

+ Lectura
GRATIS
en la nube

EL DERECHO PENAL EN TIEMPOS DE CÓLERA

Directores

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA
SERGIO J. CUAREZMA TERÁN



tirant
lo blanch

homenajes
& congresos

Copyright ® 2019

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

© Manuel Vidaurri Aréchiga
Sergio J. Cuarezma Terán (Coords.)

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Río Tiber 66, Piso 4
Colonia Cuauhtémoc
Delegación Cuauhtémoc
CP 06500 Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1313-892-3
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Esta obra se terminó de imprimir en noviembre de 2020 en los talleres de Ultradigital Press, S.A. de C.V. Centeno 195, Col. Valle del Sur, C.P. 09819. Ciudad de México.

El Derecho penal en tiempos de cólera¹

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL. III. DERECHO PENAL Y VIOLENCIA. IV. LA FORMALIZACIÓN DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO. 1. LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD Y SUS EXCEPCIONES. 2. LA PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA: EL CONTROL DEL PODER JUDICIAL POR PARTE DEL PODER LEGISLATIVO. 3. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL. V. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL Y LA PROHIBICIÓN DE PENAS DRACONIANAS. 1. LA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL: LA TOLERANCIA CERO Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. VI. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. VII. LA CRISIS INVOLUCIONISTA EN EL DERECHO PENITENCIARIO Y EN EL DERECHO PENAL JUVENIL. VIII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quisiera pedir perdón al Maestro Gabriel García Márquez por haberme apropiado, aunque con alguna variante, del título de su famosa novela "El amor en los tiempos de cólera". En realidad, como ustedes habrán podido adivinar, no me refiero al cólera como enfermedad, sino a la cólera como sentimiento de irritación, de indig-

¹ Este texto recoge, con algunas variantes, la *Lectio magistralis* que pronuncié en el Parlamento Latinoamericano de la Ciudad de Panamá, el 26 de octubre del 2018, en el acto en el que se me concedió el doctorado *honoris causa* que me había conferido un año antes el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, Nicaragua. Dicho acto, por razones que no vienen ahora al caso, no pudo celebrarse en Managua, sino en la Ciudad de Panamá, República de Panamá. Agradezco al Rector del INEJ, Dr. Mario Houed Vega, y a su Vicerrector General, el Profesor Sergio Cuarezma Terán, la concesión de este doctorado honorífico; así como al Ministro de Seguridad de la República de Panamá, que me impuso en dicho acto la *Orden al Mérito Servicio a la labor de Seguridad Pública*, *Condecoración Internacional al Mérito* y a la Alcaldesa de la Ciudad de Panamá, que me hizo entrega también en el mismo acto de las llaves y el nombramiento de Ciudadano de Honor de dicha ciudad, las atenciones recibidas; y a mi discípulo mexicano y Vicerrector de Investigación del INEJ, Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga la *laudatio* pronunciada en dicho acto.

nación, de enfado permanente, que actualmente, ante la inseguridad creciente y la pavorosa crisis, no sólo, económica, recorre el mundo como un fantasma. Una cólera que repercute sobre todo en una concepción del Derecho penal que se mueve entre la Tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo,² y que amenaza con retrotraernos a los tiempos de un Derecho penal de sangre y de lágrimas, de palo y tentetioso, del que parecía que poco a poco íbamos saliendo como se sale de un mal recuerdo, de una pesadilla, de la que como decía Cervantes, más vale no acordarse.

Y es que no sólo no hemos llegado todavía a aquella fase en la que el famoso Filósofo del Derecho y penalista alemán Gustav Radbruch decía que “en el futuro no habría ya un Derecho penal mejor, sino algo mejor que el Derecho penal”, sino que más bien estamos en una etapa de la que podría decirse, con Groucho Marx, que “el Derecho penal está saliendo de la pobreza, para entrar en la más negra miseria”.

Exponer por qué hemos llegado o estamos llegando a esa fase de regresión del Derecho penal a nivel mundial, averiguar sus causas y ofrecer algunas alternativas, constituye el objeto central de mi conferencia, aunque no hace falta decirles a ustedes que no poseo una varita mágica, ni puedo ir más allá de lo que mis luces me permiten para ofrecer una solución más justa y, al mismo tiempo, más humana a los problemas que actualmente nos acucian y que afectan directamente a esa parte del Derecho y de la Justicia que se llama Derecho y Justicia penal.

II. DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL³

Antes de seguir quiero dejar clara una cosa: No soy abolicionista. Al contrario, creo que en los actuales momentos el Derecho penal tiene

² Véase mi artículo: *La generalización del Derecho penal de excepción; tendencias legislativas y doctrinales; entre la Tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo*, en *Estudios de Derecho judicial*, Madrid 2007; también *De la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, Nicaragua, 2009.

³ Sobre el contenido de este epígrafe me remito a mi libro *Derecho penal y control social*, Jerez de la Frontera 1985 (reeditado con el mismo título, en Bogotá, 2000). Una exposición resumida de mis tesis puede encontrarse también en

una misión importante que cumplir y que debe cumplirla con la mayor eficacia. Ciertamente, sería mejor que la gente se abstuviera de matar, de secuestrar, de robar o de violar, no por miedo al castigo, sino por respeto y amor al prójimo. Pero en una sociedad de seres imperfectos como es la sociedad humana, no se puede esperar sólo de la buena voluntad, del amor al prójimo y el respeto hacia los demás, del sentimiento de solidaridad, que la gente se abstenga de infringir las prohibiciones más elementales que posibilitan la convivencia humana.

El mandato evangélico de “poner la otra mejilla” es loable en el plano religioso y quizás en el moral, pero no en el jurídico. El Derecho no sólo establece normas de conducta, como simples recomendaciones de buen comportamiento, sino normas de obligado cumplimiento, cuya infracción debe ser sancionada para restablecer la vigencia de la norma. Sería inimaginable una norma jurídica que simplemente dijera “No matarás”, y que luego no estableciera una sanción para el caso de que alguien mate a un semejante.

El Derecho penal es ante todo y sobre todo, como su propio nombre indica, un Derecho punitivo, sancionatorio y represivo, que restablece y asegura a través de la pena la vigencia de las normas básicas que regulan la convivencia de los seres humanos. Antes de las normas del Derecho penal hay otras normas sociales y jurídicas, pero ninguna de éstas tiene la contundencia de las normas penales, y tampoco tendrían eficacia si no fueran aseguradas, en última instancia, por las normas penales. Imagínense cómo sería el cumplimiento de las obligaciones o el pago de los impuestos, si no fueran afianzadas en casos de grave incumplimiento por las normas penales que castigan los fraudes o el delito fiscal.

Afortunadamente, todavía vivimos en sociedades en las que la mayoría de sus miembros respetan las normas sociales y jurídicas fundamentales, no porque teman el castigo, sino porque creen firmemente, por convencimiento moral, religioso o de otro tipo, que deben ser cumplidas. Aviada estaría una sociedad si sus miembros se abstuvieran de matar o de robar sólo porque lo prohíbe y castiga el Código penal. El Derecho penal por sí sólo no tiene eficacia motivadora del comportamiento hu-

mano; la tiene en la medida en que va acompañado de otros factores de carácter cultural, ideológico o moral que como un *continuum* van configurando el Super Yo y el proceso de socialización de los seres humanos.

Unas veces la coincidencia entre los factores motivadores de carácter social y los penales puede ser muy grande, y entonces el Derecho penal tendrá gran eficacia motivadora, culminado el proceso de aprendizaje y socialización que llamamos control social.

En cambio, cuando no hay esa coincidencia entre los diversos factores de control social, o entre estos y los de carácter penal, entonces la eficacia del Derecho penal merma considerablemente o se convierte en prácticamente nula. Este es el verdadero problema que surge en las sociedades poco homogéneas, en las que abundan las subculturas contradictorias entre sí y algunas incluso opuestas a las prohibiciones penales; pero, sobre todo, sucede esto en las sociedades con grandes desigualdades económicas y sociales, en las que unos pocos tienen mucho y muchos no tienen nada o casi nada. ¿Cómo puede ser eficaz el Derecho penal y cumplir una correcta función motivadora del comportamiento de los ciudadanos, en una sociedad de este tipo?

III. DERECHO PENAL Y VIOLENCIA⁴

Pero ni siquiera en las sociedades más homogéneas económica y culturalmente se puede prescindir del Derecho penal. Hasta en las sociedades más perfectas existe un número más o menos grande de conductas desviadas, que van desde la inadaptación y la marginación social hasta las más graves formas de delincuencia contra la vida, la libertad y la propiedad de las personas. De prevenir estas últimas y de sancionarlas cuando se realicen se ocupa principalmente el Derecho penal; y en esta tarea aparece en su faz más torva y dramática, en forma de represión y castigo, empleando la coacción, la intimidación y la violencia.

Hablar del Derecho penal supone, pues, hablar, de un modo u otro, de violencia, pues violentos son los casos de los que se ocupa princi-

⁴ Sobre el contenido de este epígrafe me remito a las obras citadas en nota anterior, sobre todo a las páginas iniciales de Muñoz Conde, García Arán, Derecho penal, Parte General a. cit.

gualmente el Derecho penal (asesinatos, robos, secuestros, violaciones, terrorismo), y violenta es también la forma en la que el Derecho penal se ocupa de esos casos con penas como, todavía en muchos casos, la pena de muerte y la reclusión perpetua, y en todos los países del mundo largas penas de prisión, inhabilitaciones para ejercer determinados derechos, multas de elevada cuantía, etc.

El Derecho penal es, pues, violencia, tanto en los casos que sanciona, como en la forma de sancionarlos.

Pero la violencia que emplea el Derecho penal para restablecer la vigencia de las normas jurídicas, para proteger un determinado sistema de convivencia y los intereses fundamentales de la misma, no es una violencia ciega, irracional, coyuntural y espontánea.

Es probable que en el origen del Derecho penal se encuentre la venganza, pero en la medida en que las sociedades han ido evolucionando y se ha ido creando instituciones encargadas de reaccionar objetivamente y de forma imparcial y desapasionada frente al delito; la respuesta punitiva se ha ido formalizando, cristalizando en normas y procedimientos que constituyen la médula y la razón de ser del moderno Estado de Derecho, que precisamente se caracteriza frente a otras formas de Estados absolutos, autoritarios, de corte teocrático o dictatorial, por someter su enorme poder punitivo a unas determinadas normas, que como las reglas del juego tiene que ser respetadas por todos, empezando por el propio Estado que las crea, en nombre del pueblo y de los valores que le sirven de fundamento: Libertad, pluralismo, Justicia y democracia.

IV. LA FORMALIZACIÓN DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

Esta formalización del poder punitivo del Estado se traduce sobre todo en el principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullun crimen, nulla poena sine lege*), reconocido actualmente como principio básico del Derecho penal a nivel nacional e internacional, en todas las Constituciones y Declaraciones universales de los Derechos humanos.

Pero este principio no sólo se traduce en que sólo el legislador, es decir, los Órganos legislativos constituidos por los representantes del pueblo elegidos en unas elecciones libres y democráticas, tiene la potestad para crear las leyes penales, sino también en los principios de

certeza y seguridad jurídicas, de forma que el ciudadano pueda saber a qué atenerse, que es lo que se castiga como delito y qué penas puede aplicársele al que lo cometa. De ellos se derivan a su vez otros principios como los que brevemente paso a exponer:

1. La prohibición de retroactividad y sus excepciones

La seguridad y certeza jurídicas exige además que la ley así creada sólo pueda aplicarse a los hechos que se cometan a partir de la entrada en vigor de esa ley. Esto es lo que se llama *prohibición de retroactividad de las leyes penales*, en la medida en que tipifiquen nuevos delitos o agraven la pena de los ya existentes, es decir en la medida en que sean perjudiciales o restrinjan derechos ya adquiridos.⁵ Es importante recalcar este principio, porque es frecuente que determinados sucesos que producen gran alarma social impulsen al legislador a crear nuevas figuras delictivas o a incrementar la gravedad de las penas ya existentes. Pero este recurso, movido muchas veces por razones electoralistas para conseguir la simpatía o aquietar la indignación popular, sólo puede tener efecto para los hechos que se cometan a partir del momento de la entrada en vigor de las nuevas leyes, no respecto a los que se hayan cometido antes, por más que sean estos los que hayan motivado la creación de las nuevas leyes.

Todo esto, que es una verdad de Perogrullo para cualquier jurista o ciudadano con un conocimiento elemental de las reglas jurídicas, debe dejársele muy claro al pueblo y no darle a entender que lo que motivó la creación de esas leyes penales puede ser juzgado y condenado ahora en base a las mismas.

Y hay que insistir en ello, incluso cuando se trata de ampliar con efecto retroactivo los plazos de prescripción de algunos delitos graves

⁵ Este principio se encuentra recogido de un modo general en el art. 9, 3 de la Constitución española: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

para juzgar hechos que se cometieron en el pasado cuando los plazos de prescripción eran otros y ya se han sobrepasado.

Razones de seguridad jurídica avalan también, a mi juicio, la prohibición de retroactividad de nuevos plazos de prescripción que alarguen los que regían en el momento en que se cometieron los hechos, para poder juzgar esos hechos conforme a los nuevos plazos.

¿Qué duda cabe que la impunidad en que quedaron muchas atrocidades cometidas en el pasado choca con el sentimiento elemental de Justicia, sobre todo cuando se trata de Genocidios y Crímenes contra la Humanidad?

Personalmente, me parece bien que se declaren imprescriptibles, tal como se hace ahora en el Estatuto de Roma⁶ que dio origen a la creación de la Corte Penal Internacional, pero esta no prescripción de los delitos que son competencia de este tribunal sólo puede aplicarse, en mi opinión, a los hechos que se cometan a partir de su entrada en vigor.

Y si digo esto respecto a los Crímenes internacionales a juzgar por un Tribunal Internacional, con mucho mayor énfasis lo digo respecto a los delitos en el ámbito nacional que deben juzgados por un Tribunal nacional, Por supuesto, que me gustaría que el General Franco y sus cómplices en el Golpe de Estado del 18 de julio de 1936 hubieran sido juzgados y condenados por los hechos que se cometieron entonces; pero ello sólo sería posible en este momento si además de que vivieran y tuvieran capacidad para ser juzgados, los plazos de prescripción que había entonces para este tipo de delitos (rebelión, delitos contra la forma de gobierno, asesinatos, detenciones ilegales, et)c⁷ no hubieran

⁶ El art. 29 del Estatuto de Roma dice expresamente que "Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán", pero no dice que esta no prescripción pueda aplicarse con efectos retroactivos a los delitos que se hayan cometido antes de su entrada en vigor, y desde luego en ningún caso existe en el Derecho penal español una disposición que admita expresamente la aplicación retroactiva de esta no prescripción (cfr. texto del art. 9, 32, de la Constitución española, en nota anterior).

⁷ Ciertamente, muchos de estos delitos, sobre todo por lo que se refiere a la forma sistemática en que fueron ejecutados para eliminar físicamente a los partidarios del Gobierno legítimo de la República, podrían hoy calificarse al menos como Crímenes contra la Humanidad, pero ésta tipicidad ha sido una

transcurridos. Y lo mismo mantengo respecto a los crímenes cometidos por los nazis o por cualquier otro grupo criminal en cualquier parte del mundo en épocas en las que los plazos de prescripción vigentes ya han transcurridos en el momento actual, por más que algunos de ellos han sido declarados imprescriptibles después, bien sea por Convenios internacionales o por reformas nacionales.

El argumento de que al tratarse la prescripción de una institución procesal que sólo afecta a la perseguibilidad del delito, pero no a su contenido material de ilicitud, que fue utilizado por los juristas alemanes en los años sesenta del pasado siglo para poder perseguir a los criminales nazis después de haberse cumplido los plazos de prescripción vigentes cuando se cometieron los hechos,⁸ no me parece convincente, porque además de ser un argumento puramente formalista, desatiende

creación reciente de los Tribunales internacionales a partir de los Juicios de Nuremberg y mucho más tarde ha sido acogida en el Estatuto de Roma (Véase Werle, *Tratado de Derecho penal internacional*, Valencia 2005, pp. 349 ss.). En el Derecho español estos delitos fueron introducidos, tras la ratificación del Estatuto de Roma, en el Código penal español en la reforma del 2003 (art. 607 bis) (véase Muñoz Conde, *Derecho penal*, Parte especial, 18. ed., Valencia 2010, p. 780 s.) Difícilmente puede, por tanto, aplicarse esta calificación a hechos que se cometieron muchos años antes, aunque luego en su moderna tipificación como delitos lesa humanidad se hayan declarado imprescriptibles (véase, por ejemplo, art. 131, 4 del Código penal español).

⁸ Véase al respecto sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 25, 1969, 269. La doctrina alemana sigue en general esta opinión, si bien distingue entre la aplicación con efecto retroactivo de los nuevos plazos de prescripción cuando aún no han transcurrido los que había en el momento en que se cometió el delito, y la aplicación con efecto retroactivo de los nuevos plazos de prescripción o de la no prescripción cuando los plazos de prescripción vigentes en el momento en que se cometió el hecho ya han transcurrido, admitiendo la primera pero no la segunda; véase, por ejemplo, Jescheck, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona 1983, vol. II, p. 1239; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. ed., 2006, p. 167 Respecto a la no aplicación de esta tesis en algunos países del Este europeo tras la caída de los regímenes comunistas, y particularmente en el caso de Hungría, véase Fletcher, *Conceptos básicos de Derecho penal*, traducción de Muñoz Conde, Valencia 1997, p. 31, quien se inclina por el carácter procesal de la prescripción y, en consecuencia, admite la ampliación retroactiva de los plazos de la misma (véase mi nota contraria a esta tesis, p. 31-32 del libro citado de Fletcher).

las razones que fundamentan la prohibición de retroactividad de las leyes desfavorables: El que no pueden aplicarse retroactivamente las leyes que perjudican o restringen los derechos adquiridos conforme a las leyes anteriores. Y si, por ejemplo, por las razones que sean, no he sido juzgado en el plazo de veinte años que marca la ley para la prescripción del delito que cometa hoy, una ley posterior no puede decir dentro de veintidós o treinta años que sí puedo ser juzgado, porque eso obviamente perjudica mi derecho a la seguridad jurídica, y dejaría siempre una puerta abierta a que cualquier modificación legal en el futuro permitiera juzgar lo que conforme a la legislación vigente en el momento en que se cometieron los hechos ya habría prescrito.

Soy consciente de que lo que acabo de decir no goza de las simpatías de grandes sectores de la población e incluso es contrario a la opinión de muchos y cualificados juristas, pero creo que en el argumento de la seguridad jurídica y la propia institución de la prescripción deben ser tomados en serios en un Estado de Derecho.

Desde luego, ningún problema tengo en admitir que el hecho sea juzgado, cuando el plazo de prescripción ha sido interrumpido, bien porque se hayan cometido nuevos delitos (como puede ser el caso de la Dictadura franquista que duró casi cuarenta años), bien porque se hayan querido oponer obstáculos a su persecución otorgándose los propios criminales antes del transcurso de los plazos de prescripción Leyes de Punto final o de Autoamnistía, o se hayan aprobado éstas ya en la nueva etapa democrática por debilidad de los nuevos regímenes democráticos.⁹ Aquí nos encontramos con otro problema, como es el de la

⁹ En este argumento se apoyó la Corte Suprema argentina para anular la llamada Ley de Punto de Final y de Obediencia debida que se había aprobado para dejar sin castigo las violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad que se habían cometido durante el mandato de la Junta militar (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina de 14 junio del 2005). Por supuesto que el mismo argumento se podría utilizar en aquellos otros países en los que la no persecución de estos delitos se debió a la imposibilidad de hacerlo mientras estuvo vigente el régimen político que los amparó. En este caso, debería aplicarse el mismo criterio que se utiliza ahora para poder perseguir los delitos contra menores, incluso aunque hayan transcurrido los plazos de prescripción de los mismos, computándolos no desde el momento en que se cometieron, sino desde el momento en que el menor haya cum-

llamada Justicia de la Transición, que plantea el dilema de si para pasar de las Dictaduras a la democracia es mejor hacer un borrón y cuenta nueva, la conciliación entre las partes enfrentadas, el perdón o el castigo de los criminales de ayer. En las transiciones habidas en los últimos años en los últimos años en muchos países latinoamericanos, pero también en España, Portugal y en los países del Este de Europa tras la caída del Muro de Berlín, se han ensayado diversos modelos de transición, y ninguno ha sido plenamente satisfactorio para las partes implicadas.¹⁰ Pero en todo caso esto no debería afectar a la vigencia de los plazos de prescripción vigentes cuando se cometieron los hechos.

Y recalco todo esto con especial énfasis en unos momentos en los que en España se está planteando la posibilidad de abrir procesos penales a los responsables del Golpe de Estado de 1936, pero también en unos momentos en los que una reciente reforma del Código penal, declara imprescriptibles los delitos de terrorismo con resultado muerte.¹¹ No entraré ahora en si esto es una Política criminal acertada, solamente señalo que esta no prescripción del terrorismo con resultado muerte,

plido la mayoría de edad o, en caso de fallecimiento, éste hubiera fallecido (véase, por ejemplo, art. 132, 1, segundo párrafo del Código penal español). Sin embargo, me parece excesivo la ampliación del plazo de prescripción de los delitos de los que haya sido víctima un menor a treinta o incluso cincuenta años, tal como se prevé en un Proyecto de Ley de protección del menor que en estos momentos (enero 2019) prepara el Gobierno español. En todo caso, estos nuevos plazos, caso de que el Proyecto se convierta en Ley, no podrán ser aplicados a los delitos que se hayan cometido antes de la entrada en vigor de esa Ley. Sobre las distintas causas de suspensión e interrupción de los plazos de prescripción, me remito a la nueva regulación que prevé el art. 132, 2 del Código penal español tras la reforma del 2010, y a mi comentario a esta regulación en el Anteproyecto de esta reforma: Muñoz Conde, *Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código penal español*, en *Revista Penal*, 2009, pp. 117 ss.

¹⁰ Véase al respecto Muñoz Conde, Vormbaum, Humboldt-Kolleg, *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, Valencia 2009 (hay también edición en alemán, Berlín 2010).

¹¹ Véase art. 131, 4, párrafo segundo: “Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieran causado la muerte de una persona”. Téngase en cuenta que el estricto tenor literal del precepto permite considerar que tampoco prescriben los casos en los que la muerte de una persona se haya causado de forma imprudente o incluso fortuitamente.

sólo será aplicable a los delitos de esta índole que se cometan a partir de la entrada en vigor de esa reforma, por tanto, sólo cuando hayan transcurrido los muchos años que, de todos modos, también con la regulación anterior, tenía que pasar para que estos delitos prescribieran, se podrá valorar la realidad política y la necesidad político criminal de esta declaración de no prescripción. Evidentemente, la actual declaración de imprescriptibilidad trata más de calmar las exigencias punitivas que en la opinión pública española suscitan los actos terroristas asesinos que colmar cualquier otra finalidad preventiva de intimidación de los terroristas, que se mueven en otras coordenadas ideológicas o mentales.

Las mismas razones que avalan que no se apliquen con efecto retroactivo la ampliación de los plazos de prescripción de un delito cometido anteriormente, son las que, a mi juicio, impiden aplicar con efecto retroactivo medidas de seguridad que no existan en el momento en que se comete un delito.¹² Igualmente, la cuestión es discutida y el argumento en que se apoyan los partidarios de la aplicación retroactiva de las medidas de seguridad es que no se trata de aquí de una modificación del contenido material de la ilicitud del delito cometido, sino sólo de prevenir una peligrosidad del autor de ese delito que puede no haberse detectado en el momento en que fue condenado, sino posteriormente.¹³ Se olvida, sin embargo, que una medida de seguridad puede ser incluso más gravosa que una pena, sobre todo cuando se trata de una

¹² En este sentido se expresa claramente el art. 2, 1 del Código penal español: "Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad".

¹³ Este es el argumento empleado fundamentalmente por la doctrina penal alemana, cuyo Código penal permite en su parágrafo 2, 6 la aplicación retroactiva de las medidas de seguridad: "Sobre las medidas de mejora y seguridad debe decidirse, en tanto legalmente no se diga otra cosa, conforme a la Ley que esté vigente en el momento de la decisión". Roxin, *Strafrecht* cit., p. 166, muestra, sin embargo, sus reservas respecto a que se pueda aplicar con efecto retroactivo la medida de internamiento en custodia de seguridad, dada la similitud de la misma, en cuanto a sus efectos sobre el condenado, con la pena de prisión. A favor de la aplicación retroactiva de esta medida a los que no fueron condenados a la misma en el momento de la sentencia, pero muestran peligrosidad tras haber cumplido la pena de prisión que se les impuso, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE, 109, 133, anulada posteriormente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase infra.

medida privativa de libertad, y que aunque el motivo de su imposición con efecto retroactivo sea prevenir una peligrosidad actual (en todo caso no referida al delito cometido, sino a los que se esperan se puedan cometer en el futuro), el impacto en el derecho a la seguridad y a la libertad del afectado es el mismo o incluso más gravoso que la aplicación de la pena misma.¹⁴ Si lo que se está pensando es, por ejemplo, en una enfermedad mental sobrevenida durante el cumplimiento de la pena, basta con que se apliquen el internamiento psiquiátrico ya desde el momento en que se detecte esa enfermedad, con el consiguiente proceso previo de incapacitación;¹⁵ pero lo que no puede decirse es que ese internamiento tiene su origen en el delito cometido y por el que ya fue condenado sólo a una pena privativa de libertad. Por eso, me parece criticable la regulación alemana que, tras sucesivas reformas efectuadas en el 2002 y en el 2003, para evitar la puesta en libertad de delincuentes (generalmente autores de delitos sexuales, pero también habituales de delitos contra la propiedad) que estaban a punto de cumplir su pena, permitió que el tribunal sentenciador aplicara con efecto retroactivo a los que en el momento de su condena no se les había impuesto, la medida llamada de “custodia de seguridad”, que permite una privación de libertad por tiempo indefinido.¹⁶ Con razón el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha considerado que esta regulación infringe principios elementales de la Convención europea de Derechos humanos.¹⁷

¹⁴ Esta distinción entre impacto y motivo es lo que llevó a la Corte Suprema estadounidense a declarar que también a los menores delincuentes debe concedérseles los mismos derechos y garantías constitucionales, menos el derecho al jurado, que se concede a los adultos imputados por un delito, teniendo en cuenta que aunque el motivo de su imputación sea principalmente la reeducación, el impacto en sus derechos y en su persona de una privación de libertad a través de un internamiento en un centro de menores es igual que el impacto que produce el internamiento en un centro carcelario de adultos, véase Sentencia de la Corte Suprema americana, *In Re Gault*, 387, U.S: 1, 27, 1967; y el comentario a la misma de Fletcher, *Conceptos básicos cit.*, pp. 50 ss.

¹⁵ Véase la regulación de este procedimiento en el art. 763. de la Ley española de enjuiciamiento civil.

¹⁶ Sobre la redacción originaria del parágrafo 66 del Código penal alemán, véase Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. ed., 1996, pp. 811 ss.; y sobre las sucesivas reformas y su aplicación retroactiva, Roxin, *lug. cit.*

¹⁷ Véase sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 diciembre del 2009, y comentario a la misma de Silva Sánchez, en nota editorial de la

Por las mismas razones, sólo podrá aplicarse la nueva medida de libertad vigilada adicional al cumplimiento de la pena introducida en el art. 105, 2 del Código penal español por la reforma del 2010, a los sujetos que hayan cometido los delitos en los que dicha medida es aplicable (sexuales y terrorismo), a partir de la entrada en vigor de esa reforma (23 de diciembre 2010).¹⁸

2. La prohibición de la analogía: El control del poder judicial por parte del poder legislativo

Otro principio importante que se deriva del de legalidad de los delitos y las penas es la *prohibición de la analogía* en la aplicación de las leyes penales.

Ciertamente, es difícil distinguir entre la interpretación de la ley, que se mueve dentro del sentido literal posible de los términos legales, y la analogía, que se salta ese sentido literal posible de la ley para aplicarla a casos similares a los previstos en la misma, pero que no entran dentro de sus previsiones. Al ejemplo clásico que se dio cuando los Tribunales de Justicia de muchos países incluyeron en el delito de hurto la utilización ilícita de la energía eléctrica, se añaden hoy los casos derivados del empleo de nuevas tecnologías, especialmente las derivadas de Internet, para cometer delitos contra la intimidad o la propiedad con ataques (*hackers*, introducción de virus, etc.) que difícilmente se pueden incluir en las definiciones tradicionales de los delitos ya existentes. Ciertamente, el legislador de hoy en día, consciente de las lagunas que esto suscita, se está esforzando por introducir en las leyes penales nuevas tipicidades delictivas, en casos como el acceso al correo y datos de terceras personas por los llamados *hackers*, el sabotaje informático o la utilización de Internet para cometer fraudes económicos.¹⁹

¹⁸ Revista en Internet, Indret.com, 2010.

¹⁹ Sobre los inconvenientes de carácter constitucional y políticocriminal tanto de esta medida, como de la alemana de internamiento en "custodia de seguridad", véase infra epígrafe 5, b).

²⁰ Para colmar estas lagunas, difícilmente solucionables con una mera interpretación de los preceptos existentes en el Código penal, la reforma del Código penal español operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha introducido nuevos tipos de delitos como el acceso a datos y sistemas informáticos (art.

Pero la prohibición de analogía es sobre todo un mandato dirigido al Juez, para que éste se abstenga de aplicar otra cosa que no sea la Ley, y no la sustituya por su personal criterio de Justicia. Dentro del esquema de la división de poderes que propuso Montesquieu, al Juez, al Poder judicial sólo le corresponde la tarea de aplicar la Ley, y si ésta no prevé un hecho como delito o los plazos de prescripción previstos para el delito en el momento en que se cometió han transcurrido claramente, el Juez tiene que abstenerse de iniciar cualquier procedimiento, por más que le repugne la impunidad o considere que el hecho debería ser objeto de sanción.

Sin embargo, en las últimas reformas legislativas, al menos en España, se está observando un fenómeno curioso, provocado por la desconfianza que tiene el legislador en la posibilidad de que los Jueces haga una interpretación de las leyes penales que no se corresponda con la que el legislador piensa o quiere. Igual que sucedió en los primeros Códigos penales que pretendían controlar el arbitrio judicial haciendo que los Jueces no fueran otra cosa que, como decía Montesquieu, “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, a través de leyes casuísticas con marcos penales muy estrechos, el actual legislador piensa que no se puede fiar demasiado de la capacidad de los Jueces para adaptar a través de su interpretación la leyes penales a la realidad actual, y que éstos, a diferencia de lo que hicieron a principios del siglo XX considerando como hurto la utilización indebida de energía eléctrica, se aferren al estricto tenor literal legal y dejen impunes hechos que con una interpretación extensiva (incluso rayana en la analogía) podrían incluirse en el precepto penal correspondiente.

Así, sucedió, por ejemplo, con la interpretación estrictamente literal del Tribunal Supremo español que tras una reforma del delito de violación que consideraba como tal la introducción de objetos en las

197, 3), y el sabotaje informático (art. 264). Ya en la reforma del 2003 (Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre), se introdujo dentro del delito de estafa una nueva tipicidad que castiga con las mismas penas que el delito de estafa consumado la posesión de programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de estafas (art. 248, 3): Véase sobre estas nuevas tipicidades, Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial* 10^a cit., pp. 277, 430 y 479 y s.; y 21^a ed., editorial Tirant Lo Blanch Valencia 2017 (3^a edición mejicana en la misma editorial).

cavidades vaginal o anal, consideró reiteradamente que la introducción de dedos en la citadas cavidades no constituían este delito (cfr., por ejemplo, STS 14 febrero 1994). Ello obligó al legislador, en la reforma del Código penal del 2003, a mencionar expresamente en el art. 179 del Código penal junto a la introducción de objetos también la de “miembros corporales, con lo que queda claro la equiparación valorativa entre ambas formas de conductas, que la interpretación excesivamente literal del TS había rechazado.²⁰

Y aunque por razones distintas, o, en todo caso, para evitar interpretaciones demasiado literales, en la reforma del Código penal español realizada en el 2003 se introdujo expresamente en el art. 149, 2, la “mutilación genital” como mutilación de órgano principal, aunque, a mi juicio, no hay ninguna duda de que, por ejemplo, la ablación del clítoris, que es el supuesto que está en el origen de esta reforma, puede estimarse tal con una mera interpretación literal del concepto de “órgano principal”.²¹

Aún más claramente se ve este direccionismo legislativo, limitador de la discrecionalidad judicial en la valoración de las pruebas, en la reforma de los delitos contra la seguridad vial operada por LO 15/2007, de 30 noviembre. Frente a una jurisprudencia que con los mismos índices de alcoholemia o de conducción con excesiva velocidad, unas veces apreciaba, teniendo en cuenta otras circunstancias, la existencia de un delito contra la seguridad vial y otras no,²² la citada reforma estableció *ope legis*, en el art. 379, 1 que conducir un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o a ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida

²⁰ Sobre la interpretación jurisprudencial anterior a la reforma del 2003, véase Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte Especial* cit.

²¹ No cabe duda de que en esta reforma tuvieron un peso decisivo las reivindicaciones feministas, pero también la realidad de que tales prácticas se realizaban con las hijas de las familias emigrantes procedentes de países África central; lo que llevó a ampliar el principio de extraterritorialidad en una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para juzgar en España estos hechos cuando se cometieran fuera del territorio español. Sobre esta reforma, véase Muñoz Conde, *Parte especial* cit., p. 116.

²² Véase al respecto Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, cit., 16. ed., Valencia 2005, pp. 673 ss.

reglamentariamente, constituye un delito de conducción temeraria. Y lo mismo hizo respecto a la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, estableciendo que existe el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas cuando la tasa de alcohol en aire aspirado fuese superior a 0.60 miligramos por litro, o en sangre superior a 1, 2 gramos por litro.²³

Pero este direccionismo legislativo se puede observar como una tendencia politicocriminal bastante generalizada en las últimas reformas, y que ha dado lugar a los que la Escuela de Frankfurt con Hassemer a la cabeza ha denominado y no en sentido laudatorio “Moderno Derecho penal”, y que muchas veces, con el afán de evitar lagunas punitivas, ha provocado la introducción de “nuevos” delitos que tipifican conductas que con una interpretación de los tipos ya existentes podrían igualmente haberse castigad.²⁴ Así, por ejemplo, sucedió con el delito de administración desleal societaria (art. 295) introducido en el Código penal de 1995, y que, en el fondo, coincidía con el delito ya existente anteriormente de apropiación indebida: o con el delito introducido en la reforma del 2010 de la estafa de inversores (art. 282 bis), que igualmente podría, a mi juicio, castigarse como una estafa común. El problema que plantean estas tipicidades es que, además de las dificultades interpretativas que suscitan para distinguirlas de las tipicidades tradicionales de apropiación indebida y estafa, es que dan la impresión de que estas conductas, antes de su tipificación expresa, no eran constitutivas de delitos.²⁵

Obviamente, este direccionismo excesivo por parte del poder legislativo está influenciado por campañas mediáticas que presionan sobre el legislador para que tipifique expresamente (casi con nombres y ape-

²³ Sobre esta reforma véase Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial* cit. 18. ed. 2007, pp. 702 ss.

²⁴ Véase, por ejemplo, Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia 1995.

²⁵ Sobre ello véase Muñoz Conde, *Parte especial* cit., pp. 512 s., 544 ss. Tras la reforma del Código penal del 2015, se ha derogado el delito de administración desleal como delito societario, y se ha transformado en un delito similar al de apropiación indebida, tipificándolo en el art. 252, ampliando su aplicación y suprimiendo cualquier óbice procesal para su persecución penal (véase Muñoz Conde, *Parte especial*, cit., 21ª ed., pp. 396 ss.

lidos de los responsables) hechos que han tenido gran repercusión y ha provocado y provocan alarma social. Esto es lo que explica que, por ejemplo, en los últimos tiempos, por la presión también de los movimientos feministas, se hayan hecho reformas en relación con la violencia de género, que de un modo discutible discriminan positivamente a la mujer como sujeto pasivo de la misma, y obligan al juez a calificar como delito y castigar con pena de prisión las amenazas y coacciones leves, que cuando no tienen como sujeto pasivo a la mujer, se califican como delito leve y no tienen pena de prisión.²⁶ Las mismas presiones feministas provocaron también la introducción del acoso o el hostigamiento sexual, ampliando el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, más allá de los ataques en los que se utilizara la violencia o la intimidación.²⁷ Pero esta forma perturbación de la libertad y la tranquilidad en las manifestaciones de la vida cotidiana por conductas no directamente intimidatorias o violentos, sino molestas ha llevado también a criminalizar el acoso en otros ámbitos como el laboral (mobbing) y el inmobiliario.²⁸

El efecto de esta expansión e intensificación del Derecho penal a nivel legislativo puede tener, sin embargo, repercusiones negativas en el ámbito judicial, ya que muchos Jueces, bien por dificultades de prueba, bien por parecerles excesiva la respuesta penal, absuelvan o sigan aplicando los tipos tradicionales, ignorando olímpicamente los nuevos, lo que ciertamente puede convertir estas reformas en “papel mojado” o en un típico ejemplo de un “Derecho penal simbólico” puramente electoralista sin ninguna influencia en la realidad penal.

²⁶ Cfr. arts. 171, 4, 172, 2 y 173, 3. Sobre esta regulación véase Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial* cit, 21ª ed. pp. 179 ss.

²⁷ Sobre este delito véase Muñoz Conde, *Parte especial* cit. 21ª pp. 215 ss. En esta tendencia se encuadra el Proyecto de reforma del Código penal que actualmente (enero 2019) prepara el Gobierno español para suprimir la distinción entre agresión sexual, abuso y acoso sexual, incluyendo en un mismo concepto de agresión sexual cualquier ataque a la libertad sexual, y calificando como violación todos los supuestos en los que haya penetración.

²⁸ Estas nuevas tipicidades fueron introducidas el Código penal español por la reforma del 2010 (art. 173, 1), y posteriormente en la reforma del 2015 se han creado otras como el matrimonio forzado (art. 172 bis) o un tipo genérico de acoso conocido como *stalking* (art. 172 ter). Sobre estas nuevas tipicidades véase Muñoz Conde, *Parte especial* cit. 21ª ed. pp. 147 ss.

Ambos procedimientos: la de una excesiva discrecionalidad del poder judicial, que se quiere evitar con la prohibición de analogía, y el excesivo direccionismo legislativo, que quiere imponer criterios que limiten la discrecionalidad judicial en la interpretación de las normas, reflejan las tensiones existentes entre los dos poderes que constitucionalmente más inciden en el Derecho penal. El desequilibrio o el desacuerdo entre ambos puede ser ciertamente una causa de la ineficacia del Derecho penal, pero también un dato a tener en cuenta para analizar el papel que tiene el poder judicial en la configuración de una Política criminal, que constitucionalmente tiene vedada.²⁹

3. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*

Y si todo lo que acabo de decir respecto a la formalización del Derecho penal material es importante a la hora de interpretar y aplicar la Ley penal, con igual o mayor razón debe tenerse en cuenta cuando se instruya una causa o se ponga en marcha un procedimiento penal hasta llegar a la condena firme de un imputado. Desde luego, la *búsqueda de la verdad*, es decir, la averiguación de los hechos constitutivos de delitos y la autoría de los mismos, es una tarea fundamental del proceso penal. Pero esta búsqueda no puede hacerse a toda costa o a cualquier previo. Hay hechos, cuya comprobación empírica podría ser fácil, si no existieran determinados principios jurídicos que prohíben la utilización de medios investigadores que violen derechos fundamentales.

²⁹ Un claro ejemplo de esta clase de discrepancia, ha dado lugar a la reforma del nº 4 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, operada por LO 1/2009, de 3 noviembre, por la que se restringe el ámbito de competencias de la Jurisdicción española, en relación con la aplicación del principio de Justicia universal, consagrado en dicho artículo, evitando así que la Justicia española (o mejor dicho, la Audiencia Nacional) se convierta en una especie de Tribunal internacional para juzgar cualesquiera de los delitos mencionados en dicho artículo, pero sobre todo los de Genocidio y Lesa Humanidad, cometidos por extranjeros fuera del territorio nacional, exigiendo, entre otros requisitos, que se de “un vínculo de conexión relevante con España” (sobre el alcance de esta reforma, véase Isidoro Blanco Cordero, *Sobre la muerte de la jurisdicción universal*, en Revista de Derecho penal, nº 12, 2009).

En el moderno proceso penal del Estado de Derecho existen las llamadas "prohibiciones probatorias", entre las que destaca la prohibición de la tortura como forma de obtención de pruebas incriminatorias. Esta prohibición tiene rango de prohibición absoluta, invalidando cualquier prueba que se haya obtenido, directa o indirectamente, a través del empleo de tortura.³⁰ Frente al sistema probatorio utilizado por la Inquisición, del que en los murales del Palacio Presidencial mejicano Diego Rivera dejó muestras impresionantes, el proceso penal acusatorio del Estado de Derecho pone por encima de la búsqueda de la verdad la dignidad e integridad moral de la persona del acusado, aunque se trate de alguien acusado de un delito de la máxima gravedad. El derecho a permanecer en silencio, a no declarar contra uno mismo, a la presencia de un abogado en los interrogatorios y a ser informado de los cargos de los que se le acusan, son una consecuencia directa de la prohibición de la tortura, y deben ser observados a toda costa so pena de nulidad de las pruebas obtenidas mediante violación de estos derechos.

Sin embargo, sí pueden ser valoradas como pruebas los datos obtenidos mediante intromisión legítima en algunos otros derechos como el de la intimidad, me refiero especialmente a la entrada en domicilio, el registro de papeles y la apertura de la correspondencia, incluidos los mensajes electrónicos, y la grabación de imágenes y conversaciones privadas telefónicas. Pero en estos casos, la importancia del derecho a la intimidad y a la privacidad requieren para la obtención de estas pruebas de una serie de garantías, entre las que se encuentran sobre todo la intervención y el control judicial, la limitación en el caso de empleo de las escuchas telefónicas a la investigación de los delitos graves, la autenticación del procedimiento empleado, etc, sin las cuales la prueba obtenida no puede ser admitida como tal, por mucho que materialmente reflejen hechos delictivos.³¹

³⁰ Véase Muñoz Conde, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal del enemigo*, Buenos Aires 2008 (también publicado en Revista Penal 2008).

³¹ Sobre los límites jurídicos a la valoración de este tipo de pruebas, véase Muñoz Conde, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, 2ª ed., Buenos Aires 2007 (también publicado en Revista Penal, 2007).

En definitiva, en la búsqueda de la verdad³² los Jueces están vinculados a los hechos que pueden ser constitutivos de delitos e intentar averiguar la responsabilidad penal de los que los realizaron, pero en esta tarea, además de a las leyes de la lógica y científico naturales, también están vinculados a la ley y a los derechos y garantías fundamentales del imputado en el proceso penal.

Todo lo que acabo de decir parece elemental y debe ser conocido por cualquier jurista y por cualquier ciudadano de un Estado de Derecho, porque constituye la médula del mismo, y por eso mismo se recoge en los textos jurídicos fundamentales, nacionales e internacionales. Sin embargo, a pesar de su carácter básico y fundamental, se está produciendo en los actuales momentos una importante brecha que poco a poco va agrietando los cimientos del Estado de Derecho, y la principal consecuencia de ese debilitamiento de los principios es la presencia cada vez más evidente en la legislación de muchos países de un Derecho penal especial; un Derecho penal que conscientemente pretende hacer tabla rasa de estos principios fundamentales y que se justifica como un Derecho de lucha para los tiempos de cólera que vivimos en los momentos actuales.

Desde luego, esto no empezó el 11 de septiembre del 2001 con el atentado terrorista a las Torres Gemelas de Nueva York, pero no cabe duda de que ese atentado constituye todo un símbolo que determinó un antes y un después, a partir del cual se puede decir que todo ha comenzado a cambiar.

Así, desde el primer momento, se aprobó en el Estado vecino una Ley (la llamada Acta Patriótica), que claramente desmontaba principios básicos del Estado de Derecho, adoptando medidas que conculcaban y conculcan derechos fundamentales a la intimidad, a la integridad física, al *habeas corpus*, a un Tribunal de Justicia ordinario. Las torturas en la prisión de Abu Chraig, la privación de los derechos básicos reconocidos en la Convención de Ginebra a los detenidos en la base de Guantánamo, los juicios de los mismos ante Comisiones militares, han sido los casos más evidentes y conocidos directamente provocados por esa Legis-

³² Véase Muñoz Conde, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3ª ed., Buenos Aires, 2008.

lación excepcional. Las cárceles secretas y los transportes clandestinos utilizando a otros países han sido otros menos conocidos.³³

Es verdad que los propios tribunales norteamericanos, y concretamente la Corte Suprema USA ha anulado algunas de estas disposiciones y que la Administración Obama dio órdenes para se investigaran estos abusos o en todo caso para que cesara los más sangrantes, pero el centro de detención, verdadero campo de concentración, de Guantánamo, sigue existiendo y ahora con la Administración Trump es de temer que incluso se amplíe, o que se creen campos similares para acoger a los emigrantes ilegales procedentes de Centroamérica.

Pero la cólera y el miedo no sólo no han cesado en ese país, sino que tras el acceso de Donald Trump a la Presidencia se han convertido en un pretexto para que se adopten cada vez medidas más duras contra la emigración ilegal y se proponga incluso para luchar contra la misma la construcción de un Muro entre Estados Unidos y Méjico. Y lo que es peor es que estas tendencias autoritarias y limitadoras de los derechos humanos se han extendido a otros países, tanto en Latinoamérica (caso de Brasil con su nuevo Presidente Bolsonaro), como en países europeos (como Hungría, Polonia o Italia), en los que por doquier, para evitar el ingreso de personas que huyen de las guerras y de la pobreza existentes en sus países, se crean leyes de excepción o medidas anti emigratorias que conculcan derechos fundamentales, llegando incluso, como es el caso de Italia, a que el Ministro de Interior Salvini, niegue permiso para que atraquen en los puertos italianos a los barcos que recogen a emigrantes en pleno Mar Mediterraneo cuando están a punto de morir ahogados—.

Lo mismo sucede cuando se utiliza el terrorismo nacional e internacional como pretexto para crear leyes penales que socavan principios básicos del Derecho penal del Estado de Derecho, introduciendo en los Códigos penales instrumentos legales que no están en consonancia con esos principios. La pregunta que queda en el aire es: ¿Puede luchar el Estado de Derecho contra sus enemigos utilizando armas que no son lícitas en el Estado de Derecho?

³³ Véase Muñoz Conde, *La situación de los Presos de Guantánamo*, en *Teoría y derecho*, n.º 3, 2008 (también recogido en Muñoz Conde, *De las prohibiciones probatorias* cit., pp. 129 ss.

Me temo que la respuesta a esta pregunta puede ser contestada positivamente por muchos sectores de la población, pero también de la política y de la Justicia y el Derecho; y no me extrañaría que alguna Oficina de los Servicios de Seguridad de la Policía y del Ejército, se esté preparando para una guerra total contra el enemigo, en la que se pueden emplear todos los medios, lícitos e ilícitos, con tal de ganarla.

Esto es lo que propugna, o por lo menos lo que constata como una realidad inevitable, el Profesor alemán Günter Jakobs, cuando habla de la necesidad de admitir, incluso en las sociedades democráticas configuradas como Estados de Derecho, un “Derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*), que se caracterizaría por una derogación parcial o total de los principios y garantías básicas del Estado de Derecho, como el derecho del acusado a no declarar contra si mismo, a la presunción de inocencia, a no ser condenado con pruebas obtenidas ilícitamente, el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, castigando meras opiniones o conductas que ni siquiera de lejos ponen en peligro concretos bienes jurídicos, o el de proporcionalidad imponiendo penas desproporcionadas (“draconianas”) respecto a la gravedad del delito cometido.³⁴

Pero ¿qué pasará si a pesar de todo este desmantelamiento de los principios básicos del Estado de Derecho la guerra finalmente no se gana? ¿Cuáles serán las consecuencias que tendrá para el Estado de Derecho esta guerra contra un enemigo invisible que cada vez parece que

³⁴ Esta tesis en su formulación actual fue expuesta por Jakobs en un Congreso celebrado en Berlín en octubre de 1999 (véase Jakobs, *La Ciencia del Derecho penal ante los retos del futuro*, traducción de Teresa Manso, en Eser/Hassemer/Burkhardt, *La Ciencia del Derecho ante el cambio de milenio*, versión española de las Actas del Congreso de Berlín, coordinada por Muñoz Conde, Valencia 2004, pp. 59 ss.) y luego las ha mantenido a lo largo de estos diez últimos años, con ligeras variantes, en otras publicaciones. Al respecto me he pronunciado críticamente en diversas publicaciones, a las que me remito, véase Muñoz Conde, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, 3ª ed. Buenos Aires, 2008, (hay traducción alemana de Moritz Vormbaum, *Über das Feindstrafrecht*, Berlín 2005, y portuguesa de Karina Sposato, Sao Paulo 2007). También Muñoz Conde, *De las prohibiciones probatorias*, cit. Mas recientemente Muñoz Conde, *Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo*, en *Revista Penal*, 2010 (publicado como monografía en Méjico, Instituto de Formación Profesional, 2010).

tiene más fuerza y cada vez está más lejos de la derrota? ¿Cómo se distingue al delincuente amigo del delincuente enemigo a los efectos de aplicar uno u otro modelo de Derecho penal?

Mucho me temo que, si no se rectifica a tiempo, esta Política criminal suicida a la que actualmente estamos asistiendo, el resultado final sea un "Estado de Desecho", sobre cuyas ruinas habrá que empezar a construir de nuevo el verdadero Estado de Derecho. Una guerra, en definitiva, en la que todos perdemos mucho y apenas ganamos nada; o quizás sí: una paz débil y triste que más puede parecerse a la paz de los cementerios que a la de una vida civil alegre y confiada.

V. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL Y LA PROHIBICIÓN DE PENAS DRACONIANAS

Todo esto puede pasar, no sólo porque se desmonten los principios y garantías del Estado de Derecho, sino también porque quizás se tiene excesiva confianza en el papel del Derecho penal para acabar con los grandes males que aquejan a la Humanidad.

El refrán dice que "a grandes males, grandes remedios", pero esto no quiere decir que los remedios tengan que ser siempre los más contundentes, lesivos y agresivos de cuantos dispone la sociedad y el Estado de Derecho para combatir los problemas que plantea la delincuencia.

Ya antes he dicho que el Derecho penal no es más que la parte última de todo un proceso de socialización y control social, que comienza con la educación en el seno familiar y en la escuela, que sigue con el ejercicio de un trabajo digno y suficientemente pagado para vivir, y con el aprendizaje de normas sociales y jurídicas entre las que penales ocupan un lugar importante, pero último, pues de nada servirían éstas últimas si fracasan todas las anteriores,

Esto significa que muchos de los problemas sociales se pueden resolver sin tener que recurrir al Derecho penal. Siempre se ha dicho que la mejor Política criminal es una buena Política social, una mejor y más justa redistribución de la riqueza, una buena política educativa. Esto que difícilmente se puede conseguir en un solo país, es prácticamente imposible a nivel mundial.

Las diferencias entre países ricos y pobres son cada vez mayores en un mundo globalizado y las injusticias sociales provocan malestar y delincuencia.

En este caso la cólera no es la del Estado, o la de los políticos que lo dirigen, sino la de los menesterosos, la de los pobres, que se ven excluidos en un mundo en el sólo pueden participar como simples espectadores.

¿Sobre quiénes está recayendo si no la actual crisis económica financiera que se ha desatado el último año en pleno centro del mundo bursátil y bancario? ¿Cómo puede admitirse que sea el Estado con el dinero de todos el que salve la economía de los Bancos que se han dedicado a especular y a enriquecerse utilizando, incluso de forma fraudulenta, el de dinero de los clientes e impositores?

Probablemente, a más de uno se le ocurrirá que el papel del Derecho penal en estos momentos es el de encarcelar a los responsables de esta crisis y a los políticos corruptos que la han favorecido. Y no sería yo quien me opondría a ello. Pero creo que esta táctica de buscar algún "chivo expiatorio" que pague por los pecados de todos, sólo serviría para aquietar nuestros sentimientos de venganza, y para lavar algo la cara de un sistema neoliberal capitalista, cuyo complejo y deficitario funcionamiento está en el origen de la actual crisis económica.

¿Y después qué? ¿A esperar otra crisis? ¿Confiar en que un Derecho penal más duro intimide a los que en el futuro puedan volver a desencadenarla?

Mucho me temo que en estos momentos el Derecho penal no pueda servir para otra cosa que para castigar a algunos responsables (y quizás no a los más importantes) de la actual crisis, pero no para mucho más.

Y es que el origen de la misma no está en las insuficiencias del Derecho penal, sino en las entrañas mismas del sistema y en los fallos de los controles políticos y jurídicos que no han funcionado como teóricamente deberían haber funcionado, infiltrados por los grandes poderes económicos y sus prácticas corruptas.

Pero no nos engañemos, mientras sigan existiendo las actuales injusticias sociales, inherentes al propio sistema económico, poco puede hacer el Derecho penal para resolverlas. Al contrario, es posible que una vez más el Derecho penal se utilice para reprimir los movimientos

y protestas sociales de los sectores más débiles de la sociedad y más afectados por la crisis económica. Y una vez más se comprobará la verdad de aquella afirmación de que el Derecho penal es como “una red hecha para atrapar a los peces pequeños y dejar libres a los más grandes”.

1. La nueva Política criminal: La Tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo

Y esto es lo que en definitiva propugnan, aunque con distintas perspectivas y fundamentos, las dos tendencias que actualmente dominan la Política criminal a nivel mundial: La Tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo.

Ambas tendencias tienen en común que pretenden criminalizar conductas que ni siquiera merecen ser consideradas como delictivas, bien por tratarse de mera marginación social, bien porque ni de lejos ponen en peligro bienes jurídicos. Este afán criminalizador pervierte el principio de intervención mínima del Derecho penal y su principal consecuencia el principio de ofensividad material o de protección de bienes jurídicos.

Conforme a este principio, que ya formulé hace más de cuarenta años,³⁵ el Derecho penal sólo debe intervenir en casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, y siempre de forma proporcional a la gravedad del ataque y a la importancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. De acuerdo con ello un hurto nunca debe ser castigado con la misma pena de un homicidio doloso o un asesinato, y tampoco la tentativa de un delito debe ser castigada con la misma pena que un delito consumado. Pero tampoco deben ser castigadas penalmente conductas de mera marginación social que ni siquiera llegan al nivel de delictivas, como la mendicidad, la venta ambulante o la drogodependencia. La idea de la Tolerancia cero no tiene en cuenta las diferencias entre marginación social y conducta delictiva y pretende sancionar ambas con penas desalentadoras, más allá de la idea de proporcionalidad y de culpabilidad, simplemente porque considera que de

³⁵ Cf. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975 (reimpresión en Buenos Aires, 2000).

la una se pasa a la otra con facilidad y que es mejor atajar el mal en sus orígenes antes de que se transforme en un mal social de mayor entidad, convirtiendo así el Estado social en un Estado penal o policial, ahorrándose en gasto social lo que luego invierte en gasto policial y represivo.³⁶

Pero tampoco está muy lejos de esta tendencia el llamado Derecho penal del enemigo, que con el afán de luchar contra un “enemigo”, al que no se define con claridad, pretende adelantar la intervención del Derecho penal a conductas que ni siquiera constituyen un peligro para bienes jurídicos, sino meras manifestaciones de discrepancia ideológica o un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.³⁷

b) La pena de muerte y la reclusión perpetua en la lucha contra la criminalidad grave: La privación indefinida de la privación de libertad a través de las medidas de seguridad como sucedáneo de la reclusión perpetua.

Ambas tendencias político criminales tienen en común también la demanda de un endurecimiento de las penas más allá de la idea de proporcionalidad, sancionando las conductas delictivas con “penas draconianas”, entre las que naturalmente no se excluyen la *pena de muerte* y la *reclusión perpetua*.

Con ello ignoran dos principios que son consustanciales al Estado de Derecho: el principio de proporcionalidad y el principio de Humanidad. Es éste último el que ha hecho que a nivel mundial se haya proscrito la tortura y las penas inhumanas, crueles y degradantes, como la pena de muerte. Respecto a esta última es verdad que todavía existe y se aplica en los países más poderosos del mundo, que no quieren decir que sean los más justos, como los Estados Unidos de Norteamérica y la República Popular China. Pero también existen Convenciones internacionales que piden su abolición o su aplicación restrictiva, o, como es el caso en la Propuesta hecha por el Presidente del Gobierno español en su calidad de Presidente en el primer semestre del 2010 de la Unión europea, Sr. Rodríguez Zapatero, una moratoria universal de diez años. En general, y a pesar de los tiempos de cólera en los que vivimos, se observa

³⁶ Cfr. Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, 2001; también Hassemer/Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, Valencia 2003, pp. 328 ss.

³⁷ Cfr. lo dicho supra y nota 32.

una tendencia progresiva hacia su abolición.³⁸ Y las razones no son solo humanitarias, sino también pragmáticas. No se ha demostrado que con ella decrezcan los delitos mas graves, y además es irreversible y no permite corregir los errores judiciales que se cometen en su aplicación que son muchos. Pero sobre todo niega al ser humano el soporte biológico de todos sus demás derechos empezando por el de su propia dignidad y la posibilidad de cambio, de reinserción social y rehabilitación.

Esto último sucede también con el sucedáneo de la pena de muerte que es la reclusión perpetua; es decir, el internamiento de por vida en un centro penitenciario de máxima seguridad del condenado a ella. Es verdad que a diferencia de lo que sucede con la pena de muerte la reclusión perpetua es una pena bastante extendida en muchos países y en los países que han abolido la pena de muerte, como es el caso de la República Federal de Alemania. Pero conviene hacer algunas precisiones al respecto.

La reclusión perpetua, asumida literalmente como su nombre indica, supone una privación de libertad hasta la muerte del condenado a ella, y eso es tan inhumano o más que la propia pena de muerte, pues supone la muerte en vida del condenado, al privarle, salvo de su vida, de todos los demás derechos que le corresponden como ser humano; entre otros el derecho a cambiar, a rehabilitarse, al menos como posibilidad, un derecho que todo ser humano tiene por el hecho de serlo. Nadie es como era a los veinte, a los treinta años. Y menciono este tramo de edad porque es la edad en la que una prisión perpetua puede ser efectivamente perpetua. El condenado a esta pena que ya tiene cuarenta o cincuenta años, no va a cumplir más allá de los veinte o treinta que aún le queden de vida, que es lo que normalmente dura una pena de prisión de larga duración. Por tanto, la prisión perpetua sería tal principalmente para los delincuentes jóvenes entre los veinte y treinta años. Se les puede negar a este tipo de delincuentes en este tramo de edad

³⁸ Véase el libro colectivo, *Hacia la abolición universal de la pena capital*, coordinado por Antonio Muñoz Aunión, y editado por Luis Arroyo, Paloma Biglino y William Chabas, con una presentación de José Luis Rodríguez Zapatero, Valencia 2010. En este libro se recogen diversas contribuciones de representantes de varios países, en los que aún subsiste la pena de muerte, como Estados Unidos, China o Japón, en las que se exponen los diversos intentos y posibilidades abolicionistas.

la posibilidad de cambiar, la esperanza de modificar su conducta, de rehabilitarse?

Precisamente, este inconveniente es lo que ha hecho que en los países donde existe esta pena se hayan planteado dudas sobre su constitucionalidad, por su incompatibilidad con la idea de reinserción social que se considera hoy, incluso a nivel constitucional, como sucede en las Constituciones mejicana y española, como el fin primordial de la pena de prisión. Sin embargo, en estos mismos países se han venido produciendo en los últimos años una serie de reformas que, por la vía de la prolongación de la duración de la pena de prisión, están introduciendo de hecho la reclusión durante el período de vida que razonablemente puede vivir un ser humano. Así, por ejemplo, en la reforma ya aludida que se hizo del Código penal español en el 2003, se introdujo en el art. 76, 1 c) y d) para los delitos de terrorismo y alguno de ellos tenga asignada una pena de prisión de más de veinte años, y para el caso de que el sujeto haya cometido dos o más delitos cuando dos de ellos tengan penas de más de veinte años, la pena de prisión de hasta cuarenta años, restringiendo enormemente las posibilidades de la concesión de la libertad condicional en el último período de la condena, que, en todo caso no será inferior a treinta y cinco años, lo que supera incluso el cumplimiento efectivo que tiene la pena de reclusión perpetua en los países que aún la mantienen. Esta tendencia hacia el incremento de la duración de la pena de prisión, hasta convertirla prácticamente en perpetua, culminó en España con la reforma del 2015, que tras muchas polémicas, introdujo la pena de “prisión permanente reciclable”, aún pendiente de pronunciamiento sobre su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional español, La adición del término “revisable”, pretende salvar la objeción de que es una pena contraria al principio de “reinserción social del condenado” que recoge el art. 25, 1, de la Constitución española como fin primordial de las penas y medidas privativas de libertad, pero, en realidad, la posibilidad de una revisión dilatada hasta que por lo menos el condenado haya cumplido veinticinco o treinta años de cumplimiento efectivo, deja al albur de una posterior decisión judicial el que pueda o no ser revisada, quedando el condenado a la más absoluta incertidumbre respecto a cuál será la duración real de su pena, que, en todo caso, dependerá de criterios bastante inseguros respecto a si en ese tiempo consiguió reinsertarse o aún puede volver a reincidir.

Todavía peor es la regulación que tienen algunos Código penales mejicanos que prevén para algunos delitos de secuestro, homicidio cualificado, etc, penas de prisión que pueden llegar o incluso superar los cien años. Naturalmente, estos “sucedáneos” de la reclusión perpetua, son tan rechazables como la reclusión perpetua misma y constituyen una burla del espíritu resocializador que anida en las Constituciones de estos dos países.

La incompatibilidad de la reclusión perpetua con el principio resocializador que debe inspirar en todo caso la pena de prisión ha motivado que, por ejemplo, el Tribunal Federal Constitucional Alemán decidiera ya en 1977 que la prisión perpetua, prevista en el Código penal alemán como pena única para el asesinato o el genocidio, sólo es admisible si prevé su revisión a partir de los quince años de cumplimiento efectivo, permitiendo que tras ese periodo mínimo de cumplimiento el sujeto pueda obtener la libertad condicional o pasar a un sistema de semilibertad, si sus posibilidades de reinserción social son buenas. Y esto ha hecho que realmente ahora mismo haya un escaso número de personas condenadas a prisión perpetua que lleven más de veinte años en las cárceles alemanas.

Es verdad que en la misma Alemania se ha inventado una medida de seguridad, llamada de “internamiento en custodia de seguridad” (“Sicherungsverwahrung”) que permite prolongar diez años la primera vez e indefinidamente la segunda que se aplique a sujetos multirreincidentes cuando tras el cumplimiento de una pena de prisión superior a dos años subsiste la peligrosidad criminal del sujeto.³⁹ Este sistema, en todo caso sujeto a un estricto control judicial y a una revisión anual del pronóstico de la peligrosidad del condenado, una vez que el penado haya cumplido los primeros quince años de su pena, no deja de ser de todos modos cuestionable, porque además de ir muchas veces contra el principio de proporcionalidad, al permitir una larga o indefinida privación de libertad para sujetos que no han cometido delitos graves, se apoya

³⁹ Cfr. lo dicho supra en notas 15 y 16, respecto a la regulación alemana, y la sentencia del Tribunal europeo de Derechos humanos 19 diciembre 2009 que ha declarado contrario al principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables la aplicación retroactiva de esta medida que permitía la regulación alemana.

en unas bases científicamente poco fundadas como es el pronóstico de peligrosidad criminal de un sujeto.

En mi opinión, este sistema es también criticable porque en fondo no es más que una prisión perpetua encubierta y, de hecho, no tiene otra finalidad que la meramente asegurativa, sin el menor interés en la reinserción social del sometido a ella.

El sistema alemán incurre, a mi juicio, en el defecto, ya denunciado desde hace tiempo,⁴⁰ que tiene el sistema dualista puro, admitiendo, por un lado, que la pena viene limitada en su gravedad y extensión por la culpabilidad del autor del delito, para imponer luego una medida de seguridad de duración indeterminada basada sólo en el (incierto) pronóstico de su peligrosidad. El “fraude etiquetas” que este dualismo extremo supone, sólo puede ser corregido con el llamado sistema vicarial, en el que la medida de seguridad, caso de que sea necesario imponerla para precaver una peligrosidad del autor del delito, tiene que ser ejecutada antes que la pena, y su duración, que no puede ser superior a la de la pena misma, debe ser computada en la duración de la pena.

Este sistema vicarial que fue acogido en el art. 6 del Código penal español de 1995,⁴¹ no ha causado en la práctica, a pesar de las críticas que se han formulado contra el mismo,⁴² ningún incremento de la criminalidad o de la inseguridad ciudadana, o en todo caso no mayor que la que provoca la salida de la prisión de quienes sólo fueron condenados a esta pena. Otra cosa es que el sistema de cumplimiento, tanto de la pena, como de la medida de seguridad pueda ser deficiente o insuficiente para conseguir la rehabilitación del sujeto. Pero en este caso, y tratándose de una peligrosidad basada en una enfermedad mental sobrevenida, queda abierta la posibilidad del internamiento a través del correspon-

⁴⁰ Véase por ejemplo, Muñoz Conde, *Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht*, en *Goltdammer's Archiv* 1983, publicado después en versión española en diversos lugares, y recogido como capítulo en el libro: Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, citado en nota 2.

⁴¹ Art. 6, 2: “Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.

⁴² Véase, por ejemplo, Cerezo Mir, *Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal*, en *Revista Penal* 2008, p. 18.

ciente procedimiento judicial,⁴³ o, en los demás casos, asumir el riesgo de reincidencia que siempre puede darse tanto en el que sale tras haber cumplido su pena de prisión, como si sale después de haber cumplido la medida de seguridad. Lo que no me parece lícito es hacer recaer en el condenado los fallos del sistema de rehabilitación de los Centros en los que se cumplen las penas y/o medidas privativas de libertad, convirtiéndolo en un “chivo expiatorio” del sentimiento de miedo e inseguridad ciudadana, muchas veces fomentado por los medios de comunicación cuando está a punto de salir en libertad, tras el cumplimiento de la larga pena de prisión, un sujeto que fue condenado por un asesinato terrorista o por varios delitos de violación.

Tampoco la reciente reforma operada en el Código penal español por la ley del 2010 está exenta de objeciones, por más que en lugar del dualismo extremo del sistema alemán, introduzca con la medida de libertad vigilada del art. 106, 2, una especie de dualismo moderado, al que seguidamente hago referencia.⁴⁴ Ciertamente, esta medida no es una privación de libertad adicional tras el cumplimiento de la pena de prisión, como la custodia de seguridad del derecho alemán, sino de una restricción de la libertad, que implica que el condenado tras el cumplimiento de una pena (que puede ser por las razones ya dichas de hasta cuarenta años en caso de terrorismo y de veinte o más años en delitos sexuales graves), la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos, o de presentarse periódicamente en el lugar que el juez establezca, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, de residir en determinados lugares, la obligación de participar en determinados programas de tratamiento, etc. Pero aunque estas medidas tienen que cumplirse una vez cumplida la pena, para evitar que se puedan alegar que se aplican con efecto retroactivo, tienen que imponerse en el mismo momento de la sentencia condenatoria. Naturalmente, es probable que, tratándose de penas de prisión de larga duración, el pronóstico de peligrosidad que tiene que detectarse en el momento de la sentencia condenatoria, puede que haya desaparecido, y en ese caso

⁴³ Cfr. Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento civil española.

⁴⁴ Esta medida, con el nombre de “pena accesoria” y con un contenido muchos más duro, se encontraba ya recogida en el Anteproyecto del 2008, véase al respecto, Muñoz Conde, *Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto*, cit., pp. 113 y ss.

se faculta al Tribunal o Juez sentenciador (que sólo formalmente será el mismo) para que pueda suspender el cumplimiento de la medida, pero si esta peligrosidad subsiste, entonces se mantiene la medida que en su día se acordó por un tiempo de hasta diez años. Este régimen es difícilmente compatible con el sistema penitenciario progresivo que supone que el sujeto pueda pasar al tercer grado y gozar en el último tramo del cumplimiento de la pena de la libertad condicional, guante la cual el sujeto sí puede y debe, tal como prescribe el art. 90, 2 del Código penal español, ser sometido a la observación de determinadas reglas de conducta que coinciden con las medidas de la libertad vigilada. Y si el sujeto ha cumplido dichas reglas durante el período de libertad condicional, que sentido tiene que siga estando sometido todavía después del cumplimiento total de la pena a las medidas de la libertad vigilada previstas en el art. 106. Al final, la medida de la libertad vigilada introducida en la reforma del 2010 puede significar, sobre todo cuando se aplique tras el cumplimiento de una larga pena de prisión, una especie de control a perpetuidad del que en su día fue condenado y ya cumplió su pena. Y en el caso de los autores de delitos sexuales (que es el otro supuesto en el que se puede aplicar esta medida) el intento de evitar su recaída en el delito a través del sometimiento a programas de tratamiento debería haberse acometido cuando el sujeto se encontraba cumpliendo una pena, como una parte del tratamiento penitenciario, y no de forma adicional tras el cumplimiento de la misma.

En el caso de la custodia de seguridad del derecho alemán, la regulación es muchos más objetable, porque hasta la sentencia del Tribunal europeo de Derechos humanos podía aplicarse con efecto retroactivo, cuando el sujeto estaba a punto de salir en libertad tras el cumplimiento de la pena que le fue impuesta en su día, basándose para ello en una peligrosidad que en este caso ya no es la posdelictual, sino una predelictual intentando prevenir un delito que aún no se ha cometido. Conviene no olvidar que esta medida fue introducida en el Código penal alemán en 1933 por el régimen nacionalsocialista, que hizo de ella una fuente para el internamiento en campos de concentración y luego el exterminio ("Ausmerzung") de los delincuentes habituales y reincidentes, a los que

un famoso penalista de aquella época llamaba eufemísticamente “extranños a la comunidad”.⁴⁵

A mi juicio, la proporcionalidad de la reacción, sea pena o medida o medida de seguridad, con el delito cometido es un ingrediente fundamental de la idea de Justicia y, por tanto, del Estado de Derecho. En el ámbito de los delitos de menor gravedad esto supone que la pena o medida de seguridad no puede prolongarse más allá del máximo que permita el marco penal asignado al delito, pero una vez cumplida la pena de prisión impuesta, ¿qué sentido tiene prolongar la privación de libertad? La peligrosidad criminal ciertamente puede subsistir, sobre todo si las condiciones que llevaron al sujeto a delinquir (miseria, desempleo, conflictos familiares) siguen existiendo, pero el riesgo de que el sujeto vuelva a delinquir puede ser aminorado con otro tipo de medidas no necesariamente privativas de libertad, similares a las existentes en el sistema de la “probation”, como el tratamiento ambulatorio, la presentación a las Autoridades durante algún tiempo, la prohibición de visitar determinados, la ayuda a buscar un trabajo, etc, pero en lugar de como una forma adicional de control tras el cumplimiento de la pena, como una parte del tratamiento y como un requisito para pasar al tercer grado penitenciario y como preparación a la libertad durante el período de libertad condicional.

Y en el caso de los delitos graves el sistema de control adicional una vez cumplida la pena debe ser el mismo, aunque aquí las penas de prisión sin ser perpetuas, pueden tener una duración tan larga (veinte, treinta o más años), que no parece que sea necesaria una prolongación adicional de la privación de libertad.

Por supuesto, no me olvido de que en casos de delitos graves o incluso muy graves (homicidios, secuestros, robos y violaciones con resultado de muerte, asesinatos en serie, pero también genocidios y Crímenes contra la Humanidad cometidos por los dictadores), la idea de Justicia, la retribución, la prevención general y probablemente la especial también, exigen una respuesta punitiva contundente y no debe dejar nin-

⁴⁵ Para más detalles véase Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª ed., Valencia 2004, pp. 193 ss., (hay traducción al portugués de Paulo Basato, Sao Paulo 2004; y también una versión parcial al alemán de Moritz Wambbaum, Berlin 2005).

guna duda sobre la gravedad de estos hechos, y mucho menos ningún resquicio para la impunidad tan frecuente en los tiranos y dictadores de todo el mundo (algunos de ellos celebrados como héroes por buena parte de sus conciudadanos, o reconvertidos a la democracia cuando el cambio político así lo requiere).

Pero también aquí debe haber unos límites que además de la proporcionalidad tengan en cuenta derechos humanos elementales como la dignidad humana que los delincuentes no respetaron. Y, en todo caso, después de treinta años o más años de cumplimiento efectivo de una pena de prisión ¿qué necesidad hay de seguir privando de libertad al ya anciano, probablemente debilitado en su salud física y mental? Y al que milagrosamente haya conseguido durante ese tiempo rehabilitarse y haya modificado su actitud frente a sus semejantes, ¿por qué hay que seguir privándole de libertad tras el cumplimiento de una larga pena de prisión?

También la retribución y la prevención general deben tener unos límites que, en última instancia, no son otros que los de la propia dignidad humana, de la que no debe privarse nunca ni al más peligroso de los delincuentes.

VI. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

En todo esto la víctima ha sido ciertamente la gran olvidada del Derecho penal. Pero ello tiene también razones que lo avalan. El origen del Derecho penal está en la venganza, en la composición privada, en el tomarse la Justicia por la propia mano, en el sentimiento de cólera que produce en la víctima la injusta agresión del delincuente. Pero este sistema fue cediendo ante la idea de un Estado fuerte que en nombre de la víctima y de toda la sociedad castiga al delincuente. De este modo, la víctima, salvo en hipótesis extremas de legítima defensa, queda, como dice Hassemer,⁴⁶ “neutralizada” y en su lugar aparece el Estado y sus instituciones, la Policía, el Ministerio público, el Poder judicial.

⁴⁶ Véase Hassemer/Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, cit., pp. 177 ss.

Especialmente preocupante en estos momentos es la enorme tasa de victimización de las mujeres víctimas de malos tratos que muchas veces terminan en el femicidio, y también como víctimas de agresiones y abusos sexuales. Estos son hechos que han permanecido casi ocultos o en la más absoluta impunidad durante siglos, y que hoy en día, gracias a la mayor participación de las mujeres en la vida social, económica, profesional y política, han saltado a la primera plana de los medios de comunicación, como una realidad que ha dejado de ser invisible. La reacción de la mayoría de los Estados ha sido, una vez más, recurrir al Derecho penal ampliando su intervención más como medio represivo que como preventivo de estos problemas, incrementando el rigor punitivo, en línea con las tendencias político criminales de la Tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo. El ejemplo más reciente lo tenemos en las reformas penales habidas en España tras la aprobación de la Ley de Violencia de Género del 2004, en las que en lugar de profundizar en las medidas preventivas y de asistencia social, económica y psicológica de las víctimas de malos tratos que se prevén en esa Ley, se ha seguido la línea dura de incrementar las penas o crear nuevos tipos delictivos,⁴⁷ lo que no ha disminuido de forma relevante el número de víctimas, aumentando, en cambio, la actividad de los Jueces especialmente encargados de juzgar estos hechos, que se ven desbordados por el número de denuncias que diariamente llegan a sus manos, lo que les obliga a adoptar ya desde el inicio de los procesos medidas cautelares, aún si media sentencia firme, contra los hombres acusados de malos tratos. Es evidente que las víctimas, de malos tratos o de cualquier otro delito, no pueden quedar desprotegidas, pero también es evidente que su única satisfacción no puede ser sólo el castigo del delincuente. En el moderno Estado de Derecho hay muchas instituciones que se deben encargar de ayudar a las víctimas, de repararles el daño causado por el delito, cuando por las razones que sean no pueda hacerlo el delincuente; de brindarles asistencia y ayuda social, económica, psicológica y jurídica. Pero esta no es una tarea que corresponda primordialmente al Derecho penal. La ayuda a la víctima es una obligación de toda la sociedad, también del Estado, y esta ayuda no tiene por qué traducirse en un aumento

⁴⁷ Sobre la regulación de estos delitos en el Código penal español véase Muñoz Conde, *Parte especial*, cit., 21ª ed., pp. 179 ss.

del rigor punitivo o en una merma de los derechos fundamentales del delincuente presunto o ya condenado.

¿De qué le sirven a la víctima unos años más de cárcel o un trato inhumano para el delincuente que el infirió el daño, si éste queda sin reparar, si nadie le brinda la menor ayuda para reparar o mitigar su dolor?

En estos últimos años los movimientos "pro víctima" han tenido, sin duda, efectos muy beneficiosos al poner en primer lugar a grupos enteros de víctimas, tradicionalmente desatendidas, como las mujeres, los niños, las minorías étnicas, los inmigrantes ilegales, la población civil en caso de guerras, etc.

Pero este toque de atención no debe traducirse necesariamente en un mayor rigor punitivo o en una merma de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, sino en una mayor concienciación de la necesidad de ayuda a los más débiles, en una Justicia penal más rápida y efectiva. Si todo esto falla, de nada le servirá a la víctima que el delincuente sea castigado más allá de toda idea de proporcionalidad y con el máximo rigor punitivo, salvo de que lo que se trate sea de satisfacer su sed de venganza y la necesidad de pena de una sociedad que ve en el delincuente el "chivo expiatorio" que tiene que pagar por todos los males habidos y por haber.

VII. LA CRISIS INVOLUCIONISTA EN EL DERECHO PENITENCIARIO Y EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

La involución hacía un Derecho penal cada vez más autoritario y alejado de los principios básicos del Estado de Derecho y de una concepción humanitaria del Derecho penal, se nota sobre todo en ámbitos en los que, al menos teóricamente, se habían superado los planteamientos puramente retributivos y punitivos: en el ámbito del Derecho penitenciario y en el del Derecho penal juvenil.

Evidentemente, la Política criminal autoritaria que se viene observando en las últimas reformas legislativas penales ha determinado un abandono del espíritu resocializador con el que se hicieron las Leyes generales penitenciarias en la segunda mitad del siglo XX, en las que el principio de reinserción social del condenado a una pena o media privativa de libertad se convirtió, como se recoge en el art. 25, 2 de

la Constitución española y en el art. 1 de la Ley general penitenciaria española, en el fin primordial de la misma. Es evidente que una verdadera reinserción social está expuesta a muchas objeciones y no sólo de carácter ideológico,⁴⁸ pero al menos interpretándola como una declaración programática, puede servir para humanizar el rigor de las cárceles y hacer que las mismas provoquen la menor desocialización posible, ya que en una resocialización verdadera en las condiciones de vida de una prisión y en una situación no libertad es prácticamente imposible. Intentar que la cárcel no sea un centro puramente de custodia, ofrecer ayuda al condenado para superar los problemas que le llevaron a la delincuencia, etc, son posibilidades que se encuentran en casi todas las legislaciones penitenciarias modernas. Ello requiere, por supuesto, mejorar las condiciones de vida materiales de los reclusos, evitar su hacinamiento, disponer de un personal suficiente y suficientemente preparado no sólo para el control y vigilancia de los reclusos, sino también para su tratamiento, su educación, etc. Nada de esto es posible cuando, como sucede en España, la población reclusa se ha duplicado en los diez últimos años, hasta llegar a los casi 80.000 reclusos, aunque la cifra de criminalidad no haya aumentado en la misma proporción. Y este incremento se debe sin duda al incremento de las penas de prisión que se ha producido en las últimas reformas, sobre todo en los delitos que provocan más condenas a penas de prisión (delitos contra la propiedad y narcotráfico, principalmente), a la falta de alternativas eficaces a la pena, y la creencia ya bastante generalizada en la opinión pública y en la mayoría de los políticos de que lo mejor que se puede hacer con los delincuentes es apartarlos de la sociedad, internándolos en centros penitenciarios, cuya labor principal consiste en la pura custodia y vigilancia sin ninguna otra finalidad ulterior.

Otra tanto sucede con el Derecho penal juvenil, en el que parece que la idea de reeducación del menor, el superior interés del menor, el respeto al libre desarrollo de su personalidad, etc, que se enumeran en el art. 6 de la Ley española reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como principios inspiradores de la ejecución de las medidas

⁴⁸ Véase al respecto Muñoz Conde, *La resocialización del delincuente, análisis y críticas de un mito*, en Cuadernos de Política criminal, 1977; recogido luego como capítulo del libro *Derecho penal y control social*, cit. nota 2.

de seguridad, se ha ido abandonando poco a poco en aras de una mayor seguridad de la sociedad frente al menor delincuente. Tras quince años desde la entrada en vigor de esta Ley, y aún antes ya durante su *vacatio legis*, se han ido produciendo paulatinas reformas que han desfigurado sus principios inspiradores, hasta el punto de que ya han desaparecido preceptos que excluían la acusación privada por parte de la víctima del delito o la posibilidad de que se pudiera aplicar esta ley también a los menores entre 18 y 21 años, para finalmente agravar y prolongar el internamiento de los menores autores de delitos graves en centros cerrados, que puede alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis y diecisiete años, y de seis para los de catorce o quince, seguidas en ambos casos por un periodo de libertad vigilada.⁴⁹ Y por si todo esto fuera poco, se solicita desde muchos sectores, y no sólo de la opinión pública, un endurecimiento aún mayor de esta Ley, el que por ejemplo los menores autores de delitos graves pasen a cumplir las sanciones que se les impongan en centros de adultos cuando hayan cumplido los 18 años o que se rebaje la edad de responsabilidad penal a los 12 años. Y mientras tanto, el desempleo que azota sobre todo a la población juvenil, y el desarraigo social provocado por el difícil acceso al mercado de trabajo, sobre todo de los jóvenes procedentes de familias emigrantes, incrementa el nivel de criminalidad juvenil hasta cifras verdaderamente alarmantes, sin que al legislador se le ocurra otra cosa que endurecer cada vez más un sector del Derecho penal, en cuyas bases fundacionales está como elemento principal la idea de reeducación y de reinserción social antes que el castigo y la represión, porque es en este segmento de la población donde más se puede lograr todavía esta meta. En cambio, con las últimas reformas el Derecho penal de menores cada vez se parece más al Derecho penal de adultos.

⁴⁹ Sobre estas reformas operadas en España por leyes del 2003 (Gobierno conservador), del 2010 (Gobierno socialista), y del 2015 (de nuevo Gobierno conservador), me remito a la lectio magistralis que pronuncié con motivo de la concesión del Premio Silvia Sandano en la Universidad La Sapienza de Roma, el 26 de junio del 2018, publicada ya en traducción al alemán de Thomas Vormbaum en *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2018 (versión italiana aún pendiente de publicación).

VIII. CONCLUSIÓN

Y con esto llego al final de mi conferencia. Ciertamente, en estos tiempos de cólera, de irritación y miedo ante los actos de terrorismo, de corrupción económica y política, de crimen organizado y narcotráfico a gran escala, la tentación de recurrir a un Derecho penal autoritario, de sangre y de lágrimas, bajo el lema de Tolerancia cero y Derecho penal del enemigo o de cualquier otro similar, es grande. Y de ella no se libra ningún partido o grupo político, desde la derecha más conservadora hasta la izquierda más progresista.

El recurso a un Derecho penal duro y riguroso tiene, por supuesto, un valor simbólico evidente. Da la imagen ante la sociedad de que se toman los problemas en serio y de que están dispuestos a solventarlos con toda la contundencia. Y esto indudablemente da réditos electorales en una población asustada y encolerizada por el avance de la criminalidad.

Pero es que además las reformas penales no cuestan dinero, son muy económicas. Basta con introducir en el Código penal nuevos delitos, algunas penas de muerte y muchas de reclusión perpetua y asunto solucionado.

¿De verdad solucionado?

Mucho me temo que no. Sobre todo cuando muchos de los problemas que se quieren solucionar con el Derecho penal no son problemas del Derecho penal, sino de otra índole, o a resolver con otro tipo de medios. Pongamos sólo unos ejemplos:

¿Por qué no hacer una Administración pública más eficaz y transparente, además de condenar severamente a los corruptos que se coja con las manos de la masa?

¿Por qué no controlar mejor y más eficazmente a los centros de decisión económica y financiera en lugar de introducir en el Código penal nuevos y cada vez más sofisticados delitos económicos que no tienen otra vocación que la de no ser nunca o muy escasamente aplicados?

¿Por qué no cambiar la Política criminal en materia de tráfico de drogas, y en lugar de un incremento cada vez más ineficaz del rigor punitivo, no se pasa a una prudente y progresiva legalización del consumo de drogas bajo control sanitario y económico de los Estados a nivel mundial?

¿Por qué no intensificar la función educadora del Derecho penal juvenil en lugar de solicitar insistentemente en rebajar la edad de la responsabilidad penal y pedir que el joven delincuente condenado a temprana edad pase a cumplir su pena como un adulto cuando haya cumplido la mayoría de edad penal?

¿Por qué no invertir más en mejorar el nivel de económico y técnico de la Policía, no sólo en la persecución del delito, sino también en su prevención?

¿Por qué no mejorar nuestras prisiones y sus condiciones de limpieza, higiene y seguridad, haciéndolas humanamente más dignas y procurando, si no la mítica resocialización, al menos que no se conviertan en centros de perversión, de auténticas Universidades del crimen?

Reconozco que no tengo respuestas para estas cuestiones; pero se resuelvan o no, a corto o a medio plazo, habrá que insistir en que el "Derecho penal en tiempos de cólera" no tiene por qué ser un Derecho penal "encolerizado", brutal, cruel y despiadado, sino un Derecho penal respetuoso con los principios del Estado de Derecho y con los derechos humanos (también con los del delincuente). Puede que también este Derecho penal sea tan ineficaz como el otro, pero por lo menos habremos salvado la imagen y el patrimonio cultural más valioso de cuantos nos han legado los tiempos pasados del Humanismo y la Ilustración: la imagen de un Derecho penal humanitario que, al mismo tiempo, proteja los derechos de las víctimas y de la sociedad, sin perder también de vista el derecho del delincuente a ser tratado como un ser humano, respetando su dignidad y su derecho a reinsertarse socialmente una vez que haya pagado su deuda para con la sociedad.

Quizás todo esto suene a hueca palabrería o a una utopía inalcanzable, pero no quiero perder la esperanza de que alguna vez esto pueda ser así y me daría por satisfecho si hubiera contribuido a ello, aunque sea en escasa medida y dentro de la modesta función que he desempeñado como Profesor de Derecho penal durante casi medio siglo. Sólo me queda esperar que en un futuro no muy lejano, que de todos modos ya no veré, la coordinación entre los distintos poderes del Estado en el ámbito del Derecho penal, por tanto, entre el poder legislativo y el judicial, pero también con el ejecutivo, se consiga un Derecho penal más justo y eficaz que el que actualmente tenemos, al mismo tiempo que paralelamente se consiga una sociedad más justa e igualitaria, en

la que se erradique definitivamente las lacras sociales que desde hace siglos vienen azotando a las partes más débiles y desamparadas, sobre las que tradicionalmente recae el Derecho penal incrementando aún más la desigualdad y la injusticia social. Muchas veces habrán oído ustedes frases grandilocuentes que pretenden dar una idea de esplendor de la Justicia penal, tales como "el que la hace la paga", pero ya tengo la suficiente edad y experiencia para saber que una sociedad plagada de injusticias y desigualdad, hay algunos que pagan demasiado, incluso más de lo que deben, mientras que otros no pagan nada o incluso sacan muchos beneficios de las fechorías que cometen.

HOMENAJES & CONGRESOS

Esta obra reúne estudios redactados por destacados juristas procedentes de Argentina, Costa Rica, Cuba, España, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Perú. Los capítulos del libro fueron la base de sus intervenciones en la Jornada Académica Internacional celebrada en el Parlamento Latinoamericano ubicado en la ciudad de Panamá, el pasado mes de octubre del 2018. En el marco de esta actividad tuvo verificativo la entrega del doctorado honoris causa al profesor Francisco Muñoz Conde, Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, conferido por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica de Nicaragua (INEJ). El reconocimiento por su inmensa producción científica ha sido el principal motivo para acopiar las versiones escritas de las conferencias dictadas en la Jornada y otros textos, como testimonio de la gratitud y el aprecio que se profesa al jurista hispalense. Este volumen ofrece una inmejorable oportunidad para conocer las más novedosas perspectivas doctrinales analizadas en aquella ocasión y que, sin duda, servirán de marco orientador de nuevas investigaciones.

**En ocasión del Doctorado Honoris Causa conferido a *Francisco Muñoz Conde*
por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua**



tirant
lo blanch



978-84-1313-892-3



9 788413 138923