

## TÓPICOS DO DIREITO PENAL DA PÓS-MODERNIDADE E ÂMBITO DO ROL CRÍTICO DA DOUTRINA ESPECIALISTA

TOPICS OF POSTMODERN CRIMINAL LAW AND SCOPE OF SPECIALIZED DOCTRINE'S CRITICAL ROLE

LOS TÓPICOS DEL DERECHO PENAL DE LA POSTMODERNIDAD Y ALCANCE DEL ROL CRÍTICO DE LA DOCTRINA ESPECIALIZADA

### SUMÁRIO:

1. La crisis legislativa y el Derecho penal de la postmodernidad; 1.1. La sociedad del riesgo (global y mundial); 1.2. Paradigmas del Derecho penal de hoy; 1.2.1. La expansión del Derecho penal; a. La expansión y administrativización del Derecho penal en la política criminal a partir de finales del siglo XX; b. Valoración doctrinal del fenómeno de expansión: crítica, defensa y resignación; 1.2.2. El populismo punitivo; a. Influencia de los medios de comunicación de masas y legislación penal simbólica; a'. El uso simbólico del Derecho y la democracia mediática; b'. En concreto, la influencia de los medios de comunicación de masas en la formación de la opinión pública respecto a la realidad criminal; b. La consecuencia: legislación penal simbólica; c. El "nuevo" punitivismo y el populismo penal; 2. Excurso: luces y (más) sombras sobre el papel de la doctrina en la crítica del sistema penal; 3. Conclusiones; 4. Referencias bibliográficas.

### RESUMO:

No presente trabalho descreve-se o contexto sociopolítico no que se enquadra o modelo político-cri-

Como citar este artigo:  
Samuel Rodríguez  
FERRANDEZ.  
Tópicos do direito  
penal da pós-  
modernidade e  
âmbito do rol crítico da  
doutrina especialista.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 26, p. 81-144.

Data da submissão:  
26/04/2017

Data da aprovação:  
22/06/2017

minoso vigente nos Estados Sociais e Democráticos de Direito, denominado por muitos “Direito penal da pós-modernidade”, caracterizado pela existência de uma “crise” legislativa pela falta de racionalidade ao elaborar as normas penais. Nesta situação influem os postulados da sociedade do risco, em particular os relacionados com o processo de expansão do Direito penal, que têm dado lugar a intervenções normativas claramente demagógicas ou simbólicas, no qual desempenham um importante papel os meios de comunicação de massas. Ademais, constatou-se aqui que o legislador penal comparado intervém já entrado no século XXI com maior dureza que dantes, no sentido de que a duração das sanções aumenta exponencialmente (“novo” punitivismo), e que se emprega também desse modo para obter o apoio da opinião pública (populismo punitivo). Ante isso, o papel da doutrina penalista não deve ser simplesmente diagnosticar a situação descrita, sina participar ativa e criticamente na formulação de modelos político-criminosos alternativos que, baseados na legitimidade material do Direito Penal, possam impedir aos políticos tomar decisões legislativas irracionais, obrigando-lhes a tomar em consideração os efeitos ou consequências de tais decisões.

**ABSTRACT:**

This paper describes the socio-political context in which is framed the political-criminal model existing in Social and Democratic States of Law, called by many “Postmodern Criminal Law”, characterized by the existence of a legislative “crisis” by the lack of rationality on developing criminal rules. This situation is influenced by the risk society tenets, in particular which are related to the Criminal Law spread process, which have given rise to policy interventions clearly demagogic or symbolic, in which ones the mass media play an important role. In addition, it has been confirmed here that the comparative penal legislator intervenes already entered the 21st century tougher than before, in the sense that the duration of sanctions increases exponentially (“new” punitiveness), and which is also used in that way to obtain the support of public opinion (punitive populism). In response, the role of the criminal doctrine not should be simply to diagnose the situation described, but participate actively and critically in the formulation of alternative political-criminal models which, based on the material legitimacy of Criminal Law, could prevent to

politicians take irrational legislative decisions, and forcing them to take into consideration the effects or consequences of those decisions.

**RESUMEN:**

En el presente trabajo se describe el contexto sociopolítico en el que se encuadra el modelo político-criminal vigente en los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, denominado por muchos “Derecho penal de la postmodernidad”, caracterizado por la existencia de una “crisis” legislativa por la falta de racionalidad al elaborar las normas penales. En esta situación influyen los postulados de la sociedad del riesgo, en particular los relacionados con el proceso de expansión del Derecho penal, que han dado lugar a intervenciones normativas claramente demagógicas o simbólicas, en lo cual desempeñan un importante papel los medios de comunicación de masas. Además, se ha constatado aquí que el legislador penal comparado interviene ya entrado el siglo XXI con mayor dureza que antes, en el sentido de que la duración de las sanciones aumenta exponencialmente (“nuevo” punitivismo), y que se emplea también de ese modo para obtener el apoyo de la opinión pública (populismo punitivo). Ante ello, el papel de la doctrina penalista no debe ser simplemente diagnosticar la situación descrita, sino participar activa y críticamente en la formulación de modelos político-criminales alternativos que, basados en la legitimidad material del Derecho Penal, puedan impedir a los políticos tomar decisiones legislativas irracionales, obligándoles a tomar en consideración los efectos o consecuencias de tales decisiones.

---

**PALAVRAS-CHAVE:**

Pós-modernidade; expansão; simbolismo; populismo punitivo; racionalidade.

**KEYWORDS:**

Postmodernity; spread; symbolism; punitive populism; rationality.

**PALABRAS CLAVE:**

Postmodernidad; expansión; simbolismo; populismo punitivo; racionalidad.

## 1. LA CRISIS LEGISLATIVA Y EL DERECHO PENAL DE LA POSTMODERNIDAD

Se dice que en la época contemporánea se ha producido una transformación de las leyes que, unida a otros factores, ha dado lugar a una auténtica “crisis’ de la legislación”<sup>1</sup>. En realidad hace ya muchas décadas que se acuñó el término “crisis de la ley”<sup>2</sup>, si bien cuando nos referimos a ella en la actualidad lo hacemos no tanto en el sentido clásico en el que se pretende expresar “que la ley ha perdido la centralidad que venía ocupando en el sistema jurídico desde la instauración del Estado de Derecho liberal”<sup>3</sup>, sino más bien en el sentido de “la constatación de la falta de racionalidad o calidad de las leyes”<sup>4</sup>. La crisis de la ley es, conforme a ello, la pérdida de credibilidad de las normas y, también, la toma de consciencia de la importancia de la racionalidad en las mismas; pero, además, es la constatación de un proceso de perversión de las normas como instrumento para la consecución de objetivos públicos.

Sin entrar en un análisis exhaustivo del fenómeno de la crisis de la legislación (que puede serlo en sentidos y por causas muy diferentes entre sí), lo que es cierto es que la constatación del fenómeno de falta de racionalidad de la legislación al que nos referimos, se manifiesta tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo en las últimas décadas.

Desde el punto de vista cuantitativo, se puede señalar la existencia de una plausible inflación legislativa, consistente en un aumento exponencial del número de normas existentes en los Ordenamientos jurídicos comparados, pero especialmente en el caso del Derecho penal: sin ir más lejos, en España se ha pasado de una época donde en veinte años, los que van desde la aprobación del Texto refundido de Código penal 1973<sup>6</sup> (y con la instauración posterior de la democracia<sup>7</sup>) hasta nuestro Código actual, sólo se hicieron efectivas cinco reformas, a un período en el que, tras la aprobación del Código penal de 1995, se han producido sobre el mismo una ¡treintena! de reformas aproximadamente.

Sin embargo es aún más relevante, en nuestra opinión, la crisis legislativa desde el punto de vista cualitativo. En este ámbito se aprecian en la ley defectos formales (en, por ejemplo, la redacción o sistemática de las leyes), pero son mayores y más importantes las carencias de la legislación halladas en su calidad material, en la medida que las normas jurídicas

muestran insuficiencias de fondo en el nivel de su aplicación y efectos<sup>8</sup>. En lo cualitativo también el sistema penal español está afectado, a nuestro parecer y el de la inmensa mayoría de la doctrina penal, por una situación de crisis en el sentido que le hemos dado de “falta de racionalidad o calidad de las leyes”. Aunque una valoración de este tipo debería realizarse a partir de un análisis individualizado de cada una de las leyes y normas que han sido aprobadas, la propia tendencia cuantitativa de aumento, en comparación con el escaso tiempo de vigencia de las propias normas o preceptos reformados, y otros datos, como la ausencia de evaluación de las normas jurídicas<sup>9</sup>, ya muestran que el legislador español postmoderno no está en absoluto preocupado por la racionalidad de la ley penal.

Sin duda ello no puede abstraerse de la situación social en la que se enmarca el Derecho penal de hoy, el Derecho penal de la postmodernidad<sup>10</sup>, que está caracterizado por unos tópicos que vamos a analizar a continuación, no sin antes contextualizar el entorno social en el que tal fenómeno se produce.

### 1.1. La sociedad del riesgo (global y mundial)

El concepto “sociedad del riesgo”, “sociedad de riesgo” o “sociedad de riesgos”, fue enunciado por el sociólogo alemán Ulrich Beck en 1986 (en su obra “Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne”, traducida seis años más tarde al inglés y otros seis años más después al castellano), entendiéndolo tales como “situaciones globales de amenaza”<sup>11</sup> procedentes, fundamentalmente, de la propia acción humana. Según este autor, esos riesgos dieron lugar, en relación con el papel del Estado respecto a los mismos, a que éste deba comprometerse a ofrecer seguridad a los ciudadanos, debiendo reiterar tal compromiso una y otra vez “mediante intervenciones cosméticas o reales en el desarrollo técnico-económico”, ante “una opinión pública alerta y crítica”<sup>12</sup>.

Esto es, la opinión pública en las sociedades occidentales comenzó a exigir durante el último cuarto del siglo pasado a los poderes públicos la adopción de diferentes estrategias de prevención (políticas, científicas y jurídicas) con el fin de evitar los riesgos sociales (y no meramente los individuales) surgidos de las nuevas formas de producción, relacionados esencialmente con la contaminación del aire, de la vegetación, del agua, etc.<sup>13</sup>, riesgos que tienen la característica fundamental de no agotarse “en

consecuencias y daños que ya han tenido lugar, sino que contienen esencialmente un componente futuro”, de modo que “los riesgos se refieren a un futuro que hay que evitar”<sup>14</sup>. Así, no es extraño que la sociedad del riesgo haya provocado en el ámbito del Derecho penal un “desplazamiento hacia delante de las barreras de protección” y un “crecimiento ‘desasosegado’ de los delitos de peligro”<sup>15</sup>.

En este sentido, como apunta Alcácer Guirao, la sociedad del riesgo también “ha generado un fundamental cambio de la representación social sobre el progreso tecnológico: mientras que en sus comienzos la tecnología iba dirigida a disminuir, evitar o reparar riesgos emanados de la naturaleza, en la actualidad se ha convertido en la mayor fuente de riesgos, riesgos que adquieren una potencialidad de destrucción masiva, tanto espacial como temporalmente, capaz de afectar a poblaciones enteras, presentes o futuras”. De esta manera la conducta humana ha adquirido a los ojos de la opinión pública “un alcance causal sin precedentes” que dibuja “un futuro todavía incierto, pero de tintes catastróficos”. Precisamente, de aquí se deduce, en opinión de este autor, otra característica central de la sociedad del riesgo: “la tendencia expansiva de la atribución de responsabilidad”, de tal forma que “el reino del azar o el infortunio cede espacios a la culpabilidad, como una necesidad para la estabilidad social”, reduciéndose a la máxima “a mayor sensación de inseguridad, mayor exigencia de individualizar responsables”. Así, pues, no es extraño que se acabe produciendo, como de hecho ha ocurrido, “una nueva orientación en las estructuras de atribución de la responsabilidad”, prestando ahora prioritaria atención “al poder causal de destrucción sobre la capacidad de previsión del agente en su obra”<sup>16</sup>.

Hecho este inciso sobre dos de los aspectos que demuestran la incidencia directa que la sociedad del riesgo ha tenido sobre el Derecho penal, retomamos las aportaciones de Beck para señalar que este autor ha considerado unos años después<sup>17</sup>, que “la sociedad del riesgo, pensada hasta sus últimas consecuencias, quiere decir sociedad del riesgo global”, en la medida que “su principio axial, sus retos, son los peligros producidos por la civilización que no pueden delimitarse socialmente ni en el espacio ni en el tiempo”<sup>18</sup>. En definitiva, habla en este posterior trabajo Beck de que las amenazas, los riesgos, se han convertido en globales y eso implica que la gestión de los mismos ha de ser mundial. Precisamente, a sociedad de

riesgo “mundial” se refiere en su último trabajo<sup>19</sup>, en la que lo novedoso respecto a sus trabajos anteriores es la escenificación de los riesgos y la utilización de los mismos con fines políticos.

Otro concepto que está “haciendo fortuna” para describir el período social de la postmodernidad es el de “modernidad líquida”, aportado por Bauman<sup>20</sup>. Para este autor, en la época actual “surfeamos en las olas de una sociedad líquida siempre cambiante –incierto– y cada vez más imprevisible, en la decadencia del Estado del bienestar”. Para él, la modernidad líquida es “un tiempo sin certezas, donde los hombres que lucharon durante la Ilustración por poder obtener libertades civiles y deshacerse de la tradición, se encuentran ahora con la obligación de ser libres asumiendo los miedos y angustias existenciales que tal libertad comporta”<sup>21</sup>. Además, según apunta Bauman, en la sociedad actual el tiempo adquiere tanta importancia como el espacio o, incluso, más, pues “fluye con rapidez y no hay tiempo para pararse a reflexionar con detenimiento”<sup>22</sup>. De la referencia a la modernidad líquida ha extraído acertadamente Serrano Gómez un reflejo para nuestras actuales política criminal, legislación y proceso legislativo, definiéndolos como “inseguros, cambiantes, irreflexivos, vertiginosos”, esto es, como integrantes de lo que podría calificarse como una auténtica “legislación penal líquida”<sup>23</sup>.

En todo caso, lo que es indudable es que este contexto social descrito por los autores citados, ha tenido claro reflejo en la política criminal (y en la política legislativa penal) de los Estados occidentales a partir del tramo final del siglo XX<sup>24</sup>. Vamos a analizar, pues, a lo largo de las siguientes líneas, cuál ha sido tal reflejo a partir del estudio de los que pueden ser considerados como “paradigmas”<sup>25</sup> del Derecho penal de hoy.

## 1.2. Paradigmas del Derecho penal de hoy

### 1.2.1.- *La expansión del Derecho penal*

*a. La expansión y administrativización del Derecho penal en la política criminal a partir de finales del siglo XX*

La consecuencia fundamental de la sociedad del riesgo como marco contextual del nuevo Derecho penal fue descrita en nuestro país<sup>26</sup> por Sil-

va Sánchez bajo la sugerente y exitosa etiqueta de “expansión” del Derecho penal, dentro de la cual se identificó un perfil relacionado con el plano técnico-legislativo del fenómeno en sí, y que fue denominado por el mismo autor como la “administrativización” del Derecho penal<sup>27</sup>.

Pues bien, en primer lugar, la denominada expansión del Derecho penal es concebida como una tendencia general en la legislación penal contemporánea que tiene como síntomas evidentes la “creación de nuevos ‘bienes jurídico-penales,’ ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía”<sup>28</sup>. Es decir, en resumen, se introducen nuevos tipos penales, se agravan las penas anteriormente previstas para los ya existentes y se relajan las garantías procesales (prisión provisional, juicios rápidos, etc.). Sus causas son diversas, a juicio de Silva Sánchez<sup>29</sup>:

la aparición de nuevos intereses y el aumento de valor de los ya existentes;

una efectiva aparición de nuevos riesgos y la institucionalización de la inseguridad; en este sentido, la sociedad postindustrial es, como hemos visto, una “sociedad de riesgos”, una “sociedad compleja” y una sociedad que evidencia una crisis del Estado de bienestar;

la existencia de una sensación social de inseguridad; esto es, existen nuevos riesgos, pero la percepción subjetiva es superior a la propia existencia de los mismos, lo cual da lugar a una demanda de mayor seguridad<sup>30</sup>;

la configuración de una sociedad de “sujetos pasivos”: los pensionistas, destinatarios de subvenciones y prestaciones públicas, son para este autor los ciudadanos electores, sujetos pacientes de los efectos nocivos del desarrollo, que demandan una reducción, casi al absurdo, de los riesgos y la imputación de los daños a un tercero, que los habrá de resarcir;

la identificación de la mayoría social con la víctima: se produce según apunta Silva Sánchez un cambio del paradigma del Derecho penal, que pasa de ser un Derecho que protege al delincuente frente al poder del Estado, a un Derecho que protege a la víctima de “la maldad” del delincuente;

el descrédito de otras instancias de protección, especialmen-

te de la propia sociedad, como instancia informal de control, así como del Derecho civil y del Derecho administrativo;

la aparición de “nuevos gestores atípicos de la moral”: determinadas asociaciones (ecologistas, asociaciones de vecinos, asociaciones feministas, etc.) se han convertido en opinión de este autor en los nuevos gestores de la moral pública, demandando más seguridad, como si de una prestación se tratara;

la actitud de la izquierda política; en este sentido, Silva Sánchez señala que la izquierda ha abanderado las doctrinas de la retórica de la “ley y el orden” (“Law and Order”)<sup>31</sup> por réditos electorales<sup>32</sup> y por una determinada contemplación del Derecho penal como instrumento idóneo de transformación social<sup>33</sup>;

por último, el “gerencialismo”; es decir, la primacía de las consideraciones de eficacia y de eficiencia, en los temas de seguridad, y la consiguiente desconfianza en que lo público esté en condiciones de satisfacer estas exigencias.

En todo caso y, en segundo lugar, si hay una expresión concreta del desarrollo o desenvolvimiento de este fenómeno de la expansión del Derecho penal que destaca especialmente, es la mencionada “administrativización” del Derecho punitivo<sup>34</sup>, consistente en “la incorporación de ilícitos administrativos al Código penal, convirtiéndolos en delitos”<sup>35</sup>, de modo que quedan indeseablemente difuminadas “las fronteras entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, lanzándose el mensaje de que sólo el Derecho penal —esto es, la intervención más dura—, está en condiciones de resolver los problemas”<sup>36</sup>. En efecto, en virtud de esta “administrativización”, en opinión de Silva Sánchez, el Derecho penal, que anteriormente “reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo)”, ha pasado a ser “un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida se ha ‘administrativizado’”<sup>37</sup>. Esto es, el Derecho penal asume en la actualidad funciones propias del Derecho administrativo sancionador como es, en esencia, la finalidad de ordenar, de un modo general, sectores de actividad, función en la que prima el interés “en la globalidad del modelo”, es decir, donde “lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las ‘grandes cifras’; el ‘problema estructural’ o ‘sistémico’)”<sup>38</sup>.

En definitiva, para Silva Sánchez el Derecho penal de las sociedades postindustriales adquiere como característica destacable la asunción de esa forma de razonar “tradicionalmente propia de lo administrativo”, convirtiéndose de ese modo “en un Derecho de gestión ordinaria de problemas sociales”<sup>39</sup> y podría decirse, en este sentido, que ha comenzado a proteger, más que bienes jurídicos, decisiones administrativas y políticas.

Participa de esta opinión García Arán, al constatar “la progresiva incorporación de ilícitos administrativos que arrastran consigo las características” de dicho sector del Ordenamiento jurídico en las últimas reformas penales. En efecto, en tanto los ilícitos administrativos “criminalizados” predominan en la actualidad, el legislador cae en el olvido de que el Derecho penal “tiene sus propias reglas de comprobación de la responsabilidad, más estrictas que las del Derecho administrativo sancionador”, de modo que se puede decir que casi se ha llegado al extremo de pretender que “el atestado policial valga ya como sentencia condenatoria”. De este modo, acierta García Arán en señalar que los “efectos colaterales” de esta forma de legislar “son temibles porque conllevan la pérdida de las garantías propias del Derecho penal que progresivamente se acerca a las características de la intervención administrativa”<sup>40</sup>.

Otro significativo ejemplo de administrativización del Derecho penal lo es la categoría de los “delitos cumulativos”, es decir, aquellas infracciones penales en las que, siguiendo el ejemplo del Derecho administrativo sancionador (considerado como el “Derecho del daño cumulativo”<sup>41</sup>), se sanciona penalmente la posibilidad cierta de que una conducta –por sí misma no lesiva o inocua– sea realizada hipotéticamente también por otros sujetos, de tal modo que todos esos comportamientos, hipotética y conjuntamente considerados, sí puedan “acabar lesionando el correspondiente bien jurídico”<sup>42</sup>. Evidentemente el surgimiento de estos delitos tiene que ver con los nuevos paradigmas del riesgo. El carácter global de los nuevos intereses de protección, así como la perspectiva colectiva o sistémica desde la que se enfoca el poder de destrucción de la acción humana, obliga al Derecho penal a enfrentarse, como señala Alcácer Guirao, a un nuevo actor protagonista, distinto al agente individual, y con más potencial destructor que éste: “el ‘actor colectivo’, o la sociedad en su conjunto”<sup>43</sup>. Pese a algunos loables intentos de justificación, los delitos cumulativos han sido enormemente criticados por gran parte de la doctrina bajo la

argumentación de que suponen admitir una responsabilidad penal objetiva o por hecho ajeno. Así lo ha sostenido Silva Sánchez, con base en el principio de proporcionalidad<sup>44</sup>. De la misma opinión es Feijoo Sánchez, al señalar que los delitos cumulativos o, como el autor prefiere denominar este fenómeno, “la tipificación de daños acumulativos”, resulta ser “una técnica de protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que debe pertenecer en exclusiva al Derecho administrativo, pero que resulta ilegítima en el Derecho penal en la medida en la que al penado se le imputan personalmente consecuencias de su acción que no son suyas (responsabilidad por hechos ajenos)”<sup>45</sup>. La doctrina favorable a este tipo de tipificación, sin embargo, entiende que es posible la justificación de la incriminación de esta clase de figuras penales<sup>46</sup>.

En cualquier caso, la administrativización, como característica general de la legislación penal postmoderna, ha tratado de ser explicada por Díez Ripollés en el contexto anteriormente analizado de la sociedad del riesgo. Señala el autor que el ansia de la sociedad por prevenir peligros vinculados a actividades sociotecnológicas demanda un intervencionismo administrativo superior al del Estado social, lo que parece exigir una legislación imprecisa que permita la discrecionalidad administrativa<sup>47</sup>; y que, además, las exigencias de la sociedad del riesgo obligan a la ley penal a prestar atención a nuevos objetos de tutela colectivos, lo que fomenta sin duda una legislación mucho más imprecisa, con abundancia de tipos de peligro y frecuente uso de la técnica de la ley penal en blanco<sup>48</sup>. Esta explicación es, a nuestro parecer, generalmente acertada, siempre que además se enlace con otros caracteres de la expansión, como el descrédito de otras instancias de protección, no obstante lo cual, de todos modos, sigue situándose en un contexto diferente al de la legitimidad material del Derecho penal.

Y es que la cuestión de la administrativización plantea como interrogante de base, como hemos visto, por qué el Derecho penal no puede adoptar las estructuras punitivas del Derecho administrativo y, como cuestión antecedente para la resolución de la primera, la de si existe una diferencia de naturaleza entre ilícito penal y administrativo. La delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo es una cuestión de la que se ha ocupado la doctrina tradicionalmente hasta la fecha<sup>49</sup>, basándose tal distinción, según se dice, en que al ilícito penal se le atribuye “el

carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro<sup>50</sup>. Es decir, el punto de distinción entre ambos ilícitos se centraría, según esta definición, en un aspecto cualitativo.

Hay otros autores para quienes la diferencia fundamental radica meramente en la vertiente cuantitativa. En este sentido se pronuncia Polaino Navarrete, quien considera que nuestro Ordenamiento jurídico “requiere la implantación de un criterio de graduación cuantitativa en las respuestas penal y administrativa de contenido pecuniario, en cuya virtud quede instaurado el principio de que la más grave de las sanciones administrativas pecuniarias, contra infracciones de esta naturaleza jurídica, no deberá rebasar el alcance de las penas de multa asignadas, no ya a los delitos, sino a ninguno de los tipos de falta conminados en el Código penal”. De este modo, para este autor, “tanto en el orden sustantivo penal como en el correspondiente orgánico y procesal, todas las infracciones administrativas, merecedoras de sanción cuya intensidad de contenido sea superior a la respuesta penal de las infracciones constitutivas de falta [actual delito leve], han de ser objeto de urgente criminalización”; y, en contraposición, “los tipos de bagatela, por su escasa significación social, no merecen alcanzar relevancia típica, y han de ser degradados a la mera condición de contravenciones administrativas<sup>51</sup>. Se muestra especialmente crítico con este planteamiento García Albero, para quien sería necesaria “una clarificación del ámbito en el que habrían de adscribirse los ilícitos administrativos y las bagatelas penales” o actuales delitos leves, al resultar ambas categorías “materialmente coincidentes<sup>52</sup>. En su opinión, “la distinción cuantitativa no sólo no explica por tanto la realidad normativa tal cual hoy se presenta, sino que, desde una perspectiva ‘de lege ferenda’, tampoco estaría en condiciones de erigirse en el único criterio de discriminación de lo penalmente relevante<sup>53</sup>. Tampoco es válida, según reconoce el autor, una perspectiva que se centre únicamente en el aspecto cualitativo, pues, también tomando como referencia la realidad normativa actual, a las nuevas teorías cualitativas o cualitativistas se les reprocha, en definitiva, que no expliquen “por qué tutela el Derecho penal aquello que la teoría niega que deba tutelar<sup>54</sup>. De este modo, como destaca el propio García Albero, lo que predomina en la actualidad es una aceptación mayoritaria, proveniente en esencia de la doctrina germana, de las teorías mixtas o cuantita-

tivo-cualitativas a la hora de distinguir entre ilícitos administrativos e ilícitos penales<sup>55</sup>, conforme a las cuales “si entre ambas clases de ilícitos sólo es posible mantener a lo sumo una diferencia cuantitativa, en el ámbito de las respectivas consecuencias jurídicas la distinción es necesariamente cualitativa”. Así, pues, la pena, conforme a esas concepciones mixtas, “no es un ‘minus’ sino un ‘aliud’ respecto de la sanción administrativa”<sup>56/57</sup>.

En nuestra opinión debe partirse de que no hay un principio de base que diferencie comportamientos dignos de sanción penal y otros dignos de sanción administrativa, siendo ésta una labor política que debe atender a los diferentes intereses dignos de tutela en cada caso. Ahora bien, es obvio que la esencial distinción entre uno y otro tipo de intervención es la pena, pero, en particular, la pena de prisión. En un momento en que el Derecho penal utiliza como penas sanciones propias del Derecho administrativo como la multa económica, parece lógico que se desnaturalice la diferencia entre ambos sectores del Ordenamiento. En este caso estaríamos ante una diferencia cuantitativa, dado que el acudir al sistema penal o al administrativo sería de “libre elección” por el legislador. Cuestión distinta es, y a nuestro parecer ésta es la enseñanza clave extraída de la caracterización que Silva Sánchez hace del fenómeno de “administrativización” del Derecho penal, cuando la sanción a aplicar es la privativa de libertad. En ese caso ya hay una naturaleza diferente en la sanción que obliga al legislador a argumentar el tipo de intervención de forma distinta: ya no estamos ante una intervención en esferas de libertad, sino ante una privación de derechos fundamentales que, por tanto, no puede justificarse únicamente por la presencia de un interés digno de protección social. Como ha señalado Silva Sánchez, sólo se puede legitimar la privación de derechos fundamentales que supone el Derecho penal privativo de libertad cuando la conducta sancionada tenga “una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual”<sup>58</sup>. En los otros casos bastará el Derecho administrativo o ese denominado por el autor “Derecho penal de segunda vía”, pero sin contemplar penas privativas de libertad como consecuencias jurídicas, sino únicamente penas privativas de derechos o pecuniarias. En otras palabras, y adelantando en parte nuestra posición, nos limitaremos a señalar que asiste razón, por tanto, a García Albero cuando concluye que hay que enfocar la cuestión de la distinción entre el ilícito administrativo y el ilícito penal desde el principio de proporcionalidad y desde el prin-

cipio de intervención mínima o “ultima ratio” (en su doble vertiente de fragmentariedad y subsidiariedad)<sup>59</sup>. No parece, sin embargo que sea éste el camino que ha seguido el legislador.

*b. Valoración doctrinal del fenómeno de expansión: crítica, defensa y resignación*

La definición del fenómeno de la expansión del Derecho penal por Silva Sánchez no es en realidad acrítica o meramente descriptiva, sino que, con ella, el autor critica este nuevo fenómeno político-criminal cuanto menos en lo que supone de abandono de un entendimiento garantista del sistema penal<sup>60</sup> y sólo lo acepta en cuanto el Derecho penal “administrativizado” renuncie a utilizar como sanción la pena privativa de libertad<sup>61</sup>. Son muchos otros los autores que han criticado esta tendencia de “huida al Derecho penal”<sup>62</sup> que pone en duda la vigencia real de principios claves de la Política criminal como la intervención penal mínima, en lo que se refiere en particular a la subsidiariedad del Derecho penal respecto de otros instrumentos de control social y su carácter de “ultima ratio”<sup>63</sup>. Así lo han entendido, entre otros, autores como Hassemer<sup>64</sup> o Albrecht<sup>65</sup>, en Alemania, o, aparte de Silva Sánchez, Sánchez García de Paz<sup>66</sup>, o Mendoza Buergo<sup>67</sup> en España.

Con carácter general lo que se critica de la “expansión” es que supone la huida de un determinado modelo de Derecho penal y la adopción de otro. Lo que ya no es tan pacífico es la caracterización y la valoración del modelo del que se aparta este nuevo Derecho penal.

Así, un sector doctrinal entiende que la expansión supone una huida del “garantismo penal”, es decir, del “Derecho penal mínimo”, un modelo formulado por Ferrajoli, al menos en su versión más realista o moderada<sup>68</sup>, en el que “no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos”<sup>69</sup>, lo cual supone, en definitiva, que el cometido del Derecho penal es “intervenir lo mínimo posible para conseguir el máximo de libertad”<sup>70</sup>.

Para otros, por el contrario, la expansión del Derecho penal supone una huida del modelo del “Derecho penal de la Ilustración”, es decir, del, en ocasiones denominado, Derecho penal liberal o “viejo y buen Derecho penal”, a la luz del cambio (no precisamente negativo) de la estructura de la sociedad. Así lo entiende un sector de la doctrina penal española al que no le parece sensato proponer “un regreso al instante del nacimiento del Derecho penal clásico” como se postula por parte de los autores que componen la “Escuela (penal) de Frankfurt”<sup>71</sup>. El ejemplo más representativo dentro de esta línea lo constituye Gracia Martín<sup>72</sup>, cuya posición se encuadra entre la de quienes, como Schünemann<sup>73</sup>, consideran la expansión una tendencia lógica del Derecho penal para la mejor tutela de los intereses sociales en la sociedad actual. En concreto, consideran que el fenómeno de la expansión se explica por un supuesto cambio ideológico en la finalidad del Derecho penal, que pasa, de controlar a los débiles, a intentar controlar a los poderosos.

Nosotros no somos partidarios ni de intentar erradicar la expansión del Derecho penal y buscar una vuelta a los orígenes del surgimiento del Derecho punitivo, porque ello supondría olvidar la existencia de intereses sociales dignos de protección, ni tampoco somos partidarios de fomentar y justificar este fenómeno, pues son muchos los defectos (contrarios a la racionalidad y al fundamento material del Derecho penal) que conlleva, como ya hemos podido comprobar. Sí somos partidarios de, aceptando la expansión como producto de un fenómeno social inevitable (ya que, de hecho, como apunta atinadamente Morillas Cueva, “no todo expansionismo es rechazable”, en tanto “existen situaciones y necesidades que requieren una penalización activa”<sup>74</sup>), tratar de limitarlo desde las propias instituciones de decisión político-criminal, introduciendo procedimientos que, inspirados en los fundamentos mismos del Derecho penal, lleguen a controlar su incidencia (a corregirla, si se prefiere) en la normativa penal de nuestro Estado. Pero todavía no es el momento de explicar nuestra posición sobre cómo afrontar esta tarea.

Así, pues, una vez estudiada la expansión y la administrativización del Derecho penal en la política criminal imperante a partir de finales del siglo XX, estudiaremos en el siguiente subepígrafe el denominado “populismo punitivo” y, antes, los factores imbricados con el mismo, tales como el papel de los medios de comunicación social en la creación de las

leyes penales y, como en consecuencia, éstas acaban siendo meros instrumentos simbólicos. Comencemos, pues, con estos perfiles característicos adicionales del Derecho penal postmoderno.

### **1.2.2. El populismo punitivo**

#### *a. Influencia de los medios de comunicación de masas y legislación penal simbólica*

##### *a'. El uso simbólico del Derecho y la democracia mediática*

Ya hemos puesto de manifiesto anteriormente que el propio concepto sociológico de la “sociedad de riesgos” implica la existencia de “una cierta presión social por elaborar leyes como respuesta estatal a los problemas de mayor relevancia o visibilidad pública”, lo cual, y sin que sirva de precedente, quede dicho en descargo de los poderes públicos, no siempre les puede permitir “la posibilidad de escoger la herramienta idónea para actuar”, sin la posibilidad de caer en la cuenta, como señala Bronfman Vargas, sobre “las limitaciones de la norma legal como instrumento de acción estatal”<sup>75</sup>. De este modo, y sin referirnos todavía específicamente al ámbito legislativo penal, se produce en términos globales -en palabras de Subirats- una alteración y un socavamiento del significado del principio de legalidad, que es “una de las columnas vertebrales de legitimación del Estado contemporáneo”, al extenderse diferentes prácticas (leyes-medida, leyes-manifiesto...) “de total inaplicación, pero de utilidad ‘política’”<sup>76</sup>. A través de tales indeseables prácticas legislativas, argumenta Subirats, se intenta, o bien “silenciar a la opinión pública a nivel propagandístico, sin que a la intención abanderada corresponda una adecuada instrumentación operativa”; o bien la consecución de “mediocres compromisos que salvan las mayorías políticas pero que producen leyes ingestionables”; o bien el afrontamiento superficial de cuestiones de gran complejidad<sup>77</sup>.

En resumen, fruto de la presión social mencionada, el legislador acomete apresuradamente la creación de leyes que se podrían denominar “simbólicas”<sup>78</sup>, que contienen “declaraciones normativas que expresan la voluntad de la comunidad política y generan consenso social”, pero son débiles o deficitarias “en la construcción de mecanismos concretos que permitan avanzar hacia el resultado deseado como fruto de la intervención estatal”<sup>79</sup>.

Pero, ¿cómo se articula esta presión social con esta indeseable conse-

cuencia para el Ordenamiento jurídico? Los principales responsables son los medios de comunicación, que se prestan a “denunciar” ante un determinado “problema social” el tópico “retraso en la tramitación del proyecto de ley pertinente como un factor que la agrava” y que acaba dando lugar a una apresurada intervención de los poderes públicos que, como señala Bronfman Vargas, da lugar a una aprobación forzada de una ley “sin considerar su aptitud para enfrentar el problema de que se trata”, calmando o satisfaciendo la presión social ejercida sobre el legislador, pero alumbrando “legislación simbólica, oportuna y publicitada”<sup>80</sup>, a la par que “inefectiva”<sup>81</sup>. En definitiva, la intervención de los medios de comunicación da lugar a que “el interés social, real o aparente, dirigido a la elaboración de una solución legislativa, incluya la pretensión de ser satisfecho en breve tiempo”, lo cual, además, y en lo que nos interesa en este trabajo, acaba por supuesto con cualquier posibilidad “de evaluar de manera adecuada los contenidos de la acción normativa”<sup>82</sup>.

Aprobada la correspondiente ley, pues, el legislador puede afirmar, haciendo también un uso simbólico de la política<sup>83</sup>, que ante el “problema social” correspondiente “ya se han tomado las medidas oportunas”, a pesar de que “sea consciente de que no existen ni los medios ni las capacidades administrativa para resolver realmente el problema”<sup>84</sup>. Es más importante, pues, “comunicar a la población la toma de medidas”, que la “efectiva resolución posterior” del problema social de que se trate<sup>85</sup>. Esta forma de proceder, por cierto, denota una “excesiva confianza en la Ley como norma, y en el legislador carismático capaz de asegurar todos los órdenes de la vida humana”; o, en otras palabras, como apunta Montoro Chiner, “se confía en exceso en la magia de la Ley para eliminar desigualdades, injusticias, descompensaciones sociales” o para “eliminar incluso las situaciones de riesgo para la vida o para los derechos”<sup>86</sup>.

En definitiva, este uso simbólico de la ley y de la política ha dado lugar a un nuevo parlamentarismo como forma de gobierno y, por extensión a un nuevo concepto de democracia, a una “democracia sin ciudadanos”<sup>87</sup>, a una “democracia mediática”, que se encuentra “muy alejada de las pautas del parlamentarismo clásico como forma de gobierno, en la que la televisión y los medios de comunicación de masas desplazan al Parlamento al punto de erigirse en gran foro público de debate y en la arena donde se libran las batallas por el poder”<sup>88</sup>. En efecto, como destaca Lippmann,

el gran problema de las democracias actuales radica en que las decisiones políticas no son tomadas con base en las discusiones entre el poder ejecutivo y el poder legislativo en el seno del Parlamento, sino con base en las relaciones discursivas que ambos entablan con la opinión pública<sup>89</sup> en el seno de los “mass media”.

Dicho concepto viene a implicar sin duda que los “mass media” o medios de comunicación de masas<sup>90</sup> imponen los “tiempos mediáticos” que afectan “al discurso político y lo condicionan en términos decisivos”, al afectar, como ya hemos señalado anteriormente, “al tiempo de elaboración de la respuesta política propositiva frente a los problemas ciudadanos”, que se exige que sea inmediata, lo cual, redundamos en ello, va en detrimento “de la calidad del análisis político, tanto de la evaluación de la necesidad social, como de la propuesta de solución política”<sup>91</sup>.

¿En qué modo concreto afecta esta situación al proceso político para la toma de decisiones legislativas, en general? López Aguilar sistematiza y enuncia los efectos que acarrea la situación descrita de la siguiente manera, aunque destacaremos sólo los tres que más nos interesan por el objeto del presente trabajo:

1. Se produce un cambio en la prioridad y en la orientación legislativa. Es decir, el legislador ya no responde a las necesidades o expectativas sociales desde principios éticos para la consecución de objetivos generales y a largo plazo, para convertirse en un mero suministrador de “respuestas inmediatas que buscan “atender a la apariencia de complitud jurídica y mantener con ello la ilusión de que el Derecho sirve para resolver todas las necesidades sociales, aun cuando es evidente el deterioro del valor ‘seguridad jurídica’ o la ‘certeza’ del Derecho”<sup>92</sup>.

2. Igualmente tiene lugar una alteración en la agenda política y legislativa, en la medida que, al tener que formularse con urgencia las propuestas políticas “por mor de la servidumbre mediática”, por una parte, la fase prelegislativa casi es inexistente, lo que redundará en una merma de calidad de las normas creadas, y, por otra, los temas a abordar están tasados y determinados por la actualidad, con lo que normalmente se legisla sobre temas urgentes y no sobre temas importantes, produciéndose, pues, “un efecto perverso de ‘imposición’ de la agenda política a discutir en las fases legislativas”<sup>93</sup>.

3. Finalmente, para López Aguilar, acontece una desafección ciudadana respecto de la política y del parlamentarismo. Para el autor, al estar controlada la agenda política por los medios de comunicación de masas, “se han roto los cauces propios o institucionalizados de comunicación entre los políticos y la sociedad”, siendo ahora los medios los que seleccionan los temas relevantes a discutir por los políticos. Ello provoca que la sociedad acuda ahora en primer lugar a los propios medios de comunicación demandando soluciones para sus problemas<sup>94</sup>. No obstante, a mayor abundamiento, los medios, agentes carentes “de control y de legitimidad democrática”<sup>95</sup>, no sólo desempeñan ahora este papel de “intermediarios en la comunicación entre la sociedad y la política”, sino que “conforman, prefiguran y configuran esa comunicación”, tomando “parte activa en la formulación de las demandas sociales, que hacen suyas, y contaminan la comunicación, llegando a elegir, incluso, “las respuestas políticas que quieren transmitir al público, dentro del abanico de soluciones políticas que las diferentes opciones ofrecen”<sup>96</sup>.

Pues bien, con todo lo anterior hemos podido comprobar que legislación y democracia mediática son dos conceptos íntimamente relacionados a nivel global. Pero, ¿y si profundizamos en el concreto nivel de la legislación penal? ¿Qué imagen proyectan los medios de comunicación de masas sobre el “problema criminal”? ¿Cómo lo hacen? ¿Cómo afecta ello al proceso democrático de creación de las leyes penales? ¿Acaban alumbrándose normas penales “simbólicas”? Vamos a tratar de dar respuesta a todos estos interrogantes a continuación.

*b'. En concreto, la influencia de los medios de comunicación de masas en la formación de la opinión pública respecto a la realidad criminal*

Como señala Brandáriz García, la representación mediática de los fenómenos de desviación criminalidad y de su control social es de gran importancia, pues condiciona en gran medida, en el contexto de la denominada sociedad de la información<sup>97</sup>, la evolución de los fenómenos objeto de análisis<sup>98</sup>. Concretamente señala el autor que los medios de comunicación llevan a cabo una reconstrucción social de la realidad de tales fenómenos que presenta los siguientes rasgos<sup>99</sup>: una narración dicotómica de la realidad entre buenos y malos, “que contribuye a solidificar los có-

digos valorativos del público, como verdadero mecanismo de cohesión (y control) social”; una representación simplista de la realidad criminal y de fácil consumo como espectáculo, que sólo muestra al gran público una reducida parte de tales fenómenos; la creación de “olas artificiales” de criminalidad a través de la presentación de episodios de criminalidad de forma rápida, simplificada, inmediata, etc.; o, también, la generación de un efecto de amplificación de la alarma social, incrementando el temor del ciudadano a ser víctima de los delitos hipervisibilizados.

En particular, todos estos rasgos redundan en la creación de una sensación social de inseguridad, que desemboca en una demanda de mayor seguridad por parte de la población, tal y como vimos al abordar el concepto de “sociedad de riesgos”. Es decir, los medios de comunicación vienen a generar con esa manera de actuar “climas de inquietud, de paranoia ciudadana, que pueden acabar por justificar cualquier medida por parte de las autoridades, por injustificada, descabellada o ineficaz que pueda resultar”<sup>100</sup>, tal y como veníamos afirmando en términos globales anteriormente. En efecto, como señalan Botella Corral y Peres-Neto, los medios de comunicación desempeñan un papel clave: “al señalar los peligros, al subrayar la existencia de riesgos, al exigir una mayor actividad de control por parte de los gobiernos, proporcionan una visión de la realidad que influye en la percepción ciudadana”<sup>101</sup> sobre la criminalidad.

Pero, ¿de dónde viene el concreto interés por parte de los medios de comunicación por la el fenómeno criminal? Baucells Lladós y Peres-Neto reparan en que “el ilícito penal es, por definición, un hecho perturbador del orden social”, como un “acontecimiento considerado como altamente injusto”, lo cual “le dota del carácter de trascendencia que requiere una noticia, léase despierta el interés mediático”<sup>102</sup>. Además, se da la circunstancia de que, especialmente, el “universo delictivo” se adecúa “a todas y cada una de las características diferenciadoras” del medio de comunicación televisivo, que es el que más directamente llega a los ciudadanos<sup>103</sup>, siendo destacable la capacidad de este concreto medio para “generar la sensación de lo que en ella se dice es verdadero, o cuanto menos, veraz” (en virtud del llamado “pacto comunicativo”)<sup>104</sup>.

En términos generales, se puede decir que la influencia de los medios de comunicación a la hora de transmitir la realidad criminal, dando lugar a lo que Pozuelo Pérez denomina una “política criminal mediática”<sup>105</sup>,

tiene lugar según los siguientes pasos, siguiendo a García Arán y Peres-Neto conforme a la teoría sociológica de la “agenda-setting function”<sup>106</sup>: en primer lugar presentan un determinado acontecimiento como un problema social, transfiriendo la relevancia del mismo desde su agenda hacia las agendas de la opinión pública y del poder político; en segundo lugar, “generan la afección del auditorio hacia algunos grupos en detrimento de otros a partir de una determinada conflictividad social”; y, en tercer lugar, los medios de comunicación “demandan o legitiman respuestas para un tema que destacan como digno de la acción de las autoridades políticas”<sup>107</sup>. Así, pues, para estos autores es un hecho incuestionable el que “la presentación que los medios de información hacen de la criminalidad, de su impacto y de sus características tiene un impacto consciente y declarado en la acción política”<sup>108</sup>. De hecho, como señala Botella Corral, las propias exposiciones de motivos de diversas reformas penales de los últimos tiempos hacen referencia “a la ‘alarma social’ generada por las informaciones publicadas sobre determinados hechos criminales”. Ello denota que “la acción de los medios de comunicación constituye, por lo menos, una importante fuente de legitimación de las reformas penales”. Así, partiendo de que “la información constituye el elemento básico para la formación de una ciudadanía madura”, nos encontramos con que los medios de comunicación ofrecen “mensajes más bien simples, trazos gruesos y apelaciones de corte más o menos populista” y, por ende, suministran “una información de mala calidad (técnica, terminológica, conceptual o incluso, a veces, deontológica), que conecta [...] con una opinión pública poco formada [y] con una legislación compulsiva, excesivamente inestable”<sup>109</sup>, con una legislación, además, simbólica.

*b. La consecuencia: legislación penal simbólica*

En efecto, si analizamos las reformas penales aprobadas en las últimas décadas en España, y, como ya hemos dicho, pueden contarse hasta una treintena desde que se aprobó el Código penal de 1995, constataremos en particular el uso y abuso, dentro esta tendencia, del recurso a normas penales “simbólicas” o “escaparatísticas”<sup>110</sup>. En efecto, como señala García Arán, y tal y como acabamos de ver, dichas reformas “suelen responder a demandas de la opinión pública reflejada en los medios de comunicación”, de manera tal que puede decirse que “el debate técnico-jurídico queda

ocultado o anulado por el debate lego, mantenido por sujetos que desconocen las implicaciones técnicas y político-criminales de sus propuestas”<sup>111</sup>. Ello propicia según la autora que, en el peor de los casos, “se creen normas injustas y desproporcionadas, cuando no contraproducentes”; o que, en el mejor de los casos, se produzcan “incorrecciones técnicas, incongruencias respecto de los fines que declara la reforma o inaplicabilidad de la nueva norma o que llevan a su nueva e inmediata reforma posteriormente”<sup>112</sup>.

Precisamente son las normas con estas taras las que pueden denominarse normas penales simbólicas, que vienen caracterizadas como tales en cuanto a sus efectos: son aquéllas en las que predominan los efectos simbólicos (la producción de mensajes y representaciones valorativas o desvalorativas) sobre los materiales (la aptitud para prevenir comportamientos delictivos). O, expresado con otras palabras, la norma penal simbólica “tiene considerable aptitud para desvalorar el comportamiento que sanciona, pero poca capacidad para evitarlo”<sup>113</sup>. Es decir, la norma penal simbólica será ineficaz “para la producción de reales efectos en la mejora de la protección del bien jurídico” (efectos materiales), es decir, ineficaz “en cuanto a sus pretensiones declaradas”, y dicha ineficacia puede provenir de varios factores: “su incorrección técnica, la inexistencia de instrumentos para aplicarla etc., pero también de la falta de aptitud de la norma penal para abordar el conflicto”<sup>114</sup> que pretende resolver.

No obstante también es cierto que hay que relativizar el concepto de “ineficacia” aplicado a la norma penal simbólica y reconocerle a ésta, como bien apunta García Arán, la producción de ciertos efectos, en particular propiamente de los simbólicos<sup>115</sup> que, por predominar en ella, la califican como una norma de tal naturaleza<sup>116</sup>. De hecho, hay autores que, como Díez Ripollés, sostienen que los efectos de las leyes simbólicas son evaluables<sup>117</sup>, lo cual en su opinión “exige una adecuada identificación de los objetivos pretendidos, por muy incorrectos políticamente que nos parezcan, y un especial cuidado en incluir en el análisis el estudio de los otros efectos producidos o ausentes”. Aunque, en todo caso, reconoce el autor que, con todo, “algunas pueden ser difícilmente evaluables, en especial las que se agotan en su propia creación, como es el caso de las leyes reactivas o de compromiso”<sup>118</sup>.

En cualquier caso, para que quede clara una caracterización comple-

ta de las leyes penales simbólicas al finalizar este apartado, señalemos que existe cierto acuerdo doctrinal sobre el hecho de que pueden ser calificadas como tales aquellas normas “relativamente innecesarias o ineficaces para la protección del bien jurídico en cuestión”, en las que, como señala García Arán<sup>119</sup>:

- a) su objetivo principal es “llamar la atención sobre el desvalor social que se supone merece el comportamiento típico, con independencia de la aptitud de la norma para evitarlo y de sus posibilidades reales de aplicación”, fundamentalmente por dificultades interpretativas, por presentarse desconectada “de su contexto y de otras normas sobre la misma materia”;
- b) recurrir a la intervención penal para reforzar la postura ante tal desvalor social, supone “asumir y consagrar una demanda punitivista con grandes dosis de irracionalidad”, pues de este modo el Estado “renuncia a su función mediadora y racionalizadora, optando por la punición como principal instrumento de resolución de conflictos”;
- c) finalmente, con esta intervención se “relega e incluso ignora los límites propios de una política criminal proporcionada y limitadora de la intervención penal”.

Caracterizada, por tanto, a lo largo de las líneas precedentes la influencia de los medios de comunicación de masas en la creación de legislación penal simbólica, nos queda abordar un último punto de este subepígrafe que hemos titulado globalmente como “El populismo punitivo”. En efecto, tanto la legislación penal simbólica como los denominados “nuevo” punitivismo y populismo penal, forman parte de un todo, de un fenómeno como consecuencia del cual la calidad material de las normas penales se ha visto afectada, de modo que es necesario terminar de describir ese fenómeno, ese “populismo punitivo”, en toda su extensión y, por ello, acometemos seguidamente el último punto de este subepígrafe.

#### *c.- El “nuevo” punitivismo y el populismo penal*

Pese a que consideramos que el concepto de la expansión del Derecho penal, enunciado por Silva Sánchez hace una década para las sociedades postindustriales, sigue teniendo vigencia, nos parece necesario traer a colación, para finalizar este apartado de análisis sociopolítico, la

definición de los conceptos, más utilizados en la actualidad, de “nuevo” punitivismo y de “populismo penal” en el marco de lo que se denomina, ya bien entrado el siglo XXI, la sociedad postmoderna<sup>120</sup>.

Del Rosal Blasco analizaba en un interesante trabajo<sup>121</sup> el estado actual de la Política criminal comparada a día de hoy mediante una completa revisión bibliográfica de la visión anglosajona<sup>122</sup> sobre los nuevos caracteres del Derecho penal. Su objetivo era “señalar cuáles han sido, o están siendo, los rasgos fundamentales que definen la mayor parte de las reformas legales que se han implementado, o se están implementando, en los sistemas penales contemporáneos desde la década de los ochenta del pasado siglo hasta el presente, y cuál la filosofía que las inspira”<sup>123</sup>. Pero no pretendía el autor con ello, al estilo de los análisis de la denominada “Escuela (penal) de Frankfurt”<sup>124</sup>, realizar un análisis sobre los cambios que sufre el Derecho penal, sino de realizar una aproximación a sus rasgos característicos en la actualidad y a los factores sociales que los han ido determinando. Dichos rasgos característicos o definitorios de las reformas penales en los últimos tiempos, coincidentes parcialmente algunos de ellos con los que en su día señalara Silva Sánchez respecto a la “expansión del Derecho penal” (expuestos más atrás), son, a juicio de Del Rosal Blasco, los siguientes: el “nuevo” punitivismo; el derrumbe del ideal rehabilitador; la irrupción del paradigma del riesgo (con el análisis económico del delito como elemento añadido); la inocuización como fin primordial de la pena para alcanzar la seguridad; la implantación de estrategias actuariales de control del riesgo; y, por último, el “populismo penal”, dentro del cual el autor estudia a la víctima como nuevo icono, así como la implicación de la comunidad en el diseño y ejecución de las políticas penales.

Como hemos advertido, a continuación prestaremos una especial atención al primero y al último de dichos rasgos señalados por Del Rosal Blasco, esto es, tanto al denominado “nuevo” punitivismo como al “populismo penal”, de modo que los estudiaremos detenidamente.

Comenzando por el denominado “nuevo” punitivismo, éste consiste en un “giro punitivo”, con origen a mediados de los años ochenta del siglo XX, orientado a luchar contra la sensación de inseguridad en la ciudadanía que provoca el delito y contra “todo un conjunto de conductas incívicas o antisociales”, mediante una represión carcelaria “pura y dura” caracterizada por que la “duración de las sanciones se aumenta sin suje-

ción a límites” que se consideraban antaño infranqueables<sup>125</sup>, con el efecto lógico de una “tremenda inflación de las poblaciones reclusas en todas las sociedades avanzadas”<sup>126</sup>. Precisamente, del “nuevo” punitivismo surge el otro de los rasgos de las últimas reformas penales señalados por el autor en la enumeración antes citada, pues el abandono de cualquier consideración científica sobre “los fines o efectos legítimos de la pena”<sup>127</sup> que tal punitivismo conlleva, da lugar a un discurso emocional que tiene “en la inocuización, como efecto primordial, su referente principal”<sup>128</sup>: es decir, “los sentimientos emocionales y primarios frente al delito y el delincuente” dan lugar al abandono de los fines científicos de la pena (reinserción o reintegración social, rehabilitación, tratamiento terapéutico, etc.), en la medida que tienen como único objetivo inocuizar o incapacitar al delincuente (el “human containment”<sup>129</sup> en el ámbito anglosajón), apartarlo, a fin de cuentas, de la sociedad. Dice Del Rosal Blasco que todo lo anterior “es terreno abonado para la puesta en marcha de estrategias actuariales de control del riesgo”<sup>130</sup>, esto es, la progresiva sustitución en la política criminal (sobre todo en el ámbito de los Estados Unidos y, en el caso de España, en lo que respecta a la represión de la violencia de género y de los comportamientos peligrosos para la seguridad vial) basada en el “discurso del diagnóstico clínico y del juicio individual, propio de la vieja penología” por el “lenguaje del cálculo probabilístico y de la distribución estadística aplicado a las poblaciones”, cuyo interés se centra “en la identificación de categorías y subpoblaciones de riesgo” más que en actuar sobre sujetos individuales<sup>131</sup>. El legislador y el ejecutivo actúan así ahora sobre “sujetos actuariales” (sobre meras variables representadas en tablas), con el objetivo de lograr la prevención y la minimización del riesgo, “pero no a través de la evitación de los comportamientos prohibidos, sino mediante la reducción de las oportunidades y de la seriedad de la delincuencia”<sup>132</sup>. Como afirma sintéticamente Brandariz García en la misma línea, “la nueva finalidad político-criminal es la gestión eficiente de la criminalidad, pretendiendo la minimización -lo más económica posible- de sus efectos”<sup>133</sup>.

No obstante, además, y como se ha puesto de manifiesto cuando hemos estudiado la influencia de los medios de comunicación en la formación de la opinión pública respecto a la realidad criminal, es patente que el modo en que se gestiona el riesgo en la actualidad, es avalado “por una audiencia pública, para la cual este proceso de condena y castigo sirve

como una descarga expresiva de tensiones y un gratificante momento de unidad frente al delito y la inseguridad<sup>134</sup>. Es más, es la sociedad misma la que demanda esta forma de proceder por parte del legislador, como ya hemos visto. Dada esta situación, es notorio para Garland que las “nuevas medidas de severidad con respecto al delito [...] son populistas y están politizadas”, pues “se construyen privilegiando la opinión pública<sup>135</sup> y no la visión de los expertos y de las élites profesionales de la justicia penal<sup>136</sup>: eso es precisamente el “populismo penal o punitivo”<sup>137</sup> (en el que se incluye un protagonismo (lógico pero) exacerbado de la víctima en el ámbito público en la actualidad y que da lugar a que un espíritu vengativo inspire la legislación penal<sup>138</sup>). Tal término de “populismo punitivo” fue acuñado por Bottoms en 1995, precisamente para transmitir la idea de que los políticos aprovechan y utilizan, para sus propios fines, lo que ellos creen que es la postura general punitiva del público<sup>139</sup>. En otras palabras, el “populismo punitivo” es “la adopción de propuestas que incrementan la dureza de la punición, con el objetivo de obtener el apoyo de la opinión pública”<sup>140</sup>.

Pues bien, como ya se ha dicho, para Del Rosal Blasco pueden ser identificados en la política criminal comparada de los últimos años tanto este “populismo punitivo”<sup>141</sup> como todos los rasgos anteriormente mencionados, los cuales, considerados en su conjunto, configuran “una determinada visión del delincuente y del fenómeno criminal”<sup>142</sup> y, por ende, dan lugar a un nuevo Derecho penal en el que la satisfacción de la demanda social de seguridad es la clave de bóveda. Dichos rasgos son prácticamente comunes en los países de nuestro entorno sociopolítico, aunque el propio Del Rosal Blasco nos advierte de que no siempre se pueden identificar de una forma tan distinguible, ya que lo normal es que se solapen, “alimentándose y potenciándose mutuamente”<sup>143</sup>.

En definitiva, el diagnóstico de la situación político-criminal actual (en perspectiva comparada) realizado por el autor es, pues, completo y pormenorizado, y muestra una profundización en la bibliografía inglesa y americana que dotan de mayor riqueza al trabajo. No obstante, nos interesa especialmente centrarnos a partir de este momento en un par de los caracteres de las últimas reformas penales señalados por Del Rosal Blasco, cuya alusión nos ha llamado especialmente la atención por ser extraordinariamente acertados.

En primer lugar, y siguiendo los pasos que, en nuestro país, dio ya al

respecto Silva Sánchez<sup>144</sup>, estaría la constatación (previa al análisis de los caracteres de las últimas reformas penales que se acaban de exponer) de que en las políticas criminales recientes “no sólo ha cambiado el patrón político (gobierno conservador es sinónimo de decisiones político-criminales conservadoras y viceversa), sino que el patrón social de soporte de esas decisiones también se ha visto alterado, porque ya no se puede mantener que las políticas conservadoras sean sólo apoyadas por sectores sociales tradicionalmente privilegiados o favorecidos, ya que también sectores sociales tradicionalmente progresistas y sectores sociales desfavorecidos se han sumado a esos apoyos”<sup>145</sup>. En efecto, no sólo se ha visto modificado desde hace tiempo (desde hace bastante por cierto) el presupuesto de que sólo los partidos de derechas defendían propuestas político-criminales conservadoras, sino que se puede afirmar que los sectores sociales que claman por una “tolerancia cero”<sup>146</sup> para con determinados comportamientos delictivos, coincidentes con las temáticas abordadas por las reformas penales aprobadas en los últimos tiempos (terrorismo, violencia de género, seguridad vial, etc.), ya no son sólo (ni mucho menos, por la unanimidad social que avala a estas reformas) los denominados “privilegiados o favorecidos”. La identificación de este aspecto en el diagnóstico de Del Rosal Blasco es muy importante, pues supone la constatación de que el carácter acríptico en sede parlamentaria, a la hora de abordar las reformas legislativas penales en la actualidad, se ha extendido al ámbito de lo social, donde toda posible discrepancia (en especial de los sectores progresistas) con la actuación política, conlleva un cambio de políticas (sea porque los conservadores pierden el gobierno en el subsiguiente proceso electoral, sea porque el partido de izquierdas en el poder se muestra receptivo al parecer de sus bases sociales y cambia el rumbo de sus políticas sobre la marcha). Es decir, el cambio de “patrón social” al que se refiere Del Rosal Blasco, hace, por tanto, imposible un cambio de la política criminal por parte del legislador en el corto y medio plazo, y muy difícil en el largo plazo.

En segundo lugar, y de modo muy destacable, repara el autor, muy atinadamente también, al hablar de la inocuización como fin esencial para el logro de la seguridad, en que en la política criminal actual (postmoderna) de los Estados se ha impuesto lo que viene a denominar “el paradigma del riesgo”, en el que la novedad no viene dada por la existencia de riesgos,

nuevos o no, sino en la forma de gestionar los mismos en las sociedades contemporáneas<sup>147</sup>: no se busca ya reprimir la causación de daños y, paralelamente, prevenir con la pena futuras comisiones de nuevos daños (“influyendo sobre los comportamientos futuros del conjunto de individuos que conforman la sociedad o actuando sobre las causas que han provocado que un sujeto en particular haya ya causado un daño”), sino que la política criminal actual tiene el objetivo prioritario de lograr de maximizar la seguridad y reducir al mínimo “los factores y los contextos que provocan riesgos”<sup>148</sup>. Este modo de actuar, para Del Rosal Blasco, da lugar a que en el actual discurso penal la seguridad ciudadana se venga a configurar, de alguna forma, “como un nuevo bien jurídico”<sup>149</sup>.

No podemos estar más de acuerdo con la constatación de la existencia de este “nuevo” “bien jurídico” (si es que se le puede llamar así), que sirve por tanto al legislador para justificar como legítima cualquier reforma penal que se emprenda, por muy alejada y distante que se encuentre de los principios básicos del Derecho penal. También es muy loable la aportación del autor respecto a que, en realidad, no es en absoluto novedosa la existencia de riesgos sociales, sino que lo novedoso está en el modo en que se gestionan desde la legislación penal.

La identificación de estos nuevos rasgos lleva a Del Rosal Blasco a plantear el interrogante de si debemos hablar de “modernidad” o de “postmodernidad” para referirnos a los cambios de la política criminal y del Derecho penal. Las posibles “alternativas analíticas” para responder a esta cuestión son muy atinadamente expuestas por el propio autor: la primera de ellas interpreta que las últimas reformas penales “son las propias del Derecho penal de la modernidad, o de la tardo-modernidad, que cíclicamente reasigna fines diferentes a la pena”; según la segunda alternativa se argumentaría que, en realidad, puede que ser que dichas reformas nos están abocando “a un Derecho penal diferente, producto de lo que se podría definir como el modelo político-criminal de la postmodernidad”, en cuyo caso se debería “aclarar en qué consistiría y sobre qué presupuestos ideológicos o filosóficos se diseña ese nuevo modelo penal”<sup>150</sup>.

## **2. EXCURSO: LUCES Y (MÁS) SOMBRAS SOBRE EL PAPEL DE LA DOCTRINA EN LA CRÍTICA DEL SISTEMA PENAL**

Llegados a este punto del trabajo, una vez expuestos el contenido

y los contornos de la auténtica crisis legislativa que nos envuelve y del denominado Derecho penal de la postmodernidad (fundamentalmente expansionista y populista), es necesario, en nuestra opinión, plantear a modo de excurso dos interrogantes o cuestiones esenciales que deben encontrar respuesta: ¿debe la doctrina jurídico-penal ser descriptiva (simplemente identificando defectos) o crítica sobre esta situación legislativa? Y, con mayor importancia, si cabe, ¿cómo debería realizar, en su caso, esa labor crítica?

En cuanto a la primera cuestión, no es novedoso el plantearse cuál ha de ser la estrategia de afrontamiento por parte de la doctrina jurídico-penal con respecto a la más que mejorable situación actual de la legislación penal. Hay quien considera como Del Rosal Blasco, por un lado, que la misión del penalista ha de ser “analizar y poner todos nuestros esfuerzos en intentar acertar en el diagnóstico de la situación”, porque, realizando esta tarea correctamente, se puede lograr “poner de manifiesto las inconsistencias e incongruencias del modelo y de las propuestas político-criminales”<sup>151</sup>. Desde el rol que implica esta labor de diagnóstico, los penalistas quedaríamos a salvo de “la vorágine de las nuevas políticas penales” y, en consecuencia, no podríamos ser engañados “por las trampas ideológicas y retóricas de toda esta nueva verborrea tecnocrática del riesgo, que es esencialmente artificial por situarse de espaldas a una realidad que no se quiere reconocer”<sup>152</sup>. Este posicionamiento tiene que ver, en nuestra opinión, con lo apuntado por Díez Ripollés respecto al hecho de que la doctrina penal ha enfocado tradicionalmente el logro de una mayor racionalidad de las leyes penales desde la aplicación del Derecho, como consecuencia del positivismo jurídico<sup>153</sup>, lo cual supone asumir sin más, y equivocadamente “el arbitrio irracional del legislador”, siendo la estrategia adecuada, por el contrario, “someter al legislador desde el inicio de su actividad a criterios racionales de legislación, previendo los medios jurídicopolíticos para ello”<sup>154</sup>. En esta segunda línea hay autores que, como el propio Díez Ripollés, han estimado conveniente ir, en lo que nosotros entendemos, un paso más allá de la mera descripción analítica<sup>155</sup>, proponiendo modelos político-criminales alternativos que, sobre el fundamento de principios esenciales del Derecho penal, puedan llegar a ser aceptados “por los encargados de diseñar la política criminal oficial e impulsar la elaboración y aprobación de las leyes penales”, en la medida que atiendan “a las nuevas,

pero reales y fundadas, demandas de mayor seguridad”<sup>156</sup>.

En nuestra opinión, por supuesto que la primera tarea del penalista, de manera insoslayable, ha de ser la de diagnóstico de la situación, la de analizar y describir la realidad que percibe. Pero si nos quedáramos ahí, en la descripción sin análisis crítico, nos acercamos más a posiciones meramente formalistas en las que no nos quede más que “aplicar sin remedio” lo querido por el legislador, que a una concepción del Derecho penal donde la función crítica tuviera cabida; y ello es menos apropiado todavía en un momento como el actual en el que, como constata el propio Del Rosal Blasco, el apoyo social a las políticas punitivas seguidas hasta la fecha es prácticamente unánime e incondicional. Por tanto, en nuestra opinión, hay que acercarse al legislador y, en su propio lenguaje, intentar reconducir de alguna manera su conducta. No basta con familiarizarle con nuestro propio lenguaje, ni mucho menos con aceptar o asumir su “arbitrio irracional”, sino que es una estrategia de afrontamiento mucho más provechosa, al menos potencialmente, hacerle comprender nuestro lenguaje sobre racionalidad y legitimidad material a través de los instrumentos que él mismo utiliza o puede utilizar.

En realidad, el problema de fondo que plantea el centrar el papel de la doctrina penal en el diagnóstico de la situación político-criminal, es que, de ese modo, se sigue afrontando la situación desde unos dogmas que ya han quedado vacíos de contenido y que sólo tienen una significación formal y carecen de toda legitimación social. Un ejemplo particular de esto es la defensa del concepto de bien jurídico-penal como criterio limitador de la política criminal postmoderna. Resulta que el legislador se ha familiarizado con nuestro término “bien jurídico-penal” (utilizándolo para “educar” al ciudadano sobre la conveniencia de proteger nuevos bienes o de perseguir nuevas modalidades delictivas respecto a los ya existentes<sup>157</sup>), pero, al no haber comprendido realmente su significado en términos de legitimidad material de la intervención penal (y, por supuesto, desconociendo que no es un elemento que nos sirva para valorar tal cuestión), y, sobre todo, al chocar frontalmente con aquello que la sociedad le demanda (más seguridad a toda costa), lo utiliza para referirse a cualquier cosa, habiéndolo dejado vacío de contenido. Ahora en el bien jurídico-penal cabe absolutamente todo de modo que cabe preguntarse ¿de qué sirve un criterio que no limita?. Este problema, sin embargo, no es más que una

derivación de uno mayor: la general, que no unánime, despreocupación por parte de la doctrina penal del estudio crítico del proceso de decisión legislativa, incluyendo en el mismo el análisis de los efectos de las normas.

En efecto, entrando ya en el cómo debería llevar a cabo la doctrina una labor crítica del sistema penal, hay que reconocer que incluso el jurista que no es “neutro” (o simplemente descriptivo o “diagnosticador”) y se aventura a criticar la ley penal “defectuosa” creada en el contexto estudiado en los epígrafes anteriores, lo hace acudiendo a la enunciación de principios como el de exclusiva protección de bienes jurídicos o el de intervención mínima, si bien generalmente y, sin embargo, lo hace (lo hacemos) sin entrar a discutir ni argumentar razones, basadas en justificaciones empíricas, para rebatir la legitimidad material de una ley penal así configurada. En efecto, la doctrina penal en absoluto presta atención a los efectos de las leyes penales para, a través de ellos, esto es, a través de la constatación del desarrollo de la ley sobre la realidad, poder criticar frontalmente la ineficacia de la norma e, incluso, su ineffectividad e ineficiencia, obteniendo así datos reales con los que argumentar críticamente en torno a la irracionalidad e ilegitimidad de la norma penal. Y es que, una vez la norma jurídica ha sido aprobada, ni los penalistas, ni mucho menos el legislador, centramos nuestra atención en extraer argumentos críticos frente a la norma de las consecuencias empíricas de la misma, quizá desentendiéndonos de dicha tarea, como si fuese únicamente propia de criminólogos o, en todo caso, ajena al penalista, lo cual es absolutamente incierto, como ha demostrado Robinson<sup>158</sup>. De lo que se trata, pues, es de poder criticar la ley penal, creada (como hemos visto en este Capítulo) en un contexto propicio para que adolezca de múltiples defectos, desde el cumplimiento (o incumplimiento) real y efectivo de los fines propios del Derecho penal (la prevención de comportamientos delictivos y, paralelamente, la reducción de la violencia estatal), a partir de criterios reales extraídos de los principios necesidad del castigo, intervención mínima y proporcionalidad. Asumiríamos así, como doctrina penal que somos, la dirección del análisis crítico de las obligaciones empíricas que derivan de la ley penal, evaluándola en términos de efectividad, eficacia y eficiencia, con el objeto de asegurar su racionalidad y su legitimidad material. Ello, supondría, en definitiva, la formulación de un modelo político-criminal alternativo que nos sea útil en esta labor de análisis crítico.

### 3. CONCLUSIONES

En este trabajo, centrado en el contexto sociopolítico del Derecho penal de la postmodernidad, hemos partido de la existencia de una situación de crisis legislativa, provocada, en lo que se refiere al Derecho penal, por una sucesión abrumadora y abusiva de reformas penales, así como por unas insuficiencias de fondo en el nivel de su aplicación y efectos que se vienen intuyendo. En síntesis, lo que supone esta crisis de la legislación es una plausible falta de racionalidad actualmente a la hora de elaborar las normas.

Explicándonos el por qué de esta situación, hemos podido comprobar cómo los postulados de la sociedad del riesgo, formulados en su momento por Beck, siguen vigentes y, por tanto, siguen teniendo influencia sobre la legislación penal. En particular, esta incidencia se materializó en el proceso de expansión (y administrativización) que experimentó nuestro Derecho penal a finales del siglo XX, cuyas manifestaciones principales siguen siendo perfectamente identificables en nuestras normas.

Hemos comprobado cómo esta influencia de ese contexto social sobre nuestra legislación punitiva ha dado lugar a un preocupante “proceso de perversión de las normas”. En efecto, ha ocurrido que los representantes políticos de la ciudadanía se han visto y se ven continuamente obligados a prometer seguridad inmediata a la opinión pública, pero lo hacen en la mayoría de ocasiones mediante intervenciones normativas claramente cosméticas, demagógicas o, en definitiva, simbólicas. Y ello principalmente porque las sensaciones de inseguridad que surgen en el marco de la sociedad del riesgo, no son transmitidas directamente desde la ciudadanía a sus representantes, sino que en ese proceso de transmisión intervienen los medios de comunicación, que no se limitan, ni mucho menos, a “transmitir”. Esto da lugar a que los responsables del proceso legislativo se vean obligados a ocuparse de los temas que marcan como prioritarios los medios de comunicación, y a darles respuesta con la mayor inmediatez posible. En definitiva, hablamos de un “proceso de perversión de las normas” porque esta intervención de los medios de comunicación supone, en consecuencia, 1.- que sólo los temas seleccionados por ellos (en buen número relacionados con la punición de comportamientos que causan “alarma social”) pasan a ser prioridades en la agenda legislativa (lo

cual no tendría por qué ser “per se” negativo si es ésa fuera la verdadera voluntad de la sociedad, sin intermediarios que la condicionaran), pero, además, supone 2.- que dichos temas, sobre los que los medios sólo tienen conocimientos legos, sean abordados por el legislador, encargado de velar por la calidad normativa y por el cumplimiento de sus objetivos, de forma excesivamente compulsiva, sumaria e inestable (adaptándose así al mensaje transmitido por el intermediario mediático) y, por tanto, de forma inexcusablemente irracional.

Aceptamos por tanto la hipótesis de la teoría de la “agenda setting-function”, según la cual, por un lado, a mayor énfasis de los medios de comunicación a la hora de tratar algunos temas, éstos adquieren mayor importancia para el público, siendo esta relación directa y causal y, por otro, existe una transferencia de relevancia de los temas presentados en la agenda de los medios hacia la agenda pública y agenda política o legislativa. Esto, en el ámbito del Derecho penal, significa que la presentación que los medios de información hacen de la criminalidad, de su impacto y de sus características tiene un impacto consciente y declarado en la acción política, que como decimos, pasa a intervenir con el Derecho penal según un proceso improvisado e irreflexivo<sup>159</sup> que, no en pocas ocasiones, da lugar a normas en las que predominan los efectos simbólicos, y, por ende, probablemente no son aptas para cumplir con los fines del Derecho penal: la prevención de comportamientos delictivos, reduciendo paralelamente la violencia estatal.

Además, no sólo se interviene con normas penales simbólicas, sino que, ya entrado el siglo XXI, y en estrecha conexión con todo lo anterior, se ha constatado, y estamos de acuerdo con ello, que se interviene con mayor dureza que antes, en el sentido de que la duración de las sanciones aumenta exponencialmente reforma tras reforma (“nuevo” punitivismo), y que el legislador se emplea con esa mayor dureza para obtener el apoyo de la opinión pública (populismo punitivo), de esa opinión pública “mediatizada”.

Todo lo dicho, en suma, desemboca en lo que estamos de acuerdo en considerar como un nuevo modelo político-criminal, el del Derecho penal de la postmodernidad, en el que la satisfacción de la demanda social mediatizada de seguridad es la clave de bóveda, pero que se produce sin seguir el procedimiento adecuado, es decir, aquél que cumpla con

los fines del Derecho penal, dentro de un Estado social y democrático de Derecho, de prevenir comportamientos delictivos, pero reduciendo a su vez la violencia estatal. Ahí radica el “quid” de la cuestión, pues la legitimidad del modelo político-criminal de la postmodernidad, un modelo “inflacionado” así como “no siempre respetuoso con los principios y garantías fundamentales”<sup>160</sup>, no depende “de una planificación entendida como consideración previa de la acción y de sus consecuencias, sino que está condicionada por la interferencia de los diversos discursos sociales involucrados en la comunicación social”<sup>161</sup>.

De ahí que seamos partidarios de que el papel de la doctrina penal no deba ser meramente diagnosticar la situación, sino participar activa y críticamente en la formulación de modelos político-criminales alternativos que, sobre el fundamento de principios esenciales del Derecho penal, es decir, desde las bases de su legitimidad material, puedan llegar a ser aceptados “por los encargados de diseñar la política criminal oficial e impulsar la elaboración y aprobación de las leyes penales”, en la medida que atiendan a las demandas de seguridad, corrigiendo el factor de mediación que ejercen sobre tales demandas los “mass media”.

Esto es, se trata de enfocar el papel del penalista desde las instituciones de decisión político-criminal, proponiendo la introducción procedimientos que, inspirados en los fundamentos mismos del Derecho penal, lleguen a filtrar los defectos que el contexto sociopolítico puede provocar (o, más bien, provoca) en la normativa penal de nuestro Estado. En definitiva, nuestros esfuerzos se deberían centrar en una importante medida en formular un modelo político-criminal alternativo que impida a los políticos adoptar decisiones legislativas irracionales y, a la vez, les induzca a adoptar decisiones racionales en este ámbito, tomando en consideración los efectos o consecuencias de las mismas.

En realidad, por tanto, de lo que hablamos es de la necesidad de racionalizar la Política criminal. Así, si el Derecho penal tiene como fines la prevención general pero, también la reducción de la violencia estatal, a través del cumplimiento de las exigencias derivadas de los principios limitantes de intervención mínima y necesidad del castigo, además del esencial principio de proporcionalidad, es necesario exigir el cumplimiento de tales fines, para lo cual no basta con diagnosticar la situación, sino que es imprescindible que el penalista asuma la dirección del análisis de las obli-

gaciones empíricas que le atañen al Derecho punitivo, y evaluar en términos de eficacia, efectividad y eficiencia las leyes penales, para asegurar la racionalidad y la legitimidad material de las mismas.

¿Significaría esto que una ley sólo es legítima si se verifica que cumple los objetivos político-criminales propuestos? Ésta es una de las preguntas esenciales y no compartiríamos una respuesta afirmativa al respecto, como tampoco creemos que el mero hecho de que una ley cumpla sus fines preventivos la convierte “per se” en legítima (como ya venimos advirtiendo también al asegurar que los fines del Derecho penal son tanto la prevención de delitos como la reducción de la violencia estatal). Lo que estamos afirmando simplemente es que para valorar la racionalidad de la intervención penal es importante atender a los efectos en la realidad de tal intervención, algo que ni siquiera se plantea actualmente el legislador, por los condicionantes, ya expuestos, que impone el modelo político-criminal vigente.

¿Cómo llevar esto a cabo? Indudablemente, reiteramos, será necesario formular un modelo político-criminal alternativo que, cumpliendo y respetando esos principios básicos y fundamentales del Derecho penal, pueda ser aceptado por los representantes políticos a la hora de “diseñar la política criminal oficial e impulsar la elaboración y aprobación de las leyes penales”, pero sin sustituir el proceso de decisión política: no pretendemos sustituir el proceso de decisión política sino, más bien, proponer la construcción de un sistema de principios o reglas que impida a los políticos adoptar decisiones legislativas irracionales y, a la vez, les induzca a adoptar decisiones racionales en este ámbito, al tomar en consideración los efectos o consecuencias de las mismas.

Una posible vía de actuación que sugerimos puede ser a través del esquema de trabajo ya existente en el ámbito del análisis de políticas públicas, que contempla sin ir más lejos una fase de evaluación de las mismas. Y ello porque en la actualidad, como señala Garland, las políticas públicas, entre las que se encuentra la política legislativa penal, son formuladas por comités de acción política y por asesores políticos, no por investigadores ni funcionarios públicos<sup>162</sup>. Ello implica, por ende, en la medida que este tipo de asesores no tienen ningún interés en filtrar la incidencia de los medios de comunicación sobre la labor legislativa, la no realización de un riguroso análisis de la política legislativa penal.

Lo que buscamos es la implementación de lo que Laub denominaría “estrategias inteligentes” para la persecución de los delitos, esto es, buscamos que la constatación empírica guíe la intervención estatal autolimitada para la prevención delictiva. Así, este autor considera que las aproximaciones al crimen “duras” y “suaves” deben ser reconsideradas como, respectivamente, estrategias “inteligentes” y estrategias “estúpidas”, siendo las inteligentes las que rechazan medidas de mero interés político a favor de las que están guiadas por una sólida investigación<sup>163</sup>. Es decir, medidas que estén conectadas con la realidad a través de pruebas empíricas, y cuya eficacia haya sido rigurosamente evaluada, habiéndose mostrado como acertada para la prevención y reducción de la delincuencia. Se trataría por tanto de que los académicos formularan modelos, partiendo de la necesidad de atender las demandas sociales de seguridad, pero cumpliendo las premisas jurídico-penales señaladas anteriormente, que aseguren la racionalidad y legitimidad material de la ley penal, tratando de que fueran atendidos por la clase política.

Es evidente que en nuestro país, como dice Tamarit Sumalla, no existe “una adecuada cultura de la evaluación”<sup>164</sup>. Por ello, no es extraño que en la actualidad la clase gobernante no se muestre apenas interesada en la adopción de medidas como las que se acaban de describir<sup>165</sup>, y que en vez de llevar a cabo largos y complejos procesos de análisis y evaluación de la eficacia, la efectividad y la eficiencia de las normas existentes, y de las mejoras que podrían lograrse a la hora de crear otras nuevas, se contente, por los propios condicionantes del modelo político-criminal vigente, con dar la sensación de satisfacer de la forma más rápida posible las demandas de los ciudadanos mediante cambios poco razonados y pensados. También es cierto que nosotros, los juristas, y ahora en este caso los penalistas, nos sentimos más cómodos en nuestra visión de Dogmática sin consecuencias<sup>166</sup>, en la que no tenemos en cuenta que el sistema penal es más complejo que la norma penal, y hay que prestarle atención aunque, por así decirlo, exceda de nuestro “tradicional” ámbito de “competencia”, de nuestros “despachos o estudios”<sup>167</sup>.

No es menos evidente, en todo caso, que la evaluación de las consecuencias de las normas penales, guiada por los criterios de eficacia, efectividad y eficiencia, podría ser un nuevo lenguaje común que podrían hablar juristas y legislador, y que sería muy útil para la sociedad: unos ya

no hablarían de principios o bases, sino de eficacia, efectividad y eficiencia real de las normas, y los otros, para hablar de tales criterios, no podrían hacerlo ya sin datos, sino que se verían obligados a rebatir y contrastar empíricamente sus propuestas. Lo que buscamos es dotar de una mayor transparencia a la elaboración de las leyes penales acompañándolas de, anterior y posteriormente a su aprobación, de “un análisis de factibilidad que, rigurosa e impetuosamente, descubriera de forma oficial todos los defectos y las incongruencias de tales leyes, y que sacara a la luz aspectos tan relevantes para la opinión pública como son la necesidad real de la nueva ley o el coste económico que supone su realización efectiva”<sup>168</sup>.

En realidad todo ello no parece tan inalcanzable. En un momento en el que en muchos ámbitos, incluido el universitario, se habla en términos de calidad, sólo defendemos que deberíamos seguir un proceso parecido con nuestras normas jurídico-penales, con el que es el principal instrumento de desarrollo de la política legislativa penal, para asegurar verdaderamente su racionalidad y su legitimidad material. Así se contribuiría a detener, o como mínimo mitigar, la espiral según la cual, cuanto más se recurre al Derecho penal, más irracional es su utilización y, a su vez, mayor es la necesidad o, más bien, la percepción social sobre la necesidad de que el Estado intervenga a través de esta rama del Ordenamiento jurídico; y dicha espiral se podría combatir afrontando una verdadera evaluación de la eficacia, de la efectividad y de la eficiencia de las normas penales en el contexto sociopolítico actual.

También adquiere especial relevancia en este punto la necesaria unión entre Criminología y decisión legislativa para construir un Derecho penal más racional orientado por sus consecuencias, tal y como acertadamente apunta De Moraes<sup>169</sup>. Y, en concreto, en mi opinión, sería especialmente provechosa la unión entre Criminología y evaluación legislativa, pues, como destaca Barberet, con tal alianza se podrían llevar a cabo procesos de evaluación rigurosos, a raíz de los cuales se podría saber si lo que se legisla sirve realmente para algo<sup>170</sup>. Así, se podría ejercer un control empírico sobre la posible irracionalidad o ilegitimidad material de las decisiones legislativas en materia penal, que no hay que olvidar que son las que con mayor gravedad inciden sobre las libertades de los ciudadanos, a través del ya mencionado análisis de su eficacia, efectividad y eficiencia<sup>171</sup>.



#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBRECHT, P.A.: “El Derecho penal en la intervención de la política populista” (traducido por Ricardo Robles Planas), en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.)/Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. española): *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000.

ALCÁCER GUIRAO, R.: “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, 2002.

ANASTASOPOULOU, I.: *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, C.H. Beck, München, 2005.

ARNOLD, T.: *The Symbols of Government*, Brace and World, New York, 1962.

AROCENA, G.: “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”, en *Política criminal*, núm. 6, 2008.

BARATTA, A.: “Prinzipien des minimalen Strafrechts. Eine Theorie der Menschenrechte als Schutzobjekte und Grenze des Strafrechts”, en Kaiser, G./Kury, H./Albrecht, H.J. (Coords.): *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 2, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 1988.

BARATTA, A.: “Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit penal”, en *Déviance et Société*, 1991.

BARBERET, R.: “Evaluación de reformas penales y planes de prevención”, en Díez Ripollés, J.L./Cerezo Domínguez, A.I. (Eds.): *Los problemas de la investigación empírica en criminología: la situación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

BAUCELLS LLADÓS, J./Peres-Neto, L.: “Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos”, en García Arán, M./Bottella Corral, J. (Dirs.): *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BAUMAN, Z.: *Liquid modernity*, Polity Press, Cambridge, 2000.

BECK, U.: *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad* (traducido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Borrás), Paidós, Barce-

lona, 2001.

BECK, U.: LA SOCIEDAD DEL RIESGO GLOBAL (traducido por Jesús Albores Rey), Siglo XXI, Madrid, 2002.

BECK, U.: *La sociedad de riesgo mundial*. En busca de la seguridad perdida (traducido por Roc Filella Monfort), Paidós, Barcelona, 2008.

BETTINI, R.: *Il Circolo Vizioso Legislativo*, Franco Angeli, Milano, 1984.

BOTELLA CORRAL, J.: “Introducción”, en García Arán, M./Botella Corral, J. (Dirs.): *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BOTELLA CORRAL, L./Peres-Neto, L.: “La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España”, en García Arán, M./Botella Corral, J. (Dirs.): *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BOTTOMS, A.: “The philosophy and politics of punishment and sentencing”, en Clarkson, C./Morgan, R. (Eds.): *The politics of sentencing reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

BRANDÁRIZ GARCÍA, J.Á.: “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en Faraldo Cabana, P. (Dir.)/Brandáriz García, J.Á./Puente Aba, L.M<sup>a</sup>. (Coords.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BRANDARIZ GARCÍA, J.Á.: *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2014.

BRONFMAN VARGAS, A.: “El sentido de la evaluación legislativa en los sistemas políticos democráticos”, en Pardo Falcón, J./Pau i Vall, F. (Coords.): *La evaluación de las leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Tecnos*, Madrid, 2006.

CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 (3<sup>a</sup> edición).

CAREY, J.W.: “The mass media and democracy”, en *Journal of International Affairs*, vol. 47, núm. 1, 1993.

CARNELUTTI, F.: “La crisi della legge”, en *Rivista di Diritto pubblico*, 1930.

- CARNELUTTI, F.: “La crisi del Diritto”, en *Giurisprudenza Italiana*, t. IV, 1946.
- CASTELLS, M.: *La era de la información. Vol. 1. La sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid, 2000 (2ª edición).
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Introducción*, I, Tecnos, Madrid, 2002.
- COTTERRELL, R.: *Introducción a la Sociología del Derecho* (traducido por Carlos Pérez del Valle), Ariel, Barcelona, 1990.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: “La ‘privatización’ de las prisiones: una huida hacia la pena de privación de libertad”, en Eguzkilore. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 12 (extraordinario), 1998.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11, 2009.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: “La estrategia actuarial de control del riesgo en la Política criminal y en el Derecho”, en Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L./Orts Berenguer, E./Cuerda Arnau, Mª.L. (Coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- DENNINGER, E.: “Der Präventions-Staat”, en *Kritische Justiz*, vol. XXI, núm.1, 1988.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en Cerezo Mir, J. (Coord.): *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004.
- EDELMAN, M.: *The symbolic uses of politics*, University of Illinois Press, Urbana, 1986.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: “Sobre la ‘administrativización’ del Derecho en la ‘sociedad del riesgo’. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en Díaz-Maroto y Villarejo, J. (Coord.): *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2001 (5ª edición).

FIGUEROA, A.: “La evaluación del Derecho”, en Figueroa, A. (Coord.): *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995.

FOSTER, H. (Ed.): *La posmodernidad*, Kairós, Barcelona, 2002 (5ª edición).

GALIANA SAURA, Á.: *La Ley: entre la razón y la experimentación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA ALBERO, R.: “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos”, en Quintero Olivares, G./Morales Prats, F. (Coords.): *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano, 2001.

GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, en García Arán, M./Botella Corral, J. (Dirs.): *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA ARÁN, M./Peres-Neto, L.: “Perspectivas de análisis y principios constitucionales”, en García Arán, M./Botella Corral, J. (Dirs.): *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA ARÁN, M./Peres-Neto, L.: “Discursos mediáticos y reformas penales de 2003”, en García Arán, M./Botella Corral, J. (Dirs.): *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARLAND, D.: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (traducido por Máximo Sozzo), Gedisa, Barcelona, 2005.

GÓMEZ TOMILLO, M.: “Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal”, en *Actualidad Penal*, núm. 4, 2000.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xurídica Galega*, núm. 38, 2003.

GRACIA MARTÍN, L.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

HASSEMER, W.: “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989.

HASSEMER, W.: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” (traducido por Elena Larrauri Pijoan), en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.

HASSEMER, W.: “Crisis y características del moderno Derecho penal”, en *Actualidad Penal*, núm. 43, 1993.

HEFENDEHL, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto” (traducido por Eduardo Salazar Ortuño), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, 2002.

HERZOG, F.: *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, v. Decker, Heidelberg, 1991.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L.L.: “Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 2003.

JAKOBS, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (traducido por Enrique Peñaranda Ramos), en Jakobs, G.: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

KUHLEN, L.: “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1986.

KUHLEN, L.: “Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 105, 1993.

KUHN, T.S.: *La estructura de las revoluciones científicas* (traducido por

Agustín Contín), Fondo de Cultura Económica, México D.F./Madrid, 1995 (11ª reimpresión).

LAPORTA SAN MIGUEL, F.J.: “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1999.

LARRAURI PIJOAN, E.: “El populismo punitivo y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006.

LAUB, J.H./SAMPSON, R.J./CORBET Jr., R.P./SMITH, J.S.: “The public policy implications of a life-course perspective on crime”, en Barlow, H.D. (Ed.): *Crime and public policy: putting theory to work*, Westview Press, Boulder, 1995.

LIPPMANN, W.: *La opinión pública* (traducido por Blanca Guinea Zubimendi), Cuadernos de Langre, Madrid, 2003.

LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “La democracia mediática: la legislación parlamentaria y los medios de comunicación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A./PAU PEDRÓN, A. (Dirs.): *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004.

López Barja de Quiroga, J.: “El moderno Derecho penal para una sociedad del riesgo”, en *Poder Judicial*, núm. 48, 1997.

MACIONIS, J.J./PLUMMER, K.: *Sociología* (editado por Isabel Capella), Prentice Hall, Madrid, 1999.

MANTOVANI, F.: “Sobre la perenne necesidad de la codificación” (traducido por Jesús Martínez Ruiz), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 1, 1999.

MARCILLA CÓRDOBA, G.: “Sobre la necesidad de una nueva Ciencia de la legislación”, en CARBONELL, M./PEDROZA DE LA LLAVE, S.T.: *Elementos de técnica legislativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000.

MARCILLA CÓRDOBA, G.: “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2005.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO

CASABONA, C.M<sup>a</sup>./GRACIA MARTÍN, L./HIGUERA GUIMERÁ, J.F. (Eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003.

MCCOMBS, M.E./SHAW, D.L.: “The agenda-setting function of the mass media”, en *Public Opinion Quarterly*, vol. 36, 1972.

MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

MIRÓ LLINARES, F.: “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá”, en *Revista Electrónica de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la UMH*, núm. 1, 2006.

MONTORO CHINER, M<sup>a</sup>.J.: *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

MORAES, A. Rocha Almeida de: *Direito penal racional. Propostas para a Construção de uma Teoria da Legislação e para uma Atuação Criminal Preventiva*, Juruá, Curitiba, 2016.

MORILLAS CUEVA, L.: “El Derecho penal mínimo o la expansión del Derecho penal”, en *Revista Cubana de Derecho*, núm. 25, 2005.

MUÑOZ MACHADO, S.: “Las deformaciones del ordenamiento jurídico y la aplicación de las Leyes en el nuevo sistema constitucional”, en *Documentación Administrativa*, núm. 200, 1984.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: “La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo (¿Es el Derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)” en GURDIEL SIERRA, M./OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.): *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2003.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: “¿Al otro lado del discurso jurídico penal? Sobre las bases político-criminales de la ‘modernización’ del Derecho penal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 17, 2006.

PÉREZ CEPEDA, A.I.: *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007.

PÉREZ DEL VALLE, C.J.: “Sociedad del riesgo y reforma penal”, en Poder Judicial, núms. 43-44, 1996.

PERIS RIERA, J.M.: *El proceso despenalizador*, Universidad de Valencia, Valencia, 1983.

PERIS RIERA, J.M.: “Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la Dogmática penal de la última década”, en CARBONELL MATEU, J.C./DEL ROSAL BLASCO, B./MORILLAS CUEVA, L./ORTS BERENGUER, E./QUINTANAR DÍEZ, M. (Coords.): *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

PERIS RIERA, J.M./García González, J.: “El control penal de las manipulaciones genéticas y la función simbólica del Derecho penal”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F./MORILLAS CUEVA, L./PERIS RIERA, J.M. (Coords.): *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Dykinson, Madrid, 2005.

POLAINO NAVARRETE, M.: “Derecho penal y Derecho sancionador. Cuestiones jurídicas de delimitación constitucional”, en MORENO CATENA, V. (Coord.): *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

POZUELO PÉREZ, L.: *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

PRITTWITZ, C.: *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann. Frankfurt am Main, 1993.

QUINTERO OLIVARES, G.: *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid, 2004.

RANDO CASERMEIRO, P.: *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RESCIGNO, G.U.: “Problema politico-constituzionali di una disciplina delle tecniche di redazione e del controllo di fattibilità delle leggi”, en *Le Regioni*, núms. 2-3, 1985.

ROBINSON, P.H.: *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (traducido por Manuel CANCIO MELIÁ e Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO), Marcial Pons, Madrid, 2012.

Ruiz Vásquez, J.C.: “Política exitosa, política indolente: nuevas tendencias en seguridad ciudadana”, en <http://www.flacso.org.ec/docs/ruiz.pdf>, 2004.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M<sup>a</sup>.I.: *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

SÁNCHEZ LÁZARO, F.G.: *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*, Comares, Granada, 2007.

SAPERAS LAPIEDRA, E.: *Los efectos cognitivos de la comunicación de masas*, Ariel, Barcelona, 1987.

SCHUDSON, M.: *The News media in the Democratic Process*, Aspen Institute, New York, 1983.

SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003.

SCHÜNEMANN, B.: “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana” (traducido por Manuel Cancio Meliá), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIX, 1996.

SCHÜNEMANN, B.: “Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral”, en Del Mismo: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

SERRANO GÓMEZ, A.: “Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del Código penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>.: “Prólogo”, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.)/Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. española): *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>.: *La expansión del Derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001 (2<sup>a</sup> edición).

SUBIRATS I HUMET, J.: *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989.

SUBIRATS I HUMET, J.: “El análisis empírico de los efectos de la legislación”, en Figueroa, A. (Coord.): *Los procesos de implementación de las*

*normas jurídicas*”, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995.

TAMARIT SUMALLA, J.M<sup>a</sup>.: “Política criminal con bases empíricas en España”, en *Política Criminal*, núm. 3, 2007.

TERRADILLOS BASOCO, J.M<sup>a</sup>.: “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.

VAN DE KERCHOVE, M.: “Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l’effectivité des normes juridiques”, en Ost, F./Van de Kerchove, M.: *Jalons pour une théorie critique du Droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987.

VÁSQUEZ ROCCA, A.: “Zygmunt Bauman: modernidad líquida y fragilidad humana”, en *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 19, 2008.

#### Notas

1 FIGUEROA, A.: “La evaluación del Derecho”, en FIGUEROA, A. (COORD.): *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*”, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995, p. 13.

2 Suelen citarse como referentes históricos básicos de este concepto los trabajos de CARNELUTTI, F.: “La crisi della legge”, en *Rivista di Diritto pubblico*, 1930, pp. 424 y ss., y CARNELUTTI, F.: “La crisi del Diritto”, en *Giurisprudenza Italiana*, t. IV, 1946, pp. 65 y ss. Véase al respecto de esta evolución el trabajo de MARCILLA CÓRDOBA, G.: “Sobre la necesidad de una nueva Ciencia de la legislación”, en CARBONELL, M./PEDROZA DE LA LLAVE, S.T.: *Elementos de técnica legislativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000, pp. 93 y ss., especialmente pp. 95 y ss.

3 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001, p. 6. En realidad hay múltiples sentidos de esta crisis legislativa. El general sería éste, pero de él también hay derivaciones como el que se le da en MARCILLA CÓRDOBA, G.: “DESREGULACIÓN, ESTADO SOCIAL Y PROCESO DE GLOBALIZACIÓN”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2005, pp. 239 y ss., cuando se refiere a la crisis legislativa estatalista, poniendo de manifiesto que la ley ya no es monopolio del Estado.

4 MARCILLA CÓRDOBA, G.: “Sobre la necesidad...”, *ob. cit.*, p. 94.

5 En este punto habría que tomar en consideración, cuanto menos, el análisis sobre la crisis de la ley realizado por Laporta San Miguel, F.J.: “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1999, pp. 321 y ss., que diferencia entre tres sentidos de ley: la ley como norma jurídica vinculante por excelencia, la ley como expresión de la voluntad general, y la ley como ley general y abstracta. En el primero de los sentidos la crisis de la ley se refiere a que el control de constitucionalidad de las leyes se ha tornado omnipresente, desplazándolas a un segundo plano, y su validez misma “ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre” (Laporta San Miguel, F.J.: “Materiales

para...”, *ob. cit.*, p. 322). En el segundo sentido la crisis de la ley se refiere a la pérdida de importancia de la misma en su función reguladora, como guía de conducta y de resolución de conflictos (Laporta San Miguel, F.J.: “Materiales para...”, *ob. cit.*, p. 324). En el tercer y último sentido la crisis de la ley supone la modificación de los fines de la ley generales y abstractos por un nuevo tipo de ley para la obtención de fines concretos leyes “ad hoc”, leyes del caso, que dejan de ser leyes de reconocimiento general para convertirse en normas instrumentales para la consecución de objetivos específicos, con los riesgos que ello comporta (Laporta San Miguel, F.J.: “Materiales para...”, *ob. cit.*, p. 326). En el último sentido de pérdida de tendencia a la generalidad, véase el interesante trabajo de Hierro Sánchez-Pescador, L.L.: “Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 2003, pp. 449 y ss.

6Aprobado tras las diversas reformas que incidieron sobre el texto del Código penal de 1944.

7Fecha desde la que se fueron elaborando sucesivamente hasta tres proyectos de reforma de Código penal que no salieron de sede parlamentaria: Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, el Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983 y el Anteproyecto de Código penal de 1992.

8FIGUEROA, A.: “La evaluación...”, *ob. cit.*, p. 14.

9Y es que es especialmente importante, a nuestro parecer, y al de gran parte de la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión, la tendencia del legislador a preocuparse de la ley únicamente durante el proceso legislativo y a olvidarla a posteriori, una vez que ya ha sido aprobada.

10Resulta muy recomendable, por su capacidad sintética y completitud, la exposición que sobre la postmodernidad y el hombre postmoderno realiza MORAES, A. ROCHA ALMEIDA DE: *Direito penal racional. Propostas para a Construção de uma Teoria da Legislação e para uma Atuação Criminal Preventiva*, Juruá, Curitiba, 2016, pp. 79 y ss.

11BECK, U.: *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad* (traducido por Jorge NAVARRO, Daniel JIMÉNEZ y María Rosa BORRÁS), Paidós, Barcelona, 2001, p. 27.

12BECK, U.: *La sociedad de riesgo...*, *ob. cit.*, p. 26.

13En este sentido BECK señala lo siguiente: “En la globalidad de la contaminación y de las cadenas mundiales de alimentos y productos, las amenazas de la vida en la cultura industrial recorren *metamorfosis sociales del peligro*: reglas cotidianas de la vida son puestas del revés. [...] Los sistemas jurídicos no captan los hechos [...] Los votantes indecisos huyen” (BECK, U.: *La sociedad de riesgo...*, *ob. cit.*, p. 13).

14BECK, U.: *La sociedad de riesgo...*, *ob. cit.*, pp. 39 y ss.

15PERIS RIERA, J.M.: “Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la Dogmática penal de la última década”, en CARBONELL MATEU, J.C./DEL ROSAL BLASCO, B./MORILLAS CUEVA, L./ORTS BERENGUER, E./QUINTANAR DÍEZ, M. (COORDS.): *Estudios penales...*, *ob. cit.*, p. 694.

16ALCÁCER GUIRAO, R.: “La protección...”, *ob. cit.*, pp. 7 – 8. Así, hay autores como JONAS, citado por el propio ALCÁCER GUIRAO, que consideran que se hace “preciso desarrollar una conciencia de solidaridad hacia las generaciones futuras, para lo que sólo esa ampliación de la responsabilidad puede venir a modificar nuestra indiferencia moral hacia las mismas” (JONAS, H.: *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica* (traducido por Javier M<sup>a</sup>. FERNÁNDEZ RETANA), Herder, Barcelona, 1995, p. 42). Sin embargo, ALCÁCER GUIRAO niega, con razón,

que esa conciencia de solidaridad hacia las generaciones futuras pueda materializarse a través del Derecho penal, el cual “no está legitimado para proteger directamente el futuro: los intereses potenciales de las generaciones venideras, sino que esa labor sólo puede llevarla a cabo a través de la protección de las generaciones presentes: de las condiciones de libertad de los ciudadanos” (ALCÁCER GUIRAO, R.: “La protección...”, *ob. cit.*, p. 29).

17 En una obra en la que no se puede decir que exista una sucesión argumental, sino en realidad una reiteración de argumentos, estructurados en ensayos yuxtapuestos, centrados en torno a la discusión de las características de la sociedad global actual.

18 BECK, U.: *La sociedad del riesgo global* (traducido por Jesús ALBORES REY), Siglo XXI, Madrid, 2002, p. 29.

19 BECK, U.: *La sociedad de riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida* (traducido por Roc FILELLA MONFORT), Paidós, Barcelona, 2008.

20 BAUMAN, Z.: *Liquid modernity*, Polity Press, Cambridge, 2000.

21 VÁSQUEZ ROCCA, A.: “Zygmunt Bauman: modernidad líquida y fragilidad humana”, en *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 19, 2008, p. 1.

22 SERRANO GÓMEZ, A.: “Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del Código penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010, p. 3.

23 SERRANO GÓMEZ, A.: “Legislación líquida...”, *ob. cit.*, p. 7.

24 Sobre ello, las monografías de PRITTWITZ, C.: *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993, y de HERZOG, F.: *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, v. Decker, Heidelberg, 1991, con, en ambos casos, diversos artículos de revista posteriores. En nuestro país, por ejemplo, véanse LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “El moderno Derecho penal para una sociedad del riesgo”, en *Poder Judicial*, núm. 48, 1997, así como PÉREZ DEL VALLE, C.J.: “Sociedad del riesgo y reforma penal”, en *Poder Judicial*, núms. 43-44, 1996.

25 Entendiendo los paradigmas como “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica” (KUHN, T.S.: *La estructura de las revoluciones científicas* (traducido por Agustín CONTÍN), Fondo de Cultura Económica, México D.F./Madrid, 1995 (11ª reimpresión), p. 13.

26 La explicación político-criminal que conlleva la expansión del Derecho penal ya la habían llevado a cabo antes desde la denominada “Escuela (penal) de Frankfurt”, especialmente HASSEMER. Esto no significa que el único mérito de SILVA SÁNCHEZ sea nominal, puesto que su descripción y valoración del fenómeno, así como su intento de ligar la esencia del sistema penal y la legitimidad de su intervención a la pena privativa de libertad, son dignas de alabanza. Es cierto, sin embargo, que el principal mérito estriba en haber creado un término o expresión que, como se ha dicho, ha hecho fortuna como expresión del principal carácter de la política criminal de la postmodernidad.

27 GARCÍA ALBERO señala que la administrativización del Derecho penal viene dada por la crisis del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, “debida a la extensión del concepto de bien jurídico a los intereses generales y difusos”, atribuyendo haberse pronunciado ya en estos términos a BARATTA, A.: “Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit penal”, en *Déviance et Société*, 1991, pp. 15 y ss. (GARCÍA ALBERO, R.: “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías

sobre la distinción de ilícitos”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (COORDS.): *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano, 2001, nota 270, p. 370). También se había pronunciado en similar sentido DENNINGER, E.: “Der Präventions-Staat”, en *Kritische Justiz*, vol. XXI, núm.1, 1988, pp. 1 – 15.

28 SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>.: *La expansión del Derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001 (2<sup>a</sup> edición), p. 20.

29 SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>.: *La expansión...*, *ob. cit.*, pp. 25 – 79.

30 En este sentido, apunta BRANDÁRIZ GARCÍA que “la emergencia de la sensación social de inseguridad deriva de una multiplicidad de factores objetivos de riesgo, con independencia de que lo relevante en este punto no es tanto la existencia de esos factores objetivos, sino la percepción subjetiva de los mismos, que no guarda proporcionalidad con su entidad efectiva” (BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A.: “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA, P. (DIR.)/BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A./PUENTE ABA, L.M<sup>a</sup>. (COORDS.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 38).

31 GARLAND, sin hablar de posiciones ideológicas, corrobora que “el Estado despliega castigos crueles -y la vieja retórica de ‘la ley y el orden’- como un gesto decidido de dominio y protección popular” (GARLAND, D.: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (traducido por Máximo SOZZO), Gedisa, Barcelona, 2005, p. 239).

32 “No resulta difícil constatar que las crecientes demandas públicas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad” (BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A.: “Itinerarios de evolución...”, *ob. cit.*, p. 38).

33 Le da la razón GARCÍA ARÁN, para quien “la obsesión punitivista es compartida por fuerzas políticas de muy diferente signo” (GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico...”, *ob. cit.*, p. 205). También se refiere más ampliamente a ello BOTELLA CORRAL, quien repara en que a la hora de afrontar la prevención de la delincuencia no se han registrado “diferencias significativas entre propuestas políticas de derechas y de izquierdas (o, al menos, de las expresiones políticamente mayoritarias de ambos bandos). Es más: ante la extendida sospecha de que los partidos de izquierda son más bien ‘blandos’, tolerantes, ‘buenistas’ ante la criminalidad, no ha sido raro que entonces estos partidos sobreactúen, yéndose al extremo contrario con el celo del converso”. El autor intenta encontrar explicación a este fenómeno de aproximación entre las políticas de los principales partidos en la siguiente interpretación de los hechos: “las posibilidades de acción intervencionista de los Estados se han reducido drásticamente, tanto por razones presupuestarias y organizativas (ya que la reducción de la presión fiscal deja a los Estados con posibilidades de acción más limitadas) como políticas e ideológicas (puesto que los discursos dominantes apuntan al retroceso del Estado y a la eficacia de la autorregulación social, deslegitimando el arsenal intervencionista del Estado del bienestar)”. Así, pues, “estas tendencias (junto a consideraciones de tipo estratégico-electoral, en las que no entraremos aquí) conducen a la convergencia política y programática entre los grandes partidos. Convencidos de que, para obtener victorias electorales, deben conquistar los votos de los ciudadanos centristas, moderados, los grandes partidos tienden a eliminar los aspectos más ‘ideológicos’ de sus plataformas políticas, ofreciendo programas de gobierno cada vez más indiferenciados, cada vez más similares [...]. Se produce entonces la paradoja: dada la convergencia en las políticas sustantivas que los diversos partidos ofrecen, se van a acentuar las diferencias en ámbitos simbólicos”, como el de la seguridad (BOTELLA CORRAL, J.: “Introducción”, en

GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (DIRS.): *Malas noticias...*, *ob. cit.*, pp. 18 – 19).

34 No obstante, hay quien habla, más ampliamente, de una administrativización de la “dinámica jurídica”: “[...] en la situación actual, hay muchas ocasiones en las que surge la necesidad de una acción legislativa rápida y donde no hay tiempo para la formulación de un proyecto legislativo, y entonces es el Ejecutivo el que dicta la Ley [...] En particular se desata una cierta ‘administrativización’ de la dinámica jurídica” (GALIANA SAURA, A.: *La Ley: entre la razón y la experimentación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 161).

35 Aunque también se puede producir el proceso inverso, esto es, una “despenalización” de los denominados “delitos de bagatela”, el cual consistiría en la conversión de determinadas infracciones penales en infracciones administrativas cuando se considere que el ataque al Ordenamiento jurídico, que presuponen dichas infracciones, no tiene una relevancia tal como para justificar la adopción de una medida penal (PERIS RIERA, J.M.: *El proceso despenalizador*, Universidad de Valencia, Valencia, 1983).

36 GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico...”, *ob. cit.*, p. 193.

37 SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>: *La expansión...*, *ob. cit.*, p. 123.

38 SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>: *La expansión...*, *ob. cit.*, pp. 126.

39 SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>: *La expansión...*, *ob. cit.*, p. 130.

40 GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico...”, *ob. cit.*, pp. 203 – 205. La autora alude a dos ejemplos significativos para ilustrar su exposición: “Una vez se opta por pormenorizar, nadie detiene la tendencia, aunque desborde los límites lógicos del Derecho penal, como también ha ocurrido en el delito de acoso sexual laboral que pasó de limitarse a las amenazas de superiores sobre subordinados, para llegar a incluir el producido entre compañeros. O, volviendo a la seguridad en el tráfico, una vez se considera innecesario demostrar el peligro y se desprecia la diferencia entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, no es extraño que se criminalice la conducción sin haber obtenido nunca el correspondiente permiso, aunque sea una mera infracción de un trámite administrativo, en la que, sin el menor fundamento, se presume la peligrosidad de la conducción” (GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico...”, *ob. cit.*, p. 205).

41 SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>: *La expansión...*, *ob. cit.*, p. 126.

42 SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>: *La expansión...*, *ob. cit.*, p. 131. Como explica el mismo SILVA SÁNCHEZ, la lógica de la acumulación se haya “bastante más arraigada de lo que a primera vista podría parecer, pues normalmente aparece oculta tras consideraciones formalistas de infracción de deberes” (SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>: *La expansión...*, *ob. cit.*, nota 324, p. 136). La lógica del daño cumulativo ha sido explicada muy gráficamente por HEFENDEHL para el Derecho penal ambiental y, muy concretamente, en relación con el objeto material agua: dice el autor alemán que si un individuo arroja cinco litros de aceite usado al cauce de un río –probablemente– el agua no sufrirá lesión alguna, lo cual viene a significar que la auténtica razón que da lugar a su criminalización “se basa más bien en la idea de acumulación, y ésta parte del planteamiento de que la sucesión de acciones individuales que no amenacen gravemente el medio ambiente, no merecedoras por tanto de una sanción penal, producidas en un gran número, generan un perjuicio grave para la calidad de las aguas” (HEFENDEHL, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto” (traducido por Eduardo SALAZAR ORTUÑO), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, 2002, pp. 10 – 11). Así, pues “desde ese presupuesto de imputación, no es preciso siquiera un peligro abstracto y actual para los intereses individuales, sino que bastará con que pueda concluirse una prognosis de realización futura de conductas similares por terceras personas, y que la suma de ellas alcance poder destructivo del medio ambiente, para que la conducta realizada, en sí insignificante, sea objeto de

reproche penal” (ALCÁ CER GUIRAO, R.: “La protección...”, *ob. cit.*, p. 9).

43 ALCÁ CER GUIRAO, R.: “La protección...”, *ob. cit.*, pp. 8 – 9. Ello, como expone este autor, “conlleva la asunción de una responsabilidad colectiva o vicaria, desde la cual la imputación de responsabilidad por esos grandes riesgos globales habrá de reconducirse a acciones mínimas, dado que esos riesgos se originan a partir de una acumulación de actos individuales que, siendo en sí inocuos, podrían llevar, si todos los hiciéramos, a la destrucción futura del planeta o, por poner un ejemplo menos drástico, y más factible a corto plazo, a la destrucción irreparable de los bosques húmedos del trópico”.

44 SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>.: *La expansión...*, *ob. cit.*, p. 134.

45 FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: “Sobre la ‘administrativización’ del Derecho en la ‘sociedad del riesgo’. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (COORD.): *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006, p. 157 (véase el completo análisis que realiza al respecto en pp. 157 – 163). Cita el autor, como monografía en la que se realiza el estudio más extenso de esta cuestión, la de ANASTASOPOULOU, I.: *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, C.H. Beck, München, 2005.

46 Véase la postura de su principal defensor: KUHLEN, L.: “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1986, pp. 401 y ss., así como en KUHLEN, L.: “Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 105, 1993, pp. 712 y ss.

47 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 68 – 69. Además recuerda el autor que esto hace que se realce el protagonismo judicial, pues son finalmente los tribunales los que, ante la ausencia de conocimientos científicos seguros sobre las consecuencias de tales actividades tecnológicas, en principio lícitas, tienen la última palabra en cada caso sobre su procedencia; en cualquier caso la legislación pierde racionalidad o queda condicionada por el casuismo judicial”

48 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 72.

49 Véase en este sentido, por ejemplo, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Introducción*, I, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 43 y ss.; también GÓMEZ TOMILLO, M.: “Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal”, en *Actualidad Penal*, núm. 4, 2000; o, de forma muy exhaustiva y pormenorizadamente, GARCÍA ALBERO, R.: “La relación entre...”, *ob. cit.*, pp. 295 y ss.

50 SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>.: *La expansión...*, *ob. cit.*, p. 124.

51 POLAINO NAVARRETE, M.: “Derecho penal y Derecho sancionador. Cuestiones jurídicas de delimitación constitucional”, en MORENO CATENA, V. (COORD.): *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 993.

52 GARCÍA ALBERO, R.: “La relación entre...”, *ob. cit.*, pp. 347 – 348.

53 GARCÍA ALBERO, R.: “La relación entre...”, *ob. cit.*, p. 348.

54 GARCÍA ALBERO, R.: “La relación entre...”, *ob. cit.*, p. 373. Así culmina la exposición y crítica que hace el autor las propuestas de HASSEMER, BRICOLA y PADOVANI bajo el epígrafe “¿Un nuevo renacimiento de las teorías cualitativas? Las tesis de diferencia estructural de ilícitos” (GARCÍA ALBERO, R.: “La relación entre...”, *ob. cit.*, pp. 361 – 368).

55 GARCÍA ALBERO, R.: “La relación entre...”, *ob. cit.*, pp. 356 – 359.

56 GARCÍA ALBERO, R.: “La relación entre...”, *ob. cit.*, p. 357.

57 No podemos dejar pasar la oportunidad de reseñar la reciente investigación de RANDO CASERMEIRO, que dirige una crítica tan contundente como bien argumentada frente a esta sistemática clasificatoria de teorías cuantitativas, cualitativas y mixtas, afirmando que la misma dice “muy poco”. Para el autor, “este proceder clasificatorio reporta a estas alturas más desventajas que beneficios, lo que se demuestra, entre otras cosas, por el hecho de que la doctrina no suele ser consecuente con su adscripción a los parámetros cuantitativos, cualitativos o mixtos de distinción. La manera concreta en que cada cual entiende lo cuantitativo o lo cualitativo es tan variada que se cae en la cuenta de que alinearse a favor de una distinción de ese tipo no comporta más que una declaración genérica de intenciones que se agota en caracterizar lo que es obvio [...] Pero aún diría más: el mencionado método clasificatorio no sólo ha dejado de ser ya relevante (porque no nos dicta cuáles son los criterios que deben regir la delimitación), útil (porque se trata de referencias demasiado vagas para comprender con precisión y sin superposiciones conceptuales lo que se quiere decir) y correcto (porque identifica incorrectamente los *alineamientos* de la doctrina): aún su mantenimiento puede resultar perturbador. Ello se aprecia en que dos o más autores podrían estar de acuerdo en los criterios de distinción a manejar para diferenciar los sectores penal y administrativo, y discutir interminablemente sobre si se trata de criterios cuantitativos o cualitativos. La conclusión principal de estas reflexiones es que la determinación de si algo está cualitativo o cuantitativamente diferenciado no constituye a mi juicio más que un entretenimiento especulativo sin nada que aportar a la solución del problema de las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo, y más bien mucho que perturbar. Por eso en este trabajo va a atenderse a los contenidos materiales de los criterios de distinción, más que a su consideración como cuantitativos o cualitativos, aspecto éste que, como decía, ya no interesa demasiado” (RANDO CASERMEIRO, P.: *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 53 – 54 y 58 – 60).

58 SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>: *La expansión...*, *ob. cit.*, p. 161.

59 GARCÍA ALBERO, R.: “La relación entre...”, *ob. cit.*, pp. 374 – 376.

60 SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>: *La expansión...*, *ob. cit.*, pp. 150 y ss.

61 Señala SILVA SÁNCHEZ, pues, la posible existencia de dos vías para el Derecho penal: la primera de ellas “representada por el Derecho penal ‘de la cárcel’, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales”; y, la segunda, “para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios o reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción”. A ello suma una tercera vía, en la que se plantea la posibilidad de que el “Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales” (SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>: *La expansión...*, *ob. cit.*, p. 163). Esta se correspondería con el “Derecho penal del enemigo”, concepto que se relaciona menos con el objeto del presente trabajo, aunque sí diremos que fue utilizado por primera vez en JAKOBS, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (traducido por Enrique PEÑARANDA RAMOS), en JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 295, para referirse al autor del delito como “enemigo del bien jurídico”. Y que si quiere consultarse una explicación sintética de la teoría del Profesor alemán, puede hacerse en MIRÓ LINARES, F.: “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda

edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá”, en *Revista Electrónica de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la UMH*, núm. 1, 2006, pp. 135 – 136.

62 Así denominada por el italiano Sergio MOCCIA, y “en virtud de la cual, el Estado ‘resuelve’ los problemas recurriendo, en primer término, al Derecho penal y olvidando la política social, económica y de bienestar necesaria [...]” (CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 (3ª edición), p. 203).

63 GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico...”, *ob. cit.*, p. 193.

64 HASSEMER, W.: “Crisis y características del moderno Derecho penal”, en *Actualidad Penal*, núm. 43, 1993, pp. 635 y ss.

65 ALBRECHT, P.A.: “El Derecho penal en la intervención de la política populista” (traducido por Ricardo ROBLES PLANAS), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ED.)/AREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ED. española): *La insostenible...*, *ob. cit.*, p. 476.

66 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M<sup>a</sup>.I.: *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

67 MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

68 Frente a la más radical propuesta de BARATTA, A.: “Principien des minimalen Strafrechts. Eine Theorie der Menschenrechte als Schutzobjekte und Grenze des Strafrechts”, en KAISER, G./KURY, H./ALBRECHT, H.J. (COORDS.): *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 2, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 1988, pp. 513 – 542.

69 FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón...*, *ob. cit.*, pp. 103 – 104.

70 Como señala, CARBONELL MATEU, ello “no significa que no deba haber Derecho penal”, sino que la intervención mínima ha de ir encaminada a la consecución de una tutela del máximo número de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos (CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal: concepto y...*, *ob. cit.*, p. 202).

71 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASABONA, C.M<sup>a</sup>./GRACIA MARTÍN, L./HIGUERA GUIMERA, J.F. (EDS.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 430.

72 GRACIA MARTÍN, L.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Véase un completo análisis de esta obra en PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: “¿Al otro lado del discurso jurídico penal? Sobre las bases político-criminales de la ‘modernización’ del Derecho penal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 17, 2006, pp. 437 – 472.

73 SCHÜNEMANN, B.: “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana” (traducido por Manuel CANCIO MELIÁ), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIX, 1996, pp. 198 y ss., y SCHÜNEMANN, B.: “Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”, en DEL MISMO: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 49 y ss.

74 MORILLAS CUEVA, L.: “El Derecho penal mínimo o la expansión del Derecho penal”, en *Revista Cubana de Derecho*, núm. 25, 2005, p. 108.

75 BRONFMAN VARGAS, A.: “El sentido de la evaluación legislativa en los sistemas políticos democráticos”, en PARDO FALCÓN, J./PAU I VALL, F. (COORDS.): *La evaluación de las leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 48.

76 SUBIRATS I HUMET, J.: *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989, p. 27.

77 GALIANA SAURA, Á.: *La Ley...*, *ob. cit.*, pp. 149 y 328.

78 Se trata de leyes “con objetivos imprecisos, muy ambiciosas, a veces contradictorias, son votadas por un legislador perfectamente consciente de que éstos no podrán ser alcanzados”. Prima entonces la “función simbólica del Derecho” y el “efecto simbólico de las normas jurídicas”, que también puede darse también “en el caso de las normas vacías, meros ‘manifiestos’ destinados a entrar en el mágico circuito de los medios de comunicación. Algunos textos normativos sirven de ‘efectos de anuncio’ y no tienen por misión primera ser aplicados” (GALIANA SAURA, Á.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 202). Algunos autores hablan en este punto de “leyes manifiesto” (BETTINI, R.: *Il Circolo Vizioso Legislativo*, Franco Angeli, Milano, 1984) y otros de “leyes inútiles” (MUÑOZ MACHADO, S.: “Las deformaciones del ordenamiento jurídico y la aplicación de las Leyes en el nuevo sistema constitucional”, en *Documentación Administrativa*, núm. 200, 1984, pp. 43 – 72). Mucho más rica y variada es la nomenclatura empleada por MANTOVANI, para hablar en el ámbito penal de la era “de las leyes de compromiso, de formulación indeterminada y estimativa; de las leyes privilegiadoras de potentes grupos sociales; de las leyes vacías, simbólicas, mágicas, destinadas tan sólo a poner en escena la diligencia en la lucha contra ciertas formas de criminalidad; de las leyes ‘hermafrodita’ con forma de ley pero sustancia de acto administrativo; de las leyes cultivadoras del clientelismo, corporativas, para el trueque del voto electoral por privilegios particulares; de las leyes técnicamente desaliñadas e ilógicas, inspiradas en la “libertad de expresión”, de cada vez más ardua comprensión; de las leyes-expediente, del caso por caso, para sobrevivir día a día y casi siempre mal; de las leyes burocráticas, meramente sancionadoras de genéricos preceptos extrapenales (MANTOVANI, F.: “Sobre la perenne necesidad de la codificación” (traducido por Jesús MARTÍNEZ RUIZ), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 1, 1999).

79 BRONFMAN VARGAS, A.: “El sentido de...”, *ob. cit.*, p. 51.

80 Así, ocurre que “el grado de publicidad que envuelve el entorno de la adopción de las leyes es generalmente inversamente proporcional a su eficacia instrumental y, en particular, a su impacto real sobre la gestión de los recursos”. En concreto, “la adopción de numerosas normas cumple por sí misma la función simbólica de ‘dar a creer’, y de producir la impresión de que las reivindicaciones o las necesidades sociales previstas por las reglas han sido satisfechas, independientemente de sus posibilidades reales de aplicación” (GALIANA SAURA, Á.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 202).

81 BRONFMAN VARGAS, A.: “El sentido de...”, *ob. cit.*, p. 48.

82 BRONFMAN VARGAS, A.: “El sentido de...”, *ob. cit.*, p. 48.

83 EDELMAN, M.: *The symbolic uses of politics*, University of Illinois Press, Urbana, 1986. Al uso simbólico del Derecho se han dedicado diversos estudios, sobre todo por parte de la corriente norteamericana de los llamados “Critical Legal Studies”. Para un análisis de los efectos simbólicos del Derecho véanse también ARNOLD, T.: *The Symbols of Government*, Brace and World, New York, 1962; y COTTERRELL, R.: *Introducción a la Sociología del Derecho* (traducido por Carlos PÉREZ DEL VALLE), Ariel, Barcelona, 1990.

84 SUBIRATS I HUMET, J.: “El análisis empírico de los efectos de la legislación”,

en FIGUEROA, A. (COORD.): *Los procesos de implementación...*, *ob. cit.*, p. 202.

85 SUBIRATS I HUMET, J.: “El análisis empírico...”, *ob. cit.*, p. 202. De hecho, “si se repasa la legislación española de los últimos años se verá que, en muchas ocasiones, sólo se busca una declaración simbólica a través de las leyes, que se redactan de forma que, o bien sus finalidades son claramente irrealizables, o bien la finalidad enunciada no guarda auténtica relación con lo regulado por la norma [...]. De este modo, existen muchas normas generales que son dictadas con pleno conocimiento de que no llegarán nunca a ser aplicadas, pero que sin embargo son creadas y no son eliminadas simplemente porque interesa exhibirlas en público, en la vida política, en un ámbito de relaciones sociales complejas” (GALIANA SAURA, A.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 203).

86 MONTORO CHINER, M<sup>a</sup>.J.: *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 25.

87 A una “democracia sin ciudadanos” porque, según CAREY, dentro de una “relación hipertrofiada entre democracia y prensa [...] se ha llegado al desarrollo de un sistema político de rasgos esquizofrénicos [...] en el que los medios han conservado y potenciado su valioso doble y crucial papel mientras disminuía la intensidad y calidad de la relación orgánica esencial de la legitimidad democrática del Estado constitucional: el mandato que vincula a los representantes (los parlamentarios y miembros de la Asamblea electa) con los representados (ciudadanía)” (CAREY, J.W.: “The mass media and democracy”, en *Journal of International Affairs*, vol. 47, núm. 1, 1993, pp. 1 – 21).

88 LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “La democracia mediática: la legislación parlamentaria y los medios de comunicación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A./PAU PEDRÓN, A. (DIRS.): *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, p. 591.

89 LIPPMANN, W.: *La opinión pública* (traducido por Blanca GUINEA ZUBIMENDI), Cuadernos de Langre, Madrid, 2003, pp. 253 – 256.

90 Esto es, aquellos instrumentos de carácter “tecnológico o social” utilizados “para seleccionar, transmitir o recibir algún mensaje, como la información” (MACIONIS, J.J./PLUMMER, K.: *Sociología* (editado por Isabel CAPELLA), Prentice Hall, Madrid, 1999, p. 555).

91 LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “La democracia mediática...”, *ob. cit.*, pp. 595 – 596.

92 LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “La democracia mediática...”, *ob. cit.*, p. 597.

93 LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “La democracia mediática...”, *ob. cit.*, p. 599.

94 LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “La democracia mediática...”, *ob. cit.*, p. 600.

95 LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “La democracia mediática...”, *ob. cit.*, p. 601.

96 LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “La democracia mediática...”, *ob. cit.*, p. 600.

97 CASTELLS, M.: *La era de la información. Vol. 1. La sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid, 2000 (2<sup>a</sup> edición), pp. 31 y ss.

98 BRANDÁRIZ GARCÍA, J.Á.: “Itinerarios de evolución...”, *ob. cit.*, nota 74, p. 37.

99 BRANDÁRIZ GARCÍA, J.Á.: “Itinerarios de evolución...”, *ob. cit.*, nota 74, p. 37. En todo caso, al parecer del autor, “no es asumible una interpretación en la línea de entender que los *media* son los que producen, de forma unilateral, los modos de comprensión de los fenómenos de referencia, sino que se da una interacción entre *media*, instancias de persecución (fundamentalmente la policía), instituciones, y público, en la que todos los actores tienden a modular la comprensión global, reforzando los puntos de vista colectivos”, siendo en este

sentido “especialmente evidente la dependencia mediática de las instituciones policiales como fuente de información” (BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A.: “Itinerarios de evolución...”, *ob. cit.*, nota 74, pp. 37 – 38).

100 BOTELLA CORRAL, J.: “Introducción”, *ob. cit.*, p. 19.

101 BOTELLA CORRAL, L./PERES-NETO, L.: “La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España”, en GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (DIRS.): *Malas noticias...*, *ob. cit.*, p. 52.

102 BAUCELLS LLADÓS, J./PERES-NETO, L.: “Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos”, en GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (DIRS.): *Malas noticias...*, *ob. cit.*, p. 115.

103 Principalmente porque “el ilícito penal —mejor que cualquier otra noticia— facilita la construcción de una trama, la elaboración de un relato con muchas fases, que puede construirse por entregas manteniendo la tensión y atención del telespectador, desde el inicio (la comisión del hecho criminal) hasta el desenlace (la sentencia), pasando por los capítulos de la detención, las declaraciones de la víctima, el acto del juicio oral o las declaraciones de los abogados” (BAUCELLS LLADÓS, J./PERES-NETO, L.: “Discurso...”, *ob. cit.*, pp. 115 – 116).

104 BAUCELLS LLADÓS, J./PERES-NETO, L.: “Discurso...”, *ob. cit.*, p. 116.

105 POZUELO PÉREZ, L.: *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 16.

106 Atribuida en su formulación básica al politólogo B.C. COHEN, y que viene a considerar, sintéticamente, que a mayor énfasis de los medios de comunicación a la hora de tratar algunos temas, estos adquieren mayor importancia para el público, siendo esta relación directa y causal. Así lo vinieron a demostrar empíricamente MCCOMBS y SHAW en un estudio sobre las elecciones americanas de 1968 (MCCOMBS, M.E./SHAW, D.L.: “The agenda-setting function of the mass media”, en *Public Opinion Quarterly*, vol. 36, 1972, pp. 176 – 187). Por tanto, se puede definir “agenda-setting” como “el proceso en que los medios, por la selección, presentación e incidencia de sus noticias, determinan los temas acerca de los cuales el público va a hablar” (GARCÍA ARÁN, M./PERES-NETO, L.: “Perspectivas de análisis y principios constitucionales”, en GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (DIRS.): *Malas noticias...*, *ob. cit.*, p. 25). Es decir, no se le dice al público qué pensar, sino sobre qué debe pensar (SAPERAS LAPIEDRA, E.: *Los efectos cognitivos de la comunicación de masas*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 58).

107 GARCÍA ARÁN, M./PERES-NETO, L.: “Discursos mediáticos y reformas penales de 2003”, en GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (DIRS.): *Malas noticias...*, *ob. cit.*, pp. 154 – 155.

108 BOTELLA CORRAL, J.: “Introducción”, *ob. cit.*, p. 22.

109 BOTELLA CORRAL, J.: “Introducción”, *ob. cit.*, p. 22.

110 GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xurídica Galega*, núm. 38, 2003, pp. 20 – 21.

111 GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico...”, *ob. cit.*, p. 193.

112 GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico...”, *ob. cit.*, p. 193 - 194.

113 GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico...”, *ob. cit.*, pp. 195 – 196. Sobre el uso simbólico del Derecho en el ámbito de las leyes penales, resulta interesante destacar el estudio, poco conocido por los penalistas, de VAN DE KERCHOVE, M.: “Les lois pénales sont-elles faites pour éter appliquées? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et

l'effectivité des normes juridiques”, en OST, F./VAN DE KERCHOVE, M.: *Jalons pour une théorie critique du Droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, pp. 317 – 351, especialmente pp. 342 – 351. Además de, por supuesto, las referencias bibliográficas básicas y clásicas en esta materia: HASSEMER, W.: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” (traducido por Elena LARRAURI PIJOAN), en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991 (publicado en originariamente como HASSEMER, W.: “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989); Díez RIPOLLÉS, J.L.: “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en CERESO MIR, J. (COORD.): *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001. Recogiendo también la distinción entre función instrumental y función simbólica, véase TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.

114 GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico...”, *ob. cit.*, pp. 197 – 198. Como afirma la autora, “cuando atribuimos a la norma simbólica la condición de ineficaz, nos referimos a su incapacidad para generar o mejorar la protección del bien jurídico que dice proteger, si la comparamos con las posibilidades que la decisión político-criminal del legislador le atribuye. Tal ineficacia radica muchas veces en la propia ineptitud del Derecho penal (en la normativa y en la administración de justicia) para abordar el problema. Pero en ocasiones, la ineficacia se concreta en normas que no añaden nada a la protección previamente existente, es decir, no aportan eficacia añadida a la que proporcionaban las normas anteriores. Son reformas que pueden cumplir con los efectos propagandísticos antes aludidos e incluso, llamar la atención sobre la necesidad de su protección. Pueden reforzar los valores que se dicen proteger, pero no son necesarias porque la ley penal ya disponía de instrumentos. En este tipo de normas, la función desvalorizadora (simbólica), [...] deja de ser un instrumento para la protección de intereses y se convierte en un fin en sí mismo, que resulta predominante” (GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico...”, *ob. cit.*, p. 199).

115 Dentro de ellos, esta autora incluye lo que ella misma denomina efectos “propagandísticos”: “mediante la nueva norma, el legislador demuestra que está atento a las demandas sociales (sean o no ponderadas o proporcionadas), y demuestra que la capacidad coactiva del Estado está intacta, reafirmando su existencia y autoridad ante los ciudadanos. Son efectos prácticamente irrelevantes para la protección de bienes jurídicos, distintos de aquellos otros efectos, igualmente denominados simbólicos, pero que, al generar valores, estamos dispuestos a admitir como necesarios para la evitación de delitos” (GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico...”, *ob. cit.*, p. 198).

116 Habla GALIANA SAURA de que “la ausencia de efectos ‘concretos’ puede ser deseada por el legislador. Es así que, por ejemplo, una ley penal puede ser adoptada con el solo objetivo de obtener un efecto simbólico, como el de satisfacer a una parte de la población y apaciguarla” (GALIANA SAURA, A.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 260).

117 No parece ser de la misma opinión BARBERET, quien, haciendo referencia a la posibilidad de efectuar una evaluación previa de la evaluabilidad, o no, de toda ley, “para mostrar si realmente merece la pena proceder a evaluar”, considera que, en el caso de reformas jurídicas simbólicas, “una evaluación preliminar de la evaluabilidad nos daría pie a seguir o a no gastar un dinero innecesariamente en una evaluación” (BARBERET, R.: “Evaluación de reformas penales y planes de prevención”, en Díez RIPOLLÉS, J.L./CERESO DOMÍNGUEZ, A.I. (EDS.): *Los problemas...*, *ob. cit.*, p. 110).

118 Díez RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 59.

- 119 GARCÍA ARÁN, M.: “El Derecho penal simbólico...”, *ob. cit.*, p. 205.
- 120 FOSTER, H. (ED.): *La posmodernidad*, Kairós, Barcelona, 2002 (5ª edición).
- 121 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11, 2009.
- 122 Aquí podríamos encuadrar el estudio de GARLAND, en cuanto enfoque anglosajón del fenómeno, sobre el surgimiento de una “nueva cultura del control del delito” como resultado de un proceso a raíz del cual “los marcos que orientan el control del delito y las prácticas penales han sido alterados, dando origen a nuevas metas y objetivos, nuevas formas de cálculo y nuevas prioridades”. Así, destaca el autor británico que se han desarrollado “nuevas formas de conocimiento y de razonamiento que sutilmente alteran nuestra forma de pensar acerca del delito y los delincuentes, nuestra forma de comprender los problemas que plantean y de actuar frente a esos objetos y problemas”. Así, pues, para el autor, “esta nueva cultura del control del delito se ha formado en torno a tres elementos centrales: (1) un “welfarismo penal” modificado; (2) una criminología del control; y (3) una forma económica de razonamiento” (GARLAND, D.: *La cultura del control...*, *ob. cit.*, p. 287).
- 123 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 1.
- 124 Acertadamente considera SILVA SÁNCHEZ que una de las ideas básicas de este grupo, el retorno al “buen y viejo Derecho penal liberal” (“gutes, altes liberales Strafrecht”), es absolutamente inviable, pues “si se pretende sacar al Derecho penal de su situación, probablemente insostenible, deben formularse propuestas *possibilistas*, en vez de refugiarse numantivamente en el extremo opuesto de la defensa de una utopía (y ucronía) liberal radical” (SILVA SÁNCHEZ, J.Mª.: “Prólogo”, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ED.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ED. española): *La insostenible...*, *ob. cit.*, p. XIII).
- 125 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 11.
- 126 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 13.
- 127 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 20.
- 128 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 20.
- 129 DEL ROSAL BLASCO, B.: “La ‘privatización’ de las prisiones: una huida hacia la pena de privación de libertad”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 12 (extraordinario), 1998, p. 118.
- 130 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 35. Más extensamente, véase DEL ROSAL BLASCO, B.: “La estrategia actuarial de control del riesgo en la Política criminal y en el Derecho”, en CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E./CUERDA ARNAU, Mª.L. (COORDS.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 473 – 498.
- 131 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 36.
- 132 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 41.
- 133 BRANDARIZ GARCÍA, J.Á.: *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 115.
- 134 GARLAND, D.: *La cultura del control...*, *ob. cit.*, p. 239.
- 135 Para SCHUDSON, “el incremento de las políticas guarda estrecha relación con la práctica indiscriminada de sondear la opinión pública. El no perder puntos en imagen a corto plazo resulta más importante que cumplir un programa de gobierno legitimado en las urnas. Cualquier posibilidad de medidas

racionales para resolver en profundidad problemas públicos está descartada si no resulta popular” (SCHUDSON, M.: *The News media in the Democratic Process*, Aspen Institute, New York, 1983, citado en SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, p. 102).

136 GARLAND, D.: *La cultura del control...*, *ob. cit.*, pp. 239 – 240. No es de extrañar, al parecer de DÍEZ RIPOLLÉS, que una de las posturas más consecuentes al respecto de lo que ha venido a denominar “la variante elitista de los criterios expertos [...], haya surgido en Estados Unidos [y en Gran Bretaña], donde el condicionamiento de la legislación penal por la plebe y los medios es especialmente marcado” (DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 172).

137 Y, precisamente, lo novedoso del “populismo punitivista” (el cual, identificado por la bibliografía anglosajona, inspira las reformas penales comparadas en los últimos tiempos), es su anudamiento al “resto de rasgos que definen nuestro vigente Derecho penal”, tal y como señala DEL ROSAL BLASCO: “Porque es cierto que nuestros sistemas penales no sólo castigan más con penas de prisión que cada vez más largas en su duración, es que lo hacen, primero, en un contexto de evolución interrumpida hacia la racionalidad y la humanización, que orientaba hacia un uso más moderado y restringido de la prisión, y, segundo, lo hacen reduciendo los fines de la pena a la inocuización, convirtiendo al riesgo en referente esencial de la intervención penal, aplicando técnicas actuariales de control del riesgo, haciendo uso del populismo penal, convirtiendo a la víctima en un icono e implicando de forma diferente a la sociedad en el diseño y ejecución de las políticas penales, haciendo renacer sanciones que se consideraban obsoletas e impropias de sistemas penales avanzados. La confluencia conjunta de todas esas características es lo nuevo, es lo que nunca antes se había podido contemplar, analizar y valorar, es, en definitiva, lo que convierte al vigente punitivismo en un “nuevo” punitivismo, inédito en nuestra historia penal, porque, además, [...] éste se ha convertido en una nueva estrategia de gobernar a la sociedad civil, a través del gobierno del fenómeno criminal” (DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 19).

138 Para GARLAND, “la necesidad de reducir el sufrimiento actual o futuro de las víctimas funciona hoy en día como una justificación de cualquier tipo de medida de represión penal y el imperativo político de mostrarse sensible ante los sentimientos de las víctimas sirve ahora para reforzar los sentimientos retributivos que influyen cada vez más en la legislación penal” (GARLAND, D.: *La cultura del control...*, *ob. cit.*, p. 240).

139 BOTTOMS, A.: “The philosophy and politics of punishment and sentencing”, en CLARKSON, C./MORGAN, R. (EDS.): *The politics of sentencing reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 40.

140 BOTELLA CORRAL, J.: “Introducción”, *ob. cit.*, p. 18. Sobre el concepto de populismo punitivo, véase LARRAURI PIJOAN, E.: “El populismo punitivo y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006, pp. 15 y ss. También véase PÉREZ CEPEDA, que considera que el populismo punitivo, como universalización de la cultura del control, tiene su base en el neoliberalismo económico y en las desigualdades sociales que propicia (PÉREZ CEPEDA, A.I.: *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 422 - 437).

141 No obstante, consideraba DÍEZ RIPOLLÉS que “en España, por el momento [año 2003], aún no se ha llegado a tomar decisiones legislativas claramente determinadas por programas de acción populistas” (DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 38, tras hablar del caso de la reforma de los “three strikes” en California), aunque destacaba los intentos que se habían llevado

a cabo a través de los episodios de los asesinatos de las chicas de Alcàsser y el de Klara (que dio lugar a la polémica mediática sobre la regulación de la Ley penal del menor). Consideramos que esto podría ser cierto en 2003 si a lo que se estaba refiriendo el autor era a la adopción de medidas penales populistas fruto exclusivamente de la presión de grupos de víctimas (aunque estaría por analizar y estudiar el posible papel que tuvieron dichos grupos en las reformas legislativas sobre la violencia de género, o en la que estableció el cumplimiento íntegro de las penas para delincuentes terroristas). En todo caso, consideramos que en la última reforma sobre los delitos contra la seguridad vial, ya en el año 2007, los grupos de víctimas tuvieron un papel más que notable en que la misma se llevara a cabo, aparte de que incidieran otros factores sociopolíticos.

142 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 6.

143 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 6.

144 SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>: *La expansión...*, *ob. cit.*, pp. 69 – 73.

145 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 4.

146 El origen de la difusión de la ideología punitiva así denominada “es el ‘Manhattan Institute’ de Nueva York, ‘think tank’ neoconservador defensor de la tríada libre mercado-responsabilidad individual-valores patriarcales” que fue puesta en práctica por el celeberrimo exalcalde de New York, Rudolph Giuliani, “limpiando” las calles de la “Gran Manzana” de la siguiente forma: “a) el incremento de los efectivos policiales, así como de los medios materiales; b) los incentivos económicos de los resultados cuantitativos, como mecanismo de introducción de técnicas empresariales en la administración de las fuerzas policiales; c) la mejora y ampliación de las bases de datos de control” (BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A.: “Itinerarios de evolución...”, *ob. cit.*, p. 18). En concreto, las acciones incluidas dentro de la estrategia de “tolerancia cero” están basadas “en dos pivotes fundamentales. En primer lugar, los esfuerzos se dirigen a luchar contra las incivildades menores y los comportamientos antisociales. En segundo lugar, se impide el surgimiento de lugares degradados que carezcan de parámetros normativos o de una presencia institucional efectiva, lo que se consideran serán, a la larga, los espacios propicios para el surgimiento de desórdenes menores que pueden degenerar paulatinamente en actos delictivos mayores” (RUIZ VÁSQUEZ, J.C.: “Política exitosa, política indolente: nuevas tendencias en seguridad ciudadana”, en <http://www.flasco.org.ec/docs/ruiz.pdf>, 2004, p. 6).

147 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 31.

148 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, pp. 20 y 28.

149 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 20.

150 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 6.

151 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 63.

152 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 64.

153 En efecto, para este autor, “la consolidación del positivismo jurídico sentó las bases de una determinada manera de acercarse científicamente al Derecho penal: hay que partir del Derecho puesto, del Derecho ya dado, mientras que la creación del Derecho se deja en manos de un legislador al que en buena medida no se le plantean exigencias de racionalidad, exigencias que se reconducen a la aplicación del Derecho. La doctrina penal reacciona a esta situación de manera defensiva, no cuestionando la premisa mayor, la irracionalidad del legislador, sino intentando contrarrestarla mediante la racionalidad del aplicador del Derecho, lo que implica dedicarse a racionalizar el Derecho ya existente, considerado intocable”. Ello explica, en su opinión, que “la legiti-

mación del Derecho penal se construya por la doctrina penal desde la teoría de los fines de la pena: lo que hay que legitimar no son los contenidos de tutela o las estructuras básicas de exigencia de responsabilidad, ni siquiera el sistema de penas. La determinación de todo eso compete a un legislador político cuyas decisiones son incuestionables. Lo que hay que justificar desde perspectivas éticas y teleológicas es simplemente la naturaleza de los efectos a lograr con una sanción así predeterminada” (DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 101).

154 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 103. El autor pone como ejemplo, del “error” al que se está refiriendo, la propuesta metodológica de SILVA SÁNCHEZ (DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, pp. 103 – 105).

155 Así en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, trabajo en el que, si bien dedica su primer apartado a diagnosticar los rasgos básicos del modelo vigente a través de la identificación de las actitudes sociales predominantes, a continuación se centra, desde una perspectiva crítica frente a esta situación, en proponer estrategias para resistir y contrarrestar lo que el autor considera una “deriva securitaria” a la que habría que enfrentarse con una comprensión rigurosa y no ingenua de las causas y las razones que la provocan.

156 DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia el...?”, *ob. cit.*, p. 5.

157 PERIS RIERA, J.M./GARCÍA GONZÁLEZ, J.: “El control penal de las manipulaciones genéticas y la función simbólica del Derecho penal”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F./MORILLAS CUEVA, L./PERIS RIERA, J.M. (COORDS.): *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 94.

158 En efecto, es de destacar la aportación de este penalista estadounidense en torno a cómo los resultados de la investigación empírica (en particular, utilizando y aplicando el concepto de “merecimiento empírico”) afectan a las finalidades del Derecho penal (ROBINSON, P.H.: *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (traducido por Manuel CANCIO MELIÁ e Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO), Marcial Pons, Madrid, 2012).

159 SÁNCHEZ LÁZARO, F.G.: *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*, Comares, Granada, 2007, p. 1.

160 MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en...*, *ob. cit.*, p. 186.

161 AROCENA, G.: “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”, en *Política criminal*, núm. 6, 2008, p. 2.

162 GARLAND, D.: *La cultura del control...* *ob. cit.*, pp. 239 - 240.

163 LAUB, J.H./SAMPSON, R.J./CORBET JR., R.P./SMITH, J.S.: “The public policy implications of a life-course perspective on crime”, en BARLOW, H.D. (ED.): *Crime and public policy: putting theory to work*, Westview Press, Boulder, 1995, pp. 91 – 106.

164 TAMARIT SUMALLA, J.M<sup>a</sup>: “Política criminal...”, *ob. cit.*, pp. 1 y 3.

165 En efecto, es fácil prever una oposición de los políticos a este tipo de análisis, llamados de “factibilidad legislativa” (RESCIGNO, G.U.: “Problema politico-constituzionali di una disciplina delle tecniche di redazione e del controllo di fattibilità delle leggi”, en *Le Regioni*, núms. 2-3, 1985, p. 282).

166 En realidad, como dice ORTIZ DE URBINA GIMENO, en la actualidad prácticamente ningún penalista “admitiría que hace dogmática sin orientarse a las

consecuencias político-criminales”, aunque a juicio del autor, y le damos toda la razón, si bien es cierto que “ha existido un innegable avance, éste se ha producido de modo casi exclusiyo en el terreno teórico y no en el metodológico” (ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: “La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo (¿Es el Derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)”, en GURDIEL SIERRA, M./OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./CORTÉS BECHIARELLI, E. (COORDS.): *Estudios penales...*, *ob. cit.*, pp. 889 – 890).

167 QUINTERO OLIVARES, G.: *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid, 2004, p. 17.

168 GALIANA SAURA, Á.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 149.

169 MORAES, A. ROCHA ALMEIDA DE: *Direito penal racional...*, *ob. cit.*, pp. 280 y ss.

170 BARBERET, R.: “Evaluación de...”, *ob. cit.*, p. 108.

171 Ello es objeto de otro trabajo personal mucho más extenso que, en forma de monografía, ya se ha publicado en España (RODRÍGUEZ FERRANDEZ, S.: *La evaluación de las normas penales*, Dykinson, Madrid, 2016) y cuya posible publicación en Brasil, traducida al portugués, se está gestionando.