

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián

Marzo 1999

243 - 252

LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. LA SOCIEDAD, DETERMINADORA DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL (Hacia un Derecho Penal más enraizado en la sociedad)*

Resumen: El Derecho penal debe ser reflejo de las inquietudes y sensibilidades sociales, la interpretación de la norma tiene que responder siempre al momento en que se verifica, pero también es necesario establecer unos principios con carácter universal e inderogable. Asistimos a un movimiento científico y legislativo que se caracteriza por extender las intervenciones del Derecho penal a ámbitos muy alejados de los intereses humanos tradicionalmente por él protegidos. En base a esto, se estudian qué proyecciones más intensas y cualificadas se producen de la sociedad, en cuanto suma armónica organizada de personas, y el Derecho penal.

Laburpena: Zuzenbide penalak gizartearen helburu eta sentsibilitatearen isla izan behar du, legearen interpretazioak baieztatzen den momentuari erantzun behar dio, baina jarraipide unibertsal eta aldaezinak finkatzea ere beharrezkoa da. Mugimendu zientifiko eta legelari baten aurrean gaude eta Zuzenbide penala gizakien interesetatik hurrin dauden gauzak babesteaz bereizten da. Hau ikusi ondoren, gizartearen gain ematen diren proiektzioak aztertzen dira, Zuzenbide penala eta pertsonen organizazioen batuketan oinarriturik.

Résumé: Le Droit pénal doit être reflet des inquiétudes et des sensibilités sociales, l'interprétation des normes doit répondre toujours au moment dans lequel elles se réalisent, mais il faut aussi établir des principes universels et indérogables. Nous assistons à un mouvement scientifique et législatif caractérisé par étendre les interventions du Droit pénal sur des domaines très éloignés des intérêts qu'il protège traditionnellement. Sur la base de cette réflexion, on étudie les rayonnements les plus intenses et qualifiées de la société, somme harmonique et organisée de personnes, et le Droit pénal.

Summary: Penal Law must be a reflection of social worries and sensibilities, the interpretation of the rule always have to respond to the moment in which it is verified, but also we need to establish some unrepealable and world principles. We witness a scientific and legislative movement characterized by extending Penal Law interventions to some fields far away from the humane interests that traditionally it protects. Taking this reflection as a basis, it is studied which are the more intense and qualified projections produced from society, as a organized harmonic sum of people, and Penal Law.

Palabras clave: Derecho Penal, Sociedad, Política Criminal, Criminología.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Gizartea, Politika Kriminala, Kriminologia.

Mots clef: Droit pénal, Société, Politique Criminelle, Criminologie.

Key words: Penal Law, Society, Criminal Policy, Criminology.

* *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 5 extr., 1992, pp. 287-296.

Tengo la impresión de que, muchas veces, las discrepancias que se observan entre los autores que reflexionan sobre un determinado tema, más o menos problemático, son más terminológicas y formales que de fondo.

Acaso, el Derecho penal es la parte del Ordenamiento jurídico que más problemas plantea, sencillamente porque es el que afecta a bienes o valores sociales más importantes. Prácticamente para un gran número de personas es absolutamente indiferente, si es que conocen la institución, el régimen jurídico del usufructo, o del uso y habitación pongo por ejemplo. En cambio, todo el mundo opina, porque tienen interés en ello –directo o indirecto– en el tema de la suspensión de condena, en los permisos penitenciarios o en el delito de tráfico de influencias, y nada digamos de la pena de muerte, cuyo fantasma resucita periódicamente, de las penas privativas de libertad o de las multas, inhabilitaciones, etc. De alguna manera todo ello forma parte de lo que se viene denominando seguridad ciudadana que, por supuesto, repetimos, interesa a todos, en mayor o menor medida.

Lo que no parece que pueda ofrecer duda es que en una sociedad democrática como la nuestra, el Derecho penal debe ser un reflejo de las inquietudes y sensibilidades sociales. Todo el Derecho, probablemente más el Derecho penal, ha de reflejar el sentir de la Comunidad.

El problema radica en detectar con fidelidad el pulso de la sociedad en cada momento histórico, pues no puede hablarse de situaciones eternas y para todos, al menos no puede hablarse así con carácter general. Por consiguiente, ha de aceptarse que la sociedad refleja esas exigencias a través de sus legítimos representantes que son los parlamentarios en el Congreso y en el Senado y en las Asambleas Parlamentarias en cada una de las Comunidades Autónomas.

Si los parlamentarios no son capaces, en algún caso, porque son humanos y porque la tarea es difícil y compleja, de asumir la voluntad del Pueblo, estaremos en presencia de lo que podemos llamar una responsabilidad política. En todo caso pregunto ¿Cómo se conoce bien esa voluntad? El sistema de referéndum es absolutamente excepcional y, además, no siempre es capaz de constituirse en reflejo de la misma, dependiendo mucho de la forma de redactarse la pregunta o preguntas que se formulen al ciudadano. Los medios de comunicación son un instrumento de inquietudes sociales y si se examinan en su conjunto pueden enseñarnos mucho.

Partiendo, por consiguiente, de esta realidad social: El Parlamento es el Pueblo que transforma sus inquietudes en un sistema coherente de normas a través de un Ordenamiento, ha de reflexionarse mucho sobre cómo, quienes han de aplicar las leyes, no sólo los jueces, pueden descubrir la voluntad popular y hacerla realidad legislativa, ejecutiva y judicial.

Parodiando con respeto la frase Orteguiana de “El hombre es el Yo y su circunstancia” hay que decir que el Derecho es también la norma y su circunstancia. Y ésta, la circunstancia, en este caso social, sí que ha de ser descubierta por el intérprete de la norma. Cuando el Código civil acude a la realidad social para integrar la tarea de aclaración del sentido y alcance de las normas con otros instrumentos está obligando al juez a descubrirla a través de cualquiera de los medios aptos para su conocimiento. El ejemplo lo he puesto ya tantas veces que siento vergüenza en repetirlo. Si nos situa-

mos en el año 1 y decimos que la norma Nº 1 más la realidad social da como resultado de una interpretación contextual, histórica, finalista y sociológica un Final 1, transcurridos diez años, si no ha cambiado la norma, pero sí la realidad social, el giro de ese Final que podemos llamar Final correspondiente al año N será consecuencia del cambio de sensibilidades, inquietudes y conformaciones de la sociedad.

En este sentido me parece de elemental justicia destacar que el tema de la protección de los derechos humanos y libertades públicas ha nacido en la sociedad y en una especie de acesión invertida, ha sido proyectada hacia los poderes públicos. Para el que está en el Poder no resulta siempre cómoda esta protección. De ahí la necesidad de un espíritu vigilante de la sociedad, sobre todo cuando los Estados no son auténticamente de Derecho ni Democráticos. El Prof. De la Cuesta, uno de nuestros juristas más sensibilizados con este problema, ha dicho: La plasmación, incluso a nivel constitucional, de la "incondicional sanción" de la tortura que, equiparada "a los más graves crímenes contra la humanidad y a los más repugnantes crímenes contra la paz, se alce como valladar infranqueable a toda pretensión justificadora de la misma constituyen una exigencia constante, en la obra del Prof. Beristain, reflejo de su incesante batallar en defensa del efectivo reconocimiento de los derechos humanos".

Es decir, la interpretación de la norma tiene que responder siempre al momento en que se verifica. La vida cambia, dice Rodríguez Devesa, y el Ordenamiento jurídico que es más que el conjunto de normas escritas, también.

Por otra parte, la sociología criminal considera el delito en su aspecto social y su parte descriptiva se ocupa de la criminalidad como fenómeno colectivo. A ella pertenece la llamada Geografía de la criminalidad. Por ello es tan importante un enfrentamiento a la delincuencia con criterios plurales para que la lucha pueda ser efectiva. La simple norma penal, sin despreciar su valor y su significación no tiene casi nunca toda la eficacia que de ella se espera.

Es curioso, en este sentido, una Ley española vieja de protección de la riqueza piscícola que castigaba ¡con reclusión menor!, la actividad contraria a los Reglamentos en este sector; es decir la muerte de los peces equiparada punitivamente a la muerte de una persona. Pudiera pensarse que con ello se acabaron estas actividades y, sin embargo, no fue así, aunque los tribunales que tienen sin género de duda que respetar las leyes, muy especialmente cuando actúan en un Estado de Derecho democrático auténtico, tienen también una sensibilidad inherente a la función, consustancial a la idea de equilibrio, y el resultado fue de gravísima inoperancia, porque el mayor número de asuntos de esta naturaleza se sobreesían, porque la vulneración del principio de proporcionalidad que es justicia, sufría un gravísimo quebranto.

Las llamadas leyes de penetración cultural no son una entelequia. Tiene que existir un correlato entre la cultura de un pueblo y su Ordenamiento jurídico.

Puede encargarse a un insigne jurista que prepare un Código civil o de Trabajo, o un Código penal, p. ej. para una nación, con un escasísimo nivel cultural y unas determinadas costumbres tribales. No es una hipótesis de laboratorio. Es un hecho real. Un magnífico Código o cuerpo de leyes avanzado técnica y culturalmente, necesitan para su efectividad de unos destinatarios corresponsabilizados. Si éstos no existen en tales términos, el proyecto o la norma fracasan estrepitosamente porque falta por completo la sintonía.

En el Derecho penal, y por el Derecho penal entiendo el Derecho sustantivo, el procesal, el penitenciario y el orgánico: judicial, Ministerio fiscal, abogacía, procura, etc., todavía es más intenso el correlato. Posiblemente el perfecto encaje del sistema normativo con la sociedad es más imprescindible, si cabe.

La idea del hombre como ser dotado de razón y llamado en consecuencia a regir libremente su propio destino, dice Tomás S. Vives Antón, impone, de una parte, una configuración del Estado “en la que el pueblo también legisle” (Kant) y, de otra, una serie de límites a ese poder legislativo. Un sistema en el que existieran esos límites, pero en el que el pueblo no legislase, no sería democrático pues la democracia implica el reconocimiento político de la autonomía ética del hombre. Un sistema en el que, legislando el pueblo, se privare a los ciudadanos de una serie de libertades mínimas, resultaría contradictorio en la medida en que, pretendiendo regirse por las libres determinaciones de la voluntad de los ciudadanos, negaría los presupuestos para que tales determinaciones pudieran, en efecto, formarse libremente.

En este sentido hay que señalar, y creemos que no es un contrasentido, respecto de lo ya dicho, que es absolutamente necesario establecer con carácter universal e inderogable –y en este sentido el avance de los últimos años es realmente impresionante– unos principios que valgan siempre y para todos, intocables: la libertad esencial de la Persona humana, el respeto a su dignidad, la sustancial igualdad de todos, la solidaridad, la proporcionalidad... la justicia. Lo que cabe es proporcionar el sistema, pero no alterar hacia abajo la intensidad de la protección. Vivimos una época de crisis, aunque, a mi juicio, sea especialmente positiva. Zaffaroni recuerda que en pocos años la crítica sociológica al sistema penal provocó un cuadro bastante desconcertante para la dogmática, que no logra asimilarle sino que por el contrario parece que en opinión de algunos autores conduce a la desaparición de la dogmática. No se trata, dice más adelante, de ningún reduccionismo, sino simplemente de indicarle al jurista la necesidad de vincularse al mundo, lo que le remitirá frecuentemente a disputas acerca de esa realidad. Buscar la “seguridad” en un mundo en que todo está “acabado” y el devenir detenido, será buscar la negación del mundo, hallarse “seguro” en un “mundo” que sería el máximo de inseguridad imaginable.

Nuestra Constitución, que como todo Texto básico para la convivencia es un cuerpo abierto, inflexible en la esencia de la protección y dinámico y flexible en los contornos de varias de las instituciones que regula o incorpora, así el medio ambiente, p. ej., es un conjunto de normas de protección de los valores consustanciales a la dignidad, libertad y personalidad de todas las mujeres y hombres sin excepción y en este sentido tales derechos son ilimitados en cuanto la frontera o techo de los mismos vienen referidos a iguales derechos de los demás.

Hormazabal ha escrito una monografía muy interesante sobre Bien Jurídico y Estado social y democrático de Derecho y en él se dedica uno de los capítulos “Hacia la construcción de un sistema teleológico del delito” y dice que un Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos, más que un planteamiento político criminal y por lo tanto sujeto a la discrecionalidad del poder, constituye una exigencia en el Estado social y democrático de Derecho que centra su actividad y desarrollo en el hombre como fin. El Derecho penal se amplía de esta forma como sistema de garantías. La responsabilidad penal no derivará simplemente de la realización formal de una con-

ducta definida previamente como delito, sino que será necesario que esa conducta esté dotada de la significación social que sólo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico le puede dar. No bastará ya con la realización antijurídica de una conducta típica dolosa o culposa sino que será necesario, además, que esa conducta sea socialmente significativa. Será socialmente significativa en cuanto tenga capacidad y afecte efectivamente a un bien jurídico.

Como ha dicho Torío, determinar la tipicidad de una conducta no se agota con el proceso lógico formal de subsunción. Implica además en un momento posterior un proceso de valoración. Desde que Feuerbach, ha dicho Mireille Delmas-Marty, definió la política criminal como “el conjunto de métodos represivos con que el Estado reacciona contra el crimen, limitándola, así, a una especie de reflexión sobre el Derecho Penal”, la perspectiva se ha ampliado progresivamente. Teniendo en cuenta la opinión de Marc Ancel que subraya la necesidad de incluir dentro de la política criminal “tanto los problemas de prevención como el sistema represivo”, sugerimos como delimitación provisional del campo a investigar la siguiente: Conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal.

Señalar que el tipo penal es simplemente el continente de una acción cuya realización condicionada por los demás elementos típicos da lugar a responsabilidad penal, es inexacto por insuficiente. El tipo penal, dice Hormazabal, expresa más que una acción. En el tipo se contiene una situación social, un proceso interactivo singular que debe realizarse concurriendo las circunstancias personales y objetivas que en forma abstracta y genérica en él se contemplan. La acción no agota el tipo penal. Es un elemento que expresa una simulación concreta entre dos sujetos en un contexto social generando un proceso interactivo dotado de sentido y significación social.

Muñoz Conde pone de relieve con todo acierto que asistimos en la actualidad a un movimiento científico y legislativo que se caracteriza por extender la intervención del Derecho penal a ámbitos muy alejados de los intereses humanos tradicionalmente protegidos por él: la vida, la integridad física, la salud, la libertad o el patrimonio. La simple puesta en peligro, incluso abstracta, de intereses económicos estatales (como p. ej. sucede en algunos delitos monetarios) o del medio ambiente (elevando a la categoría de delito simples infracciones administrativas) son la mejor prueba de esta tendencia. También se habla de “delitos sin víctimas” y dentro de la “guerra a las drogas” se preconiza la punición del consumo, haciendo de la salud un bien jurídico por encima incluso de la voluntad de su titular.

A mi juicio, ni es acertada la teoría Lombrosiana que acentúa la presencia del factor constitucional como causa del delito, ni lo es tampoco su contrafigura, desde el punto de vista sociológico, que consideró al delito no como un fenómeno individual, sino la criminalidad de la masa que para sus partidarios representaba, con sus correspondientes oscilaciones, el estado o los estados económicos y sociales del momento. Me parece que uno y otro puntos de vista son válidos en la medida en que no pretenden establecerse como factores exclusivos de la criminalidad. La vieja teoría del yo, el superyo y el ello sigue teniendo, en mi opinión, perfecta vigencia. En la medida en que se acierte en su correcto equilibrio se habrá conseguido un mejor conocimiento y un tratamiento más eficaz de la delincuencia.

Ni el individuo es sólo el responsable del delito ni lo es tampoco la sociedad en que vive, cada uno ha de tener su cuota de corresponsabilidad. Otro tanto podemos decir de la víctima, a la que más adelante haremos referencia. La víctima puede tener parte de responsabilidad en el crimen, evitando constituirse, como dice Seeling, en “víctima apropiada” en muchos delitos como son las infracciones contra la propiedad, delitos contra la libertad sexual, etc. Las campañas de alertización que las Autoridades gubernativas hacen a la población pretenden evitar el delito sobre la base de suprimir las posibles plataformas del delincuente.

Aunque más adelante hemos de insistir en el tema, sólo cuando la ley positiva acierta en la determinación del bien jurídico y lo sitúa en el punto que, conforme a criterios sociales, corresponde, es verdaderamente eficaz. Suárez decía que no todos los hombres son capaces de conocer la causa por el efecto, por lo cual consideró que la ley eterna no se halla suficientemente promulgada para ser ley y obligar.

En una época como la nuestra, tan avanzada técnicamente y donde la persona humana ha alcanzado cotas de protección de su libertad, dignidad y personalidad, realmente insospechadas, parece volverse a una sociedad en la que a medida que parece perderse la fe, se descubren o redescubren la magia y la brujería como si la sociedad y sus componentes no fueran capaces de vivir alejados de realidades espirituales, como ha puesto de relieve en un reciente libro, del que he tenido la oportunidad de escribir un comentario, mi compañero y amigo José Manuel Martínez Pereda.

Estamos, pues, en una encrucijada. Hulsman p. ej. piensa en la realidad con una lógica distinta de la del “acto punible”. Argumenta que cuando los partidarios del sistema actual hablan de prevenir la delincuencia mediante la lucha contra los orígenes económicos, urbanísticos, culturales y sociales de ciertos actos que se deploran, están admitiendo de esta manera, implícitamente, que los actos que hoy se definen como crímenes o delitos y por los cuales individuos determinados son envilecidos y estigmatizados de por vida en nuestras prisiones, constituyen en realidad hechos imputables a causas complejas y colectivas. La doctrina de Hulsman, que es una bella utopía, hacia la que va mi respeto, no es incompatible con lo que, a mi juicio, constituye la realidad sobre la que hay que operar: que la sociedad con sus injustas infraestructuras contribuya al fenómeno de la delincuencia, que la víctima en concreto pueda servir con su comportamiento de estímulo a las tendencias criminales de un sujeto, que el sujeto mismo tenga una cierta predisposición que no le es imputable, nada obstaculiza a mantener que el delincuente ha actuado libremente –dentro de todos esos condicionantes y otros muchos– y que debe recibir una justa, y por ello, proporcionada sanción.

Cuando llega el momento de formular unas conclusiones que puedan servir de base al Coloquio me encuentro, recapitulando todo lo que he pretendido decir, aunque dudo que lo dicho se haya entendido bien probablemente por querer decir muchas cosas, la dificultad de quintaesenciar una serie de problemas y sobre ellos apuntar unas determinadas soluciones para facilitar la discusión.

La proyección de la sociedad al Derecho es total: donde está el hombre, es decir la persona física, mujer u hombre, está la sociedad y allá donde existe la sociedad está el Derecho. El Ordenamiento jurídico sirve al hombre sobre la base de la sociedad o sirve a la sociedad a través de los hombres.

Ahora bien, resulta imprescindible estudiar qué proyecciones más intensas y cualificadas se producen de la sociedad, en cuanto suma armónica y organizada de personas, y el Derecho penal. Y en este sentido queremos apuntar provisionalmente las siguientes ideas para someterlas al mejor juicio de todos Vds.

1) Es la colectividad organizada, en suma, la sociedad, quien debe determinar el catálogo de bienes que hayan de ser defendidos a través del Derecho penal; sobre la base, esto parece indiscutible, de sujeción al principio de mínima intervención y de taxatividad y concreción en la determinación de los tipos penales y de las penas. A mi juicio, es preciso conseguir un equilibrio lo más perfecto posible entre discrecionalidad judicial con la finalidad de individualizar la pena y certeza y seguridad que son valores consustanciales al principio de justicia.

2) En una sociedad democrática, esta tarea corresponde hacerla a los parlamentarios, que asumen el primerísimo poder del Estado, el legislativo. A ellos incumbe detectar cuál es el sentir del Pueblo en este sentido. Del juego armónico entre mayorías y minorías surge una decisión media que generalmente es la más acertada. Las referencias jurídicas al buen padre de familia, a la diligencia del hombre medio, a la buena fe, como expresión del tipo normal de personas son pragmáticas y lógicas concesiones a esta idea. Si no aciertan a reflejar este estado de opinión incurrirán en responsabilidad política que sólo puede tener una consecuencia, la sanción también política del elector, del pueblo.

3) El juez ni puede ni debe, ni está en condiciones de llevar a cabo esta tarea. El juez ha de ser neutral, lo ha dicho el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial D. Pascual Sala. A mi juicio ello significa que el color político de las leyes lo dan las propias leyes (en arrendamientos, en la política criminal, en la protección del trabajador), no los jueces.

4) El juez con toda evidencia vive también en sociedad. Es un ciudadano más y cuando las leyes conceden un margen de discrecionalidad a la hora de su aplicación o la realidad social se incorpora de forma general ha de tener en cuenta sus vivencias. Así el art. 3.1 del Cc.: La jurisprudencia de todas las Salas del Tribunal Supremo ha incorporado de manera muy efectiva el elemento sociológico a la interpretación de las normas legales. En este sentido, la sentencia de la Sala 1ª de 21 de noviembre de 1934 refiriéndose al elemento sociológico integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico. La de 17 de mayo de 1982, también de la Sala la que habla de la reacción frente al individualismo, de un criterio de marcada socialización. Pensemos en el contrato de adhesión, en la responsabilidad por riesgo, etc. También sentencias de 15 de marzo del 83, 9 junio del 83 o marzo del 85, Sala de lo Social, 22 abril del 86 de lo Penal, 16 julio del 86 de lo Civil, 4 diciembre del 87. Cfr. el criterio tan rigurosamente exacto en este sentido de los Profesores, entre otros, de Federico de Castro, José Castán y Antonio Hernández Gil. Al particularizarse en una norma, el Juez debe buscar, para dar en la diana, no sus propios criterios sino los criterios que nacen de la sociedad, en una tarea especialmente complicada. El viejo y ya derogado art. 431 del Cp. el llamado delito de escándalo público era un ejemplo muy significativo y a él me he referido en muchas ocasiones. Decía así: "El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascen-

dencia...”. El juez, entonces y hoy en cualquier otra situación análoga, había de buscar en la sociedad, destinataria de la norma, el espejo para dar contenido al precepto. Si en el hecho se reflejaba indignación social, protesta colectiva, reacciones frente a hechos de análoga significación había escándalo público, si no, no existía tal figura delictiva, con independencia de que el juez personalmente fuera amplio o restringido en este tipo de comportamientos.

5) El art. 61 del Cp. a efectos de graduación de penas, cita a la gravedad del hecho (nº 4) y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito (nº 7). Gravedad del hecho equivale a desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción en su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo de un bien jurídico, y “personalidad del delincuente” representa una agravación compleja integrada por elementos psicológicos y análisis de su proyección social. Cuando el art. 741 de la LECrim., ordena que el Tribunal, cuando haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Cp, consigne si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta, está anticipándose al actual art. 120.3 de nuestra Constitución a fin de que el juez exteriorice cómo y por qué ha valorado las circunstancias a que el correspondiente precepto se refiere, en el sentido en que lo ha hecho. Si fuera pura discrecionalidad el mandato no tendría razón de ser.

6) Cosa distinta es el papel que la sociedad desempeña en la organización de cierta delincuencia. Es evidente y así lo han puesto de relieve muchos ilustres tratadistas –Landrove, García-Pablos, etc.– que tal influencia es efectiva y que de ella no se puede prescindir.

El Derecho penal tradicional, ha dicho Beristain, se edifica sobre la relación fundamental y prácticamente (casi) única: delincuente-Estado. No conoce ni atiende a la víctima. Y recuerda el III Simposio Internacional de Victimología celebrado en Munster (Westfalia) el año 1979 pretendiendo un cambio radical cualitativo (más que cuantitativo) que aboque a una redefinición legal y práctica en profundidad, de toda institución policial, judicial y penitenciaria. Su alfa y omega será la víctima, no el criminal.

A mi juicio, habría que incorporar el elemento normativo, decisivo, me parece, en este orden de cosas. Desde hace mucho tiempo vengo preconizando el establecimiento de una circunstancia especialísima de atenuación referida a la reparación de los efectos del delito en un sentido amplísimo y con un efecto reductor de pena muy considerable, prescindiendo del llamado “arrepentimiento espontáneo”. En este sentido, se encamina la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Me parece que, aparte de otras, razones de Política criminal aconsejarían esta innovación.

Es evidente y así lo han puesto de relieve muchos tratadistas ya citados –Landrove, García-Pablos, etc.– que la víctima puede, de alguna manera, desencadenar el hecho delictivo, especialmente en algunas modalidades delictivas como p. ej. contra la propiedad o la libertad sexual, que son dos manifestaciones que se citan con más frecuencia en este orden de cosas. No nos referimos a los supuestos de concurrencia de la atenuante de provocación (que la jurisprudencia utilizó a veces en los viejos delitos llamados contra la honestidad) sino de comportamientos “estimulantes” de la predisposición del sujeto que delinque: dejar la casa abierta, mantener en el balcón cosas de valor, hacer auto-stop una joven, en determinadas circunstancias, etc. En mi

opinión tales datos pueden operar en la fijación de la pena en orden a la determinación de la personalidad del sujeto y al dominio mayor o menor que pudo tener respecto de su voluntad.

7) La pena, como dice Hormazabal, tiene como función la protección de bienes jurídicos. En la protección de esas relaciones concretas el Estado se auto-constata, fijando dichas relaciones sociales sin perjuicio de que en un Estado democrático dichas relaciones sociales estén sujetas a una constante revisión. Por eso hablar de política penal en un Estado democrático es hablar de protección de bienes jurídicos. Por su parte, política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos en un Estado democrático, significa exponer el sistema penal a la revisión crítica desde su propia base de legitimación.

8) Todo cuanto queda dicho es compatible con advertir de los riesgos que supone tratar de descubrir cada uno por su cuenta la orientación social generalizada en un orden concreto de problemas. Así, cuando el propio Hormazabal se refiere a que el ciudadano participe en el proceso que habrá de conducirlo a su realización como ser crítico, construye una utopía que como todas las utopías bonitas pueden hacernos reflexionar, pero no pueden inducirnos sin más a su realización. La idea de que la democracia supone una construcción de los valores sociales desde la base, tiene el gran peligro en que cada uno de los intérpretes parta de una base distinta, presupuesta su buena fe. La sociedad participa en la construcción del Ordenamiento jurídico a través de sus representantes y en la medida en que éstos sean capaces de descubrir, a veces de intuir, sus legítimas aspiraciones de progreso y de felicidad individual y social habrán acertado con su difícil y comprometido cometido.

9) Esa es la gran tarea que corresponde hacer a la jurisprudencia. En este sentido Rodríguez Mourullo, en el prólogo a una obra de Fernando Díaz Palos, dice: Esta atención a la jurisprudencia se enraíza en una concepción realista de la dogmática que sin desconocer el absoluto respeto que merece siempre el principio de legalidad reconoce, como Juan Córdoba Roda señala, que la aplicación de la ley a la realidad es producto de un complejo proceso de concreción: "En virtud de la utilización de una serie de elementos en importante medida no resultantes de la ley, sino introducidos por el propio juzgador, es referida la misma desde su formulación abstracta a los particulares casos integrantes en la práctica, formándose así, progresivamente, a partir del texto legal y con el concurso de la doctrina y jurisprudencia, la normativa que, en constante evolución, rige la conducta del hombre en sociedad". De este modo la jurisprudencia pasa a ser objeto imprescindible del análisis dogmático.

10) El Profesor Beristain con la visión general y generalizadora que le caracteriza ha sido siempre sensible a los problemas que venimos exponiendo, especialmente sensible. En los *Estudios Vascos de Criminología* se incluyen muchos trabajos realmente magníficos que ponen de relieve una serie de problemas que, a veces por desgracia pasan desapercibidos para muchas gentes, incluidos especialistas y legisladores. La Criminología está unida esencialmente a la Sociología y una y otra forman parte del Derecho Penitenciario en un sentido amplio. La Criminología, ha dicho Drapkin, trata de las causas y de su interpretación, de la previsión y del tratamiento de la criminalidad y de la delincuencia, consideradas paralelamente como una peculiar conducta individual y como un fenómeno social específico.

El Prof. López Rey manifestó que hay que llegar a una transformación del sistema penitenciario y que se puede lograr porque hay personas capaces. La prisión, dijo, es necesaria, pero en forma mínima y distinta a como se está utilizando. Las afirmaciones sedicentemente revolucionarias de que la revolución supone la supresión de la prisión no son más que bellas frases y actitudes modernistas asumidas por varias élites de jóvenes. La prisión es necesaria en grado mínimo respecto a un número concreto de personas, siempre dentro de los respetos humanos.

También en este punto es mucho y creo que muy complejo lo que tiene que decir la sociedad y hay que oírla por muchos caminos y cauces antes de adoptar una resolución definitiva que a veces, de alguna manera es insensible o, al menos, lo es durante mucho tiempo.

11) Hace ya bastantes años, en una ocasión parecida en la que hablé sobre “La vida, el Derecho y la Sociedad” decía que era necesario hacer entre todos un recuento de problemas para, dejando un poco al lado los matices exclusivamente jurídicos, pensar de una manera más profunda, más entrañablemente social sobre cuáles son realmente estos temas, cuáles pueden ser las soluciones y cuál puede ser el papel que la sociedad y el Derecho hayan de representar en estas nuevas inquietudes, necesidades y soluciones.

Me parece que desde entonces el camino recorrido ha sido mucho, a buen precio y pienso que, en general, acertado. La sociedad ha cambiado y con ella cambiaron las leyes y hemos cambiado los Jueces. Nunca estaremos contentos del todo de la tarea realizada, pero esto es bueno porque es signo de vitalidad y de inquietudes sanas y legítimas.

Texto del Seminario dictado a los alumnos del 1.^{er} Curso de Master Universitario en Criminología del Instituto Vasco de Criminología, en San Sebastián, el día 6 de marzo de 1992.