

¿ESTADO DEMOCRÁTICO O ESTADO AUTORITARIO? (Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal)*

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Introducción. 2. Anteproyecto de Código penal de 2008 y Política Criminal. 3. Conclusiones. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

He adoptado como rúbrica de estas notas la alternativa con que Franz Neumann titula una de sus espléndidas investigaciones sobre la estructura del poder en las sociedades cuya economía está en manos del gran capital, del que él llama “capital monopolista”.

Como es sabido, Neumann perteneció al llamado “círculo externo” de la Escuela de Frankfurt, de cuyo núcleo (Marcuse, Horkheimer, etc...) acabó separándose porque, tras averiguaciones empíricas a las que la historia parece haber dado la razón, negó que la economía alemana del período nacionalsocialista pudiese caracterizarse como “capitalismo

de Estado”: por el contrario, sostuvo junto a Kirchheimer que la primacía de los intereses del capitalismo privado sobre la gerencia estatal de la economía nunca se había quebrantado. Y, si eso fue así frente a un poder político tan fuerte como el nacionalsocialista, ¿qué no habrá de suceder en el marco, relativamente frágil, de un gobierno democrático?

Al maestro de la teoría política que fue Neumann no le importaba tanto el gobierno como la estructura del poder; y, a lo largo de su extensa obra, puso de manifiesto que el poder no se identifica con el gobierno, sino que es el resultado de un compromiso entre fuerzas políticas diversas, con deseos e intereses contrapuestos, que producen resultados incongruentes.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “La libertad como proyecto de convivencia: fundamentación y crisis” del Ministerio de Educación y Ciencia (Nº ref. SEJ 2005-0380).

Pero ¿a qué vienen tales reflexiones genéricas sobre el poder a propósito del análisis de algo tan específico como un Anteproyecto de Código Penal? Para responder a esa pregunta cabrá recordar, en primer término, que la pena es la manifestación más fuerte del poder, su “última ratio” como a menudo se dice en la Academia, hasta el punto de que un sociólogo norteamericano decía, no sin razón, que el verdadero poder es el de meter a otro en la cárcel.

Esto sentado, cabe decir, en segundo lugar, que hay algo en este Anteproyecto que llama poderosamente la atención y que, quizás contra los deseos de quienes lo redactaron, lo convierte en emblema de una determinada política criminal, o sea, de un modo determinado de concebir los fines del poder punitivo del Estado (esto es, de su poder más fuerte) y regular su ejercicio. De ahí que, al discutir en términos generales la configuración del poder punitivo, se plantee claramente la alternativa que estudiara Neumann, la alternativa entre el Estado democrático y el Estado autoritario. La virtualidad simbólica de este Anteproyecto nace de un hecho muy simple: si se convirtiera en ley, daría lugar según una opinión generalizada, a lo que el diario “El País” llama “el Código Penal más duro de la democracia”; y esa dureza se anuncia el mismo día (15 de noviembre de 2008) en el que, en el precitado periódico, el Delegado del Gobierno para la Comunidad Valenciana anuncia que la delincuencia ha descendido con respecto al año anterior. El endurecimiento de las penas no obedece, pues, a tratar de combatir un incremento de la delincuencia que no se ha producido. La Exposición de Motivos del Anteproyecto trata de explicarlo en términos técnicos o de tutela de intereses generales; pero, aunque esos argumentos puedan justificar algunas previsiones del Anteproyecto, en modo alguno justifican ni excusan, en general, el incremento de la represión que se propone.

La Exposición de Motivos, al tratar de justificar el texto, dice que, aun reconociendo que la estabilidad es una de las piedras angulares del sistema penal, (¿cómo podía, sin ella, des-

empeñar el papel de “Constitución negativa” que le corresponde?) “puede tener, sin embargo importantes efectos perniciosos si no existe una constante preocupación del legislador por responder a las demandas de la sociedad”. Para los autores del Anteproyecto esas demandas se concretan a partir de diversos e infortunados sucesos, entre los que se menciona expresamente, en el ámbito de los delitos sexuales, el acaecimiento, en los últimos tiempos, de casos de especial gravedad.

La alusión no puede ser más clara: la “demanda social” es una lógica expresión de solidaridad ante el dolor de algunas víctimas de conductas execrables, frente a las que brotan sentimientos de repulsa y de venganza, fácilmente manipulables por poderes fácticos.

Pero, la libertad no es un mercado en el que el legislador tenga como objetivo satisfacer esas demandas. Es más, el Estado surge como una institución que se impone a esos sentimientos y deseos y sustituye la reacción impulsiva de los afectados directa o indirectamente por el delito, por una respuesta racional. Esa respuesta racional —la pena— parte de la idea de que la libertad —incluso de la libertad del imputado— ha de ser sacrificada lo menos posible: por eso no deberían poder imponerse más penas que las estricta y absolutamente necesarias, según expresaran las primeras grandes Declaraciones de Derechos y exige la Constitución española de 1978, en virtud del principio de proporcionalidad.

En el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1992, que tuve el honor de redactar, se decía al respecto lo siguiente:

“Existe una suerte de “reflejo condicionado” de la opinión pública en el ámbito del Derecho punitivo, que se manifiesta en la reacción ante los atentados más frecuentes, si revisten alguna gravedad: frente a ellos surge, inexorablemente la idea de elevar las penas, de la que algunas veces se hace eco el legislador.

Pero, por ese camino pronto se rebasa el límite de la justicia; y, más aún, quiebra la eficacia de todo el sistema punitivo, que se basa en la idea —expuesta magistralmente por Bentham— de que *al orden de las infracciones, según su intensidad, ha de corresponder el de las sanciones, según su gravedad*. Un sistema penal que sancionase lo más

grave con la misma pena que lo menos grave y a ese resultado tiende el entendimiento primitivo de la prevención a que se acaba de hacer referencia, produciría efectos criminógenos."

Frente a la tendencia a adoptar una intervención penal máxima, se propugnaba entonces atenerse al principio de intervención mínima, esto es, a mantenerse en el espacio propugnado desde el Derecho Penal liberal.

Esa apelación al liberalismo, que entonces fue pacíficamente aceptada, podrá resultar hoy sorprendente a quienes han olvidado que los derechos constitucionales liberales pertenecen a la esencia misma del proceso democrático o, dicho de otro modo, que más allá de ellos (que constituyen el núcleo de lo que llamamos Estado de Derecho) no hay ninguna democracia posible: como ha razonado Habermas hasta la saciedad, democracia y Estado de Derecho se autoimplican, de modo que no puede hablarse de la una sin el otro; y cuando, por el recurso irracional a la pena se menoscaban las exigencias del Estado de Derecho se está menoscabando, a la vez, el sistema democrático y optando por un Estado autoritario.

Pero, quisiera ir aun más allá: con el máximo respeto hacia las víctimas de cualquier delito, y especialmente a las de los delitos más graves, ha de dejarse siempre muy claro que el fin de la pena no es curar las heridas que el delito produjo. La sociedad debe intentar curarlas, hasta donde sea posible, por los medios adecuados; es decir, por aquellos que puedan disminuir el daño sufrido y el dolor que le es inherente; pero la pena ha de limitarse a tutelar el ordenamiento jurídico, y sólo se justifica en la medida en que es útil para proporcionar esa tutela. Por eso si el Estado al configurar la pena procediera según los impulsos que nacen de las víctimas y de su entorno social, acabaría convirtiéndose no en el Estado de la justicia sino en el de la venganza; esto es, en el Estado totalitario que propugnara Carl Schmitt.

2. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 2008 Y POLÍTICA CRIMINAL

Como ya anticipa la rúbrica, no trataré de analizar con detalle el Anteproyecto; sino que sólo pretendo destacar algunos aspectos que, a mi juicio, ponen de manifiesto la línea política-criminal elegida. Mi rechazo de esa línea no implica la afirmación de que todos y cada uno de los preceptos del Anteproyecto sean censurables, por más que a simple vista pudieran ponerse objeciones a casi todos ellos.

A) LA LIBERTAD VIGILADA

En el número sexto del Anteproyecto se dispone que el apartado quinto del artículo cuarenta del Código Penal queda redactado como sigue: "la pena de libertad vigilada tendrá una duración de uno a veinte años". Y en el número octavo se añade al código un artículo 49bis que regula dicha pena en los siguientes términos:

- "1. La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesorio. Esta pena consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado siguiente, que el juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución. El cómputo de esta pena comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.
2. La pena de libertad vigilada llevará consigo todas o algunas de las siguientes obligaciones:
 - a) la de estar siempre localizable
 - b) la presentación periódica en el lugar que se establezca
 - c) la de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
 - d) la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida
 - e) la de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal
 - f) la de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior
 - g) la de no acudir a determinados lugares o establecimientos
 - h) la de no residir en determinados lugares
 - i) la de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza

j) la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

k) La de seguir tratamiento médico externo.

3. Para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios electrónicos que permitan localización y seguimiento permanente del reo.

4. Durante la fase de ejecución el Juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal, concretará las obligaciones del condenado, pudiendo modificarlas en lo sucesivo conforme a la evolución del reo, y controlará su cumplimiento, requiriendo periódicamente los informes que considere necesarios a las administraciones públicas correspondientes. Las demás circunstancias de ejecución de esta pena se establecerán reglamentariamente.

5. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, oídos el Ministerio Fiscal y el interesado, podrá en cualquier momento reducir la duración de la libertad vigilada o dejarla sin efecto siempre que en vista del pronóstico positivo de reinserción se considere necesaria la continuidad de las obligaciones impuestas.

6. En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a vista de las circunstancias concurrentes y oído el Ministerio Fiscal, podrá modificar las obligaciones, o bien deducir testimonio para proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 468."

Por otra parte, el número decimotercero del proyecto añade al código un artículo 57bis a tenor del cual la pena de libertad vigilada podrá imponerse cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos contra la libertad o indemnidad sexuales o por delitos de terrorismo.

Estamos ante unos preceptos que multiplican las posibilidades de control sobre el reo que se hallaban establecidas en los artículos 48 y 57 del Código Penal; y que las multiplican de una manera, cuando menos desproporcionada en su duración y caótica en su formulación.

Se trata de una pena caótica en tanto en cuanto empezamos por no saber siquiera, más allá de la denominación legal, si es una pena o una medida de seguridad, pues tanto su duración como su misma efectividad dependen de la presencia o ausencia de un *pronóstico positivo de reinserción*; es decir, del futuro como la medida y no del pasado como la pena. El legislador podría y debería haber discrimina-

do cuáles de las obligaciones que constituyen el contenido de la libertad vigilada son penas accesorias, que habrán de tener sus propias vías de extinción, o son medidas de seguridad, que habrán de depender, en efecto, del pronóstico; teniendo, además, muy en cuenta, que esa dependencia del pronóstico, es decir, de un conocimiento de los que, Wittgenstein denominaba "imponderables", cuya falta de seguridad coloca al condenado (y también al Juez) en una situación inaceptable. Se rompe, así, a la vez, con el sistema básicamente vicarial adoptado por el Código y con las reglas de proporcionalidad (básicamente el art. 6.2) con las que éste pretendía sujetar la medida de seguridad al Estado de Derecho, actuando con la "falta de claridad" con que, en nuestro tiempo, se intentan encubrir los abusos.

Por otro lado, no todas las medidas previstas son adecuadas para los delitos en los que es posible imponerlas: hubiera sido exigible al legislador que, en lugar de establecer esa suerte de noche donde todos los gatos son pardos, en la que a cualquier delito puede corresponder cualquier reacción penal, hubiese tratado de ser más específico.

Finalmente, cabe decir que la duración de las medidas pasa a ser muy superior a las que ya preveía el artículo 48 del Código Penal. ¿Para qué era necesario ese espectacular incremento? En mi opinión, por algunas razones que no me parecen aceptables, a saber: en primer lugar, para tratar de presentar la supuesta pena como un remedio efectivo frente a la delincuencia que intenta combatir; y, en segundo lugar para crear un *estigma* sobre ciertas figuras de delincuentes.

Pues, pese a su contundencia, no va a ser eficaz, o va a serlo en mucha menor medida de la esperada sencillamente porque la delincuencia sexual no se puede erradicar: nadie lo ha conseguido nunca; y para reducirla, el incremento de las penas no es la única ni la mejor opción; y no va a ser eficaz porque no vamos a ser capaces, o por lo menos es muy dudoso que vayamos a serlo, de establecer un sistema de vigilancia efectivo que no tenemos ni siquiera en materia de control de la conde-

na condicional. Establecer un sistema efectivo requiere unos medios y un tiempo de los que, hoy por hoy, no se dispone y un esfuerzo que no se va a poder llevar a cabo. No estamos, pues, ante una solución sino ante un desafortunado brindis al sol.

B) LA PUNICIÓN COMO ESTIGMA: DELINCUENCIA SEXUAL Y TERRORISMO

No voy a hacer una crítica completa de la configuración penológica que resultaría, en el ámbito de estos delitos, si el Anteproyecto llegase a convertirse en ley. Me limitaré, por obvias razones de tiempo y espacio, a subrayar dos aspectos que, en mi opinión, pueden servir de botón de muestra de lo que, en su conjunto, puede llegar a significar el Anteproyecto.

Por lo que a la *delincuencia sexual* respecta quiero destacar el castigo que se propone para los llamados pedófilos. El número vigésimo noveno del Anteproyecto modifica el número primero del artículo 183 del Código Penal castigando a los que realizaren actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años con la pena de prisión de 3 a 6 años. Me detendré en ese tipo básico, que procede comparar con las penas previstas para el abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis interviniendo engaño, castigado con la pena de prisión de 1 a 2 años o multa de 12 a 24 meses (art. 182.1); o con la pena de prisión de 1 a 5 años prevista en el modificado artículo 178 para el que atentare contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación. No es necesario un gran esfuerzo de raciocinio para concluir que la pena señalada al tipo básico de pedofilia, tan superior a las otras con las que se ha comparado, carece de toda justificación racional y obedece sólo al impacto de un caso concreto, en el que lo que está en juego no es el tipo básico sino la muerte ulterior de una niña, que ha podido producirse por la no ejecución temporánea de las penas impuestas por otros delitos a su agresor.

¿Qué tiene que ver ese hecho con la desmesurada elevación de la pena en los casos comu-

nes de pedofilia? ¿Acaso no sabemos de sobra, siquiera sea por las informaciones que nos llegan de otros países, cuál es el tipo más corriente de pedófilo? ¿Presenta quizás ese tipo usual algunos rasgos especialmente relevantes que hagan de él un homicida en potencia? ¿O más que valorar la gravedad del acto y la concreta personalidad del autor se trata de proyectar un estigma sobre toda una clase de individuos contra los que se hace recaer una reprobación social específica, una especie de odio personal, que nada tiene que ver con la justicia?

En ese sentido, poco cabe añadir respecto a la *delincuencia terrorista*, máxime tras lo decidido en el llamado “caso Parot”, en el que, con escasísimas protestas, el Tribunal Supremo ha sentado una doctrina generalmente aplicable, en virtud de la cual ya es posible, en ciertos casos, aplicar retroactivamente la ley penal en perjuicio del reo: que eso signifique una profunda quiebra del Estado de Derecho importa, al parecer, bastante poco a nuestra sociedad y a sus dirigentes; con lo que cabe decir que, en la confrontación, de la que tanto se habla, entre terroristas y demócratas, los terroristas van ganando la partida, pues sus adversarios son, cada vez, menos demócratas. Pero, volviendo al Anteproyecto, quisiera referirme especialmente a la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo y de las penas correspondientes que establecen los modificados artículos 131.4 y 133.2 “si éstos hubieran causado la muerte de una persona, lesiones de las previstas en el artículo 149, o bien cuando hubieren consistido en el secuestro de una persona”.

Hay una especie de descrédito de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal que, en mi opinión, obedece a impulsos, sentimientos y creencias metajurídicos difíciles de defender en Derecho. Pues, innecesario es decirlo, el juicio jurídico no es, ni puede ser, el juicio de Dios. La pena sólo puede justificarse por su necesidad; y esa necesidad se debilita, incluso hasta desaparecer, con el paso del tiempo. Los mismos hechos cobran significados distintos, las pruebas son menos fuertes y, sobre todo, después de muchos años, ni las personas ni sus circunstancias

son las mismas. La imprescriptibilidad significa hacer caso omiso de todo eso, sustentar una concepción del hombre y del mundo petrificada en el momento de los hechos que se declaran imprescriptibles: y, ni que decir tiene que, si es que eso puede hacerse desde una perspectiva democrática (esto es, desde una perspectiva incompatible con la idea de la pena como venganza), habrá de hacerse con sumo cuidado y, desde luego, sólo cuando responda a una necesidad palmaria.

No parece que ese sea el caso de los delitos de terrorismo, máxime cuando, al hallarse establecida la imprescriptibilidad meramente por la ley interna, es obvio que en cualquier momento puede sustituirse por una ley más favorable que, al serlo, tendría eficacia hacia atrás. Pues, con independencia de que se defienda la naturaleza sustantiva o procesal o mixta de la prescripción, la Constitución Española de 1978, en su artículo 9.3, al prohibir la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, parece imponer claramente (en relación con lo dispuesto en el artículo 15 del Pacto de Nueva York) la retroactividad de las favorables, con independencia de su naturaleza. A lo que cabe añadir que, desde la perspectiva de la imprescriptibilidad, no se entiende bien que junto a la muerte o las lesiones graves de una persona aparezca, también, el secuestro. ¿Acaso se trata de enviar a los posibles secuestradores el mensaje de que, hagan lo que hagan, esto es, pongan o no en libertad al secuestrado o secuestrados, su pena no prescribirá? No creo que ese sea un mensaje acertado.

Aquí también, como en el caso de la delincuencia sexual a la que se acaba de hacer referencia, parece que se trata, ante todo, de estigmatizar, de identificar enemigos y crear para ellos un derecho penal “especial”: algo así como lo que se ha llamado en la dogmática un “derecho penal del enemigo” que acaba prescindiendo, frente a quien resulta calificado de tal, de toda clase de garantías. Pues no se crea que la estigmatización agota sus efectos en el ámbito del derecho penal material; sino que, sin derogarlas, destruye las garantías procesa-

les básicas del Estado de Derecho. En efecto, tratándose de un presunto enemigo ¿cuántos jueces se atreven a ponerlo en libertad o a absolverlo si no consigue destruir los indicios más o menos fuertes que han llevado a acusarle? Desde luego, no todos; y, así, se produce una inversión, más o menos generalizada, de la carga de la prueba que amenaza con acabar con la garantía básica del proceso penal que es la presunción de inocencia.

C) PRESCRIPCIÓN Y NON BIS IN IDEM

Las consideraciones que acaban de efectuarse sobre la prescripción obligan a examinar la modificación del artículo 132.2 que se lleva a cabo en el Anteproyecto, relativa a la interrupción de la misma.

Dice al respecto la Exposición de Motivos:

“En el ámbito de la prescripción del delito, la disparidad de los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en recientes pronunciamientos ha revelado la necesidad de introducir una reforma en el Código Penal con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica. Para llevar a cabo esta tarea, se ha prestado especial atención a la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, estableciéndose que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable. Para entender que ello ocurre se requiere actuación material sustancial del Juez instructor o que ordene a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a la detención de aquella.

Se considera necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción puede tener la presentación de denuncias o querellas y para ello se opta por dar efecto suspensivo a dicha presentación siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de presentación.”

Ante esa declaración, sorprende, ante todo, que aparezca como justificación de la reforma la disparidad de criterios entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. ¿Acaso ignoraba quien redactó el Anteproyecto que tenemos una Constitución, la de 1978, según la cual la última palabra en materia de derechos fundamentales corresponde al Tribunal

Constitucional, cuyas decisiones obligan a todos, Gobierno, Parlamento y Tribunal Supremo? ¿O tal vez, lo que desconocía es que sólo el Tribunal Constitucional puede, en última instancia, decidir cuándo está en juego un derecho fundamental y cuándo no, sin que ni el Tribunal Supremo ni nadie pueda discutirle esa decisión, pues hacerlo sería tanto como situarse por encima de él justo en aquella materia en la que con mayor profundidad la Constitución Española le atribuye su defensa *erga omnes*?

Pero, más aún que ese revelador *lapsus* en la Exposición de Motivos sorprende la regulación que se da al artículo 132.2. Veámosla:

“La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable, comenzando a correr de nuevo el tiempo de prescripción desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena. El procedimiento se entenderá dirigido contra la persona referida en el momento en que se produzca actuación material sustancial del Juez Instructor o cuando éste ordene a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención.

La presentación de denuncia o querella ante un órgano judicial y contra una persona determinada, suspenderá el cómputo de prescripción, continuando el mismo desde el día de la presentación una vez que el órgano judicial correspondiente no la admitiere a trámite.”

El tema debatido en torno a la interrupción de la prescripción, versaba, precisamente, sobre si la denuncia o querella podrían interrumpirla; y el Tribunal Constitucional había decidido que no. El Anteproyecto parece atenerse a esa decisión en el primer párrafo del apartado 2 del art. 132; pero, en el segundo, dispone que la presentación de denuncia o querella suspenderá el cómputo de la prescripción que sólo continúa cuando el juez no las admite a trámite.

Así pues, la situación resultante es la siguiente: si se presenta una denuncia o una querella, la prescripción no se interrumpe; pero se suspende indefinidamente el cómputo del plazo de modo que, si el juez admite la denuncia o la querella 10 años, después el delito no ha prescrito todavía por más, que los plazos

señalados en el Código se hayan verbigracia duplicado. De modo que el segundo párrafo niega abiertamente el primero y establece un sistema en el que los derechos del presunto reo pueden quedar a merced de sus acusadores y, lo que es tanto o más grave, en el que la negligencia de los órganos estatales encargados de la persecución de los delitos perjudica, no a la acción penal con la que se trata de perseguirlos, sino a los derechos del imputado. Lo verdaderamente tranquilizador es que eso se hace, como dice la Exposición de Motivos que se acaba de transcribir, “con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica” ¡Es verdaderamente admirable que el prelegislador conciba la seguridad jurídica, no como seguridad de los derechos individuales, sino como aseguramiento del ejercicio de la acción penal! Cosa que, por otra parte no es ninguna novedad en nuestro ordenamiento, pues así se entendía ya en una Instrucción de la Fiscalía General del Estado.

Ni que decir tiene que la regulación propuesta es, no sólo inaceptable, sino inconstitucional por los cuatro costados.

No entraré a analizar el dislate (punitivo, pero también económico) que supone fijar, de modo generalizado, en 10 años el plazo de prescripción en los delitos contra la Hacienda Pública contemplados en los artículos 305 a 309 del Código en lugar de limitar ese plazo extraordinario —o cualquier otra configuración adecuada— a los casos en que, por motivo exclusivamente técnicos —y no de negligencia o astucia— el plazo normal imposibilite la persecución de los delitos; sino que me limitaré a esbozar un último apunte para tratar de perfilar hasta qué punto podrían quedar vulnerados los derechos constitucionales del acusado si el flamante Anteproyecto se convirtiese en ley. El añadido 385bis dispone que los que se agruparen de forma transitoria con el objeto de cometer delitos serán castigados con prisión de 1 a 3 años; pena que se impondrá en su mitad superior si los delitos fueran contra la vida, o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, el patrimonio o la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Ulteriormente, añade el precepto que las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.

Nótese, en primer término, que lo que se castiga no es una asociación ilícita sino una agrupación temporal para cometer delitos concretos; y adviértase, inmediatamente después, que en cuanto a los delitos de que se trata, la vieja asociación transitoria para cometer el delito de robo se ha convertido ahora en una ceremonia de la confusión en la que reciben un trato igual bienes jurídicos de muy diversa índole: si a ello se añade la proliferación de preceptos semejantes desparramados a lo largo del articulado del Anteproyecto, se convenirá conmigo en que eso no es hacer un nuevo Código, sino convertir el existente en un puro galimatías.

Pero, por encima de esas consideraciones, quisiera destacar que no en todo caso resulta permitido por el principio de proporcionalidad penar de ese modo la participación de varias personas en delitos concretos. Pues, si tales delitos no llegan a cometerse, estaríamos ante un acto preparatorio que, en general, sólo debería ser punible en los términos del art. 17 del Código Penal; y, si efectivamente se cometen, resulta inconstitucional y contrario al principio *non bis in idem* penar acumulativamente la preparación y la ejecución del delito, pues la segunda contiene inexorablemente la primera. ¡No parece sino que el precepto se ha introducido para que no quede ningún principio sin vulnerar!

3. CONCLUSIONES

Tras el 11-S y el 11-M, la libertad no está de moda, hasta el punto de que algún autor ha hablado de “la libertad olvidada” y ha señalado el terrorismo internacional como un desafío para los principios jurídicos de la vieja Europa. Incluso en España, donde nació la palabra *liberal* por oposición a *servil*, es decir, con un significado ligado indisolublemente a la defen-

sa de las que John Rawls ha llamado libertades básicas, se enarbola la bandera de Cádiz por un supuesto liberalismo económico, que no es una doctrina de la libertad sino que se ofrece sólo como un discutible camino para conseguir el bienestar material.

Bienestar material y seguridad material aparecen hoy en primer plano, acompañados de la animadversión a todo lo que los ponga en peligro, es decir, acompañados de un miedo a cualquier clase de riesgo; y la libertad, desde luego, comporta riesgos indudables.

Por ese camino se deslizan con facilidad políticos de todo signo, que no ven más allá de lo inmediato; y por ese camino se va construyendo un Derecho Penal que no se ajusta en absoluto a los ideales de la Ilustración ni a las exigencias de la democracia. El triunfo de ese Derecho Penal propio de un Estado Autoritario parece difícilmente evitable; pero no lo es. Y no lo es porque en su falsa promesa —implícita o explícita— de acabar con la delincuencia lleva escrito su fracaso, pues olvida que, como señalara Durkheim, la delincuencia es un fenómeno *normal*; esto es, un mal que dentro de ciertos límites hay que soportar a cambio de las innumerables ventajas, que comporta una sociedad libre; y que, cuando desciende por debajo de ciertos niveles, indica la existencia de un trastorno social muy grave, mucho más grave que la delincuencia misma (v.gr., la guerra o el Estado totalitario). De modo que cada paso dado en el sentido de incrementar irracionalmente las penas es un paso en falso, un paso inútil y antidemocrático.

Según cuenta Neumann, el 6 de enero de 1941, es decir, en circunstancias tan dramáticas o más que las presentes, el presidente Franklin D. Roosevelt proclamó las cuatro libertades: libertad de palabra, libertad de religión, libertad frente a la necesidad y *libertad frente al miedo*.

Por eso, cuanto más parecen adueñarse de la situación la desesperanza y el *miedo a la libertad*, más necesario resulta esgrimir *la libertad frente al miedo*, el aspecto *positivo* de la libertad, que tanto subrayara E. Fromm; ese

aspecto positivo que nos dice que no somos seres impotentes en manos de un destino inexorable, sino que podemos y debemos cambiar y mejorar el mundo en que vivimos. Las últimas

elecciones norteamericanas demuestran que los pueblos son capaces de asumir, e incluso de asumir con entusiasmo, ese discurso. A él debe Occidente su grandeza, y a él ha de vol-

ver, si es que es capaz de retenerla. De modo que parece que la política criminal de este país debiera dar un giro de ciento ochenta grados.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALBRECHT, P.-A.: *The Forgotten Freedom*, BWV, Berlín, 2003.
DURKHEIM, E.: *Las reglas del método sociológico*, Ed. Dédalo, Buenos Aires, 1964.
FAYE, J. P.: *Los lenguajes totalitarios*, Taurus, Madrid, 1977.
FROMM, E.: *El miedo a la libertad*, Paidós, Buenos Aires, 1959.
HABERMAS, J.: *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997.
NEUMANN, F.: *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*, Paidós, Buenos Aires, 1968.
RAWLS, J.: *El liberalismo político*, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1996.
VIVES ANTÓN, T.S.: *Métodos de determinación de la peligrosidad*, en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Fecha de recepción de originales: 28 de noviembre de 2008

Fecha de aceptación de originales: 1 de diciembre de 2008