

Principis i models politicocriminals

Gonzalo Quintero Olivares

PID_00190811



Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. La política criminal: concepte i contingut	7
2. L'evolució de les idees penals i els antecedents de la política criminal	11
2.1. Els precursors i la ideologia penal en la codificació del segle XIX	11
2.2. Von Liszt i la política criminal	13
2.3. El correccionalisme, versió espanyola del positivisme	17
2.4. El fenomen anarquista-terrorista com a nova qüestió criminal	19
3. El segle XX i les primeres actuacions sobre la perillositat sense delicte. Postguerra i franquisme	21
4. La transició	23
5. Principis penals derivats de la Constitució espanyola	25
6. Principis limitadors de l'exercici de la potestat punitiva	28
6.1. La coherència constitucional de la llei penal per l'objecte de la intervenció: béns jurídics de base constitucional	28
6.2. Un dret penal del fet i de la culpabilitat	29
6.3. La intervenció mínima i l' <i>ultima ratio</i>	30
6.4. L'orientació de la pena: humanitat i reinserció	31
6.5. La protecció de les víctimes	33
7. Models politicocriminals contemporanis: política criminal de la societat del risc, política criminal de la seguretat ciutadana, dret penal de l'enemic, dret penal mínim, populisme punitiu	34
7.1. Política criminal i societat del risc	34
7.2. Política criminal, seguretat ciutadana i populisme punitiu	35
7.3. El dret penal de l'enemic	37
8. Nous condicionaments de la política criminal del nostre temps: criminalitat transnacional, delinqüència organitzada, superació del delinqüent individual	39
8.1. La criminalitat organitzada	39

8.1.1. Respostes jurídiques i no jurídiques	42
8.1.2. L'adaptació necessària del dret penal per a l'eficàcia de la política criminal conjunta	44
8.2. La competència per a jutjar i el ciberespai	46
8.3. Problemes afegits en la lluita contra la delinqüència organitzada	48
Resum	49
Exercicis d'autoavaluació	51
Solucionari	53
Glossari	54
Bibliografia	55

Introducció

En aquest mòdul es presentarà l'evolució de la política criminal, des del naixement dels estats de dret a la fi del segle XVIII fins als nostres dies. Conèixer l'evolució de les idees penals permet valorar com la política criminal és mutable al llarg del temps i s'ajusta a la realitat social de cada moment. Alhora, s'observarà que antigues tendències politicocriminals, situades en un context social i polític determinats, es poden tornar a recuperar en l'actualitat, sota un altre nom i amb altres matisos, com passa amb l'anomenat *dret penal d'autor*.

Un aspecte central del mòdul és l'estudi dels penals principis derivats de la Constitució i dels principis limitadors de la potestat punitiva de l'estat, on s'exposa el conjunt de principis i garanties adequats a un estat social de dret, que s'han de tenir en compte tant en les polítiques legislatives penals com en l'aplicació del sistema a subjectes concrets. A més d'això, hi ha nous models politicocriminals que pretenen respondre a la realitat actual, marcada, entre altres factors, per la globalització, i en què la criminalitat organitzada, la facilitació del delictes a través del ciberespai i la intervenció de les persones jurídiques ocupen un lloc destacat. El coneixement i la capacitat de valoració crítica dels nous models politicocriminals, com el dret penal del risc, la política criminal de la seguretat ciutadana, el populisme punitiu o el dret penal de l'enemic, són d'una importància especial.

Objectius

1. Comprendre les diferents accepcions del concepte *política criminal*.
2. Conèixer els orígens de la política criminal i l'evolució del pensament penal des de la il·lustració fins als nostres dies.
3. Conèixer els principis penals derivats de la Constitució i la seva utilitat amb vista a limitar l'exercici de la potestat punitiva de l'estat.
4. Comprendre el contingut de les diferents tendències politicriminals existents en l'actualitat i reflexionar sobre la seva eficàcia i adequació als principis garantistes.
5. Conèixer els nous condicionaments de la política criminal actual i els reptes que generen.

1. La política criminal: concepte i contingut

No és possible oferir una definició única del que és la **política criminal**, ja que aquesta definició única no existeix perquè el significat de la política criminal està lligat a la idea que es tingui sobre la funció del dret, la seva interpretació i aplicació, el sentit de la potestat punitiva i, en últim terme, el paper que correspon a les lleis penals en la tasca de respondre al delictes i prevenir-lo, tasca que no es concentra en les lleis penals encara que aquestes tinguin un paper excel·lent. Hem d'acudir, doncs, a les diferents idees que es manegen per a explicar el que és la política criminal. És, abans de res, **una part de la política**: la que es dedica al problema del delictes.

Pel que fa a les lleis penals (que no són l'única via d'acció de la política criminal), la política criminal és part de la política jurídica que es plasma en el Codi penal, les lleis processals i les lleis penitenciàries. Com a tal, ha de procurar buscar l'eficiència del sistema, i alhora la preservació dels drets i les garanties dels ciutadans i la protecció de la societat, ja que això és l'única cosa que pot legitimar el recurs al dret penal. L'eficàcia del sistema es desplega en la **prevenió del delictes**¹ i en la **lluita** contra el **delictes**.

⁽¹⁾La prevenció no passa només per lleis penals, sinó abans per lleis i mesures no legislatives que evitin les causes del delictes i previnguin la reincidència.

Per això es pot descriure la política criminal com l'actuació de l'estat i els poders públics per mitjà del dret penal (en la seva accepció més àmplia) i altres instruments en pro de la consecució d'una convivència amb els menors conflictes possibles, que generi una protecció eficaç dels béns jurídics més importants i que no representi un ús excessiu o innecessari de la repressió punitiva.

Amb el que s'acaba d'exposar, és evident que hi ha maneres àmplies o estretes d'entendre el que és la política criminal.

Sota un cert punt de vista, per exemple, l'urbanisme digne o l'accés a l'educació i a la salut són components que participen de la política criminal en la mesura que contribueixen a la lluita contra la marginació que pot causar delinqüència.

Una òptica més reduïda es concentraria només en les decisions legislatives. Però és evident que les lleis i els reglaments que es promulguen han de tenir un **sentit** i una **orientació**, i també que s'han de sotmetre a limitacions; en suma: les lleis no són fenòmens normatius desproveïts d'objecte, o que puguin perseguir qualsevol objecte a qualsevol preu.

Punts de partida ideològics

Com és lògic, exigeix certs i concrets punts de partida ideològics, que fet i fet acaben essent els que s'acullen sota els conceptes de *dret penal mínim*, *ultima ratio*, o, molt important, la necessitat de no caure en la temptació de pretendre establir per mitjà del dret punitiu pautes morals de conducta que ni li corresponen ni s'expliquen en nom de la Constitució que hi dona suport.

Els **principis rectors de la política criminal** de l'estat han de marcar l'ús que es pot fer de les lleis i les finalitats que s'han de perseguir.

Comprendre el que pertany a la política criminal exigeix assumir que amb la justícia penal no solament es pretén el control sobre el delicte, la dissuasió o el càstig, sinó també procurar la convivència i la pau amb el menor cost possible de repressió i de limitació de la llibertat. La política criminal ha de pensar en la funció del sistema penal en **la consecució d'una societat més justa**, en la qual es respectin els drets humans, es protegeixin els febles i les víctimes, i s'estableixin les bases per al desenvolupament social i econòmic, protegint drets fonamentals i socials. Per això mateix, hi haurà tantes polítiques criminals com posicions socials i polítiques en relació amb aquests objectius.

Passem ara a una altra dimensió del problema, que és el **nivell de nacionalitat i supranacionalitat** en la configuració de la política criminal. Sense posar en dubte l'importantíssim grau de decisió que els estats conserven pel que fa a la política criminal que se segueixi en cada societat, seria desconèixer la realitat oblidar que molts dels problemes capitals de les polítiques criminals del nostre temps estan marcats, al capdavant, per decisions i recomanacions supranacionals (de la Unió Europea, de les Nacions Unides).

Exemple

Així, podem esmentar, i només són exemples, el tràfic d'estupefaents, l'explotació d'éssers humans en el treball o en la prostitució, la pornografia infantil, les falsificacions de moneda i mitjans de pagament, la criminalitat organitzada, el blanqueig de diners...

La conclusió de tot això és que hi ha camps importants del problema social que giren entorn del delicte en què els estats no poden establir una política pròpia menyspreant els seus compromisos internacionals.

Un últim component determinant de la política criminal del nostre temps – que no s'ha de confondre amb la supranacionalitat dels problemes penals– és el de la **globalització**, tema en què es barregen dimensions molt diferents, que van des de la fluctuació de les poblacions fins a la criminalitat que en les més diferents maneres es residencia en el ciberespai. Es tracta de realitats amb les quals els estats democràtics han de comptar i sobre les quals la capacitat d'actuació singular dels estats està molt condicionada. Avui és obligat disposar de la facilitat i la quantitat de moviments de les persones, tot i que no és fàcil saber quantes resideixen materialment en un territori. Partint d'aquest fet indiscutible, es pot posar en dubte la validesa de qualsevol anàlisi dels problemes econòmics i socials que sigui exclusivament autoreferencial i haurà de comprendre altres cultures i costums; però no per això s'haurà de renunciar a una **idea essencial i constitucional** sobre el que cal consagrar com a **mínim necessari per a la convivència**.

Vegeu també

D'aquests principis, la seva base i el seu significat, ens ocuparem en l'apartat "**Principis limitadors de l'exercici de la potestat punitiva**".

Observació

Per aquesta raó, l'afirmació que la política criminal és la part de la política que es dedica al problema del delicte es pot mantenir sempre que no s'oblidi que la política té condicionaments indefugibles (en aquests temps ho estem comprovant amb la política econòmica, que ens ve en bona part marcada per decisions supranacionals).

Un aspecte parcial del problema és la **barreja de poblacions** progressiva que es registra als països més rics, els quals naturalment atreuen cap a ells els habitants de països més pobres que busquen trobar un nou projecte de vida. D'aquí neixen comunitats estrangeres, cada vegada més nombroses, que s'estableixen en tots els estats europeus, intentant al seu torn viure d'acord amb les seves pròpies creences i mentalitats i a vegades prenent imposar-les al país d'acolliment –sense que amb això vulguem defensar polítiques intolerants per a la immigració. Però és una font de problemes i és absurd creure que és possible configurar la política criminal oblidant les condicions del cos social. El dret propi no pot ser immune a aquesta extensió supranacional de les relacions humanes.

Dret romà

És veritat que també s'ha dit que precisament el dret pot apropar els pobles, i fins i tot és palès a Europa que el dret romà va servir per a la construcció d'una certa cultura comuna. Però això és només una petita mostra històrica de la capacitat del dret per a saltar les fronteres i conjuminar cultures, la qual cosa, tot i ser transcendental, sembla poc a la vista de la magnitud o la dimensió actual del problema.

Per descomptat que l'aspecte de la globalització que més abast té per a la política criminal que es vulgui aplicar, des d'un estat o des d'organitzacions supranacionals, és la **realitat transnacional creixent de la criminalitat organitzada**.

El 1975 les **Nacions Unides** definia el crim organitzat de la manera següent:

L'activitat criminal gran, complexa i continuada, executada per grups de persones, organitzats per al seu propi enriquiment a costa de la comunitat i dels seus membres, menyspreant qualsevol llei, incloent-hi delictes contra les persones si cal i recurrent si escau a la corrupció política.

Per la seva banda, el **Consell d'Europa** defineix *crim organitzat* de la manera següent:

“[...] les activitats il·legals dutes a terme per grups estructurats de tres o més persones que existeixen per un període del temps perllongat i que coincideixen a executar delictes greus mitjançant accions concertades usant intimidació, violència, corrupció o altres mitjans per a obtenir, directament o indirectament, profits financers o qualsevol altre benefici material.”

Els estats han reaccionat davant la criminalitat organitzada amb normes o amb mesures politicocriminals i policials. Desgraciadament, la tendència a buscar solucions normatives ha estat molt freqüent i ha suposat un preu massa alt per a la ciutadania. Entre les reaccions normatives es poden situar totes les que consisteixen en modificacions de les lleis penals o processals, que no solament s'esdevenen a Espanya, sinó que es poden considerar com una tendència estesa per tot el món occidental, encara que sens dubte l'impuls principal d'aquestes decisions cal buscar-lo en l'anomenada **amenança terrorista**.

És ingenu pretendre que cada estat és sobirà en la decisió legisladora contra la delinqüència organitzada, ja que en aquest terreny només és possible la **política criminal comuna** perquè la força de la criminalitat organitzada desborda clarament la capacitat normativa i tècnica dels estats. A més, una altra concepció seria incoherent, ja que els mateixos estats –especialment a la UE– han decidit crear espais de responsabilitat i política comuna, de primer en matèries econòmiques i després en altres polítiques criminals conjuntes, i també instruments de col·laboració en matèria policial, judicial i fiscal, atesa la realitat de la criminalitat organitzada.

N'hi ha prou que pensem en l'exemple del tràfic d'estupefaents. És evident que ni els estats disposen de llibertat plena de criteri incriminador o despenalitzador ni tindria cap sentit que ho pretenguessin.

Amb tot, no es pot oblidar que l'espai europeu no deixa de ser una petita regió del planeta. Si aquesta regió aconseguís un espai i una política comuns s'assolirien objectius politicocriminals importants (molts ja han estat aconseguits), però el que realment és necessari per a lluitar contra la criminalitat organitzada mundial seria aconseguir una **política criminal comuna també mundial**.

Per acabar aquest apartat, volem destacar que sigui quina sigui la dimensió del problema que la política criminal ha d'afrontar, les societats constituïdes com a estats de dret reals s'han d'esforçar per preservar els **principis limitadors del dret repressiu**, tots els quals col·loquen al centre l'ésser humà, la seva dignitat i els seus drets, i això obliga a procurar evitar la repressió que no sigui absolutament necessària, ja que només així serà útil, eficaç i raonable.

2. L'evolució de les idees penals i els antecedents de la política criminal

Parlar dels orígens de la política criminal equival a parlar de l'evolució de les idees penals, centrades en les preguntes sobre la raó i el fonament del càstig, la seva utilitat, els seus límits, la meta que persegueix. A aquestes qüestions han volgut respondre pensadors de tots els temps però, com és lògic, ens hem de limitar als que es poden prendre com a coetanis i posteriors al naixement dels estats de dret, la qual cosa ens porta a la fi del segle XVIII i al període codificador.

2.1. Els precursors i la ideologia penal en la codificació del segle XIX

Amb el nom de *precursors* ens referim a personatges l'obra dels quals va pretendre, i de vegades va aconseguir, influir en les lleis penals. No hem d'oblidar que el segle XIX va ser el segle de la codificació, i per aquest motiu cal concedir un espai de record als qui van establir idees crucials sobre la funció i l'objecte de la repressió penal. Per descomptat que cap d'ells va usar mai l'expressió *política criminal*, ja que aquesta denominació per a referir-se a la manera crítica de contemplar el dret penal no arribaria fins a la traducció i la difusió a Espanya de l'obra de Von Liszt. Però, en tot cas, i tenint en compte que la utilització de lleis penals és un component central de la política criminal, cal tenir presents els antecedents ideològics del sistema.

És obligat situar **Beccaria** i la seva obra *De los delitos y las penas* com a moment inicial de la reflexió sobre per què, com i per a què s'utilitza la repressió penal. Abans que el 1764 aparegués a Livorno el seu llibre, s'havia publicat (1748) el llibre de Montesquieu *L'esprit des lois*. L'obra de l'autor francès recollia ja principis que estaven destinats a ser considerats posteriorment com a pilars del dret penal modern: la separació i la independència del poder judicial, l'estructuració i la puresa del procés, la inutilitat de les penes llargues, la proporció entre pena i delictes, l'absurd del turment. Però el que és cert i el que s'accepta és que el primer pensador les idees penals del qual transcendeixen el seu país i s'estenen per Europa és Beccaria, el famós *Dei delitti i delle pene* del qual va ser traduït per Juan Antonio de las Casas ja el 1774.

Referències bibliogràfiques

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

La influència de Beccaria a Espanya va arribar a Jovellanos, Meléndez Valdés, Valentín de Foronda, Juan Sempere y Guarinos i d'altres. La publicació del llibre de Beccaria no va ser fàcil i els atacs a l'obra van ser demolidors i van aconseguir que se'n prohibís la difusió. Cal afegir que Lardizábal, per a molts considerat el màxim penalista il·lustrat, dissentia de Beccaria en un punt essencial: el dret a discrepar i a criticar la voluntat del sobirà. Lardizábal era un personatge amb criteri, però amb vocació d'obedient. Però la possibilitat que les idees de Beccaria arribessin a la societat espanyola d'aquells temps eren molt poques. Sens dubte que hi serien permeables els liberals reunits a Cadis però, amb la breu excepció del Trienni liberal, era impossible que ningú gosés defensar ideològicament o políticament aquelles idees sense pagar un alt preu per això.

Ja entrat el segle XIX, la influència de Beccaria es percebia en l'obra de legisladors i científics del dret penal, i va donar motiu a l'aparició de les obres d'altres reformadors, com ara Bentham, Flangieri i Romagnosi, les obres dels quals són sens dubte d'una categoria tecnicojurídica superior que la de Beccaria. D'ells, qui va tenir més influència política i ideològica a Espanya va ser **Gaetano Filangieri**. La seva obra màxima va ser la colossal *Ciència de la legislació*, que estava cridada a influir poderosament en els penalistes espanyols, portuguesos i llatinoamericans.

Filangieri va ser un autor plenament impregnat pel **pensament contractuàlist**, i per tant convençut que el dret de punir correspon a la societat, que ho fa per la seva seguretat i tranquil·litat; el seu contractualisme és més sincer que el de Beccaria, la qual cosa explica que, seguint Locke, sostingués que el dret de punir, que a cadascun correspon en l'estat de naturalesa, ha estat heretat per la comunitat gràcies al contracte social, i apareix així un veritable dret a castigar. El delictes és contrari a la llei, però perquè aquesta és fruit d'un consens: el pacte social. Per això el delictes és contrari a la societat i als seus drets (cosa que era totalment diferent de les idees imperants sobre el delictes com a desobediència al sobirà creador natural de la llei).

Si volem contemplar les seves idees sobre el fonament de la responsabilitat penal caldrà destacar que per a Filangieri el delictes no era tant la violació de la llei, sinó que era una **acció que anava acompanyada de la voluntat de violar-la**, cosa que en llenguatge del nostre temps implicaria el rebuig de la responsabilitat objectiva. Filangieri no criticava especialment les lleis vigents en el seu temps, ja fossin les del Regne de Nàpols (el seu país) o les d'Espanya, sinó **com havien de ser aquestes lleis**; per tant, es tracta d'un sistema de creació intel·lectual estricta que expressa una ideologia sobre el fonament i la fi del dret de penar. A diferència del que pocs anys després sostindran els "clàssics", que justificaven els càstigs com a pura "retribució que mereix el criminal", per a Filangieri l'única finalitat admissible de la pena és la **prevenció**: la presó ha de ser un càstig per a la correcció i res més. El retribucionisme, que tant hauria de calar a Espanya, no cabia en la seva proposta.

Lardizábal

És sabuda la tendència a considerar Lardizábal com el Beccaria espanyol, però no hem d'oblidar que, malgrat les seves connexions ideològiques amb l'il·luminisme del segle XVIII i el que la seva obra representava de progrés a Espanya, Lardizábal considerava fora de discussió que la potestat suprema del príncep de dictar i aplicar lleis, necessària per a la conservació de la societat, és d'origen diví, la qual cosa no era gaire revolucionari, sinó propi d'un submís súbdit de Carles III.

Una obra prohibida

Com no podia ser menys i en consideració a les seves idees sobre l'origen de les lleis, la necessitat de reformar la justícia i la d'abolir els privilegis de la noblesa i del clergat, l'Església catòlica va prohibir la difusió i lectura de la *Ciència de la legislació* i la va incloure en l'"índex de llibres prohibits", encara que aquesta inclusió en l'índex va servir per a augmentar la difusió de l'obra, especialment durant el Trienni liberal.

Al cap dels anys i fins a l'últim terç del segle XIX, la qüestió penal a Espanya va estar dominada, com s'acaba d'indicar, pel domini de l'Escola Clàssica. El fundador d'aquesta línia de pensament va ser **Giovanni Carmignani**, d'origen italià, que va tenir poc impacte a Espanya, a diferència del que va passar a Portugal, on va arribar a treballar en un projecte de codi. Igual que Rossi, del qual de seguida parlarem, era un "eclèctic" situat entre el contractualisme i el jusnaturalisme. Carmignani seguia Beccaria en la mesura que partia d'una concepció netament política del dret. Segons aquest autor, el dret de punir **no es fonamenta en la justícia moral, sinó en la necessitat política** entesa com a "necessitat de fet". Aquest serà des de llavors un punt de conflicte important entre la justícia "laica" i la justícia inspirada en el pensament catòlic. Els delictes només es castiguen amb el propòsit d'impedir que sigui menyscabada la seguretat que els homes persegueixen per mitjà de l'"estat social". Les accions criminals es castiguen, no perquè s'han fet, sinó perquè no es facin més; és a dir, **es persegueix la prevenció i no la repressió**.

De l'abans esmentat **Pellegrino Rossi** (1787-1848) s'opina majoritàriament que va ser ni més ni menys que l'introductor del pensament clàssic a Espanya, especialment per la influència que va exercir en algú tan influent al seu torn com va ser Joaquín Francisco Pacheco. El *Tractat de dret penal* de Rossi va ser traduït a l'espanyol el 1839, acompanyat d'un "Estudi introductori" de Pacheco, qui tres anys després publicaria els seus *Estudis de dret penal*, absolutament impregnats del pensament de Rossi.

En aquest ambient ideològic va néixer el Codi penal espanyol de 1848 i, en bona mesura, el de 1870. Enfront del classicisme retribucionista imperant, només es pot registrar la lluita intensa que va lliurar un grup important de metges mentalistes perquè s'acceptés que la conducta de molts delinqüents era l'anormalitat *mental*, i que enfront d'ells era cruel i absurd recórrer a les penes (fins i tot a la de mort, en molts casos). Però encara faltaven alguns anys perquè entressin a Espanya amb força les noves idees sobre el paper que corresponia al dret penal en la lluita contra el delictes i la necessitat d'estudiar les causes del crim, la manera d'evitar-lo i l'objecte i els límits de l'acció penal, és a dir, tot el que s'ha d'integrar en la idea genèrica de ciències penals (dret penal, política criminal, criminologia).

2.2. Von Liszt i la política criminal

Potser el sol fet que penalistes tan importants per a la vida penal espanyola com Jiménez de Asúa i Antón Oneca reconeguessin el magisteri de **Franz von Liszt** seria suficient per a comprendre el prestigi i la influència d'aquest professor alemany. D'ell es diu que va ser la màxima expressió del positivisme naturalista alemany i el fundador de la dogmàtica moderna. Els penalistes espanyols van viure durant períodes molt llargs sotmesos a una relativització bàsica en el seu treball, tal era l'absència d'un estat de dret autèntic que donés sentit últim a la interpretació, l'explicació i la funció del dret penal. És precisament aquesta submissió necessària del dret penal a un model d'estat i de so-

cietat el que va representar, per sobre d'altres coses, l'obra de Liszt, i és per això que va ser durant molts anys més un ideal que un sistema recognoscible en l'ordre jurídic circumdant. Avui dia no es pot segurament sostenir la vigència absoluta de l'obra de Liszt, entre altres coses perquè fer-ho no parlaria en favor de l'evolució de la ciència. Però sí que és possible apreciar la **subsistència de moltes de les seves idees essencials**, encara que no es tradueixin en la mateixa manera pels penalistes. Ens referirem a aquestes idees subsistents.

La gran revolució científica en el dret penal al segle XIX és determinada per l'aparició dels moviments i escoles de l'anomenat *positivisme naturalista*.

Diferències nacionals

El positivisme naturalista va sorgir a Itàlia abans que a Alemanya, però en cadascun d'aquests països va tenir una orientació diferent, de la mateixa manera que les repercussions d'aquest pensament a Espanya no es van manifestar amb les mateixes característiques que als països d'on va procedir la influència. És possible que el radicalisme que va aconseguir el positivisme naturalista a Itàlia tingui alguna cosa a veure amb el fet gens menyspreable que el seu primer pensador no fos un jurista, sinó un metge com Lombroso. És possible també que els excessos als quals va arribar la Scuola Positiva estiguessin abonats per una concepció feble del que significava l'estat de dret com a patrimoni dels ciutadans, i encara més després de l'arribada al poder del feixisme. I no cal esforçar-se gaire per comprendre que les idees positivistes radicals, quan trossejaven el garantisme penal, no haguessin pogut fecundar, per exemple, a França, ja que aquesta era una nació molt gelosa de les conquestes aconseguides després de la seva Revolució.

S'ha dit sempre que el positivisme naturalista "en versió alemanya" està encarnat per Liszt, fundador de l'Escola Sociològica o Jove Escola del dret penal. Això és sens dubte cert, però reduir Liszt a la condició d'expressió del positivisme naturalista alemany empeteix la transcendència que hauria de tenir la seva obra.

Liszt, i és aquí on s'allunyarà irremissiblement del naturalisme del seu temps, considerava que el sistema legal positiu també era una dada de l'experiència que s'havia d'analitzar igual que les dades no jurídiques. Aquest autor no tenia cap dubte sobre la importància de la dimensió sociològica del delictes, i això el va portar a incloure la **política criminal** com a **part essencial de la seva ciència penal "total"**. Però la política criminal no es podia entendre si es perdia un punt de referència nuclear: la política criminal comença amb les lleis penals, encara que no acabi amb aquestes.

El determinisme que Liszt admetia era important per a diferents aspectes del problema i de la ciència penal, però no arribava al punt de diluir el que s'havia de considerar com a fonament de la intervenció repressiva. En aquesta última

La visió actual

Avui direm que el primer acte de política criminal és criminalitzar o desincriminar una conducta, o triar aquesta o aquella classe de pena, o establir un sistema de substitutius penals, o regular més o menys beneficis penitenciaris. En tot cas, el que és segur que no farem és sostenir que la política criminal és una part de l'actuació de l'estat sobre el problema del delictes aliè a la pròpia legislació de l'Estat.

només calia acceptar la via del **garantisme jurídic**. És clar que després hauria de construir un **sistema de la teoria del delict**e que fos coherent amb aquesta manera de pensar i que no semblés l'obra d'un jurista diferent. Però no va ser només el garantisme el que explicaria la preocupació per delimitar les influències del que és extrajurídic, sinó la seva creença ferma en la necessitat de no oblidar la idea de **finalitat** en l'anàlisi de les normes penals. Si aquestes s'encaminen a una finalitat concreta –i així ha de ser, ja que, altrament, no serien realment normes–, el penalista ha d'entrar en l'anàlisi i crítica d'aquesta finalitat, en per què i per a què s'acudeix a la repressió.

En el pensament de Liszt, preservar un ordre o preservar d'atacs injustos uns béns jurídics, heus aquí la qüestió eterna en què es desenvolupa la comprensió possible del sentit del dret penal. El penalista democràtic que vulgui col·locar el dret penal en un lloc reduït en relació amb la totalitat del sistema jurídic, atorgant-li una funció de protecció dels béns i valors més importants enfront dels atacs més intolerables, necessàriament haurà de proclamar que només la missió de tutela de béns jurídics pot donar sentit a aquesta manera d'entendre el dret penal. L'ordre punitiu solament pretindrà contribuir a establir les condicions d'una convivència ordenada, en la qual la **responsabilitat primordial de la pau civil** ha de correspondre als mateixos ciutadans.

Aquesta responsabilització del ciutadà exigeix com a condició necessària que el dret penal sigui comprensible en el que persegueix i en els objectes que protegeix.

Liszt partiria d'una premissa simple però essencial: **totes les normes, i no se n'exceptuen les normes punitives, han de perseguir una finalitat, és a dir, no es poden autojustificar.**

Aquesta idea sobre quin és el sentit de les normes és evident que afectava el fonament del dret penal i la naturalesa i la finalitat de les penes, qüestions que fet i fet s'uneixen. La repressió és utilitzada per a aconseguir alguna cosa que no pot ser simplement mantenir l'estat de coses sense cap explicació.

Una visió laica

Enfront de tantes pretensions moralistes com és comú apreciar en la ciència penal i en la jurisprudència –especialment en l'espanyola de bona part del segle XX–, el que permet un plantejament que s'interrogui per la utilitat i els objectius políticament comprensibles és precisament una interpretació laica de la missió del dret penal.

En l'**extrem oposat** se situarà la idea que el dret penal preserva l'ordre decidit per l'estat enfront dels discrepants o enfront dels que no ho volen respectar. "**L'ordre per l'ordre**" seria el lema últim de qualsevol ideologia en la qual no calgués discutir la capacitat repressiva del legislador i tampoc les seves raons

La coherència de Liszt

Si Liszt va poder mantenir una coherència entre el respecte a la seguretat jurídica –des de la qual es construïa la dogmàtica penal– i l'acceptació dels factors externs com a causa del delict, va ser gràcies al fet que en la seva obra no hi havia cap contradicció, sinó una manera totalment nova d'entendre les relacions entre poder, estat, dret i delinqüent. Una ciència en la qual tinguessin cabuda la dogmàtica, la política criminal i la criminologia, i en la qual el principi de legalitat conservés tota la seva importància necessària per a l'estat de dret.

i els seus motius, com si això pertanyés a l'arcà de la consciència dels antics prínceps titulars del *ius puniendi* sense que haguessin de donar explicacions sobre els motius de les seves decisions.

Quant a l'ideal de dret penal, aquesta opció pancriminalitzadora, en nom del manteniment necessari de l'ordre fins i tot més enllà de la lesió o posada en perill efectives d'un bé jurídic important, condueix inexorablement a **un dret penal màxim**. La subjecció al principi d'exclusiva tutela de béns jurídics, en canvi, permet aspirar raonablement a **un dret penal mínim**.

El delinqüent: un ésser lliure

Quan al seu moment Liszt assenyalava causes sociològiques del delictes i, simultàniament, formulava la teoria del delictes donant per descomptat que aquest era un acte lliure d'un subjecte lliure, semblava caure en una contradicció entre el que sostenia com a idea sociològica i el que mantenia com a sistema juridicopenal. Però no hi ha tal contradicció, i el temps ho ha demostrat. Liszt havia proclamat que la llei penal era la *Magna Charta* del delinqüent. Des de la convicció que només l'estat de dret i la seguretat jurídica que li és implícita poden proporcionar un tracte digne a les persones, l'afirmació que el delictes, prescindint de les seves causes i amb l'excepció dels casos profunds de malaltia mental, és una acció lliure que com a tal ha de ser analitzada i jutjada, estava lluny de ser una reacció hipòcrita incompatible amb el reconeixement que estava determinat per causes externes a la voluntat del delinqüent, per la sola raó que, pel mateix respecte a aquest delinqüent, cal reconèixer-lo com a ésser lliure, capaç de dur a terme fets delictius i de respondre per aquests davant els seus semblants.

Tan gran era el valor que Liszt atorgava a la dimensió estrictament jurídica del delictes que realment podia semblar que la resta del seu pensament no passava de ser un ideari o una sèrie de conviccions que no havien d'afectar de cap manera la vida quotidiana del dret penal. Però no és així, sinó que la resposta depenia de la **ciència penal total** i de la **responsabilitat** que en la política criminal **corresponia al penalista**. En el plantejament intel·lectual de Liszt, el criminalista no podia limitar la seva atenció al dret positiu, sinó que s'havia d'estendre necessàriament a altres matèries (el dret penal, el dret processal penal, la criminalística, la criminologia, la penologia i la política criminal). Aquesta convicció no estava orientada simplement a establir la relació de dimensions del problema penal que ha de conèixer qui s'hi apropa per al seu estudi, ja que això, fet i fet, no hauria passat si hagués estat una inquietud intel·lectual expressiva d'una idea acceptada per tothom, sinó que era una condició imprescindible del mètode.

Dit amb altres paraules, el mateix dret penal positiu no podia ser comprès ni aplicat sense el coneixement subministrat per aquestes altres matèries, i només amb la suma d'aquestes es podia arribar a la conclusió crítica i a la proposta constant de reforma futura (l'objecte específic, en aquell plantejament, de la política criminal).

Certament que Liszt va sostenir que dogmàtica i política criminal eren mons que mai no s'havien de barrejar, plantejament separador que avui en bona mesura ja ha estat abandonat. En el seu pensament, i cal situar-lo en el seu temps, la política criminal era la **ciència de la "crítica i la proposta"**, que només començava la seva missió quan el mètode dogmàtic havia acabat d'explicar els continguts del dret positiu creant un sistema conceptual a partir d'aquest. La fase final, a la qual el criminalista arriba amb la informació criminològica i l'anàlisi de l'eficàcia de la norma, és la que conforma el camp de formulació de la política criminal.

En aquestes idees de Liszt queden zones fosques, fins i tot en relació amb el seu temps. Una d'aquestes zones fosques, fonamental i òbvia, és que si es proposa una reforma per aconseguir que les lleis penals siguin coherents amb els objectius politicocriminals, és **imprescindible** disposar d'una **política criminal concreta i definida**, ja que, altrament, no és possible saber quin és l'objectiu.

La política criminal espanyola

A Espanya és difícil saber quina és aquesta política criminal i en el seu lloc es qualifica com a tal la que cada penalista concret creu més raonable, convenient o, en el millor dels casos, d'acord amb la proposta de convivència que dimana de la Constitució. L'ocasió del debat parlamentari del Codi penal vigent, i n'hi ha prou de remetre's a la documentació parlamentària que el recull, és un exemple visible de com es pot polemitzar sobre lleis penals que es promulgaran sense pronunciar una sola paraula o discutir breument si més no sobre la classe de política criminal que es volia seguir en una matèria determinada.

2.3. El correccionalisme, versió espanyola del positivisme

L'època que va de finals del segle XIX al primer terç del segle XX s'ha de qualificar, en relació amb el problema penal, com a esplèndida, ja que l'embranchida indubtable del positivisme naturalista italià va produir efectes a Espanya que es van manifestar en la ciència penal, en les ciències socials, en la literatura, en el naixement de la criminologia i de la penologia. I tot això amb tal força que es pot afirmar que més que l'entrada d'un pensament penal que va ser acollit per una nòmina impressionant d'estudiosos, va ser un fenomen social i cultural que de ben segur va trobar en l'adormida o frustrada intel·lectualitat espanyola un terreny fecund on posar arrels. La fascinació per l'"home delinqüent", la sociologia criminal, l'hampa de les grans ciutats, les malalties mentals i la seva relació amb el crim va atrapat juristes, metges, escriptors, etc.

En el camp estricte de la ciència penal, el positivisme naturalista i, especialment, les doctrines de la prevenció especial, que avui anomenaríem *positiva*, van ser un dels signes d'identitat de l'**escola correccionalista** (probablement la més caracteritzadament espanyola en el període 1880-1930). El correccionalisme va ser la traducció al camp penal de la filosofia krausista. Durant la seva etapa clàssica el correccionalisme va limitar la presència a les doctrines sobre la finalitat de la pena, encara que el krausocorreccionalisme, com a pensament juridicopenal, no es limitava a això.

Però en aquella primera hora els postulats correccionalistes apareixerien més com un propòsit orientador que com una formulació que obertament trenqués amb l'indeterminisme i el legalisme. El delinqüent era considerat un ésser necessitat de tutela, protecció i correcció, i la pena havia de ser un tractament curatiu. Un cop limitada la qüestió penal al problema de la fi de la pena, va destacar l'obra de Concepción Arenal, figura senyera del penitenciarisme espanyol. Els primers correccionalistes espanyols van ser molt més moderats que els positivistes naturalistes italians, encara que només fos perquè no qüestionaven radicalment la funció del dret penal tradicional. Tal vegada les úniques excepcions significatives van ser Dorado Montero, autor d'*El derecho protector de los criminales*, i Salillas, que va ser un metge i penitenciarista autor d'una obra molt àmplia sobre la criminalitat espanyola a les grans ciutats i la vida a les presons.

A Espanya la ruptura amb el sistema clàssic i tots els seus principis fonamentals es va donar amb **Pedro Dorado Montero**, l'extensíssima obra del qual va superar en radicalisme la dels positivistes italians però amb una diferència: el respecte a l'home en el centre del seu sistema (en oposició al defensisme agressiu que niava en la ideologia dels positivistes italians). Aquesta posició el portava a rebutjar la pena de mort i les mesures segregadores irreversibles. Era la **fusió de la filosofia del dret krausista i de la filosofia positivista**. Gràcies a la seva influència krausista, l'ideal d'humanitat domina el pensament positivista radical. Segons el parer de Dorado, el futur del problema penal estava en la síntesi de positivisme i correccionalisme, prenent la millor aportació de cadascuna d'aquestes direccions. Com els positivistes italians, **va defensar el determinisme**², i igual que ells va repudiar els "clàssics" que havien col·locat l'estudi del dret i del delictes per sobre de l'estudi de l'home delinqüent.

Però Dorado se separa dels positivistes italians i de la manera que aquests tenien d'entendre la prevenció repressiva i aflictiva. En suma, Dorado no podia compartir l'autoritarisme defensista que niava en el pensament dels positivistes italians, malgrat reconèixer al positivisme el mèrit de destacar l'aspecte preventiu del dret penal i fonamentar les reaccions penals en la perillositat, rebutjant la validesa de la culpabilitat. Se separa d'aquests quan defensa que la **lluita contra el delictes s'ha de fer amb mitjans exclusivament preventius**, únic sistema que, segons el seu parer, és compatible amb el respecte a l'individu i a la personalitat humana. Per a Dorado, la màxima contradicció i acusació contra els partidaris de la prevenció especial era defensar el determinisme i alhora concebre la sanció penal com a repressió i càstig. Ell, en canvi, va somiar amb un "dret protector dels criminals" que fos un dret "sense delictes i sense pena".

Una utopia penal

El seu sistema va ser qualificat d'utopia penal. Però això no entela gens ni mica el mèrit de Dorado Montero, sens dubte la figura més gloriosa de la ciència penal espanyola, tant per la solidesa de la seva personalitat científica com per l'originalitat i la profunditat de la seva doctrina. Autor ple d'humanisme i obsessionat per la consecució d'un món millor i més just, que superés totes les causes de la desigualtat, cal indicar que en el fons

Referència bibliogràfica

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

⁽²⁾El determinisme postula que el delinqüent ho és per raons que en el fons no depenen de la seva voluntat, sinó de la seva educació, herència biològica, condicions culturals i de vida, etc.

Dorado volia la superació fins i tot de l'estat. Va tenir una confiança infinita en els homes que tan malament el van tractar en vida en la societat i en les garanties que en un altre temps s'havien oposat a la potestat punitiva desmesurada, com el principi de legalitat i la contracció de la responsabilitat al fet. Però, desgraciadament, aquesta confiança hauria de ser defraudada en la posterior evolució de la història de la repressió penal a Espanya i fora d'Espanya.

El **determinisme** com a explicació de la conducta criminal va ser un fenomen essencialment intel·lectual. La “nova ciència” no va tenir, malgrat tot, una acollida. Amb la mateixa fúria amb què vuitanta o noranta anys abans clergues i conservadors es van llançar contra els il·lustrats i els liberals –molts dels quals van conèixer el desterrament o van ser afusellats– així també, encara que sense arribar a les brutalitats de Ferran VII, van ser les crítiques a la “nova ciència”.

Que no seria fàcil el camí dels positivistes espanyols ho prova, significativament, la persecució i la repressió amb la pèrdua de la seva càtedra que va haver de patir Dorado Montero, assetjat pel Padre Cámara, bisbe de Salamanca.

Malgrat aquestes diatribes i persecucions greus, la veritat és que el positivisme va causar un impacte revolucionari que va anar molt més enllà dels cercles interessats en el problema penal. Va arribar a tota la intel·lectualitat espanyola de l'època i els seus efectes, i també les seves reaccions, es van poder veure en la medicina “mentalista”, en els filòsofs del dret, en la literatura de l'època, sense que això vulgui dir que totes les reaccions fossin d'acolliment calorós –res més lluny de la realitat–, però en tot cas va forçar a posicionar-se en pro o en contra d'aquesta altra manera de veure o d'entendre el crim.

2.4. El fenomen anarquista-terrorista com a nova qüestió criminal

Després del fracàs del Govern anarquista de la Comuna de París, l'anarquisme va deixar bona part del seu caràcter “intel·lectual” i va passar a l'acció directa contra els dirigents de la política i de l'economia, i també contra l'“odiada” classe alta en els llocs on aquesta es reunia. Aquesta era la via de destrucció del poder, i una sèrie terrible de crims va marcar els anys entre la fi del segle XIX i el començament del segle XX; recordem els més excel·lents:

- L'assassinat del tsar Alexandre II, el març de 1881
- Els atemptats frustrats contra el kàiser Guillem I el 1878 i 1884
- Les bombes a París (al cafè Terminus i al restaurant Foyot) el 1894
- L'assassinat a Lió del president de França François Sadi Carnot, el 1894
- L'assassinat de l'emperadriu d'Àustria Elisabeth Wittelsbach, a Ginebra el 1898
- L'assassinat d'Humbert I d'Itàlia, a Monza el juliol de 1900
- L'assassinat de William McKinley, president dels Estats Units d'Amèrica del Nord, el 1901
- L'assassinat del rei de Portugal Carles I, el 1908

- L'assassinat del rei de Grècia Jordi I, el març de 1913

A Espanya van ser assassinats per anarquistes quatre caps de govern: Prim (1870), Cánovas (1897), Canalejas (1912) i Dato (1921). A aquesta relació de magnicidis se sumen:

- L'atemptat frustrat contra el rei Alfons XII a Madrid, l'octubre de 1878
- La bomba al Teatre d'Òpera del Liceu de Barcelona, el 7 de novembre de 1893, amb el resultat de vint morts
- L'atemptat fallit contra Alfons XIII d'Espanya i la seva esposa Victòria Eugènia el 1906

Aquest panorama de grans crims impulsa **lleis enormement repressives**. Paral·lelament, en mitjans intel·lectuals s'obre el debat sobre la **legitimitat del crim**. A Espanya, un sector de la intel·lectualitat va iniciar la discussió sobre la legitimitat de l'activitat terrorista i, alhora, veus anarquistes van defensar la naturalesa biològica i social del crim. Per als llibertaris espanyols era normal l'anarquisme i els seus mètodes de lluita. L'anarquista no era un "home delinqüent" en el sentit lombrosià, sinó un producte de la injustícia del món, i per tant ell no era el responsable de les seves accions, sinó la societat que el generava.

En relació amb l'"altra" criminalitat, els anarquistes van defensar el sistema mèdic i protector, i van donar per inútil i injust el sistema judicial. No s'ha d'oblidar que el mateix Dorado Montero era ideològicament anarquista "utòpic", encara que, per descomptat, rebutjava i menyspreava la violència. Però les seves idees sobre l'origen de la criminalitat i la manera de tractar-la eren les mateixes.

3. El segle XX i les primeres actuacions sobre la perillositat sense delicte. Postguerra i franquisme

En les dues primeres dècades del segle XX seguien dominant les idees clàssiques sobre el delicte com a opció lliure del delinqüent i la justificació de les penes en nom de la retribució. El positivisme, en la deriva sociològica, penitenciària i criminològica –no pas en l'estrictament penalista–, també tenia una presència assenyalada i s'havia plasmat en canvis i novetats importants (creació del cos de metges forenses, reforma de la legislació penitenciària a impuls de Concepción Arenal i de Rafael Salillas, extensió dels hospitals psiquiàtrics penitenciaris).

La tercera dècada del segle coneixerà l'auge de les **idees defensistes** que, en essència, fan prevaler l'interès social per la seguretat per sobre de qualsevol tolerància per al delinqüent, al qual s'ha de tractar amb tota la duresa que calgui i, i això és el més important, **innocuïtzar** com més aviat millor.

El 29 d'octubre de 1922 Víctor Manuel III va lliurar el Govern a Mussolini a Itàlia. Tot just onze mesos més tard, el 13 de setembre de 1923, el general Primo de Rivera, amb el consentiment del rei Alfons XIII, havia donat un cop d'estat i instaurat la dictadura. Les similituds i les diferències entre tots dos règims són matèria important que no es pot tractar en aquestes notes; però hi ha un punt comú en relació amb el problema penal. Tots dos dictadors necessitaven un **Codi penal** propi que s'acomodés al seu ideari, per al qual no servia ni el Codi penal italià de 1889, ni el Codi penal de 1870, reformat, especialment, el 1876.

Aquesta va ser la raó última de la promulgació del Codi penal espanyol de 1928, en el qual costa descobrir un ideari més enllà de la **repressió desmesurada**. Si alguna influència es pot assenyalar seria una mica de correccionalisme espanyol, una mica de Terza Scuola i una mica de defensa social, i també, clarament, idees preses del Projecte de Codi penal italià de 1923. La **ideologia feixista** pròpiament dita –per exemple, la persecució d'homosexuals i prostitutes– no s'introduirà en la legislació espanyola fins al 1933 amb la *Ley de vagos y maleantes* (que introdueix els estats de **perillositat sense delicte**) i prosseguirà sens dubte amb la legislació penal que va de 1940 a 1975.

La política criminal a la postguerra està marcada, sobretot, per la preeminència de la **repressió penal dels vençuts**, la qual cosa es va plasmar en una sèrie de lleis (de repressió del comunisme i la maçoneria, de seguretat de l'estat, de bandidatge i terrorisme) mentre que per a la "criminalitat comuna" es va

continuar aplicant el Codi penal de 1932 fins que va arribar el “text refós de Codi penal” de 1944. Aquest Codi, amb successives i grans modificacions, arribaria pràcticament fins al Codi vigent avui.

Quant a les mesures de seguretat i la perillositat sense delictes, va continuar en vigor la *Ley de vagos y maleantes* que s’havia aprovat en temps de la Segona República, que es va mantenir fins que va ser substituïda el 1971 per la Llei de perillositat i rehabilitació social.

El franquisme va ser un llarg període en què la relació entre la política i la justícia penal no tenia res a veure amb la que hi ha en un estat de dret. Si es té en compte que durant el franquisme no hi va haver ni tan sols divisió de poders, és ocios buscar paral·lelismes amb els conflictes que avui presenciem. Però seria incorrecte suposar que aquell sistema polític no havia deixat la seva empremta en la justícia penal.

Les lleis penals es reformaven indistintament amb lleis de les Corts del règim o amb decrets llei de la Prefectura de l’Estat. Les jurisdiccions especials (militar, de contraban), però sobretot el Tribunal d’Ordre Públic, creat el març de 1963, determinaven per si sols el criteri oficial sobre quina havia de ser la prioritat politicocriminal i quina funció corresponia a les lleis penals en la imposició d’una política i d’una ideologia.

La llarga època franquista, de totes maneres, no pot ser valorada globalment, com si en tot moment s’hi hagués donat la mateixa realitat. En una primera època van ser visibles els efectes de les depuracions posteriors a la guerra civil, que van afectar la judicatura, els fiscals i, per descomptat, la universitat. Però al cap del temps i un cop produït el canvi generacional necessari, és just reconèixer que a la fi dels anys seixanta i primers dels setanta es comencen a produir mostres progressives de presència activa de jutges i de fiscals compromesos amb els ideals democràtics i, de la mateixa manera, els col·legis d’advocats, des del famós Congrés de Lleó, van anar assumint un compromís creixent en la defensa dels drets humans.

Observació

Per descomptat que no ens referim a la inexistència de la independència judicial i d’un dret fonamental dels ciutadans a jutges naturals, independents i inamovibles. Sinó al fet que s’ha de recordar que l’acumulació en el Ministeri de Justícia de les funcions que avui pertanyen al Consell General del Poder Judicial deixava en mans del Govern la més absoluta discrecionalitat en els nomenaments i les promocions dels jutges.

4. La transició

Arribem així a la transició, període que es pot situar entre el 20 de novembre de 1975, quan mor Francisco Franco, i el 28 d'octubre de 1982, en què perd el Govern la Unió de Centre Democràtic (UCD), partit que va promoure el canvi de règim polític i l'aprovació de la Constitució del 1978. En aquesta etapa la justícia adquireix un paper que no havia tingut fins aleshores. La consciència que entràvem en un nou ordre polític i en l'estat de dret posa de manifest que el poder judicial i la jurisdicció dels jutges i tribunals han de compondre un dels tres pilars bàsics del sistema.

Però, a més de les idees sobre el que hauria de ser l'estat, hi havia una realitat: el que era, és a dir, que hi havia una superpoblació penitenciària (com ara), i diverses i dures lleis penals especials, ús i abús de la legislació de perillositat i tot el que es deriva de l'absència de llibertats públiques. Ordenar els temes significatius de l'època que va des de la coronació de Joan Carles I fins a la formació del primer Govern democràtic (el d'UCD, presidit per Suárez) és una tasca complicada, perquè s'entrecreuen molts processos que van succeir en paral·lel i que afecten el "problema penal", però que són molt diferents entre si. En un intent de resumir quins van ser aquests processos –i sense entrar en tots, ja que no ens podem estendre als encara oberts debats sobre el procés penal, el principi acusatori, etc. –, hi podem destacar:

- Els indults i les amnisties.
- Les reformes introduïdes pel Codi penal de 1974 (el Decret 3096/1973, de 14 de setembre, va publicar "el text refós del Codi penal", per la qual cosa podem no esmentar-lo ja com a "Codi de 1944"); per tant, abans de la important reforma parcial i urgent de 1983.
- Els pactes de la Moncloa, en el que afectaven el problema penal.
- La Constitució i el seu "programa penal".

Posteriorment vindria el Projecte de codi penal de 1980, impulsat pel ministre Lavilla.

Les reformes immediates que es van haver d'introduir en el Codi penal, sense esperar ni la redacció d'un nou Codi ni l'aprovació de la Constitució, van ser –a més de l'acomodació del Codi a un règim de llibertats polítiques–:

- La despenalització de l'adulteri i l'amistançament.
- La despenalització de la venda d'anticonceptius.
- La reducció de l'edat de la dona en els delictes en què aquest era el criteri determinant de la intervenció penal (delictes d'estupre i rapte) i que podia arribar als 23 anys en algun cas, la qual cosa es va fer per mitjà de la Llei de 7 d'octubre de 1978.

- La reformulació dels delictes dels funcionaris públics tipificant les condutes que fossin contràries a les llibertats públiques, i al respecte a les persones en l'actuació dels funcionaris.

5. Principis penals derivats de la Constitució espanyola

Després de l'aprovació de la Constitució es va entendre que se'n derivava gairebé expressament –ja que en molts casos remetia a la Llei penal la protecció de les seves disposicions, i altres referències a la justícia i al poder judicial– un **programa formal i material**. D'aquesta manera es continuava amb una tradició iniciada amb la Constitució de 1812: a un canvi profund de la configuració política de l'Estat havia de seguir un nou Codi penal. En el cas espanyol de 1978, aquest canvi s'ampliava a la justícia en el sentit més ampli. Formalment es considerava que en política legislativa penal s'havia de produir un nou Codi penal, una nova Llei general penitenciària i una nova Llei d'enjudiciament criminal. D'aquestes peticions només es van satisfer la relativa a la Llei general penitenciària i la d'un nou Codi penal, encara que es va haver d'esperar a 1995.

La Constitució **no estableix una política criminal constitucional**; la seva funció és una altra. La continuïtat entre la Constitució i les lleis penals no és més que un pressupòsit o un desideratium que anuncia simplement una regla de treball essencial i intangible: la interpretació de les lleis penals, necessària per a la construcció d'un sistema jurídic, no pot mai produir resultats que no s'avinguin amb les declaracions constitucionals.

L'extensió progressiva de la cultura constitucional explica que en l'actual societat espanyola s'ha produït, d'una banda, un rebuig o canvi respecte d'idees passades sobre honor, sexualitat o propietat, per esmentar exemples senzills, i, per contra, amb béns jurídics que durant el règim anterior semblaven merament teòrics, com el dret a la intimitat, a la inviolabilitat del domicili i de les comunicacions, a la lliure determinació en matèria sexual, a la pau i no-discriminació en les activitats quotidianes, a la dignitat, a exigir i rebre una determinada col·laboració i un servei de les administracions públiques, a esperar una conducta cristal·lina de part dels funcionaris, a condemnar el tracte descortès o vexatori en les relacions de treball o en les que es tinguin amb l'Administració, s'exigeix l'actuació del sistema de reaccions penals.

En una societat com l'espanyola, que excepte durant el breu parèntesi de la Segona República, no va poder adquirir una consciència sobre la posició subjectiva del ciutadà respecte de l'Estat i encara menys li va ser possible assumir com a propis uns drets davant d'aquest que anessin més enllà de les relacions sotmeses a la disciplina del dret privat, constitueix un fet històric la irrupció d'una **nova consciència de propietat sobre els valors comuns** i de titularitat subjectiva i d'un dret a **exigir i a esperar respostes de l'Estat**. El patrimoni de tots en el sentit més ampli –patrimoni històric, artístic, científic, urbanístic, medi ambient, disciplina del mercat, control sobre aliments i fàrmacs, etc.– és assumit com a propi pels espanyols d'una manera cada vegada més creixent.

Abunden en la Constitució declaracions que comprometen els poders públics a actuar en un determinat sentit o que obliguen el poder legislatiu a prestar una protecció legal concreta, sovint de caràcter penal, a aquests béns o valors.

Per al dret penal això s'ha traduït en **la incorporació de normes** que amb millor o pitjor fortuna han intentat establir una coherència entre una promesa de funcionament social i el sistema coercitiu que ha de procurar garantir la virtualitat d'aquestes promeses.

Exemples d'aquestes normes són les establertes contra delictes de risc col·lectiu, mediambientals o econòmics.

Molts penalistes han desitjat que la Constitució contingués mandats més terminants i vinculants, però això no hauria estat prudent:

La Constitució no és el títol preliminar i programàtic del dret penal, sinó una **carta fonamental de mínims essencials**.

Els **principis penals** considerats irrenunciables per a la cultura jurídica del nostre temps, i condicionants absoluts de la política criminal, han de ser simplement, i ni més ni menys, això: part del nostre **patrimoni cultural i polític**. Per descomptat que després es poden buscar llocs on aferrar-se més o menys sòlids en els principis i els valors constitucionals, d'on deriva que en el text constitucional hi ha axiològicament bases suficients per a tots aquests principis. Però aquesta tasca estimable i important s'ha de portar tenint en compte que no és possible derivar d'un principi constitucional genèric una solució a un conflicte concret i que no es pot postular la inconstitucionalitat d'una llei penal en nom de la violació d'aquests principis considerats com a essencials. Però hauria estat un error greu establir en la Constitució el camí pel qual han de discórrer les decisions legislatives i politicocriminals.

Per tant, i això marca un camí necessari per al penalista, la llei discutible o censurable politicocriminalment, o la que no compleixi les condicions que en teoria li assigna la ciència penal, difícilment trobarà una via per a ser impugnada o reformada per mitjà del Tribunal Constitucional. Una democràcia parlamentària ha de resoldre les seves diferències i censurar les lleis vigents a la seu natural que és el Parlament. La violació del respecte als principis que els penalistes consideren essencials ha de ser el fonament del debat parlamentari i formar part de la responsabilitat de la majoria davant l'electorat.

Seria, doncs, treure les coses de lloc confondre la força de la Constitució amb la potestat del Tribunal Constitucional fins al punt de considerar que la totalitat dels problemes penals pot ser filtrada i depurada per aquest Tribunal.

El Codi i les lleis penals contenen preceptes que sintonitzen clarament amb un model d'estat d'aquesta classe: delictes contra interessos socials o col·lectius, compromís de l'estat en l'intent de recuperació del delinqüent, ja sigui en l'execució de la pena, ja sigui en la mesura de seguretat, possibilitat de subs-

tituir o suspendre penes –lluny del retribucionisme liberal estricte–, fins i tot certes mostres d'intervencionisme en les relacions econòmiques o de mercat porten també aquest marxamo social, prescindint de la fortuna amb què s'hagi configurat tècnicament la intervenció penal en aquests àmbits. La ideologia de l'estat social i democràtic de dret la pot reconèixer o invocar el penalista en la seva anàlisi de les institucions juridicopenals, especialment de la pena, el seu fonament i la seva finalitat.

Però el que de debò caracteritza la virtualitat de l'estat social i democràtic de dret no és el dret penal substantiu, sinó el funcionament conjunt de la justícia penal en el marc de l'**actuació simultània dels poders de l'estat**.

Així doncs, el que en cap cas no pot passar és que un precepte penal no tingui encast amb la Constitució. Com és lògic, tots els béns jurídics poden ser estimats o percebuts amb un criteri simplement sociològic o social (concepte material de *bé jurídic*), que és de gran interès i ha de ser valorat pel legislador penal, ja que la valoració que fa el dret positiu d'un determinat bé o interès pot ser dissonant, per excés o per defecte, de la que mereix en el conjunt de les relacions entre els individus. Però tampoc no ha d'oblidar que un determinat bé jurídic pot ser menyspreat o no apreciat en sectors socials concrets que manegen escales de valors diferents.

Pensem, i és només un exemple, en el que significa el respecte al medi ambient des de l'òptica d'un constructor desaprensiu.

6. Principis limitadors de l'exercici de la potestat punitiva

El poder de dictar lleis penals constitueix una eina essencial en la configuració de la política criminal, encara que no sigui l'única. Però aquest poder no és omnímode, sinó que està supeditat a límits derivats del sentit de la Constitució, dels valors, principis i drets que aquesta proclama, i del model d'estat.

L'experiència dels excessos i dels errors que s'han comès en la utilització del sistema penal han anat formant una consciència cada vegada més gran entorn de la necessitat que el sistema penal tingui com a guia una sèrie de principis que no són sinó el resum i l'expressió del que es considera l'ideal a assolir, si es vol disposar d'un sistema penal acomodable a l'autèntic estat democràtic de dret. Aquests principis informadors i limitadors en la seva majoria no es descriuen en una norma, però són indissociables de la ideologia penal adequada a un estat social de dret. La seva significació es desplega tant en les polítiques legislatives penals com en l'aplicació del sistema a subjectes concrets.

6.1. La coherència constitucional de la llei penal per l'objecte de la intervenció: béns jurídics de base constitucional

El sistema penal no pot pretendre orientar o marcar tots els valors eticosocials, sinó només els **mínims necessaris per a la convivència**. Si el legislador pretén ordenar les conductes dels ciutadans més enllà d'aquests mínims essencials, irremeiablement caurà en l'arbitrarietat i la seva conducta serà antidemocràtica, ja que, a partir d'un cert nivell, els criteris ètics ja no són els mateixos en totes les opinions.

Per exemple, no s'aprecia de la mateixa manera la necessitat de respectar la vida humana que la necessitat de reprimir penalment tot tipus d'injúries, per no entrar en temes envoltats de discrepàncies greus, com ara l'eutanàsia o els límits a la intervenció pública en el mercat i en el consum.

La característica que els interessos tutelats per la llei penal siguin "generalment apreciats" (que tinguin la condició material de "béns jurídics") significa que la majoria de la població sent la necessitat que se'ls protegeixi, de la qual cosa s'infereix que aquelles accions repugnen el mínim eticosocial necessari.

Per principi, les lleis penals només hauran de protegir béns jurídics³.

A més, i com a conseqüència del principi d'intervenció mínima, només els haurà de protegir dels atacs més greus.

⁽³⁾Per a ser considerat com a bé jurídic caldrà que l'interès que l'encarni tingui la comuna valoració positiva i essencial a la qual ens referíem abans.

Al seu torn, i com és lògic, no es pot reconèixer com a bé jurídic cap interès o valor que no tingui una base en la Constitució, ja que aquest reconeixement legitima la intervenció protectora del dret penal.

6.2. Un dret penal del fet i de la culpabilitat

En la cultura jurídica del nostre temps, i això es confirma amb declaracions del TEDH, s'entén que un estat de dret no pot acollir un altre dret penal que no sigui el qualificat com a **dret penal del fet i de la culpabilitat**.

La seguretat jurídica implica la **contracció de la intervenció punitiva a un fet concret i anterior**. Es desitja, doncs, un dret penal del fet com a únic compatible amb l'ideal de seguretat.

El dret penal d'autor

Enfront del dret penal del fet se situen les tesis que, de vegades amb la millor intenció i solidesa científica, han defensat que el fonament de la intervenció punitiva no havia de ser el fet aïllat que només constitueix un episodi de la vida de l'autor, sinó la manera de comportar-se, la personalitat, la forma de vida d'aquest autor. Aquest dret penal que no jutja fets concrets sinó "personalitats" s'anomena *dret penal d'autor*.

Històricament es pot atribuir la primera defensa del dret penal d'autor al positivisme naturalista i a la seva tesi determinista absoluta; però, després, hauria de ser acollit amb entusiasme pels penalistes servidors del nacionalsocialisme que, naturalment, van veure en el dret penal d'autor la via més eficaç per a la realització del "sentiment del poble" en la justícia o, dit d'una manera menys eufemística, el sistema d'alliberar l'estat de les traves que implicava el principi de respecte al fet amb vista a la persecució de qualsevol persona molesta o menyspreada pel sistema polític. Una qüestió diferent i d'importància enorme serà la determinació del contingut d'un fet, paraula que no es pot associar al que s'esdevé en un lloc i en un moment precís.

Quant al **principi de culpabilitat**, cal recordar que és considerat actualment per la doctrina penal majoritària a Europa com el **rector i límit de qualsevol política criminal**. Quant a expressió de garanties, implica un conjunt de límits i de condicions que el sistema penal no pot menysprear:

- **L'exigència de dol o culpa**; és a dir, que no s'aplicarà cap pena si el fet no és imputable a l'autor a títol de dol o imprudència, rebutjant la responsabilitat objectiva.
- La necessitat que **la pena es contregui al fet propi** (individualització del càstig).
- La necessitat de tenir en compte la **situació concreta** en què l'autor es trobava **en el moment de cometre el delict**e perquè les circumstàncies concurrents puguin exercir el seu paper eximent o reductor del càstig (por, obcecació, anomalia mental, embriaguesa).

- El grau de coneixement que tenia l'autor sobre la significació jurídica del fet.
- La proporció entre la pena i l'entitat culpable de la conducta del subjecte.

6.3. La intervenció mínima i l'*ultima ratio*

El **principi d'intervenció mínima** és una conseqüència lògica de l'obligació de tutelar només béns jurídics importants i enfront d'atacs greus. El sistema penal no ha d'actuar amb les seves gravíssimes sancions si hi ha la possibilitat de garantir prou tutela amb altres **instruments jurídics no penals**.

El convenciment que la pena és un mal irreversible i una solució imperfecta que s'ha d'utilitzar només quan no hi hagi més remei, és a dir, després del fracàs de qualsevol altra fora de protecció (la **pena** entesa com a ***ultima ratio***), obliga a reduir al màxim el recurs al dret penal (**intervenció mínima**).

Per exemple, l'incompliment de les obligacions de pagament dóna lloc a responsabilitats civils, però només quan el deutor intenta enganyar els creditors sobre la realitat de la seva capacitat de pagar, podem entrar en una insolvència fraudulenta punible.

Abans d'acudir a la llei penal, s'ha de reflexionar sobre la possible suficiència del dret privat o del dret sancionador no penal. Per això és important el **sistema sancionador administratiu**, la seva relació amb el dret penal, la seva participació com a **sistema preventiu** en una política criminal respectuosa amb el desig d'intervenció mínima.

Mai no s'ha d'oblidar que la pena és l'*ultima ratio* a la qual ha d'acudir la societat si vol que subsisteixin les seves regles de convivència. També és, en part, un reconeixement indirecte d'un fracàs del sistema social, en la mateixa mesura en què es reconegui l'existència d'individus que opten per la desviació criminal per les més variades raons. Entesa la **pena** com un **inevitable acte de força**, llavors es pot plantejar el sentit que aquest acte de força necessari ha de tenir en un estat de dret social i democràtic.

El principi d'intervenció mínima pressuposa a més que les lleis penals en un estat de dret democràtic només es justifiquen perquè presten tutela a un valor que, pel fet que el seu respecte és essencial per a les condicions mínimes de convivència, rep protecció penal. Si falta aquesta apreciació de valor comuna, si tutelaren interessos de grups, també perdrien legitimitat per excés.

criteris rectors de la sanció administrativa

També hi ha la necessitat de no burlar drets fonamentals per mitjà del recurs al sistema sancionador administratiu, una matèria en què, convé advertir-ho, es nota la falta d'uns principis propis sobre els criteris rectors de la sanció administrativa.

El corrent de pensament més significat que col·loca aquest principi en el centre de les seves propostes és el dels autors defensors del que es qualifica com a **dret penal mínim** (Baratta, Ferrajoli, i amb aquests bona part de la doctrina penal espanyola). L'essència d'aquest pensament es podria concretar en una idea:

Una vegada acceptat que el dret penal és dur i fins i tot destructiu, cal aconseguir la menor quantitat possible de dolor penal per a la menor quantitat possible de persones.

Es col·loquen així enfront de les idees que sostenen que qualsevol quantitat de dolor d'una minoria està justificada si d'aquesta manera s'aconsegueix el benestar de la majoria, la qual cosa seria el punt de partida de l'anomenat **dret penal màxim**.

El dret penal s'ha d'utilitzar només si no hi ha altres recursos menys lesius. El primer que es necessita és respectar el caràcter fragmentari, la qual cosa implica que encara que s'estigui en presència d'un atac a un bé jurídic pot ser que no sigui prou greu per a requerir una resposta penal, ja que, encara que el dret penal només protegeixi béns jurídics, no significa que tot bé jurídic hagi de ser protegit penalment, ni tampoc que tot atac als béns jurídics penalment tutelat necessiti la intervenció del dret penal, que només és legítima quan no hi ha cap més remei perquè ja han fracassat altres mecanismes de protecció menys onerosos per a la persona (naturalesa subsidiària.)

Cal assenyalar que la **posada en pràctica de l'ideal d'un dret penal mínim** és, evidentment, **molt difícil**. Són massa forts els rebutjos socials instintius i és massa alta la tanca que traça el populisme punitiu i les inèrcies dels poders públics, marcades per la tendència a recórrer una vegada i una altra al dret penal davant qualsevol conflicte que es produeixi.

6.4. L'orientació de la pena: humanitat i reinserció

Totes les penes causen aflicció, això és indubtable i indiscutible; però el sentit del dret ens diu que un estat avançat no pot imposar aquest càstig a un ciutadà sense una **raó** (el delictes) i sense una **finalitat**, que vagi més enllà de la pura afirmació del dret. Com és sabut, moltes doctrines penals entenen que la resposta punitiva s'autojustifica i no necessita finalitats addicionals; però aquesta no és la tradició espanyola (des del correccionalisme) ni és el que indica la Constitució, l'article 25.2 de la qual estableix que les penes privatives de llibertat i les mesures de seguretat estaran orientades a la **reeduació** i la **reinserció social**.

Aquest mandat constitucional pretén conciliar dues idees:

Que la fonamentació principal de la pena és el delictes comès i que això ha de ser compatible, en la mesura que es pugui, amb la reeducació i la reinserció.

Quan la llei estableix una pena amb la qual amenaça els possibles infractors, parteix d'una valoració del bé jurídic i de la gravetat de l'agressió, i amb aquests elements de judici disposa un càstig que pretén ser **proporcional al delictes**.

Quan es comet el delictes i es concreta la pena imposable al responsable en consideració a les seves circumstàncies personals, s'obre una fase diferent en què es **distingeix** entre la **raó** de la pena i la **finalitat** que es vol aconseguir amb aquesta. És aquí on s'insereix aquesta idea que "mentre sigui possible" l'execució de les que consisteixen en privacions de llibertat hauran de ser la reeducació i la reinserció.

El contrast amb la realitat

Aquest plantejament teòric xoca amb una realitat en què és molt difícil apreciar en el sistema una capacitat per a complir ni mínimament ni complementàriament finalitats de resocialització, amb les excepcions que es vulgui. L'estat dels centres penitenciaris, la superpoblació carcerària i, especialment, la duresa de les penes quant a la durada mitjana fan molt difícil que es pugui assolir aquest objectiu, per la qual cosa són molts els que consideren que la política de reinserció està molt lluny dels objectius dels legisladors. Fins i tot s'assenyala críticament que el sistema penitenciari, tal com actua en la pràctica, només pot servir, més enllà de complir la missió primària de materialitzar la repressió, com un generador de segregació i estigmatització més gran, és a dir, el pol oposat a la possibilitat de reinserció.

D'altra banda, i d'acord amb principis i valors constitucionals que al seu torn són coincidents amb declaracions, la fixació i el mesurament de les penes ha de respectar el **principi d'humanitat**, que estableix que:

Si han de rebutjar les penes que pel seu contingut o la seva durada siguin especialment cruels o denigrants per al condemnat, fins i tot admetent que tota pena causa sofriment.

L'article 15 de la Constitució declara que:

"Tothom té dret a la vida i a la integritat física i moral, sense que, en cap cas, no puguin ser sotmesos a tortures ni a penes inhumanes o degradants."

D'acord amb la doctrina del TEDH, qualsevol pena que faci absolutament impossible la recuperació de l'individu s'ha de considerar inhumana, perquè només pot conduir a l'anihilament moral del condemnat. Igualment, i així s'ha assenyalat, la pena de privació de llibertat de curta durada, si pot ser substituïda per penes d'una altra classe, també és susceptible de ser considerada inhumana, perquè amb aquesta no es persegueix cap altra cosa que l'aflicció sense finalitat visible.

6.5. La protecció de les víctimes

Tota política criminal que aspiro a prosperar ha de contemplar el problema penal en la seva diversa amplitud, és a dir, incloent-hi el delinqüent, la víctima i la societat. No és possible esperar comprensió vers el sistema penal i penitenciari ni per part de la societat ni per part de les víctimes, si aquestes queden abandonades a la seva sort un cop han patit el delictes. Una política criminal que vulgui ser respectuosa amb tothom ha d'incloure en primera línia la protecció de les víctimes.

Com ha assenyalat 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. Models politicocriminals contemporanis: política criminal de la societat del risc, política criminal de la seguretat ciutadana, dret penal de l'enemic, dret penal mínim, populisme punitiu

En aquest apartat ens apropiem a alguns dels corrents de pensament que actualment marquen els **posicionaments més significatius davant el problema penal**. Cadascun implica, com és lògic, una ideologia que sustenta la tesi corresponent, la qual cosa no vol dir que es pugui traçar amb nitidesa una separació entre posicions d'esquerra i de dreta, entre altres coses per la pèrdua mateixa de vigència d'aquestes etiquetes per a identificar amb claredat diferències. Això no obstant, algunes d'aquestes idees comporten una opció clara per augmentar la repressió afeblint les garanties si cal. D'altres, en canvi, persegueixen adaptar les polítiques penals a una realitat social que ha canviat vertiginosament en pocs anys.

7.1. Política criminal i societat del risc

Hem d'assumir que vivim en un món que ha acceptat, desitjat, necessitat i adoptat el perill com a medi natural en què es desenvolupa la nostra vida quotidiana. Una vegada s'accepta aquest axioma inexorable, es procedeix a "adaptar el dret" a aquesta nova realitat prejurídica. L'àmbit del **dret penal del perill** no deixa de créixer.

Aquest creixement es dona tant en els àmbits més comuns –alimentació, circulació de vehicles– com en sectors concrets, com els de la construcció, la medicina, la producció industrial i el seu impacte en el medi ambient, o l'ús de l'energia nuclear.

En una societat així configurada i, sobretot, així habituada o així educada, es pot formular la pregunta sobre la **funció protectora** que s'espera que compleixi el dret penal. No és gens estrany que des dels sectors més crítics o menys ingenus de la nostra ciència es denunciï la contradicció que hi ha entre el model de desenvolupament capitalista –que en el nostre temps es llança al neoliberalisme més cru amb la destrucció sistemàtica de l'estat social, i que assumeix aquest perill com a preu necessari (i la seva plasmació en accions fa que aquestes es considerin adequades) d'una determinada concepció del progrés– i la promesa hipòcrita dels legisladors d'enrobustir la tutela dels béns jurídics que desapareixen abans, com, per exemple, la protecció del medi ambient o dels recursos naturals.

La construcció salvatge, i és un exemple recent, proporcionava riquesa immediata i treball, i amb aquests dos vectors favorables és lògic que ningú no reparés en les conseqüències que a mitjà termini tindrà aquesta destrucció de recursos naturals que al seu torn generaran ingents necessitats de serveis.

Un problema que plana és el de la capacitat de la llei penal, que no pot ser l'instrument apte per a oferir a la ciutadania aquesta seguretat que tant i tan justament desitja i que no sempre es propicia. A més, han de ser ponderats altres aspectes de la qüestió: la creació excessiva de delictes de perill d'aplicació pràctica difícil (els codis penals de la primera meitat del segle XX gairebé no contenen delictes de perill), la connivència de grans sectors de la ciutadania i la freqüent transnacionalitat del problema, amb les dificultats que això comporta. El Codi penal de 1995 va crear una gran quantitat de delictes de risc, especialment en els camps del medi ambient, la protecció de la flora, fauna i recursos naturals, la seguretat col·lectiva, i de ben segur que la **tendència** en el terreny d'aquesta classe de tipicitats és el **creixement imparable**.

Davant d'aquesta pretensió de controlar el risc, i amb l'excepció relativa de la conducció sota la influència de l'alcohol o d'estupefaents, la **persecució dels delictes de perill** només es produeix **quan ja ha passat alguna cosa**: si es repassa la relació de decisions dictades pels tribunals en aplicació dels tipus que descriuen delictes de perill, la pràctica totalitat són casos en què ja es perceben efectes danyosos en persones, en animals o en la naturalesa. És possible, davant això, que els delictes de perill subsisteixin per raons de simbolisme, ja que en la pràctica només s'actua quan ja s'han produït danys.

7.2. Política criminal, seguretat ciutadana i populisme punitiu

Sota aquest títol se situen problemes diferents: la seguretat ciutadana, o el sentiment que aquesta falta constitueix un problema i, alhora, és la determinant de reformes penals sempre en la línia d'endurir les penes.

El populisme punitiu es produeix quan s'augmenten les penes o es creen noves penes per a donar mostra de sensibilitat davant les demandes socials, i això es fa prescindint que sigui necessària la intervenció punitiva, ja que en molts casos el problema no és de naturalesa legal, sinó d'una altra índole.

El **populisme punitiu**, d'acord amb una valoració comuna en la criminologia, és un fenomen estès als països desenvolupats, i pressuposa la convicció que la ciutadania vol més presència del dret penal i penes més elevades. El governant sensible satisfà aquesta demanda sense reparar en criteris de necessitat o proporcionalitat.

La seguretat ciutadana és un problema real, al marge que es compongui de causes objectives i subjectives. La seguretat ciutadana, efectivament, no es pot reduir a la idea de seguretat de carrer, la qual cosa abocaria als delictes que generen la psicosi de por de transitar per determinats llocs o a determinades hores.

La **seguretat ciutadana** s'ha d'estendre a tota manifestació delictiva que assoleixi la condició de problema quotidià, encara que no sigui del carer, sempre que produeixi un sentiment d'inseguretat per a algunes persones determinables.

Vista així la qüestió, és indubtable que constitueix un problema, la qual cosa no vol dir que l'actuació sobre aquest camp conflictiu hagi de ser prioritàriament legislativa, sinó que exigeix **eficàcia de prevenció i persecució**. La invocació de la **inseguretat ciutadana** com a justificació de modificacions legals pot amagar altres finalitats o provocar altres conseqüències no desitjables.

El recurs al problema de la seguretat ciutadana pot servir per a soscar el sistema de garanties penals i imposar i fomentar la confiança en l'anomenada **prevenció general negativa o intimidatòria**, que es plasma en la creença que si hi ha càstigs més importants, per desproporcionats que puguin ser, hi haurà menys delictes. No importa el preu que hagi de suportar el principi de proporcionalitat, tant en el vessant d'equilibri amb la gravetat del fet com en el que correspon a la comparació amb el càstig que mereixen altres infraccions. No cal fer un gran esforç per comprendre que som davant una oberta opció per la repressió o, si es vol, pel **dret penal màxim**, en la convicció que la ciutadania (els votants) no accepta una altra cosa que una espiral continuada de repressió.

Per a la lluita contra la inseguretat ciutadana també es planteja la revisió d'alguns aspectes del **garantisme**. En teoria, el dret penal d'un estat de dret europeu és qualificat, amb tot el que això implica, com a dret penal de **culpabilitat pel fet**. Aquest principi, fruit de la lluita per les garanties del ciutadà, no és discutit formalment. Però cada vegada amb més insistència s'exigeixen intervencions preventives contra persones que ofereixin indicadors de perillositat, sense esperar a la comissió d'infraccions. L'exigència d'activitats policials de control que laminen drets de tota índole (comunicacions, circulació, intimitat, etc.) se situa també en aquesta línia.

En suma, les polítiques d'augment de la repressió en nom de la necessitat d'assolir la seguretat ciutadana condueixen a utilitzar el dret penal no com "l'últim recurs", sinó com a primera resposta de l'estat, prescindint de les polítiques socials justes que haurien de ser prioritàries, la qual cosa produeix finalment una pèrdua de legitimitat política del dret penal.

A això cal afegir un error greu: la creença que les lleis penals poden reduir la inseguretat, la qual cosa és molt difícil, ja que es tracta d'una percepció subjectiva de la realitat de la criminalitat, ovacionada de vegades pels mitjans de comunicació i fins i tot des d'instàncies polítiques.

7.3. El dret penal de l'enemic

Aquesta ideologia penal, que suposadament es presenta com un fenomen dels últims vint anys impulsat per l'obra de Gunther Jakobs –que té seguidors a Espanya i a Llatinoamèrica–, és en el fons menys nova del que pretén, ja que en realitat és una manifestació del vell defensisme afavorit als anys vint pel positivisme naturalista: el delinqüent ha de ser tractat com un ésser diferent i no com un igual, i qualsevol resposta i mesura de càstig es justifica en nom de l'interès de la societat.

En la doctrina de Jakobs el dret penal s'ha de separar entre un **dret penal del ciutadà** (*Bürgerstrafrecht*), en què perviuen els principis i les garanties, i un **dret penal per a enemics** (*Feindstrafrecht*), que s'usa per a sortir al pas de subjectes perillosos. Tots dos són dimensions necessàries del mateix dret penal. El que passa és que es reconeix i es distingeix una categoria humana específica: la persona ciutadà i el **criminal no persona**.

El delinqüent no s'identifica amb qui ha transgredit la llei, ja que pot passar que ho hagi fet un "ciutadà normal". Per a aquests casos el dret penal ha de preservar tots els seus principis i les seves garanties. No així, en canvi, si el subjecte delinqüent és un personatge que es col·loca fora del sistema, ja que llavors deixa de ser persona o ciutadà i és solament un criminal al qual el sistema ha de tractar sense aturar-se en garanties.

El cas més significatiu d'aquesta classe de subjectes seria el terrorista, però no únicament ell, ja que el delinqüent professional mereix també aquesta "degradació personal".

Les conseqüències es plasmen en diferents direccions:

- L'avançament de la punibilitat: no cal esperar que es cometi un fet per a actuar.
- Les penes es poden elevar sense necessitat que guardin proporció amb el fet comès o el que és la seva activitat.
- La "flexibilització" de les garanties del procés penal en el que calgui, en honor de la rapidesa i l'eficàcia de la resposta.

El dret penal de l'enemic, en tant que ideologia, ha rebut un rebuig majoritari en l'àmbit doctrinal, però té seguidors. Els seus partidaris assenyalen, i tenen raó, que el dret penal del nostre temps ja inclou subsistemes caracteritzats per l'abandó de les pautes ordinàries del dret penal (acció, fet, pena proporcionada, procés amb totes les garanties), com passa amb el terrorisme o amb els delictes relatius al tràfic de drogues. La diferència essencial radica que doctrinalment s'assenyala que aquests **sistemes excepcionals són criticables i no**

Observació

No ens aturarem a analitzar més profundament aquestes idees, ja que aquí només pretenem donar notícia d'una línia d'opinió que té seguidors que no són sempre conscients de les conseqüències que té i, especialment, de la seva incompatibilitat amb les premisses d'un estat social i democràtic de dret.

haurien d'existir. En canvi, en la ideologia del dret penal de l'enemic aquesta excepcionalitat s'ha d'acceptar i fonamentar perquè es tracta de regles per a combatre no-persones.

8. Nous condicionaments de la política criminal del nostre temps: criminalitat transnacional, delinqüència organitzada, superació del delinqüent individual

Tot el sistema penal –incloent-hi el procés penal, el sistema penitenciari i fins i tot la criminologia i la política criminal– s’ha construït des del supòsit que el crim és un succés individual que té lloc en un moment i en un lloc, al marge que en un delictes puguin concórrer les conductes de moltes persones. Tots els conceptes, institucions i anàlisis s’han construït des d’aquest pressupòsit.

Però el nostre temps mostra una realitat ben diferent, en què la **criminalitat organitzada** i **transnacional** ocupa el primer lloc en l’escala de gravetat del problema penal. A aquesta criminalitat s’ha d’afegir el reconeixement de la **capacitat delictiva de les persones jurídiques** i el **ciberespai** com a nou àmbit de delinqüència.

8.1. La criminalitat organitzada

El 1975 les Nacions Unides definien el crim organitzat de la manera següent:

L’activitat criminal gran, complexa i continuada, executada per grups de persones, organitzats per al seu propi enriquiment a costa de la comunitat i dels seus membres, menyspreant qualsevol llei, incloent-hi delictes contra les persones si cal i recurrent, si escau, a la corrupció política.

Per la seva banda, el Consell d’Europa defineix *crim organitzat* de la manera següent:

“[...] les activitats il·legals dutes a terme per grups estructurats de tres o més persones que existeixen per un període del temps perllongat i que coincideixen a executar delictes greus mitjançant accions concertades usant intimidació, violència, corrupció o altres mitjans per a obtenir, directament o indirectament, profits financers o qualsevol altre benefici material.”

Vegeu també

Recordeu que hem establert aquestes definicions en l’apartat “La política criminal: concepte i contingut”.

Totes aquestes definicions, i moltes altres que es poden oferir, tenen, com no, bona part d’incert. Però no són suficients perquè el concepte de *criminalitat organitzada* és difícil d’integrar en una sola idea, atès que engloba realitats diferents. Cal tenir sempre en compte que la criminalitat organitzada i transna-

cional es tradueix en situacions que comporten una dificultat politicocriminal específica, però sense oblidar que aquest tipus de criminalitat no és un invent del nostre temps.

N'hi ha prou de pensar en el contraban, el comerç d'esclaus o el tràfic de dones per a la prostitució per a assumir que es tracta d'un fenomen molt antic.

El que avui passa és que s'ha produït un **salt qualitatiu** a causa d'un augment vertiginós de la presència del crim organitzat en les nostres societats, que es mostra més poderós, ric, estructurat i capaç de burlar o de corrompre fins i tot els mateixos aparells de poder.

Per tant, cal tenir en compte en major o menor mesura una sèrie de problemes propers però diferents:

- La **proliferació de bandes organitzades** dedicades a delictes clàssics o nous, ja siguin integrades majoritàriament per estrangers o per nacionals, o per combinacions dels uns i els altres.
- La **mundialització de l'espai criminal**, problema que es tradueix en l'extensió o la multiplicació del dany que poden generar determinats delictes, com és el cas de la pornografia infantil.
- L'**amença del terrorisme transnacional**, especialment –però no solament– d'arrel islamista, que colpeja indistintament en qualsevol lloc del món i es nodreix sovint individus residents als mateixos territoris en què s'executa l'acció terrorista.
- La pervivència de fenòmens criminals ja antics i que per la seva mateixa naturalesa sempre han estat executats per organitzacions dedicades especialment a això, com en el cas del tràfic d'estupefaents o el de persones per a la seva explotació sexual i, en general, l'activitat de les màfies i organitzacions anàlogues.
- La que sempre es designa com a **criminalitat organitzada** entesa com a **xarxes supranacionals** dedicades a **delictes clàssics** i a **noves formes delictives**, caracteritzades per una estructura més o menys sòlida i jerarquitzada, pel seu domini de les tècniques de comunicació financera i bancària modernes, i de les tecnologies de la comunicació, i que disposen de considerables recursos financers que permeten l'expansió de la corrupció.

Les màfies clàssiques

Aquest fenomen, que dona lloc que es parli de màfies "russa", "de l'est" o "latinoamericana", no s'ha de confondre amb un altre de molt més antic, no a Espanya, però sí –per exemple– als EUA, que és el de l'existència de col·lectius nacionals enclavats en altres estats que configuren allí la seva pròpia suborganització i la seva pròpia criminalitat, que s'estén i arriba a qualsevol lloc en què treballin persones d'aquesta nacionalitat en qualsevol lloc del món.

La idea del grup o de l'organització com a realitat pluripersonal amb el seu propi poder decisorí difuminat en trames internes fosques no pot ocupar amb facilitat el lloc dels autors dels delictes amb el simple recurs a l'esment que les penes s'agreuaran si els fets són comesos en el marc d'una organització criminal, ja que aquesta és una resposta comprensible però que atorga el protagonisme del fet criminal a l'individu o als individus concrets que han exe-

cutat l'acció criminal, mentre que el marc humà en què actuen no pot passar de referència criminològica. Però probablement tampoc no es pot inventar un dret penal diferent ni fugir cap a un allau de reforma rere reforma, sense abans verificar si els problemes no són, abans de res, d'eficàcia en la persecució i l'aplicació de les lleis i, només en segon pla, de mancances d'aquestes pròpies lleis.

És un esforç inútil pretendre encaixar les organitzacions com una espècie de supòsit de "pluralitat de responsables" que cabran en la teoria de la participació, que per la seva mateixa naturalesa (pensem només en el **principi d'accessorietat**) no assoleix els greus problemes de la criminalitat organitzada o de la determinació de responsables pels fets que es cometen des de les grans organitzacions i, per tant, no pot concebre la condició d'autor separada de la de còmplice si no és en la relació entre subjectes individualitzats, quan l'organització, per la seva pròpia naturalesa, **difumina aquestes diferències**.

Bé és cert, i la victimologia ho ha denunciat, que el mateix problema es produeix amb les víctimes de la criminalitat organitzada, que també es multipliquen sense relacions entre elles. Però també la pluralitat de víctimes o perjudicats s'ha considerat tradicionalment una situació excepcional, reconeguda puntualment en fraus massius (delictes massa) o intoxicacions com la de l'oli de colza. Tanmateix, tot això s'ha vist com a situacions que tenen cabuda en un dret penal individualitzador de les víctimes dels delictes, sense necessitat de reconsiderar aquest individualisme. Lògicament. Si els temps han canviat i la sensibilitat social també, el dret penal s'ha de reformular i s'ha d'adaptar a aquesta diferent percepció que els ciutadans poden tenir dels seus drets.

Però la criminalitat organitzada té en molts casos una dimensió que mai no ha aconseguit la criminalitat tradicional: la capacitat d'impregnar en la seva xarxa els nuclis de poder públics o fins i tot estatals; això la fa més difícil de combatre, especialment en algunes zones del planeta on la corrupció domina de manera abassegadora.

Un últim tema ha de ser afegit al panorama de la qüestió, i és el de la **responsabilitat penal de les persones jurídiques**, que en molts estats occidentals encara està pendent d'implantació. La "**forma societària**" contribueix en gran manera a la impunitat del crim organitzat, de la mateixa manera que també hi contribueixen les fronteres i els límits jurisdiccionals dels estats i la lentitud dels processos d'extradició, i per aquest motiu han nascut normes empeses pel problema de la criminalitat organitzada encara que no solament afectin aquest fenomen.

Un exemple d'aquest tipus de normes és el mandat europeu d'arrest.

El Tractat de la Unió Europea permet a la Unió l'adopció progressiva de mesures que estableixin normes mínimes relatives als elements constitutius de delictes i a les penes en els àmbits de la delinqüència organitzada, el terrorisme i

el tràfic il·lícit de drogues. Partint d'això, la Unió Europea ha recomanat en diferents resolucions la incorporació de la responsabilitat penal de persones jurídiques, sobre la base de raons que, per descomptat, parteixen de l'apreciació de les transformacions que ha experimentat el crim en les nostres societats postcapitalistes. I és que la vella imatge del delictes com a acte d'individus aïllats s'ha hagut d'anar abandonant davant noves formes de delinquir molt més complicades tant en la forma de l'acció, composta de diferents episodis i aspectes, com en l'extensió del comportament en l'aspecte territorial i en el temporal, des del desenvolupament i la implantació de l'associació, el grup o la societat –o com es vulgui denominar–, fins a la seva pròpia organització per a controlar l'activitat il·lícita i reintroduir els seus guanys per mitjà del blanqueig.

Així, documents importants, entre els quals destaca el Conveni contra la delinqüència organitzada internacional de 15 de desembre de 2000, donen per suposada l'existència de **responsabilitat penal de les persones jurídiques**.

Altres documents en aquest sentit en l'àmbit de la UE són:

- La Decisió marc 2003/80/JAI, relativa a la protecció del medi ambient per mitjà del dret penal
- La Decisió marc 2003/568/JAI, relativa a la lluita contra la corrupció en el sector privat, art. 5
- El Conveni penal sobre la corrupció, signat a Estrasburg el 27 de gener de 1999, art. 18, ratificat per Espanya el 28 de juliol de 2010
- El Conveni de lluita contra la corrupció d'agents públics estrangers en les transaccions comercials internacionals, subscript per Espanya el 14 de gener de 2000

Plantejat així el problema, observem que tant les recomanacions internacionals com les que propugnen estudis i documents diversos, adverteixen que en la lluita contra la delinqüència organitzada cal tenir en compte dues idees bàsiques: que no es tracta d'un problema "del dret penal o del dret en general" i que, per tant, tot i ser necessàries les respostes jurídiques, també s'han de donar, en igual o major mesura, respostes tècniques i polítiques.

8.1.1. Respostes jurídiques i no jurídiques

Els estats han reaccionat davant la criminalitat organitzada amb normes o amb mesures politicocriminals i policials. Hassemer es refereix, pel que fa al cas, a reaccions "normatives" i "tècniques", i desgraciadament la tendència a buscar solucions normatives ha estat molt freqüent, cosa que ha tingut un preu massa

alt per a la ciutadania. Entre les reaccions normatives es poden situar totes les que consisteixen en **modificacions de les lleis penals o processals**, que no solament tenen lloc a Espanya sinó que es poden considerar com una tendència estesa en tot el món occidental. L'impuls principal d'aquestes decisions cal buscar-lo, sens dubte, en l'anomenada *amença terrorista*.

En nom de les necessitats de lluita contra el crim organitzat, s'ha suggerit modificar les lleis per a aconseguir un augment de penes; avançar la intervenció del dret penal a estadis propis de la qualificació d'acte preparatori o fins i tot per sota d'aquest nivell (la simple sospita de relació amb el grup organitzat); la formulació de nous delictes, sense reparar en si n'hi ha prou d'interpretar adequadament els que ja existeixen, i, en alguns estats europeus, la demanda de reduccions en els drets fonamentals de la persona en relació amb la intimitat del domicili, les comunicacions telefòniques i cibernètiques les transaccions bancàries, les inversions i compres, etc.

Tanmateix, és ingenu pretendre que cada estat és sobirà en la decisió legisladora contra la delinqüència organitzada, ja que en aquest terreny només és possible la **política comuna** perquè la força de la criminalitat organitzada desborda clarament la capacitat normativa i tècnica dels estats.

Atesa la realitat de la criminalitat organitzada, i n'hi ha prou que pensem en l'exemple del tràfic d'estupefaents, és evident que ni els estats disposen de llibertat plena de criteri incriminador o desincriminador, ni tindria cap sentit que ho pretenguessin.

Un obstacle de primera magnitud en l'eficàcia de la lluita contra la delinqüència organitzada és precisament la **força excloent del principi de territorialitat de la llei penal**. L'encara apreciable impunitat que es pot aconseguir ja sigui buscant territoris des d'on es pugui controlar el crim sense por de ser controlats (la qual cosa no depèn del fet que sigui una activitat lícita, sinó que l'estat afectat sigui capaç d'aplicar-hi lleis que ho impedeixin), ja sigui traslladant-se a altres estats per a obtenir el major o menor avantatge que subministren les normes sobre extradició o, simplement, la inoperància, passivitat o corrupció de les administracions d'alguns estats.

No n'hi ha prou, doncs, d'estendre la competència dels tribunals propis a fets esdevinguts fora del territori nacional, sinó que es necessita alguna cosa més que no constitueix normativament una mera qüestió de "competència extraterritorial".

Així, a mesura que la UE va produint directives i reglaments que necessàriament determinen, almenys en teoria, la introducció de canvis en el dret intern, aquests canvis no s'hauran de limitar ni al dret penal ni al dret orgànic judicial. Els estats membres reconeixen que molts béns jurídics tenen caràcter supranacional i, per tant, que es tracta de béns jurídics compartits que han de ser protegits amb una lluita igualment compartida.

Observació

Una altra cosa seria incoherent, ja que els mateixos estats, especialment a la UE, han decidit crear espais de responsabilitat i política comuna –de primer en matèries econòmiques i després en altres polítiques criminals conjuntes–, i instruments de col·laboració en matèria policial, judicial i fiscal.

Exemples d'aquest tipus de béns jurídics són el medi ambient, la flora i la fauna, el risc de catàstrofe per l'energia nuclear, el control d'aliments i medicaments, el blanqueig de diners, etc.

Per descomptat que és necessari que les lleis penals dels estats membres guardin un grau de similitud i coherència important, però convé tenir consciència que no acaba aquí la qüestió.

L'eficàcia immediata dels mandats dels jutges d'altres estats en matèria de detenció –que ja s'ha aconseguit en part amb l'euroordre–, d'investigacions de comptes, d'embargaments de béns, etc., són decisions més importants que l'harmonització de les lleis penals.

També convindria aconseguir el tantes vegades reclamat **espai judicial únic europeu**, que significaria, *grosso modo*, que la competència territorial dels jutges dels diferents països de la UE es podria estendre a tot el territori d'aquesta. Naturalment, això requereix nombroses adaptacions legals, i un règim adequat de precedències o preferències entre òrgans jurisdiccionals, però, en tot cas, és un pressupòsit indispensable per a l'ideal d'una política judicial comuna sense el qual resulta difícil una política unitària de lluita contra molt diverses formes de criminalitat. En la mesura que implica l'opció pel principi estricte de territorialitat, implica la pervivència de la concepció tradicional de l'estat i la interpretació del que és la sobirania, amb totes les seves conseqüències, de les quals cal destacar problemes com el lliurament de nacionals a tribunals estrangers o l'extradició, si parlem d'institucions tradicionals, però si volem abordar de debò la lluita contra la criminalitat organitzada caldria estendre també la unificació a temes com el secret bancari o els registres de propietats immobiliàries.

No es pot oblidar, amb tot, que l'espai europeu no deixa de ser una petita regió del planeta i que si en aquesta regió s'assoleixen un espai i una política comunes, s'aconseguirien objectius politicocriminals importants (molts ja han estat aconseguits).

Tanmateix, el que realment és necessari per a lluitar contra la criminalitat organitzada mundial seria aconseguir una **política criminal comuna també mundial**.

8.1.2. L'adaptació necessària del dret penal per a l'eficàcia de la política criminal conjunta

La lluita contra la delinqüència organitzada va mostrar molt ràpidament que les institucions del dret penal comú estaven abocades al fracàs pel fet d'haver de reduir la seva intervenció penal a episodis laterals i a protagonistes menors. És per això que s'han fet esforços importants per a aconseguir que el dret penal

tingués respostes adequades a la complexitat que comporten els delictes comesos per organitzacions criminals, malgrat els quals el problema segueix obert. Les vies de resposta “tècnica” són sempre insatisfactòries, perquè en la lluita contra la criminalitat rares vegades s’aconsegueix arribar al cap de l’hidra, i només se’n colpegen els braços (és clar que aquests braços poden ser més o menys robustos i importants).

També la ciència penal ha intentat conciliar les categories jurídiques amb les necessitats de donar resposta a situacions que segurament no van ser ni tan sols imaginades quan aquestes categories es van construir. Però per aquí només s’ha aconseguit donar una resposta per a l’enjudiciament de conductes aïllades de subjectes que han fet “alguna cosa” d’acord amb el programa d’activitats de l’organització.

Davant aquesta realitat el camí aparentment més senzill és **castigar per igual** tots els que estiguin vinculats a una organització criminal pel **sol fet de pertànyer-hi**, amb abstracció, per tant, de l’entitat real de l’acte concret pel qual hagin estat arrestats. Aquesta via, no obstant això, toparia amb una primera dificultat: que les legislacions penals, comunament, no ofereixen una regla que ho permeti. A més, probablement, caldrà rellegir acuradament el que significa “el fet”, ja que sovint es tendirà a identificar-lo amb l’**efectiva lesió a un bé jurídic**, però no amb l’estat de risc imminent per a béns jurídics diversos i d’una quantitat desconeguda de persones. Si es vol salvar mínimament el **dret penal del fet**, cada subjecte haurà de ser acusat d’un fet concret, però sense aferrar-se a un concepte de fet que se situï abans fins i tot de la irrupció dels delictes de perill en el dret penal.

Per tant, podem estar d’acord que el que no es pot fer és prescindir totalment del fet i en lloc d’això usar imputacions pròpies del dret penal d’autor, o confondre, per exemple, la pertinença a una organització amb l’amistat o relació amb algun dels seus membres. D’altra banda, en algun tema concret que ja ha pogut ser estudiat i valorat per la doctrina i la jurisprudència, com és el de la pertinença a una banda armada, això és el que precisament passa si es confon qualsevol classe de relació amb l’ingrés i la permanència en la banda, accions (ingressar i estar) que, sens dubte, són “fets” rellevants jurídicament.

Per tant, la via de la incriminació pura i simple de la pertinença ensopega amb dificultats greus si la idea mateixa de pertinença es desdibuixa i cedeix el pas a la de “qualsevol relació”.

Així, per exemple, l’empleat de banca que ajuda a blanquejar diners d’una organització dedicada a explotar la prostitució haurà comès sens dubte un delictes de blanqueig, però seria excessiu considerar que pel fet de conèixer qui són els seus “clients” passa a formar part de l’organització i pot ser castigat per aquest concepte.

8.2. La competència per a jutjar i el ciberespai

El problema de la determinació de l'òrgan judicial competent per a jutjar els grups de criminalitat organitzada és realment difícil, probablement perquè no més s'arribarà a jutjar alguns membres del grup, però mai no s'aconseguirà enjudiciar tot el grup alhora. La indicació de competència pel criteri del lloc de comissió del delictes és ridícula davant la magnitud del problema i l'extensió de les seves branques; però indubtablement els estats hauran d'aplicar les seves lleis als que aconseguixin arrestar (tenint en compte, a més, que l'arrest mateix no sempre serà fàcil). El que passa amb el ciberespai, que és un dels terrenys més fèrtils per a la delinqüència organitzada, és aclaridor.

L'acceptació de la Xarxa o ciberespai com a espai apte per a dur a terme les activitats de la delinqüència organitzada és cosa que avui està fora de dubte. La relació dels delictes que es poden cometre en aquest domini és realment espectacular i és gairebé més senzill i breu referir-se als que "no són imaginables" que als que sí que ho són. Cenyint-nos als que han estat objecte d'atenció en la política criminal conjunta del nostre temps la llista l'encapçala la pornografia infantil, seguida dels delictes patrimonials i econòmics –en el sentit més ampli–, els atacs a la intimitat i els atemptats a la propietat intel·lectual i industrial. A aquesta llista s'ha d'afegir, però amb la seva significació peculiar, l'ús de la Xarxa amb finalitat terrorista o per a la difusió de continguts terroristes.

De la gravetat del problema dona idea el fet que ja l'any 2000 el G8 va expressar en la reunió de París la seva preocupació per la utilització creixent de la Xarxa per part d'organitzacions terroristes o simplement criminals. En la mateixa línia, cal recordar la Convenció Internacional contra la Cibercriminalitat del Consell d'Europa i la creació de l'Agència Europea per a la Seguretat de les Xarxes d'Informació per part del Consell de la Unió Europea.

És evident que és estèril la pretensió d'intentar combatre la delinqüència a la Xarxa amb la mentalitat tradicional del principi de territorialitat, per la qual cosa és d'importància màxima la determinació de tribunals que puguin jutjar aquests delictes sense lligams derivats d'un principi de territorialitat absurdament trasplantat, perquè això només pot servir per a fomentar la impunitat del que passi a la Xarxa.

El Conveni del Consell d'Europa sobre el ciberdelictes de l'any 2001 no va resoldre el problema de la competència, i ho hauria pogut fer superant les idees tradicionals sobre territorialitat de la llei penal en relació amb la ciberdelinqüència, però almenys compromet els estats que procurin l'harmonització legislativa i l'efectivitat de la cooperació judicial i policial. Dos anys més tard, en la reunió del 28 de febrer de 2003 de ministres de justícia de la UE, es van establir uns criteris de determinació de la competència jurisdiccional pels ciberdelictes de caràcter transnacional: en primer lloc, tindrà preferència el lloc

des d'on s'ha comès l'atac, i en segon lloc, la nacionalitat del presumpte autor, i el país on tingui la seu la persona jurídica a la qual es pugui imputar l'atac, sigui per autoria o per un altre criteri. Si el fet afecta diversos països, "s'haurà d'arribar a un acord perquè el procés es dugui a terme en un sol estat [...]", però no es va especificar quin seria el criteri per a seleccionar un estat o un altre, i en tot cas, això només comprometria els estats de la UE, que quan es va produir aquesta reunió eren només quinze.

Costa d'imaginar, per exemple, que en matèries del seu interès, els Estats Units es comprometin a renunciar a la seva pròpia jurisdicció en cap cas.

La solució, una miqueta ingènua, de superar els problemes de competència declarant una espècie de fòrum universal per a aquests delictes (que qualsevol estat pugui jutjar qualsevol delicte comès en el ciberespai), sempre, és clar, en virtut d'un tractat multinacional i tenint a disposició del tribunal els responsables dels delictes, donaria pas a altres problemes: proves, compareixences dels perjudicats, imposició i execució de penes, etc. Potser es podria acollir al principi de **justícia universal** que està ja establert en relació amb determinats delictes⁴, amb independència que la seva execució s'hagi produït a la Xarxa o no. La condició d'eurodelicte desplega ja importants conseqüències per a la persecució en el territori UE, però fora d'aquest territori sorgeixen problemes indubtables, encapçalats per l'absència d'una descripció expressa de quin és el delicte que ha de tenir la consideració d'atac a un bé jurídic **comú a tota la humanitat**, que és la condició que subjeu en tots els supòsits d'atribució de competència en nom del principi de justícia universal.

Però proclamar la concurrència del principi de justícia universal per a fonamentar una competència de tots els tribunals penals pel sol fet que s'hagin comès en el ciberespai seria excessiu.

Els delictes que s'acullen al principi de justícia universal tenen una definició dels seus continguts a través de convencions internacionals (sobre genocidi, sobre terrorisme, sobre tràfic d'éssers humans, sobre pirateria, etc.), mentre que els delictes que es poden cometre a la Xarxa perfectament poden no tenir aquest caràcter. A això s'afegeix que caldria verificar que el fet sigui delictiu on es va cometre o, si es vol ser coherent amb el principi de justícia universal, advertir que és indiferent la valoració legal que tingui en el seu lloc de comissió, la qual cosa, referit a tots els delictes que es poden cometre a la xarxa, seria desmesurat.

⁽⁴⁾Es tracta de delictes, enumerats en l'article 23.4 de la LOPJ, la perseguibilitat universal dels quals procedeix de diferents convenis.

Observació

El que s'ha exposat sobre la cibercriminalitat és una mostra del molt camí que queda encara per fer si de debò es vol practicar una política criminal comuna en matèria de lluita contra la criminalitat organitzada; la qüestió de la territorialitat de la jurisdicció és, es vulgui acceptar o no, un dels problemes de primera magnitud en aquesta línia d'objectius.

8.3. Problemes afegits en la lluita contra la delinqüència organitzada

Sempre que es produeix un augment de la preocupació social per un problema i es decideix canviar la política criminal, cosa que, entre altres coses, implica revisar i canviar el dret penal positiu, es corre el risc de passar-se de certs límits que són irrenunciables, ja que en el seu manteniment ens hi juguem la subsistència de l'estat de dret.

Un primer tema, i de gravetat enorme, és aquesta característica de la criminalitat organitzada del nostre temps que consisteix en **la seva capacitat per a corrompre** el braç que l'ha de combatre.

Això inclou des de la facilitat amb la qual es pot blanquejar diners en negocis de construcció amb el simple expedient de fer participar en el negoci mateix responsables del control de l'urbanisme, fins a arribar a la corrupció a gran escala de dirigents polítics o econòmics.

Per a alguns observadors, aquest és el principal tret distintiu de l'autèntica criminalitat organitzada. De manera que es fa imprescindible augmentar el control sobre la probitat de la conducta d'agents i funcionaris públics.

Un altre tema diferent, en el qual no entrarem en profunditat perquè ens portaria massa lluny, és el perill que unint ingredients com "banda", "perillosa", "estrangers" i "immigració" es potenciïn les ideologies defensores de l'anomenat *dret penal de l'enemic*, com en molts moments s'ha pogut escoltar i veure.

Un altre problema important és el dels límits en la lluita contra la criminalitat organitzada. Les resolucions internacionals en relació amb la qüestió són molt enèrgiques i precises en relació amb els mitjans de lluita, que passen, abans de res, per **una estreta col·laboració** judicial i policial i per **compartir la informació**. Es propugna també la necessitat d'intensificar els controls sobre transaccions, inversions, comunicacions, obertures de comptes, ús de targetes de crèdit i altres mitjans de pagament, transferències, lloguers de cases i de vehicles, compres de passatges d'avió, i un llarg rosari de mesures, que tenen sens dubte la seva raó de ser (prevenció del blanqueig, aturar les finances dels grups organitzats, control de moviments, etc.), però que també tenen una enorme càrrega de risc per a les llibertats i els drets fonamentals de tots els ciutadans.

L'experiència espanyola

L'experiència recent espanyola no convida a l'optimisme en aquesta matèria, però evidentment es tracta d'actuacions molt més accessibles que el control de xarxes internacionals, ja que n'hi ha prou amb un control centrat en l'activitat, i sobretot, en l'acumulació de patrimoni o altres signes sospitosos de la conducta de persones que resideixen en territori espanyol.

La ideologia de la Patriot Act

Sovint es diu que el preu de la pèrdua de la intimitat, de la privadesa o de la llibertat de pensament és poc en comparació de la compensació que representa la seguretat enfront del crim organitzat. Aquesta és la ideologia que nia en la famosa *Patriot Act*, l'impacte de la qual s'expandeix fora dels EUA i genera temptacions d'imitació en molts altres estats.

Resum

Partint de la base que la política criminal constitueix, abans de res, la part de la política que es dedica al problema del delictes, s'han abordat en aquest mòdul les diferents definicions de política criminal, des de concepcions més estrictes que atenen exclusivament l'anàlisi de les decisions legislatives, fins a les més àmplies que inclouen la valoració de l'actuació de l'estat i dels poders públics davant el delictes, d'acord amb determinats punts de partida ideològics.

Després d'exposar els orígens de la política criminal a partir del naixement dels estats de dret i les tendències politicocriminals principals del segle XIX i XX, el mòdul se centra en els principis penals que es deriven de la Constitució espanyola de 1978, principis que constitueixen llocs on aferrar-se indispensables i que són propis d'una ideologia penal adequada a un estat social i democràtic de dret. Aquests principis limiten la intervenció punitiva i han d'orientar la creació i l'aplicació del dret penal vigent. Així, el dret penal només pot pretendre tutelar determinats béns jurídics, aquells que siguin els mínims essencials per a la convivència, i únicament enfront dels atacs més greus a aquests béns jurídics, quan altres sectors de l'ordenament jurídic hagin fracassat en la seva tutela. Un estat de dret només pot contemplar un dret penal del fet i de la culpabilitat, i per tant se n'exclouen la responsabilitat objectiva i la sanció per una forma de vida o per la personalitat del subjecte.

Amb tot, atès que la política criminal és filla del seu temps, en l'actualitat hi ha nous reptes derivats de la globalització, com la criminalitat transnacional i organitzada, el reconeixement de la capacitat delictiva de la persona jurídica i el ciberespai com a nou escenari de la comissió de delictes –fins i tot dels que atempten contra béns jurídics personals, entre altres. Davant aquests fenòmens, sorgeixen nous models politicocriminals, com la política criminal de la societat del risc, la política criminal de la seguretat ciutadana, el dret penal de l'enemic i el populisme punitiu, els quals, de vegades, poden entrar en fricció amb els principis limitadors del *ius puniendi* de l'estat que deriven de la Constitució.

Exercicis d'autoavaluació

1. Les lleis penals...

- a) són les úniques que poden aconseguir la finalitat de prevenir el delictes.
- b) exigeixen certs punts de partida ideològics ancorats constitucionalment.
- c) són normes que persegueixen establir certes pautes morals d'actuació del ciutadà.
- d) són fenòmens ideològicament neutres, ja que en la societat actual hi ha una pluralitat d'ideologies.

2. El pensament penal de l'escola clàssica...

- a) sosté que les accions delictives són una opció lliure del delinqüent.
- b) considera que el delinqüent ho és per herència biològica, i es detecten en ell determinats trets físics.
- c) entén que el delinqüent és un subjecte necessitat de tutela, protecció i curació, i que la pena ha de respondre a una finalitat curativa.
- d) Cap de les respostes anteriors és correcta.

3. Els principis penals derivats de la Constitució...

- a) poden ser, en tot cas, objecte de recursos davant el Tribunal Constitucional, de manera que l'Alt Tribunal és l'òrgan que en última instància pot dirimir tots els problemes penals.
- b) estan tots inclosos en articles concrets de la Constitució, com a mandats terminants i vinculants.
- c) com que són principis axiològics, no comporten cap limitació per al legislador en la seva tasca creadora del dret.
- d) són indissociables de la ideologia penal adequada a un estat social de dret i despleguen efectes tant en les polítiques legislatives penals com en l'aplicació de la llei a un cas concret.

4. El dret penal del fet i de la culpabilitat...

- a) implica que un subjecte només pot ser sancionat quan els fets demostrin que el delictes no ha estat un episodi aïllat de la seva vida, sinó que el comportament delictiu prové de la seva personalitat culpable.
- b) implica, entre altres qüestions, rebutjar la responsabilitat objectiva i la punició sense que hi hagi un fet concret i anterior a la pena.
- c) es refereix al fet que la sanció es basa en fets objectius, sense que calgui avaluar la situació concreta en què es trobava el subjecte.
- d) considera que el coneixement que el subjecte tingui que el fet que va realitzar era delictiu és innecessari, ja que la ignorància de les lleis no eximeix del seu compliment.

5. El principi d'intervenció mínima i d'*ultima ratio*...

- a) és la conseqüència lògica de l'obligació de tutelar només els béns jurídics que siguin més essencials i únicament enfront dels atacs més greus.
- b) parteix de la base que la pena és un mal irreparable i imperfecte, per això s'ha d'utilitzar com a últim recurs.
- c) exigeix que abans d'acudir al dret penal es valori si altres branques del dret, com el dret administratiu sancionador o el dret civil, són ja suficients per a tutelar aquest bé jurídic enfront d'aquest atac.
- d) Totes les respostes anteriors són correctes.

6. L'orientació de la pena a la reinserció...

- a) implica concebre la finalitat de la sanció penal com una afirmació del dret.
- b) no té relació amb la proporcionalitat entre el delictes i la pena. La pena a imposar serà la necessària perquè el subjecte assoleixi la reinserció, sense que tingui relació amb el delictes comès.
- c) Encara que no s'aconsegueixi efectivament en tots els casos, és una finalitat a la qual s'ha d'orientar la tasca legislativa i la imposició de qualsevol pena.
- d) Cap de les respostes anteriors és correcta.

7. El dret penal del risc...

- a) se sol concretar en la llei penal amb la creació de delictes de perill.

- b)** constitueix una formulació teòrica segons la qual el dret penal ha d'intervenir en els supòsits en què el delinqüent sigui perillós, i en virtut d'aquesta perillositat, hi ha un risc elevat que dugui a terme accions delictives.
- c)** sanciona penalment totes les actuacions que comportin un risc de lesió a béns jurídics reconeguts constitucionalment, ja que tot risc s'ha de contenir amb l'instrument jurídic més contundent.
- d)** és una orientació politicocriminal pròpia del correccionalisme.

8. La política criminal de la seguretat ciutadana i el populisme punitiu tenen en comú...

- a)** que solen provocar l'augment de les penes.
- b)** que tendeixen a establir un dret penal mínim.
- c)** que prioritzen la intervenció prepenal enfront de l'establiment de delictes.
- d)** Totes les respostes anteriors són incorrectes.

9. L'orientació politicocriminal coneguda com el dret penal d'autor...

- a)** únicament ha tingut lloc en els estats feixistes.
- b)** implica l'admissió que certs criminals no són persones.
- c)** és una orientació politicocriminal que es constitueix com l'exponent màxim en la salvaguarda de les garanties penals davant la comissió de qualsevol il·lícit penal.
- d)** proscriu l'establiment de subsistemes caracteritzats per l'abandonament de les pautes ordinàries del dret penal.

10. L'auge de les organitzacions criminals...

- a)** ha representat que el principi de territorialitat tingui finalment un paper decisiu en la persecució d'aquesta classe de criminalitat.
- b)** ha fomentat la consolidació de la noció d'estat.
- c)** és un problema que només concerneix al dret penal.
- d)** ha provocat que de vegades el dret penal avanci la seva intervenció a estadis propis dels actes preparatoris.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. b

2. a

3. d

4. b

5. d

6. c

7. a

8. a

9. b

10. d

Glossari

bé jurídic *m* Interès individual o col·lectiu valorat positivament per l'ordenament jurídic i protegit mitjançant tipus delictius descrits per les lleis penals.

caràcter fragmentari *m* Referit al dret penal, que només es pot utilitzar per a la protecció de béns jurídics essencials enfront dels atacs més greus.

delicte de perill *m* Delicte que sanciona penalment una conducta abans que es produeixi un resultat de lesió. Per tant, sanciona una conducta perillosa *ex ante* per a un bé jurídic o idònia per a causar un resultat.

dret penal mínim *m* Corrent de pensament que sosté que el dret penal s'ha de limitar a sancionar un nombre reduït de delictes, seguint el principi d'intervenció mínima.

dret penal positiu *m* Conjunt de normes penals escrites.

escola correccionalista *f* Grup de penalistes que sostenien que el delinqüent era una persona necessitada de tutela, protecció i correcció, de manera que la pena havia de consistir en un tractament curatiu. Les seves tesis s'inclouen en les finalitats preventivoespecials de la pena.

filosofia krausista *f* Corrent filosòfic que es va desenvolupar durant la segona meitat del segle XIX, prenent com a base el pensament del filòsof alemany F. Krause (1781-1832). Utilitza el concepte de *panenteisme*, amb el qual va pretendre salvar la possibilitat que els homes tinguin llibertat. Dins del seu sistema va concedir especial importància a la filosofia de la història i del dret, i va criticar la teoria absolutista de l'estat. Aquest corrent filosòfic va tenir una gran recepció a Espanya, amb grans rendiments en el camp de la pedagogia.

garantisme jurídic *m* Conjunt de normes i principis que pretenen delimitar el poder punitiu de l'estat per a evitar excessos injustificats.

jusnaturalisme *m* Corrent de pensament filosòfic sobre el dret que postula l'existència d'uns drets de l'home consubstancials a l'ésser humà, que són universals, previs al dret escrit i que existeixen amb independència que siguin o no reconeguts en les lleis.

pensament contractualista *m* En el context, corrent de la filosofia política i del dret que justifica el dret a sancionar. Sosté que l'origen del dret de punir està en cada un dels ciutadans, els quals, mitjançant el contracte social, hi renuncien i el cedeixen a l'estat, per a aconseguir així més seguretat i pau.

positivisme naturalista italià *m* Escola pertanyent al segle XIX, iniciada per Lombroso, que sosté un determinisme en la delinqüència. Segons Lombroso, el delinqüent nat tindria uns trets físics determinats.

prevenció especial positiva *f* Finalitat de la imposició d'una pena, que pretén evitar la comissió de futurs delictes actuant sobre el delinqüent perquè aquest no torni a delinquir, procurant-ne la reinserció social.

prevenció general negativa *f* Finalitat de la pena, que persegueix prevenir la comissió de futurs delictes actuant sobre el conjunt de la societat, mitjançant l'establiment d'unes normes sota l'amenaça d'una pena.

principi d'intervenció mínima *m* Principi penal sobre la base de com el dret penal només pot intervenir per a la protecció dels béns jurídics més essencials per a la societat i enfront dels atacs més greus.

responsabilitat objectiva *f* Responsabilitat penal sense que hi hagi dol o imprudència, per tant, prescindint de la voluntat, coneixement o la imprudència del subjecte que actua.

retribucionisme *m* Corrent que defensa que la pena és un càstig pel delicte comès, sense que tingui cap altra finalitat ulterior.

seguretat jurídica *f* Garantia penal que es refereix a la certesa del dret, de manera que hi ha d'haver una llei escrita que sigui clara i concreta, sense acudir a termes vagues o indefinits.

emphasis *f* Referit al dret penal, el fet de considerar aquest sector de l'ordenament jurídic com l'últim recurs, prioritzant la intervenció d'altres branques de l'ordenament jurídic. El dret penal només pot intervenir si aquests altres sectors jurídics no són eficaços.

Bibliografia

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

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

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

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

Carbonell Mateu, J. C. (1999). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. València: 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. (directors) (2009). *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales*. València: 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). "Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo". A: L. Arroyo Zapatero; V. Neumann; A. Nieto Martín (coordinadors). *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Conca: Universidad Castilla la Mancha ("Colección de Estudios").

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* (núm. 7).

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

