

ENRIQUE ORTS BERENGUER

**Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Santiago.**

**Reflexiones sobre “teoría” y “práctica” en Derecho
Penal**

Las magníficas y fructíferas relaciones existentes entre el Instituto de Criminología de la Universidad de Santiago y los Colegios de Abogados de Galicia —mérito, en buena medida, del Profesor Fernández Albor—, se han venido concretando, en años anteriores, entre otras actividades, en la celebración de cursos conjuntamente organizados, sobre diferentes temas penales y criminológicos, y en años venideros, a buen seguro, esa colaboración ha de proseguir. Merced a dicha cooperación, he tenido ocasión de establecer estrechos contactos con abogados en ejercicio, con magistrados y fiscales, sumamente enriquecedores para mí. A lo largo de aquellos cursos y en conversaciones mantenidas con ellos, se han ido desgranando ideas que han motivado la decisión de redactar estas modestas reflexiones, reflexiones de quien, pretenciosamente, podría decirse es un “teórico” del Derecho penal, y que, en modo alguno, pretenden ser críticas para con las opiniones recogidas en esos encuentros. Sólo que la frecuente referencia a la teoría y a la práctica del Derecho, del Derecho penal en particular, me ha sugerido la idea de plasmar, con un poco de orden, algunas notas dispersas.

Recuerdo que, hace bastantes años, un abogado que había sido alumno de Don José Arturo Rodrí-

guez Muñoz, calificó a este gran penalista de buen teórico, pero de mal práctico. Este juicio de valor puede servir de punto de partida para estas consideraciones, en cuanto que, abstracción hecha de la persona sobre la que recaía, cabe erigirlo en paradigma de un cierto modo de pensar, susceptible de ser resumido en la repetida frase: “eso estará muy bien en teoría, pero en la práctica no es así”; a propósito de la cual el famoso economista Paul A. Samuelson afirmaba certeramente: “cuando alguien dice: ‘todo eso está muy bien en teoría, pero en la práctica es otra cosa’, o quiere decir en realidad que ‘eso no está muy claro en teoría’, o está diciendo una tontería”.

Al comenzar a interrogarse sobre qué se quiere decir con aquella frase, cuando viene referida al Derecho penal, se observa que soporta bien varias lecturas. Básicamente se dejan entrever dos significados genéricos posibles, cada uno de los cuales consiente matizaciones de diferente signo: a) en primer lugar, al pronunciarla se puede querer significar con ella que la “teoría”, dentro de la cual y a efectos expositivos, cabría incluir las construcciones doctrinales y el propio ordenamiento jurídico, sigue un camino alejado de la realidad; b) en segundo, que los estudiosos del Derecho penal se afanan en demasía por abstrusas y quiméricas cuestiones de escasa o nula entidad práctica, que nada o muy poco resuelven; que de nada valen, en definitiva.

Que el Derecho en general y, singularmente, el Derecho penal vigente en España, no da cumplida satisfacción a las necesidades que presenta la vida social, no ofrece el más leve atisbo de duda. Ahí están las sucesivas reformas que han ido recayendo en los últimos años sobre un Código penal de proce-

dencia ochocentista —la más reciente de 25 de junio de este año, que ha afectado a numerosos artículos, algunos de tanta trascendencia como el 1º, estando ya anunciado un próximo Código de nueva planta y confeccionado su ante-proyecto—, en un intento de acomodarlo a las exigencias presentes, produciéndole tales desajustes en su global estructura que, además de desfigurarlo hasta tornarlo casi irreconocible, amenazan su derrumbamiento, sin que se haya dado por ello un paso decisivo para responder adecuadamente a los requerimientos sociales. Y no es el penal el único texto legal en el que se advierten tales discordancias. Pues bien, en este sentido, es innegable que el Derecho no cumple cabalmente la función que se espera de él, por lo que es lícito afirmar que no satisface, del modo que debiera, la porción que le concierne de necesidades de la sociedad en la que impera. Pero sería erróneo extraer de esta constatación indubitada otra conclusión que la tantas veces repetida de que la vida social va por delante del Derecho y que es preciso realizar un esfuerzo constante para que éste la siga más de cerca y no quede descolgado. Ante este palpable desacoplamiento, bien puede decirse que el —Derecho— y la realidad que viene a disciplinar no siguen siempre el mismo curso. Si es esto lo que se quiere dar a entender cuando se afirma que teoría y práctica son dos cosas muy distintas, tal aseveración no es contestable, aunque no parece que sea a este problema, de tan amplias dimensiones, al que se conecte habitualmente la expresión que se analiza.

En esta misma línea, también se puede intentar sugerir con aquélla frase que la práctica del Derecho penal no coincide ni se amolda a los términos en que está formulado; es decir, que las previsiones fijadas

por las leyes son, a menudo, incumplidas. Y esto es lamentablemente cierto, hasta el punto de brindar base sólida a la maldición que la desconfianza popular resume en el "pleitos tengas y los ganas". Obviamente, desde esta inteligencia no se está haciendo mención expresa a las infracciones del ordenamiento jurídico de signo inequívocamente delictivo, aunque algunas lo sean. No se está asegurando que se cometan muchos delitos o muchas infracciones administrativas..., sino que se alude a las que se generan a causa de deficiencias en el funcionamiento de la Administración de Justicia, o corruptelas que por inercia o interesadamente se prolongan en el tiempo, a la incompetencia o irresponsabilidad de algunos, etc. Tampoco esta interpretación tiene una significación unívoca, pues son varios los sentidos que cabe vislumbrar en ella.

De una parte, cuando se mantiene que las prescripciones legales no se cumplen, es posible que se esté haciendo referencia a la manera dispar en que la ley se aplica para unas personas y para otras, no por la ausencia del principio de igualdad ante la ley, que por lo general estará constitucionalmente proclamado, sino por la concurrencia de muy distintos factores que sitúan en una posición de privilegio, diríamos, a unos individuos, sea por su clase social o por el tipo de delito cometido, frente a otros. Basta traer a colación, como ejemplo particularmente significativo, las diferencias que median en el tratamiento que recibe el delincuente de cuello blanco y el ratero de poca monta. Un senador norteamericano lo expresaba con gran nitidez cuando sostenía que era mucho más fácil que, en los Estados Unidos, fuera a la cámara de gas un negro que un blanco, un pobre que un rico. Es claro que cuando

se atribuye este sentido a la proposición que se ilustra, no queda más remedio, con independencia de que su enunciación se repute más o menos acertada, que comulgar con ella, pues la evidencia diaria nos muestra su veracidad.

También es verosímil que se la quiera utilizar para poner de relieve la existencia de personas que transgreden las normas civiles, penales, etc., sin que recaiga sobre ellas sanción alguna, cosa que, cuando acontece, en comunidades reducidas especialmente, siembra el escándalo y el escepticismo; lo que también ocurre en los casos en que, a pesar de haber recaído sentencia condenatoria, se estima demasiado benigna la pena impuesta, al ver al cabo de unos meses en libertad a quien cometió un delito, y, de manera más acentuada, en las ocasiones en que se ha otorgado la remisión condicional o la libertad provisional o condicional, que en el profano no es raro despierte asombro. Sin embargo sería absurdo prestar oídos a esta acusación, puesto que las transgresiones de la ley no son imputables a ésta, salvo que se mantenga a ultranza el "argumento" de que si no hubiera leyes nadie las vulneraría. Otra cosa es que pervivan en un ordenamiento jurídico preceptos que, por injustos o anacrónicos, ya debieran haber desaparecido y, por contra, con su vigencia estén fomentando una delincuencia arbitraria y artificial, que, de otra manera, no tendría lugar. Por lo demás, es patente que no todos los que cometen delitos sufren la correspondiente condena, pero no es esa una responsabilidad que deba cargarse sobre el Derecho penal; y en cuanto al estupor que origina en algunos, lo que consideran una desafortunada lenidad de las sanciones penales, no debe constituir motivo de inquietud, excepto por lo que

pone de manifiesto: la existencia de un sentimiento, más o menos generalizado, que no es de hoy, que proviene de antiguo, favorable al endurecimiento de las penas, por la peregrina convicción de que la severidad de las mismas es el medio idóneo para combatir la delincuencia, sino al punto de hacerla desaparecer, sí al menos de reducirla a niveles que, por ínfimos, resulten más tolerables (creencia que tal vez hallaría confirmación, si se diera por buena la reimplantación de la pena de muerte y su aplicación indiscriminada para todos los delitos, por insignificante que fuera su gravedad). Quienes así dicen incurren en un lamentable error de perspectiva, desconocen qué es el Derecho penal y lo que éste puede dar de sí, y, sobre todo, no parecen percatados, quizá interesadamente, de que el fenómeno criminal tiene sus raíces enterradas en una muy diversificada gama de estratos —insuficientemente precisados y conocidos, pues no existen “virus” de la delincuencia aislados—, y que el eventual efecto intimidante y disuasorio de la pena nunca se muestra tan eficaz, y así se viene repitiendo desde Beccaria, como cuando se da la certeza de que la pena va a alcanzar a todos los que incurran en un quehacer delictivo, al margen de su mayor o menor crudeza; y, por de contado, conciben al Derecho penal desligado de todo compromiso de eticidad.

Por último, a nadie se le oculta que nuestra Administración de Justicia está pobremente dotada, en personal y también materialmente, como tantas veces se ha denunciado, situación que da pie a irregularidades de sobra conocidas (plazos que se incumplen, declaraciones que no son tomadas por quien debiera, propinas, etc.), a las que no son ajenos,

en ocasiones, los propios letrados, algunos de los cuales no siempre desempeñan escrupulosamente su cometido, como es de dominio público. En este orden de cosas asiste la razón a quien proclama que la “teoría” es una cosa y la “práctica”, otra, si con ello busca poner de relieve la existencia de aquellas desarmonías.

Todavía, dentro de la primera significación, según se apuntaba al comienzo, tienen cabida en ella las aportaciones de la doctrina a las que se estaría achacando, de esta manera, su excesivo apego a la exclusiva interpretación de las leyes, con olvido de la realidad sobre la que se proyectan y de las consecuencias que generan, incluso, en esta imputación, se encontraría implícito el reproche de que la docencia en las Facultades de Derecho es exageradamente teórica, razón por la cual los alumnos, al terminar sus estudios universitarios, carecen de la adecuada preparación para desarrollar la función para la que el título que han obtenido les faculta. (En otros países es preceptivo, para quienes han finalizado los estudios de Derecho, pasar un determinado tiempo en un despacho de abogados antes de poder ejercer por su cuenta). No es ahora el momento oportuno para analizar los muchos defectos de nuestra Universidad, ni las hondas transformaciones que necesita, como tampoco lo es para suscitar el arduo tema de en qué deben consistir las enseñanzas que se imparten en las Facultades universitarias, y cuál es el enfoque que debe dárseles; y mucho menos lo es para entonar un cántico en elogio del profesorado universitario y de su tarea. Es suficiente destacar que nuestra Universidad no ocupa un puesto rezagado con respecto al resto de las instituciones y organizaciones profesionales de la nación a la que pertenece y de la que depende y se nutre.

En cuanto al otro extremo de la denuncia, por sus vinculaciones con el segundo significado, se expone al recapitular sobre éste.

La insinuación de que teoría y práctica siguen líneas paralelas sin la menor tangencia, en los supuestos en que tras ella esté aleteando el pensamiento de que los esfuerzos investigadores de los especialistas del Derecho penal están, en mayor o menor proporción, divorciados de la vida real, requiere de dos tipos de consideraciones.

Con carácter general y sin ninguna reserva hay que afirmar *ab initio* que si algo está bien en teoría —teniendo en cuenta que no podemos conocer nunca, o entender, todas las implicaciones de una teoría, o su total relevancia, como advierte Popper—, o lo que es lo mismo, si es científicamente válido, en suma, si una teoría no está refutada (Popper), no tiene por qué desentonar con la práctica, y si lo hace, ello vendrá motivado por una deficiente aplicación de la teoría, o a su no aplicación, sea por desconocimiento, sea de forma intencionada, por falta de medios o por un rechazo acientífico o de conveniencia. La condena a las teorías de Galileo es suficientemente ilustrativa.

Algo parecido puede suceder con una Ley —que, obviamente, no es una teoría, en sentido estricto, aunque aquí se las empareje en cierto modo—, que, siendo técnicamente correcta, tenga una vigencia ficticia por encontrar, v. gr., una fuerte resistencia a su aplicación, al incidir sobre materias con poderosos intereses subyacentes. Cuando esta situación se produce hay que pensar que el legislador, en realidad, quería sólo cubrir las apariencias al promulgar una ley de cuya suerte se ha desentendido, o que no ha ponderado con antelación su propio poder

para vencer la oposición a la que iban a enfrentarse sus disposiciones, lo que indica que su obra no está tan acabada como aparentaba, pues, o no se perseguía que rigiera efectivamente, o se ha omitido valorar y examinar en detalle aquella parcela de la vida social que se pretendía disciplinar, y una ley así concebida no está dotada de buenas hechuras debido a la fragilidad de sus cimientos. Otras veces, la carencia de medios condena al fracaso y a la inoperancia a una Ley, al impedir que se verifique su adecuada aplicación —la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social es un buen ejemplo de lo antedicho, con independencia de sus no pocos defectos.

En cuanto al trabajo de los penalistas, de los “teóricos” del Derecho penal —con la advertencia previa de los riesgos de error que toda generalización comporta—, debe ser enjuiciado con una buena dosis de humildad, como es natural. Una porción importante de ese trabajo se centra en el estudio e introspección del derecho positivo, propio de su especialidad; otra, en la enseñanza de la disciplina que profesa, como es bien sabido.

Ciertamente, es muy posible que el penalista, o cualquier otro estudioso del Derecho, comparta la opinión de los personajes de John Irving, para los que “la práctica del derecho era vulgar, pero su estudio sublime”, y, en consecuencia, se sienta inclinado a la elucubración por la elucubración, desarraigada de los problemas efectivos, actitud que no es censurable en sí, como no lo es la formulación de una teoría sin tener para nada en cuenta su vertiente utilitaria. Ahora bien, en tanto que el Derecho nace para regir en una sociedad determinada, para facilitar la convivencia en paz de todos sus miem-

bros, resolviendo los conflictos de intereses que entre ellos puedan surgir, sus pretensiones, tiene una vocación necesariamente práctica, que el jurista ha de acatar en su esfuerzo interpretativo, de lo contrario desconocerá la esencia de la Ciencia del Derecho penal, en la que dice ocuparse, cuyo objeto no es otro que el Derecho penal positivo. Es por ello que la función del penalista es fundamentalmente hermenéutica, de investigación y descubrimiento del sentido de las leyes penales. Que cumpla o no esa función es tema aparte. Más, por de pronto, y sin la menor vacilación, debe adjetivarse de impertinente la actitud de quien reprueba su sola dedicación a la exégesis de las normas del derecho positivo, que es la que le compete. Cuestión distinta es que el penalista, queriendo huir, con razón de una visión unilateral y roma del sector del ordenamiento jurídico que examina, utilice, en su labor hermenéutica, las aportaciones que brindan las diferentes corrientes lingüísticas, criminológicas, la Sociología del Derecho, etc., al tiempo que presta la debida atención a las opiniones doctrinales y jurisprudenciales.

En el trabajo que desempeña el estudioso del Derecho penal, tanto de interpretación como de docencia, —temas que no son privativos del profesor universitario—, y en cualesquiera otros, dos realidades fundamentales, aunque no las únicas, lo condicionan: en primer término, las propias convicciones, las creencias personales que nunca deben ser resignadas al socaire de pasajeras exigencias, sin que ello comporte incurrir en posiciones dogmáticas, irreconciliables con la actividad científica. Y este conjunto de principios y postulados en los que se cree, se deja traslucir en toda obra reali-

zada. No importa cuál sea el tema tratado, el pensamiento de quien lo estudia empapa, cuando se procede con honestidad, las críticas y conclusiones a que ha llegado. Pensamiento que no tiene por qué permanecer inmutable, ni ajeno a influencias: toda idea ha de ser declinada, cuando aparece una mejor que la remonta, pero no por la entrada en escena de la última invención foránea, no por el deslumbramiento que puede producir la brillantez o la novedad de planteamientos, a veces sólo remozados, que nada añaden al progreso de la Ciencia del Derecho penal; sin que ello suponga adoptar un ademán de rechazo frente a la innovación o al avance, pero sí de cautela crítica.

La segunda, no es otra que el aguijón de la curiosidad por el saber y de la inquietud por los problemas que del Derecho penal se segregan. Inquietud y curiosidad que no han de quedarse a un nivel meramente epidérmico. Siempre ha de tenerse presente que el Derecho penal existe para operar sobre una determinada parcela de la realidad, siendo portador de consecuencias particularmente graves, a las que repugna un tratamiento superficial.

El penalista, el jurista en general, no ha de dejarse cautivar por la idea, no ayuna de sugestión, de que, al igual que en el país de Brobdingnag, debiera pensarse severamente a quienes escriben comentarios sobre las leyes establecidas, por no servir más que para obscurecerlas y tergiversarlas—juicio, asimismo napoleónico y encastrado en no pocos ciudadanos que miran con manifiesta desconfianza, a menudo justificada, al profesional del Derecho—, pues las nuestras distan mucho de la categórica claridad de las del imaginario país y si se desea conseguir una ajustada aplicación de las mis-

mas, es necesaria su previa interpretación. La atención que se presta a las indicaciones del penalista, que se lea, críticamente por supuesto, lo que ha escrito, es algo que escapa, que nada tiene que ver con el papel que aquél tiene asignado. Pero sería incoherente e injusto tildarle de "teórico", de tratar temas irreales, sin haber analizado con anterioridad sus manifestaciones, que no siempre son atinadas, sino al contrario, no son extrañas al error, y, en ocasiones, caen de lleno en la teorización por la teorización, y en el empleo de un lenguaje que por su hermetismo, roza lo esotérico. Pero esta postura, no justifica el desdén por el estudio, aunque sí es acreedora de un juicio negativo, como lo son todas las que olvidan que el banco de pruebas que acredita cualquier formulación, cualquier construcción en el marco de la Ciencia del Derecho penal, se cifra en la comprobación del progreso que es capaz de imprimir en materia de defensa de los derechos fundamentales de la persona, y desatienden cuál es el momento más dramático en la vida de esta rama jurídica: aquél en que el individuo concreto comparece ante el tribunal que ha de juzgarle y, en su caso, imponerle una pena, y de no menor importancia es el del cumplimiento de la sanción recaída, sobre todo cuando conlleva una privación de libertad. Toda teoría, toda opinión, ha de confrontarse con estos datos de referencia para juzgar de su bondad.

Por ello, no debe causar sorpresa la continúa traída a colación y el absoluto acatamiento que el penalista debe hacer a los principios consustanciales del Derecho penal, especialmente al principio de legalidad, que no es una pura entelequia, que no tiene un vacío carácter "formal", sino que re-

presenta la máxima garantía para todos los ciudadanos; y, de igual forma, al principio de culpabilidad, a la naturaleza fragmentaria y subsidiaria del Derecho penal, etc., con toda la cohorte de derivaciones que de ellos dimanar.

Una nueva misión parece que le viene añadida al jurista, y, por ende, al penalista en su área. En España, como en otros países, se capta un ambiente de escepticismo hacia el Derecho, más o menos generalizado, entre amplios núcleos de la población, de fácil verificación. Si tal estado de opinión obedece a algo, al jurista le toca poner su modesta contribución para que ello varíe, a que no encuentren terreno abonado y plena justificación, frases tan duras como las de Brecht: "Sobre la tumba de la víctima se asesina su derecho. No era suficiente con el puñal, había de agregarse la sentencia".

En este empeño uno de los mejores servicios que el jurista puede prestar es el de insistir ante quienes empiezan sus estudios de Derecho, en el amor por el saber jurídico, de trasladarles la convicción de que sólo cabe la convivencia social con dignidad, utopías aparte, allí donde rige el Derecho, expresión del deseo general, y se acatan sus preceptos. Y, de no menor trascendencia, es el comportamiento que ha de adoptar, sea cual fuere el campo de sus actuaciones, de respeto para con el derecho, aunque no de acatamiento ciego, sino crítico.

Paradójicamente, junto a esa desconfianza se advierte un ansia desmesurada por reclamar más leyes. Para casi cada problema, nunca faltan voces que demandan la aprobación de una nueva ley, como si con ella sola se fuera a solventar, fomentando la hipertrofia del cuerpo legislativo, con abandono de la sensata especulación que nos recuerda que no

hay mejor sistema legal que aquel en que las leyes no son muchas, son buenas y se aplican y cumplen de manera igualitaria.

En suma, aunque “toda teoría es gris”, y conviene repetirlo con modestia, sin teorías es impensable el avance social en todos los campos.