchel (Madrid) entre 500 reclusos, los resultados fueron: hijos de obreros, 64%; de padres con profesiones liberales, 8,2%; de empleados 12%. Respecto a estudios la citada encuesta dio: estudios medios, 22,4%; de enseñanza general básica, 27%; primarios, 16,2% analfabetos 8,6%. *Comentario Sociológico*, núms. 35-36, vol. II, 1981, pág. 626.

³⁶ El director general de instituciones penitenciarias se lamentó recientemente de que "en una galería de Carabanchel hay 500 presos y 2 funcionarios" (*Pueblo*, de 8 de marzo de 1982). Sobran las glosas.

³⁷ El director general de instituciones penitenciarias manifestó a *El País* el 13 de noviembre de 1981: "La ley penitenciaria estaba muy alejada de la realidad española; es una ley muy ambiciosa. La realidad es muy diferente...". Los ambiciosos objetivos siguen sin cumplirse, aunque la ley data de 1979.

³⁸ Según FRANCISCO BUENO ARÚS, *loc. cit.*, 357, la población media reclusa española en 1975 era de 8.440 personas, en 1981 de 21.185, y al 1° de marzo de 1982 de 23.291. Pero el total de los que han pasado por una prisión en los mismos años, es superior a la media, a saber, 39.061 en 1975, 57.860 en 1980 y 59.817 al 1° de marzo de 1982. *Ibidem*.

doscientos jóvenes menores de veintiún años había quinientos internados y menos de una docena de funcionarios, lo que suscitó en setiembre de 1981 un motín con grandes destrozos. Hay cuatro funcionarios de prisiones por cada 100 reclusos cuando la media en Europa es de 26 por 100³⁹. Sobre especialistas, un botón de muestra: en la cárcel de Carabanchel había un equipo de una sicóloga, dos criminólogos, un pedagogo y un jefe de equipo para una población reclusa de 1.678 personas⁴⁰.

Si se buscan las verdaderas razones de la obstinada insistencia de los penitenciaristas en hallar sustitutivos de la pena de prisión, fomentar instituciones que reduzcan la duración de las condenas, graduar la ejecución por los "progresos" del delincuente en el camino de su rehabilitación, encontraremos dos fundamentales. La primera, vaciar, como sea, las prisiones, descargarlas del exceso de población reclusa, siempre superior a la capacidad física de albergue en condiciones regulares de vida. La segunda es poder mantener con los escasos efectivos personales de que se dispone un mínimo de disciplina carcelaria, indispensable en toda concentración humana. Una sanción que implica el retroceso de grado aleja las perspectivas de libertad, la concesión del traslado a una prisión abierta o de mínima seguridad supone ya *de facto* la libertad. Añádase que la inflación devora los presupuestos para alimentación de por sí escasos⁴¹. Todos los remedios son baldíos. La noria de la justicia sigue vaciando lenta e inexorablemente mayor cantidad de presos, pese a la condena condicional, la libertad condicional, los beneficios penitenciarios de toda clase, los permisos que circunstancialmente reducen la densidad penitenciaria, el aumento de penas de multa y penas no privativas de libertad. Las cifras crecen desacompañadamente mientras las plantillas de funcionarios permanecen fijas y los establecimientos, construidos para un número específico de internos y no para una población cuatro o cinco veces mayor, carecen de una elasticidad que no logra tampoco el ritmo de construcción de nuevas prisiones.

10. La legislación manifiesta una tendencia a consagrar la distorsión del sistema. La Constitución española de 1978, en su art. 55.2, admite que pueden suspenderse algunas garantías políticas "para personas determinadas, en relación con investigaciones correspondientes a la actuación de bandas o elementos terroristas". La ley orgánica 11 de 1980, de 1° de diciembre, al desarrollar este precepto constitucional concreta que las personas de que este trata "son aquellas que, presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen, organicen, ejecuten, cooperen o inciten de modo directo,

³⁹ Cfr. FRANCISCO BUENO ARÚS, *loc. cit.*, págs. 358 y ss.

⁴⁰ *El País*, de 13 de agosto de 1981.

⁴¹ *Comentario Sociológico*, núms. 35-36, vol. II, 1981, pág. 628: "La insuficiencia de las raciones alimentarias hace que se permita la entrada de paquetes de comida en las prisiones, en los que a veces se incluyen otras cosas, como drogas y armas". En una visita que realicé en el mes de julio de 1982 a la prisión "La Reforma" en San José de Costa Rica, un establecimiento modelo, pude comprobar los devastadores efectos de la inflación y los esfuerzos para paliarlos mediante cultivos y cría de animales estabulados.

a la realización de las acciones” que se especifican, “así como a quienes, una vez proyectadas, intentadas o cometidas las mismas, hiciesen su apología pública o encubriesen a los implicados en ellas”. Las acciones mencionadas (art. 1º, 2) son: “a) delitos contra la vida y la integridad física; b) detenciones ilegales bajo rescate o bajo cualquier otra condición y detenciones ilegales con simulación de funciones públicas; c) tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, transporte o suministro; d) coacciones, amenazas o extorsiones; e) incendios y otros estragos; f) delitos contra la seguridad exterior del Estado; y g) delitos directamente conexos con los anteriores y, en general, los que el Código Penal califique como terroristas”, aunque desde el 28 de diciembre de 1978 el *nomen iuris* de terrorismo ha desaparecido de la geografía penal.

Por esta vía se ha legalizado el que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado puedan prolongar la detención de los sospechosos hasta diez días, mantenerlos incomunicados por ese tiempo, penetrar en cualquier lugar o domicilio donde se suponga que se han refugiado y practicar en ellos registros sin previa autorización judicial, e intervenir las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas por un plazo de hasta tres meses prorrogables. Todo ello bajo un control judicial *a posteriori* y, eso sí, con obligación de indemnizar los posibles perjuicios dimanantes de errores⁴². Las dos coordenadas límites, el sospechoso y los delitos conexos, permiten extender estas excepcionales facultades policiales y no importa qué clase de personas y delitos.

11. La legislación penitenciaria, antes de modo solapado y ahora abierto, contradice lo que dispone el Código Penal que no se han tomado la molestia de modificar para mantener al menos una mínima concordancia. La llamada *redención de penas por el trabajo* se introdujo en 1937 para moderar las elevadas penas del Código de Justicia Militar y se incorporó al derecho común con la reforma de 1944, que estableció la equivalencia de un día por cada dos de trabajo (art. 100). Esa proporción no se ha respetado nunca, admitiendo redenciones “extraordinarias” por los más diversos motivos, como estar al lado de los funcionarios en momentos difíciles, donaciones de sangre, estudios, etc., e incluso, desde la reforma del reglamento de los servicios de prisiones de 1956 en 1977, a supuestos en que el penado no trabaja, lo que ha adquirido rango de legal con la ley orgánica general penitenciaria de 1979 que exceptúa (art. 29) de la obligación de trabajar a los sometidos a tratamiento médico, los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos, los mayores de 65 años, los perceptores de pensiones por jubilación, las mujeres embarazadas seis semanas antes y ocho después del alumbramiento, y a los internos que no lo puedan hacer por “razón de fuerza mayor”⁴³. Además admite a disfrutar de

⁴² Una relación de las reiteradas disposiciones españolas y del derecho comparado en FRANCISCO BUENO ARÚS, *Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo*, comunicación no publicada al Seminario sobre terrorismo internacional, celebrado en Madrid del 10 al 12 de julio de 1982.

⁴³ A causa de la falta de trabajo en las prisiones, FRANCISCO BUENO ARÚS da para los 21.181 de media de población reclusa en 1981 un número de 2.554 reclusos trabajadores. Sin comentarios.

este beneficio a los que se hallen en prisión preventiva y trabajen por su propia voluntad. Se burla el límite de seis meses y un día que establece el Código Penal en el art. 100, lo mismo que se prescinde de ese mismo límite en lo que se refiere al *sistema progresivo*, que dicho sea de paso ha sido sustituido, de nuevo sin modificar el art. 84 del Código Penal, por el de “individualización científica”, cambiando la denominación de “periodos” que usa el Código por la de “grados”. El Código Penal (art. 98) establece la *libertad condicional* para los “sentenciados a más de un año de privación de libertad” y que cumplan los requisitos que se establecen en él. El reglamento penitenciario de 1981 hace caso omiso de ellos al partir de un mes y un día y prescindir de la condición de haber cumplido las tres cuartas partes de la condena para aquellos que tengan setenta años o los cumplan mientras extinguen la condena, y para los que sufran enfermedades muy graves con padecimientos incurables (art. 60), lo que puede conducir a que la pena quede en nada si se clasifica al penado en el tercer grado. El Código Penal admite la acumulación de los beneficios de la redención de penas por el trabajo para los efectos de obtener la libertad condicional, con lo que la pena queda reducida en principio a la mitad teóricamente. El reglamento penitenciario de 1981 va más allá, porque, sin base en ley alguna, ha introducido el *beneficio* de adelantar el periodo o grado de la libertad condicional en cuatro meses por cada año de prisión efectiva (art. 258) a los penados que se porten bien.

12. Describir la dislocación del sistema penal no es en exceso difícil. Tampoco augurar que se está produciendo una desintegración crítica. Ahora bien, el jurista es por naturaleza conservador, lo cual no es, sin más, una opinión peyorativa. El conservadurismo es bueno si se trata de conservar lo bueno, malo si de conservar lo malo. Es conservador porque una cosa es elaborar las leyes y otra, nada fácil, familiarizarse con su interpretación y aplicación. Cuando una concepción del mundo se instala en una sociedad, su abandono no es nunca súbito y sin tenaces resistencias. Recordemos la prolongada lucha que ha precedido a la admisión del derecho de los trabajadores a sindicarse en defensa de sus legítimos intereses, algo que hoy está fuera de duda en el mundo occidental.

El cambio no es siempre indoloro. Las convulsiones de las prisiones españolas en los últimos años, con sangrientos episodios, prolongadas huelgas de hambre, daños considerables en los edificios y enseres, son anuncio de que algo disuena pese a las hermosas palabras de la ley. Los protagonistas de los sucesos no saben exactamente lo que quieren, ignoran cuál es la solución y desconocen las eruditas disertaciones de los académicos que observan con curiosidad los fenómenos y cambian impresiones entre sí en interminables coloquios, jornadas, simposios, congresos, mientras la vida discurre por otros caminos, ajenos a los de quienes se obstinan en continuar por los surcos abiertos decenios antes.

Me atrevería a decir que es preciso detenerse y revisar las ideas recibidas, lo que no apunta a un rechazo global. Media una experiencia que hay que asimilar. Hoy nos parece de una ingenuidad sorprendente la obstinada actitud

de FERRI⁴⁴, que todavía en 1927 mantenía como un dogma que "la antropología criminal ha demostrado que el hombre delincuente es siempre un sujeto anormal". La progresiva tecnificación del mundo moderno, con el pavoroso incremento de los delitos culposos, es el más rotundo mentís a esta tesis que permanece soterrada en la ideología del tratamiento. Al reconocer que proliferan los delincuentes por convicción, que son capaces de los actos más atroces en nombre de una justicia que difiere de la que inspira el ordenamiento jurídico, queda al descubierto la debilidad de este ante quienes no admiten su bondad. Se impone retroceder. Retornar, por duro que sea, a viejas ideas. A la idea de que la justicia esté por encima de la utilidad. A la idea de que la recuperación del delincuente ocupa un segundo lugar. La pena es un castigo, no un premio. Y ha de cumplirse⁴⁵.

Reconocer que mal que nos pese el derecho penal es un derecho represivo, del que no podemos prescindir, no equivale a considerar vanas las experiencias pasadas. El Estado ha de moderar las penas para que se cumplan de modo efectivo y no sean objeto de un rechazo social como viene sucediendo. Hay que abandonar, por regresivo, ese continuo desplazamiento de los elementos integrantes del sistema que ha anulado la figura del juez, y devolver a este por entero sus funciones. El juez está en el centro del sistema y hay que poner en sus manos el control sobre la policía y los funcionarios de prisiones que se le han escapado. Hay que hacer el esfuerzo necesario para que mediante un aumento cuantitativo y cualitativo pueda atender a todos y cada uno de los procesos penales, reducir su duración⁴⁶ y establecer una relación personal con los inculcados y, después, con los condenados. La policía ha de reforzar su preparación jurídica para ser consciente de sus deberes y sus límites. Los funcionarios de prisiones han de saber que las fronteras de su misión están trazadas por una condena que no pueden reducir ni prolongar, sin perjuicio de dar un trato humano a quienes tienen la desgracia de incurrir en las iras de la ley. Estas nuevas metas suponen remover prejuicios profundos, arraigados en la praxis, que es necesario modificar si queremos eludir el simplista remedio de un salvaje endurecimiento del sistema punitivo que desde los tiempos de la Ilustración los penalistas venimos esforzándonos por humanizar.

Resumen

Considero, pues, que el sistema penal, integrado por elementos dispares, policía, jueces, funcionarios de prisiones, etc., se ha dislocado progresivamen-

⁴⁴ ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Reus, 1933, pág. 244.

⁴⁵ La reacción en los países nórdicos se resume en la ponencia presentada por INKERI ANTI-LLA sobre *Nouvelles perspectives de la justice dans le système de la justice criminelle* al V Coloquio Internacional de la F.I.P.P. en Siracusa, 15-19 febrero 1982.

⁴⁶ Siguen constituyendo una meta las palabras dadas al olvido de CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, XIX: "Quando la pena sarà piu pronta e piu vicina al delitto commesso, ella sarà tanto piu giusta e tanto piu utile...".

te a causa del incremento brutal de la criminalidad y del debilitamiento constante de la intervención del juez, cada vez más desconectado de los restantes factores del sistema. La consecuencia es que la policía asume, y se le confían, tareas que no deberían corresponderle, y que las penas privativas de libertad, orientadas por la ideología del tratamiento que los hechos han demostrado ser impracticable, no tienen la duración prevista por la ley, o, dicho de otro modo, no se cumplen.

Es imprescindible devolver al juez la dirección de la justicia penal y otorgarle un papel predominante para evitar el desconcierto que se está produciendo dentro del marco de una crisis general del orden jurídico. Las penas han de ser moderadas a nivel legislativo, reduciendo el casuismo y la proliferación de normas penales para obtener una efectiva aplicación. Se hace preciso también modificar la mentalidad de cuantos asumen una responsabilidad en el sistema para descender del plano utópico y seudocientífico en que hoy se mueven la mayoría a una realidad disociada de pretensiones legales inasequibles.

Madrid, 15 de setiembre de 1982.