

---

# Principios y modelos político- criminales

---

PID\_00190832

Gonzalo Quintero Olivares

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 4 horas

---





Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

# Índice

<b>Introducción.....</b>	5
<b>Objetivos.....</b>	6
<b>1. La política criminal: concepto y contenido.....</b>	7
<b>2. La evolución de las ideas penales y los antecedentes de la política criminal.....</b>	11
2.1. Los precursores y la ideología penal en la codificación del siglo XIX.....	11
2.2. Von Liszt y la política criminal .....	13
2.3. El correccionalismo, versión española del positivismo .....	17
2.4. El fenómeno anarquista-terrorista como nueva cuestión criminal .....	19
<b>3. El siglo XX y las primeras actuaciones sobre la peligrosidad sin delito. Posguerra y franquismo.....</b>	21
<b>4. La transición.....</b>	23
<b>5. Principios penales derivados de la Constitución española.....</b>	25
<b>6. Principios limitadores del ejercicio de la potestad punitiva..</b>	28
6.1. La coherencia constitucional de la ley penal por el objeto de la intervención: bienes jurídicos de base constitucional .....	28
6.2. Un derecho penal del hecho y de la culpabilidad .....	29
6.3. La intervención mínima y la <i>última ratio</i> .....	30
6.4. La orientación de la pena: humanidad y reinserción .....	31
6.5. La protección de las víctimas .....	33
<b>7. Modelos político-criminales contemporáneos: política criminal de la sociedad del riesgo, política criminal de la seguridad ciudadana, derecho penal del enemigo, derecho penal mínimo, populismo punitivo.....</b>	34
7.1. Política criminal y sociedad del riesgo .....	34
7.2. Política criminal, seguridad ciudadana y populismo punitivo ...	35
7.3. El derecho penal del enemigo .....	37
<b>8. Nuevos condicionamientos de la política criminal de nuestro tiempo: criminalidad transnacional,</b>	39

<b>delincuencia organizada, superación del delincuente individual</b> .....	
8.1. La criminalidad organizada .....	39
8.1.1. Respuestas jurídicas y no jurídicas .....	43
8.1.2. La necesaria adaptación del derecho penal para la eficacia de la política criminal conjunta .....	45
8.2. La competencia para juzgar y el ciberespacio .....	46
8.3. Problemas añadidos en la lucha contra la delincuencia organizada .....	48
<b>Resumen</b> .....	50
<b>Ejercicios de autoevaluación</b> .....	51
<b>Solucionario</b> .....	53
<b>Glosario</b> .....	54
<b>Bibliografía</b> .....	56

## Introducción

En el presente módulo se va a presentar la evolución de la política criminal, desde el nacimiento de los Estados de derecho a finales del siglo XVIII hasta nuestros días. Conocer la evolución de las ideas penales permite valorar cómo la política criminal es mutable a lo largo del tiempo y se ajusta a la realidad social de cada momento. A la vez, se observará que antiguas tendencias político-criminales, situadas en un contexto social y político determinados, se pueden volver a recuperar en la actualidad, bajo otro nombre y con otros matices, como sucede con el llamado derecho penal de autor.

Un aspecto central del módulo es el estudio de los principios penales derivados de la Constitución y de los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado, donde se expone el conjunto de principios y garantías adecuadas a un Estado social de derecho, que deben tenerse en cuenta tanto en las políticas legislativas penales como en la aplicación del sistema a sujetos concretos. Junto a ello, existen nuevos modelos político criminales que pretenden responder a la realidad actual, marcada, entre otros factores, por la globalización, y en la que la criminalidad organizada, la facilitación del delito a través del ciberespacio y la intervención de las personas jurídicas, ocupan un lugar destacado. El conocimiento y la capacidad de valoración crítica de los nuevos modelos político-criminales, como el derecho penal del riesgo, la política criminal de la seguridad ciudadana, el populismo punitivo o el derecho penal del enemigo, son de especial importancia.

## Objetivos

1. Comprender las distintas acepciones del concepto de política criminal.
2. Conocer los orígenes de la política criminal y la evolución del pensamiento penal desde la ilustración hasta nuestros días.
3. Conocer los principios penales derivados de la Constitución y su utilidad en orden a limitar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.
4. Comprender el contenido de las diferentes tendencias político-criminales existentes en la actualidad y reflexionar sobre su eficacia y adecuación a los principios garantistas.
5. Conocer los nuevos condicionamientos de la política criminal actual y los retos que generan.

## 1. La política criminal: concepto y contenido

No es posible ofrecer una definición única de lo que es la **política criminal** puesto que esa definición única no existe porque el significado de la política criminal está ligado a la idea que se tenga sobre la función del derecho, su interpretación y aplicación, el sentido de la potestad punitiva y, en último término, el papel que corresponde a las leyes penales en la tarea de prevenir y responder al delito, tarea que no se concentra en las leyes penales aunque estas tengan un papel sobresaliente. Hemos de acudir, pues, a las diferentes ideas que se manejan para explicar lo que es la política criminal. Es, ante todo, **una parte de la política: la que se dedica al problema del delito.**

En lo que atañe a las leyes penales (que no son la única vía de acción de la política criminal), la política criminal es parte de la política jurídica que se plasma en el Código penal, las leyes procesales y las leyes penitenciarias. Como tal, ha de procurar buscar la eficiencia del sistema, a la vez que la preservación de los derechos y garantías de los ciudadanos y la protección de la sociedad, pues eso es lo único que puede legitimar el recurso al derecho penal. La eficacia del sistema se despliega en la **prevención** del delito<sup>1</sup> y en la **lucha** contra el **delito.**

<sup>(1)</sup>La prevención no pasa solo por leyes penales, sino antes por leyes y medidas no legislativas que eviten las causas del delito y prevengan la reincidencia.

Por ello se puede describir la política criminal como la actuación del Estado y los poderes públicos por medio del derecho penal (en su más amplia acepción) y otros instrumentos en pro de la consecución de una convivencia con los menores conflictos posibles, que genere eficaz protección de los bienes jurídicos más importantes y que no suponga un uso excesivo o innecesario de la represión punitiva.

Con lo que se acaba de exponer, está claro que hay maneras amplias o estrechas de entender lo que es la política criminal.

Bajo un cierto punto de vista, por ejemplo, el urbanismo digno o el acceso a la educación y a la salud son componentes que participan de la política criminal en tanto que contribuyen a la lucha contra la marginación que puede causar delincuencia.

Una óptica más reducida se concentraría solamente en las decisiones legislativas. Pero es evidente que las leyes y reglamentos que se promulgan han de tener un **sentido** y una **orientación**, y también que han de someterse a limitaciones; en suma: las leyes no son fenómenos normativos desprovistos de objeto, o que puedan perseguir cualquier objeto a cualquier precio.

### Puntos de partida ideológicos

Exige, como es lógico, ciertos y concretos puntos de partida ideológicos, que a la postre acaban siendo los que se acogen bajo los conceptos de derecho penal mínimo, *ultima ratio*, o, muy importante, la necesidad de no caer en la tentación de pretender establecer a través del derecho punitivo pautas morales de conducta que ni le corresponden ni se explican en nombre de la Constitución que lo respalda.

Los **principios rectores de la política criminal** del Estado han de marcar el uso que se puede hacer de las leyes y los fines que se han de perseguir.

#### Ved también

De esos principios, su base y su significado, nos ocuparemos en el apartado “Principios limitadores del ejercicio de la potestad punitiva”.

Comprender lo que pertenece a la política criminal exige asumir que con la justicia penal no solamente se pretende el control sobre el delito, la disuasión o el castigo, sino también procurar la convivencia y la paz con el menor coste posible de represión y de limitación de la libertad. La política criminal ha de pensar en la función del sistema penal en la **consecución de una sociedad más justa**, en la que se respeten los derechos humanos, se proteja a los débiles y a las víctimas, y se afirmen las bases para el desarrollo social y económico, protegiendo derechos fundamentales y sociales. Por eso mismo, habrá tantas políticas criminales como posiciones sociales y políticas en relación con esos objetivos.

Pasemos ahora a otra dimensión del problema, que es el **nivel de nacionalidad y supranacionalidad** en la configuración de la política criminal. Sin poner en duda el importantísimo grado de decisión que los Estados conservan en orden a la política criminal que se siga en cada sociedad, sería desconocer la realidad olvidar que muchos de los problemas capitales de las políticas criminales de nuestro tiempo están marcados, para bien o para mal, por decisiones y recomendaciones supranacionales (de la Unión Europea, de Naciones Unidas).

#### Ejemplo

Así, podemos citar, y son solo ejemplos, el tráfico de estupefacientes, la explotación de seres humanos en el trabajo o en la prostitución, la pornografía infantil, las falsificaciones de moneda y medios de pago, la criminalidad organizada, el blanqueo de dinero, etc.

La conclusión de todo ello es que existen importantes campos del problema social que giran en torno al delito en los que los Estados no pueden establecer una política propia despreciando sus compromisos internacionales.

#### Observación

Por esa razón, la afirmación de que la política criminal es la parte de la política que se dedica al problema del delito se puede mantener siempre y cuando no se olvide que la política tiene condicionamientos insoslayables (en estos tiempos lo estamos comprobando con la política económica, que nos viene en buena parte marcada por decisiones supranacionales).

Un último componente determinante de la política criminal de nuestro tiempo –que no debe confundirse con la supranacionalidad de los problemas penales– es el de la **globalización**, tema en el que se mezclan dimensiones muy diferentes, que van desde la fluctuación de las poblaciones hasta la criminalidad que en las más diferentes maneras se residencia en el ciberespacio. Se trata de realidades con las que los Estados democráticos han de contar y sobre las que la capacidad de actuación singular de los Estados está muy condicionada. Hoy es obligado contar con la facilidad y cantidad de movimientos de las personas, al punto de que no es fácil saber cuántas residen materialmente en un territorio. Partiendo de ese indiscutible hecho, se puede poner en duda la validez de cualquier análisis de los problemas económicos y sociales que sea exclusivamente autorreferencial y habrá de comprender a otras culturas y

costumbres; pero no por ello se tendrá que renunciar a una **idea esencial y constitucional** acerca de lo que es preciso consagrar como **mínimo necesario para la convivencia**.

Un aspecto parcial del problema es la progresiva **mezcla de poblaciones** que se registra en los países más ricos, los cuales naturalmente atraen hacia ellos a los habitantes de países más pobres que buscan encontrar un nuevo proyecto de vida. De ahí nacen comunidades extranjeras, cada vez más numerosas, que se asientan en todos los Estados europeos, intentando a su vez vivir de acuerdo con sus propias creencias y mentalidades y en ocasiones pretendiendo imponerlas en el país de acogida –sin que con ello queramos defender políticas intolerantes para la inmigración. Pero es una fuente de problemas y es absurdo creer que es posible configurar la política criminal olvidando las condiciones del cuerpo social. El derecho propio no puede ser inmune a esa extensión supranacional de las relaciones humanas.

#### Derecho romano

Es verdad que también se ha dicho que precisamente el derecho puede acercar a los pueblos, e incluso es patente en Europa que el derecho romano sirvió para la construcción de una cierta cultura común. Pero eso es solo una pequeña muestra histórica de la capacidad del derecho para saltar las fronteras y aunar culturas, lo cual, siendo trascendental, parece poco a la vista de la magnitud o dimensión actual del problema.

Por supuesto que el aspecto de la globalización que mayor alcance tiene para la política criminal que se quiera aplicar, desde un Estado o desde organizaciones supranacionales, es la creciente **realidad transnacional de la criminalidad organizada**.

En 1975 **Naciones Unidas** definía el crimen organizado como:

la actividad criminal grande, compleja y continuada, ejecutada por grupos de personas, organizados para su propio enriquecimiento a expensas de la comunidad y de sus miembros, despreciando cualquier ley, incluyendo delitos contra las personas si es preciso y recurriendo en su caso a la corrupción política.

Por su parte, el **Consejo de Europa** define crimen organizado como:

“[...] las actividades ilegales realizadas por grupos estructurados de tres o más personas que existen por un período del tiempo prolongado y que coinciden en ejecutar delitos graves mediante acciones concertadas usando la intimidación, violencia, corrupción u otros medios para obtener, directa o indirectamente, provechos financieros o cualquier otro beneficio material.”

Los Estados han reaccionado frente a la criminalidad organizada con normas o con medidas político-criminales y policiales. Desgraciadamente, la tendencia a buscar soluciones normativas ha sido muy frecuente y ha supuesto un precio demasiado alto para la ciudadanía. Entre las reacciones normativas se pueden situar todas aquellas que consisten en modificaciones de las leyes penales o procesales que no solamente acaecen en España, sino que pueden considerarse

como una tendencia extendida por todo el mundo occidental, aunque sin duda el impulso principal de esas decisiones hay que buscarlo en la llamada **amenaza terrorista**.

Es ingenuo pretender que cada Estado es soberano en la decisión legislativa contra la delincuencia organizada, ya que en este terreno solo es posible la **política criminal común** porque la fuerza de la criminalidad organizada desborda claramente la capacidad normativa y técnica de los Estados. Además, otra concepción sería incoherente puesto que los propios Estados –en especial en la UE– han decidido crear espacios de responsabilidad y política común, primero en materias económicas y luego en otras políticas criminales conjuntas, así como instrumentos de colaboración en materia policial, judicial y fiscal, dada la realidad de la criminalidad organizada.

Basta con que pensemos en el ejemplo del tráfico de estupefacientes, es evidente que ni los Estados disponen de libertad plena de criterio incriminador o despenalizador ni tendría ningún sentido que lo pretendieran.

No se puede olvidar, con todo, que el espacio europeo no deja de ser una pequeña región del planeta. Si esa región alcanzara un espacio y una política comunes se lograrían importantes objetivos político-criminales (muchos ya han sido alcanzados), pero lo realmente necesario para luchar contra la criminalidad organizada mundial sería conseguir una **política criminal común** también **mundial**.

Para terminar con este apartado queremos destacar que sea cual sea la dimensión del problema que la política criminal debe afrontar, las sociedades constituidas como Estados de Derecho reales tienen que esforzarse por preservar los **principios limitadores del derecho represivo**, todos los cuales colocan en el centro al ser humano, su dignidad y sus derechos, y eso obliga a procurar evitar la represión que no sea absolutamente necesaria, pues solo así será útil, eficaz y razonable.

## 2. La evolución de las ideas penales y los antecedentes de la política criminal

Hablar de los orígenes de la política criminal equivale a hablar de la evolución de las ideas penales, centradas en las preguntas sobre la razón y el fundamento del castigo, su utilidad, sus límites, la meta que persigue. A esas cuestiones han querido responder pensadores de todos los tiempos pero, como es lógico, hemos de limitarnos a los que pueden tomarse como coetáneos y posteriores al nacimiento de los Estados de Derecho, lo que nos lleva a finales del siglo XVIII y al período codificador.

### 2.1. Los precursores y la ideología penal en la codificación del siglo XIX

Con el nombre de *precursores* nos referimos a personajes cuya obra pretendió, y a veces logró, influir en las leyes penales. No hay que olvidar que el siglo XIX fue el siglo de la codificación, y por ese motivo es preciso conceder un espacio de recuerdo a quienes establecieron ideas cruciales sobre la función y objeto de la represión penal. Por supuesto que ninguno de ellos usó jamás la expresión *política criminal*, pues esa denominación para referirse al modo crítico de contemplar el derecho penal no llegaría hasta la traducción y difusión en España de la obra de Von Liszt. Pero en todo caso, y teniendo en cuenta que la utilización de leyes penales es un componente central de la política criminal, es necesario tener presentes los antecedentes ideológicos del sistema.

Es obligado situar a **Beccaria** y su obra *De los delitos y las penas* como momento inicial de la reflexión sobre por qué, cómo y para qué se utiliza la represión penal. Antes de que en 1764 apareciera en Livorno su libro, se había publicado (1748) el libro de Montesquieu *L'ésprit des lois*. La obra del autor francés recogía ya principios que estaban destinados a ser considerados posteriormente como pilares del derecho penal moderno: la separación e independencia del poder judicial, la estructuración y pureza del proceso, la inutilidad de las penas largas, la proporción entre pena y delito, lo absurdo del tormento. Pero lo cierto y aceptado es que el primer pensador cuyas ideas penales trascienden a su país y se extienden por Europa es Beccaria, cuyo famoso *Dei delitti e delle pene* fue traducido por Juan Antonio de las Casas ya en 1774.

#### Referencias bibliográficas

- C. **Beccaria** (2011). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Trotta.
- Montesquieu** (1985). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.

La influencia de Beccaria en España alcanzó a Jovellanos, Meléndez Valdés, Valentín de Foronda, Juan Sempere y Guarinos y a otros. La publicación del libro de Beccaria no fue fácil y los ataques a la obra fueron demolidores y lograron que se prohibiera su difusión. Hay que añadir que Lardizábal, por tantos considerado el máximo penalista ilustrado, disenta de Beccaria en un punto esencial: el derecho a discrepar y criticar la voluntad del Soberano. Lardizábal era un personaje con criterio, pero con vocación de obediente. Pero la posibilidad de que las ideas de Beccaria cuajaran en la sociedad española de aquellos tiempos eran muy pocas. Sin duda que serían permeables a ellas los liberales reunidos en Cádiz pero, con la breve excepción del Trienio Liberal, era imposible que nadie osara defender ideológica o políticamente aquellas ideas sin pagar un alto precio por ello.

Ya entrando en el siglo XIX, la influencia de Beccaria se percibía en la obra de legisladores y científicos del derecho penal, dando pie a la aparición de las obras de otros reformadores como fueron Bentham, Flangieri y Romagnosi, cuyas obras son sin duda de superior categoría técnico-jurídica que la de Beccaria. De ellos, quien tuvo mayor influencia política e ideológica en España fue **Gaetano Filangieri**. Su obra máxima fue la colosal *Ciencia de la legislación*, que estaba llamada a influir poderosamente en los penalistas españoles, portugueses y latinoamericanos.

Filangieri fue un autor plenamente impregnado por el **pensamiento contractualista**, y por lo tanto, convencido de que el derecho de punir corresponde a la sociedad, que lo hace por su seguridad y tranquilidad; su contractualismo es más sincero que el de Beccaria, lo cual explica que, siguiendo a Locke, sostuviera que el derecho de punir, que a cada uno corresponde en el estado de naturaleza, ha sido heredado por la comunidad gracias al contrato social, apareciendo así un verdadero derecho a castigar. El delito es contrario a la ley, pero porque ésta es fruto de un consenso: el pacto social. Por eso el delito es contrario a la sociedad y a sus derechos (lo que era totalmente diferente de las ideas imperantes sobre el delito como desobediencia al Soberano creador natural de la ley).

Si queremos contemplar sus ideas sobre el fundamento de la responsabilidad penal, habrá que destacar que para Filangieri el delito no era tanto la violación de la ley, sino que era una **acción que iba acompañada de la voluntad de violarla**, lo que en lenguaje de nuestro tiempo supondría el rechazo de la responsabilidad objetiva. Filangieri no criticaba especialmente las leyes vigentes en su tiempo, ya fueran las del Reino de Nápoles (su país) o las de España, sino **cómo debieran ser esas leyes**; por lo tanto, se trata de un sistema de estricta creación intelectual que expresa una ideología sobre el fundamento y el fin del derecho de penar. A diferencia de lo que pocos años después sostendrán los “clásicos”, que justificaban los castigos como pura “retribución que merece el

#### Lardizábal

Es sabida la tendencia a considerar a Lardizábal como el Beccaria español, pero no hay que olvidar que, pese a sus conexiones ideológicas con el Iluminismo del siglo XVIII y lo que su obra suponía de progreso en España, Lardizábal estimaba fuera de discusión que la potestad suprema del príncipe de dictar y aplicar leyes, necesaria para la conservación de la sociedad, es de origen divino, lo cual no era muy revolucionario, sino propio de un sumiso súbdito de Carlos III.

#### Una obra prohibida

Como no podía ser menos y en atención a sus ideas sobre el origen de las leyes, la necesidad de reformar la justicia y la de abolir los privilegios de la nobleza y del clero, la Iglesia católica prohibió la difusión y lectura de la *Ciencia de la legislación* y la incluyó en el “Índice de libros prohibidos”, aunque esta inclusión en el Index sirvió para aumentar la difusión de la obra, especialmente durante el Trienio Liberal.

criminal”, para Filangieri la única finalidad admisible de la pena es la **prevención**: la cárcel tiene que ser un castigo para la corrección y nada más. El retribucionismo, que tanto habría de calar en España, no cabía en su propuesta.

Andando los años y hasta llegado el último tercio del siglo XIX, la cuestión penal en España, estuvo dominada, como se acaba de indicar, por el dominio de la **Escuela Clásica**. El fundador de esa línea de pensamiento fue **Giovanni Carmignani**, de origen italiano, que tuvo poco impacto en España, a diferencia de lo que sucedió en Portugal, donde llegó a trabajar en un Proyecto de Código. Al igual que Rossi, del que enseguida hablaremos, era un “eclecticista” situado entre el contractualismo y el iusnaturalismo. Carmignani seguía a Beccaria en tanto que partía de una concepción netamente política del derecho. Según este autor, el derecho de punir **no se funda en la justicia moral, sino en la necesidad política** entendida como “necesidad de hecho”. Ese será desde entonces un importante punto de conflicto entre la justicia “laica” y la justicia inspirada en el pensamiento católico. Los delitos no se castigan más que con el propósito de impedir que sea menoscabada la seguridad que los hombres persiguen por medio del “estado social”. Las acciones criminales se castigan, no porque se hayan realizado, sino para que no se realicen más; es decir, **se persigue la prevención y no la represión**.

Del antes citado **Pellegrino Rossi** (1787-1848) se opina mayoritariamente que fue nada menos que el introductor del pensamiento clásico en España, especialmente por la influencia que ejerció en alguien tan influyente a su vez como fue Joaquín Francisco Pacheco. El *Tratado de Derecho Penal* de Rossi fue traducido al español en 1839, acompañado de un “Estudio introductorio” de Pacheco, quien tres años después publicaría sus *Estudios de Derecho Penal*, absolutamente impregnados del pensamiento de Rossi.

En ese ambiente ideológico nació el Código penal español de 1848 y en buena medida, el de 1870. Frente al imperante clasicismo retribucionista, solo se puede registrar la intensa lucha que libró un importante grupo de médicos mentalistas para que se aceptara que la conducta de muchos delincuentes era la anormalidad mental, y que frente a ellos era cruel y absurdo recurrir a las penas (incluso a la de muerte, en muchos casos). Pero aún faltaban algunos años para que entraran en España con fuerza las nuevas ideas sobre el papel que al derecho penal correspondía en la lucha contra el delito y la necesidad de estudiar las causas del crimen, el modo de evitarlo y el objeto y límites de la acción penal, esto es, todo lo que ha de integrarse en la idea genérica de *ciencias penales* (derecho penal, política criminal, criminología).

## 2.2. Von Liszt y la política criminal

Tal vez el solo hecho de que penalistas tan importantes para la vida penal española como fueron Jiménez de Asúa y Antón Oneca reconocieran el magisterio de **Franz von Liszt** bastaría para comprender el prestigio e influencia de este profesor alemán. De él se dice que fue la máxima expresión del

positivismo naturalista alemán y el fundador de la dogmática moderna. Los penalistas españoles vivieron durante muy largos períodos sometidos a una relativización básica en su trabajo, tal era la ausencia de un auténtico Estado de derecho que diera sentido último a la interpretación, explicación y función del derecho penal. Es precisamente ese sometimiento necesario del derecho penal a un modelo de Estado y de sociedad lo que supuso, por encima de otras cosas, la obra de Liszt, y es por eso por lo que fue durante muchos años más un ideal que un sistema reconocible en el orden jurídico circundante. Hoy en día no se puede seguramente sostener la vigencia absoluta de la obra de Liszt, entre otras cosas porque hacerlo no hablaría en favor de la evolución de la ciencia. Pero sí que es posible apreciar la **subsistencia de muchas de sus ideas esenciales**, aunque no se traduzcan en la misma manera por los penalistas. A esas ideas subsistentes nos referiremos.

La gran revolución científica en el derecho penal en el siglo XIX vino determinada por la aparición de los movimientos y escuelas del llamado positivismo naturalista.

### Diferencias nacionales

El positivismo naturalista surgió en Italia antes que en Alemania, pero en cada uno de estos países tuvo una orientación diferente, del mismo modo que las repercusiones de este pensamiento en España no se manifestaron con las mismas características que en los países de donde procedió la influencia. Es posible que el radicalismo que alcanzó el positivismo naturalista en Italia tenga algo que ver con el hecho nada desdeñable de que su primer pensador no fuera un jurista, sino un médico como Lombroso. Es posible también que los excesos a los que llegó la Scuola Positiva vinieran abonados por una débil concepción de lo que significaba el Estado de derecho como patrimonio de los ciudadanos, y aún más todavía tras la llegada al poder del fascismo. Y no hay que esforzarse demasiado para comprender que las ideas positivistas radicales, en cuanto despedazaban el garantismo penal, no hubieran podido fecundar, por ejemplo, en Francia, al ser esta una nación muy celosa de las conquistas alcanzadas tras su Revolución.

Se ha dicho siempre que el positivismo naturalista “en versión alemana” está encarnado por Liszt, fundador de la Escuela Sociológica o Joven Escuela del derecho penal. Eso es sin duda cierto, pero reducir a Liszt a la condición de expresión del positivismo naturalista alemán empequeñece la transcendencia que habría de tener su obra.

Liszt, y es ahí donde se alejará irremisiblemente del naturalismo de su tiempo, consideraba que el sistema legal positivo era también un dato de la experiencia que tenía que ser analizado igual que los datos no jurídicos. Este autor no tenía duda alguna acerca de la importancia de la dimensión sociológica del delito, y eso le llevó a incluir la **política criminal** como **parte esencial de su ciencia penal “total”**. Mas la política criminal no podía ser entendida si se perdía un punto de referencia nuclear: la política criminal comienza con las leyes penales, aunque no acabe con ellas.

El determinismo que Liszt admitía era importante para diferentes aspectos del problema y de la ciencia penal, pero no llegaba al punto de diluir lo que tenía que considerarse como fundamento de la intervención represiva. En esta última solamente cabía aceptar la senda del **garantismo jurídico**. Claro está

#### La visión actual

Hoy diremos que el primer acto de política criminal es criminalizar o desincriminar una conducta, o elegir esta o aquella clase de pena, o establecer un sistema de sustitutivos penales, o regular mayores o menores beneficios penitenciarios. En todo caso, lo que es seguro que no haremos es sostener que la política criminal es una parte de la actuación del Estado sobre el problema del delito ajena a la propia legislación del Estado.

que luego tendría que construir un **sistema de la teoría del delito** que fuera coherente con esa manera de pensar y que no pareciera obra de un jurista diferente. Pero no fue solo el garantismo lo que explicaría la preocupación por acotar las influencias de lo extrajurídico, sino su firme creencia en la necesidad de no olvidar la idea de **finalidad** en el análisis de las normas penales. Si estas se encaminan a un fin concreto –y así ha de ser, pues de lo contrario no serían en verdad normas–, el penalista ha de entrar en el análisis y crítica de ese fin, en por qué y para qué se acude a la represión.

En el pensamiento de Liszt, preservar un orden o preservar de ataques injustos unos bienes jurídicos, he ahí la cuestión eterna en la que se desenvuelve la comprensión posible del sentido del derecho penal. El penalista democrático, que desee colocar al derecho penal en un lugar reducido en relación con la totalidad del sistema jurídico, otorgándole una función de protección de los bienes y valores más importantes frente a los ataques más intolerables, necesariamente habrá de proclamar que solo la misión de tutela de bienes jurídicos puede dar sentido a esa manera de entender el derecho penal. El orden punitivo solo pretenderá contribuir a establecer las condiciones de una convivencia ordenada, en la cual la **responsabilidad primordial de la paz civil** ha de corresponder a los propios **ciudadanos**.

Esta responsabilización del ciudadano exige como condición necesaria que el derecho penal sea comprensible en lo que persigue y en los objetos que protege.

Liszt partiría de una premisa simple pero esencial: **todas las normas, y de ello no se exceptúa a las normas punitivas, han de perseguir un fin, es decir, no se pueden autojustificar.**

Esta idea acerca de cuál es el sentido de las normas es evidente que afectaba al fundamento del derecho penal y a la naturaleza y el fin de las penas, cuestiones que a la postre se unen. La represión es utilizada para conseguir algo que no puede ser simplemente mantener el estado de cosas sin explicación alguna.

En el **extremo opuesto** se situará la idea de que el derecho penal preserva el orden decidido por el Estado frente a los discrepantes o frente a los que no lo quieren respetar. **El orden por el orden** sería el lema último de cualquier ideología en la que no cupiera discutir la capacidad represiva del legislador y tampoco sus razones y motivos, cual si eso perteneciera al arcano de la conciencia de los antiguos príncipes titulares del *ius puniendi* sin que tuvieran que dar explicaciones sobre los motivos de sus decisiones.

### La coherencia de Liszt

Si Liszt pudo mantener una coherencia entre el respeto a la seguridad jurídica –desde la que se construía la dogmática penal– y la aceptación de los factores externos como causa del delito, fue gracias a que en su obra no había contradicción alguna, sino una manera totalmente nueva de entender las relaciones entre poder, Estado, derecho y delincuente. Una ciencia en la que tuvieran cabida la dogmática, la política criminal y la criminología, y en la que el principio de legalidad conservara toda su necesaria importancia para el Estado de derecho.

### Una visión laica

Frente a tantas pretensiones moralistas como es común apreciar en la ciencia penal y en la jurisprudencia –especialmente en la española de buena parte del siglo XX–, lo que permite un planteamiento que se interrogue por la utilidad y objetivos políticamente comprensibles es precisamente una interpretación laica de la misión del derecho penal.

En cuanto al ideal de derecho penal, esta opción pancriminalizadora, en nombre del necesario mantenimiento del orden aun más allá de la efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico importante, conduce inexorablemente a un **derecho penal máximo**. La sujeción al principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos, en cambio, permite aspirar razonablemente a un **derecho penal mínimo**.

### **El delincuente: un ser libre**

Cuando en su momento Liszt señalaba causas sociológicas del delito y, simultáneamente, formulaba la teoría del delito dando por supuesto que este era un acto libre de un sujeto libre, parecía caer en una contradicción entre lo que sostenía como idea sociológica y lo que mantenía como sistema jurídico-penal. Pero no hay tal contradicción, y el tiempo lo ha demostrado. Liszt había proclamado que la ley penal era la *Magna Charta* del delincuente. Desde la convicción de que solo el Estado de derecho y la seguridad jurídica que le es implícita pueden proporcionar un trato digno a las personas, la afirmación de que el delito, prescindiendo de sus causas y con la excepción de los casos profundos de enfermedad mental, es una acción libre que como tal ha de ser analizada y juzgada, estaba lejos de ser una hipócrita reacción incompatible con el reconocimiento de que estaba determinado por causas externas a la voluntad del delincuente, por la sola razón de que, por el propio respeto a ese delincuente, es preciso reconocerle como ser libre, capaz de realizar hechos delictivos y de responder por ellos ante sus semejantes.

Tan grande era el valor que Liszt otorgaba a la dimensión estrictamente jurídica del delito que en verdad podía parecer que el resto de su pensamiento no pasaba de ser un ideario o serie de convicciones que en nada habían de afectar a la vida cotidiana del derecho penal. Pero no es así, sino que la respuesta estaba en la función de la **ciencia penal total** y en la **responsabilidad** que en la política criminal **correspondía al penalista**. En el planteamiento intelectual de Liszt, el criminalista no podía limitar su atención al derecho positivo, sino que tenía que extenderse necesariamente a otras materias (el derecho penal, el derecho procesal penal, la criminalística, la criminología, la penología y la política criminal). Esa convicción no estaba orientada simplemente a establecer la relación de dimensiones del problema penal que deben ser conocidas por quien se acerca a él para su estudio, pues eso a la postre no hubiera pasado de ser una inquietud intelectual expresiva de una idea por todos aceptada, sino que era una condición imprescindible del método.

Dicho con otras palabras, el propio derecho penal positivo no podía ser comprendido ni aplicado sin el conocimiento suministrado por esas otras materias, y solo con la suma de ellas se podía llegar a la conclusión crítica y a la constante propuesta de reforma futura (el objeto específico, en aquel planteamiento, de la política criminal).

Ciertamente que Liszt sostuvo que dogmática y política criminal eran mundos que jamás se tenían que mezclar, planteamiento separador que hoy en buena medida ya ha sido abandonado. En su pensamiento, y hay que situarlo en su tiempo, la política criminal era la **ciencia de la “crítica y la propuesta”**, que solo comenzaba su misión cuando el método dogmático había terminado de explicar los contenidos del derecho positivo creando un sistema conceptual a

partir del mismo. La fase final, a la que el criminalista llega con la información criminológica y el análisis de la eficacia de la norma, es la que conforma el campo de formulación de la política criminal.

En esas ideas de Liszt quedan zonas oscuras, incluso en relación con su tiempo. Una de estas zonas oscuras, fundamental y obvia, es que si se propone una reforma para lograr que las leyes penales sean coherentes con los objetivos político-criminales, es **imprescindible** contar con una **política criminal concreta y definida**, pues de lo contrario no es posible saber cuál es el objetivo.

### 2.3. El correccionalismo, versión española del positivismo

La época que va de fines del siglo XIX al primer tercio del siglo XX ha de calificarse, en relación con el problema penal, como espléndida, puesto que el empuje indudable del positivismo naturalista italiano produjo efectos en España que se manifestaron en la ciencia penal, en las ciencias sociales, en la literatura, en el nacimiento de la criminología y de la penología. Y todo ello con tal fuerza que puede afirmarse que más que la entrada de un pensamiento penal que fue acogido por una nómina impresionante de estudiosos, fue un fenómeno social y cultural que a buen seguro encontró en la adormitada o frustrada intelectualidad española un terreno fecundo en el que echar raíces. La fascinación por el “hombre delincuente”, la sociología criminal, el hampa de las grandes ciudades, las enfermedades mentales y su relación con el crimen, alcanzó a juristas, médicos, escritores, etc.

En el estricto campo de la ciencia penal, el positivismo naturalista y, especialmente, las doctrinas de la prevención especial, que hoy llamaríamos *positiva*, fueron uno de los signos de identidad de la **Escuela correccionalista** (posiblemente la más caracterizadamente española en el periodo 1880/1930). El correccionalismo fue la traducción a lo penal de la filosofía krausista. Durante su etapa clásica el correccionalismo limitó su presencia a las doctrinas sobre el fin de la pena, aunque el krauso-correccionalismo, como pensamiento jurídico-penal, no se limitaba a eso.

Pero en aquella primera hora los postulados correccionalistas aparecerían más como un propósito orientador que como una formulación que abiertamente rompiera con el indeterminismo y el legalismo. El delincuente era considerado como un ser necesitado de tutela, protección y corrección, y la pena debía ser un tratamiento curativo. Limitada la cuestión penal al problema del fin de la pena, destacó la obra de Concepción Arenal, figura señera del penitenciarismo español. Los primeros correccionalistas españoles fueron mucho más moderados que los positivistas naturalistas italianos, aunque solo fuera porque no cuestionaban radicalmente la función del derecho penal tradicional. Tal vez las únicas excepciones significativas fueron Dorado Montero, autor de *El De-*

#### La política criminal española

En España es difícil saber cuál es esa política criminal y en su lugar se califica como tal la que cada penalista concreto cree más razonable, conveniente o, en el mejor de los casos, acorde con la propuesta de convivencia que dimana de la Constitución. La ocasión del debate parlamentario del vigente Código penal, y basta con remitirse a la documentación parlamentaria que lo recoge, es un ejemplo visible de cómo se puede polemizar sobre leyes penales que se van a promulgar sin pronunciar una sola palabra o discutir brevemente siquiera sobre la clase de política criminal que se quería seguir en una materia determinada.

#### Referencia bibliográfica

P. Dorado Montero (1915-1916). *El derecho protector de los criminales*. Madrid: Lib. Gral. Victoriano Suárez.

*recho protector de los Criminales*, y Salillas, que fue un médico y penitenciario autor de una muy amplia obra sobre la criminalidad española en las grandes ciudades y la vida en las prisiones.

En España la ruptura con el sistema clásico y todos sus principios fundamentales se dio con **Pedro Dorado Montero**, cuya extensísima obra superó en radicalismo a la de los positivistas italianos pero con una diferencia: el respeto al hombre en el centro de su sistema (en oposición al defensismo agresivo que anidaba en la ideología de los positivistas italianos). Esa posición le llevaba a rechazar la pena de muerte y las medidas segregadoras irreversibles. Era la **fusión** de la **filosofía del derecho krausista** y de la **filosofía positivista**. Gracias a su influencia krausista, el ideal de humanidad domina al pensamiento positivista radical. A juicio de Dorado, el porvenir del problema penal estaba en la síntesis de positivismo y correccionalismo, tomando la mejor aportación de cada una de esas direcciones. Como los positivistas italianos, **defendió el determinismo**<sup>2</sup>, y al igual que ellos, repudió a los “clásicos” que habían colocado el estudio del derecho y del delito por encima del estudio del hombre delincuente.

<sup>(2)</sup>El determinismo postula que el delincuente lo es por razones que en el fondo no dependen de su voluntad, sino de su educación, herencia biológica, condiciones culturales y de vida, etc.

Pero Dorado se separa de los positivistas italianos y de la manera que estos tenían de entender la prevención represiva y aflictiva. En suma: Dorado no podía compartir el autoritarismo defensivo que anidaba en el pensamiento de los positivistas italianos, a pesar de reconocer al positivismo el mérito de resaltar el aspecto preventivo del derecho penal y fundamentar las reacciones penales en la peligrosidad, rechazando la validez de la culpabilidad. Se separa de ellos cuando defiende que la **lucha contra el delito** ha de realizarse con **medios exclusivamente preventivos**, único sistema que a su juicio es compatible con el respeto al individuo y a la personalidad humana. Para Dorado, la mayor contradicción y acusación contra los partidarios de la prevención especial era defender el determinismo y a la vez concebir la sanción penal como represión y castigo. Él, en cambio, soñó con un “derecho protector de los criminales” que fuese un derecho “sin delito y sin pena”.

### **Una utopía penal**

Su sistema fue calificado de utopía penal. Pero eso no empaña en lo más mínimo el mérito de Dorado Montero, sin duda la más gloriosa figura de la ciencia penal española, tanto por la solidez de su personalidad científica como por la originalidad y profundidad de su doctrina. Autor lleno de humanismo y obsesionado por la consecución de un mundo mejor y más justo, que superara todas las causas de la desigualdad, cabe indicar que en el fondo Dorado deseaba la superación incluso del Estado. Tuvo una infinita confianza en los hombres que tan mal le trataron en vida en la sociedad y en las garantías que en otro tiempo se habían opuesto a la potestad punitiva desmedida, como el principio de legalidad y la contracción de la responsabilidad al hecho. Pero, desgraciadamente, esa confianza habría de ser defraudada en la posterior evolución de la historia de la represión penal en España y fuera de España.

El **determinismo** como explicación de la conducta criminal fue un fenómeno esencialmente intelectual. La “nueva ciencia” no tuvo, pese a todo, fácil acogida. Con la misma furia con la que ochenta o noventa años antes clérigos y conservadores se lanzaron contra los ilustrados y liberales –muchos de los

cuales conocieron el destierro, cuando no el paredón de fusilamiento— así también, aunque sin llegar a las brutalidades de Fernando VII, fueron las críticas a la “nueva ciencia”.

Que no sería fácil el camino de los positivistas españoles lo prueba, significativamente, la persecución y represión con pérdida de su cátedra que tuvo que sufrir Dorado Montero, acosado por el padre Cámara, obispo de Salamanca.

Pese a esas graves diatribas y persecuciones, lo cierto es que el positivismo causó un impacto revolucionario que fue mucho más allá de los círculos interesados en el problema penal. Alcanzó a toda la intelectualidad española de la época y sus efectos, y también las reacciones, se pudieron ver en la medicina “mentalista”, en los filósofos del derecho, en la literatura de la época, sin que ello quiera decir que todas las reacciones fueron de calurosa acogida —nada más lejos de la realidad—, pero en todo caso forzó a posicionarse en pro o en contra de esa otra manera de ver o entender el crimen.

#### **2.4. El fenómeno anarquista-terrorista como nueva cuestión criminal**

Tras el fracaso del gobierno anarquista de la Comuna de París, el anarquismo dejó buena parte de su carácter “intelectual” y pasó a la acción directa contra los dirigentes de la política y de la economía, y también contra la “odiada” clase alta en los lugares donde esta se reunía. Esa era la vía de destrucción del poder, y una serie terrible de crímenes marcó los años entre el fin del siglo XIX y el comienzo del siglo XX; recordemos los más sobresalientes:

- El asesinato del zar Alejandro II, en marzo de 1881.
- Los atentados frustrados contra el káiser Guillermo I en 1878 y 1884.
- Las bombas en París (en el café Terminus y en el restaurante Foyot) en 1894.
- El asesinato en Lyon del presidente de Francia François Sadi Carnot, en 1894.
- El asesinato de la emperatriz de Austria Elisabeth Wittelsbach, en Ginebra en 1898.
- El asesinato de Humberto I de Italia, en Monza, en julio de 1900.
- El asesinato de William McKinley, presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1901.
- El asesinato del rey de Portugal Carlos I, en 1908.
- El asesinato del rey de Grecia Jorge I, en marzo de 1913.

En España fueron asesinados por anarquistas cuatro jefes de Gobierno: Prim (1870), Cánovas (1897), Canalejas (1912) y Dato (1921). A esa relación de magnicidios se suman:

- El atentado frustrado contra el rey Alfonso XII en Madrid, en octubre de 1878.
- La bomba en el Teatro de Ópera del Liceo de Barcelona, el 7 de noviembre de 1893, con el resultado de veinte muertos.
- El atentado fallido contra Alfonso XIII de España y su esposa Victoria Eugenia en 1906.

Ese panorama de grandes crímenes impulsa **leyes enormemente represivas**. Paralelamente, en medios intelectuales se abre el debate sobre la **legitimidad del crimen**. En España, un sector de la intelectualidad inició la discusión sobre la legitimidad de la actividad terrorista y, a la vez, voces anarquistas defendieron la naturaleza biológica y social del crimen. Para los libertarios españoles era normal el anarquismo y sus métodos de lucha. El anarquista no era un “hombre delincuente” en el sentido lombrosiano, sino un producto de la injusticia del mundo, y por lo mismo no era él el responsable de sus acciones, sino la sociedad que lo generaba.

En relación con la “otra” criminalidad, los anarquistas defendieron el sistema médico y protector, dando por inútil e injusto el sistema judicial. No se ha de olvidar que el propio Dorado Montero era ideológicamente anarquista “utópico”, aunque, por supuesto, rechazaba y despreciaba la violencia. Pero sus ideas sobre el origen de la criminalidad y el modo de tratarla eran las mismas.

### 3. El siglo XX y las primeras actuaciones sobre la peligrosidad sin delito. Posguerra y franquismo

En las dos primeras décadas del siglo XX seguían dominado las ideas clásicas sobre el delito como opción libre del delincuente y la justificación de las penas en nombre de la retribución. El positivismo, en la deriva sociológica, penitenciaria y criminológica –que no en la estrictamente penalista–, también tenía una presencia señalada y se había plasmado en importantes cambios y novedades (creación del Cuerpo de Médicos Forenses, reforma de la legislación penitenciaria a impulso de Concepción Arenal y de Rafael Salillas, extensión de los hospitales psiquiátricos penitenciarios).

La tercera década del siglo conocerá el auge de las **ideas defensistas** que, en esencia, priman el interés social por la seguridad por encima de cualquier tolerancia para el delincuente, al que se tiene que tratar con toda la dureza que sea preciso y, y eso es lo más importante, **inocuar** cuanto antes.

El 29 de octubre de 1922 Víctor Manuel III entregó el gobierno a Mussolini en Italia. Apenas once meses más tarde, el 13 de septiembre de 1923, el general Primo de Rivera, con el consentimiento del rey Alfonso XIII, había dado un golpe de Estado e instaurado la dictadura. Las similitudes y diferencias entre ambos regímenes son materia enjundiosa que no se puede tratar en estas notas; pero hay un punto común en relación con el problema penal. Ambos dictadores necesitaban un **Código penal** propio que **se acomodara a su ideario**, para el que no servía ni el Código penal italiano de 1889, ni el Código penal de 1870, reformado, especialmente, en 1876.

Esa fue la razón última de la promulgación del Código penal español de 1928, en el que cuesta descubrir un ideario más allá de la **represión desmedida**. Si alguna influencia puede señalarse sería algo de correccionalismo español, algo de Terza Scuola, y algo de Defensa Social, así como, claramente, ideas tomadas del Proyecto de Código penal italiano de 1923. La **ideología fascista** propiamente dicha –por ejemplo, la persecución de homosexuales y prostitutas– no se introducirá en la legislación española hasta 1933 con la Ley de Vagos y Maleantes (que introduce los estados de **peligrosidad sin delito**) y proseguirá sin duda con la legislación penal que va de 1940 a 1975.

La política criminal en la posguerra viene marcada, ante todo, por la preeminencia de la **represión penal de los vencidos**, lo cual se plasmó en una serie de leyes (de represión del Comunismo y la Masonería, de Seguridad del Estado, de Bandidaje y Terrorismo) en tanto que para la “criminalidad común” se

siguió aplicando el Código penal de 1932 hasta que llegó el “Texto refundido del Código penal” de 1944. Ese código, con sucesivas y grandes modificaciones, llegaría prácticamente hasta el código hoy vigente.

En cuanto a las medidas de seguridad y la peligrosidad sin delito, continuó un vigor la Ley de Vagos y Maleantes que se había aprobado en tiempos de la II República, que se mantuvo hasta que fue sustituida en 1971 por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

El franquismo fue un largo período en el que la relación entre la política y la justicia penal nada tenía que ver con la que existe en un Estado de derecho. Si se tiene en cuenta que durante el franquismo no hubo ni siquiera división de poderes, resulta ocioso buscar paralelismos con los conflictos que hoy presenciemos. Pero sería incorrecto suponer que aquel sistema político no había dejado su impronta en la justicia penal.

Las leyes penales se reformaban indistintamente con leyes de las Cortes del régimen o con Decretos-Leyes de la Jefatura del Estado. Las jurisdicciones especiales (militar, de contrabando), pero sobre todo el Tribunal de Orden Público, creado en marzo de 1963, determinaban por sí solos el criterio oficial sobre cuál tenía que ser la prioridad político-criminal y qué función correspondía a las leyes penales en la imposición de una política y de una ideología.

La larga época franquista, de todos modos, no puede ser valorada globalmente, como si en todo momento se hubiera dado la misma realidad. En una primera época fueron visibles los efectos de las depuraciones posteriores a la guerra civil, que alcanzaron a la judicatura, a los fiscales y, por supuesto, a la Universidad. Pero andando el tiempo y producido el necesario cambio generacional, es justo reconocer que a finales de los años sesenta y primeros setenta comienzan a producirse progresivas muestras de presencia activa de jueces y de fiscales comprometidos con los ideales democráticos y, del mismo modo, los Colegios de Abogados, desde el famoso Congreso de León, fueron asumiendo un creciente compromiso en la defensa de los derechos humanos.

#### Observación

Por supuesto que no nos referimos a la inexistencia de la independencia judicial y de un derecho fundamental de los ciudadanos a jueces naturales, independientes e inamovibles. Sino a que debe recordarse que la acumulación en el Ministerio de Justicia de las funciones que hoy pertenecen al Consejo General del Poder Judicial dejaba en manos del Gobierno la más absoluta discrecionalidad en los nombramientos y promociones de los jueces.

## 4. La transición

Llegamos así a la transición, período que se puede situar entre el 20 de noviembre de 1975, cuando fallece Francisco Franco, y el 28 de octubre de 1982, en que pierde el Gobierno la Unión de Centro Democrático (UCD), partido que promovió el cambio de régimen político y la aprobación de la Constitución del 78. En esa etapa la justicia adquiere un papel que no había tenido hasta entonces. La conciencia de que entrábamos en un nuevo orden político y en el Estado de Derecho pone de manifiesto que el Poder Judicial y la jurisdicción de los jueces y tribunales han de componer uno de los tres pilares básicos del sistema.

Pero además de las ideas sobre lo que debería ser el Estado, había una realidad: lo que era, esto es, que existía una superpoblación penitenciaria (como ahora), así como diversas y duras leyes penales especiales, uso y abuso de la legislación de peligrosidad y todo lo que se deriva de la ausencia de libertades públicas. Ordenar los temas significativos de la época que va desde la coronación de Juan Carlos I hasta la formación del primer Gobierno democrático (el de UCD presidido por Suárez) es tarea complicada porque se entrecruzan muchos procesos que sucedieron en paralelo y que afectan al "problema penal", pero que son muy diferentes entre sí. En un intento de resumir cuáles fueron esos procesos –y sin entrar en todos, pues no podemos extendernos a los todavía abiertos debates sobre el proceso penal, el principio acusatorio, etc.–, podemos destacar:

- Los indultos y amnistías.
- Las reformas introducidas por el Código penal de 1974 (el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, publicó "el texto refundido del Código Penal", por lo que podemos no citarlo ya como "Código de 1944"), por lo tanto, antes de la importante Reforma Parcial y Urgente de 1983.
- Los Pactos de la Moncloa, en lo que afectaban al problema penal.
- La Constitución y su "programa penal".

Posteriormente vendría el Proyecto de Código penal de 1980, impulsado por el ministro Lavilla.

Las reformas inmediatas que hubo que introducir en el Código penal sin esperar ni a la redacción de un nuevo código ni a la aprobación de la Constitución, fueron –además de la acomodación del código a un régimen de libertades políticas–:

- La despenalización del adulterio y el amancebamiento.
- La despenalización de la venta de anticonceptivos.

- La reducción de la edad de la mujer en los delitos en que ese era el criterio determinante de la intervención penal (delitos de estupro y rapto) y que podía llegar a los 23 años en algún caso, lo que se hizo a través de la Ley de 7 de octubre de 1978.
- La reformulación de los delitos de los funcionarios públicos tipificando las conductas que fueran contrarias a las libertades públicas, así como al respeto a las personas en la actuación de los funcionarios.

## 5. Principios penales derivados de la Constitución española

Tras la aprobación de la Constitución se entendió que de ella derivaba casi expresamente –pues en muchos casos remitía a la ley penal la protección de sus disposiciones, así como otras referencias a la justicia y al Poder Judicial– un **programa formal y material**. De esa manera se continuaba con una tradición iniciada con la Constitución de 1812: a un cambio profundo de la configuración política del Estado debía seguirle un nuevo Código penal. En el caso español de 1978, ese cambio se ampliaba a la Justicia en el sentido más amplio. Formalmente se estimaba que en política legislativa penal debían producirse un nuevo Código penal, una nueva Ley General Penitenciaria y una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. De esas peticiones solo se satisficieron la relativa a la Ley General Penitenciaria y la de un nuevo Código penal, aunque tuvo que aguardar a 1995.

La Constitución **no establece una política criminal constitucional**, su función es otra. La continuidad entre la Constitución y las leyes penales no es más que un presupuesto o un desiderátum que anuncia simplemente una regla de trabajo esencial e intangible: la interpretación de las leyes penales, necesaria para la construcción de un sistema jurídico, no puede nunca producir resultados que no se avengan con las declaraciones constitucionales.

La progresiva extensión de la cultura constitucional explica que en la actual sociedad española se ha producido de una parte un rechazo o cambio respecto de ideas pasadas sobre honor, sexualidad o propiedad, por citar ejemplos sencillos, y, por el contrario, con bienes jurídicos que durante el régimen anterior parecían meramente teóricos, como el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, a la libre determinación en materia sexual, a la paz y no discriminación en las actividades cotidianas, a la dignidad, a exigir y recibir una determinada colaboración y un servicio de las administraciones públicas, a esperar una conducta cristalina de parte de los funcionarios, a condenar el trato descortés o vejatorio en la relaciones de trabajo o en las que se tengan con la Administración, se exige la actuación del sistema de reacciones penales.

En una sociedad como la española, que salvo durante el breve paréntesis de la II República, no pudo adquirir una conciencia sobre la posición subjetiva del ciudadano respecto del Estado y aún menos le fue posible asumir como propios unos derechos frente a éste que fueran más allá de las relaciones sometidas a la disciplina del derecho privado, constituye un hecho histórico la irrupción de una **nueva conciencia de propiedad** sobre los **valores comunes** y de titularidad subjetiva y de un derecho a **exigir y a esperar respuestas del Estado**. El patrimonio de todos en su más amplio sentido –patrimonio histórico, artístico, científico, urbanístico, medio ambiente, disciplina del mercado, control sobre alimentos y fármacos, etc.– es asumido como propio por los españoles de una manera cada vez más creciente.

Abundan en la Constitución declaraciones que comprometen a los poderes públicos a actuar en un determinado sentido o que obligan al Poder Legislativo a prestar una concreta protección legal, muchas veces de carácter penal, a esos bienes o valores. Para el derecho penal eso se ha traducido en la **incorporación de normas**, que con mejor o peor fortuna han intentado establecer una coherencia entre una promesa de funcionamiento social y el sistema coercitivo que debe procurar garantizar la virtualidad de esas promesas.

Ejemplos de estas normas son las establecidas contra delitos de riesgo colectivo, medioambientales o económicos.

Muchos penalistas hubieran deseado que la Constitución contuviera mandatos más terminantes y vinculantes; pero eso no hubiera sido prudente:

La Constitución no es el título preliminar y programático del derecho penal, sino una **carta fundamental de mínimos esenciales**.

Los **principios penales** tenidos como irrenunciables para la cultura jurídica de nuestro tiempo, y condicionantes absolutos de la política criminal, han de ser simplemente, y nada menos, eso: parte de nuestro **patrimonio cultural y político**. Por supuesto que luego se pueden buscar asideros más o menos sólidos en los principios y valores constitucionales, de donde derivar que en el texto constitucional existen axiológicamente bases bastantes para todos esos principios. Pero esa estimable e importante tarea debe ser llevada teniendo en cuenta que no es posible derivar de un principio constitucional genérico una solución a un conflicto concreto y que no puede postularse la inconstitucionalidad de una ley penal en nombre de la violación de esos principios tenidos por esenciales. Pero hubiera sido un grave error establecer en la Constitución el camino por el que deben discurrir las decisiones legislativas y político-criminales.

Por lo tanto, y eso marca un camino necesario para el penalista, la ley discutible o censurable político-criminalmente, o aquella que no cumpla con las condiciones que en teoría le asigna la ciencia penal, difícilmente encontrará una vía para ser impugnada o reformada a través del Tribunal Constitucional. Una democracia parlamentaria debe resolver sus diferencias y censurar las leyes vigentes en la sede natural que es el Parlamento. La violación del respeto a los principios que los penalistas consideran esenciales debe ser el fundamento del debate parlamentario y formar parte de la responsabilidad de la mayoría ante el electorado.

Sería, pues, sacar las cosas de quicio confundir la fuerza de la Constitución con la potestad del Tribunal Constitucional hasta el punto de estimar que la totalidad de los problemas penales puede ser filtrada y depurada por ese Tribunal.

El código y las leyes penales contienen preceptos que sintonizan claramente con un modelo de Estado de esa clase: delitos contra intereses sociales o colectivos, compromiso del Estado en el intento de recuperación del delincuente – sea en la ejecución de la pena, sea en la medida de seguridad, posibilidad de sustituir o suspender penas –lejos del estricto retribucionismo liberal–, incluso ciertas muestras de intervencionismo en las relaciones económicas o de mercado llevan también ese marchamo social, prescindiendo de la fortuna con la que se haya configurado técnicamente la intervención penal en esos ámbitos. La ideología del Estado social y democrático de derecho puede reconocerla o invocarla el penalista en su análisis de las instituciones jurídico-penales, especialmente de la pena, su fundamento y su fin.

Pero lo que de verdad caracteriza la virtualidad del Estado social y democrático de derecho no es el derecho penal sustantivo, sino el funcionamiento conjunto de la justicia penal en el marco de la **simultánea actuación de los poderes del Estado**.

Así pues, lo que en ningún caso puede suceder es que un precepto penal carezca de engarce con la Constitución. Todos los bienes jurídicos pueden, como es lógico, ser apreciados o percibidos con un criterio simplemente sociológico o social (concepto material de bien jurídico), que es de gran interés y debe ser valorado por el legislador penal, pues la valoración que hace el derecho positivo de un determinado bien o interés puede ser disonante, por exceso o por defecto, de la que merece en el conjunto de las relaciones entre los individuos; pero tampoco debe olvidar que un determinado bien jurídico puede ser despreciado o no apreciado en sectores sociales concretos que manejan escalas de valores diferentes.

Pensemos, y es solo un ejemplo, en qué significa el respeto al medio ambiente desde la óptica de un constructor desaprensivo.

## 6. Principios limitadores del ejercicio de la potestad punitiva

El poder de dictar leyes penales constituye una herramienta esencial en la configuración de la política criminal, aunque no sea la única. Pero ese poder no es omnímodo, sino que está supeditado a límites derivados del sentido de la Constitución, de los valores, principios y derechos que esta proclama y del modelo de Estado.

La experiencia de los excesos y errores que se han cometido en la utilización del sistema penal han ido formando una cada vez mayor conciencia en torno a la necesidad de que el sistema penal tenga como guía una serie de principios que no son sino el resumen y expresión de aquello que se considera el ideal a alcanzar si se desea contar con un sistema penal acomodado al auténtico Estado democrático de derecho. Esos principios informadores y limitadores en su mayoría no se describen en una norma, pero son indisociables de la ideología penal adecuada a un Estado social de derecho. Su significación se despliega tanto en las políticas legislativas penales como en la aplicación del sistema a sujetos concretos.

### 6.1. La coherencia constitucional de la ley penal por el objeto de la intervención: bienes jurídicos de base constitucional

El sistema penal no puede pretender orientar o marcar todos los valores ético-sociales, sino solo los **mínimos necesarios para la convivencia**. Si el legislador pretende ordenar las conductas de los ciudadanos más allá de esos mínimos esenciales, irremediablemente caerá en la arbitrariedad y su conducta será antidemocrática, pues, a partir de cierto nivel, los criterios éticos ya no son los mismos en todas las opiniones.

Por ejemplo, no se aprecia de igual modo la necesidad de respetar la vida humana que la necesidad de reprimir penalmente todo tipo de injurias, por no entrar en temas rodeados de graves discrepancias como pueden ser la eutanasia o los límites a la intervención pública en el mercado y en el consumo.

La característica de que los intereses tutelados por la ley penal sean “generalmente apreciados” (que tengan la condición material de bienes jurídicos), viene a significar que la mayoría de la población siente la necesidad de que se les proteja, de lo cual se infiere que aquellas acciones repugnan al mínimo ético-social necesario.

Las leyes penales solo deberán, por principio, proteger bienes jurídicos<sup>3</sup>.

Además, y como consecuencia del principio de mínima intervención, solo tendrá que protegerlos de los ataques más graves.

<sup>(3)</sup>Para ser considerado como bien jurídico será preciso que el interés que lo encarna tenga la común valoración positiva y esencial a la que antes nos referíamos.

A su vez, y como es lógico, no se puede reconocer como bien jurídico ningún interés o valor que no tenga una base en la Constitución, pues ese reconocimiento legitima la intervención protectora del derecho penal.

## 6.2. Un derecho penal del hecho y de la culpabilidad

En la cultura jurídica de nuestro tiempo, y eso se refrenda con declaraciones del TEDH, se entiende que un Estado de derecho no puede acoger otro derecho penal que no sea el calificado como **derecho penal del hecho y de la culpabilidad**.

La seguridad jurídica supone la **contracción de la intervención punitiva a un hecho concreto y anterior**. Se desea, pues, un derecho penal del hecho como único compatible con el ideal de seguridad.

### El derecho penal de autor

Frente al derecho penal del hecho se sitúan las tesis que, en ocasiones con la mejor intención y solidez científica, han defendido que el fundamento de la intervención punitiva no tenía que ser el hecho aislado que solamente constituye un episodio de la vida del autor, sino el modo de comportarse, la personalidad, la manera de vida de ese autor. A ese derecho penal que no juzga hechos concretos sino “personalidades” se le llama derecho penal de autor.

Históricamente puede atribuirse la primera defensa del derecho penal de autor al positivismo naturalista y a su tesis determinista absoluta; pero después, habría de ser acogido con entusiasmo por los penalistas servidores del nacional socialismo que, naturalmente, vieron en el derecho penal de autor la vía más eficaz para la realización del “sentimiento del pueblo” en la justicia o, dicho de un modo menos eufemístico, el sistema de librar al Estado de las trabas que implicaba el principio de respeto al hecho en orden a la persecución de cualquier persona molesta o despreciada por el sistema político. Cuestión diferente y de enorme importancia será la determinación del contenido de un “hecho”, palabra que no puede asociarse a lo que acontece en un lugar y en un momento preciso.

En cuanto al **principio de culpabilidad** hay que recordar que es considerado actualmente por la doctrina penal mayoritaria en Europa como el **rector y límite de cualquier política criminal**. En cuanto a expresión de garantías, supone un conjunto de límites y condiciones que el sistema penal no puede despreñar, a saber:

- La **exigencia de dolo o culpa**: es decir, que no se aplicará pena alguna si el hecho no es imputable al autor a título de dolo o imprudencia, rechazando la responsabilidad objetiva.

- La necesidad de que **la pena se contraiga al hecho propio** (individualización del castigo).
- La necesidad de tener en cuenta la **situación concreta** en la que el **autor** se encontraba **al tiempo de cometer el delito** para que las circunstancias concurrentes puedan jugar su papel eximente o reductor del castigo (miedo, obcecación, anomalía mental, embriaguez).
- El grado de conocimiento que tenía el autor sobre la significación jurídica del hecho.
- La proporción entre la pena y la entidad culpable de la conducta del sujeto.

### 6.3. La intervención mínima y la *última ratio*

El **principio de intervención mínima** es una consecuencia lógica de la obligación de tutelar solo bienes jurídicos importantes y frente a ataques graves. No debe actuar el sistema penal con sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros **instrumentos jurídicos no penales**.

El convencimiento de que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección (la **pena** entendida como ***ultima ratio***), obliga a reducir al máximo el recurso al derecho penal (**intervención mínima**).

Por ejemplo: el incumplimiento de las obligaciones de pago da lugar a responsabilidades civiles, pero solamente cuando el deudor intenta engañar a los acreedores sobre la realidad de su capacidad de pagar, podemos entrar en una insolvencia fraudulenta punible.

Antes de acudir a la ley penal se ha de reflexionar sobre la posible suficiencia del derecho privado o del derecho sancionador no penal. De ahí la importancia del **sistema sancionador administrativo**, su relación con el derecho penal, su participación como **sistema preventivo** en una política criminal respetuosa con el deseo de intervención mínima.

Nunca se debe olvidar que la pena es la ***ultima ratio*** a la que tiene que acudir la sociedad si desea que subsistan sus reglas de convivencia. Es también, en parte, un indirecto reconocimiento de un fracaso del sistema social, en igual medida en que se reconozca la existencia de individuos que optan por la desviación criminal por las más variadas razones. Entendida la **pena** como un **inevitable acto de fuerza**, puede entonces plantearse el sentido que ese necesario acto de fuerza ha de tener en un Estado de derecho social y democrático.

#### Criterios rectores de la sanción administrativa

Existe también la necesidad de no burlar derechos fundamentales a través del recurso al sistema sancionador administrativo, una materia en la que, conviene advertirlo, se nota la falta de unos principios propios sobre los criterios rectores de la sanción administrativa.

El principio de intervención mínima presupone además que las leyes penales en un Estado de derecho democrático solamente se justifican porque prestan tutela a un valor que, por ser esencial su respeto para las condiciones mínimas de convivencia, recibe protección penal. Si falta esa común apreciación de valor, si tutelan intereses de grupos, también perderán legitimación por exceso.

La más significada corriente de pensamiento que coloca este principio en el centro de sus propuestas es la de los autores defensores de lo que se califica como **derecho penal mínimo** (Baratta, Ferrajoli, y con ellos buena parte de la doctrina penal española). La esencia de este pensamiento podría concretarse en una idea:

Una vez aceptado que el derecho penal es duro y hasta destructivo, es preciso alcanzar la menor cantidad posible de dolor penal para la menor cantidad posible de personas.

Se colocan así frente a las ideas que sostienen que cualquier cantidad de dolor de una minoría está justificada si de ese modo se consigue el bienestar de la mayoría, lo que sería punto de partida del llamado **derecho penal máximo**.

El derecho penal ha de utilizarse solamente si no caben otros recursos menos lesivos. Lo primero que se precisa es respetar el carácter fragmentario, lo cual supone que aunque se esté en presencia de un ataque a un bien jurídico, puede que no sea lo bastante grave como para requerir respuesta penal, puesto que aunque el derecho penal solo proteja bienes jurídicos, no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelado necesite la intervención del derecho penal, que solo es legítima cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria.)

Cabe señalar que la **puesta en práctica del ideal de un derecho penal mínimo** es, evidentemente, **muy difícil**. Son demasiado fuertes los rechazos sociales instintivos y es demasiado alta la valla que traza el populismo punitivo y las inercias de los poderes públicos, marcadas por la tendencia a recurrir una y otra vez al derecho penal ante cualquier conflicto que se produzca.

#### **6.4. La orientación de la pena: humanidad y reinserción**

Todas las penas causan aflicción, eso es indudable e indiscutible; pero el sentido del derecho nos dice que un Estado avanzado no puede imponer ese castigo a un ciudadano sin una **razón** (el delito) y sin una **finalidad**, que vaya más allá de la pura afirmación del derecho. Como es sabido, muchas doctrinas penales entienden que la respuesta punitiva se autojustifica y no necesita de finalidades adicionales; pero esa no es la tradición española (desde el correc-

cionalismo) ni es lo que indica la Constitución, cuyo artículo 25.2 establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la **reeducación** y la **reinserción social**.

Este mandato constitucional pretende conciliar dos ideas:

Que la fundamentación principal de la pena es el delito cometido y que eso ha de ser compatible, en la medida de lo posible, con la reeducación y la reinserción.

Cuando la ley establece una pena con la que amenaza a los posibles infractores, parte de una valoración del bien jurídico y de la gravedad de la agresión, y con esos elementos de juicio dispone un **castigo** que pretende ser **proporcional al delito**.

Cuando se comete el delito y se concreta la pena imponible al responsable en atención a sus circunstancias personales, se abre una fase diferente en la que **se distingue** entre la **razón** de la pena y la **finalidad** que con ella se quiere alcanzar. Es ahí donde se inserta esa idea de que “en lo posible” la ejecución de las que consistan en privaciones de libertad habrá de ser la reeducación y reinserción.

#### **El contraste con la realidad**

Este planteamiento teórico choca con una realidad en la que es muy difícil apreciar en el sistema capacidad para cumplir ni mínima ni complementariamente fines de resocialización, con las excepciones que se quiera. El estado de los centros penitenciarios, la superpoblación carcelaria y, en especial, la dureza de las penas en cuanto a su duración media, hace muy difícil que ese fin pueda ser alcanzado, por lo que son muchos los que estiman que la política de reinserción está muy lejos de los objetivos de los legisladores. Incluso se señala críticamente que el sistema penitenciario, tal como opera en la práctica, solo puede servir, más allá de cumplir con la misión primaria de materializar la represión, como un generador de segregación y estigmatización mayores, esto es, el polo opuesto a la posibilidad de reinserción.

Por otra parte, y de acuerdo con principios y valores constitucionales que a su vez son coincidentes con declaraciones, la fijación y medición de las penas debe respetar el **principio de humanidad**, que establece que:

Se han de rechazar aquellas penas que por su contenido o duración resulten especialmente crueles o denigrantes para el condenado, aun admitiendo que toda pena causa sufrimiento.

El artículo 15 de la Constitución declara que:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas inhumanas o degradantes.”

De acuerdo con la doctrina del TEDH, cualquier pena que haga absolutamente imposible la recuperación del individuo ha de ser tenida como inhumana porque solo puede conducir al aniquilamiento moral del condenado. Igualmente, y así se ha señalado, la pena de privación de libertad de corta duración, si puede ser sustituida por penas de otra clase, es también susceptible de ser considerada inhumana porque con ella no se persigue otra cosa que la aflicción sin finalidad visible.

### **6.5. La protección de las víctimas**

Toda política criminal que aspire a prosperar debe contemplar el problema penal en su diversa amplitud, esto es, incluyendo al delincuente, a la víctima y a la sociedad. No es posible esperar comprensión hacia el sistema penal y penitenciario ni por parte de la sociedad ni por parte de las víctimas, si estas quedan abandonadas a su suerte habiendo sufrido el delito. Una política criminal que quiera ser respetuosa con todos ha de incluir en primera línea la protección de las víctimas.

Como ha señalado Tamarit:

“Se requiere el desarrollo de una victimología que se dirija a inhibir los impulsos punitivos de las víctimas en función de orientar la política criminal hacia una cultura jurídica reparatoria que enfrente la actual expansión del derecho penal. Con ello no se pretende sostener que haya que reemplazar en todos los aspectos a la justicia que castiga por una ‘justicia que repara’, sino solamente, y ya sería mucho, dar a la reparación mayor eficacia y, en todo caso, garantizar la protección a fin de evitar la extendida convicción de que para el sistema penal el problema se centra en el delincuente, pero no en sus víctimas.”

## **7. Modelos político-criminales contemporáneos: política criminal de la sociedad del riesgo, política criminal de la seguridad ciudadana, derecho penal del enemigo, derecho penal mínimo, populismo punitivo**

En este apartado nos acercaremos a algunas de las corrientes de pensamiento que en nuestro tiempo marcan los **posicionamientos más significativos ante el problema penal**. Cada uno de ellos supone, como es lógico, una ideología que sustenta la correspondiente tesis, lo cual no quiere decir que se pueda trazar con nitidez una separación entre posiciones de izquierda y de derecha, entre otras cosas por la pérdida misma de vigencia de esas etiquetas para identificar con claridad diferencias. Ello no obstante, algunas de esas ideas conllevan una opción clara por aumentar la represión debilitando las garantías si es preciso. Otras, en cambio, persiguen adaptar las políticas penales a una realidad social que ha cambiado vertiginosamente en pocos años.

### **7.1. Política criminal y sociedad del riesgo**

Hemos de asumir que vivimos en un mundo que ha aceptado, deseado, necesitado y adoptado el peligro como medio natural en el que se desarrolla nuestra vida cotidiana. Una vez se acepta ese inexorable axioma, se procede a “adaptar el derecho” a esa nueva realidad prejurídica. El ámbito del **derecho penal del peligro** no deja de crecer.

Este crecimiento se da tanto en los ámbitos más comunes –alimentación, circulación de vehículos–, como en sectores concretos como los de la construcción, la medicina, la producción industrial y su impacto en el medio ambiente, o el uso de la energía nuclear.

En una sociedad así configurada, y sobre todo, así habituada o así educada, se puede formular la pregunta acerca de la **función protectora** que se espera que cumpla el derecho penal. No es de extrañar que desde los sectores más críticos o menos ingenuos de nuestra ciencia se denuncie la contradicción que hay entre el modelo de desarrollo capitalista –que en nuestro tiempo se lanza al neoliberalismo más crudo con la destrucción sistemática del Estado social, y que asume ese peligro como precio necesario (y su plasmación en acciones hace que estas se estimen adecuadas) de una determinada concepción del progreso– y la hipócrita promesa de los legisladores de robustecer la tutela de los bienes jurídicos que antes perecen, como, por ejemplo, la protección del medio ambiente o de los recursos naturales.

La construcción salvaje, y es un ejemplo reciente, proporcionaba riqueza inmediata y trabajo, y con esos dos vectores favorables es lógico que nadie reparara en las consecuencias que a medio plazo tendría tamaña destrucción de recursos naturales que a su vez generarán ingentes necesidades de servicios.

Un problema que sobrevuela es el de la capacidad de la ley penal, que no puede ser el instrumento apto para ofrecer a la ciudadanía esa seguridad que tanto y tan justamente desea y que no siempre se propicia. Además han de ser ponderados otros aspectos de la cuestión: la excesiva creación de delitos de peligro de difícil aplicación práctica (los códigos penales de la primera mitad del siglo XX no contenían apenas delitos de peligro), la connivencia de grandes sectores de la ciudadanía y la frecuente transnacionalidad del problema, con las dificultades que eso conlleva. El Código penal de 1995 creó una gran cantidad de delitos de riesgo, especialmente en los campos del medio ambiente, la protección de la flora, fauna y recursos naturales, la seguridad colectiva, y a buen seguro que la **tendencia** en el terreno de esta clase de tipicidades es el **crecimiento imparable**.

Frente a esa pretensión de controlar el riesgo, y con la relativa excepción de la conducción bajo influencia del alcohol o de estupefacientes, la **persecución** de los **delitos de peligro** solo se produce **cuando ya ha pasado algo**: si se repasa la relación de fallos dictados por los tribunales en aplicación de los tipos que describen delitos de peligro, la práctica totalidad son casos en los que ya se percibían efectos dañinos en personas, animales o la naturaleza. Es posible, a la vista de ello, que los delitos de peligro subsistan por razones de simbolismo, pues en la práctica solamente se actúa cuando ya se han producido daños.

## **7.2. Política criminal, seguridad ciudadana y populismo punitivo**

Bajo este título se ubican problemas distintos: la seguridad ciudadana, o el sentimiento de que esta falta, constituye un problema y, a la vez, es la determinante de reformas penales siempre en la línea de endurecer las penas.

El populismo punitivo se produce cuando se aumentan las penas o se crean nuevas penas para dar muestra de sensibilidad ante las demandas sociales, y eso se hace prescindiendo de que sea precisa la intervención punitiva, pues en muchos casos el problema no es de naturaleza legal, sino de otra índole.

El **populismo punitivo**, de acuerdo con una valoración común en la criminología, es un fenómeno extendido en los países desarrollados, y presupone la convicción de que la ciudadanía desea más presencia del derecho penal y penas mayores. El gobernante sensible satisface esa demanda sin reparar en criterios de necesidad o proporcionalidad.

La seguridad ciudadana es un problema real, al margen de que se componga de causas objetivas y subjetivas. La seguridad ciudadana, efectivamente, no puede reducirse a la idea de seguridad callejera, lo cual abocaría a los delitos que generan la psicosis de miedo a transitar por determinados lugares o a determinadas horas por cualquiera.

La **seguridad ciudadana** ha de extenderse a toda manifestación delictiva que alcance la condición de problema cotidiano, aunque no sea de la calle, siempre que produzca sentimiento de inseguridad para algunas personas determinables.

Así vista la cuestión, es indudable que constituye un problema, lo cual no quiere decir que la actuación sobre ese campo conflictivo haya de ser prioritariamente legislativa, sino que exige **eficacia de prevención y persecución**. La invocación de la **inseguridad ciudadana** como justificación de modificaciones legales puede esconder otros fines o provocar otras consecuencias no deseables.

El recurso al problema de la seguridad ciudadana puede servir para socavar el sistema de garantías penales e imponer y fomentar la confianza en la llamada **prevención general negativa o intimidatoria**, que se plasma en la creencia de que a mayores castigos, por desproporcionados que puedan ser, habrá menos delitos. Nada importa el precio que haya de soportar el principio de proporcionalidad, tanto en su vertiente de equilibrio con la gravedad del hecho como en la que corresponde a la comparación con el castigo que merecen otras infracciones. No es preciso realizar un gran esfuerzo para comprender que estamos ante una abierta opción por la represión o, si se quiere, por el **derecho penal máximo**, en la convicción de que la ciudadanía (los votantes) no acepta otra cosa que una espiral continuada de represión.

Para la lucha contra la inseguridad ciudadana también se plantea la revisión de algunos aspectos del **garantismo**. En teoría el derecho penal de un Estado de derecho europeo es calificado, con todo lo que eso supone, como derecho penal de **culpabilidad por el hecho**. Ese principio, fruto de la lucha por las garantías del ciudadano, no es discutido formalmente; pero cada vez con mayor insistencia se exigen intervenciones preventivas contra personas que ofrezcan indicadores de peligrosidad, sin esperar a la comisión de infracciones. La exigencia de actividades policiales de control que laminen derechos de toda índole (comunicaciones, circulación, intimidad, etc.) se sitúa también en esa línea.

En suma: las políticas de aumento de la represión en nombre de la necesidad de alcanzar la seguridad ciudadana conducen a utilizar el derecho penal no como “el último recurso”, sino como primera respuesta del Estado, prescindiendo de las políticas sociales justas que deberían ser prioritarias, lo que produce finalmente una pérdida de legitimidad política del derecho penal.

A ello hay que añadir un error grave: la creencia de que las leyes penales pueden reducir la inseguridad, lo cual es muy difícil pues se trata de una percepción subjetiva de la realidad de la criminalidad, jaleada a veces por los medios de comunicación y hasta desde instancias políticas.

### 7.3. El derecho penal del enemigo

Esta ideología penal, que supuestamente se presenta como un fenómeno de los últimos veinte años impulsado por la obra de Gunther Jakobs –que cuenta con seguidores en España y en Latinoamérica–, es en el fondo menos novedosa de lo que pretende, pues en realidad es una manifestación del viejo defensismo auspiciado en los años veinte por el positivismo naturalista: el delincuente ha de ser tratado como un ser diferente y no como un igual, y cualquier respuesta y medida de castigo se justifica en nombre del interés de la sociedad.

En la doctrina de Jakobs el derecho penal debe separarse entre un **derecho penal del ciudadano** (*Bürgerstrafrecht*), en el que perviven los principios y garantías, y un **derecho penal para enemigos** (*Feindstrafrecht*) que se usa para salir al paso de sujetos peligrosos. Ambas son dimensiones necesarias del mismo derecho penal, lo que sucede es que se reconoce y distingue una específica categoría humana: la persona-ciudadano y el **criminal-no persona**.

El delincuente no se identifica con el que ha transgredido la ley, pues eso puede suceder que lo haya hecho un “ciudadano normal”. Para esos casos el derecho penal ha de preservar todos sus principios y garantías. No así, en cambio, si el sujeto delincuente es un personaje que se coloca fuera del sistema, pues entonces deja de ser persona o ciudadano y es solo un criminal al que el sistema debe tratar sin detenerse en garantías.

El caso más significativo de esa clase de sujetos sería el terrorista, pero no únicamente él, pues el delincuente profesional merece también esa “degradación personal”.

Las consecuencias se plasman en distintas direcciones:

- El adelantamiento de la punibilidad: no es preciso esperar a que se cometa un hecho para actuar.

- Las penas pueden elevarse sin necesidad de guardar proporción con el hecho cometido, o el que es su actividad.
- La “flexibilización” de las garantías del proceso penal en lo que sea preciso en aras de la rapidez y la eficacia de la respuesta.

El derecho penal del enemigo, en tanto que ideología, ha recibido un mayoritario rechazo en el ámbito doctrinal, pero tiene seguidores. Sus partidarios señalan, y tienen razón, que ya el derecho penal de nuestro tiempo incluye subsistemas caracterizados por el abandono de las pautas ordinarias del derecho penal (acción, hecho, pena proporcionada, proceso con todas las garantías), como sucede con el terrorismo o con los delitos relativos al tráfico de drogas. La diferencia esencial radica en que doctrinalmente se señala que esos **sistemas excepcionales son criticables y no debieran existir**. En cambio, en la ideología del derecho penal del enemigo esa excepcionalidad debe aceptarse y fundamentarse porque se trata de reglas para combatir a no-personas.

#### Observación

No nos detendremos en analizar más profundamente esas ideas, pues aquí solo pretendemos dar noticia de una línea de opinión que cuenta con seguidores que no son siempre conscientes de las consecuencias que tiene y, especialmente, de su incompatibilidad con las premisas de un Estado social y democrático de derecho.

## 8. Nuevos condicionamientos de la política criminal de nuestro tiempo: criminalidad transnacional, delincuencia organizada, superación del delincuente individual

Todo el sistema penal –incluyendo el proceso penal, el sistema penitenciario e incluso la criminología y la política criminal– se ha construido desde el supuesto de que el **crimen** es un **suceso individual que tiene lugar en un momento y en un lugar**, al margen de que en un delito puedan concurrir las conductas de muchas personas. Todos los conceptos, instituciones y análisis se han construido desde ese presupuesto.

Pero nuestro tiempo muestra una realidad bien diferente, en la que la **criminalidad organizada y transnacional** ocupa el primer lugar en la escala de gravedad del problema penal. A esta criminalidad se ha de añadir el reconocimiento de la **capacidad delictiva de las personas jurídicas** y el **ciberespacio** como nuevo ámbito de delincuencia.

### 8.1. La criminalidad organizada

En 1975 Naciones Unidas definía el crimen organizado como:

la actividad criminal grande, compleja y continuada, ejecutada por grupos de personas, organizados para su propio enriquecimiento a expensas de la comunidad y de sus miembros, despreciando cualquier ley, incluyendo delitos contra las personas si es preciso y recurriendo en su caso a la corrupción política.

Por su parte, el Consejo de Europa define crimen organizado como:

“[...] las actividades ilegales realizadas por grupos estructurados de tres o más personas que existen por un período del tiempo prolongado y que coinciden en ejecutar delitos graves mediante acciones concertadas usando la intimidación, violencia, corrupción u otros medios para obtener, directamente o indirectamente, provechos financieros o cualquier otro beneficio material.”

#### Ved también

Recordad que hemos establecido estas definiciones en el apartado “La política criminal: concepto y contenido”.

Todas esas definiciones, y otras muchas que se pueden ofrecer, tienen, cómo no, buena parte de acierto. Pero no bastan porque el concepto de criminalidad organizada es difícil de integrar en una sola idea dado que engloba diferentes realidades. Hay que tener siempre en cuenta que la criminalidad organizada

y transnacional se traduce en situaciones que entrañan una específica dificultad político-criminal, pero sin olvidar que este tipo de criminalidad no es un invento de nuestro tiempo.

Basta pensar en el contrabando, el comercio de esclavos o la trata de mujeres para la prostitución para asumir que se trata de un fenómeno muy antiguo.

Lo que hoy sucede es que se ha producido un **salto cualitativo** a causa de un aumento vertiginoso de la presencia del crimen organizado en nuestras sociedades, mostrándose más poderoso, rico, estructurado y capaz de burlar o corromper incluso a los propios aparatos de poder.

Es, por lo tanto, necesario contemplar en mayor o menor medida una serie de problemas próximos pero diferentes:

- La **proliferación de bandas organizadas** dedicadas a delitos clásicos o nuevos, ya sean integradas mayoritariamente por extranjeros o por nacionales, o por combinaciones de unos y otros.

#### **Las mafias clásicas**

Este fenómeno, que da lugar a que se hable de mafias “rusa”, “del este” o “latinoamericana”, no ha de confundirse con otro mucho más antiguo, no en España, pero sí –por ejemplo– en USA, que es el de la existencia de colectivos nacionales enclavados en otros estados que configuran allí su propia suborganización y su propia criminalidad, que se extiende y alcanza a todo lugar en que trabajen personas de esa nacionalidad en cualquier lugar del mundo.

- La **mundialización del espacio criminal**, problema que se traduce en la extensión o multiplicación del daño que pueden generar determinados delitos, como es el caso de la pornografía infantil.
- La **amenaza del terrorismo transnacional**, especialmente –pero no solo– de raíz islamista, que golpea indistintamente en cualquier lugar del mundo y se nutre con frecuencia de individuos residentes en los propios territorios en los que se ejecuta la acción terrorista.
- La pervivencia de fenómenos criminales ya antiguos y que por su misma naturaleza siempre han sido ejecutados por organizaciones dedicadas especialmente a ello, como en el caso del tráfico de estupefacientes o el de personas para su explotación sexual y, en general, la actividad de las mafias y organizaciones análogas.
- La que siempre se designa como **criminalidad organizada** entendida como **redes supranacionales** dedicadas a **delitos clásicos** y a **nuevas formas delictivas**, caracterizadas por una estructura más o menos sólida y jerarquizada, por su dominio de las modernas técnicas de comunicación financiera y bancaria, así como de las tecnologías de la comunicación, y que disponen de considerables recursos financieros que permiten la expansión de la corrupción.

La idea del grupo o de la organización como realidad pluripersonal con su propio poder decisorio difuminado en oscuras tramas internas, no puede ocupar con facilidad el lugar de los autores de los delitos con el simple recurso a la mención de que las penas se agravarán si los hechos fueran cometidos en el marco de una organización criminal, pues esa es una respuesta comprensible pero que otorga el protagonismo del hecho criminal al individuo o individuos concretos que han ejecutado la acción criminal, mientras que el marco humano en el que actúan no puede pasar de referencia criminológica. Pero posiblemente tampoco se puede inventar un derecho penal diferente ni huir hacia una catarata de reforma tras reforma, sin antes verificar si los problemas no son, ante todo, de eficacia en la persecución y aplicación de las leyes y, solo en segundo plano, de carencias de esas propias leyes.

Resulta un esfuerzo inútil pretender encajar a las organizaciones como una especie de supuesto de “pluralidad de responsables” que cabrán en la teoría de la participación, que por su misma naturaleza (pensemos solamente en el **principio de accesoriadad**) no alcanza los graves problemas de la criminalidad organizada o de la determinación de responsables por los hechos que se cometen desde las grandes organizaciones y por lo mismo no puede concebir la condición de autor separada de la de cómplice si no es en la relación entre sujetos individualizados, cuando la organización, por su propia naturaleza **difumina esas diferencias**.

Bien es cierto, y la victimología lo ha denunciado, que el mismo problema se produce con las víctimas de la criminalidad organizada, que también se multiplican sin relaciones entre ellas. Pero también la pluralidad de víctimas o perjudicados se ha tenido tradicionalmente como una situación excepcional, reconocida puntualmente en fraudes masivos (delitos masa) o intoxicaciones como la del aceite de colza. Sin embargo, todo ello se ha visto como situaciones que tienen cabida en un derecho penal individualizador de las víctimas de los delitos, sin necesidad de reconsiderar ese individualismo. Lógicamente, si los tiempos han cambiado y la sensibilidad social también, el derecho penal debe reformularse y adaptarse a esa distinta percepción que los ciudadanos pueden tener de sus derechos.

Pero la criminalidad organizada tiene en muchos casos una dimensión que nunca ha alcanzado la criminalidad tradicional, a saber: la capacidad de impregnar en su red a los núcleos de poder públicos o incluso estatales; eso la hace más difícil de combatir, especialmente en algunas zonas del planeta en las que la corrupción domina de modo avasallador.

Un último tema debe ser añadido al panorama de la cuestión, y es el de la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**, que en muchos Estados occidentales está todavía pendiente de implantación. La “**forma societaria**” contribuye en buena medida a la impunidad del crimen organizado, del mismo modo que también contribuyen a ella las fronteras y los límites jurisdiccionales.

les de los estados y la lentitud de los procesos de extradición, y por ese motivo han nacido normas empujadas por el problema de la criminalidad organizada aunque no solamente afecten a ese fenómeno.

Un ejemplo de este tipo de normas es el mandato europeo de arresto.

El Tratado de la Unión Europea permite a la Unión la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. Partiendo de ello, la Unión Europea ha recomendado en diferentes resoluciones la incorporación de la responsabilidad penal de personas jurídicas, en base a razones que, por supuesto, parten de la apreciación de las transformaciones que ha experimentado el crimen en nuestras sociedades poscapitalistas. Y es que la vieja imagen del delito como acto de individuos aislados ha tenido que ir siendo abandonada ante nuevas formas de delinquir mucho más complicadas tanto en la forma de la acción, compuesta de diferentes episodios y aspectos, como en la extensión del comportamiento en lo territorial y en lo temporal, desde el desarrollo e implantación de la asociación, grupo o sociedad –o como se quiere denominar–, hasta su propia organización para controlar la actividad ilícita y reintroducir sus ganancias a través del blanqueo.

Así, importantes documentos, entre los que destaca el Convenio contra la Delincuencia Organizada Internacional de 15 de diciembre del 2000, **dan por supuesta la existencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

Otros documentos en este sentido en el ámbito de la UE son:

- La Decisión marco 2003/80/JAI, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal.
- La Decisión marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, art.5.
- El Convenio Penal sobre la corrupción, firmado en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, art. 18, ratificado por España el 28 de julio del 2010.
- El Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, suscrito por España el 14 de enero del 2000.

Planteado así el problema, observamos que tanto las recomendaciones internacionales como las que propugnan estudios y documentos varios, advierten que en la lucha contra la delincuencia organizada es preciso tener en cuenta dos ideas básicas: que no se trata de un problema “del derecho penal o del derecho en general” y que, por lo tanto, aun siendo precisas las respuestas jurídicas, también se han de dar, en igual o mayor medida, respuestas técnicas y políticas.

### 8.1.1. Respuestas jurídicas y no jurídicas

Los Estados han reaccionado frente a la criminalidad organizada con normas o con medidas político-criminales y policiales. Hassemmer se refiere, a este propósito, a reacciones “normativas” y “técnicas”, y desgraciadamente la tendencia a buscar soluciones normativas ha sido muy frecuente con un precio demasiado alto para la ciudadanía. Entre las reacciones normativas se pueden situar todas aquellas que consisten en **modificaciones de las leyes penales o procesales**, que no solamente acaecen en España sino que pueden considerarse como una tendencia extendida por todo el mundo occidental. El impulso principal de esas decisiones hay que buscarlo, sin duda, en la llamada amenaza terrorista.

En nombre de las necesidades de lucha contra el crimen organizado se ha sugerido modificar las leyes para conseguir un aumento de penas; adelantar la intervención del derecho penal a estadios propios de la calificación de acto preparatorio o incluso por debajo de ese nivel (la simple sospecha de relación con el grupo organizado); la formulación de nuevos delitos, sin reparar en si es suficiente interpretar adecuadamente los que ya existen, y, en algunos Estados europeos, la demanda de reducciones en los derechos fundamentales de la persona en relación con la intimidad del domicilio, las comunicaciones telefónicas y cibernéticas las transacciones bancarias, las inversiones y compras, etc.

Resulta ingenuo, sin embargo, pretender que cada Estado es soberano en la decisión legislativa contra la delincuencia organizada, ya que en este terreno solo es posible la **política común** porque la fuerza de la criminalidad organizada desborda claramente la capacidad normativa y técnica de los Estados.

Dada la realidad de la criminalidad organizada, y basta con que pensemos en el ejemplo del tráfico de estupefacientes, es evidente que ni los Estados disponen de libertad plena de criterio incriminador o desincriminador, ni tendría ningún sentido que lo pretendieran.

Un obstáculo de primera magnitud en la eficacia de la lucha contra la delincuencia organizada es precisamente la **fuerza excluyente del principio de territorialidad de la ley penal**. La todavía apreciable impunidad que se puede conseguir ya sea buscando territorios desde donde se pueda controlar el crimen sin temor a ser turbados (lo cual no depende de que sea una actividad lícita, sino de que el Estado afectado sea capaz de aplicar leyes que lo impidan), ya sea trasladándose a otros Estados para obtener la mayor o menor ventaja que suministran las normas sobre extradición o, simplemente, la inoperancia, pasividad o corrupción de las Administraciones de algunos Estados.

#### Observación

Además de que otra cosa sería incoherente puesto que los propios Estados, en especial en la UE, han decidido crear espacios de responsabilidad y política común –primero en materias económicas, y luego en otras políticas criminales conjuntas–, así como instrumentos de colaboración en materia policial, judicial y fiscal.

No basta, pues, con extender la competencia de los Tribunales propios a hechos acaecidos fuera del territorio nacional, sino que se necesita algo más que no constituye normativamente una mera cuestión de “competencia extraterritorial”.

Así, según la UE va produciendo directivas y reglamentos que necesariamente determinan, al menos en teoría, la introducción de cambios en el derecho interno, esos cambios no habrán de limitarse ni al derecho penal ni al derecho orgánico judicial. Los Estados miembros reconocen que muchos bienes jurídicos tienen carácter supranacional y, por lo tanto, que se trata de bienes jurídicos compartidos que han de ser protegidos con una lucha igualmente compartida.

Ejemplos de este tipo de bienes jurídicos son el medio ambiente, la flora y la fauna, el riesgo de catástrofe por la energía nuclear, el control de alimentos y medicamentos, el blanqueo de dinero, etc.

Por supuesto que es necesario que las leyes penales de los Estados miembros guarden un importante grado de similitud y coherencia, pero conviene tener conciencia de que no acaba ahí la cuestión.

La eficacia inmediata de los mandatos de los jueces de otros Estados en materia de detención –que ya se ha conseguido en parte con la euroorden–, de investigaciones de cuentas, de embargos de bienes, etc., son decisiones más importantes que la armonización de las leyes penales.

También convendría alcanzar el tantas veces reclamado **espacio judicial único europeo**, que significaría, *grosso modo*, que la competencia territorial de los jueces de los diferentes países de la UE se podría extender a todo el territorio de ésta. Naturalmente, eso requiere numerosas adaptaciones legales, así como un régimen adecuado de precedencias o preferencias entre órganos jurisdiccionales, pero es, en todo caso, un presupuesto indispensable para el ideal de una política judicial común sin el que resulta difícil una política unitaria de lucha contra muy diversas formas de criminalidad. En la medida en que implica la opción por el principio estricto de territorialidad, supone la pervivencia de la concepción tradicional del Estado y la interpretación de lo que es la soberanía, con todas sus consecuencias. De todo lo cual merecen destacarse problemas como la entrega de nacionales a tribunales extranjeros o la extradición, si de instituciones tradicionales hablamos. Pero si queremos abordar de verdad la lucha contra la criminalidad organizada, habría que extender también la unificación a temas como el secreto bancario o los registros de propiedades inmobiliarias.

No se puede olvidar, con todo, que el espacio europeo no deja de ser una pequeña región del planeta y que si en esta región se alcanzaran un espacio y una política comunes, se lograrían importantes objetivos político-criminales (muchos ya han sido alcanzados).

Lo realmente necesario para luchar contra la criminalidad organizada mundial, sin embargo, sería conseguir una **política criminal común también mundial**.

### **8.1.2. La necesaria adaptación del derecho penal para la eficacia de la política criminal conjunta**

La lucha contra la delincuencia organizada mostró muy pronto que las instituciones del derecho penal común estaban abocadas al fracaso al tener que reducir su intervención penal a episodios laterales y a protagonistas menores. Es por eso por lo que se han realizado importantes esfuerzos para conseguir que el derecho penal tuviera respuestas adecuadas a la complejidad que entraña los delitos cometidos por organizaciones criminales, pese a los cuales el problema sigue abierto. Las vías de respuesta “técnica” son siempre insatisfactorias porque en la lucha contra la criminalidad rara vez se consigue llegar a la cabeza de la hidra, y solo se golpean sus brazos (claro está que esos brazos pueden ser más o menos robustos e importantes).

También la ciencia penal ha intentado conciliar las categorías jurídicas con las necesidades de dar respuesta a situaciones que seguramente no fueron ni siquiera imaginadas cuando esas categorías se construyeron. Pero por ahí se ha alcanzado solo a dar una respuesta para el enjuiciamiento de conductas aisladas de sujetos que han realizado “algo” de acuerdo con el programa de actividades de la organización.

Ante esa realidad, el camino aparentemente más sencillo es **castigar por igual** a todos los que estén vinculados a una organización criminal por el **solo hecho de pertenecer a ella**, con abstracción, por lo tanto, de la entidad real del acto concreto por el que hayan sido arrestados. Esa vía, no obstante, toparía con una primera dificultad: que las legislaciones penales, por lo común, no ofrecen una regla que lo permita. Además, posiblemente habrá que releer cuidadosamente lo que significa “el hecho”, pues con frecuencia se tenderá a identificarlo con la **efectiva lesión a un bien jurídico**, pero no con el estado de riesgo inminente para bienes jurídicos diversos y de una cantidad desconocida de personas. Si se desea salvar mínimamente el **derecho penal del hecho**, cada sujeto habrá de ser acusado de un hecho concreto, pero sin aferrarse a un concepto de hecho que se vaya a situar antes incluso de la irrupción de los delitos de peligro en el derecho penal.

Podemos estar, por lo tanto, de acuerdo, en que lo que no puede hacerse es prescindir totalmente del hecho y en su lugar usar imputaciones propias del derecho penal de autor, o confundir, por ejemplo, la pertenencia a una organización con la amistad o relación con alguno de sus miembros. Por otra parte, en algún tema concreto que ya ha podido ser estudiado y valorado por la doctrina y la jurisprudencia, como es el de la pertenencia a banda armada, eso es lo que precisamente sucede si se confunde cualquier clase de relación con el ingreso y la permanencia en la banda, acciones (ingresar y estar) que sin duda son “hechos” relevantes jurídicamente.

Por lo tanto, la vía de la incriminación pura y simple de la pertenencia tropieza con dificultades graves si la idea misma de pertenencia se desdibuja y cede el paso a la de “cualquier relación”.

Así, por ejemplo, el empleado de banca que ayuda a blanquear dinero de una organización dedicada a explotar la prostitución habrá cometido sin duda un delito de blanqueo, pero sería excesivo estimar que por conocer quiénes son sus “clientes” pasa a formar parte de la organización y puede ser castigado por ese concepto.

## 8.2. La competencia para juzgar y el ciberespacio

El problema de la determinación del órgano judicial competente para juzgar a los grupos de criminalidad organizada es realmente difícil, posiblemente porque solo se alcanzará a juzgar a algunos miembros del grupo, pero nunca se logrará enjuiciar a todo el grupo a la vez. La indicación de competencia por el criterio del lugar de comisión del delito resulta ridícula ante la magnitud del problema y la extensión de sus ramas; pero indudablemente los Estados tendrán que aplicar sus leyes a los que logren arrestar (teniendo en cuenta, además, que el arresto mismo no siempre será fácil). Lo que sucede con el ciberespacio, que es uno de los terrenos más fértiles para la delincuencia organizada, es esclarecedor.

La aceptación de la red o ciberespacio como espacio apto para el desarrollo de las actividades de la delincuencia organizada es cosa que está hoy fuera de duda. La relación de los delitos que en ese dominio pueden cometerse es realmente espectacular y resulta casi más sencillo y breve referirse a los que “no son imaginables” que a los que sí caben. Cifrándonos a los que han sido objeto de atención en la política criminal conjunta de nuestro tiempo, la lista la encabeza la pornografía infantil, seguida de los delitos patrimoniales y económicos –en el sentido más amplio–, los ataques a la intimidad y los atentados a la propiedad intelectual e industrial. A esa lista ha de añadirse, pero con su peculiar significación, el uso de la red con finalidad terrorista o para difusión de contenidos terroristas.

De la gravedad del problema da idea el que ya en el año 2000 el G8 expresó en su reunión de París su preocupación por la creciente utilización de la red por organizaciones terroristas o simplemente criminales. En la misma línea, cabe

recordar la Convención Internacional contra la Cibercriminalidad del Consejo de Europa y la creación de la Agencia Europea para la seguridad de las redes de información por parte del Consejo de la Unión Europea.

Resulta evidente que es estéril la pretensión de intentar combatir la delincuencia en la red con la mentalidad tradicional del principio de territorialidad, por lo que resulta de la máxima importancia la determinación de tribunales que puedan juzgar esos delitos sin ataduras derivadas de un principio de territorialidad absurdamente trasplantado, porque eso solo puede servir para fomentar la impunidad de lo que suceda en la red.

El Convenio del Consejo de Europa sobre el Cibercrimen del año 2001 no resolvió el problema de la competencia, y hubiera podido hacerlo superando las ideas tradicionales sobre territorialidad de la ley penal en relación con la ciberdelincuencia, pero al menos compromete a los Estados a que procuren la armonización legislativa y la efectividad de la cooperación judicial y policial. Dos años más tarde, en la reunión del 28 de febrero de 2003 de Ministros de Justicia de la UE, se establecieron unos criterios de determinación de la competencia jurisdiccional para los cibercrimes de carácter transnacional: en primer lugar, tendrá preferencia el lugar desde donde se ha cometido el ataque, y en segundo lugar, la nacionalidad del presunto autor, así como el país donde tenga su sede la persona jurídica a la que se pueda imputar el ataque, sea por autoría o por otro criterio. Si el hecho afectase a varios países, “se deberá llegar a un acuerdo para que el proceso se desarrolle en un solo Estado [...]”, pero no se especificó cuál sería el criterio para seleccionar un Estado u otro, y en cualquier caso, eso solo comprometería los Estados de la UE, que cuando se produjo esa reunión eran solo quince.

Cuesta imaginar, por ejemplo, que en materias de su interés, Estados Unidos se comprometa a renunciar a su propia jurisdicción en ningún caso.

La solución, un tanto ingenua, de superar los problemas de competencia declarando una especie de foro universal para estos delitos (que pueda juzgar cualquier Estado cualquier delito cometido en el ciberespacio), siempre, claro está, en virtud de un tratado multinacional y contando con tener a disposición del tribunal a los responsables de los delitos, daría paso a otros problemas: pruebas, comparencias de los perjudicados, imposición y ejecución de penas, etc. Podría acaso acudir al principio de **justicia universal** que está ya acogido en relación con determinados delitos<sup>4</sup>, con independencia de que su ejecución se haya producido en la red o no. La condición de eurodelito despliega ya importantes consecuencias para la persecución en el territorio UE, pero fuera de ese territorio surgen problemas indudables, encabezados por la ausencia de una descripción expresa de cuál es el delito que ha de tener la

<sup>(4)</sup>Se trata de delitos, enumerados en el art. 23-4 de la LOPJ, cuya persecución universal procede de distintos convenios.

consideración de ataque a un bien jurídico **común a toda la humanidad**, que es la condición que subyace en todos los supuestos de atribución de competencia en nombre del principio de justicia universal.

Pero proclamar la concurrencia del principio de justicia universal para fundamentar una competencia de todos los tribunales penales por el solo hecho de que se hayan cometido en el ciberespacio sería excesivo.

Los delitos que se acogen al principio de justicia universal tienen una definición de sus contenidos a través de convenciones internacionales (sobre genocidio, sobre terrorismo, sobre trata de seres humanos, sobre piratería, etc.), mientras que los delitos que se pueden cometer en la red pueden perfectamente no tener ese carácter. Añádase a eso que sería preciso verificar que el hecho sea delictivo donde se cometió o, si se quiere ser coherente con el principio de justicia universal, advertir que es indiferente la valoración legal que tuviera en su lugar de comisión, lo cual, referido a todos los delitos que se pueden cometer en la red, sería desmesurado.

### 8.3. Problemas añadidos en la lucha contra la delincuencia organizada

Siempre que se produce un aumento de la preocupación social por un problema y se decide cambiar la política criminal, lo que supone, entre otras cosas, revisar y cambiar el derecho penal positivo, se corre el riesgo de pasarse de ciertos límites que son irrenunciables, pues en su mantenimiento nos va nada menos que la subsistencia del Estado de Derecho.

Un primer tema, y de enorme gravedad, es esa característica de la criminalidad organizada de nuestro tiempo que consiste en su **capacidad para corromper** el brazo que la ha de combatir.

Eso alcanza desde la facilidad con la que se puede blanquear dinero en negocios de construcción con el simple expediente de hacer participar en el negocio mismo a responsables del control del urbanismo, hasta llegar a la corrupción a gran escala de dirigentes políticos o económicos.

Para algunos observadores, ese es el principal rasgo distintivo de la auténtica criminalidad organizada. De manera que se hace imprescindible aumentar el control sobre la probidad de la conducta de agentes y funcionarios públicos.

Otro tema distinto, en el que no entraremos en profundidad porque nos llevaría demasiado lejos, es el peligro de que uniendo ingredientes como “banda”, “peligrosa”, “extranjeros” e “inmigración” se potencien las ideologías defensoras del llamado derecho penal del enemigo, como en muchos momentos se ha podido oír y ver.

#### Observación

Lo expuesto sobre la cibercriminalidad es una muestra del mucho camino que queda aún por andar si de verdad se desea practicar una política criminal común en materia de lucha contra la criminalidad organizada; la cuestión de la territorialidad de la jurisdicción es, se quiera o no aceptar, uno de los problemas de primera magnitud en esa línea de objetivos.

#### La experiencia española

La experiencia reciente española no invita al optimismo en esta materia, pero evidentemente se trata de actuaciones mucho más accesibles que el control de redes internacionales, pues basta con un control centrado en la actividad, y sobre todo, en la acumulación de patrimonio u otros signos sospechosos de la conducta de personas que residen en territorio español.

Otro problema de la mayor importancia es el de los **límites** en la **lucha contra la criminalidad organizada**. Las resoluciones internacionales en relación con la cuestión son muy enérgicas y precisas en relación con los medios de lucha que pasan, ante todo, por una **estrecha colaboración** judicial y policial y por **compartir la información**. Se propugna también la necesidad de intensificar los controles sobre transacciones, inversiones, comunicaciones, aperturas de cuentas, uso de tarjetas de crédito y otros medios de pago, transferencias, alquileres de casas y de vehículos, compras de pasajes de avión, y un largo rosario de medidas, que tienen sin duda su razón de ser (prevención del blanqueo, yugular las finanzas de los grupos organizados, control de movimientos, etc.), pero que también tienen una enorme **carga de riesgo** para las **libertades y derechos fundamentales de todos los ciudadanos**.

#### **La ideología de la *patriot act***

Con frecuencia se dice que el precio de pérdida de la intimidad, de la privacidad o de la libertad de pensamiento es poco en comparación con la compensación que supone la seguridad frente al crimen organizado. Esa es la ideología que anida en la famosa *patriot act*, cuyo impacto se expande fuera de EE. UU. y genera tentaciones de imitación en muchos otros Estados.

## Resumen

Partiendo de la base que la política criminal constituye, ante todo, la parte de la política que se dedica al problema del delito, se han abordado en este módulo las distintas definiciones de política criminal, desde concepciones más estrictas que atienden exclusivamente al análisis de las decisiones legislativas, hasta las más amplias que incluyen la valoración de la actuación del Estado y de los poderes públicos ante el delito, de acuerdo con determinados puntos de partida ideológicos.

Después de exponer los orígenes de la política criminal a partir del nacimiento de los Estados de derecho y las principales tendencias político-criminales del siglo XIX y XX, el módulo se centra en los principios penales que se derivan de la Constitución española de 1978, principios que constituyen asideros indispensables y que son propios de una ideología penal adecuada a un Estado social y democrático de derecho. Estos principios limitan la intervención punitiva y deben orientar la creación y aplicación del derecho penal vigente. Así, el derecho penal solo puede pretender tutelar determinados bienes jurídicos, aquellos que sean los mínimos esenciales para la convivencia, y únicamente frente a los ataques más graves a estos bienes jurídicos, cuando otros sectores del ordenamiento jurídico hayan fracasado en su tutela. Un Estado de derecho solo puede contemplar un derecho penal del hecho y de la culpabilidad, excluyéndose por tanto la responsabilidad objetiva y la sanción por una forma de vida o por la personalidad del sujeto.

Con todo, dado que la política criminal es hija de su tiempo, existen en la actualidad nuevos retos derivados de la globalización, como la criminalidad transnacional y organizada, el reconocimiento de la capacidad delictiva de la persona jurídica y el ciberespacio como nuevo escenario de la comisión de delitos –incluso de aquellos que atentan contra bienes jurídicos personales, entre otros. Ante tales fenómenos, surgen nuevos modelos político criminales, como la política criminal de la sociedad del riesgo, la política criminal de la seguridad ciudadana, el derecho penal del enemigo y el populismo punitivo, los cuales pueden, en ocasiones, entrar en fricción con los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado que derivan de la Constitución.

## Ejercicios de autoevaluación

### 1. Las leyes penales...

- a) son las únicas que pueden alcanzar la finalidad de prevenir el delito.
- b) exigen ciertos puntos de partida ideológicos anclados constitucionalmente.
- c) son normas que persiguen establecer ciertas pautas morales de actuación del ciudadano.
- d) son fenómenos ideológicamente neutros, puesto que en la sociedad actual existe una pluralidad de ideologías.

### 2. En el pensamiento penal de la escuela clásica...

- a) se sostiene que las acciones delictivas son una opción libre del delincuente.
- b) se considera que el delincuente lo es por herencia biológica, detectándose en él determinados rasgos físicos.
- c) se entiende que el delincuente es un sujeto necesitado de tutela, protección y curación, debiendo responder la pena a una finalidad curativa.
- d) Ninguna de las anteriores respuestas es correcta.

### 3. Los principios penales derivados de la Constitución...

- a) pueden ser, en todo caso, objeto de recursos ante el Tribunal Constitucional, de manera que el Alto Tribunal es el órgano que en última instancia puede dirimir todos los problemas penales.
- b) están todos incluidos en artículos concretos de la Constitución, como mandatos terminantes y vinculantes.
- c) como son principios axiológicos, no suponen ninguna limitación para el legislador en su tarea creadora del derecho.
- d) son indisolubles de la ideología penal adecuada a un Estado social de Derecho y despliegan efectos tanto en las políticas legislativas penales como en la aplicación de la ley a un caso concreto.

### 4. El derecho penal del hecho y de la culpabilidad...

- a) supone que un sujeto solo pueda ser sancionado cuando los hechos demuestren que el delito no ha sido un episodio aislado de su vida, sino que el comportamiento delictivo pro venga de su personalidad culpable.
- b) implica, entre otras cuestiones, rechazar la responsabilidad objetiva y la punición sin que exista un hecho concreto y anterior a la pena.
- c) se refiere a que la sanción se basa en hechos objetivos, sin que quepa evaluar la concreta situación en la que se encontraba el sujeto.
- d) considera que el conocimiento que sujeto tenga de que el hecho que realizó era delictivo es innecesario, puesto que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento.

### 5. El principio de intervención mínima y de *ultima ratio*...

- a) es la consecuencia lógica de la obligación de tutelar solo los bienes jurídicos que sean más esenciales y únicamente frente a los ataques más graves.
- b) parte de la base de que la pena es un mal irreparable e imperfecto, por eso debe utilizarse como último recurso.
- c) exige que antes de acudir al derecho penal se valore si otras ramas del derecho, como el derecho administrativo sancionador o el derecho civil, son ya suficientes para tutelar ese bien jurídico frente a ese ataque.
- d) Todas las anteriores respuestas son correctas.

### 6. La orientación de la pena a la reinserción...

- a) supone concebir el fin de la sanción penal como una afirmación del derecho.
- b) no tiene relación con la proporcionalidad entre el delito y la pena. La pena a imponer será la necesaria para que el sujeto alcance la reinserción, sin que tenga relación con el delito cometido.
- c) aun cuando no se consiga efectivamente en todos los casos, es un fin al que se debe orientar la tarea legislativa y la imposición de cualquier pena.
- d) Ninguna de las anteriores respuestas es correcta.

7. El derecho penal del riesgo...

- a) se suele concretizar en la ley penal con la creación de delitos de peligro.
- b) constituye una formulación teórica según la cual el derecho penal debe intervenir en los supuestos en que el delincuente sea peligroso, y en virtud de esta peligrosidad, exista un elevado riesgo de que lleve a cabo acciones delictivas.
- c) sanciona penalmente todas las actuaciones que comporten un riesgo de lesión a bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente, puesto que todo riesgo debe contenerse con el instrumento jurídico más contundente.
- d) es una orientación político-criminal propia del correccionalismo.

8. La política criminal de la seguridad ciudadana y el populismo punitivo tienen en común...

- a) que suelen provocar el aumento de las penas.
- b) que tienden a establecer un derecho penal mínimo.
- c) que priorizan la intervención pre-penal frente al establecimiento de delitos.
- d) Todas las respuestas anteriores son incorrectas.

9. La orientación político-criminal conocida como el derecho penal de autor...

- a) únicamente ha tenido lugar en los Estados fascistas.
- b) supone la admisión de que ciertos criminales no son personas.
- c) es una orientación político criminal que se constituye como el máximo exponente en la salvaguarda de las garantías penales ante la comisión de cualquier ilícito penal.
- d) proscribía el establecimiento de subsistemas caracterizados por el abandono de las pautas ordinarias del derecho penal.

10. El auge de las organizaciones criminales...

- a) ha supuesto que el principio de territorialidad tenga finalmente un papel decisivo en la persecución de esta clase de criminalidad.
- b) ha fomentado la consolidación de la noción de Estado.
- c) es un problema que solo atañe al derecho penal.
- d) ha provocado que en ocasiones el derecho penal adelante su intervención a estadios propios de los actos preparatorios.

## **Solucionario**

### **Ejercicios de autoevaluación**

1. b

2. a

3. d

4. b

5. d

6. c

7. a

8. a

9. b

10. d

## Glosario

**bien jurídico** *m* Interés individual o colectivo valorado positivamente por el ordenamiento jurídico y protegido mediante tipos delictivos descritos por las leyes penales.

**carácter fragmentario** *m* Referido al derecho penal, que solo puede utilizarse en para la protección de bienes jurídicos esenciales frente a los ataques más graves.

**delitos de peligro** *m pl* Delitos que sancionan penalmente una conducta antes de que se produzca un resultado de lesión. Por lo tanto, sancionan una conducta peligrosa *ex ante* para un bien jurídico o idónea para causar un resultado.

**derecho penal mínimo** *m* Corriente de pensamiento que sostiene que el derecho penal debe limitarse a sancionar un número reducido de delitos, siguiendo el principio de intervención mínima.

**derecho penal positivo** *m* Conjunto de normas penales escritas.

**escuela correccionalista** *f* Grupo de penalistas que sostenían que el delincuente era una persona necesitada de tutela, protección y corrección, de manera que la pena debía consistir en un tratamiento curativo. Sus tesis se incluyen en las finalidades preventivo-especiales de la pena.

**filosofía krausista** *f* Corriente filosófica que se desarrolló durante la segunda mitad del siglo XIX, tomando como base el pensamiento del filósofo alemán F. Krause (1781-1832). Utiliza el concepto de *panenteísmo*, con el que pretendió salvar la posibilidad de que los hombres tengan libertad. Dentro de su sistema concedió especial importancia a la filosofía de la historia y del derecho, y criticó la teoría absolutista del Estado. Esta corriente filosófica tuvo una gran recepción en España, con grandes rendimientos en el campo de la pedagogía.

**garantismo jurídico** *m* Conjunto de normas y principios que pretenden acotar el poder punitivo del Estado para evitar excesos injustificados.

**iusnaturalismo** *m* Corriente de pensamiento filosófico acerca del derecho que postula la existencia de unos derechos del hombre consustanciales al ser humano, que son universales, previos al derecho escrito y que existen con independencia de que sean o no reconocidos en las leyes.

**pensamiento contractualista** *m* En el contexto, corriente de la filosofía política y del derecho que justifica el derecho a sancionar. Sostiene que el origen del derecho de punir está cada uno de los ciudadanos, los cuales, mediante el contrato social, renuncian a él y lo ceden al Estado, para lograr así una mayor seguridad y paz.

**positivismo naturalista italiano** *m* Escuela perteneciente al siglo XIX, iniciada por Lombroso, que sostiene un determinismo en la delincuencia. Según Lombroso, el delincuente nato tendría unos rasgos físicos determinados.

**prevención especial positiva** *f* Finalidad de la imposición de una pena, que pretende evitar la comisión de futuros delitos actuando sobre el delincuente para que este no vuelva a delinquir, procurando su reinserción social.

**prevención general negativa** *f* Finalidad de la pena, que persigue prevenir la comisión de futuros delitos actuando sobre el conjunto de la sociedad, mediante el establecimiento de unas normas bajo la amenaza de una pena.

**principio de intervención mínima** *m* Principio penal en base al cual el derecho penal solo puede intervenir para la protección de los bienes jurídicos más esenciales para la sociedad y frente a los ataques más graves.

**responsabilidad objetiva** *f* Responsabilidad penal sin que exista dolo o imprudencia, por lo tanto, prescindiendo de la voluntad, conocimiento o la imprudencia del sujeto que actúa.

**retribucionismo** *m* Corriente que defiende que la pena es un castigo por el delito cometido, sin que tenga ninguna otra finalidad ulterior.

**seguridad jurídica** *f* Garantía penal que se refiere a la certeza del derecho, de manera que debe existir una ley escrita que sea clara y concreta, sin acudir a términos vagos o indefinidos.

**ultima ratio** *loc* Referido al derecho penal, el hecho de considerar a este sector del ordenamiento jurídico como el último recurso, priorizando la intervención de otras ramas del

ordenamiento jurídico. El derecho penal solo puede intervenir si estos otros sectores jurídicos no son eficaces.

## Bibliografía

**Baca Baldomero, E.; Echeburúa Odriozola, E.; Tamarit Sumalla, J. M.** (coords.) (2006). *Manual de victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch.

**Beccaria, C.** (2011). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Trotta.

**Borja Jiménez, E.** (2011). Curso de política Criminal. Valencia: Tirant lo Blanch.

**Cancio Melià, M.; Gomez-Jara Díez, C.** (coords.) (2006). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer.

**Carbonell Mateu, J. C.** (1999). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

**Díez Ripollés, J. L.** (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F.

**Dorado Montero, P.** (1915-1916). *El derecho protector de los criminales*. Madrid: Lib. Gral. Victoriano Suárez.

**García Arán, M.; Botella Corral, J.** (dirs.) (2009). *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

**Herrero Herrero, C.** (2007). *Política criminal integradora*. Madrid: Dykinson.

**Hormazábal Malarée, H.** (1991). *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: PPU.

**Jakobs, G.** (2006). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.

**Mendoza Buergo, B.** (2001). *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas.

**Montesquieu** (1985). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.

**Portilla Contreras, G.** (2010). *La consagración del derecho penal de autor durante el franquismo: el Tribunal Especial para la represión de la masonería y el comunismo*. Granada: Comares.

**Quintero Olivares, G.** (2003). *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Colección de Estudios, Universidad Castilla la Mancha.

**Roxin, C.** (2000). *Política criminal y sistema de Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

**Silva Sánchez, J. M.** (2006). La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales. Montevideo: B de F.

**Soto Navarro, S.** (2005). "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7.

**Von Liszt, F.** (1995). *La idea del fin en el Derecho penal*. Granada: Comares.