

Sobre la necesidad de una nueva política criminal

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho Penal

La muerte de don José Antón Oneca ha sido para la Ciencia española del Derecho penal algo más que la pérdida de una de sus figuras más preclaras. Con él hemos perdido a un hombre ejemplarmente honesto. Su vida fue irreprochable. En la cátedra, en la magistratura, en sus convicciones políticas, la rectitud y claridad más diáfanas presidieron sus actos. Jamás se dejó llevar por otros dictados que los de su conciencia. No se dejó arrastrar por la influencia o la recomendación, ni cuando era magistrado de nuestro más alto tribunal, ni cuando actuó como juez de oposiciones a cátedra. Prefirió la prisión o los trabajos forzados antes que ponerse una boina verde que le ofrecían sus amigos, que los tuvo y muchos en ambos bandos durante la guerra civil, porque para él significaba disfrazar sus ideas republicanas de las que nunca hizo ostentación pero a las que no estaba presto a renunciar ni aun en situaciones como las que cualquier otro hubiera calificado de necesidad extrema. Las breves consideraciones que siguen son un modesto tributo a un maestro, un amigo de los tiempos difíciles (que en los fáciles todo son protestas de amistad) y muy en particular a una vida que refulge estelar en estos momentos en los que los pactos, las combinaciones y concertaciones tienden a instalarse en la Universidad cuyo recinto les debería estar vedado.

Paréceme que el tema más apropiado para esta ocasión es intentar perfilar las bases y directrices de una nueva política criminal que en estas postrimerías de siglo venga a sustituir a las que hemos heredado del siglo XIX, lo cual no es posible sin tener en cuenta las profundas transformaciones que de entonces acá se han producido, en especial tras la segunda guerra mundial. Para Antón Oneca «la ciencia del derecho penal es en primer término dogmática jurídica, o sea sistema del derecho punitivo» (1), más

(1) José ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1949, 11.

el sistema no puede nunca obtenerse por completo del derecho positivo, de donde surge «la necesidad de acudir, con carácter limitado y complementario, al derecho ideal o justo» (2). La política criminal era inseparable, para él, de la ciencia del Derecho penal en cuanto constituye «crítica de las instituciones vigentes y preparación de su reforma, conforme a los ideales jurídicos que se van constituyendo a medida que el ambiente histórico cultural sufre modificaciones» (3).

El siglo XIX, en que nace el Código penal de 1848 todavía vigente aunque maltrecho y perforado múltiples veces en sus paredes, maestras se caracteriza a mi entender por contrastes tajantes; el hombre delincuente y el honrado, ricos y pobres, explotadores y explotados, mujeres honestas y prostitutas, vagos y trabajadores, el individuo y la sociedad o el Estado (4). *La guerra y la paz* dan un título expresivo a una de las más famosas novelas de Tolstoi. A lo largo de lo que va de siglo, la industrialización creciente que marca la segunda ola en cuya cresta parece que estamos inmersos hoy (5) arroja el hecho, fundamental a mi juicio, del paso de una economía más o menos local a una economía mundial. No se pueden producir automóviles para una ciudad, ni siquiera para un mercado nacional. La agricultura no se ha librado de esta ley implacable que traspasa todas las barreras geográficas y políticas. Argentina produce trigo para la URSS. La Coca-Cola es un símbolo expresivo. La clase obrera construye poderosos sindicatos cuya fuerza doblega en muchas ocasiones a las empresas. La vieja noción de soberanía, era incompatible con la presencia de bases militares en tiempo de paz en el territorio nacional. Las alianzas militares, que hasta la segunda guerra mundial se concertaban para el caso de entrar en guerra contra un enemigo común, obligan ahora a sostener incluso en tiempo de paz costosísimos artilugios bélicos y tropas extranjeras. Frente al clásico concepto de soberanía, múltiples organizaciones inter y supraestatales imponen unos límites no hace mucho inconcebibles, al tiempo que los grandes movimientos de masas facilitados por medio de numerosos transportes arrojan oleadas de emigrantes y turistas a todas las partes del globo.

Acaso lo más llamativo sea el contraste con las pretensiones democráticas que informan hoy todos los sistemas políticos al este y al oeste del llamado telón de acero y la realidad de un Estado dotado por doquier de unos poderes jamás conocidos. El más poderoso de los monarcas absolutos tenía por fuerza que soportar un grado de libertad en sus súbditos del que hoy carecemos. La informática y una burocracia inmensa tejen una tupida red a la

(2) José ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, 12.

(3) José ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, 12.

(4) Recuérdese la clasificación del Código penal de 1822 de todos los delitos en delitos contra la sociedad y contra los particulares, latente en los Códigos posteriores hasta el vigente.

(5) Véase: TOFFLER, *La tercera ola*, trad. Adolfo MARTÍN, 2.^a ed., 1980, *passim*.

que no es factible sustraerse. No hay sino recordar aquello de que las leyes se guardan pero no se cumplen, un tópico en las provincias de ultramar, o la exigencia de las Cortes al Emperador Carlos I de España, V de Alemania, de que jurase observar las leyes del Reino para reconocerle como rey, o la grandiosa gesta de la guerra de la independencia contra los ejércitos de un Napoleón victorioso a quien se habían sometido la nobleza, el clero y la alta burguesía, guerra llevada a cabo por un pueblo no tan esquilado en hombres y en recursos por el Estado (6). La eufemísticamente denominada «presión fiscal» pone en quienes detentan el poder unos medios que los más absolutos de los monarcas obtenían penosamente, la burocracia nos envuelve con papeles sin los cuales nadie puede moverse, votar, circular con un vehículo de motor, traspasar una frontera, construir una casa, vender su cosecha, abrir un establecimiento, fundar una empresa cualquiera. La maquinaria administrativa deja en paños menores al que conocemos con la despectiva denominación como Estado policía. Los llamados «poderes» legislativo y judicial han quedado reducidos a una mínima expresión, eso sí, dentro del marco de las más pomposas declaraciones. La proliferación de leyes, fundamentales o no, y su prolijidad, al igual que el constante aumento teórico de las atribuciones y competencias de los órganos jurisdiccionales, no encuentra paralelo correlato en una firme voluntad de que las leyes sean cumplidas. Basta tomar en las manos los gruesos volúmenes donde con letra menuda recoge la editorial Aranzadi cada año las disposiciones de todo orden que se dictan para percatarse de que es materialmente imposible su aprendizaje y consiguiente aplicación.

El trasunto de lo que venimos diciendo en el aspecto que aquí nos preocupa es un aumento creciente de la criminalidad, que, rebasando la esfera local a que en la Edad Media estaba prácticamente constreñida, ha alcanzado cotas nunca conocidas. Al igual que la delimitación entre la guerra y la paz se esfuma, pues hoy un país puede no estar en guerra con otro y mantener dentro de él unidades combatientes o «asesores técnicos» que «ayudan» a sedicentes gobiernos o «movimientos de liberación» en su lucha por conquistar o consolidar el poder, o bien da refugio a guerrilleros o grupos «terroristas» que llevan a cabo la llamada guerra sucia contra un país del que se proclaman amigos y con el que incluso sostienen relaciones diplomáticas al tiempo que alimentan la guerra civil abierta o encubierta. Los grandes traficantes de armas, de seres humanos —para prostituirlos, esclavizarlos o someterlos a condiciones de trabajo análogas a la esclavitud— viven con toda tranquilidad en terceros países cuyas leyes respetan, lo que basta para que no sean molestados.

La fluidez de las comunicaciones y las enormes ciudades, que

(6) MARX y ENGELS, *Revolución en España*, prólogo, notas y traducción de Manuel SACRISTÁN, 4.^a ed., Barcelona, 1973, 77 ss.

como el alcantarillado a las ratas permiten sobrevivir indefinidamente fuera del alcance de la ley (7), al lado de la ineficacia del poder judicial, ese «poder» en *quelque façon nul* como decía Montesquieu (8), se une a otros complejos factores, como el resurgimiento de la vieja teoría de que todo el mundo es culpable menos el criminal y un correccionalismo decimonónico, compendiado en la famosa frase: «Odia al delito y compadece al delincuente» (9) resucitada en las tesis de la reinserción, rehabilitación o readaptación social del delincuente como fin orientador de la pena, las cuales han dado por resultado el debilitamiento de la prevención general (consecuencia también de la imposibilidad de prever cuál es la pena que en realidad se va cumplir en el momento de pronunciar sentencia) y unas cifras inauditas de impunidad que se traducen en la cifra negra, tanto de la pequeña como de la gran delincuencia (10).

Añádase que bajo la capa de sociedades honorables se enmascaran, dentro de una fraudulenta legalidad, toda clase de actividades criminales, desde la estafa al sindicato del crimen, con poderosos medios económicos, proporcionados en ocasiones por Estados que se dicen amigos aunque están interesados en corromper, no ya a altos funcionarios, sino a los mismos que ocupan la jefatura del país para obtener concesiones o beneficios económicos o estraté-

(7) Ya GAROFALO, *La Criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, versión española de Pedro Borrajo, Madrid, 1912, 437, decía: "por otra parte, ni es necesario emigrar, ni siquiera irse muy lejos, basta mezclarse á la multitud de una gran ciudad, basta cambiar de habitación, para que los agentes de la seguridad pública declaren infructuosas sus pesquisas".

(8) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, ed. París, 1878, 146.

(9) Frase atribuida a Concepción ARENAL, esculpida a la entrada de muchas prisiones españolas.

(10) Algo más que un problema es que en el tráfico de drogas se condena al indio que pisa la coca en Bolivia, al pequeño traficante en Costa Rica o al "camello" en España, mientras que los que dirigen, organizan y se benefician de este inmundo comercio con los cuerpos y con las armas son inaccesibles a la acción de los tribunales. Esta clamorosa injusticia alcanza grados de cinismo internacional. Un ejemplo de primera magnitud es el tema de la cocaína en Bolivia. Cuando estuve en 1978 se me informó de que las dificultades para cortar la fabricación y exportación tropezaban de continuo con el hecho de que el kilo de cocaína pura en Bolivia costaba 8.000 dólares y se vendía en Nueva York a 240.000 mezclada. Es claro que la responsabilidad de que se siga utilizando recae sobre los compradores, del mismo modo que muchos delitos contra la propiedad desaparecerían si no existiera el receptor que compra las joyas u objetos robados a bajo precio. Son los EE. UU. los que alimentan el cultivo de la coca en Bolivia. Es pura hipocresía el hacer recaer sobre este país, pobre entre los pobres, toda la responsabilidad (sin duda con inconfesables móviles de explotación de sus otras muchas riquezas a bajo precio) cuando la lucha contra la cocaína y el cocainómano debe centrarse en los países que la consumen adquiriéndola a precios que, por los beneficios que dejan a los compradores, estimulan la producción y contrabando por los medios más increíbles. La política internacional de bloqueo enmascara otros intereses inconfesables.

gicos (11). Desde el mismo Estado no es raro encontrar casos en que se cierran los ojos a delitos gravísimos cometidos por «grupos incontrolados» o incluso por grupos o sectores de funcionarios que deberían estar al servicio del pueblo en lugar de exprimirle de mil modos en su propio beneficio, o para conseguir recursos para ese insaciable Moloch cuya avidez, cubierta por la hipócrita capa de las necesidades comunes, no se sacia jamás alimentando los más perniciosos parásitos que bajo el pretexto del bien común perciben sueldos fabulosos, viajan fastuosamente y no se hartan nunca de comer y beber pasando las facturas a cargo de la «política». Lo más grave, evidente desde que la comisión por omisión ha encontrado un claro lugar al lado de los delitos de resultado, es el abandono de las funciones de proteger una mínima seguridad, de manera que en más de un país, de los que se califican inequívocamente de democráticos, el pueblo se halla desamparado, aunque se rasguen las vestiduras cuando un país islámico, como Irán, trate de restablecer la venganza de la sangre. Este terrorismo por omisión no ha sido suficientemente subrayado en el mundo moderno, oscurecido por el clamor incesante sobre los derechos humanos de los criminales que ahoga el llanto de las víctimas. La dimisión del Estado en su misión de asegurar una pacífica convivencia encuentra expresión de múltiples formas, como, por ejemplo, los manuales de autoprotección o el fabuloso incremento del negocio de las puertas blindadas.

No es posible trazar las líneas de una futura política criminal sin tener en cuenta la masificación de los fenómenos criminales. Los progresos técnicos han introducido cambios radicales en el planteamiento individualista de la lucha contra el delito. La publicidad y la técnica puestas al servicio de organizaciones criminales están ocasionando que autores y víctimas se presenten en masa. Lo que antes era excepcional y preocupante sólo en los delitos contra la Constitución del Estado o el orden público, se extiende ahora a múltiples áreas delictivas, la estafa, por ejemplo, cuyas dimensiones gigantescas parece que no se han percibido en España hasta la catástrofe de la masiva comercialización del llamado «aceite tóxico» con miles de víctimas y muchos millones de beneficio para los autores, es un mínimo exponente de otros muchos fraudes por cientos o miles de millones de pesetas. Lo que antes era delincuencia política se ha organizado sobre una amplia base de delitos comunes («impuesto revolucionario», robos, asesinatos) en los que no se vacila en utilizar a «mercenarios» que actúan por la soldada y no por elevados ideales, manchados en los dirigentes que viven

(11) Por ejemplo, «cuando están a punto de iniciarse las prospecciones petrolíferas, la URSS, a través de numerosos funcionarios guineanos que estudiaron en Moscú y en los países del Este (hoy situados en puntos clave de Guinea Ecuatorial), está llevando a cabo una metódica ofensiva encaminada a boicotear la acción de España y de la CEE», según noticias fechadas en Malabó, difundidas por la Agencia EFE y aparecidas en los matutinos del 4 de septiembre de 1981.

a costa de las ideologías que declaran defender cubiertos con sustanciosas cuentas bancarias. El proceso concebido para un delincuente y un delito, salvo casos de coparticipación y delitos «conexos», es un instrumento inútil si hay que recibir declaraciones a miles o cientos de testigos o víctimas, o esperar a saber el número de muertos que ha causado la llamada «neumonía atípica» para dar por concluso un sumario.

Se impone una revisión en profundidad de las concepciones heredadas del siglo pasado sin que, por supuesto, deba pensarse ni por un sólo instante en abandonar los principios de legalidad y de que no hay pena sin culpabilidad adquiridos tras siglos de dramáticas experiencias, de sangre y de lágrimas. Las precedentes reflexiones sobre lo que va de ayer a hoy podrían concretarse desde el punto de vista político criminal en las propuestas que siguen.

Es absolutamente necesario reducir el número de delitos, requisito *sine qua non* para una más fácil y eficaz aplicación de la ley. Se impone, por tanto, una severa autolimitación del propio Estado detentador del *ius puniendi*. Pero no basta con esa reducción. Durante los últimos siglos la dogmática jurídico-penal se ha construido y ha girado en torno al eje del homicidio (12), es decir, sobre los delitos de resultado. Aquí los avances de la ciencia permiten con suma frecuencia diferir la producción de ese resultado de muerte ó lesiones que se toma punto de referencia para proporcionar la pena, o bien que aparentemente el resultado se evite, esto es, la muerte a causa del disparo de un arma de fuego no se produce directamente, porque el paciente es dado de alta como curado, pero su organismo debilitado sucumbe meses o años después a una infección sobrevenida y en otro supuesto inocua. También ocurre que el tratamiento curativo, por seguir con este ejemplo, iniciado con perspectivas estadísticas de éxito es el causante inmediato de la muerte por imprudencia médica o un virus extraño insertado en una transfusión de sangre. Hay que desplazar el acento al comportamiento, desplazando hasta donde sea posible la importancia penal de las consecuencias al ámbito de la responsabilidad civil, lo que habría de determinar un giro copernicano en los delitos contra la propiedad, pongamos por caso. La reducción propuesta debe implicar la búsqueda de soluciones para la delincuencia picajosa, inevitable, cúmulo de bagatelas que entorpecen la administración de justicia (13). En esta línea ha de situarse la exigencia de favorecer

(12) Cfr. SCHAFFSTEIN, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, trad. RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1957, 168, n. 15: "La circunstancia de que precisamente los delitos de homicidio hayan suministrado hasta entrado el siglo XVIII el marco para el tratamiento de las teorías generales del delito es todavía hoy relevante para la hechura de éstas".

(13) Entre los temas urgentes se halla la devolución al derecho administrativo de una serie de infracciones de tráfico que nunca debieron haber salido de él. Su sumisión a la jurisdicción penal, aparte del recargo que supondría si efectivamente se aplicasen los preceptos actuales, significa una parodia de proceso, pues ¿qué defensa cabe, salvo la ale-

el desistimiento y conceder amplios efectos atenuatorios o, incluso, excusantes, al arrepentimiento activo eficaz aunque haya comenzado el proceso. La enorme corrupción de las administraciones o la impunidad general del aborto, por no hablar de delitos colectivos que alteran gravemente el orden público o constitucional han de atribuirse en gran medida a ese cepo sin retorno en que cae el que ha realizado un hecho punible. Bien entendido que nada de lo que propugnamos ha de entenderse como una defensa del Derecho penal de voluntad.

Las más sabias modificaciones de la legislación son letra muerta, un cáncer que corroe el ordenamiento jurídico, si no se aplican. No hay política criminal con futuro que no pase por una reconsideración del proceso penal, sin abandonar las garantías que han de centrarse en la presencia del juez desde el primer momento, en el principio de inmediación en la práctica de la prueba que evite las múltiples corruptelas que nos aquejan y las enormes dilaciones en la administración de Justicia. Esto presupone una independencia (14), que ponga fin a las servidumbres de los organismos jurisdiccionales, a quienes no debe escapar del Rey abajo ninguno, un aumento cuantitativo considerable del número de jueces, una preparación específica de éstos que los faculte para dirigir a la policía judicial e imprimir la imprescindible celeridad a los juicios (15). Claro es que esa policía judicial de que hablamos, distinta de las fuerzas antidisturbios o de otro género, ha de recibir una preparación muy diferente de la actual, ha de ser capaz de investigar una contabilidad o las variadas fórmulas jurídicas que ocultan actividades criminales, actuando en estrecha colaboración con el juez. No es suficiente detener a un delincuente que le consta ha cometido a veces atroces delitos, sino que ha de obtener por medios lícitos, que se le deben facilitar, las piezas de convicción necesarias.

La política criminal del futuro ha de atravesar inexorablemente por una estrecha cooperación internacional. Lo hecho hasta ahora, tras el estrepitoso fracaso de la creación de un derecho interna-

gación de inimputabilidad, frente a una acusación por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sin el debido permiso? La prueba del alcohol *in situ* o la verificación de que se trata de una vía pública y de que se carece de permiso o está caducado no puede dar lugar más que a una caricatura de juicio.

(14) ANTON ONECA, *El perdón judicial*, Madrid, 1922, 88, expresó en su juventud esta preocupación al afirmar la necesidad de buscar las garantías para el justiciable "en la fortificación del órgano, favoreciendo la especialización criminológica y la *independencia* de los magistrados" (el subrayado es mío). Me permito añadir que esta independencia es imposible, a no ser en casos heroicos, cuando el nombramiento de Presidentes de Sala, por ejemplo, está en manos ministeriales, que vale tanto como decir del Ejecutivo.

(15) Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, XIX: "Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile". ¡Cuán fácilmente se dan al olvido estas viejas verdades!

cional penal que hiciera frente a la guerra de agresión y a los crímenes contra la Humanidad, es insuficiente. Ciertamente que la Interpol ha demostrado ser un instrumento útil para la localización de delinquentes que se hallan reclamados y se ocultan en otros países. Pero su alcance, por desgracia, no pasa de ahí. Desde luego sería ilusorio pensar que se puede llegar a una solidaridad a escala mundial, a no ser en los términos vagos y gaseosos en que se viene produciendo por mor de las diversas concepciones dominantes en los grandes bloques de Estados. Entiendo, sin embargo que sin perjuicio de tratar de reforzar ese mínimo de cooperación que hoy existe a nivel interestatal, habría que desplegar en los próximos años un gran esfuerzo para lograr cuando menos en grupos de países unidos por lazos culturales e históricos estrechos, como ocurre con los que forman parte del Consejo de Europa, una unificación legal en la formulación de ciertos tipos penales, v. gr., homicidio, asesinato, falsificación de moneda, tráfico de drogas y otros en número limitado, y no sólo de los tipos penales, sino de las penas a imponer. Se debería descartar en materia de extradición toda ingerencia política y atenerse a las decisiones judiciales sin intromisiones gubernamentales. Muy en particular, lo mismo que propuse y se aceptó en la reunión de Neuchâtel de la Fundación internacional penal y penitenciaria el año 1979, se impone la creación de un registro internacional de antecedentes penales para los delitos más odiosos (tráfico de esclavos, piratería aérea o no, tráfico de drogas, trata de seres humanos, contubernios económicos criminales y algunos más) no admitiendo que estos criminales puedan hallar cómodos refugios desde donde dirigir sus nocivas actividades y que, como viene ocurriendo, Estados que se dicen civilizados se beneficien de estos delitos cerrando los ojos al origen de los ingresos que tales enemigos del género humano les reportan.