

40

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

IN PRAXI IDE ET PRO

Revista

Julio 2017

40

Revista Penal

Penal

Julio 2017



Revista Penal

Número 40

Sumario

Doctrina:

– Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad), por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	5
– Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	22
– “Conditio sine qua non” y concreción del riesgo en el resultado: cómo eliminar un paso repetitivo en el análisis de la imputación objetiva al tipo, por <i>Patricia Esquinas Valverde</i>	43
– Cuidados paliativos: ¿eutanasia o asistencia sanitaria? Un análisis desde los conceptos, por <i>Javier García Amez</i>	77
– Juicios rápidos y conformidad: la posible vulneración de los derechos fundamentales, por <i>Marta García Mosquera</i>	97
– Organización criminal para la financiación ilegal de un partido político: el “caso de los papeles de Bárcenas”, por <i>Nicolás García Rivas</i>	111
– Función y fines de la pena: la ejecución de penas privativas de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco, por <i>Carmen Juanatey Dorado</i>	126
– ¿A qué “partido político” imputar y eventualmente condenar?, por <i>José León Alapont</i>	146
– La interpretación del término “población civil” como elemento del tipo en el crimen contra la humanidad, por <i>Alfredo Liñán Lafuente</i>	168
– La falsedad en las cuentas en la legislación italiana: la última reforma y las nuevas cuestiones interpretativas, por <i>María Novela Masullo</i>	183
– Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo, por <i>Manuel Portero Henares</i>	193
– El delito de <i>maltrattamenti contro familiari e conviventi</i> en el Código Penal italiano, por <i>Bárbara San Millán Fernández</i>	210
– El blanqueo de capitales como norma de flaqueo invertida (una posible interpretación sobre su naturaleza jurídica), por <i>Lorena Varela</i>	236
Sistemas penales comparados: Delitos informáticos (Cybercrimes)	250



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrereolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito (Brasil)
Jia Jia Yu (China)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pamela Cruz/Sofía Lascano (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

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

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



Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo

Manuel Portero Henares

Revista Penal, n.º 40 - Julio 2017

Ficha Técnica

Autor: Manuel Portero Henares

Código ORCID: orcid.org/0000-0001-9119-3343

Title: Criminal law, Criminology and criminal policy in the age of punitivism

Adscripción institucional: Profesor de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Castilla La Mancha

Sumario: I. El Derecho penal como medio de control social también hoy. II. Política criminal y sistema constitucional de valores. III. Política criminal y ciencias empíricas

Resumen: La necesidad de diseñar eficazmente la política criminal requiere de una aproximación constante a las ciencias sociales y debería basarse en la necesidad de síntesis entre los conocimientos empíricos y los normativos. Esta perspectiva tiene múltiples impactos científicos y debería, sobre todo, tener una influencia decisiva en el diseño de la política criminal, tomado en consideración los análisis empíricos sobre el comportamiento humano desde la perspectiva de la Sociología, la Psicología y la Criminología, y debe jugar un papel prioritario en la elección de los principios metodológicos para el diseño y elaboración de las normas penales y sus reformas. Las modificaciones más recientes de la legislación penal occidental en los últimos 20 años se han solido dirigir hacia un incremento gradual de la duración de las penas privativas de libertad. Esas reformas han convertido al “punitivismo” en una seria y decidida tendencia, que ha alcanzado su apogeo con la introducción de la pena de cadena perpetua en países donde ni siquiera ya existía, o el excesivo incremento de los límites máximos de cumplimiento para los delitos más graves. Los trabajos más recientes sobre la materia han desarrollado muchos argumentos en contra de este “punitivismo” imperante, que desembocan en la frustración que genera el casi absoluto desprecio que el legislador tiene respecto de la comunidad científica. Estos argumentos, en mi opinión, giran en torno a dos ideas: la primera, y como argumento emocional o romántico, sostiene que el punitivismo choca frontalmente contra los fundamentos ideológicos del Estado y contra los fines constitucionales de la pena; la segunda, y como argumento científico y técnico, trata de consolidar con suficiente claridad la necesidad de que el análisis estadístico y empírico que sustenta a las ciencias sociales (Sociología, Psicología y Criminología) constituya el paradigma científico esencial tanto de la dogmática penal como de la política criminal. En este trabajo trato de presentar los fundamentos científicos de estas interrelaciones así como la frustración de la comunidad científica penal debido al desarrollo del punitivismo, tomando en consideración la perspectiva del análisis metodológico para la optimización del rendimiento de los recursos punitivos.

Palabras clave: punitivismo, penas de larga duración, política criminal, ciencias sociales.

Abstract: The need to make effective criminal law requires a consistent approach to the social sciences and should be based on the need to synthesize the empirical and normative knowledge. This perspective must have multiple scientific impacts and must, above all, have a decisive influence in the design of criminal policy, taking into consideration the empirical analysis of criminal behaviour from a sociological, psychological and criminological point of view, and must play an important role in the choice of methodological principles designing criminal law. The recent alterations of criminal law in western countries within the last 20 years have been directed towards the gradual increase in length of punishments, especially prison sentences, for all types of crimes. The series of alterations has increased the trend called

“punitivism”, in a clear and decisive way. This gradual increase in punishment has reached its peak with the introduction of the life sentence in countries where previously it did not exist or the excessive increase in imprisonment for more serious crimes. In recent years the works from the scientific community has revolved largely from the critics of the prevailing “punitivism”, developing many different arguments, which cohere in the sense of almost absolute neglect that legislatures and Governments have with respect to the scientific community. These arguments, in my opinion, revolve around two ideas: On the one hand, as with the emotional or romantic argument, punitivism goes against the ideological background of the conception of the State and the purpose of prison, referred in one way or another in the constitutions. On the other hand, as with the scientific and technical argument, should consolidate with sufficient clarity the idea that empirical and statistical analysis that contributes to the social sciences (Sociology, Psychology and Criminology) should be an indisputable scientific paradigm as well as criminal science and criminal policy. In this paper I present the scientific basis of this interrelationship and the reason for the frustration from the criminal science on the growth of punitivism from the perspective of the objective analysis of the optimization from the disciplinary legal resources.

Key words: Punitivism, long term penalties, criminal policy, social sciences

Rec: 20/03/2017 **Fav:** 10/05/2017

La reacción científica que tuvo lugar en los años sesenta y setenta, y que ponía en cuestionamiento la totalidad de la ciencia penal, replanteó las relaciones entre ésta y la realidad. Un buen exponente de ello son los primeros escritos de GIMBERNAT¹ o ROXIN², que ponían de manifiesto que los penalistas ya eran perfectamente conscientes de la deslegitimación que había sufrido el Derecho penal y la dogmática y de su situación demasiado distante respecto de la Criminología. Una nueva visión del sistema penal supondría, al igual que en su día ocurrió con el planteamiento de Von LISZT, una síntesis entre el contenido del Derecho Penal que exige el Estado Social y aquellos que se derivan de la idea de Estado de Derecho³. Se trataba de plantear, eficazmente, criterios contra el delito, fundamentados en un saber empírico, pero sin descuidar los aspectos garantistas. En lo que a la historia de la ciencia penal se refiere, la década de los sesenta resulta ser un punto

de inflexión o de una visión regenerada de la consideración del Derecho penal como un mecanismo de control social⁴. El derecho penal, el delito y la pena dejan de ser analizados como una pura manifestación jurídica y pasan a ser observados dentro del conjunto de medios de control social, diferenciándose del resto, sobre todo, en que la aplicación de las normas que recogen las conductas desviadas y las sanciones se realiza en el marco de un proceso mucho más formalizado⁵. Esta contextualización permitió, por de pronto, una legitimación racional del Derecho penal, que salía al paso de las críticas efectuadas al derecho penal de base exclusivamente retributiva. La relación entre Derecho penal y Ciencias sociales y la visión del aquel como un instrumento de control social más ha tenido múltiples repercusiones científicas que van más allá de la propia justificación utilitarista del *ius puniendi*. Su influencia es decisiva en el diseño de la política criminal, tomando en consideración el análisis

1 Especialmente en GIMBERNAT, E.: “¿Tiene un futuro la dogmática penal?”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, 140. GIMBERNAT comienza haciéndose eco de las críticas que Richard SCHMID había efectuado poco antes a la Ciencia del derecho penal.

2 Vid. las palabras de MUÑOZ CONDE en su Introducción a la traducción de la obra de ROXIN, K., *Política criminal y sistema penal*, Barcelona, 1972, p. 5.

3 Un buen exponente lo constituye las reflexiones que realiza ROXIN en su artículo “¿Tiene futuro el Derecho penal?” (Trad. de Emiliano Borja), en *Poder Judicial*, nº 49, pp. 373 ss.

4 Con múltiples referencias PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad...*, op. cit., pp. 38 y ss.; y MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 7ª Ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2004, pp. 49 y ss.

5 Cfr. HASSEMER, W., *Fundamentos...*, op. cit., p. 391.

6 Vid. por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 26-27; BERDUGO, I./ARROYO, L./FERRÉ, J.C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO, J.R./TERRADILLOS BASOCO, J., *Curso de Derecho penal. Parte General*. Ediciones Experiencia, Barcelona. 2004, p. 1; MIR PUIG, S., *Parte General*, op. cit., p. 49, entre otros.

7 En este sentido señala GIMBERNAT en “¿Tiene un futuro...?”, op. cit., p. 142: “De nuevo estamos asistiendo, por consiguiente, a la venerable polémica...entre la dirección “moderna” (o “positivista”) y la “clásica”, entre partidarios del libre albedrío y del determinismo, entre los que cultivan la dogmática jurídico penal y los que quisieran ver al Derecho penal desplazado por la Criminología”.

empírico de las conductas a castigar, y desempeña un importante papel en las construcciones dogmáticas y en la elección de principios metodológicos⁶. La necesidad de dotar de eficacia al Derecho requiere una constante, necesaria también, aproximación a las ciencias sociales y se manifiesta en la pretensión de obtener una síntesis adecuada pero decidida entre el saber normativo y el empírico⁷.

Parecía que la promulgación de nuestro Código penal en el año 1995, tras un largo proceso de implicación de la comunidad científica en su reflexión y redacción propiciado por el legislador, obedecía a ese estado cuasi idílico de interconexión programática. Sin embargo, la irrupción del “populismo penal”⁸, a raíz sobre todo de la sensación colectiva de inseguridad que ha generado el terrorismo islámico desde el 11S, ha ido fracturando ese estado de interconexión científica y está terminando por hacer parecer que la mayor aproximación deseable en ese engranaje fue un lapsus de la historia o un descuido casual de los legisladores occidentales. En nuestro país la sucesión de reformas, más de 20, de más o menos amplitud que se han sucedido desde el año 1995 han erosionado ese estado de comunión entre la comunidad científica y el legislador debido, sobre todo, a que esa sucesión de reformas ha ido ahondando en el punitivismo, consciente y decididamente. El incremento progresivo de las penas de una buena parte de los tipos del Código ha llegado a su culminación, por ahora, con la profunda reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, que eleva gran cantidad de las penas ya existentes en muchos de los delitos del Código e introduce la cadena perpetua mediante el eufemismo de la “prisión permanente revisable” como nueva pena privativa de libertad. La literatura que se ha vertido desde que vio la luz el Proyecto de reforma del Código penal ha girado en gran medida alrededor de las críticas al punitivismo imperante en la reforma, esgrimiendo argumentos muy diversos pero confluyentes todos ellos en la sensación de la casi absoluta desatención que el legislador reciente tiene respecto a la comunidad

científica jurídico penal⁹. Esos argumentos, a mi juicio, no sólo deben transmitir la frustración emocional de la comunidad científica, aunque también, y no solo deben defender un sustrato ideológico de concepción del Estado social y de Derecho que infunde los principios constitucionales en materia penal, aunque también, sino que deben esgrimir con suficiente claridad algo que hasta hace décadas no ha formado parte de la conciencia comunidad científica y que cada vez tiene mayor desarrollo, que es el análisis estadístico y analítico que aportan la Criminología y otras ciencias empíricas a la política criminal. En este trabajo tratare de exponer el fundamento científico de esa interrelación y el por qué de la frustración de la ciencia penal ante el punitivismo desde el análisis objetivo de la optimización de los recursos sancionadores.

Antes quiero llamar la atención sobre la distinción entre lo que se entiende por punitivismo y lo que se ha venido denominando como la “expansión del Derecho penal”. Esta última, tan criticada por la Escuela de Frankfurt y sus seguidores, hace referencia sobre todo a la creciente protección por parte del legislador de intereses supraindividuales que suelen provenir de la tecnologización exponencial de la vida en la sociedad contemporánea, tan distinta respecto a la de hace décadas, y que ha generado una serie de nuevos “bienes jurídicos” con diferentes texturas respecto de los bienes jurídicos individuales que forman parte de los ámbitos de protección “clásicos” del sistema penal. Las opciones acerca de la selección por parte del legislador penal de estos bienes jurídicos, así como las decisiones acerca de su relevancia y de su inserción en el conjunto de la política criminal, son en todo caso opciones ideológicas que se deben siempre a la idea de contingencia, no inmanencia, del texto constitucional, y a su flexibilidad interpretativa en relación con los problemas sociales de cada momento. El punitivismo, fenómeno distinto, hace referencia al agravamiento punitivo generalizado, al agravamiento de las penas, sobre todo de las privativas de libertad, ya sea referido a ese núcleo “clásico”

8 El término “populismo penal” tiene su origen en la obra SALAS, D., *La voluntad de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette Pluriel, Paris, 2005. Ver también FIANDACA, G.: “Populismo político e populismo giudiziario”, en *Criminalia*, 2013, pp. 95 y ss.

Vid, entre otros, Díez RIPOLLÉS, J.L.: “Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2012”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 49 y ss.; Díez RIPOLLÉS, J.L.: “El sueño de la razón penal”, en el libro *Delitos y penas en España*, Editorial Catarata, Madrid, 2015, pp. 9 y ss.; GIMERNAT ORDEIG, E., *Prólogo a la vigésima primera edición, Código Penal*, 21ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2015. Vid, igualmente, ACALE SÁNCHEZ, M.: “Prisión permanente revisable: Arts.36 (3 y 4), 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes de la Parte especial”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), op. cit., pp. 170 y ss.

10 GARLAND, D.: “Introduction: the meaning of mass imprisonment”, en GARLAND, D. (Ed.), *Mass imprisonment. Social causes and consequences*, SAGE Publications, Townbridge, 2001, pp. 4 y ss.

de intereses individuales esenciales como a esos nuevos bienes jurídicos supraindividuales. El punitivismo, originariamente llamado *mass imprisonment, mass incarceration o the prison boom*¹⁰, constituye una moderna tendencia o moda que proviene de la influencia que la política criminal norteamericana ha tenido sobre las políticas criminales europeas en las últimas décadas y que ha alejado a éstas de las influencias teóricas que buscaban otros medios alternativos al mero aumento cuantitativo para tratar optimizar el rendimiento de los recursos punitivos estatales¹¹. El objeto de un trabajo como este y el motivo de la crítica al punitivismo como estrategia generalizada no solo provienen de ideas románticas sobre su alejamiento de los sustratos garantistas que deben regir la utilización de los recursos punitivos, aunque también, sino sobre todo provienen de la constatación de la falta de rendimiento y de eficacia de las políticas criminales punitivistas en la disminución sostenida de las tasas de delincuencia¹².

El fenómeno del populismo no es exclusivo ni mucho menos propio solo de pseudo democracias periféricas. Estamos siendo testigos directos del auge e incluso consolidación de fenómenos políticos adscribibles al concepto de “populismo” en democracias avanzadas de países desarrollados. Tampoco es un fenómeno propio de ideologías más conservadoras ni de las más progresistas. Como indica PULITANO¹³, con acierto, existe un populismo penal “de derechas” y un populismo penal “de izquierdas”, aquel de tendencias de elevación generalizada de penas en aras a la consecución de la sensación de “seguridad” (cadena perpetua) y éste más preocupado por el castigo de opciones ideológicas adversas bajo el manto de lo *politically correct* (por ejemplo, delitos de negacionismo). Ambos son fenómenos punitivistas con origen en populismos jurídicos, en definitiva populismos penales. Evidentemente los criterios para un análisis fundamentado del fenómeno del punitivismo así como los de crítica al mismo también constituyen un debate sobre opciones ideológicas acerca de la política criminal. Pero no solo. El paulatino desarrollo de las ciencias vinculadas al Derecho penal, sobre todo de la Criminología, van aportando cada vez

más análisis empíricos sobre el rendimiento de los recursos sancionadores así como sobre las técnicas de tipificación. Esta evolución traslada determinados debates a ámbitos puramente empíricos y más objetivos. Los criterios con los que debemos analizar el rendimiento de los recursos sancionadores así como las opciones de incremento, detrimento y selección de unos u otros recursos sancionadores en cada caso son, o deberían ser cada vez más, criterios de optimización técnica basados en el análisis empírico sobre la aplicación y selección de dichos recursos. Esa creciente, casi exclusiva podría decirse, fundamentación empírica de las ciencias vinculadas altera algunos de los enfoques tradicionales sobre la relación entre Derecho penal, política criminal y Criminología, sobre todo en lo que se refiere al análisis de la selección de los recursos punitivos y de su duración, ámbito en el que desde la comunidad científica de la Criminología se lleva trabajando mucho tiempo y que el legislador penal español de la última década ha ignorado consciente o inconscientemente.

I. El Derecho penal como medio de control social también hoy

La visión del Derecho penal como un medio de control social debería permitir, sobre todo, elaborar una política criminal racional o, si se prefiere, orientada a las consecuencias, donde se miden en términos de utilidad social las decisiones de los operadores jurídicos. Esta “orientación a las consecuencias” aleja el sistema de los métodos de solución de conflictos cuyo sustento sea el mero retribucionismo. La inclusión del Derecho Penal en el marco del resto de sistemas de control social sirve para cimentar teóricamente la introducción de alternativas a la pena de prisión e incluso de alternativas al propio sistema penal. Es el caso de la denominada “diversión”, que, en esencia, supone la propuesta de desviar la solución del conflicto social que produce el comportamiento delictivo a otros controles sociales extra o parajurídicos (a veces creados *ex novo*) que se caracterizan por su mayor informalidad. En esta dirección el auge de la teoría de la prevención general po-

11 Véase, entre otros, GARCÍA ESPAÑA, E./ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Realidad y políticas penitenciarias*, Editado por Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Málaga, 2012, pp. 35 y ss.

12 Ver, entre otros, HAGAN, J./ DINOVIETZ, R.: “Collateral consequences of imprisonment for children, communities and prisoners”, en *Crime and Justice*, nº 26, 1999, pp. 121 y ss.; Ver los trabajos incluidos en PATILLO, M./ WEIMAN, D./ WETERN, B. (Eds.), *Imprisoning America. The social effects of mass incarceration*, Rusell Sage, New York, 2004.; y en STEVEN, R./ STOLL, M.A. (Eds.), *Do prisons make us safer? The benefits and costs of the prison boom*, Rusell Sage, New York, 2009.

13 PULITANO, D.: “Populismi e Penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale”, en *Criminalia*, 2013, pp. 123 y ss.

sitiva solo es comprensible en un sistema en el que la pena se incluye entre el resto de las sanciones sociales creando o estabilizando una conciencia fiel al Derecho. Más aún, los pilares básicos del programa de política criminal, el carácter fragmentario y de *ultima ratio*, sólo cobran pleno sentido en un sistema en el que la protección de bienes jurídicos no es tarea en exclusiva del Derecho penal, sino del conjunto de los medios de control social, pues ambos principios presuponen la existencia de otras instancias que actúan conjuntamente con el fin de posibilitar la convivencia.

Por otro lado, el avance y la profundización de la relación del Derecho penal con las ciencias sociales también ha suministrado nuevas hipótesis de trabajo y nuevas formas de argumentación que permiten un nuevo enfoque de los elementos estructurales de la dogmática penal¹⁴. Estos “nuevos paradigmas” afectan, claro está, a la parte más importante de la dogmática penal, que es la teoría jurídica del delito. El nuevo método, como es conocido, tiene su punto de arranque en el trabajo programático de ROXIN *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, y propone romper la barrera infranqueable que desde Von LISZT separaba política criminal y dogmática penal. En palabras ya clásicas de ROXIN “hay que transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político criminales y, estas a su vez, en reglas jurídica de *lege data o lege ferenda*”. En cualquier caso, la novedad científica no es solo la apertura de la teoría del delito a consideraciones valorativas, algo ya presente desde el neokantismo al finalismo. Lo que verdaderamente destaca es que la reconstrucción de la teoría del delito se intenta racionalizar y sistematizar teniendo en cuenta la influencia de valores.

No obstante, en esta nueva dirección ya existían y perduran dos importantes problemas abiertos. El primero es el valor del planteamiento sistemático. Aunque es exagerado hablar de tópica en el derecho penal actual, sí debe repararse en que en el planteamiento de

determinados autores¹⁵ la importancia de la coherencia interna del sistema se relativiza. Incluso en un Manual tan icónico como el de JESCHECK, puede leerse lo siguiente: “no debe desconocerse, sin embargo, el peligro de una dogmática jurídico penal basada en fórmulas abstractas: este radica en que el juez se abandona al automatismo de los conceptos teóricos, olvidando así las particularidades del caso concreto. Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión del hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar un segundo plano”¹⁶. Posiciones más realistas, como puede ser la de QUINTERO OLIVARES en la actualidad, resaltan incluso que los moldes dogmáticos vigentes hasta ahora pueden resultar un mero ejercicio de retórica decorativa si no se relativiza la abstracción que ha imperado en el trabajo dogmático tradicional y si no se vincula con intensidad con la política criminal¹⁷. Esta orientación de las construcciones dogmáticas hacia el caso concreto, relegando a un segundo plano el valor de la coherencia intrasistemática, constituyó seguramente la forma más sencilla de escapar del asfixiante mundo de estructuras lógico objetivas en que se había convertido la ciencia del derecho penal después de la II GM. No obstante, aún hoy, cuando ya no puede esgrimirse tal justificación, es posible apreciar ciertas características del pensamiento tópico en sectores tan importantes de la teoría del delito como la imputación objetiva, la cual da la impresión de no haber encontrado en muchas ocasiones un lugar sistemático propio y de actuar introduciendo *topois* para la resolución de determinados supuestos problemáticos¹⁸. Salir al paso de esta tendencia moderadamente tópica del Derecho penal fue uno de los objetivos que pretendió alcanzar ROXIN al elaborar su *Kriminalpolitik*¹⁹. La desatención a valores político criminales en la construcción de la teoría del delito había provocado que lo dogmáticamente correcto no siempre coincidiera con lo político-criminalmente correcto²⁰. Ante esta situación ROXIN,

14 Vid. DIEZ RIPOLLES, J.L., *Los elementos subjetivos del delito*, Valencia, 1990, pp. 90 y ss.

15 Vid., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *El error en el Derecho penal*, Valencia, 1989, p. 123 y ss.

16 JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, (trad. Mir Puig/Muñoz Conde de la 3ª ed. Alemana), Barcelona, 1981, pp. 264-265. JESCHECK, y la primera edición de su Lehrbuch, es el autor que ROXIN más veces utiliza como ejemplo del abandono del pensamiento sistemático, al introducir en multitud de ocasiones “correcciones valorativas”, vid. *Política criminal...*, op. cit., p. 20, 29 (legítima defensa ante menores), y 30 (distinción entre autoría y participación).

17 QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va el Derecho penal*, Civitas, 2004, pp. 125 y ss.

18 Vid. especialmente SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Sobre la relevancia jurídica penal de la no inmediatez en la producción del resultado”, en *Estudios penales en memoria del Prof. A. Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 679.

19 Sobre el valor del pensamiento sistemático en ROXIN vid. ahora más ampliamente *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, 7/30-49.

20 ROXIN, K., *Política criminal...*, op. cit., pp. 20-21, 29.

con el fin de restaurar el pensamiento sistemático, puso de manifiesto la necesidad de unir de un modo racional y sistemático política criminal y teoría jurídica del delito. Para ello a cada categoría le asigna una función político criminal. Precisamente, la idea más importante de ROXIN consiste no tanto en enlazar dogmática y política criminal, algo que ya se empezó a vislumbrar en los años veinte del siglo pasado y que estuvo presente en los planteamientos de muchos dogmáticos, sino en afirmar que cada categoría de la teoría jurídica del delito debía desarrollarse y contemplarse en atención a su función político criminal. Así, a la tipicidad le asigna la realización del *nullum crimen sine lege*, a la antijuricidad la resolución de conflictos sociales, y a la culpabilidad la necesidad de la pena desde un punto de vista preventivo especial y general²¹.

El segundo gran problema a debatir, y que es realmente el sustrato esencial de las críticas al punitivismo, es la concreción de los valores y principios sobre los que construir el sistema, así como las relaciones de parentela entre éstos y las diversas categorías dogmáticas. La falta de acuerdo en la comunidad científica sobre este asunto es evidente si se comparan los sistemas de JAKOBS y ROXIN. Mientras que en JAKOBS el fin de estabilización normativa es omnipresente en todas las categorías del delito, en planteamientos como el de ROXIN, y sus amplias secuelas científicas, el fin de la pena, que es además preventivo general y especial, aparece únicamente como valor determinante en el seno de la culpabilidad. A mayor abundamiento, ambos autores entienden la prevención general de un modo distinto, lo que obviamente repercute en la construcción de los diversos elementos. Pero es más, dentro del paradigma teleológico funcional se observa (entre nosotros SILVA SÁNCHEZ, DIEZ RIPOLLÉS, entre otros), una tendencia que estima demasiado estrecho reducir a los fines de la pena los criterios político-criminales que han de inspirar las distintas categorías; otros fines como la subsidiariedad o la fragmentariedad y, en general,

todo el garantismo penal han de inspirar también los elementos de la teoría del delito. Creo que sin duda este aspecto es el verdadero “talón de Aquiles” de la nueva dirección teleológica funcional, pues se corre el peligro de instalarnos de nuevo en el relativismo que caracterizó a la ciencia penal durante el periodo neokantiano. La importancia de lo teleológico unida a la ausencia de concreción de los fines legitimaría que cada intérprete —así como el legislador y, en especial, el juez— resolviera el caso de manera subjetiva, a partir de sus propias creencias sobre los fines del Derecho penal²².

Una dogmática penal de base ontológica o axiológica no necesitaría preguntarse por este hecho, por cuanto que el quehacer dogmático resulta tan neutral como el sumar o el restar. Se trata de aplicar estructuras que vienen dadas a priori y que se derivan de la naturaleza de las cosas. Igualmente una dogmática formalista tampoco tendría que preocuparse por los valores, sino que únicamente le interesaría poner de relieve cuáles son las posibles interpretaciones intrasistemáticas de la norma. Pero en cualquier caso, dentro de este paradigma está absolutamente vedado al operador que traiga a colación valores distintos a los del Derecho positivo. Esta despreocupación por los valores también es legítima en el causalismo, donde leyes causales y, por tanto, neutras desde un punto de vista valorativo, determinan el injusto y la culpabilidad. También puede ser comprensible despreocuparse de los valores si se adopta la posición de JAKOBS, pues el funcionalismo intenta únicamente explicar la función del Derecho penal en una determinada sociedad, por lo que la dogmática sería, de un lado, una ciencia eminentemente descriptiva y, por otro lado y a lo sumo, sus propuestas obedecerían a mejorarlo de acuerdo con lo que de él espera una determinada sociedad²³. La orientación del funcionalismo sistémico de JAKOBS²⁴, que constituye una de las construcciones dogmáticas más influyentes de los últimos años, adopta como método para describir el funcionamiento del sistema penal y reelaborar en buena medida la teoría

21 ROXIN, K., *Política criminal...*, op. cit., pp. 67 y ss.

22 Muy claramente SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, op. cit., p. 71.

23 JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Universidad externado de Colombia, 1996, p. 29, 37 y ss; p. 67: “El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada. Probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda teoría funcional”.

24 PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad...*, op. cit., pp. 44 y ss.

25 En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, op. cit., p. 79: “Por ello, sería quizá lo más certero calificarlo de modelo sociológico puesto que la construcción dogmática ha perdido toda autonomía valorativa y, con ello, toda posibilidad de aportación de criterios correctores...”. Si bien, como el propio SILVA observa, Jakobs incluye grandes dosis de subjetivismo en sus decisiones al haberse autoproclamado intérprete de las necesidades preventivas de la sociedad.

del delito una línea metodológica en la que los valores sociales se aceptan sin más, lo que supone en definitiva una nueva reencarnación del “naturalismo” —de la falacia naturalista de la que hablara HUME—, en cuanto que el deber ser del Derecho queda determinado enteramente por el ser, lo que bien podría calificarse como de confusión entre sociología y dogmática²⁵.

Ahora bien, una vez dicho esto reiteramos que si se parte de un método teleológico debemos estar de acuerdo en que debemos resolver dos tareas con urgencia. La primera es determinar, o más bien confirmar, con el mayor grado de precisión posible cuáles son los valores sobre los que se sustenta el sistema²⁶. A mi juicio, esta tarea es más importante si cabe que la de señalar qué valores corresponden a cada tramo de la categoría del delito. Y, en este sentido, pienso que dentro del paradigma teleológico funcional las diferencias en cuanto al entendimiento de la dogmática vienen motivadas no tanto por el método o la orientación a los fines sino, precisamente, por la distinta concreción e importancia que cada corriente científica otorga a los mismos. La segunda tarea, propia de cualquier disciplina científica, será tratar de adecuar la optimización de los recursos punitivos respecto del sistema de valores aceptado, es decir tratar de optimizar las decisiones de política criminal en el proceso de creación/refacción de las normas penales para hacerlas lo más adecuadas posibles a dicho sistema de valores y o más eficaces posibles para la consecución de sus fines. Ahí es donde entra en juego, sin duda, la implicación entre las ciencias empíricas y la política criminal si lo que se desea es encontrar respuestas fundadas a la optimización del rendimiento de los recursos sancionadores que se diseñen o rediseñen por el legislador y llevar a cabo el proceso de creación o reforma de normas penales con un fundamento científico serio y no movido exclusivamente por modas o caprichos.

II. Política criminal y sistema constitucional de valores

Como se acaba de comentar, el primer cometido científico al que nos enfrentamos para una caracterización científica de la política criminal es determinar o confirmar los principios y el programa de valores sobre los que ha de construirse el sistema penal. La política criminal, como un sector de la política en general, es una actividad valorativa y preñada de ideología como no puede ser de otro modo. No en vano la política criminal es aquella parte de la política (política es igual a toma de decisiones entre diversas opciones basándose en un programa de valores) cuyo cometido es definir, crear, redefinir, rehacer el conjunto de normas penales vigentes en un Estado en un determinado momento histórico. Por ello a los diversos modelos de Estado les pueden corresponder a su vez diversos modelos de política criminal²⁷ y en un mismo modelo de Estado caben diversas opciones de política criminal, claro está. BARBERO SANTOS evidenció esta idea con especial claridad en lo que concierne a nuestro país²⁸. Parece claro, por tanto, que la política criminal debe estar siempre incorporada al marco de referencia de una determinada situación organizativa estatal, sin olvidar que dentro de esta contingencia pueden haber diversas opciones para cada uno de los procesos de decisión que deban sucederse en el ámbito de la política.

Resulta evidente, y esto es algo ya muy superado en la comunidad científica aunque parece que al legislador hay que recordárselo cada poco tiempo, que en la actualidad y en nuestro país el sistema de valores que funciona como cúspide y referencia del ordenamiento jurídico ha de ser el del Estado social y democrático de Derecho, tal como es configurado por la Constitución²⁹. Por ello considero que uno de los grandes cometidos de la política criminal es determinar y ser fiel en el desarrollo de sus diversas opciones a lo que ARROYO ZAPATERO denominó en su día el “Programa penal de la Constitución”³⁰. El paradigma de la dogmática penal

26 En este sentido especialmente, NINO, C.S., *Los límites...*, op. cit., p. 78 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, op. cit., p. 110; BACIGALUPO, E.: “La ciencia del Derecho penal, entre el ideal científico de las ciencias naturales y de las ciencias del espíritu”, en *Libro Homenaje al Prof. Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 459-469.

27 Vid. ampliamente DELMAS MARTY, M., *Les grands systèmes...*, op. cit., pp. 45 y ss.

28 BARBERO SANTOS, M., *Política y derecho penal en España*, Túcar, Madrid, 1977.

29 Vid. ZIPF, H., *Introducción a la política criminal* (trad. Izquierdo Macías Picavea), Madrid, 1979, pp. 24 y ss y MAURACH, R./ZIPF, H., *Derecho Penal...*, op. cit., 3/22.

30 ARROYO ZAPATERO, L., “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, en RJCLM, n.º 1, 1987, pp. 101 y ss.

que nace con la obra de ROXIN requiere que las distintas categorías de la teoría del delito se pongan en conexión con opciones determinadas y concretas de política criminal. Mas, como ya advertí, si esta conexión no se consolida suficientemente y la política criminal se maneja entre sus distintas opciones sin ningún tipo de apoyo en el sistema de valores constitucionalmente asentados quizás lleguemos a un punto del camino que amenaza con conducir a un relativismo axiológico semejante al que caracterizó el Derecho penal durante parte del pasado siglo.

No obstante, y en honor a la verdad, lo cierto es que está bastante extendida la opinión de que el papel de la Constitución no puede sobrevalorarse en este punto. Esta es la tendencia dominante en la literatura científica alemana. Como indica TIEDEMANN, en este país se ha prestado escasa atención a las implicaciones entre ambos órdenes normativos, por considerar que son relativamente autónomos y que la Constitución concede al legislador penal un amplio margen de libertad para la configuración del ordenamiento penal³¹. Igualmente escéptica es, en cierta medida, la posición de SILVA SÁNCHEZ: “La Constitución, en realidad, no constituye más que un marco, que ciertamente delimita las posibilidades de la construcción dogmática de lege lata, pero que en muchos aspectos, dada su amplitud y ambigüedad puede rellenarse de formas sustancialmente diferentes”. Buenos ejemplos de ello, continúa indicando este autor, son principios como el de proporcionalidad, humanidad e igualmente la discusión en torno a los fines de la pena. Bajo estos presupuestos, según SILVA SÁNCHEZ, “no puede existir duda acerca de la dificultad de traducir los postulados abstractos y vagos de la Constitución en concretas consideraciones dogmáticas jurídico penales. Todo ello conduce... a la inevitabilidad de admitir que las cuestiones básicas del Derecho penal, ya sean éstas las que conforman los principios del ejercicio legítimo del ius puniendi, ya las premisas valorativas de la atribución de la responsabilidad penal son una materia propia de la filosofía jurídica, por mucho que tales razonamientos filosóficos se produzcan en el interior del marco constitucional”³².

Las consideraciones que acaban de reproducirse no creo que desvirtúen la opción aquí mantenida en lo referente a la necesaria vinculación de los valores constitucionales con el Derecho penal y, como método de concreción de algunos de dichos valores, de la necesaria conexión del método científico con la política criminal. Desde luego debe reconocerse que la Constitución presenta un programa abierto y asume cierta ambigüedad en sus valores, o más bien asumir que hay que interpretar dichos valores de un modo pluridireccional y no en un sentido único ni con una vocación férrea. En el proceso de interpretación de los principios y valores constitucionales (de los que tienen especial relación con el Derecho penal o de cualesquiera otros) no sólo entra en juego la valencia propia de cada principio o valor, su extensión y sus límites, la posición de predominancia que ostente dentro del propio sistema constitucional, sino también la relación que dicho principio guarda con el resto de los que estén presentes en el texto constitucional. La comprensión y delimitación de estas aristas no puede pretenderse solucionar o concretar mediante un proceso de interpretación unívoco y sencillo. Pero esto, como indica ARROYO ZAPATERO, más que un demérito representa precisamente la esencia de las modernas Constituciones, que “diseñan un tipo de sociedad abierta, que no consagra el orden de valores existente e, incluso, promocionan normativamente el progreso social”³³. Es más, las Constituciones, que asumen el valor del pluralismo y la “soberanía de las generaciones vivas”, se caracterizan precisamente por contemplar varias alternativas todas ellas conforme a la Constitución. Por otro lado, lleva igualmente razón SILVA al destacar la importancia de la utilización de la filosofía jurídica dentro del marco Constitucional, pues en la compleja tarea de interpretación de la Constitución se parte con frecuencia de fuentes como los valores culturales dominantes y, por tanto, la propia filosofía jurídica es parte necesaria de los materiales y recursos que se usan normalmente en el proceso de interpretación de la Constitución³⁴.

¿Cuál es la situación en la que se encuentran los valores o principios constitucionales relativos a los fines de la pena? Los presupuestos de la nueva política cri-

31 TIEDEMANN, K.: “Constitución y ley penal” (trad. Arroyo Zapatero), en REDC, nº 33, 1991, pp. 145 y ss.

32 SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, op. cit., p. 113-114.

33 ARROYO ZAPATERO, L.: “Fundamento y función...”, op. cit., p. 99.

34 ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 308.

minal que surge en los años sesenta anuncia el predominio de una concepción preventiva. Los años sesenta y primeros setenta suponen el resurgir de la idea de la resocialización como fin primordial de las penas privativas de libertad. Sin embargo, pronto comenzaron a oírse voces que advertían tanto de sus fracasos, como de la pérdida de garantías (v.gr. sentencias indeterminadas, principio de legalidad, de libertad ideológica, de proporcionalidad) a la que llevaba un programa resocializador configurado sin fisuras. El fracaso de la resocialización no quebrantó sin embargo la fe de la ciencia penal en planteamientos preventivos a pesar de un clima, ciertamente, propenso para una vuelta al retribucionismo, lo que acecería más tarde en los países que con más fuerza habían apostado por la resocialización: los países escandinavos y los Estados Unidos. En este entorno jurídico y cultural se acuñó una nueva teoría retributiva, que recibió el nombre de “neoclasicismo”, que redescubrió el contenido garantista de las teorías de Kant y Hegel y que, sin embargo, no ha calado en los países de nuestro entorno jurídico. Sin duda, la proximidad de las épocas de intenso retribucionismo en países como Alemania o España provocó de inicio un rechazo a su reentrada.

Por otro lado, la tensión entre prevención y garantismo se puede solucionar enfatizando el papel de la prevención general como fin de la pena. La respuesta al problema puede parecer cuanto menos paradójica, pues la prevención general intimidadora desde siempre fue atacada por el flanco de la pérdida de garantías. La propensión al “terror penal” y la consideración del delincuente como un medio fueron desde siempre dos grandes objeciones contra esta teoría. La Ciencia penal actual ha ofrecido, sin embargo, respuestas a esta aparente contradicción: la primera, es la elaboración de una nueva teoría de la prevención general, que se conoce con el nombre de prevención general positiva. El fin de la prevención general es, según esta versión, restituir la confianza de los ciudadanos en la vigencia de la norma, que ha sido quebrada por el delito. Mas

este objetivo sólo puede ser conseguido en cuanto se respeten en su imposición las garantías básicas del Derecho penal. Penas desproporcionadas e impuestas sin respetar los principios garantistas no consiguen aumentar la confianza de los ciudadanos. En suma, se trata de integrar las garantías penales en los fines de la pena, en cuanto que éstas son necesarias para restablecer la confianza de la sociedad en la norma penal. La segunda respuesta al problema apuntado parte, sin embargo, de la prevención general intimidadora tal como fue formulada por FEURBACH, indicando a continuación que su adopción no puede originar una pérdida de garantías, en cuanto que estas están suficientemente implantadas en el Derecho Penal actual. A diferencia de la anterior propuesta, se considera más conveniente no integrar las garantías penales dentro del fin de la pena, y dejar que actúen de modo independiente.

En cualquier caso, para observar esta problemática desde una perspectiva global en la discusión actual sobre los fines de la pena debe indicarse que la idea de resocialización sigue siendo el punto de referencia en el programa político criminal contemporáneo. Las críticas que este fin ha recibido impiden, ciertamente, configurarla como el fin único de la pena, pero no se ha puesto en tela de juicio que en el marco de la prevención general y, en concreto, en el momento de la ejecución de la pena privativa de libertad es necesario atender a objetivos resocializadores, aunque no sean los únicos, y siempre referidos al concepto de resocialización promovido por BARBERO como “vida futura sin delito” del condenado así como a un escrupuloso respeto de sus derechos individuales³⁵. Pese a la crisis de la resocialización en el terreno positivo no deja de ofrecer frutos: los sustitutivos penales aumentan paulatinamente en todas las legislaciones en detrimento de las penas cortas privativas de libertad, e igualmente en la legislación penitenciaria comparada declara expresamente que el fin resocializador es prioritario a la hora de ejecutar la pena de prisión³⁶.

35 Sobre la necesidad de combinar la prevención especial con otras finalidades de la pena, y en general sobre la interpretación actual del artículo 25.2 de la Constitución vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: “Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español”, en *El Nuevo Código Penal. Presupuestos y fundamentos: Libro homenaje al Prof. Ángel Torio López*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 3 ss.

36 Para una consideración más completa de las posibilidades de desarrollo de la idea de resocialización en la actualidad ver los trabajos expuestos en GARRIDO GENOVÉS, V./ MARTÍNEZ FRANCÉS, M.D., *Educación social para delincuentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Hemos resaltado la idea de que la prevención general positiva implica o debe consistir en la restitución de la confianza de los ciudadanos en la vigencia de la norma, que ha sido quebrada por el delito. Asimismo hemos afirmado que en la consecución de esa finalidad preventivo general positiva la aplicación de penas desproporcionadas e impuestas sin respetar los principios garantistas del Derecho penal no consiguen aumentar la confianza de los ciudadanos. La idea que subyace al punitivismo y que propugna la revisión generalizada del sistema de penas para ir incrementando su duración, sobre todo de las privativas de libertad, llegando incluso a establecer la cadena perpetua de un modo directo o encubierto, tal y como ha sucedido en la reciente reforma del Código penal español en 2015, parece contraria a esta visión de la prevención general positiva tal y como la acabamos de moldear. Parece obvio que desde un punto de vista conceptual la idea de resocialización no puede conseguirse a través de las penas privativas de libertad de muy larga duración y desde luego en ningún caso a través de las penas de privación de libertad ilimitada o quasi ilimitada. Pero esto, dicho así, corre el riesgo de quedar precisamente en un mero debate conceptual sobre el contenido de un principio constitucional que también (así lo argumenta el legislador punitivista) puede alcanzar sus límites cuando choca con otros valores constitucionales como la seguridad individual y colectiva.

Sin embargo, y siguiendo la propuesta metodológica de este artículo, el debate conceptual sobre el contenido y extensión de los principios y valores constitucionales no debe circunscribirse, siempre que sea posible, a una mera confrontación de ideas sobre sus contenidos basadas en la mera opinión o el mero juicio de valor que se sustente sobre preferencias personales o tendencias ideológicas del que los formule. En tal caso se corre el fácil riesgo de que la complejión del principio o valor sea sesgada, parcial y no responda a su verdadera finalidad. Evidentemente el proceso de interpretación de un valor o principio constitucional no es sencillo ni puede responder a un mero silogismo aplicativo como sí sucede a otros niveles de normas jurídicas de menor abstracción. Precisamente, en la formulación del contenido y extensión de un principio o valor constitucional,

que es algo sumamente abstracto, intervienen juicios valorativos que responden, como se ha dicho anteriormente, a la coyuntura ideológica, social y cultural de una sociedad en un determinado momento. Si hemos defendido la idea de que los valores programáticos constitucionales son abiertos y flexibles para permitir la contingencia histórica y cultural en cada momento, no podemos vetar la entrada de esos criterios en el proceso de interpretación sobre el contenido de los valores que en cada momento se lleve a cabo. Pero tampoco podemos olvidar que el proceso de interpretación sobre el contenido de un principio o valor constitucional no es ambiguo hasta el infinito ni tiene porque tener tantas opciones como presupuestos ideológicos tenga el intérprete. También intervienen en el proceso de interpretación criterios que tienen un fundamento científico objetivo y que se basan en juicios de pronóstico que proceden de la observación y del análisis estadístico ya sea desde las ciencias sociales o desde las ciencias físicas, y a los que no podemos ni debemos ignorar.

III. Política criminal y ciencias empíricas

Siguiendo el curso de nuestra propuesta, el segundo cometido científico al que nos enfrentamos debe ser, por tanto, determinar la necesaria implicación de la política criminal con las ciencias empíricas que le puedan aportar sustentos objetivos y firmes desde los que cumplir su cometido. Evidentemente debe ser protagonista de esa implicación, sobre todo, la Criminología. Una de las características angulares de la ciencia penal contemporánea es que se ha roto la barrera que separaba política criminal y dogmática penal, es más la implicación entre ambas debe profundizarse y hacerse más intensa. Existe hoy un amplio acuerdo en que la dogmática penal, como ciencia esencialmente mediadora que posibilita la aplicación de la Ley al caso concreto, debe partir en la construcción de sus diferentes propuestas de un determinado programa de política criminal. La política criminal actual debe saber combinar elementos utilitaristas y garantistas. En un marco idílico de relaciones científicas el saber empírico que proporciona la Criminología debería ser filtrado a través de los principios derivados del Esta-

37 MIR PUIG, S., *Introducción...*, op. cit., p. 306.

38 Cfr. GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 102 y ss.

do de Derecho. A la política criminal, como señala MIR, “le corresponde la función de fijar las premisas axiológicas del Derecho penal en base a la contemplación de las conclusiones obtenidas por la Criminología acerca de la realidad del delito y de la pena”³⁷. Como puede apreciarse sólo una vez que la política criminal ha dejado de ser exclusivamente utilitarista, para convertirse en una ciencia valorativa con bases empíricas, ha sido posible abolir las barreras que la separaban de la dogmática penal³⁸. Lo que diferencia esencialmente a la política criminal de la Criminología es que aquella es un conjunto de acciones valorativas y ésta es una ciencia empírica. La política criminal no sólo tiene como cometido proporcionar a la legislación estrategias de lucha eficaces contra el delito, sino que igualmente establece los principios valorativos para la configuración del Derecho penal de cada contexto y momento. En el plano de las estrategias hasta tiempos recientes ha sido frecuente el predominio de la concepción de FEUERBACH, para quien la política criminal se refería al conjunto de los procedimientos represivos a través de los cuales el Estado reacciona frente al crimen. La política criminal era, en este sentido, una plasmación de las medidas de represión. Frente a esta idea, creo que en la actualidad predomina en la comunidad científica el planteamiento que considera que las estrategias de lucha contra el delito no son únicamente las represivas. Obviamente, la ley penal es el instrumento principal pero destaca la importancia de otros instrumentos no penales (sanciones administrativas), y no represivos (prevención, mediación y reparación) y, lo que es aún más sorprendente, no todos de índole estatal o pública³⁹. Ahora bien, la consideración, la elección y el diseño de estas estrategias debe partir de los conocimientos aportados por la criminología acerca de la morfología de las conductas criminales, la explicación de su desarrollo y las características de su combate⁴⁰.

La norma penal constituye el marco legal que determina las conductas que son consideradas como delictivas en una sociedad en un determinado momento histórico. Con carácter previo ha de tomarse la decisión de la propia existencia de la norma penal, de su estructura

y de sus características esenciales, es decir hay una decisión de política criminal que se basa en la necesidad de intervención penal sobre cada una de las conductas a las que se tipifica como delictivas. La Criminología completa el conocimiento del hecho delictivo mediante la explicación genérica del comportamiento humano que infringe la norma penal tipificadora y que, por ello, se convierte en delictivo. La Criminología acomete la exposición sistemáticamente analizada de las estrategias, tácticas y medios de sanción social para conseguir un control óptimo del delito, y propondrá y determinará reformas de aquellos aspectos que se consideren político-criminalmente inadecuadas. La política criminal es el puente necesario entre el conocimiento empírico y la concreción normativa que constituye el Derecho penal. Se ha indicado que el papel de la Criminología radica principalmente en proporcionar la base empírica de una política criminal racional y garantista. Para ello su objeto de estudio debe ser necesariamente amplio y multidisciplinar, cuanto más, mejor. La totalidad de los paradigmas criminológicos y teorías de la criminalidad son necesarias y útiles, pues de todos ellos puede la política criminal y la dogmática extraer consecuencias relevantes.

La base empírica esencial de una política criminal racional se encuentra, a mi juicio, en los resultados que se han obtenido al analizar el funcionamiento de la conducta delictiva y el de las consecuencias jurídicas, desde una perspectiva empírica, en el marco de las relaciones sociales. Esta serie de conocimientos son esenciales para propiciar una política criminal razonable y consciente de los planteamientos científicos criminológicos y cuya aspiración sea el control de la delincuencia y la reducción de la misma a una cifra tolerable⁴¹. La política criminal debe buscar y poner en práctica los medios y las formas más adecuadas para hacer eficaces sus fines, y debe servir para definir la estrategia penal, necesitando para ello, y en primer lugar, un conocimiento adecuado de la realidad social y humana en cuanto a la contravención de las normas penales existentes, conocimiento apor-

39 DELMAS MARTY, M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, Thémis, París, 1992, p. 13.

40 ANCEL, M., *La défense sociale nouvelle (un mouvement de politique criminelle humaniste)*, París, 3ª ed. 1981. La influencia de la nueva Defensa social en la política criminal actual está ampliamente reconocida, vid. por ejemplo JESCHECK, H.H., *Tratado...*, op. cit., p. 1049. En coincidencia con lo expresado por este autor hoy es común al definir la política criminal su no reducción a medios represivos. Vid. por ejemplo, con ulteriores referencias, MAURACH, R. /ZIPF, H., *Derecho penal. Parte General* (trad. de la 7ª ed. Alemana de Bofill Genzsch/Aimone Gibson), Buenos Aires, 1994, 3/20.

41 Vid. HASSEMER, W. /MUÑOZ CONDE, F., *Introducción...*, op. cit., pp. 37 y ss.

tado por la Criminología. Con ello la política criminal debería establecer una interpretación de la realidad positiva o bien aportar juicios críticos sobre la misma, y para ello la política criminal no sólo puede tener en cuenta la función y estructura del Derecho Penal desde el mero análisis dogmático. El enfoque del hecho criminal va a exigir una coordinación del enfoque criminológico, el político criminal y el dogmático. En un modelo de interrelación ideal la Criminología aporta el núcleo de conocimientos empíricos sobre el delito, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento desviado, es decir conforma el modelo explicativo; la política criminal conforma el modelo decisonal, transformará la información que le proporciona la Criminología en opciones, alternativas y programas científicos; y el Derecho Penal será el modelo instrumental u operativo, concreta las opciones previamente adoptadas por la política criminal y las transformará en norma jurídica positiva. A mi juicio, ninguno de estos tres modelos puede separarse, operan conjuntamente, y no se puede ni se debe prescindir de su interrelación. Es más, la relación descrita entre todos estos ámbitos puede considerarse un imperativo de realización del Estado social y democrático de Derecho, cuyas bases constitucionales imponen la consideración de sus contenidos y fines en la política criminal que vaya construyendo la norma penal positiva⁴².

Puede decirse que el marco óptimo que rodea al proceso de creación de la norma penal se aproximaría bastante al cuadro de relaciones que ya propusiera Von LISZT en las últimas décadas del siglo XIX, al menos en un alto porcentaje de la aspiración científica en lo tocante a la necesaria interconexión entre la criminología, la dogmática penal y la política criminal. En el diseño de

lo que podría ser una nueva Ciencia total del Derecho penal o en una teoría general de la legislación penal se propone una profundización decidida en las relaciones entre Criminología y Derecho penal. Sin embargo, en el modelo positivista de ciencia total los conocimientos criminológicos llevaban a la construcción de un sistema radicalmente distinto al derecho penal del hecho⁴³. La situación entonces era ciertamente trágica pues, de un lado, se propugnaba una suerte de sistema penal orientado a las consecuencias y de otro lado resultaba imposible utilizar los conocimientos empíricos en las construcciones dogmáticas. La reformulación del programa de Von LISZT a lo largo de todo el siglo pasado ha ido tratando de superar este estado de cosas⁴⁴, de forma que los conocimientos criminológicos puedan llegar a operar en la dogmática penal a través del “puente” de la política criminal⁴⁵.

La entidad científica de la Criminología es innegable hoy en día, a pesar de que tradicionalmente fue considerada como pseudociencia multidisciplinar compuesta por el Derecho, la Psicología y la Sociología, esencialmente, aunque también se suele aludir como confluente a la Antropología, a la Medicina forense, a la Psiquiatría e incluso a la Filosofía. Tradicionalmente el objeto de estudio de la Criminología ha sido expuesto desde este enfoque multipolar alrededor del delito, del delincuente y de la víctima⁴⁶. Es más, tradicionalmente las investigaciones criminológicas versaban casi exclusivamente sobre el delito y sobre el delincuente, y en los últimos decenios hemos asistido a la ampliación y problematización del objeto de estudio y de la metodología utilizada en la investigación⁴⁷. Así, se ha incorporado recientemente la victimología como objeto de estudio entroncado en la propia Criminología, el

42 DE SOLA DUEÑAS, A.: “Política social y Política criminal”, en BERGALLI, R./ BUSTOS RAMÍREZ, J./ GONZÁLEZ ZORRILLA, C./ MIRALLES, T./ DE SOLA DUEÑAS, A./ VILADÁS JANÉ, C., *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Ediciones Península, Barcelona, 1983, pp. 245 y ss.

43 En el mismo sentido BARATTA, A.: “Die Zwecktheorie im Strafrecht (1963)”, en *Philosophie des Strafrecht*, 1985, pp. 251-256; FROMMEL, M., *Präventionsmodelle in der deutsche Strafrechts-Diskussions*, Duncker-Humblot, 1987, pp. 133 y 134, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, op. cit., p. 52, a quien pertenecen las dos citas anteriores. No obstante, en el planteamiento de LISZT la personalidad del autor alcanzaba relevancia en la elaboración del tipo penal, introduciendo en los tipos elementos referentes a la actitud interna, que habrían de tenerse posteriormente en cuenta a la hora de la medición de la pena. Posteriormente los discípulos de LISZT propondrían el concepto de “culpabilidad por el carácter”, que se acerca al concepto de culpabilidad por el autor, aunque siempre en los límites de un Derecho penal del hecho.

44 No lo estima de este modo, según entiendo, NAUCKE, W.: “La filosofía social del Derecho penal orientado a las ciencias sociales”, en MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Barcelona, 1983.

45 SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, op. cit., p. 98, con ulteriores referencias.

46 Ver las tendencias tradicionales de delimitación del objeto de la Criminología en GARCÍA PABLOS, A.: “Problemas y tendencias de la moderna Criminología”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, pp. 317 y ss.

47 GARCÍA PABLOS, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 26.

delincuente ha sido observado desde los paradigmas de la Psicología y la Sociología y para el conocimiento aplicado del delito se ha seguido recurriendo al Derecho como fuente esencial de conocimiento. Desde la consolidación científica de la Criminología a lo largo del siglo XX, y sobre todo en la actualidad, crece el número de autores que proponen una visión científica autónoma de la Criminología que asimila los conocimientos aportados por las ciencias que la apoyan pero que dispone de un objeto de estudio que adquiere relevancia autónoma suficiente desde la observación de la delincuencia y de sus implicaciones sociales.

Definir el objeto de estudio de la Criminología, y a través de ello definir el propio concepto de Criminología como ciencia, no ha resultado una tarea fácil ni pacífica. Las dos perspectivas necesarias en la definición de una ciencia son la rama teórica y la rama metodológica. El punto de partida de una conceptualización consciente de la Criminología podemos encontrarlo en la clásica delineación de SUTHERLAND⁴⁸ del objeto tripartito de esta disciplina como el estudio del proceso de realización de las leyes, de la ruptura de las leyes y de la reacción contra la ruptura de dichas leyes. La incorporación de orientaciones ideológicas en ciertas corrientes de pensamiento, como la criminología crítica, han incorporado conscientemente motivos de la morfología social, política y económica en el estudio del delito y su génesis y, por ende, en el propio concepto de la Criminología. Con ello no hacemos referencia únicamente a las orientaciones que basan sus trabajos en los motivos de desestructuración social y económica que conllevan las relaciones económicas de las economías de mercado sino también a los trabajos, sobre todo en Estados Unidos, que cifran las teorías de explicación de la criminalidad en las relaciones de poder y dominación desequilibrantes presentes en la sociedad, en el racismo o en las situaciones de desigualdad de sexos⁴⁹.

El cisma entre las diversas orientaciones ideológicas en la investigación criminológica genera en los años 80

un nuevo espíritu de pragmatismo y de asepsia científica, al menos en la concreción del objeto de estudio, en los paradigmas científicos implicados y en la metodología empleada en el desarrollo de las investigaciones⁵⁰. Las perspectivas más pragmáticas acerca del objeto de estudio han girado alrededor de la idea del “delito” como objeto primordial de atención de la Criminología. No es que los parámetros utilizados por la criminología crítica no formen parte de la realidad empírica, ni se niega que la estructura social o económica puedan conllevar la aparición de conductas criminales, sino que no forman parte del concepto en sí de la Criminología, ni esta ciencia tiene por finalidad o misión la subversión de las estructuras sociales o económicas. Es esta orientación pragmática la que implica al “delito”, o al “crimen” en terminología sajona habitual, como el objeto de estudio abstracto de la criminología⁵¹. Es por ello que también, y en cualquier caso, la Criminología es inescindible del condicionante que supone la previa tipificación penal y la determinación, mediante la interpretación jurídica, de la conducta delictiva en cada caso como pauta para analizar las causas de la delincuencia. De otro modo y como sostiene QUINTERO⁵², caso de disociar el objeto de estudio de la Criminología y sus relaciones respecto del Derecho penal, se corre el peligro de desenfocar el concepto de “conducta antisocial” y separarlo del de “delito”, promoviendo conclusiones científicas criminológicas confundidas y cuando menos irrelevantes. Aceptando el pragmatismo de esta delimitación del objeto de estudio de la Criminología, sin embargo no puede dejar de advertirse su excesivo reduccionismo. Otras orientaciones, en contraposición, han tratado de expresar la multiplicidad de objetos de estudio de la Criminología en su intención de aumentar su capacidad científica o su rendimiento investigador, afirmando que su objeto de estudio lo constituyen el delito, la delincuencia (como realidad social), el delincuente, las víctimas y los medios de control frente al

48 SUTHERLAND, E.H. / CRESSEY, D.R., *Criminology*, 9ª edición, Philadelphia, Lippincott, 1973, p. 3.

49 Véase la explicación del objeto de la criminología a partir de la dominación machista en MOYER, I.L.: “Academia Criminology: A need for change”, en *American Journal of Criminal Justice*, 9, 1985, pp. 197 y ss.

50 Ver WILLIAMS, F.: “The Demise of the Criminological Imagination: A Critique of Recent Terminology”, en *Justice Quarterly*, 1984, nº1, pp. 91 y ss.

51 BROWN, S.E./ ESBENSEN, F.A./ GEIS, G., *Criminology. Explaining crime and its context*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1991, pp. 19 y ss.

52 QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho penal*, Aranzadi, 2005, p. 211.

53 HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 25.

delito. Quizás esta visión, excesivamente fragmentaria, nos va acercando al concepto que más nos conduce a la síntesis que requiere la labor de delimitación del objeto de la ciencia de la Criminología: la delincuencia. En las últimas décadas de investigación criminológica se ha constatado que la orientación de la inmensa mayoría de los estudios realizados se ha volcado sobre el análisis de alguno de los aspectos de este fenómeno, y así se ha procedido a la ponderación estadística de su frecuencia, de sus consecuencias, de su génesis, de las variables que la motivan y la conducen. En consecuencia, podemos convenir que la Criminología es la ciencia que se dedica al estudio de la delincuencia y los sistemas de control social de la misma. La Criminología estudia el comportamiento delictivo y la reacción social contra el mismo⁵³.

Con ello se expresa la idea de que la Criminología no tiene un objeto diverso o múltiple basado en la idea de “delito, delincuente, víctima”. El objeto de estudio de la Criminología sería no tanto el delito y el delincuente como el “comportamiento humano delictivo”, y no tanto el delito y la víctima, *in se*, como la reacción social que ocasiona la delincuencia así como los mecanismos de control social que surgen alrededor de ella. El objeto de estudio se traslada de la observación parcelada del delito o del delincuente hacia la observación del comportamiento delictivo y de la reacción social que genera⁵⁴. El comportamiento delictivo es una noción conductual, es decir es una acción humana y como tal tiene una referencia normativa expresada en caracteres y en magnitudes de dicho comportamiento, cual es la que la ley penal lleva a cabo. En ella se realiza la determinación normativa de las conductas humanas que resultan delictivas, aunque la investigación de dichas conductas no puede agotarse en la exclusiva parcela de su plasmación normativa sino que ha de dirigirse a los factores ambientales, sociales, psicológicos, educativos, y demás que generan o facilitan la conducta delictiva que finalmente resulta estipulada como delito. A este respecto, la moderna criminología es consciente de la

multitud de variables que influyen en la conducta delictiva, de la multitud de ámbitos de los que provienen los componentes de dichas variables y de la necesidad de evaluarlos del modo más completo posible para discernir la incidencia de cada uno en cada investigación que se realiza⁵⁵. El estudio del comportamiento delictivo, desde la ciencia criminológica, abarca por tanto una serie de variables que evidentemente son distintas a las de la ciencia penal. La reacción social generada frente a la conducta delictiva abarca también desde mecanismos formales, que son los establecidos estatalmente desde las normas procesales y administrativas que estructuran los medios procesales, policiales y penitenciarios de reacción frente al delito, hasta mecanismos informales de control que parten de los vínculos familiares, laborales, amistosos y todos los que provengan de cualesquiera vínculos relacionales del individuo que realice un comportamiento delictivo⁵⁶. La Criminología se ocupa también del estudio de los mecanismos de reacción social ante la conducta delictiva y de las consecuencias que la aplicación de estos mecanismos, ya sean formales o informales, tienen sobre la actuación ulterior del sujeto delincuente⁵⁷.

Desde esta perspectiva la Criminología evidentemente se sustenta de un modo esencial en el Derecho penal, en la Psicología y en la Sociología, pero se evidencia que la observación del comportamiento humano delictivo y la reacción social excede, o mejor dicho la diferencia en sus contenidos, técnicas de investigación y pautas de conocimiento de cada una de esas ciencias y la dota de una autonomía investigadora evidente. La sola utilización de la dogmática penal no puede ofrecer por sí misma todas las respuestas al fenómeno delictivo, ya que la dogmática trata esencialmente de la caracterización del comportamiento humano delictivo puntual, en relación a la norma jurídica que lo tipifica, de la interpretación de dicha norma jurídica que es aplicable a dicho comportamiento y de las consecuencias jurídicas esperables. Sin otros sustentos científicos la Psicología o la Sociología tampoco logran explicar los

54 GARRIDO, V./ STANGELAND, P./ REDONDO, S., *Principios de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 49.

55 GARLAND, D. / SPARKS, R.: “Criminology, Social Theory and the Challenge of our Times”, en GARLAND, D./ SPARKS, R. (Eds.), *Criminology and social Theory*, Oxford University Press, 2000, pp. 7 y ss.

56 Véase HIRST, P.: “Statism, Pluralism and Social Control”, en GARLAND, D./ SPARKS, R. (Eds.), *Criminology and social Theory*, Oxford University Press, 2000, pp. 127 y ss.

57 Ver todo ello en REDONDO, S., “Prólogo”, en la obra GARRIDO, V./ GÓMEZ, A., *Diccionario de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

58 NUVOLONE, P.: “Diritto penale e Criminología”, en FERRACUTI, F. (Dir.), *Trattato di Criminología, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense*, Vol.3, Giuffrè Editore, Milano, 1987, pp. 2 y ss.

mecanismos de reacción social a la conducta delictiva ni los orígenes de la misma o sus condicionantes. No quiere ello decir que el objeto de estudio de la Criminología haya dejado de ser el delincuente, el delito, la víctima o el control social, sino que la ciencia de la Criminología aporta una perspectiva imprescindible desde la que analizar cada una de estas facetas para obtener un panorama integral. Tampoco quiere ello decir que el Derecho penal haya de subordinarse a la Criminología ni viceversa. La interrelación entre ambas fuentes de conocimiento, el punto de conexión útil se logra asumiendo que el objeto de la ciencia penal no debe ser sólo la exégesis y la dogmática de la ley positiva sino también la ciencia o el apoyo esencial a la ciencia de construcción de la ley positiva⁵⁸, tanto en el aspecto de la definición de las conductas tipificadas como delictivas como de las consecuencias jurídicas asociadas a ellas.

En cuanto a la segunda perspectiva necesaria en la definición de la ciencia criminológica, la perspectiva metodológica, la moderna criminología debe tener como cometido la implicación con el sistema penal en la evaluación constante sobre su funcionamiento. Tradicionalmente este análisis se limitaba a la medición de la extensión de la criminalidad a través de las estadísticas criminales⁵⁹. Pese a que este tipo de medición, sobre todo si se trata de estadísticas oficiales, presenta importantes objeciones de tipo metodológico, lo cierto es que al menos permiten observar la evolución de los procesos de control estatal, y ello, evidentemente, puede ser útil en aras a tomar decisiones de política criminal. Así, por ejemplo, los pocos delitos de aborto que son castigados pueden servir para hacer ver al legislador la inutilidad del derecho penal en esta materia, lo que sería relevante a la hora de juzgar la adecuación de un precepto penal con el criterio de proporcionalidad y, más concretamente, con la idea de adecuación. Inversamente, el escaso número de delitos de fraude de subvenciones que figura en las estadísticas oficiales también puede servir para llamar la atención sobre lo imperfecto de los mecanismos de control o sobre la tolerancia de la administración hacia este tipo de conductas. El cambio de enfoque que

la criminología crítica propuso en los años sesenta se debe, entre otras causas, a la observación de las estadísticas criminales. En efecto, la denominada cifra negra, la diferencia existente entre la criminalidad real y la registrada, permitió formularse la pregunta de si las instancias de control social formal actuaban de un modo interesado en la selección de las conductas a investigar, sobre todo si algunos de los datos obtenidos relacionaban la cifra negra con la clase social a la que perteneciese el delincuente o el tipo de delito⁶⁰.

A partir de la última contienda mundial el delincuente deja de ser el único protagonista del suceso “delito”. Nace una corriente de investigación denominada Victimología⁶¹, de cuyos conocimientos cabe esperar una relevante contribución tanto para la política criminal y social como para la dogmática penal⁶². Así, los estudios victimológicos han mostrado que la elección de la víctima del delito no es un hecho fortuito. El autor busca el lugar, el momento y la víctima adecuada, por lo que la condición de víctima no depende del azar, sino de una serie de variables cada vez más conocidas. Y si esto es así, las políticas de prevención tradicionalmente dirigidas al “autor”, han de empezar a ser bifrontes. Asimismo y aunque el derecho penal deba ser por su propia esencia un derecho abocado hacia el infractor, resulta necesario configurar un sistema que no realice una victimización secundaria. Lo que debe llevar a modificaciones, esencialmente procesales, destinadas a asistir a la víctima, aconsejándola, favoreciendo su actuación en el proceso y protegiéndola de los impactos negativos que resultan en ocasiones de la propia dinámica procesal. En este sentido, cabe destacar, el Capítulo II de la Ley nº 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, donde se establecen deberes de información, que corresponden a jueces, fiscales y funcionarios públicos, con el fin de dar a conocer a las víctimas las posibles ayudas de las que se pueden beneficiar. E igualmente se establece que “en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a sus situación personal, a sus derecho y a su dignidad”. Más discutible, a mi juicio, es una línea dogmática y

59 Al respecto de las existentes en nuestro país CEREZO MIR, J., *Curso...*, op. cit., pp. 76-77.

60 HASSEMER, W., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 75 y ss.

61 Vid. sobre sus orígenes LANDROVE DÍAZ, G., *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

62 Para más detalles GARCÍA PABLOS, A., *Manual...*, op. cit., pp. 44 y ss.

político criminal —que se ha venido a denominar victimodogmática— que a partir de los conocimientos de la victimología propugna una retirada del derecho penal, en virtud del principio de intervención mínima, en aquellos casos en que el delito se haya debido a que la víctima se ha comportado de tal modo que ha provocado una desprotección del bien jurídico⁶³. Ahonda más y otorga carácter sustantivo a la situación de la víctima la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que desde su entrada en vigor en octubre del 2015 viene a establecer un catálogo de derechos, procesales y extraprocesales, de las víctimas de delitos así como a otorgar una protección especial a colectivos de víctimas de especial vulnerabilidad.

A mi juicio, y esto es algo que no tiene que ver con la entidad de la victimología como rama científica o como parte de la criminología, el verdadero peligro para alteración de los fundamentos del proceso de creación de las normas penales lo constituye la tendencia en auge consistente en que la víctima, de un modo directo o indirecto, participe en el proceso de reflexión y creación de la norma, propiciando que pueda desempeñar un papel importante a la hora de configurar los sistemas de sanciones. No me estoy refiriendo a la creciente importancia que cobra la idea de reparación como alternativa a otras penas en algunas tendencias de la política criminal contemporánea⁶⁴. La reparación en el contexto europeo ha sido tradicionalmente un problema desligado del derecho penal, unido al derecho civil o administrativo. Desde este último punto de vista, la mayoría de las leyes de reparación a la víctima no son sino un apéndice más de la responsabilidad por el mal funcionamiento de la administración⁶⁵. Este es el caso de la Ley alemana de 1976, de la francesa o incluso de la más reciente Ley es-

pañola de 1995. Frente a esta concepción, en los últimos tiempos, se trabaja en la configuración de la reparación directa del autor a la víctima como alternativa a la pena privativa de libertad y pecuniarias. Este movimiento se cimenta tanto en la consideración de la reparación como sanción apta para cumplir con los fines de la pena, como en el hecho de que la víctima del delito en estos casos no demasiado graves está menos interesada en el castigo del autor que en una reparación⁶⁶. Como digo, no me refiero a esta tendencia, interesante y plausible, sino a la consideración que la víctima, sobre todo las asociaciones en que ésta se integra, ha ido adquiriendo en el proceso de creación o de refacción de la norma jurídica penal en la última década del pasado siglo y en lo que llevamos del presente. Esa atención, creciente, que dispensa el legislador a quienes han ocupado la posición del sujeto pasivo de la conducta típica ha generado una traslación en el proceso de reflexión de la norma y sus componentes que lo aleja del método científico que debe inspirar la metodología de las ciencias jurídicas, en concreto de la ciencia jurídica penal.

El marco general del sistema de valores constitucionales, los cuales además de tener otras misiones también deben regir la teoría de la legislación, así como la traslación de los conocimientos estadísticos y objetivos que proporciona la criminología y que deben ser asumidos por la política criminal, y en definitiva todas las aportaciones al conocimiento científico que proporcionan los investigadores de la ciencia penal, sucumben al conceder un peso tan específico y tan consciente a los planteamientos vindicativos y punitivistas que subyacen a la postura de la víctima *ex post delicto*. Dichos planteamientos carecen de un fundamento científico que los sustente, carecen de un contraste objetivo basado en una

63 Sobre la relevancia jurídico-penal de la conducta de la víctima en la producción del resultado CANCIO MELÍA, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona, 1998. Vid. igualmente VICENTE REMESAL, J.: "Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas", PJ, 1990. Acerca de la victimodogmática SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Victimodogmática", en *Libro Homenaje a Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 633 y ss.

64 Vid, entre otros, la completa obra de GORDILLO SANTAMARÍA, L.F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.

65 Al respecto GARCÍA DE ENTERRIA, E. /FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo* II, Civitas, Madrid, 1990, pp. 326-330.

66 Varios especialistas suizos, alemanes y austriacos han elaborado el *Alternativ Entwurf Wiedergutmachung*. Cfr. para una exposición sucinta ROXIN, K., *Política criminal y estructura del delito*. (trad. Bustos Ramírez, Hormazábal Malarée), Editorial PPU, Barcelona, 1992 p. 31; CEREZO MIR, J., *Curso...*, op. cit., pp. 44 y ss.

67 De entre las referencias bibliográficas clásicas sobre la ineficacia del *mass incarceration* en la reducción de la tasa de delincuencia citamos a LEVITT, S., "The effect of prison population size on crime rates: evidence from prison overcrowding litigation", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 111, nº 2, 1996, pp. 319 y ss.; MARVELL, T.B./ CARLISLE, M.Jr.: "Prison population growth and crime reduction", *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 10, nº 2, 1994, pp. 109 y ss.; KOVANDZIK, T.V./ VIERAITIS, L.M.: "The effect of county-level prison population growth on crime rates", *Criminology and Public Policy*, Vol. 5, nº 2, pp. 213 y ss.

metodología estadística, objetiva, cuanto menos histórica o mínimamente reflexiva⁶⁷. El populismo jurídico en materia penal, el denominado “punitivismo penal”, gira alrededor de planteamientos que promueven y practican, allá donde se plasman en Derecho positivo, alrededor del aumento generalizado de penas; el aumento de los límites máximos de cumplimiento (sobre todo en relación a determinados delitos, como el terrorismo o los ataques a la libertad sexual acompañados de extrema violencia u homicidios); la introducción o mantenimiento de la cadena perpetua u otras formas eufemísticas de denominarse; y la introducción o mantenimiento de la pena de muerte para las formas más graves de delincuencia relacionada con las modalidades más graves de delitos contra la vida.

Goza ya de mucha solidez científica la corriente de estudios que han demostrado que la elevación generalizada de las penas más graves (prisión de larga duración y pena de muerte) no resulta eficaz para combatir los ataques a los bienes jurídicos como la vida o los más graves a la integridad física o los ataques contra la libertad sexual en su vertiente más violenta. Ni la pena de muerte ni la cadena perpetua logran el efecto preventivo general que predicen quienes defienden su incorporación generalizada, o su persistencia donde ya existen, en los sistemas punitivos occidentales. No logran constituir un método eficaz en la lucha óptima para la reducción de las tasas de delincuencia relacionada con delitos graves contra la vida, la integridad física o la libertad sexual. Las propuestas sobre la elevación generalizada de las penas privativas de libertad, o de los límites máximos de cumplimiento, suelen provenir de la manipulación de la sensación de seguridad o inseguridad que los responsables de la política criminal derivan a la población en un determinado lugar y en un determinado momento, motivadas por acontecimientos puntuales (un atentado terrorista grave, un caso llamativo de agresión sexual y homicidio) y que conllevan la aceptación por gran parte de la población y la defensa a ultranza por gran parte de los responsables de la política criminal de un planteamiento punitivista concreto.

La fractura entre ciencias empíricas y política criminal resulta especialmente grave cuando una medida concreta de pretendida optimización de un recurso sancionador no cuenta con más respaldo que la consecución de un efecto placebo en la población destinataria de dicha medida. Es

la mera sensación de renovada seguridad en la población lo que consigue una medida punitivista extrema y esa sensación de falsa nueva seguridad suele retroalimentar el respaldo de un sector mayoritario de la población a la política criminal, y de paso al resto de políticas, de quien adopta la medida punitivista concreta. No podemos hablar de Derecho penal simbólico, aunque el mecanismo germen, desarrollo, positivación de la medida y consecuencias políticas es el mismo, sino de mero populismo jurídico, en este caso populismo penal.

El sustento de una medida de política criminal debe fundarse siempre, y en la medida de lo posible, en las conclusiones a las que hayan llegado las ciencias empíricas que hayan analizado la el rendimiento de una medida concreta respecto de los fines que se pretendan perseguir. La fractura entre política criminal y ciencias empíricas deslegitima a aquélla sobre todo cuando en el proceso de adopción de una medida concreta no existe ningún contraste científico serio que apoye la adopción de la medida. La situación es tan grave como si la política sanitaria decidiera prescindir de una técnica o un procedimiento operativo que lleva funcionando contrastadamente para la realización de una intervención quirúrgica o si decidiera sustituir un medicamento por otro en el mercado cuando no existe ningún respaldo científico a que el nuevo medicamento funcione, solo por el mero hecho de que a la población la “tranquiliza” más la presencia de ese nuevo medicamento porque está amparado por una simpática campaña de publicidad en los medios de comunicación de mayor difusión. El ejemplo es algo disparatado, por supuesto, pero muy representativo de lo que supone que una decisión del política normativa (sea o no criminal) contravenga conclusiones científicas a las que se ha llegado por vía de métodos empíricos.

Una decisión de política criminal que no cumpla con la misión que tiene encomendada, y que no es otra que la optimización de un método de solución de conflictos, se aparta de un modelo de seguimiento de la oportunidad y rendimiento de esa pretendida optimización, allá donde exista dicho modelo con carácter previo, desde un punto meramente objetivo y científico. La situación se agrava notablemente cuando, además, La adopción de una medida resulta altamente erosiva con los principios constitucionales que rigen nuestro marco general de convivencia y la relación entre la norma positiva y el ciudadano destinatario de la norma.