

La EVOLUCIÓN de la POLÍTICA PENAL
Texto para los Encuentros del Colegio de Abogados de Ourense
6 de Octubre de 2007
Gonzalo Quintero Olivares
Catedrático de Derecho Penal

Las líneas que siguen pretenden ser un resumen de mi opinión sobre una *parte* de los muchos temas que en programa se han ubicado en mi intervención, que bajo el título de la “Evolución de la política penal” reúne : Delimitación y configuración de los tipos de delito, el endurecimiento de las penas, los sujetos activos del delito, la criminalización, el derecho penal de autor, la pena retributiva o expiatoria, resocializadora, inocuizadora, el aumento paulatino o estructural de la población penitenciaria...En suma: una cantidad de temas diferentes que es imposible analizar pormenorizadamente, aunque sí se puede encontrar un denominador común para todos ellos, y es que expresan los síntomas más claros de las enfermedades que aquejan al derecho penal de nuestro tiempo.

De esas enfermedades elegiré alguna de las más sobresalientes, comenzando por el problema del imparable crecimiento del derecho penal. Tras decenios de clamar por la reducción del derecho penal en nombre del principio de *extrema ratio* o el de intervención mínima, nos encontramos con que cada vez se producen más leyes penales. Y no solo eso, pues también después de mucho recomendar la renuncia en lo posible a la pena privativa de libertad, ésta vuelve a campar como la reina de las respuestas penales y casi la única posible.

Entremos un poco en estos temas:

1. El crecimiento del derecho penal

*“...l'insensata idea
che il diritto punitivo deve estirpare dalla
terra tutti i delitti, porta la scienza penale
all'idolatria del terrore, e al popolo alla
fede nel boia, che è il vero guaritore del
diritto penale...” Francesco Carrara*

En la segunda mitad del siglo XIX Carrara se manifestaba horrorizado por lo que él calificaba de crecimiento descontrolado del

derecho penal. En su sentir los principios rectores del derecho penal, plasamados en su famoso *Programa*, solo tenían sentido si el derecho penal se circunscribía a lo realmente esencial, pero se desmoronarían si tenían que servir para explicar y fundamentar una ilimitada cantidad de leyes. Si tenemos en cuenta que en los tiempos del gran maestro apenas existían delitos de peligro (y este es solo un ejemplo) cabe imaginar lo que diría si viera el tamaño que alcanzan las leyes penales en la Europa (y fuera de Europa) de nuestro tiempo.

Claro que ante ese panorama el penalista se tiene preguntar obligadamente si eso era preciso, prescindiendo de otra clase de evolución y desarrollo (el de la técnica misma del derecho penal), que hoy es más prolija y perfeccionista que hace medio siglo. Esa evolución técnica, en líneas generales, ha sido positiva, y se aprecia en un claro perfeccionamiento conceptual tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (Sin perjuicio de que a veces haya también mala doctrina o mala jurisprudencia). Pero tal vez ese sea el único y magro motivo de satisfacción. Otra cosa es la cuestión de la *eficacia real de las leyes penales y al respeto de la ciudadanía a la justicia y al derecho penales*, temas de los que es obligado tratar, pues declarar que la evolución conceptual ha sido más positiva que negativa no sirve de mucho si eso no se ha correspondido con un fortalecimiento de la justicia penal encuadrada – en el caso español – en un Estado de Derecho todavía joven y que en verdad, aunque mucho se haya avanzado, todavía no ha impregnado culturalmente la vida colectiva (ciudadanía) y la vida pública (poderes públicos) .

Volviendo a los posicionamientos científicos sobre la transformación del derecho penal (y no me ciño al derecho español) quiero detenerme en un problema que ha dado lugar a numerosos malentendidos. Existe una tendencia en la ciencia penal que censura con argumentos severos¹ a los penalistas que a su vez critican la constante introducción de nuevos tipos de delito². Las posiciones

¹ En relación con la cuestión vid.: J. Silva, *“La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, Madrid, 2001; también, L.Pozuelo, *“De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos”*, en *“El funcionalismo en derecho penal”*, L.H.a Jakobs, U.Ext.deColombia, 2003, II, p.113 y ss.

² En la orientación crítica “al aumento del derecho penal”, destaca Hassemer (*“Pena y Estado”*, trad.Larrauri, 1991) o (en la misma orientación doctrinal), Herzog, en *“ Nullum crimen sine periculo sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln”*, en: K.Lüderssen/C. Nestler-Tremel/E. Weigend (editores), *“Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip”*, Frankfurt / Bern, 1990. Contra los argumentos de este grupo escribe

enfrentadas pueden reducirse, a grandes rasgos (que precisamente por eso luego han de ser muy matizados), en los siguientes términos.

1.1. El crecimiento del derecho penal como algo *lógico*

Muchos penalistas opinan que las sociedades modernas exigen al derecho penal respuestas y presencias que eran inimaginables en otro tiempo, y eso obliga a la creación de nuevos tipos de delitos que sean consecuentes con la sociedad actual, en la que por una parte se muestra *la necesidad de convivir con el riesgo* y, por otra, surgen *valores que antaño no se apreciaban*, como por ejemplo, por citar los ejemplos más citados, el medio ambiente o la limpieza del juego en el mercado. A todo eso se deben añadir otros argumentos repetidos hasta la saciedad, como el tópico de aludir a los cambios sociales³ y económicos, a las nuevas tecnologías, a las variaciones de significación de los actos humanos, a la aparición de conductas que hoy se tienen como normales y legítimas mientras que en un pasado no lejano eran, si no delictivas, cuando menos repudiadas, a la globalización, que se suman a las ya citadas apariciones de nuevos intereses y la colectiva opción por vivir en la llamada “sociedad del riesgo”, todo lo cual ha de tener traducción en el derecho penal. Queda por último, y tiene indudable importancia, la llamada “revolución tecnológica” y su impacto en el derecho y en la justicia penales. Sabemos que las revoluciones científicas han marcado las grandes etapas de la evolución de las sociedades. Así sucedió con la máquina de vapor, con la telegrafía o la telefonía, con el motor de explosión, con la aviación, con la televisión y, como no, ha sucedido con las tecnologías de nuestro tiempo, destacando la cibernética y la red mundial por encima de todas ellas, así como la informática⁴. Pero la trascendencia de la revolución de las computadoras, la irrupción del espacio cibernético, la sustitución de la tierra por la “red”, etc., no es solo algo privativo del derecho penal, sino que

muy ácidamente Schünemann, en *“Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”*, trad.Cancio, ADP, 1996.

³ Como por ejemplo: la globalización, el multiculturalismo, el terrorismo, la imparable inmigración, el paro subsiguiente al agotamiento de los modelos de crecimiento económico, las reacciones conservadoras defensistas, etc. *“Los sistemas penales internos ante los ciudadanos y los sistemas extranjeros: hacia un concepto supranacional de lo injusto”*, XIV Congreso de Alumnos de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, Revista Penal, nºesp., 2001.

⁴ En relación con la informática como objeto y como campo delictivo, vid.: E. Orts Berenguer, *“Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

alcanza a todas las relaciones jurídicas y a la propia cultura de nuestro tiempo; por lo tanto carece de sentido acudir a esa explicación de la situación que vive el derecho penal.

1.2. El crecimiento viciado del derecho penal: las garantías como estorbo

Otros penalistas, en cambio, no se preocupan tanto por aprobar o desaprobar la decisión de dar tutela penal a un bien jurídico frente a un determinado ataque, sino que su mayor preocupación es poner de manifiesto que la velocidad de crecimiento del derecho penal no es un mero fenómeno cuantitativo, *sino que genera un cambio cualitativo porque no se trata solo de más leyes, sino de búsqueda obsesiva de eficacia a cualquier precio*, y por eso para que a la vez haya más derecho penal y éste sea más “tangible” el aumento del número de leyes penales va acompañado de una progresiva *liquidación del conjunto de garantías del derecho penal* (taxatividad, ofensividad, intervención mínima, etc.), y de esa manera la “modernización necesaria” está transformándose en la gran excusa para aumentar la represión sin ataduras, creando además delitos innecesarios porque no se justifica el interés tutelado ni tampoco que se haya de recurrir a la protección penal (ahí entran muchos delitos de riesgo que podrían quedarse en el ámbito administrativo)

Por supuesto que *en la doctrina* esa “renuncia” es conceptualizada como necesaria y *jurídicamente correcta* por algunos teóricos del derecho penal (esencialmente los seguidores de la idea de derecho penal del enemigo), que creen imprescindible acabar con la reiterada utilización de las garantías para conseguir la impunidad.

1.3. El crecimiento del derecho penal y las garantías

Mi opinión sobre la evolución del derecho penal de nuestro tiempo se sitúa más cerca de los segundos que de los primeros. Ahora bien, como en todo, es preciso precisar muchas cosas.

- a) En primer lugar, no hay duda alguna de que hoy se reconocen valores que, como es el caso del medio ambiente, en el pasado carecían del aprecio que

necesitan⁵; y también es cierto que nuestra sociedad ha decidido vivir en una especie de estado permanente de “riesgo que se quiere controlar”. Desde ese ángulo de observación resulta indiscutible la necesidad de crear nuevos delitos, porque las fórmulas típicas tradicionales (especialmente en lo que se refiere a la represión sobre la creación de riesgo) son incapaces de atender a las demandas de anticipación de la intervención penal, sin entrar ahora en el relativo *fracaso práctico de los delitos de peligro*, fracaso que se resume en una frase: no consiguen esa anticipación preventiva.

- b) En segundo lugar, en la medida en que el *objeto de la regulación penal*, se va haciendo más y más complejo resulta más difícil utilizar unos principios comunes sobre teoría del delito, de la autoría y la participación, de la ejecución, etc. *La uniformidad de la teoría del delito “originaria” ha tenido que dejar paso a construcciones dogmáticas alternativas* y capaces de explicar las diferentes modalidades de infracción penal. Eso comenzó con los delitos omisivos y los de peligro, y paralelamente fue creciendo la “dogmática del delito imprudente”. Pero luego irrumpirían los “modelos alternativos” para drogas, terrorismo, inseguridad ciudadana, violencia doméstica, responsabilidad penal de personas jurídicas, etc.

He dicho antes que nuestra sociedad siente la necesidad de *anticipar* la intervención del derecho penal, y ese sentimiento se traduce en diferentes reacciones. Un primer grupo de casos es el de los diferentes delitos nacidos por la presión de la *evolución técnica y económica*. Ahí entran la mayor parte de los delitos de riesgo, con infracciones que en el pasado eran como mucho administrativas. Es admisible, en algún caso, la acusación de “insuficiencia” del derecho administrativo sancionador en algunas de nuestras sociedades, pero esa ineficacia no puede resolverse saltando al derecho penal sin asumir sus garantías.

⁵ Sobre la génesis del valor “ambiente” en nuestras sociedades es interesante y clarificadora la exposición que hace R.Martín Mateo, en *“Manual de Derecho Ambiental”*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, 2003, p.21 a 44; el mismo autor (pp.70 y 71), aun partiendo del carácter imprescindible de la intervención del derecho penal, expone su escepticismo sobre la viabilidad y utilidad de las normas penales *tal como están configuradas en nuestro Código*.

El discurso sobre la necesidad de encontrar algo más contundente que el derecho administrativo pero menos traumático que el derecho penal es sin duda interesante, como también lo puede ser la idea de condicionar la expansión del derecho penal a la renuncia a recurrir a la pena privativa de libertad. Pero *lo que no es admisible es una descalificación global del sistema sancionador administrativo o de la utilidad del derecho privado (pensemos en algunos delitos societarios que son totalmente innecesarios) para justificar un imparable aumento del número de delitos que no se explican ni por la evolución de la sociedad, ni por carencias de otras ramas del derecho.*

Por lo tanto es equivocado explicar todo en nombre del “cambio social”, pues eso, además no solo no puede justificar la creación de ciertas infracciones, sino que tampoco puede explicar (y es tanto o más grave) el intolerable aumento y endurecimiento *del derecho penal clásico* a la vez que las infracciones que debe de imponer el tiempo que vivimos se configuran mal y se aplican peor (para muestra basta citar el delito urbanístico y el delito fiscal).

2. La ruptura de la unidad y la igualdad: la aparición creciente de subsistemas

La idea de que la teoría del delito y, con ella, la Parte General del Derecho penal – especialmente la teoría de la participación, la teoría del desarrollo de la ejecución del delito y la teoría de la pena y su aplicación - es un común denominador válido para cualquier infracción penal, es también otra verdad del pasado y mentira del presente. Hoy tenemos grupos importantes de infracciones penales que se regulan con arreglo a sus propios “principios” (si es que se pueden denominar así) ajenos a los que rigen en la teoría del delito “común”. Eso sucede con materias como los delitos relativos al *tráfico de estupefacientes* o los *delitos de terrorismo*, sin entrar en si necesariamente ha de ser así o por el contrario cabría someterlos a las pautas comunes, y hasta incluso se pretenden criterios diferentes en campos como el de los delitos contra la Hacienda pública, en los que la Administración pugna periódicamente por conseguir someterlos directamente al principio de responsabilidad objetiva. Pero la conclusión es clara: la Parte General no es ya tan “general”.

Si a la Parte General del derecho penal se le añaden las especialidades procesales y de ejecución penitenciaria, la pluralidad de sistemas es todavía mayor. Defender la bondad de que así sea

requerirá de argumentos muy sólidos y, posiblemente, no serán de índole jurídica

La justificación que se ofrece para la introducción de leyes que modifican el *régimen penal general* es *siempre la persistencia de males antiguos que hay que extirpar de una vez (caso del terrorismo) o la aparición de fenómenos criminales nuevos, como son los de la inseguridad ciudadana, que se liga en mayor o menor medida a la inmigración ilegal*⁶. El problema, curiosamente, es el básico desarrollo del principio de igualdad. *Todo subsistema presupone la aceptación de que hay delincuentes mejores y peores; unos pueden ser sometido a un régimen penal, procesal y penitenciario “especial” mientras que para otros es suficiente el régimen “general”*. Naturalmente quien así piense habrá considerado que las reglase generales son particularmente ineficaces, cuando no injustas, aplicadas a ciertos grupos de delincuentes.

Pero las consecuencias se expanden y manchan a todo el sistema penal, porque las modificaciones en materia de ejecución penitenciaria, beneficios, etc., no serán respetuosas con la igualdad constitucional sin que pueda servir para justificarlo un pronóstico de reincidencia que también se puede pronunciar para la criminalidad no “especial”. Por lo tanto obedecerán simplemente a objetivos intimidatorios cuya eficacia futura es más que dudosa.

La introducción de reglas que quiebran los conceptos generales, como especialmente, los de autoría, participación, ejecución imperfecta y consumación, equivale, ante todo, a romper con las categorías generales correspondientes; pero es que, además, impiden la viabilidad de ofrecer *sinceramente* una teoría del delito apta para el derecho penal español, pues no puede merecer esa calificación de teoría una descripción global en la que cada categoría haya de adjetivarse como válida para algunos delitos, pero no para todos.

En cuanto a los peligros que entraña el recurso a la creación de *subsistemas penales* la preocupación es mayor, puesto que una vez que se abre la posibilidad de hacerlo van apareciendo grupos de

⁶ El tema no es absolutamente nuevo. De ello me ocupé en “*Extranjería y diferencia en el actual derecho penal español. La unificación de la política criminal en Europa*”, en “*Les Nouveaux droits de l’homme en Europe*”, XI Congrès de la Unión de Abogados Europeos, Bruylant, Bruxelles, 1999.

potenciales criminales que *lo exigen*: los relacionados con las drogas, los terroristas, los que crean inseguridad ciudadana como criminalidad insidiosa⁷, los extranjeros sin residencia legal en España, los delincuentes habituales. El listado puede seguir aumentando; pero lo preocupante no es solo que se resquebraje el ideal de igualdad, sino que la experiencia enseña que cuando las garantías se rebajan para unos acaban rebajándose para todos y, lo que es peor, los problemas que se invocaron para justificar la “especialidad penal” por lo común no se han resuelto con ella.

3. El endurecimiento de las penas

Se ha dicho que la característica más sobresaliente de la evolución del derecho penal en la España democrática ha sido el constante endurecimiento de las leyes penales. No creo que sea justo decir eso, pues *la dureza de las leyes no deriva solo de ellas mismas, sino también de que sean aplicadas con principios jurídicamente controlables y estables*.

Así y todo es fácil detectar en los políticos españoles y en muchos “operadores” o manipuladores de opinión *una sólida fe de carbonero en la llamada prevención general negativa o intimidatoria*. Solo así se puede entender la aparente convicción sobre la bondad del criterio con la que se anunció en su momento el aumento de las penas imponibles a determinados delitos, graves o leves, más allá de los marcos que pueden verse en Códigos europeos de los últimos diez años. Como quiera que es difícil suponer que el Gobierno crea en verdad en la eficacia de la exasperación de las amenazas la única explicación posible es que esa exhibición de fuerza represiva no está dirigida a potenciales delincuentes futuros, sino a *potenciales votantes futuros*. Nada importa el precio que haya de soportar el principio de proporcionalidad, tanto en su vertiente de equilibrio con la gravedad del hecho cuanto en la que corresponde a la comparación con el castigo que merecen otras infracciones.

La orientación hacia *endurecer las penas privativas de libertad* como única o mejor respuesta a la criminalidad se concreta en varias muestras, pero antes de entrar en ellas quiero descartar una tesis que

⁷ De esta cuestión nos ocupamos en G.Quintero y M.Cugat, “ *Estudio sobre la criminalidad insidiosa, su valoración penal, las respuestas del derecho penal español*”, Publicaciones de la Fundación Pi i Sunyer, Barcelona 2003.

se oye con frecuencia: la de que la espiral de endurecimiento comenzó con la supresión del sistema de *redención de penas por el trabajo, desgraciado por muchos conceptos.*

Creo que la tendencia endurecedora puede situarse en una línea que discurre por los siguientes pasos:

- a) la fijación de marcos mínimos de pena que garanticen la imposibilidad de la condena condicional
- b) el establecimiento de períodos de seguridad (art.36.2 CP)
- c) la introducción de lo que en la práctica sería la pena de cadena perpetua por la vía de exigir que las penas impuestas a un mismo sujeto se cumpla por el sistema de acumulación aritmética (con una limitación a los...40 años) o estableciendo que las penas graves apenas tendrán beneficios penitenciarios (acceso al régimen abierto).
- d) las interpretaciones de la Sala II sobre la concesión de beneficios (doctrina Parot)
- e) la recuperación de la posibilidad de imponer *penas privativas de libertad de breve duración* (a partir de tres meses)
- f) en la renuencia a reconsiderar cuál es la respuesta adecuada al hecho indudablemente grave de la reincidencia, como se ha visto a propósito del PrRCP de 2007, que lo intentó sin éxito.
- g) En el debate que está conduciendo inexorablemente a la fijación de la reclusión perpetua para los reincidentes en violación (aunque no en otros delitos, lo que no deja de ser absurdo).

Estos son temas que solo he querido enunciar y dejarlos a disposición de todos para que sean si se quiere objeto de debate.