

Mitos y modas del derecho penal tras algunos años de experiencia (1)

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal
Universitat Rovira i Virgili

RESUMEN

Estos comentarios tienen como objetivo únicamente poner de manifiesto cómo muchos de los temas que han preocupado en algún momento a los penalistas han perdido importancia o interés con el paso de los años, lo cual relativiza la auténtica importancia de los mismos. Lo mismo ha sucedido con ideas que se consideraron imprescindible para comprender el sistema penal. La otra parte del estudio está dedicada a destacar temas cuyo interés solo se puede entender como una atracción pasajera, que después de preocupar a los penalistas durante un tiempo desaparecen del campo de estudio. Por el contrario, hay problemas que parecen destinados a perdurar sin encontrar nunca solución.

Palabras clave: *teoría, proporcionalidad, dolo, sistema, culpabilidad, imputación, personas jurídicas, pena.*

ABSTRACT

These comments are intended only to show how many of the questions that have worried in some moment to the experts in criminal law have lost importance or interest over the years, which relativizes the true importance of them. The same has happened with ideas that were considered essential to understand the penal system. The other part of the study is dedicated to highlighting issues whose interest can only be

(1) Este trabajo está dedicado a mis amigos los profesores de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, y fue allí parcialmente expuesto el 21 de junio de 2019.

understood as a passing attraction, which after worrying the criminals for a time disappear from the field of study. On the contrary, there are problems that seem destined to endure without ever finding a solution.

Key Words: *theory, proportionality, intent, system, culpability, imputation, legal persons, pain.*

SUMARIO: 1. Introducción: el sentido de estas páginas.–2. Los mitos. 2.1 La «perfecta» teoría del delito. 2.2 La culpabilidad como juicio personal cristalizado en un reproche que es la condena. 2.3 La pena como «amarga necesidad». 2.4 La función del bien jurídico y el principio de ofensividad. 2.5 El principio de proporcionalidad. 2.6 Los principios de intervención mínima y *ultima ratio*. 3. Las modas. 3.1 El uso alternativo del derecho. 3.2 El debate sobre la colocación sistemática del dolo. 3.3 La imputación objetiva. 3.4 Hablar de Jakobs. 3.5 La «organización criminal» y el «autoblanqueo», de fenómeno nuevo a acusación automática. 3.6 La «era de las *compliance*».–4. Recapitulando, un poco, sobre la realidad penal.

1. INTRODUCCIÓN: EL SENTIDO DE ESTAS PÁGINAS

He llegado a mi jubilación administrativa, pero seguiré siendo penalista mientras viva, pues, después de haber dedicado tantos años a este menester, resulta imposible desprenderse de algunas tendencias mentales, como es la de preocuparse por los problemas penales. Precisamente por eso, estas reflexiones son solo una parada en el camino que seguramente continuaré recorriendo, pero no sobra una pequeña recapitulación sobre lo visto y oído.

En las páginas que siguen no voy a señalar problemas nuevos o candentes, y no porque eso no sea importante, sino porque, a estas alturas de mi vida me parece más interesante para los demás hacer un pequeño balance de mi experiencia como penalista, dejando de lado los rituales modos de expresión académicos. Quisiera que los más jóvenes puedan conocer unas opiniones que en modo alguno pretendo presentar como sabias e indiscutibles verdades, sino percepciones acumuladas al paso de los años, y, por supuesto, bastante subjetivas, como es lógico, razón por la cual solo puedo respetar al que discrepe.

El título que he dado a este trabajo –mitos y modas del derecho penal– puede resultar un tanto oscuro o escandaloso, aunque yo no

creo que lo sea, pues solo pretende resumir, con denominaciones que pueden ser exageradas o parecer injustas para con respetables pensamientos, mi punto de vista sobre una serie de cuestiones penales. He elegido esas etiquetas, como hubiera podido usar otros criterios clasificadores más amplios o reducidos. Tal vez haya quien estime frívolo tildar de «moda» cualquier tema que tenga que ver con algo tan severo como el derecho penal. Pero confío en que nadie haya de sentirse ofendido, pues no creo que ninguna persona inteligente vea afectada su sensibilidad profunda por la importancia que yo conceda a este o aquel problema penal.

Por supuesto que cualquier penalista podría añadir los temas que, en su opinión merecen también calificarse como moda o como mito, o cuestionar los que yo sugiero. Igualmente, la selección de temas es un tanto arbitraria, y podría ser incluso más amplia. Pero he creído suficiente una selección de muestras que pueden admitirse como significativas.

Quien me dispense el honor de leer estas páginas observará, y, acaso, lo censure, que nada de lo que se dice va acompañado de nota alguna. La explicación es sencilla: por una parte, este no pretende ser un trabajo académico, sino una especie de larga carta, dedicada a unos amigos concretos, y, a la vez, dirigida a un número indeterminado de posibles lectores. Ni a unos ni a otros les hablo con notas a pie de página.

Por otra parte, y eso es también fácil de comprender, los temas que indico los califico unas veces de modas y otras de mitos, y me tomo esa libertad «literaria» sin con ello pretender decir que uno o muchos colegas han dedicado su tiempo a estudiar o glosar mitos y modas, cosa que *también yo he hecho*. Pero no quiero que nadie se sienta ofendido por lo que, en el fondo, no deja de ser una reflexión sin especiales pretensiones que solo expresa un cierto desengaño de quien las hace.

Hechas estas precisiones, que no me han de salvar de la censura, lo sé, pasaré a exponer mis reflexiones.

2. LOS MITOS

Si yo califico algo como «mito» no me estoy refiriendo a otra cosa, como son los «lugares comunes», de los que todos hablan y nadie se molesta en demostrar si lo que se dice es verdad o mentira. Los ejemplos son múltiples, solo como muestra pensemos en estas frases: «la cárcel no sirve para nada», la «mayor parte de los presos serán reinci-

dentes», las sentencias «están decididas de antemano», «mucho derecho penal, pero la inseguridad ciudadana no para de crecer», «los más listos siempre escapan». La relación podría continuar, pero no es a eso a lo que quiero referirme, sin poner en duda que, como dato «sociológico», la persistencia de esa clase de opiniones es preocupante.

Un mito era, en la antigüedad, una explicación de la historia apoyada en la imaginación a falta de datos concretos. Esas explicaciones iban impregnando la cultura de una sociedad en un tiempo dado, mezcladas frecuentemente con intervenciones de divinidades. Tampoco quiero utilizar el término «mito» en ese sentido, ni menos en el de «máxima calidad», como a veces se hace, como adjetivo que califica la grandeza de un artista o de un deportista «míticos».

Denomino «mitos», *aplicado el término al derecho penal*, para referirme a una serie de verdades o axiomas «recibidos» que, a lo largo del tiempo, han ido demostrando si no su «inexistencia», una importancia muy inferior a la que se les daba, determinada, especialmente, por la cantidad de excepciones a la supuesta regla.

Normalmente, en la ciencia penal a muchos de esos axiomas los denominamos «principios», y no hay que reflexionar mucho para llegar a la conclusión de que padecemos un empacho de «principios» –Alejandro Nieto acuñó la expresión «principalismo» para etiquetar un mal extendido en la ciencia jurídica española– porque hay una sobrecarga que no se justifica, enfermedad que está bastante extendida en la ciencia jurídica y no solo en la penal.

Bastantes de esos principios se transforman, con el paso del tiempo, en «mitos» cuya razonabilidad y función no se discuten, y eso es precisamente lo que no es admisible en relación con bastantes de ellos, *que están huecos de contenido*, de los que seguidamente seleccionaré un grupo que creo significativo.

No cabe duda de que la selección es opinable, pues muchos penalistas podrían añadir algún tema más, y de eso soy consciente, pero no puedo recorrer todos los temas del derecho penal en los que las etiquetas o las «ideas recibidas» poco tienen que ver con la realidad. Entiéndase, pues, que sugiero unos cuantos temas sin pretensión alguna de que sean considerados los únicos que están aquejados de esa enfermedad de «oquedad».

2.1 La «perfecta» teoría del delito

Un primer mito lo integra la idea de que la teoría del delito es una *estructura lógico-normativa* en la que tienen su adecuada ubicación todos los hechos, elementos o dimensiones de una conducta humana,

guardando un orden interior coherente, y cumpliendo cada concepto con una adecuación a su naturaleza y función.

Son *innegables los avances* en temas como la teoría del delito imprudente, la tentativa inidónea, la causalidad, la imputación de resultados, la autoría mediata, el error de prohibición, la responsabilidad omisiva, la actuación por otros, etc., temas todos que solo treinta o cuarenta años atrás eran prácticamente desconocidos, o al menos no merecían especial atención, en nuestra doctrina, y en cambio hoy, y *gracias al esfuerzo de los profesores españoles de derecho penal*, han conseguido un reconocimiento jurisprudencial que impiden el despectivo etiquetado de «cuestión académica».

Pero también es cierto que la teoría del delito ha ido evolucionando y en sus elementos se han producido cambios radicales, y no me refiero solo a la «revolución finalista», que ya ha ido a parar al desván de los recuerdos, sino a otros muchos cambios que se han producido en relación con todos y cada uno de los elementos de la teoría. Y eso es bueno porque los sillares fundamentales del edificio, tomando por tales la legalidad y la necesidad de que *todas* las infracciones penales cumplan con un «patrón de elementos», siguen siendo, en esencia, los mismos, pero a veces cambian tanto los contenidos que resultan desdibujados (eso ha pasado, nada menos, con el concepto de dolo).

Los excesos se han cometido y su causa ha sido siempre el olvido de que la dogmática es una expresión de la primacía del positivismo jurídico de orientación social y democrática, pero siempre reaparece el iusnaturalismo, de cualquier signo, disfrazado de hipótesis dogmática, con la pretensión de hacer pasar como «consecuencia lógica de la interpretación de la ley lo que no es sino la ideología del intérprete».

Es entonces cuando nos interrogamos acerca de la mencionada ideología y su legitimidad. Es evidente que el sistema penal no es un programa polivalente para cualquier ideología, sino que es una propuesta de regulación de la convivencia y de selección de lo intolerable y de los modos de reprimirlo, pero es imposible afirmar que su columna principal, que es la teoría del delito, está compuesta íntegramente por conceptos, como los de antijuridicidad y culpabilidad, de significado *unívoco, porque no es así ni podría serlo*.

Por tomar solo un punto (central) me referiré a la esencia del comportamiento «contrario a derecho», que para algunos se ha de determinar solamente partiendo de criterios objetivos, mientras que otros estiman que lo subjetivo también decide lo que ha de tenerse por injusto. Esta segunda idea daría lugar a tesis que en su momento se consideraron brillantes, hasta que alguno se detuvo a pensar si tanto

aplauzo era merecido (las polémicas sobre la concepción subjetiva de la tentativa, el ánimo libidinoso como elemento del abuso o el propósito de defenderse como restricción de la legitimidad de la defensa, criterios interpretativos que hoy ya no se defienden).

Sobre la importancia de lo subjetivo ha planeado siempre, aunque no haya sido así reconocido, la influencia que se quiera dar a *lo moral o a lo religioso*, de manera tal que muchos son los que estiman que lo «laico» casa mejor con el objetivismo, lo cual no siempre es cierto.

En conclusión: la teoría del delito es mutante en sus contenidos y en la ideología que anida en sus «elementos», y esperar de ella que ponga «cada cosa en su sitio y un sitio para cada cosa», como se decía en España cuando se divulgó en el primer tercio del siglo xx, es una esperanza vana.

2.2 La culpabilidad como juicio personal cristalizado en un reproche que es la condena

El mito de la «humanidad» del derecho penal, está concentrado en la categoría de la culpabilidad, pues es a través de ella como, en teoría, se efectúa el «juicio personal» que permite conectar la sentencia con las condiciones específicas del que está siendo juzgado. Pero eso es solo una verdad a medias.

Cuando éramos jóvenes se nos explicaba que la culpabilidad, elemento central de la teoría del delito había experimentado una evolución, esencialmente transitando de la concepción psicológica a la concepción «normativa». ¿Y luego qué? Al parecer nada, pero no es así, pues cada cual ha ido rellenando esa casilla de la teoría del delito con lo que le ha parecido oportuno o adecuado.

Desde que se formuló la llamada «concepción normativa» se asumió que el concepto de culpabilidad no podía tener una sola explicación, pues dentro de él convivían aspectos psicológicos, otros, de desobediencia (a través de la idea de que las normas entrañan también una regla de determinación) y otros de quiebra de una cierta uniformidad mayoritariamente deseada, que se expresa mediante la comparación con el «hombre medio», ese personaje a quien nadie conoce, y que es nada menos que el «baremo» para medir criterios tan repetidos y de dudosa utilidad como es el de «la posibilidad de actuar de otro modo».

La situación actual es prolífica en variedad de posturas sobre lo que significa o cómo ha de entenderse la culpabilidad, y vemos como predicán su dogma autores como Jakobs y sus ideas sobre la obligatoriedad de las leyes, que solo se confirma castigando al desobediente,

que es el modo en que la fuerza del derecho se confirma ante el buen ciudadano.

Menciono a Jakobs no porque ese autor, en concreto, me merezca especial respeto, sino como prueba de la cantidad de ideas dispares y contradictorias que se pueden defender como «posición doctrinal», sin reparar excesivamente en su compatibilidad con un modelo de Estado social, y, además, y esa es otra dimensión del tema, sin que sus promotores aspiren a que sus tesis lleguen a ser el criterio seguido en la práctica.

Sabemos que gran número de «ideas» doctrinales no llegarán *nunca* a traducirse en pautas interpretativas en la aplicación del derecho positivo. *Ni tiene por qué*, y quizá uno de los ejemplos más claros es el de la culpabilidad y la variedad de versiones o concepciones que de ella o su significado se han propuesto, sin que ninguna de ellas –respetables en cuanto expresan una manera de entender el fundamento de la represión penal en cada sociedad– se haya traducido en consecuencias tangibles para la aplicación del sistema.

Más aún, creo que se tiene que aceptar resignadamente que la mayor *desproporción* entre el interés que una institución despierta en el mundo académico y la virtualidad que esos estudios tienen en la práctica aforense se da, precisamente, en el tema de la culpabilidad: Los profesores polemizan como si en la aplicación real del derecho penal hubiera un espacio para la reflexión sobre la culpabilidad, *cuando no es así*.

Los tribunales españoles comprobarán, como es de esperar, la ausencia de circunstancias de exculpación o de exclusión o reducción del conocimiento de lo prohibido; también se discutirá sobre la normalidad del sujeto en orden a la imputabilidad, pero *nada más (ni nada menos)*.

Tal vez pueda aceptarse que por el *lenguaje* que emplean en los fallos, en los *obiter dicta*, siguen más o menos la concepción normativa de la culpabilidad; pero en todo caso no existe un espacio propio para valorar la exigibilidad de conducta distinta o adecuada, por eso no ha de extrañar que, en alguna ocasión, penalistas españoles hubieran reclamado que el Código penal (cuando se estaba elaborando) incluyera una declaración programática que dijera «no hay pena sin culpabilidad», cosa que consiguieron únicamente con el Proyecto de Código penal de 1980, pero que no tuvo continuidad.

El sistema penal español no ha necesitado de esa declaración, pero es que, además, no faltan penalistas, como yo mismo, convencidos de que no hace falta tenerla. La ley exige la concurrencia de dolo o imprudencia, regula el error de prohibición y sus efectos, y contiene

una serie de circunstancias de exención o atenuación de responsabilidad que, en opinión generalizada, son supuestos de ausencia o reducción de la posibilidad de reprochar o, si se prefiere, de atribuir personalmente el hecho, por lo que de las bases de esas figuras legales se puede extraer una orientación sobre cuál es el criterio de nuestro derecho sobre imputación personal del hecho.

Con esos diversos mimbres, pues, tenemos un concepto funcional de «culpabilidad», que hay que aceptar como «mínimo necesario». Quizás el único ventanuco por el que pueda entrar un debate «puro» sobre la culpabilidad en el derecho de los Tribunales es en la interpretación de los delitos omisivos que en el propio tipo indican que el autor dejó de hacer lo que debía *pudiendo hacerlo*. Más allá de eso no queda otra puerta que la fundamentación de la petición de indulto en atención «a... las circunstancias personales del reo» (art. 4.3 CP). Por lo tanto, el debate sobre el contenido de la culpabilidad *es casi únicamente académico*, y conviene tener conciencia de ello, para, sobre todo, no confundir a los estudiantes.

¿Por qué sucede eso o pudo suceder en algún momento? Creo que la respuesta es en esencia una sola: que la fascinación por el universo dogmático alemán llevó en un tiempo –hoy la situación ha cambiado mucho– a olvidar que en el derecho penal español no existe ninguna regla parecida a la del artículo 46 del Código penal alemán (que expresamente proclama que la culpabilidad es el fundamento de la medición de la pena), con lo que falta la base jurídico-positiva sobre la que construir la teoría, lo que se traduce en una diferencia de punto de partida que es sistemáticamente orillada por la dogmática académica en detrimento de otras vías de asentamiento del juicio personal que podrían abrirse *partiendo de nuestro derecho*, y que posibilitan buscar la pena proporcional; pero esa cuestión me alejaría demasiado.

2.3 La pena como «amarga necesidad»

Han transcurrido cincuenta y tres años desde que el famoso Proyecto Alternativo alemán se refiriera a la pena como una «amarga necesidad» de la que los humanos organizados socialmente no podemos prescindir, y todavía muchos penalistas comienzan sus disquisiciones sobre la pena echando mano de esa muletilla, que sitúa el tema en un plano de humanismo de la voluntad y resignación de la razón, con el cual se puede hablar del tema sin temor a ser acusado de crueldad o indiferencia hacia el que sufre.

Es, también, fácil de comprobar que los penalistas se afanan en razonar la lógica del castigo, con una especie de sentimiento de culpa

que no tienen los cultivadores de otras parcelas cuando se ocupan de sus respectivos sistemas sancionatorios. La invocación de la amargura resuelve no pocos supuestos problemas éticos, como si lo único digno fuera ser «abolicionista».

Pero no quiero continuar con la glosa del jeremíaco modo de abordar la cuestión de la pena, sino que me referiré a otra dimensión de la cuestión que pasa a menudo desapercibida: el penalista medio, tras invocar la amarga necesidad y confesar o asumir la incapacidad del imperfecto ser humano para inventar algo diferente y menos malo, da por *zanjada la cuestión*, y no suele entrar en sugerir «reacciones diferentes» de las penas tal como las conocemos, con lo cual parece que la *consecuencia punitiva*, que para el pensamiento kantiano era propia de un *imperativo de razón*, de cuya verificación depende el que se pueda hablar propiamente de *derecho penal*, es, en realidad, una «fatalidad» a la que no nos podemos sustraer.

Llegando a este punto parece que lo oportuno es, en primer lugar, abandonar la «amargura», dejando la hipocresía institucional y asumiendo la realidad, y esa realidad nos dice que el sistema penal es preciso para alcanzar un mínimo de convivencia pacífica, y si es así, también será necesaria la pena para convivir.

Eso es perfectamente compatible con el derecho penal mínimo, y es ahí donde el discurso entronca con la segunda parte de la adjetivación de la pena, que es la «necesidad», pues lo «amargo», lo que se debe evitar no es la pena, consubstancial a una sociedad que no sea la «utopía», sino *la pena innecesaria*, pues esa es una crueldad que ninguna causa puede justificar.

En este punto si podemos lamentar, *pues eso sí que está en nuestras manos*, la cantidad de penas que se imponen, y me refiero especialmente a las de prisión, y es entonces cuando la mención a la «amarga necesidad» resulta sarcástica si se la relaciona con datos como estos:

a) Las continuas invocaciones a la necesidad de salir al paso de la inseguridad, la cual exige prevención general en el peor de los sentidos (derecho penal máximo), despreciando cualquier intento de promocionar valores de convivencia y racionalizar el uso de la represión.

b) La justificación de la represión en nombre de las características personales del inculpado, que se colocará por encima de la proporcionalidad, tanto si se trata de un asesinato (el autor pertenece a una organización criminal) como si se trata de un multirreincidente en pequeños hurtos.

c) Tampoco es una «amarga necesidad» el recurso al derecho penal para reprimir supuestos excesos en el ejercicio de la libertad de

expresión de ideas, que pueden no gustar, ser reprobables y hasta ser auténticos dislates groseros, pero en modo alguno un ultraje a la Nación o una incitación al odio.

d) El populismo punitivo, tema estrella de muchas campañas electorales, que ha llevado a desviaciones de la proporcionalidad tan evidentes como el llamado «cumplimiento íntegro de las penas», que, además, pareció poco, y dio paso a la instauración de la pena de prisión perpetua revisable.

e) Y no nos olvidemos, en el catálogo de supuestas «amarguras necesarias» la escandalosa duración que pueden alcanzar algunas situaciones de prisión preventiva.

f) La cantidad de privación de libertad que se puede sufrir en España es, normalmente, la que para hechos similares se impone en los principales Estados de la UE. Eso no le preocupa especialmente a la clase política española, y nuestra alta tasa de población penitenciaria no se corresponde con el volumen de la criminalidad. En España se va a la cárcel por más motivos que en otros Estados de la UE, y, además, se permanece en ella más tiempo. Pero para ningún Gobierno, sea cual sea su color, eso es motivo de preocupación o reflexión pública.

¿Cuál es entonces la auténtica razón de la «amargura»? Creo que el penalista debiera dejar de golpearse diciendo que la pena es una amarga necesidad y avergonzarse de la resignación con la que se contemplan los abusos del derecho penal. Es verdad que ha habido pequeños avances en materia de alternativas al ingreso en prisión, apertura, aunque muy limitada, a la conciliación y poco más.

Las prisiones serán, por mucho tiempo, las reinas del sistema punitivo, y los legisladores, especialmente los españoles, no muestran especiales deseos de que las cosas cambien, posiblemente, se dirá, por miedo al rechazo social y al uso demagógico que harán otros partidos políticos contra cualquier paso dirigido a reducir la prisión. Los excesos en la represión penal son menos importantes que una eventual pérdida de votos.

2.4 La función del bien jurídico y el principio de ofensividad

Los penalistas damos por sentado que los preceptos creadores de infracciones penales son, a la vez, proclamaciones indirectas de respeto a ciertos derechos, valores, intereses, objetos, que reunimos y resumimos con una sola expresión: «bienes jurídicos». Desde esa *«consciencia de su presencia»* decimos que orienta la interpretación,

a fin de que todos los elementos que componen la figura delictiva sean coherentes con el fin de protección que ésta persigue.

Gracias a esa función, se dice, se hace visible el *principio de ofensividad*, que sirve para descartar la tipicidad de comportamientos que parecen corresponderse con la figura legal, pero que no dañan ni ponen en peligro el bien jurídico, y, por lo tanto, la antijuridicidad material desaparece por falta de *ofensividad*, pues este componente *ha de estar presente en todas las infracciones penales*.

Así expuesta la cuestión, es fácil ponerse de acuerdo y aceptar el planteamiento de la relación entre bien jurídico, tipicidad y ofensividad. La ofensividad podría llegar a considerarse, incluso, como una exigencia de nivel constitucional, si se admitiera que todos los bienes jurídicos han de tener acogida en la Constitución.

Sucede, no obstante, que el punto de partida –la función de protección de bienes jurídicos como legitimadora del derecho penal– *es muy discutible*.

La afirmación habitual, que sostiene *que el derecho penal está condicionado por el principio de «exclusiva» protección de bienes jurídicos, no es cierta*, y, aun menos, que esa sea la vía de vinculación con la Constitución, además de que, aunque se admita, es de muy diferente intensidad (comparemos el homicidio con la tutela de las denominaciones de origen, todo se puede enlazar con la Constitución, pero es muy diferente el derecho fundamental a la vida a la necesidad de tutela del mercado).

Cuestión diferente es que sea el principal criterio de orientación, pero no olvidemos que el Código penal acoge delitos de pura omisión, delitos de peligro abstracto, delitos que perfectamente pueden reducirse a infracciones administrativas, actos preparatorios punibles, y, finalmente, pero no en último lugar, delitos en los que el único sentido se encuentra en la tutela de «sentimientos», objetivo que, a veces, puede ser explicable, pero otras veces no es así.

Tantas dudas genera el supuesto principio que no ha de extrañar que, al igual que sucedió con la culpabilidad, no se llegara nunca a introducir en el Título preliminar la regla de que no hay delito «sin lesión de bien jurídico» (pretensión que solo tuvo el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990). Como he dicho antes, la tutela de bienes jurídicos topa con dos dificultades: la primera decidir cuándo estamos en presencia de un bien jurídico. La segunda, hay que reconocer que hay infracciones penales en las que no es posible ver ese bien jurídico.

Así las cosas, todo parece conducir a una especie de renuncia a ideas que, por mucho tiempo, nos habían parecido buenas y necesas-

rias, como son la exigencia de que el derecho penal se dedique exclusivamente a la tutela de bienes jurídicos y de que se verifique la ofensa antes de imponer pena alguna.

Por citar solo un ejemplo en favor de la utilidad de esas ideas: el principio de ofensividad ha sido muy útil en la propia jurisprudencia española para limitar la aplicación de los delitos de peligro, rechazada cuando no se produce riesgo alguno. Pero también hay que admitir que las leyes penales incluyen delitos que no son claras ofensas a bienes jurídicos (salvo que se conceda esa condición a cualquier interés), pues la entrada en el derecho penal depende, por ejemplo, del incumplimiento de un requisito administrativo, como sucede con la tenencia de armas o la conducción sin permiso o la seguridad alimentaria o la contaminación.

Pero posiblemente, y aun con esas contradicciones, si lo son, pues también entran en juego comprensibles razones preventivas, la *renuncia es excesiva e innecesaria*.

Téngase en cuenta que, en su momento, el argumento principal era que la pena era una privación de libertad, y que una lesión tan grave a un derecho fundamental solo podía justificarse por haber dañado un bien constitucionalmente proclamado. Pero hay que recordar que no todas las reacciones penales son restricciones de la libertad, pues pueden ser multas o inhabilitaciones, además de que, en nuestro tiempo, la opción del Estado por el sistema sancionador administrativo no ha de traducirse por «inexistencia de bienes jurídicos en juego». En cuanto a que en los Códigos penales aparezcan delitos en los que es difícil ver cuál es el bien jurídico que tutelan, puede explicarse por criterios de *razonabilidad* y *no a causa de la ofensividad*, puesto que la variable presencia de bien jurídico tutelado en las infracciones penales solo demuestra que la ofensividad no tiene una interpretación única, y no que sea «innecesaria».

El principio de ofensividad ha de ser *filtrado y corregido por la razonabilidad*, y ese proceso pasa por la separación entre el *derecho y la moral*, y, en otra dirección, el *consenso social mayoritario* en torno a una intervención penal. Lo que ha de quedar excluido es la intervención penal decidida exclusivamente por autoritarismo del legislador erigido en intérprete indiscutido de «la opinión dominante». Continuando con lo que el principio de ofensividad *impide*, hay que referirse al derecho penal «de autor», en todas sus manifestaciones.

Las leyes penales, pues, no pueden juzgarse solo pensando en la protección de bienes jurídicos, porque ese no es el único criterio válido para limitar al derecho penal. La intervención punitiva puede ser también *rechazada* por otras razones (innecesaria, inhumana, per-

turbadora, desigual, redundante sobre otras ramas del derecho). Con ello no rechazo la teoría del bien jurídico, sino que advierto de los riesgos que puede comportar su «sacralización» y la creencia de que está y ha de estar presente tanto al tiempo de la creación de la norma penal cuanto en el de su aplicación por el juez a un caso concreto, lo cual sucede, como veremos, con otros principios, como el de intervención mínima.

2.5 El principio de proporcionalidad

Es difícil encontrar una obra general de derecho penal en la que no se haga mención del principio de proporcionalidad, y, más aún, un penalista que no considere que se trata de un criterio esencial por el que se ha de regir la relación entre el hecho delictivo y el castigo. La teoría retribucionista de la pena está enteramente construida sobre la regla axilar de que ésta es respuesta proporcionada a la gravedad del hecho cometido. La pena, inspirada en ese principio, será la plasmación de la medida de la culpabilidad.

Paralelamente, sabemos que la idea de proporcionalidad está también presente en otros ámbitos jurídicos, especialmente, como vara de medir hasta dónde puede llegar la limitación de derechos que puedan determinar las actuaciones de los poderes públicos en el cumplimiento de sus cometidos.

Todo eso es sin duda de suma importancia, pero por más que nos empeñemos, la forma y objetivo con el que los penalistas invocan la «proporcionalidad» transmiten la idea de que se trata de un principio reconocido por la Constitución o por la Ley penal, *cuando eso no es verdad*, y, por lo tanto, no sirve para juzgar o declarar la excesiva dureza de una pena excesiva decidida por el legislador ni tampoco para guiar la determinación de la pena aplicable al caso concreto. Se dirá que el principio pertenece a nuestra «cultura jurídica», pero la experiencia española nos sirve para asumir que eso no significa gran cosa, y es ingenuo esperar de ese principio una contención a la tentación punitiva del legislador o una orientación obligada en la medición de la pena.

Bien es cierto que al principio de proporcionalidad le sobra «prestigio histórico» en la cultura penal. En el pensamiento ilustrado o iluminista se sentó la exigencia esencial de que las penas solo eran legítimas cuando eran atemperadas al hecho y necesarias. La proporción entre la pena y el hecho se consideraba una obviedad irrenunciable, y esa idea no se ha modificado, aparentemente, a lo largo del tiempo, llegándose a equiparar la pena desproporcionada con la pena inhumana, de modo tal que la *proporción era la expresión de la justicia*.

Desde entonces y hasta hoy, el principio no ha dejado de proclamarse, y, en todo caso, no ha habido nadie capaz de defender lo contrario expresamente, si bien, y con más frecuencia de lo admisible, se acude al subterfugio de la «necesidad de prevención general», para obviarlo y establecer penas desmedidas, de lo que los penalistas españoles tenemos buena experiencia. Pero lo cierto es, repito, que el principio de proporcionalidad *no pasa del terreno de las proclamaciones* que de modo propedéutico se enseñan al que se adentra en el estudio del derecho penal, dejando que sea él solo quien descubra su poca función real.

Como problemas de «proporcionalidad» se presentan muchos que no tienen relación directa con el derecho penal, para el cual la desproporción se refería a la relación entre el hecho y la pena conminada o aplicada, mientras que en el constitucionalismo la proporcionalidad se va entendiendo como otra cosa: la innecesaria privación de derechos fundamentales, que alcanza a actuaciones del Estado o cualquiera de sus poderes no solo en la aplicación de penas o medidas, sino allí donde se tope con derechos del ciudadano (a la intimidad o privacidad, a la libertad de expresión, reunión, manifestación u opinión, a la libertad de culto, a la libertad de empresa, etc.) que pueden verse cercenados o limitados innecesariamente, todo lo cual puede suceder en conflictos diversos y al margen de la justicia penal.

En esa línea se sitúa la jurisprudencia del TEDH, que se ha pronunciado repetidamente, insistiendo en que la condición imprescindible para que se pueda admitir la restricción de un derecho fundamental es que ésta sea «proporcionada» al fin que se quiere alcanzar. Por ejemplo: la invasión de la intimidad mediante un registro que se lleva a cabo ante una amenaza terrorista. De ese modo, la proporcionalidad pasa a ser la expresión del necesario equilibrio entre afectación de derechos y fines legítimos, y así es también como entiende la proporcionalidad el artículo 52 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.

Como fácilmente puede comprobarse, *en ningún momento se alude a la extensión del principio al derecho penal*, o, más concretamente, a la relación entre la gravedad de las penas o medidas en relación con el hecho delictivo.

Por su parte, el *Tribunal Constitucional español* no se ha apartado de esa línea, más aún: de modo casi expreso ha dado en reconocer que el principio de proporcionalidad en materia penal es meramente simbólico o retórico.

La idea esencial del TC en esta cuestión es que *la pena que decide el legislador en uso de su competencia es la proporcionada*, y solo en

casos muy extremos (que nunca se han producido) de clamorosa desproporción entre el delito y la pena se podría entrar a discutir su decisión. En cambio, el TC sí ha entrado a valorar la proporcionalidad de las afecciones de derechos por causas diferentes de las penas, como son los casos de escuchas telefónicas, entradas y registros, datos personales indagados, derecho al juez natural y otros.

Más allá de eso, que, por supuesto, es muy importante, lo único que ha reconocido o proclamado el TC es que la proporcionalidad es una virtud consustancial a la justicia como valor supremo proclamado en el art. 1.1. de la CE, y también presente en el respeto a la dignidad de la persona a la que se refiere el art. 10 CE como fundamento del orden público y la paz social, pero sin dejar de reconocer la *inoperancia técnica del principio*, hasta el punto de que la STC 65/1986 declaró que «no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española *un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito*», pues la «desproporción» no es por sí misma causa de inconstitucionalidad en ausencia de lesión de derecho o bien constitucional claramente identificado.

Tampoco ha ahorrado el TC declaraciones contundentes sobre la absoluta libertad del legislador para hacer lo que le venga en gana en esta materia, gozando, así se dice, de una presunción de constitucionalidad, pues «*el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración*». (Tan solo en una ocasión, STC 136/1999, declaró la inconstitucionalidad de una norma penal por imponer una pena desproporcionada por no permitir al juez imponer una pena inferior a la mínima fijada, que se consideró en las circunstancias del caso, excesiva)

Eso por lo que se refiere al «creador» de la Ley, pues en lo que respecta a los jueces que la aplican han sido excepcionales los fallos en los que se estima excesiva la decisión del juzgador. El TC ha recordado, cuando se ha dado la ocasión por ser ese el argumento, que en la Constitución *no se hace mención alguna a un «principio de proporcionalidad»* que haya de servir como criterio general para limitar la legitimidad de la intervención de los poderes públicos en la esfera de los derechos y libertades, sin perjuicio, se dice, de que la proporcionalidad sea una «*idea cultural*» implícita en el derecho penal propio de un Estado democrático de derecho.

Ante esa indiscutible realidad, el penalista debería prescindir de hacer referencias a la proporcionalidad de las penas. Al menos, eso es lo que aconseja la prudencia. El legislador puede decidir lo que quiera, y los juzgadores solo están obligados a cumplir la legalidad ordinaria, que

deja abierto mucho margen de decisión. La proporcionalidad se difumina en el bello espacio de la argumentación jurídica. Por supuesto, hemos de confiar en la *razonabilidad de la conducta del legislador*, que antes o después ha de comparecer ante la ciudadanía, aunque también sabemos lo baja que es la sensibilidad ciudadana en relación con los temas penales.

A los penalistas nos queda el deber de denunciar los excesos de legisladores y jueces, sin olvidar que, por desgracia, la «medición en meses y años» de libertad de las conductas delictivas tiene siempre un componente, mayor o menor, de irracionalidad (sin olvidar los «motivos» de prevención especial o general que se pueden invocar para zafarse de la proporcionalidad). El legislador decide castigos que, en su concreta medición, apenas merecen debate parlamentario, y a nuestra historia me remito, salvando excepciones como la polémica sobre la llamada cadena perpetua.

Podemos exigir respeto a las escalas de valores que proclama la Constitución. La necesidad de la intervención del derecho penal ha de ser explicada, razonando por qué no es posible otra solución. Si es inevitable, cabe esperar que las penas se formulen con la suficiente apertura de ángulo como para permitir una medición ajustada a las circunstancias del hecho y del autor. Lo único que deberemos exigir como juristas y como ciudadanos es que el derecho penal no sea utilizado como instrumento de propaganda política.

Los Tribunales tienen que imponer penas o absolver, y lo han de hacer de modo motivado, y expresar su valoración de las circunstancias materiales y personales que los llevan a una concreta medición del castigo, si lo imponen. Si hacen eso podremos decir que han obrado con proporcionalidad, entendida como cumplimiento adecuado de su función.

2.6 Los principios de intervención mínima y *ultima ratio*

En los párrafos anteriores me he ocupado del principio de proporcionalidad, como uno de los mitos que manejamos los penalistas (con nuestra mejor intención, por supuesto). Pasaré ahora a otros «principios» que no corren mejor suerte: los de *ultima ratio* e intervención mínima, que invocamos siempre como criterios que han de guiar al legislador como expresiones de un ideal: cuanto menos derecho penal, mejor.

Los principios de intervención mínima y *ultima ratio* son, en realidad, dos caras de una misma moneda, y, en el fondo, derivan, en primer lugar, de la limitación de los objetivos que se puede proponer

el derecho penal, de entre los cuales ya antes me he referido al de exclusiva protección de bienes jurídicos y solo frente a los *ataques más graves* (el *carácter fragmentario* del derecho penal así lo impone, siempre en teoría, por supuesto). La intervención mínima no se cumpliría si el derecho penal entrara a proteger intereses que no son mayoritariamente compartidos, o contribuir a imponer ideas derivadas de una cierta «moral pública».

En segundo lugar, tales principios tampoco se cumplirían si los fines de tutela que se propone el legislador penal pudieran ser conseguidos con medios jurídicos menos severos que las penas, que han de reservarse para *cuando no quede otro remedio por la insuficiencia disuasoria de otros medios*. Será un error entender que allí donde haya un bien jurídico respetable jurídicamente *necesariamente* ha de intervenir el derecho penal, pues el recurso a éste implica también una *selección* de bienes jurídicos.

Esa es la descripción básica de lo que significan los principios de intervención mínima y *ultima ratio* de cuya mano se han afirmado cosas ciertas, como que usar el derecho penal al dictado de convicciones morales minoritarias es un modo de imponer ideologías, y también otras, que no son aceptables, como que la intervención mínima es *la única manera* de que el derecho penal no acabe al servicio de grupos de intereses parciales, porque solo así se marcan las condiciones de convivencia, y si es así ya no podría considerarse a la ley penal como propia de un Estado de Derecho social y democrático.

En cuanto a la afirmación de que la pena es la *ultima ratio*, el discurso que conduce a ella es parecido, y se adorna añadiendo que el recurso a la pena esconde un fracaso colectivo del sistema social, y, por lo tanto, no debe aplicarse exclusivamente por razones retributivas, sino porque es precisa por algún motivo. No hace falta esforzarse mucho para reconocer que *eso no es verdad, eso no es verdad*, y que abunda la imposición de penas exclusivamente por motivos retributivos.

Es en la propia Ley penal donde se encuentran ejemplos claros de posibles imposiciones de pena totalmente innecesarias, comenzando por la excesiva duración que tienen en España todas las penas privativas de libertad, y continuando con otras reglas que, indirectamente, ponen al descubierto un innecesario afán represivo, como sucede, por ejemplo, con la previsión de castigo para la tentativa *de cualquier delito de resultado* tenga o no sentido, lo que es un modo perfecto de violar el principio de intervención mínima.

A eso se tiene que añadir la significativa cantidad de *delitos innecesarios* porque el problema que quieren resolver está debidamente

resuelto a través del derecho privado o del derecho administrativo. A propósito de este comprobable hecho, se puede también cuestionar el llamado *carácter secundario* del derecho penal, etiqueta que parte de la idea de que el derecho penal está destinado a actuar cuando resultan insuficientes los recursos que puedan ofrecer otras leyes o para completar sus respuestas en algunos casos. Pero eso no es verdad, y huelga hablar de *naturaleza «accesoria», «secundaria», «complementaria», «sancionadora»*, que son diferentes nombres para referirse a una misma cosa, puesto que el derecho penal, en muchos casos, interviene *a pesar de que* bastaría con el derecho no penal, y, por otra parte, no es cierto que su intervención se sume a otras previstas en el derecho no penal, sino que se trata de intervenciones penales totalmente independientes de lo que hagan otras ramas del derecho.

Antes de cerrar este punto, creo obligado señalar alguna «reserva» ante los precios que se pueden pagar por reducir el derecho penal. En teoría, las vías del derecho administrativo, u otras de carácter no penal, como pudiera ser el «derecho de intervención» que proponía Hassemmer, parecen menos traumáticas y más ágiles que el derecho penal, pero esas ventajas van acompañadas de defectos que las hacen mucho menos atractivas, como son la renuncia a las diferentes garantías que entraña el derecho penal del hecho y, en general, las que se reúnen bajo la etiqueta de «derecho penal de la culpabilidad». En España tenemos la experiencia de la manera en que la Administración tributaria concibe el uso del derecho penal: como refuerzo coactivo de sus decisiones, y, si alguna crítica se ha hecho al derecho penal ha sido, precisamente, que en nombre de las garantías acaba siendo demasiado lento. Sabemos de la modificación del Código penal que se hizo para que nada entorpeciera la actividad inspectora y recaudadora de la Administración, y también sabemos que en la Administración reina el convencimiento de que la vía administrativa es mejor y más rápida, por supuesto, siempre que se prescindiera de garantías «penales», y, por esa razón, cuando se abre el debate sobre los modos de sancionar conductas reprobables conviene no olvidar que la *despenalización puede tener un costo inadmisibile*.

3. LAS MODAS

Paso ahora a la segunda parte de mi reflexión: las modas. Hay temas jurídico-penales que en algunos momentos centran los debates y obligan a todos a posicionarse, a decir algo sobre la cuestión, que se presenta como un nuevo marco de reflexión, o como una dimensión

de la cuestión penal que ha de producir una obligada renovación del pensamiento. Al cabo de un tiempo, el tema pierde «centralidad», aunque pueda no perder importancia, tal vez porque esa importancia es revisada a la baja.

Por supuesto, no calificaré de moda a cualquier tema de debate que existió con fuerza y que luego sería abandonado por superación. Un ejemplo claro: la lucha de escuelas en torno al fundamento de la responsabilidad criminal que enfrentó al positivismo naturalista y a los partidarios de la concepción clásica, más o menos evolucionada, de la imputabilidad. Aquella discusión larga (desde el último tercio del siglo XIX hasta el primer tercio del XX) y casi violenta no era solo un debate sobre un «tema de moda», sino algo mucho más profundo: el posicionamiento fundamental sobre el sentido y la función del derecho penal, y, tras ello, la lucha política. El resultado y el saldo (positivo) de aquel debate lo conocemos, y no voy a exponerlo, pues no es ese el objetivo de estas páginas. Baste con recordar que marcó el devenir de la ciencia penal, abrió la puerta a la incorporación de las medidas de seguridad y, en buena medida, contribuyó al nacimiento de la Criminología.

Aclarado ese punto, se comprenderá que no califique de moda temas que determinan un auténtico cambio del derecho penal, sino, como antes dije, temas que durante un tiempo centraron la atención y que, paulatinamente, fueron perdiendo interés, lo cual no quiere decir que los temas fuesen baladíos, sino que perdieron el atractivo que, quizás exageradamente, habían tenido.

Claro está que algunos de esos temas continuarán teniendo cultivadores interesados en ellos, pero eso no importa. Igualmente, opinable es la selección de temas que propongo, y no espero, ni puedo, consenso sobre ellos, pues la elección se apoya únicamente en la experiencia personal, que no es ni más importante ni más acertada que la de cualquiera otro. Algunos de esos temas ya han pasado, y a otros, estoy convencido de que les aguarda la pérdida del primer plano de interés.

3.1 El uso alternativo del derecho

Fue ese un tema que nació en Italia y durante un período de tiempo no muy largo, corrió como la pólvora por España. Los jóvenes profesores corrieron a leer las obras de Pietro Barcellona y Giuseppe Coturi, y un relevante sector de la judicatura prestó profunda atención a aquellas ideas, indudablemente revolucionarias. Pero desde un primer momento, el tema del uso alternativo fue duramente criticado,

incluso excesivamente, en su momento y después, por razones cuyo examen nos alejaría demasiado. En la filosofía del derecho española se consideró que se trataba de un movimiento ideológico de carácter judicialista, que era inadmisibles en la teoría de la interpretación y argumentación jurídica. La dureza de la crítica tiene diversas explicaciones, pero no voy a entrar en ello.

En todo caso, no fue justo reducirlo a la categoría de intranscendente, pues no lo fue, especialmente en Italia. Su dimensión de propuesta de aplicación del derecho no diluía su otra dimensión de revisión de la posición de los juristas en relación con el Estado.

Ahora bien, la operación de aplicar la ley siempre se hará en base a una interpretación, y es en ese momento cuando pueden entrar en juego los métodos más o menos tradicionales, y las perspectivas, desde las personales del intérprete, tomadas a su vez de su educación, sus creencias y sus convicciones, o las del grupo ideológico al que pertenece, y si estas últimas se imponen sobre lo que los métodos de interpretación ofrecen *la confianza en la legalidad* se vería afectada.

Algo así sucedió, en opinión de muchos, con las ideas que se propugnaban como propuestas de uso alternativo del derecho, que en su tiempo se presentó en Italia como una vía para hacer realidad el socialismo democrático en el momento de la interpretación y aplicación de la ley. En España fue la llamada a interpretar las leyes, muchas aun franquistas, con un criterio constitucional avanzado. Del alternativismo solo queda el recuerdo, salvo un aspecto del problema que no puede desdeñarse, a saber: que la interpretación no es una mera técnica y los conceptos jurídicos pueden tener diferentes interpretaciones cada una de ellas afectada ideológicamente, y, por lo mismo, cada fallo judicial tendrá ese componente ideológico, dentro, claro está, de los márgenes que la norma establezca.

El uso alternativo del derecho, por lo tanto, no fue un *método* de interpretación, sino una *perspectiva bajo la cual se quería cambiar el criterio con el que se había de aplicar el derecho*, lo cual, por cierto, no tiene nada que ver con la idea circulante de que una misma norma penal se puede aplicar de un modo u otro dependiendo de la persona a la que vaya destinada esa aplicación, lo cual es inadmisibles. Entre los que en su momento creyeron en las vías que se abrían partiendo de aquellas ideas se percibía un cansancio doble: por un lado, hacia la posición acrítica en la aplicación de unas leyes que se consideraban incompatibles con el orden constitucional que se presentía. Por otra parte, era también visible una reacción contra la vieja idea marxista que zanjaba el problema jurídico diciendo que el derecho no era más que una superestructura al servicio de la clase dominante, lo cual

dejaba en una posición insoportable a los juristas que deseaban el compromiso con el Estado de Derecho.

Para esos ideales, aquella vía no pudo preparar, lo que no es óbice para mirar con respeto a aquel movimiento, que fue pasando del centro del debate a la marginación y el olvido.

3.2 El debate sobre la colocación sistemática del dolo

Han pasado ya muchos años desde que la polémica entre «causalistas» y «finalistas», en la que era cuestión central la colocación de lo subjetivo en la tipicidad ha dejado de tener interés. En su momento fue «apasionada», y hoy, esa pasión, nos parece grotesca. Solo quiero recordar que las escuelas académicas se agrupaban, en primer lugar, por la colocación sistemática del dolo, cuando en el exterior caían «chuzos de punta» en la lluvia de problemas penales, y eso hoy produce risa, si no fuera porque ese tema hizo malgastar muchas horas que hubieran podido dedicarse a otras cosas más importantes.

Hay un aspecto del tema que no puede desdeñarse: la cultura jurídica europea-continental, y no solo en materia penal, es *sistemática*, lo que quiere decir que existe una tendencia visible a ordenar y clasificar elementos. Para algunos esa es la manera en que se verifica la condición de «ciencia» aplicada al derecho, pero no ha faltado quien ha hecho del método y el sistema el centro del problema penal. Y eso es o ha sido excesivo. El sistema es imprescindible, pero cuando el sistema tiene como centro de atención a la conducta humana no puede *descomponerla* en nombre de un pensamiento analítico.

No quiero frivolar con un tema que tiene un respetable fondo dogmático, sino solo incluir entre las «modas pasajeras» el exceso de atención que motivó, con el agravante de que algunos creían que el finalismo (doctrina penal que tiene muchos componentes) era algo que se resumía en una teoría de la acción de la que se derivaba que era inexorable la colocación del dolo en el tipo subjetivo, y eso era un reduccionismo lamentable, que solo se mitigaba diciendo que, de paso, se utilizaba un concepto de dolo «neutro» por oposición al tradicional «*dolus malus*», pues la cuestión del conocimiento de la antijuridicidad era cuestión a valorar en el ámbito y momento de la culpabilidad. En el tema se enzarzaron preclaros representantes de la doctrina penal, con auténtica, aunque incomprensible pasión, aunque el problema ni era *tan grave ni tan grande*.

Cuando se está ante una actuación intencional y plenamente cono- cedora de lo antijurídico que esa conducta entraña, no se planteará problema alguno, pues *da igual donde se sitúan los diferentes elemen-*

tos ya que al final se reúnen todos. En cambio, cuando se producen defectos de conocimiento es preciso decidir la trascendencia que eso ha de tener para la teoría del delito y, a la postre, para la pena. Por lo tanto, lo más importante era el tratamiento penal para dar a los casos de error de prohibición y a algunos problemas de la teoría de la participación, en supuestos de defecto de conocimiento por parte de un partícipe. Esa trascendencia para la pena confería a la discusión un cierto significado (ficticio), pues para los defectos de conocimiento hay que buscar la solución que mejor satisfaga las exigencias político-criminales que se asignan al sistema penal, entre ellas, y en primer plano, la de tratar a cada cual valorando su capacidad y su formación.

Al paso del razonamiento todos fueron conviniendo que el *conocimiento de la antijuridicidad puede y debe ser relevante tanto para el dolo, aunque se coloque en el tipo como para la culpabilidad*, porque el dolo en todo caso supone conocimiento de la significación del acto, y eso, en relación con un enorme grupo de delitos, incluye por fuerza elementos de significación jurídica, sin perjuicio de que, al debatir la culpabilidad se deba tomar en consideración el grado de consciencia de la antijuridicidad.

Hoy, y así se puede ver en la manualística, se expone la teoría del delito colocando, mayoritariamente, el dolo en la parte subjetiva del tipo, lo cual no se hace como supuesta consecuencia de un «credo finalista», que, por demás, tiene pocos seguidores auténticos en la actualidad, sin perjuicio de lo respetable que pueda ser la teoría, que no es una «teoría del delito», sino una manera de entender el derecho penal y su relación con un supuesto orden previo, de lo que, además, se extrajo, en su momento, una manera de entender el concepto de acción y la teoría del delito.

3.3 La imputación objetiva

A los que fueron formados como penalistas estudiando las múltiples teorías, clasificaciones y subclasificaciones que se reunían en torno a la *relación de causalidad*, la irrupción de las doctrinas de la imputación objetiva les liberó de una trama de conceptos pseudo-fisicistas que difícilmente conducían a soluciones aceptables como justas. Por fin llegaba un *modo jurídico de resolver la relación entre un hecho y una persona*.

Con la entrada de la teoría de la imputación objetiva se producía *un cambio substancial en la ciencia penal*. Pronto alcanzó una importancia nuclear, aunque algunas voces escépticas se atrevían a decir que es una teoría cuya utilidad práctica no se corresponde con la infla-

ción de estudios y posiciones sobre ella. Parecía que el concepto de «imputación objetiva» era la savia vivificadora de un árbol (la teoría del delito) que estaba irremisiblemente muerto. Gracias a ella, y eso era un mérito, se reconsideraba la tipicidad para entenderla de un modo coherente con la función del derecho penal de «prevención frente a conductas humanas» y no, o no solo, «prevención frente a la producción de resultados lesivos». Considerando el significado que eso tiene para un entendimiento humanístico de lo que han de ser las conductas que merecen la calificación de criminales, el criterio de imputación objetiva merece aplauso; mas no al punto de sacar consecuencias transcendentales.

Una primera reducción de la importancia del tema era que la imputación objetiva despliega su primordial interés solo en relación con los delitos de resultado, lo cual limita su pretendido impacto general en el sistema penal. La importancia de la imputación objetiva, en realidad, venía determinada por algo que no se decía con claridad: que el delito no podía ya ser considerado *solamente* un acto típico, antijurídico y culpable, sino que hacía falta *algo más*, que acercara la conducta delictiva a su condición de conducta humana que tiene lugar en la sociedad, del mismo modo que otros (los finalistas, por ejemplo) se refieren a la exclusión de tipicidad por «adecuación social».

Con la exigencia de imputación objetiva se opera una selección de conductas que en sí mismas entrañan una potencialidad de producción del resultado, y así aparece un perfeccionamiento del concepto de delito y un criterio apto para resolver situaciones de pluralidad de resultados fruto de procesos causales no equiparables, que gracias al principio de imputación objetiva pueden ser reconducidos y atribuidos a personas que han llevado a cabo acciones en sí mismas cargadas del peligro generador de esa clase de consecuencia

El tema de la imputación objetiva interesa sobremanera en Alemania, algo menos en España y muy poco en Italia. La relativa pérdida de interés tal vez obedezca a que el desarrollo del estudio de esta cuestión ha aportado muy desiguales frutos según se trate del delito culposo o del delito doloso, y en este punto son muchos los que estiman que la trascendencia del concepto de imputación objetiva es reducible a unos muy pocos casos, y con tantas limitaciones no puede ser colocado en una función de clave de bóveda del sistema penal.

También hay que tener en cuenta que las antiguas teorías sobre la relación de causalidad fueron siendo relativamente abandonadas a partir de la extensión del criterio de la causalidad *adecuada*, que como todos saben ya no era un criterio causal puro, sino causal-normativo. La teoría de la imputación objetiva era, *en buena parte, una continua-*

ción de las de la adecuación, en cuanto que se trata ya de un criterio plenamente *normativo*, en el que lo físico-causal ocupa un lugar subordinado y no determinante.

Pero además sucede que el desarrollo del principio de imputación objetiva, en la medida en que muchos lo quieren situar en el *epicentro de lo injusto*, puede indirectamente propiciar el vaciamiento del concepto de dolo al que antes me he referido. La hipertrofia de la importancia de la imputación objetiva puede llevar, y de hecho así ha sucedido con bastantes penalistas, al *dolus in re ipsa*, que no es sino una renuncia a indagar sobre el dolo.

La razón se entiende fácilmente: a fuerza de concentrar la atención (y el fundamento del castigo) en la relación entre el autor y la acción, dejando en un plano secundario la volición del resultado, puede propiciarse el entendimiento de que para la apreciación de dolo es suficiente esa reducción de objetivo, con lo cual, un principio que seguramente nació para reforzar la imagen del delito como *acción humana* –ese fue otro exceso, que minusvaloró todas las dimensiones objetivas del hecho delictivo– acabó convirtiéndose en una vía para acabar sirviendo para objetivar la responsabilidad penal.

3.4 Hablar de Jakobs

Quizá alguno considere que es una frivolidad calificar a Jakobs y su obra como «moda», y lo haga porque crea que es uno de los grandes pensadores de nuestro tiempo o porque crea que es demasiado siniestro lo que se deriva del pensamiento de ese autor como para tranquilizar la conciencia diciendo que se trata solo de una moda. Pero así lo veo, y el paso del tiempo con el progresivo olvido del personaje y sus ideas me dará la razón.

Yo no formo parte, por supuesto, del primer grupo. Más aún: hace bastante tiempo un gran profesor alemán, cuyo nombre no diré, me decía que lo que le sorprendía del fenómeno de la difusión de la obra de Jakobs en lengua española, y, especialmente, en Latinoamérica, era algo muy previo, cual era la poca respetabilidad que sus ideas habían suscitado en Alemania. De las razones de ese relativo éxito de las tales ideas podría sugerir dos. La primera, el acceso a la obra que permite su traducción al castellano. En segundo lugar, el acomodo que ofrece el pensamiento de ese autor a las posiciones más conservadoras y autoritarias.

Más allá de lo que pueda decirse de sus ideas sobre el «derecho penal del enemigo», en Europa circulan y ganan adeptos las más regresivas teorías sobre la criminalidad y sus causas y la conveniencia

de abandonar discursos humanistas y repartir represión. Sobradamente se puede demostrar que para hacer eso no hace falta acudir a las ideas de lo que se ha dado en llamar «funcionalismo normativista» y a Luhmann y lo que le sigue, donde se encuadra Jakobs.

Frente a los que desean, en balde, un derecho penal mínimo y que evite la represión en lo posible, Jakobs considera que el derecho penal ha de utilizarse todo lo que sea preciso para que la sociedad sienta que su modelo de coexistencia está garantizado y es respetado, a pesar de que surjan conductas que evidencian desconocimiento o, lo que es peor, que no aceptan la existencia y vigencia de la norma. La respuesta penal es la única que permite fortalecer la confianza en la vigencia de esa norma, y por esa vía, se produce el alejamiento de las ideas defendidas por los partidarios de la prevención general positiva y se cede paso a la prevención general negativa, se diga o no expresamente.

Sería injusto, no obstante, atribuir a Jakobs ideas como la renuncia a esfuerzos por integrar al discrepante o al peligroso, que no deben realizarse, sino que lo adecuado es acabar con ellos, pues esas ideas se pueden encontrar ya en Mezger y otros. Pero tampoco se trata de reducir a Jakobs a la etiqueta de penalista «anticuado» y propio de una época de Europa ya superada, pues se trata de un *pensador actual*, que no es «del pasado», sino del presente, y así ha de tenerse la creación de categorías como «derecho penal del enemigo» enfrentada a la de «derecho penal del ciudadano».

El uso de la palabra «enemigo» encierra la idea de que la política criminal se ha de configurar como una estrategia de guerra, contra sujetos que no solo atacan a bienes jurídicos importantes para los ciudadanos, sino que quieren destruir el modelo de vida y de sociedad que esos ciudadanos desean tener, dotada de garantías y de libertades, y, ante un posicionamiento como ese, que es el de un adversario, solamente puede responderse con la «guerra» penal.

Los defensores de Jakobs sostienen que su admirado autor no postula la intimidación ni la dureza punitiva, sino que su sistema aspira a no tener que aplicarse a nadie, pero que eso no obsta para tener claros los objetivos del derecho penal, que son irrenunciables, y que incluyen, en una primerísima línea, la necesidad de defenderse mediante intervenciones contundentes ante el menor indicio de riesgo contra el sistema de convivencia.

El relativo éxito de este autor se debe, en mi opinión, a factores externos, como el auge del terrorismo en Europa, así como los fenómenos criminales que se asocian a la inmigración masiva, pero también a una tendencia, visible en los sectores conservadores, a tratar al sujeto delincuente como un individuo que no ha *querido* participar del

orden constitucional y, por lo mismo, no tiene por qué pretender un equipamiento subjetivo de derechos constitucionales, cuando solo es una fuente de peligro para la convivencia de los demás.

En un clima así prosperan las propuestas orientadas a duplicar o triplicar el derecho penal, acogiendo en alguna de esas partes especialidades particularmente asegurativas, que alcanzan a la reducción de garantías procesales, o, lo que también es preocupante, la defensa de criterios diferentes de interpretación de las mismas normas punitivas dependiendo de la clase de delito y de delincuente.

Lo he dicho al inicio y lo repito ahora de otro modo: ¡Ojalá que la admiración por Jakobs y sus ideas sean solo una moda! Ahora bien, y que nadie se engañe: ideas como las del autor alemán las defienden también penalistas españoles que utilizan otras «etiquetas» para denominar a sus propuestas de sectorización del derecho penal y la concentración de sus esfuerzos en grupos concretos de infractores.

3.5 La «organización criminal» y el «autoblanqueo», de fenómeno nuevo a acusación automática

Basta asomarse a la práctica para comprobar que en los escritos de acusación de estos tiempos se añaden habitualmente, prácticamente como «*cláusula de estilo y cierre*», las imputaciones de organización criminal y autoblanqueo. Para ello, a los acusadores les basta con dos datos: que se ha cometido un delito generador de dinero y que en la ejecución del hecho ha intervenido más de una persona. Lo menos que le sugiere eso al observador es que no puede ser fruto de una reflexión profunda. Veamos por separado el tema, comenzando por la imputación de organización criminal.

Si se repasan los títulos de reuniones, seminarios, mesas de debate, de los últimos años, el tema de la criminalidad organizada se lleva, aparentemente, la palma del interés penalístico, como si fuera el problema central del derecho penal. Por supuesto que no estoy yendo al extremo contrario (negar la importancia), sino a denunciar cómo ha entrado el problema de la «organización criminal» en nuestro derecho penal positivo, que se concreta en dos manifestaciones: la creación de una *tipicidad autónoma* de pertenencia a una organización criminal, y la introducción de un *criterio para agravar las penas*, que es el de la pertenencia a organización criminal. La idea que subyace a esa agravación es que cualquier comportamiento delictivo es necesariamente más grave por que el autor o autores pertenecen a una organización, lo cual se acepta con incomprensible facilidad, a pesar de ser, en relación con muchos delitos, simplemente *falso*, y, aunque solo sea como

ejemplo, basta pensar en la agravación del asesinato porque el autor pertenece a una organización criminal, como si eso hiciera que el asesinato cometido por un lobo solitario fuese menos grave.

A esa censurable idea se ha de añadir otra reflexión crítica, pues ese criterio agravatorio de las penas es, en esencia, «excepcional», lo cual no es, por principio, aceptable *en el derecho penal del hecho*.

No sería correcto negar el impacto que para la política criminal supone asumir la importancia de las organizaciones criminales, y, por supuesto, las dificultades que conlleva trasladar ese fenómeno al derecho penal, pensado para individuos. La atribución de decisiones y la imputación de delitos en los hechos que proceden de la actividad de grandes grupos criminales no es fácil, y el riesgo de no atinar con los auténticos responsables es elevado, pero la solución no puede ser incrementar la responsabilidad penal por el solo hecho de la pertenencia a la organización, que es lo que se está haciendo en la *praxis* española, con el aval de la ley, pues son muchos los preceptos que declaran, en relación con un amplio grupo de delitos, que las penas se agravarán *si los hechos fueran cometidos en el marco de una organización criminal*, cuando eso, en sí mismo, es un dato de importancia criminológica indudable, pero por sí mismo no genera *en todo caso* un aumento de la antijuridicidad de la conducta, sin perjuicio de que en relación con algunos delitos sea la organización y su mantenimiento el centro obligado de la actuación penal (por ejemplo, en terrorismo o en tráfico de personas para la explotación sexual).

Lo que no es admisible es que se haya simplificado el concepto de organización criminal al extremo de que *cualquier supuesto de codeincuencia se transforma en organización criminal*, para así poder aumentar la penalidad imponible, o, lo que también se ha visto, alargar el plazo de prescripción.

Es fácil comprender que no es lo mismo realizar una concreta acción que se suma o añade a otras de otras personas, que formar parte de un grupo que ejecuta un programa común. La idea de «formar parte» no puede interpretarse extensivamente (proceder prohibido en derecho penal) y llegar a entendimientos laxos. El concepto penal de proyecto común se construye a partir de la idea de la conspiración, y los conspiradores han de tener una relación común y con el proyecto delictivo y eso se ha de plasmar en un programa, y no basta una suposición derivada de conocimientos personales previos o relaciones familiares o sociales.

Ampliar la esfera de sujetos diciendo que hay relaciones entre ellos sería equivalente a sostener que la mera codeincuencia solo puede existir *entre sujetos que no se conocen de nada*, lo cual es gro-

tesco, puesto que lo normal es que los copartícipes se conozcan antes del delito, e incluso que prefiguren lo que va a hacer cada uno. Si eso es lo humanamente normal y, por otra parte, el CP describe diferentes modos de participación, no tiene sentido que lo «normal» conduzca a tener a *todos por autores*, como si las otras categorías de participación estuvieran reservadas a personas que ni se conocieran ni pactaran nada previamente, y, aún más, a fundamentar la existencia de *una organización criminal*.

Por otra parte, nos encontramos con que la doctrina del «acuerdo previo», que está presente en la imputación de integración en organización criminal, ha de dar respuestas a problemas espinosos: en primer lugar, ¿qué es un «acuerdo»? ¿cómo y cuándo surge? ¿es expreso, tácito, positivo, omisivo? A estas cuestiones la jurisprudencia española ha dado las respuestas más dispares e insatisfactorias.

En frecuentes escritos de acusación de los Fiscales se imputa, junto con el delito originario generador de un rendimiento material, el blanqueo (por cualquier cosa que se haya hecho luego con esos bienes) y, si ha habido más. Pero no se detiene ahí el Fiscal, sino que invoca el artículo 302 CP para justificar un aumento de pena fundado en ese artículo (que se refiere a la comisión del blanqueo de modo organizado) y además acusa de delito de pertenencia a organización criminal, sin que le preocupe la lesión del límite *non bis in idem*, pues ese mismo (supuesto) hecho, le sirve para agravar la pena dos veces.

En diferentes tipos de delitos se agrava el hecho por la pertenencia del sujeto a organización o grupo. Si esas específicas cualificaciones no existieran tendríamos un concurso de delitos entre el artículo 570 bis o ter y los concretos delitos. Pero a veces, como sucede con el blanqueo, no es así, y de todas las interpretaciones posibles la única inadmisibles es la del concurso de delitos entre el correspondiente tipo cualificado y los delitos tipificados en los artículos 570 bis o 570 ter, pues el dato de la pertenencia a organización sería utilizado por partida doble sin un diverso fundamento habilitante (*non bis in idem*).

Pero vayamos a la propia imputación de permanencia a organización criminal. No tiene interés traer a colación las razones que determinaron al legislador a crear los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal. Pero lo cierto es que desde su entrada en el Código penal se han multiplicado los problemas para diferenciar esas figuras de la mera codelinquencia, de la coautoría, de la conspiración y del delito de asociación ilícita.

Según el propio CP una organización criminal es una «agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diver-

sas tareas o funciones con el fin de cometer delitos». Aparecen así elementos como son la diversidad o división del trabajo, el convenio sistemático para el logro de propósitos específicos. La exigencia de estructura implica también la idea de jerarquía. Exige también el artículo 570 ter que la estructura sea «estable o por tiempo indefinido», lo que en buena lógica debe dejar fuera de radio a la organización «transitoria», que, en cambio, es aceptada (sin base legal) por el TS para algún específico tipo cualificado, como, p. e., el artículo 369 bis y la organización para el tráfico de drogas. El carácter transitorio de la organización también se prevé expresamente a efectos de consecuencias accesorias del 129 CP en dos delitos CP (Cfr. arts. 166 y 386 CP).

Pasemos al tema del autoblanqueo:

También es usual, en los últimos tiempos, en especial tras la reforma de 2015, que en los escritos de acusación por delitos que hayan supuesto beneficio económico para sus autores, incluyan la imputación de blanqueo, normalmente referida a las modalidades de tenencia, posesión o utilización. La reflexión sobre la infracción del principio *non bis in idem* se ha ido extendiendo doctrinalmente y en algunos fallos judiciales aparece el rechazo a la acumulación de calificaciones. Pese a ello, se sigue sosteniendo por muchos que, en la lucha contra la corrupción no se puede prescindir de ese armamento, lo cual no es cierto.

La admisibilidad del autoblanqueo ha de ser sometida a muchos condicionantes, y cuestionar severamente si ese instrumento de lucha contra la corrupción no conlleva insalvables contradicciones penales. En la misma línea crítica se han de incluir las extensiones de la imputación de blanqueo a terceras personas que, por la razón que sea, participan en la utilización por parte de los autores del delito.

El tema se completa con el criterio jurisprudencial dominante, que estima innecesaria la acusación de autoblanqueo cuando ya se castiga el delito originario, del mismo modo que descarta el comiso cuando se ha ejecutado debidamente lo dispuesto en el CP sobre restitución y reparación.

3.6 La «era de las *compliance*»

No hay que esforzarse mucho para aceptar que, aunque parece que la pasión se mitiga en los últimos tiempos, el tema de los programas de funcionamiento corporativo o de «*compliance*» ha sido un auténtico nuevo campo de trabajo para penalistas (y no penalistas). Se ha llegado a decir que las *compliances* marcan nada menos que el inicio

de una nueva época del derecho penal. Han aparecido empresas y despachos especialistas en configurar programas de esa clase, al punto de que se puede decir que el tema ha generado un sector de negocio. Cuánto durará es otra cuestión.

El origen, aparentemente, se ubica en el Código penal por la importancia que concede a la presencia de esos programas para que las personas jurídicas puedan eludir su responsabilidad penal. Con ello, a todas luces, se restringe el sentido que, por origen y función empresarial, tienen *en otras culturas jurídicas* los programas de funcionamiento corporativo, que van mucho más allá del tema de la responsabilidad penal de las empresas. Por eso, cuando califico al tema de las *compliance* de «moda» me refiero exclusivamente a lo que se supone que son para el derecho penal, y sin poner en duda *la importancia que tienen los programas de cumplimiento normativo en el mundo empresarial*.

Volviendo al derecho penal hay que recordar que los programas no irrumpen en un espacio vacío, pues son muchas las normas legales y reglamentarias que disciplinan la actividad de las empresas, sin olvidar que el deber de controlar a sus propios empleados y directivos, deber que deriva del derecho societario. En segundo lugar, y para un ámbito concreto, los programas impuestos desde el exterior de la empresa a través de la normativa sobre higiene y seguridad en el trabajo, u otros, como los de prevención del blanqueo de dinero o de la financiación del terrorismo o de protección ambiental, y son solo ejemplos, no precisan de un sistema de *compliance*.

El derecho español ha elevado a esos programas a la función de barrera protectora frente a la posible declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cual es excesivo. A eso se añade el defectuoso modo con que la Ley acoge su función, sin diferenciar ni entre tamaño de empresas ni entre delitos dolosos o imprudentes.

Mientras tanto, conviene recordar que apenas contamos con pronunciamientos judiciales que establezcan criterios sobre suficiencia de los programas en relación con casos concretos. En cuanto al derecho comparado, la situación no es mejor, en primer lugar, porque muchos sistemas penales europeos desconocen la culpabilidad o imputación de la persona jurídica por descontrol.

Por supuesto que es conveniente y deseable que las empresas se doten de programas de funcionamiento que transmitan confianza a terceros y a sus propios socios. Pero los problemas surgen cuando, como hace el derecho español, se establece la conexión entre los programas de cumplimiento corporativo y la posibilidad de declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en un sistema, como

el español, en el que, con pocas excepciones, esa responsabilidad siempre deriva de la actuación de una persona física, sea directivo o subordinado.

La presencia de esos programas se presenta como vía para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues «ésta» habrá hecho lo posible para que las personas físicas que la gobiernan o la sirvan no delincan. Se puede comprobar cómo la innumerable publicidad que han emitido los nuevos «especialistas» en *compliance*, incluye, como mensaje esencial, la virtud escapular de exonerar de pena. Tales programas despliegan la misma función tanto en relación con los delitos dolosos como con los delitos imprudentes. Lo cual, por sí solo, constituye una anomalía dada la diferente configuración del actuar doloso y del actuar imprudente.

Frente a la decisión dolosa de delinquir no es mucho lo que puede hacer un programa de cumplimiento corporativo con sus detecciones de riesgos y sus medidas preventivas. Si el que delinque es el que tiene máximo poder en la empresa, y de ese delito se beneficia la empresa, no sería injusto extender a ésta la responsabilidad penal, pero para eso no se debiera precisar de ningún programa de *compliance*.

Si el que delinque es un subordinado, que, también dolosamente, ha cometido un delito, aunque sea en beneficio de la empresa, imputar a ésta porque no ha sabido evitarlo con un programa de prevención de riesgo, y sin haberlo propiciado directa o indirectamente, resulta excesivo y hasta injusto. Bastante será que deba, en su caso, asumir la responsabilidad civil correspondiente.

Más complicada es la situación cuando se trata de delitos imprudentes, pues éstos, en sí mismos, son por naturaleza la infracción de una norma de prevención. Esas normas de prevención y cuidado pueden ser violadas por una o por varias personas, en relación horizontal o vertical. Patrimonialmente, las empresas responderán en todo caso, y, además, al margen de que esté prevista para ellas la responsabilidad penal de personas jurídicas.

Lógicamente, en los supuestos de imprudencias concatenadas de directivos y subordinados, en los que, efectivamente, la imprudencia originaria del directivo podrá ser no controlar la actividad de los subordinados, se darán motivos suficientes, en caso de graves consecuencias, para sancionar penalmente a las empresas con multas o cierres, además de la responsabilidad patrimonial.

A la vista de todo ello podemos concluir que es impredecible la interpretación que pueda hacer la jurisprudencia de la regulación legal. La omisión del deber de controlar a los subordinados opera bien para las estructuras de imputación por imprudencia, pero para eso no

se necesitaba una compleja regulación de la RPPJ, pues, desde el punto de vista político-criminal, habría bastado la dogmática de la imprudencia para imputar a cadenas de personas físicas, dejando para la persona jurídica la responsabilidad patrimonial o, eventualmente, la consecuencia accesoria de suspensión o cierre.

Surge después la preocupación por evitar que la persona jurídica se vea en el trance de sufrir las consecuencias de conductas dolosas que, en provecho de ella, han realizado personas físicas. La idea esencial es que se pueda proclamar a los cuatro vientos que «ella» (la persona jurídica) no quería que eso pasara, y la prueba está en los catecismos que rigen sus actividades.

El problema penal de las *compliance* se produce, en realidad, por la excesiva función que se les ha dado, que, con la sola excepción italiana, no tiene parangón en el derecho comparado.

Resumiendo: pocas son las condenas a personas jurídicas. Menos aún los fallos que valoran la importancia de un programa de cumplimiento. Desde esa realidad es evidente que la atención y dedicación que recibe el tema de las *compliance* es realmente excesivo. Por eso lo califico de moda.

4. RECAPITULANDO SOBRE LA REALIDAD PENAL

Los diferentes temas que he agrupado como mitos y como modas, tienen o han tenido importancia en el derecho penal o en la ciencia penal, cuestión diferente es que la atención haya sido desmedida o desproporcionada.

Mientras tanto, el derecho penal nos desborda, y me refiero solo a los penalistas. Ese es un hecho que no precisa debate, y a ello me he referido en otros trabajos anteriores, y, por supuesto, no es una percepción mía. Hace bastantes años, Hassemer señalaba que para el ciudadano europeo el derecho penal es «el prototipo del derecho», y la explicación es fácil de encontrar: las informaciones judiciales o de conflictos que dominan el periodismo se refieren, en una enorme proporción, a problemas penales. Pero lo peor no es eso, de por sí preocupante, sino que la sociedad sitúa al derecho penal en el difícil papel de fuente de expectativas para la solución de muchos problemas políticos y sociales. Y eso es demasiado, y da lugar a continuadas exigencias de incremento de la intervención penal.

Paralelamente hay una realidad preocupante, que se resume en pocas palabras: la frivolidad de los que tienen el poder y la responsabilidad de cuidar del rigor de la legislación penal, así como la de pla-

near una política criminal eficaz, que respete las funciones del derecho penal, a fin de que no sea obligado calificar de «mito» a principios como el de intervención mínima.

Si los penalistas reclamamos un paso atrás del derecho penal, y el traslado de muchos temas a ámbitos de solución diferentes del derecho penal, somos mirados como ingenuos que no saben lo que es la responsabilidad del poder político.

No veo razones para tener esperanzas. Hace poco hemos tenido elecciones legislativas. No pretendo decir (sería absurdo que lo hiciera) que el problema penal ha de ser la primera cuestión que abordar por los políticos, porque no lo es, y la preferencia la tienen otros problemas. Pero el penal está entre los problemas importantes, como lo demuestra el que no haya político español que en sus manifestaciones públicas deje de mencionar, antes o después, un tema relacionado con el derecho penal, por no hablar de la tentación de usar esos temas como argumento político.

Pues bien, basta un rápido repaso a lo que se decía en los diferentes programas electorales del pasado mes de abril de 2019 para constatar la *frivolidad* a la que me he referido antes. Veamos algunos botones de muestra:

A) De la dureza de las penas en España, tema del que los penalistas hemos hablado hasta la saciedad, no *trata ningún programa*, con excepción del presentado por el Partido Popular, que considera poca esa dureza y postulaba la necesidad de aumentar el número de delitos a castigar con prisión permanente.

B) De la lectura del programa socialista se desprende que nuestras urgencias penales están encabezadas por la necesidad de suprimir la forma agravada de las coacciones cometidas por piquetes. A renglón seguido, se quiere recuperar la jurisdicción universal para la Audiencia Nacional, eso sí, sin cuestionar la exclusividad competencial de la Audiencia Nacional, que es cuestionada ampliamente. Eso, compartido por Podemos, se considera más urgente que el aumento de órganos judiciales para reducir la insoportable duración de los procesos penales, y, por supuesto que la valoración del volumen de nuestra población penitenciaria.

C) Como mito he mencionado el principio de proporcionalidad, y como exhibición de superficialidad hay que tomar lo que se dice en el programa socialista sobre el objetivo de «fortalecer» no solo el principio de proporcionalidad, tan invocado como inoperante, sino también *el principio de legalidad* (¡). Esos principios se extienden también a los «principios» de subsidiariedad y reinserción social.

D) Del sentido de este último objetivo, y, a su vez, del significado del artículo 25 de la Constitución ya se ha dicho bastante. De las instituciones o figuras penales que propician la reinserción se ha dicho menos, sin desdeñar, claro está, lo referente a la mediación y a la conciliación. Pero de lo más importante, que sería el serio propósito de reducir la presencia de la pena privativa de libertad, nada de nada, sin entender que la idea de reinserción tiene plomo en las alas a causa de la severidad y extensión que la privación de libertad tiene en España.

E) Algo similar se puede decir del propósito de fortalecer el principio de «subsidiariedad», al margen de que ese no sea un principio, sino, en teoría un «carácter» del derecho penal, que significa que el derecho penal, en la mayoría de los problemas que el derecho regula, debe complementar lo que otras ramas del sistema jurídico. La subordinación de partida del Derecho Penal a otros medios de control y solución que ofrecen, por ejemplo, el Derecho Administrativo o el Derecho Mercantil en puridad se podría entender «idealmente» como una consecuencia de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de intervención mínima y fragmentaria. Frente a ese vanguardado ideal nuestro presente es el aumento incontrolado de leyes penales.

F) Nuestra realidad no se caracteriza por la racionalidad y la mesura, sino todo lo contrario, y por eso puede tenerse como triste consecuencia que, al cabo de tantos años de clamar por esos objetivos, haya alcanzado la categoría *de signo de los tiempos* la célebre expresión de Roxin: *huida al derecho penal*.

G) Nada más lejos de mi ánimo que restarle importancia al problema de las agresiones sexuales. Pero de ahí a transformar ese grave problema en *el centro absoluto de los problemas penales*, hay un trecho. Que en los programas electorales se llegue a decir que hay que reformar el Código penal (otra vez) a fin de que se garantice que «la falta de consentimiento de la víctima será clave en los delitos sexuales», idea que se proclama como si fuera desconocida en el Código vigente, pero ninguno de los comentarios que ha merecido la obviaidad de que «no es no», o «sí es sí», como prefiere el programa de Podemos, ha hecho mella en el pensamiento jurídico de los autores del Programa, que, inaccesibles a las advertencias, anuncian la supresión del delito de abuso sexual, que no transmite adecuadamente el «carácter coactivo inherente a todo comportamiento sexual que se impone a otra persona». A cambio, inevitablemente, se anuncia una tipificación «específica para cada caso», con lo cual, en resumen, se dice que se suprimirá el delito de abusos sexuales y en su lugar se

introducirá un catálogo de subtipos de agresión, que propiciarán, con toda seguridad, enormes problemas interpretativos.

H) Si de interpretación hablamos, no podemos olvidar que, en los meses inmediatamente anteriores a la convocatoria de las elecciones legislativas, y siempre al hilo de las polémicas sobre las agresiones sexuales, *surgió, y sigue estando presente*, la pretensión de «revolucionar la teoría de la interpretación». El origen de la cuestión fue la *legítima insatisfacción* de algunos sectores por ciertas sentencias en materia de agresiones sexuales. De ahí se ha llegado, nada menos, a un cuestionamiento global del sistema penal, y a la exigencia de leyes que reduzcan al mínimo la función jurisdiccional. Una durísima campaña contra jueces y fiscales fue la primera fase.

I) La denuncia de incorrección de la ley como causa del fallo injusto era compartida sin discusión, por lo que la consecuencia obligada era exigir una intervención técnica del legislador que obviara el riesgo de repetición de un fallo parecido. A partir de ese dislate programático se sucedieron las más peregrinas ideas. Pero de ellas la que resulta más preocupante, y, por lo visto, es compartida por el Gobierno, es la exigencia de que la ley penal incluya unas *pautas obligatorias* para lograr la *interpretación «en clave de género»*. Otra exigencia, paralela, era, y es, que se ha de modificar el Código penal a fin de que quede fuera de duda que *«no caben interpretaciones»*, lo que comporta el recurso a definiciones vinculantes *para garantizar que el sentido de los tipos no dependa de la interpretación de los jueces*.

¿Adónde vamos? Todo eso son saltos atrás en la evolución del Estado de Derecho, y no parece haber especial consciencia de lo que significa la función jurisdiccional como garantía de la mejor aplicación de la Ley, al margen de desacuerdos que ha de resolver un adecuado sistema de recursos.

J) Regresando a los programas electorales, y lo que dicen que afecte al derecho penal, que, por cierto, se presenta como el causante de todos los desarreglos que vive la sociedad española, el siguiente tema inaplazable es *la abolición de la prostitución (problema antiguo donde los haya)* y erradicar la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, hecho que hace tiempo que está regulado en el Código penal. La abolición de la prostitución, como idea, tiene una dimensión cuasi utópica, salvada la vía de una represión altísima, que tampoco acabaría con ella, y otra, que es la más importante, de descalificación de todos los partidarios, que son muchos, de la reglamentación de la prostitución. Es evidente que, en esto, como en el tema de los vientres de alquiler, se ha impuesto el feminismo radical. En materia de programas, y curiosidades penales, los demás no van a la zaga.

Todos creen que el manejo de la legislación penal es tan simple como el mecanismo de un chupete o de una peonza, o, peor aún, que cualquier problema se resuelve con el mazo o el bisturí del derecho penal. Y, por supuesto, no se puede desperdiciar la ocasión de hacer populismo punitivo con las leyes penales.

K) En un alarde de aferramiento a lo que ha venido haciendo en los últimos tiempos (utilizar la cuestión penal como tema de gancho electoral) propone recuperar el delito de convocatoria de referéndum, ampliar la aplicación de la cadena perpetua y lo mismo con la apolo-gía del terrorismo, ese tema que nunca abandonará, como el monopo-lio de la preocupación por las víctimas del terrorismo, cual si el terrorismo fuera un drama solo percibido y sentido por el pensamiento más conservador.

L) Coyuntural, con perfume electoralista, es la promesa de Ciudadanos de prohibir por ley el indulto a los condenados por rebelión o sedición. La legislación de indulto exige una reforma amplia y urgente, pero si se abre la vía de establecer una lista de excepciones difícil será decidir cuántos son los delitos que entran en la lista, y, a partir de ahí será cuestionable la subsistencia de la institución del derecho de gracia que, pese a sus detractores, tiene suficientes ventajas como para mantenerlo. Pero la cuestión tiene una gravedad mayor, pues, en los últimos tiempos se oyen reclamaciones de prohibir el indulto o de alargar, o suprimir, la prescripción de algunos delitos. Estas dos insti-tuciones penales, que los especialistas consideramos sobradamente fundadas y llenas de sentido, son vapuleadas por demagogos de todos los colores. Se ha llegado a decir que el derecho de gracia, sustento del indulto, es una antigualla residuo de tiempos pasados, insoporta-ble e inútil en la actualidad.

Claro que la regulación del indulto se ha de revisar, pues es obso-leta la Ley de 18 de junio de 1870, sobre todo, porque no contiene ninguna indicación orientativa acerca de cuándo procede concederlo y cuáles son las razones político-criminales que pueden explicarlo, y esa es una puerta abierta a la irracionalidad y las desviaciones que se han producido en alguna ocasión, con las que se ha desvirtuado su carácter de vía excepcional de regulación de la respuesta penal, pero no solo porque le interese así al que lo pide, sino porque la racionali-zación de la respuesta punitiva así lo exige.

M) No son menores las enormidades que se dicen de la prescrip-ción, como, por ejemplo, que los delitos relativos a la corrupción (y no solo esos: sexuales, tributarios, contra menores, y la lista sigue) tienen señalado plazos prescriptivos demasiado breves, a pesar de que esos plazos prescriptivos no son inferiores, antes, muy al contrario, a los

que señalan las leyes penales de los demás Estados de la UE. A eso se añade el desacuerdo sobre la clase de delitos que merecerían «no prescribir», o tardar mucho en hacerlo, no puede consensuarse con claridad, pues a muchos les parecería mejor que no prescribiera una violación, o dar drogas a menores, o un atentado terrorista, que aplicar la imprescriptibilidad al funcionario que metió la mano en los negocios a su cargo. La solución «ecuánime» a la que se puede ir a parar es que se alarguen todos los plazos, para así contentar a todos, y de ese modo el populismo punitivo habrá marcado otro hito en su incesante carrera en pos de la destrucción del derecho penal civilizado.

A buen seguro, quien lea estas páginas dirá que solo menciono las «heridas» que perciben los penalistas, sin reparar en otras tanto o más graves, que se ven en el funcionamiento de juzgados y tribunales – y no solo la habitual mención a la lentitud – o en el sempiterno tiempo de espera para que aparezca un nuevo Código procesal penal que, de una vez, instaure el principio acusatorio.

No menos preocupación produce el modo en que sigue operando la prisión provisional, cuya función y fines son cada vez más «teóricos» pues su función real, en muchos casos, es la de pena impuesta sin proceso, sin perjuicio de que muchas veces se pueda explicar por la peligrosidad del sujeto o por el riesgo de fuga.

Pero también flota en el argumentario que la justifica la presión social sobre el juzgador, que habrá de enfrentarse a seguras críticas si no actúa «como se espera», de manera tal que tácitamente se le indica al juez que debe o puede anticipar la respuesta penal al hecho, esto es, comenzar a aplicar el castigo. El problema esencial es que falta por declarar la culpabilidad, y, como corolario, ya que esa «pena material» no es respuesta a la culpabilidad y tiene por qué participar de las teorías sobre los fundamentos y fines de la pena que se consideran añadidos para la pena en sentido estricto, y no material.

En esa misma línea de perversión de funciones es fácil observar que en todos los frecuentes debates sobre medidas adecuadas para la lucha contra la llamada inseguridad ciudadana, es frecuente la discusión sobre la contribución de la prisión provisional a la seguridad ciudadana, y en esa dirección se señalan como problemas la renuencia de los jueces de instrucción a acordarla (al menos tanto como desearían los medios), o la imposibilidad de imponerla a los sujetos acusados de faltas, que integran una buena parte de la delincuencia menor profesional.

Late, y eso es visible, un deseo de que la prisión provisional, como posibilidad, ejerza funciones de prevención general, y, en relación con el grupo de delincuentes «insidiosos», sea incluso la respuesta neces-

ria y adecuada, es decir, una función de prevención especial. Si se añade que la prisión provisional para la pequeña y masiva delincuencia habitual puede constituir la parte mayor del castigo que se les pueda imponer concluiremos fácilmente que a través de ella se desea organizar un subsistema penal.

Termino ya estas reflexiones, desordenadas y tal vez contradictorias. Ya sé que he tocado un excesivo número de cuestiones y, a pesar de eso, muchos echarán a faltar sus propias ideas, tanto sobre mitos y modas como sobre problemas reales.

Así las cosas, solo puedo pedir al lector que tome estas páginas solo como un vuelo sobre problemas de nuestra especialidad, a la que dedicamos nuestra vida académica, y así poder debatir sin prejuicios de clase alguna.

Quiero, por último, reiterar mi gratitud y afecto a mis amigos de Salamanca, con los que espero seguir colaborando durante muchos años.