

## EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián

Marzo 1999

97 - 104

# DESCRIMINALIZACIÓN Y DESPENALIZACIÓN REFORMA PENAL Y DESCRIMINALIZACIÓN\*

**Resumen:** A la luz de la reforma penal de 1983, se explica cuáles deberían ser los principios informadores de la nueva ordenación jurídico penal. Así, y tras cuestionarse cuándo es necesario asociar una sanción penal a determinados comportamientos, se debate sobre el contenido y efectos de la descriminalización, la despenalización, la desjudicialización y el principio de oportunidad, siempre buscando un adecuado equilibrio a nivel de bienes o valores protegidos y la intensidad punitiva asociada a los mismos.

**Laburpena:** Ordenamendu juridiko penalaren jarraipideak zeintzuk izan behar diren aztertzen da 1983-ko eraberritzea kontutan harturik. Hau hala izanik eta zenbait ekintzek zigorra ondorioztat noiz izan behar duten planteatu ondoren, kriminalizazio eza, zigor eza, judicializazio eza, eta egokiera jarraipidea aztertzen dira, askatasuna eta hainbat jokabideek, gizabanako eta gizartea kontutan harturik, duten zigorren arteko oreka mantenduz.

**Résumé:** Compte tenu de la réforme pénale de 1983, on explique les principes lesquels devraient informer le nouveau ordre pénal. Ainsi, et après remettre en question quand est nécessaire associer une sanction pénale à certains comportements, on débat du contenu et des effets de la décriminalité, la dépénalité, la déjudiciaireté et le principe d'opportunité, toujours en cherchant un adéquat équilibre entre les biens ou valeurs protégés et l'intensité punitive associée à ceux-ci.

**Summary:** In the light of the penal reform of 1983, the principles which must inform the new penal order are explained. In this way, and after arguing about when is necessary to associate a penal sanction with some behaviours, a discussion about the content and effects of the non-criminalization, the non-punishment, the non-judicialization and the principle of opportunity is presented, always looking for an adequate balance between the goods and values protected and the punitive intensity associated with them.

**Palabras clave:** Derecho Penal, Principios de Derecho Penal, Penología, Descriminalización, Despenalización, Desjudicialización.

**Hitzik garrantzizkoenak:** Zuzenbide Penala, Zuzenbide Penaleko Jarraipideak, Penologia, Kriminalizazio Eza, Zigor Eza, Judicializazio Eza.

**Mots clef:** Droit Pénal, Principes de Droit Pénal, Pénologie, Décriminalité, Dépénalité, Déjudiciaireté.

**Key words:** Penal Law, Principles of Penal Law, Penology, Non-criminalization, Non-punishment, Non-judicialization.

---

\* Cfr. *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1984, pp. 375-383, A. BERISTAIN (Comp.).

En mi opinión, el más grave problema con el que se enfrenta hoy el Derecho penal es el de conseguir un perfecto equilibrio entre libertad y represión punitiva de determinadas conductas, teniendo en cuenta paralelamente al individuo y a la sociedad.

Esta mañana, en la Facultad de Derecho, he tenido la oportunidad de exponer unos puntos de vista sobre la que, sin duda, será muy próximamente la reforma parcial del Código penal y cuyas líneas generales, con las observaciones que me he permitido formular, estimo acertadas. Tal vez, el orden cronológico de una y otra charla hubiera debido invertirse porque en este momento quisiéramos exponer cuáles han de ser, a nuestro juicio, los principios informadores de la nueva ordenación jurídico-penal y en la mañana de hoy he expuesto cuáles eran las líneas de la reforma. En este orden de cosas creo que es interesante dejar constancia de lo siguiente:

1º. El Derecho penal no debe jamás ser utilizado para defender principios morales, religiosos o ideológicos propios de sectores particulares de la sociedad. En este sentido se han expresado la mayor parte de los juristas, así el Prof. Marino Barbero Santos.

2º. La pena no puede aplicarse para alterar las íntimas convicciones de quienes las sufren y menos aún para obtener la adhesión, ni siquiera formal, de los penados a un determinado sistema organizativo social. Únicamente debe propiciarse el respeto a las más elementales normas de convivencia expresadas en el Código penal. De ahí la necesidad de que los Códigos penales deban ser textos que podríamos denominar universales, en el sentido de contemplar sólo las conductas rechazables, con generalidad, por la comunidad a la que se aplican.

3º. La libertad es un principio tan esencial (cfr. Constitución española) y de un valor tan trascendental que sólo excepcionalmente puede restringirse o limitarse. Por consiguiente es imprescindible evitar el protagonismo que hoy, por desgracia, tienen las penas privativas de libertad en los Códigos penales y entre ellos en el nuestro.

4º. Resulta también indispensable, como consecuencia de lo acabado de decir, utilizar otras penas de distinta naturaleza (arrestos domiciliarios, suspensión de condena, arrestos de fin de semana, privación de derechos, confiscación, retirada de permisos, multas (día-multa), trabajo en provecho de la comunidad, prohibición de contratación, etc.).

5º. El fenómeno de la descriminalización debe ser, en ocasiones, paralelo al de la criminalización. En definitiva, se trata de la neocriminalización a la que se refirió mi querido colega y amigo el Dr. Lopes Rocha (Portugal) o en expresión del señor Legros, recordada por el Prof. Levasseur, del “desplazamiento de las fronteras de la represión”. Pensemos en la delincuencia económica.

6º. El legislador no puede olvidar las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia, el derecho a un proceso con plenitud de garantías y sin dilaciones indebidas. Las estructuras judiciales deben, por tanto, conformarse para servir a estos mandatos de nuestro primer texto legal.

7º. Los Jueces y Magistrados deben, debemos, estar permanentemente constituidos en defensa de la Ley y en primer lugar de la Constitución, cuyos mandatos vinculan de manera directa e inmediata a todos los poderes y desde luego al Poder Judicial,

y por encima de nuestras propias convicciones debemos servir las concepciones legales y sociales en cada momento vigentes. En este sentido tenemos no sólo los preceptos constitucionales, lo que sería ya bastante y suficiente, sino también el artículo 3º del Código civil que ordena al intérprete descubrir el sentido y alcance de las normas teniendo en cuenta, entre otros datos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Creo firmemente –y no se trata de un apasionamiento nacido de mi pertenencia a ella–, que los Tribunales están dando constantes muestras de lo que podemos llamar lealtad a la Constitución y al ordenamiento jurídico establecido por ella.

8º. Las leyes y, si ello es posible, la sociedad, deben llevar a cabo las modificaciones estructurales oportunas para hacer menos favorables las circunstancias que pueden dar lugar a la delincuencia o al menos a determinadas formas de delincuencia. Es decir, me refiero a la política de prevención del delito: mejores sistemas educativos, más efectiva política informativa en orden a la planificación familiar, lucha efectiva contra el paro, transparencia total de la política económica, ayuda a los drogadictos, etc., etc. Todo cuanto se gaste en auténtica política de prevención, no formal sino efectiva, se ahorrará después en la represión de la delincuencia.

Y después de este preámbulo nos preguntamos:

1. ¿Cuándo es necesario asociar una sanción penal a determinados comportamientos?

La gente a veces compra y no satisface el precio, se compromete a llevar a cabo determinadas prestaciones y no las cumple y, sin embargo, el Derecho penal no interviene. Pensemos en las instituciones de la mora, en la indemnización de daños y perjuicios, en la nulidad de los contratos, etcétera, como correctivos a ciertos incumplimientos en el mundo de los negocios jurídicos. Encontrar una línea de separación entre el ilícito penal y los ilícitos administrativos, civiles, mercantiles y laborales es especialmente importante.

2. La vida comunitaria es cambiante, movable, dinámica. El Derecho debe caracterizarse por ese mismo movimiento de oscilación. No tienen por qué defenderse siempre y en todos los lugares los mismos bienes jurídicos, ni con igual intensidad. En una sociedad democrática deben fijarse, sobre las exigencias sociales legítimamente manifestadas, cuáles han de ser estos bienes (establecimiento del catálogo de delitos) y cuál su grado de protección (calidad y cantidad de penas a imponer: dosimetría punitiva, en definitiva).

3. En este sentido me parece de especial interés trasladarles los puntos de vista, que por supuesto someto al mejor criterio de quienes tienen la amabilidad de escucharme, mantenidos en la Ponencia General que tuve el honor de desarrollar, en representación de la Delegación española que presidió el Prof. Barbero Santos, en Aix-en-Provence, en las III Jornadas Internacionales de Defensa Social, bajo el título general de “reforma penal y despenalización”, con referencias a las posiciones que los ilustres juristas y penalistas de las naciones asistentes sostuvieron y en cuyas Jornadas hubo además una práctica unanimidad en los principales temas allí debatidos.

4. Me parece importante destacar dos cosas en este momento: una, que cuanto digo y expongo, lo hago como siempre con la mayor dosis de modestia posible, sin otra finalidad que buscar soluciones a problemas fundamentales, desprovisto de todo dogmatismo e intransigencia, y la segunda y última, que creo que en estos temas debe-

mos renunciar los juristas y aprendices de juristas, como yo, a plantear las dificultades y buscar las metas como asuntos exclusivamente referidos a los profesionales del Derecho, sino como problemas que afectan a todos los hombres y mujeres, sin distinción de actividades y de procedencias, y afirmando la necesidad de colaboraciones extrajurídicas.

Introduciéndonos ya en el tema, vamos primero a explicar las expresiones más utilizadas en esta Conferencia y alrededor de las cuales se va a desarrollar esta charla: descriminalización, despenalización, desjurisdiccionalización y “diversión” o principio de oportunidad. Aunque no es unánime la terminología, pretendo conseguir la mayor claridad posible y, de otro lado, apoyarnos también en la Ponencia de síntesis del Profesor Levasseur.

1. *Descriminalización*. Entendemos por tal todo proceso o decisión legislativa en virtud de los cuales se extrae del Código o de una ley penal una conducta en ellos incluida, eliminando, por tanto, de forma definitiva, la posibilidad de asociar a la misma una pena. Se trata, en suma, del fenómeno inverso a la tipificación o criminalización. Inclusión y exclusión de comportamientos en el Código penal o en las leyes de esta naturaleza significa criminalizar y descriminalizar respectivamente.

2. *Despenalización*. Consiste en una reducción cualitativa y cuantitativa de la pena. Por ejemplo, sustituir una pena de privación de libertad por otra de privación de derechos, o una pena de prisión por otra de arresto. En estos casos estamos en presencia de una desescalada en el sistema punitivo. En cierta manera, y con ciertas reservas, podría decirse que también se despenaliza cuando se establece un sistema de penas alternativas. Por ejemplo, una pena de arresto es sustituida por otra de arresto o multa. El sistema inverso sería el que condujera a un reforzamiento de sanciones penales.

3. *Desjudicialización o desjurisdiccionalización*. Supone sustituir los Tribunales penales, que juzgan siempre a través de un proceso penal, por otras instancias, bien de naturaleza jurídica no penal, o bien de tipo administrativo o incluso social, por ejemplo, médicos. En mi opinión, sin previa descriminalización no debe existir nunca desjurisdiccionalización. Otra cosa es que se logre el mayor perfeccionamiento del sistema judicial, y que a través del Jurado tenga el pueblo participación en la Administración de justicia (v. art. 125 CE.).

4. *Diversión o principio de oportunidad*. El principio de diversión implica conceder a las autoridades encargadas de la persecución de los delitos y faltas penales una opción para hacerla o no efectiva: generalmente se refiere al Ministerio fiscal. Esta facultad, a mi juicio, está llena de peligros graves y pudiera incluso atentar al principio de legalidad establecido en la Constitución Española (art. 25.1).

Fijados los términos del problema, veamos sus posibles soluciones:

*Descriminalización*. Pensemos, por ejemplo, en el adulterio y amancebamiento que dejaron de ser delitos en nuestro ordenamiento jurídico conforme la Ley de 26 de mayo de 1978, y en ciertas modalidades de aborto que en la reforma remitida muy recientemente por el Gobierno a las Cortes, resultan descriminalizadas, aunque en general se trata de “excusas absolutorias”.

Esta es la verdadera, y para mí única, descriminalización llamada también descriminalización “de iure”, es decir, decretada por la Ley, por el ordenamiento jurídico,

porque la “de facto” constituye un grave atentado al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE.), y una violación al principio de legalidad que ha de entenderse, y esto lo vengo manteniendo desde hace muchos años, positiva y negativamente: 1) Sólo son delitos o faltas las acciones u omisiones tipificadas como tales en la ley. 2) Todos los comportamientos análogos a los incluidos en los Códigos penales deben ser también incorporados como delitos o faltas, y 3) Todos los delitos y faltas deben ser perseguidos pues las cifras negras de criminalidad constituyen un motivo de grave decepción y desconfianza por parte del pueblo en el sistema penal y es lógico que así sea.

La descriminalización de facto que se apunta por algunos autores como una vía hacia la superación de la actual inflación penal, y que algunos defendieron en Aix-en-Provence es, a mi juicio, rechazable. Consiste en que la Policía, por ejemplo, deje de perseguir ciertos comportamientos, que el Fiscal cuando hubiera de actuar, en función de la ley, archive las actuaciones, o que incluso el Juez dicte una sentencia simbólica prácticamente absolutoria o incluso absuelva. Personalmente me explico y justifico esta actitud en ciertas situaciones excepcionales, jamás en un sistema democrático en el cual el legislador, si estima que el hecho no reviste ya caracteres de delito, lo que debe hacer es, sin más, extraerlo del Código penal. Por ejemplo, algunos delitos llamados contra la honestidad a los que se refirió con mucho acierto el Prof. Fernández Albor en las citadas Jornadas Internacionales.

La descriminalización y la despenalización en realidad pueden hacerse a través de la Parte General y de la Parte Especial, aunque en sentido restringido sólo es tal la que se desarrolla en relación de delitos y faltas en concreto, pero en la práctica la reforma de los principios puede tener una incidencia extraordinariamente importante.

En la Parte General (Libro I) se actúa a través de los principios ordenadores del Código, es decir, con proyección a todo él, siendo por consiguiente, como acabamos de señalar, más trascendental, a veces, que la descriminalización operada en los Libros II y III. Así podemos citar el principio de legalidad al que ya nos hemos referido, que incidirá más o menos en la descriminalización según esté o no firmemente sostenido. Igualmente el principio de culpabilidad es esencialísimo; también hay que referirse, en el mismo sentido, al sistema de penas: catálogo, duración, formas de aplicación, instituciones de sustitución de las penas, etc. La reforma del artículo 1º, según el Proyecto de 1983, supondrá en la práctica una extraordinaria descriminalización a pesar de no referirse en concreto a ningún delito, en razón precisamente a la modificación del principio de culpabilidad.

*Derecho juvenil.* (Que a mi juicio debiera abarcar desde los 16 a los 21 años). Creo que el Derecho penal juvenil es tan específico y requiere tal grado de individualización, que exigiría, tal vez, una política descriminalizadora también específica, porque no puede hablarse del Derecho penal juvenil como el Derecho de los mayores sin otra modificación que aplicar, una circunstancia de atenuación, aunque sea privilegiada. En este sentido quiero recordar las importantísimas aportaciones de los Profesores Beristain y Palacio Sánchez-Izquierdo.

*Efectos.* La descriminalización que, con acierto, definió en Aix-en-Provence mi compañero Jiménez Villarejo como la política penal consistente en incriminar sólo aquello que sea estrictamente indispensable para obtener y garantizar un nivel aceptable de bienestar social, renunciando a imponer, por la vía de la coacción penitenciaria, valo-

res no universales y haciendo desaparecer en nuestros Códigos ciertas ficciones, puede producir distintas consecuencias según cuál sea el signo de la decisión legislativa en orden a la naturaleza que se va a atribuir a la conducta descriminalizada. Veamos:

1. *Transformación en ilícitos administrativos.* El ilícito penal se transforma en ilícito administrativo. Por ejemplo, la conducción de vehículos de motor sin tener la correspondiente habilitación, hecho que la reforma de 1983 traslada al campo de la ilicitud reglamentaria. Las ventajas de este sistema consisten en: eliminar el estigma que la sanción penal conlleva, hacer desaparecer las inscripciones en el Registro de antecedentes penales, y evitar la posible vulneración del principio “non bis in idem”, tan frecuente en nuestro ordenamiento, desgraciadamente, y al que con acierto se ha referido el Tribunal Constitucional. *Inconveniente:* la diferente mentalidad del Tribunal y autoridades administrativas y la posible carencia en el mundo administrativo de las correspondientes garantías al proceso penal. En todo caso, hay que recordar que la Administración civil no podrá imponer, con arreglo al artículo 25.3 de la Constitución, sanciones que impliquen directa o subsidiariamente privación de libertad. En los casos de transformación en ilícito administrativo y como presupuesto básico hay que exigir que imperen los principios de presunción de inocencia, de legalidad, de culpabilidad, y la plenitud de garantía de garantías propias del proceso penal.

2. *Cambio de naturaleza.* Transformar algunos de los delitos públicos en semipúblicos o privados. Por ejemplo, en las III Jornadas se habló de los delitos contra la propiedad intelectual, de los atentados a la intimidad, etc. Por mi parte, tengo grandes reservas en el acierto de esta tendencia por dos razones que expresé en su día en unos Comentarios a la reforma de 1980. 1) Que pueden conducir a un chantaje; aunque Rodríguez Devesa estime, con razón, que casi todos los delitos se persiguen sólo por denuncia de la víctima, las consecuencias sin embargo en la práctica son distintas. Es diferente la presión que la “víctima” puede hacer al inculpado, en uno y otro caso. 2) Que favorece a las clases económicamente fuertes que al pagar la indemnización evitan el proceso y la pena. Levasseur se refirió en este sentido a que determinadas comunas, comunidades o asociaciones, pudieran realizar, en favor de quienes carecen de medios, estas ayudas. En este sentido, mi querida amiga y colega Jacqueline Bernat de Celis nos podría haber explicado muchas de sus eficaces y ejemplares actividades en este campo.

El Proyecto de 1983 parece no inclinarse por este camino (que en cierta forma había seguido el de 1980) al reducir incluso la efectividad del perdón en los delitos contra la honestidad hasta el momento de dictarse sentencia en la instancia (art. 443). Y, así, como en este tipo de delitos la institución del perdón puede tener precisamente una mayor justificación, en otros delitos la transformación de su naturaleza puede ser muy atentatoria a los principios de justicia.

En mi opinión, la existencia de delitos privados, en su acepción más genuina, ofrece, pues, más peligros que ventajas. Pero, el tema debe estudiarse desde luego con profundidad y examinar sus pros y sus contras.

*Despenalización.* Como ya hemos dicho, ha de entenderse como una simple desescalada, en la gravedad y/o cuantía de las penas dentro de un sistema jurídico determinado. Es decir, en estos casos el hecho sigue siendo delito, pero se pune menos. De reclusión se pasa a prisión, de prisión a arresto, o de arresto a multa, por ejemplo.

En este sentido, lo primero que hay que destacar es el fracaso del tratamiento penitenciario al que se refirió el Maestro Marc Ancel con la energía, la convicción y la generosidad en él características, y de cuyo fracaso tanto sabemos todos cuantos hemos dedicado gran parte de nuestra vida a la justicia penal, en mi caso primero como Juez y como Fiscal, y después como Director del Servicio técnico y jurídico de Instituciones Penitenciarias, hasta mi nombramiento para el cargo de Letrado de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. A pesar de todo, no debemos perder la esperanza (y ni el Prof. Beristain ni yo, que trabajamos juntos con ilusión, y él con ejemplar entusiasmo y eficacia en la preparación de la reforma penitenciaria, la vamos a perder), pero sabemos que es muy difícil obtener la llamada reinserción social. En este sentido, creo que hay que señalar tres cosas: 1) Que, a mi juicio, aun con la mejor buena fe, se confunde a veces el verdadero alcance de la reinserción, como ya he tenido ocasión de expresar en varias ocasiones, pretendiendo imponer un cambio en las ideas que sobre la estructura social tenga el preso. Hay que enseñar simplemente a vivir en libertad respetando el minimum exigible para conseguirlo, como así lo expresa nuestra Ley General Penitenciaria. (Me remito a los comentarios de García Valdés y Bueno Arús en este sentido). 2) Que la excesiva duración de las penas privativas de libertad es absolutamente contraproducente, y 3) Que en todo caso debemos conservar las mayores esperanzas en el tratamiento en un medio de libertad o semilibertad (artículo 45 del Reglamento de Instituciones Penitenciarias: Régimen abierto).

Por eso, hemos de iniciar la reforma reduciendo los supuestos a los que se asocie pena privativa de libertad, y reduciendo después la extensión de las penas. Impunismo no, pero tampoco destrozando la personalidad de quienes sufran las penas.

Cuáles sean los supuestos merecedores de penas privativas de libertad por la gravedad intrínseca de los hechos (asesinatos, homicidios, violaciones, secuestros, atracos, atentados a la salud pública, graves atentados a la economía nacional, etc.), o por las circunstancias del autor, es algo que debe meditar muy profundamente y que escapa de la finalidad de esta breve charla.

Las ventajas de la reducción de las penas privativas de libertad son muchas: 1) Se disminuye la pena más asocializadora y degradante. 2) Para los que hayan de sufrirla, se mejora la atención y cuidado, y puede realizarse una labor educativa (en el más amplio y noble sentido de la palabra) muy positiva, y 3) Se puede prestar una mayor atención a la víctima, que es siempre el convidado de piedra en esta representación y a la que debería, en cambio, otorgarse una preferente ayuda, de parte del culpable si puede hacerlo y, en su caso, del Estado; y creo que esto podría llevarse a cabo, y ya lo he expuesto en otras ocasiones, sin gasto alguno para el Tesoro Público.

*Desjurisdiccionalización.* Como ya dije, no se refiere el tema a si debe o no existir Jurado (tema resuelto por la Constitución en sentido afirmativo, aunque necesite de su correspondiente desarrollo; art. 125 CE.), sino a si deben ser los Tribunales quienes juzguen. En mi opinión, el problema se plantea después de descriminalizar, no antes. Si no hay descriminalización, no puede existir desjudicialización.

*Diversión.* Poco más puedo decir a lo que ya tuve oportunidad de expresar. No me gusta la idea de que nadie tenga el poder de perseguir o no en función de no se sabe qué criterios de oportunidad o conveniencia. El principio de legalidad se quebrantaría muy gravemente, y me temo que con grave daño social.

## CONCLUSIONES

1. Todos debemos ser llamados a colaborar en las tareas preparatorias de la gran reforma penal porque es algo que a todos nos afecta.

2. El problema fundamental que tiene planteado el actual Derecho penal es el de obtener un adecuado equilibrio, que hoy falta, a nivel de bienes o valores protegidos, y de intensidades punitivas asociadas a los mismos.

3. Para conseguirlo es imprescindible un doble proceso de descriminalización y criminalización.

4. Son varios los caminos a seguir una vez operada la descriminalización: remisión al Derecho administrativo o al Derecho privado (civil, mercantil y laboral). En este sentido se ha manifestado recientemente el Consejo de Europa, en cuyas actividades he tenido y tengo la gran satisfacción y el alto honor de participar.

5. La despenalización debe proyectarse a disminuir los delitos que lleven asociadas penas privativas de libertad, a reducir la extensión de éstas, y a crear nuevas penas con imaginación, siempre que se mantenga la dignidad de quien haya de sufrirlas y la eficacia social del castigo.

6. Sólo una ordenación armónica de todo el conjunto normativo será capaz de obtener resultados positivos.

7. Todo cuanto contribuya a una política de prevención ha de ser generosamente apoyado por todos.

8. La reforma de 1980 creemos que en su Exposición de Motivos (para mí modélica), está en la línea con las actuales exigencias tan generalizadas en el mundo al que cultural y geográficamente pertenecemos.

9. La reforma de 1983 nos parece también en sus líneas generales muy acertada, aunque, como ya dije en la primera conferencia, mantengo algunas reservas en orden a puntos muy concretos.

10. Creo que todos estamos de acuerdo en que unidos debemos luchar para construir un mundo en el que como tantas veces he dicho, y no me cansaré de repetirlo, se imponga la paz espiritual y social como consecuencia de la efectiva implantación de la Justicia.