

Josefa Muñoz RUIZ<sup>1</sup>

## A LEI ORGÂNICA Nº 1 DE 30 DE MARÇO DE 2015 - UMA FORMA DE IRRACIONAL EXPANCIONISMO PENAL NA ESPANHA?

ORGANIC LAW No. 1 OF 30 MARCH 2015 - A IRRATIONAL WAY OF EXPANSION CRIMINAL IN SPAIN?

LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, ¿UNA FÓRMULA DE IRRACIONAL EXPANCIONISMO PENAL EN ESPAÑA?

### SUMÁRIO:

1. Introducción; 2. Discusión sobre el modelo de intervención penal en la sociedad del riesgo; 3. La lo 1/2015, de 30 de marzo ¿reduccionista o expansionista del derecho penal?; 4. La criminología y los estudios empíricos como mecanismos de contención de la actual inflación penal; 5. Conclusiones; Bibliografía.

### RESUMO:

O objetivo principal deste trabalho é, essencialmente, esclarecer se a Lei Orgânica n. 1 de 30 de março de 2015 é manifestação de um Direito Penal reducionista ou mínimo, ou se, ao contrário, o é de um Direito Penal modernista ou máximo. Para tanto, se realiza, em primeiro lugar, uma breve aproximação com o debate doutrinário sobre os modelos de intervenção penal, e, em segundo lugar, se analisa, brevemente, as novidades mais significativas introduzidas na parte geral e especial do texto punitivo, nesta última reforma penal. Disso, se deriva a permanente expansão do Direito Penal espanhol e se defende a criminologia e os estudos empíricos como mecanismos de contenção da

Como citar esse artigo:  
RUIZ, Josefa Muñoz.  
A Lei Orgânica Nº  
1 de 30 de março  
de 2015 - Uma  
forma de irracional  
expansionismo  
penal na Espanha?.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho - PR,  
Brasil, n. 22, p. 111-144  
Data de submissão:  
27/07/2015  
Data de aprovação:  
29/07/2015

<sup>1</sup> Faculdade de Direito  
da Universidade de  
Murcia.

inflação penal.

#### RESUMEN:

El objetivo principal de este trabajo es, esencialmente, dilucidar si la LO 1/2015, de 30 de marzo, es una manifestación de un Derecho Penal reduccionista o mínimo, o si, por el contrario, lo es de un Derecho Penal modernista o expansivo. Para ello, se realiza, en primer lugar, una breve aproximación al debate doctrinal sobre los modelos de intervención penal y, en segundo lugar, se analizan, someramente, las novedades más significativas introducidas en la parte general y especial del texto punitivo por esta última reforma penal. De ello se deriva la permanente expansión del Derecho Penal español y se aboga por la criminología y los estudios empíricos como mecanismos de contención de la inflación penal.

#### ABSTRACT:

The main objective of this work is essentially to ascertain whether the LO 1/2015, March 30th, is a manifestation of a reductionist or minimum Criminal Law or whether, on the contrary, it is a modern or expansive Criminal Law. To achieve this it is done, first, a brief reference to the doctrinal debate on the models of penal intervention, and secondly are discussed, briefly, the most significant innovations in the general and special part of the Penal Code produced by the last reform. It conducts to the expansion of Spanish Criminal Law and criminology and empirical studies appear as containment mechanisms of this penal inflation.

#### PALAVRAS-CHAVE:

Direito penal mínimo, expansão do direito penal, debate doutrinário, reforma penal, estudos empíricos, contenção, inflação penal.

#### PALABRAS-CLAVE:

Derecho Penal mínimo, expansión del Derecho Penal, debate doctrinal, reforma penal, estudios empíricos, contención, inflación penal.

#### KEYWORDS:

Minimum Criminal Law, Criminal Law expansion, doctrinal debate, penal reform, empirical studies, containment, penal inflation

## 1. INTRODUCCIÓN

Trazar la evolución de la política criminal de los últimos años en España es un poco frustrante. Si bien es cierto que el Código Penal de 1995 supuso, en muchos aspectos, un importante paso adelante en la modernización del viejo aparato normativo aún vigente, también puso de manifiesto una serie de vicios que se han reproducido en las permanentes revisiones a las que se ha visto sometido. Y es que como justificaba el legislador en su Exposición de Motivos “No se pretende haber realizado una obra perfecta, sino simplemente una obra útil. El Gobierno no tiene aquí la última palabra, sino solamente la primera. Se limita, pues, con este proyecto, a pronunciarla, invitando a todas las fuerzas políticas y a todos los ciudadanos a colaborar en la tarea de su perfeccionamiento. Solamente si todos deseamos tener un Código Penal mejor y contribuimos a conseguirlo podrá lograrse un objetivo cuya importancia para la convivencia y el pacífico disfrute de los derechos y libertades que la Constitución proclama difícilmente podría exagerarse”.

Y esta justificación en clave de invitación a la ciudadanía a la perfección de un cuerpo normativo que se denominó, Código “de la democracia”, no ha sido desatendida por los grupos o entes con intereses emergentes que, amparándose, en unos casos en el riesgo inherente a una sociedad del bienestar, dinámica y tecnológicamente avanzada, y en otros a la aparición de nuevos bienes susceptibles de protección jurídico-penal, reclaman de manera velada la erradicación del miedo al delito y el logro de la seguridad ciudadana a golpe de sanción penal. De modo que la política criminal, que guía las transformaciones del ordenamiento penal, ha estado más preocupada por dar una respuesta a corto plazo a los problemas que generan alarma social y son objeto de tratamiento mediático a través de los medios de comunicación masivos, como las reivindicaciones de ciertas agrupaciones de víctimas, asociaciones feministas, ecologistas, de consumidores y usuarios, etc., que por dar una respuesta coherente y preventiva a problemas que podrían solucionarse a estancias extrapenales<sup>2</sup>. El lema ha sido incremento de lo punible y endurecimiento de la sanción penal a pesar de que ni la doctrina, ni la práctica judicial ni programas de tipo experimental lo aconsejen<sup>3</sup>.

En cualquier caso, admitida la necesidad de modificar el Código Pe-

nal, por elementales exigencias de economía legislativa y de coherencia, bien pudo haberse optado por una reforma global y no por una sucesión de normas reformadoras, propiciadora siempre de inseguridad jurídica en materia tan trascendente como la aludida<sup>4</sup>. Pero no ha sido así. Hasta veintinueve veces se ha modificado el Código Penal en los últimos veinticinco años. Algunas de estas iniciativas reformistas apelan a la necesidad de adaptar los tipos existentes e introducir nuevas figuras delictivas para, atendiendo a las acuciantes preocupaciones sociales, dar una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual<sup>5</sup>; en otras, a la lucha contra la violencia de género por ser uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida y la seguridad y la no discriminación, como derechos proclamados en nuestra Constitución<sup>6</sup>; y finalmente, el influjo innovador de la protagonizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, cede ante el sensacionalismo y alarma social que generan hechos puntuales más que a la reflexión, y a la precipitación más que a los datos estadísticos, haciendo tambalear solidas estructuras alicatadas por la jurisprudencia, de manera que los cimientos de la reforma se sitúan, desde su arranque, en el punto de mira de los operadores jurídicos<sup>7</sup>.

Pero, a pesar de que cada una de ellas obedece a motivaciones específicas, el objetivo principal latente en todas ellas es, sin duda, “lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad”. La cuestión es si, después de casi una treintena de reformas en un texto aprobado con el consenso de la mayoría de los grupos parlamentarios, el legislador español ha encontrado la vía para gestionar el “riesgo” y de conciliar la demanda social de más protección frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado, la corrupción político-administrativa, etc., o a otras formas de criminalidad –financiación ilegal de partidos políticos- y el respeto a la máxima de “mínima intervención”, o si, por el contrario, está avocado a la dispersión, esto es, si la racionalidad guía la permanente expansión del Derecho Penal.

Para dar respuesta a ésta y otras cuestiones estimo necesario realizar una sucinta aproximación al estado del debate doctrinal sobre el modelo de intervención penal imperante en la sociedad del riesgo para, a continuación, concluir si, a la luz de las modificaciones introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, la política criminal española se asocia a una corriente de Derecho Penal mínimo o reduccio-

nista o si, por el contrario, sigue una tendencia expansiva o modernista de adaptación del texto punitivo a las nuevas “realidades sociales”<sup>8</sup>, con la consiguiente flexibilización de las garantías jurídico-penales y de su consideración de ultima ratio. Finalmente se abordará la posible utilidad de la Criminología y programas empíricos como instrumentos de evaluación de la eficacia, provecho y eficiencia de la aplicación las normas penales a los supuestos que están llamadas a prevenir o erradicar.

## 2. DISCUSIÓN SOBRE EL MODELO DE INTERVENCIÓN PENAL EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Señala Silva Sánchez que el Derecho Penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Siendo así, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos, ya al aumento del valor de algunos que ya existían con anterioridad<sup>9</sup>. Y para Mendoza Buergo no se puede obviar que “la introducción de bienes jurídicos universales o colectivos con perfiles difusos es reconocida como una característica del Derecho Penal actual que surge con el Estado Social pero que se acentúa en el Derecho Penal de la sociedad del riesgo”<sup>10</sup>.

En efecto, la sociedad del riesgo abre un nuevo escenario con unas particularidades propias, como el aumento objetivo de la inseguridad, en el que cabe preguntarse ¿cuáles son las verdaderas causas o elementos determinantes de la mayor demanda de protección? Silva Sánchez refiere las siguientes: a) La complejidad creciente de la organización social que conlleva no sólo la aparición de nuevos riesgos sino tal grado de interrelación entre los sujetos, los individuos, que el bienestar de unos depende estrechamente del comportamiento adecuado de los otros; b) La actual sociedad evidencia una sobrevaloración de la seguridad frente a la libertad de acción, lo que lleva a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada; c) Un tercer grupo de causas de la expansión es la proliferación de demandas de protección jurídica provenientes de nuevos y atípicos “gestores de la moralidad colectiva” (grupos feministas, ecologistas, pacifistas, etc.) cuyas propuestas son acogidos por los programas electorales de la izquierda política europea y el descrédito en el que han caído las instancias tradicionales de protección extrapenal como

el derecho Civil y el Administrativo; d) Por otra parte, la globalización e integración supranacional influye en el fenómeno expansivo penal<sup>11</sup>. Las demandas de la globalización son eminentemente prácticas, pues en general se trata de evitar hipotéticas lagunas – o paraísos jurídico-penales- en la lucha contra la delincuencia transnacional (criminalidad organizada, criminalidad internacional)<sup>12</sup>.

De entrada, el crecimiento del bienestar dado por el acelerado desarrollo tecnológico alcanzado en las dos últimas décadas, el aumento objetivo de la inseguridad y, en consecuencia, la reivindicación social de mayor protección frente a las fuentes de riesgo, han sido elevados a la categoría de “causa” o “razón” de una política criminal que, en opinión de Díez Ripollés, aboga por: 1. El incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; 2. Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo; 3. Anticipación del momento en que procede la intervención penal: se penalizan abundantes ilícitos antes sólo administrativos, civiles o mercantiles, se generaliza el castigo de los actos preparatorios específicamente delimitados, se automatiza la punición de la asociación delictiva cuando no se integra ésta dentro de las modalidades de autoría y participación; 4. Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales<sup>13</sup>.

En consecuencia, la conformación de este nuevo Derecho Penal conlleva un cambio en sus engranajes estructurales, una flexibilización de las reglas de imputación y una relajación de las garantías jurídico-penales. Pero estas transformaciones, no están exentas de problemas. La tendencia imperante en los últimos años a una política criminal expansiva en la reglamentación penal no es bien acogida por la generalidad de la doctrina. Y si bien es cierto que en Alemania esta discusión se encuentra estancada desde mucho tiempo, es decir, no avanza más, dentro de la Ciencia española sí tiene lugar ahora la continuación de esta polémica<sup>14</sup>.

Como señala Montiel Fernández, la discusión acerca de la expansión del Derecho Penal pone sobre el tapete, en esencia, consideraciones sobre las características que debe asumir el mismo como controlador de la sociedad. De manera que se plantea la encrucijada entre desplegarse a un

abordaje de la ciencia penal que flexibiliza las reglas de imputación y las garantías político-criminales o mantenerse en un modelo de Derecho Penal que siga los idearios liberales. También están quienes intentan adoptar una postura intermedia que, asentada sobre la realidad actual, no pierda de vista los límites constitucionales<sup>15</sup>. Como reflejo de estas opciones se van a exponer, someramente, los discursos ideológicos o político-criminales que se agrupan en dos direcciones contrapuestas: la reduccionista o de resistencia a la modernización y la modernizadora o expansionista; además de una tercera, intermedia.

1. La primera tendencia, reduccionista o de resistencia a la modernización, representada por la Escuela de Frankfurt en Alemania, tiene como máximo representante a Hassemer<sup>16</sup>. Este autor patrocina un Derecho Penal mínimo que conserva el núcleo duro del viejo derecho penal liberal, rechazando todo tipo de manifestación expansiva y comulgando con la alternativa de que el Derecho Penal material sólo atienda a la protección de bienes jurídicos tradicionales ya tutelados por el Derecho Penal clásico –la vida, la propiedad, etc.-; quedando relegados a un plano más bien administrativista la tutela de intereses propios de las sociedades actuales<sup>17</sup>. En efecto, partiendo de que la intervención del Derecho Penal sería ineficaz contra esos nuevos riesgos y, además sería ilegítima, propone, crear un nuevo Derecho de intervención ubicado entre el Derecho Penal nuclear y el Derecho Administrativo sancionador, entre el Derecho Civil y el Público, con un nivel de garantías procesales inferior al del Derecho Penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos<sup>18</sup>.

Pero, también apuntan hacia estas tendencias reduccionistas algunos penalistas italianos. Así, Baratta realiza una articulación programática de la idea de la mínima intervención penal como idea-guía para una política penal a corto y medio plazo, en lo que “pretende ser una respuesta a la cuestión acerca de los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal”<sup>19</sup>; para Ferrajoli se ha producido una ampliación indeterminista del campo de lo designable como bienes tutelados, a través de términos vagos, imprecisos o, lo que es peor, valorativos, que derogan la estricta legalidad de los tipos penales y brindan un amplio espacio de discrecionalidad a la “inventiva” judicial. Defiende el autor un Derecho

Penal mínimo que apunte a una masiva deflación de “bienes” penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica. Como restricción de carácter cualitativo, estima que el principio de lesividad permite considerar “bienes” sólo aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso<sup>20</sup>.

Señala Jiménez Díaz<sup>21</sup> que en España la postura reduccionista más destacada es la de Silva Sánchez, aunque en mi opinión, quedaría enrolado en una postura intermedia pues el propio autor reconoce que “el problema no es tanto la expansión del derecho penal general, sino específicamente la expansión de la pena privativa de libertad”, agregando que “ésta última es la que debe ser realmente contenida”<sup>22</sup>. Pues, si bien desde una postura academicista le parece loable que la mayor parte del fenómeno expansivo del Derecho Penal sea reconducido sin más al Derecho Administrativo sancionador, sin embargo, advierte que elude afrontar las razones que han conducido a la inflación penal así como a buscar soluciones racionales. Por ello, en opinión del autor, el Derecho Penal podría quedar segmentado en un sistema de velocidades en el que se combina la injerencia del Estado a través de la pena y el rigor, o no, del mantenimiento de las garantías político criminales<sup>23</sup>.

El Derecho penal de primera velocidad se correspondería con el Derecho penal clásico y puesto que comportaría la pena de prisión (“Derecho penal de la cárcel”), respecto del mismo habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales. La segunda velocidad, en cambio, sería una especie de Derecho penal accesorio, en el que se integrarían los “delitos de acumulación o peligro presunto”. Dado que este nivel, no podría utilizar penas privativas de libertad (tan solo se impondrían penas pecuniarias y privativas de derechos), dichos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción<sup>24</sup>. Sin embargo, para Jiménez Díaz es difícil admitir, al menos con carácter general, esa doble velocidad del Derecho Penal patrocinada por Silva Sánchez. En su opinión, habrá delitos de nuevo cuño para los que sea suficiente una pena no privativa de libertad, pero habrá otros que, en cumplimiento del principio de proporcionalidad de las penas, reclamen la imposición de una pena de prisión. El Derecho Penal debe ser un único cuerpo normativo, sujeto a unas mismas reglas dogmáticas y garan-

tías político-criminales, reglas y garantías que, de manera individualizada, se irán ajustando en función de las características específicas de cada figura penal<sup>25</sup>.

Pero Silva no acaba ahí su propuesta, sino que se plantea si puede admitirse una tercera velocidad del Derecho penal, en la que el Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales. Afirmando que un Derecho Penal de la “tercera velocidad” existe ya en amplia medida en el Derecho Penal económico; si bien el autor considera que debería reconducirse ya a la primera o segunda velocidad mencionadas<sup>26</sup>.

Advierte Jiménez Díaz que la diferencia entre la postura de la Escuela de Frankfurt y la de Silva Sánchez, es que la primera propone dejar dentro del Derecho penal sólo el núcleo clásico y llevar al Derecho de intervención (que no sería Derecho penal, sino un Derecho sancionador independiente) lo que exceda del mismo. En cambio, Silva Sánchez establece dos niveles de rigor dentro del Derecho penal: uno más riguroso para ese núcleo duro de delitos y otro más flexible para las figuras con las que debe hacerse frente a los nuevos riesgos de la sociedad moderna<sup>27</sup>.

2. En una línea doctrinal totalmente opuesta se encuentran las tendencias modernistas representadas en Alemania por Schöneman, y por Gracia Martín en España. Conforme a esta opción, el incremento incesante del peligro global, la tolerancia cero a la inseguridad y la necesidad de que el riesgo sea mantenido dentro de los límites socialmente tolerados, estarían en génesis de nuevas formas de criminalidad. Señala Schöneman que la indiscutible modernización de la sociedad abarcaría naturalmente la conducta desviada y habría llevado a una modernización de la criminalidad que haría irrecusable la correspondiente modernización del Derecho. El Derecho Penal tendría que reaccionar en una medida equivalente a la dañosidad social frente a las formas específicas de ésta que se habrían formado en la sociedad industrial desarrollada, y eso requeriría de un cambio de perspectiva hacia las clases media y alta, de una cuidadosa explicación de los bienes jurídicos colectivos puros para diferenciarlos de meros bienes jurídicos aparentes, y de una puesta de relieve de aquellos sectores de distribución colectivos a los que tiene que conectarse el Derecho Penal para garantizar la necesaria protección de bienes jurídicos<sup>28</sup>.

Esta corriente modernista del Derecho Penal tiene en Gracia Mar-

tín a su más destacado representante en España. Frente a aquéllos que consideran que el actual Derecho Penal se desviaría de modo relevante de ciertos principios fundamentales del Derecho Penal liberal y de las garantías penales de un modelo liberal, sostiene que la ruptura del Derecho Penal actual con el tradicional únicamente se produce en el ámbito de la selección de conductas punibles, pues lo que realmente lo caracteriza es la extensión de la punibilidad a la criminalidad material típica de las clases sociales poderosas, pero sin que ello suponga el más mínimo menoscabo de las garantías del Estado de Derecho, que permanecen incólumes e intactas, pues el respeto a las mismas es y debe ser condición indispensable de la legitimidad de todo Derecho Penal sin excepción alguna<sup>29</sup>.

3. Por otra parte, Corcoy Bidasolo, adoptando una posición intermedia entre las anteriores, también admite la intervención punitiva para combatir los nuevos peligros de la moderna sociedad del riesgo, pero matiza que la dependencia entre Derecho y sociedad implica que, frente a una “modernización” de la sociedad, el Derecho Penal debe realizar esfuerzos para asumir los nuevos problemas sociales y no inhibirse frente a ellos<sup>30</sup>.

La sociedad “moderna” es una sociedad del riesgo y, en su opinión, los beneficios que estos riesgos proporcionan justifican su aparición, pero el ciudadano, para poder ejercer realmente su libertad, precisa tener una cierta seguridad y confianza en que esos riesgos no son superiores a los que aparentan ser. Concretamente, la autora subraya que quienes abogan por limitar el Derecho Penal al nuclear, lo hacen, básicamente, en nombre de la libertad, pero considera que están utilizando la idea de libertad de una forma hueca, porque la libertad no se puede ejercer realmente si no se tiene una cierta seguridad, si no se puede confiar en que no existirán injerencias extrañas en la esfera personal. En definitiva, la libertad, en un sentido amplio, debe entenderse como libre desarrollo de la personalidad y éste sólo es posible en un ambiente de seguridad y confianza<sup>31</sup>. De modo que el legislador, antes de proponer cualquier forma de restricción de la libertad, debería asegurarse de que esa conducta implica un riesgo para terceros y que esa intervención no va a provocar un mal mayor que el que se trata de evitar<sup>32</sup>.

En opinión de Jiménez Díaz en el contexto actual, pretender que el Derecho Penal se muestre insensible a la evolución social es de todo punto

impensable. El orden punitivo, como el resto del ordenamiento jurídico, es un mero instrumento al servicio de la sociedad y de sus ciudadanos y, como tal, debe adaptarse a los tiempos en los que debe ser aplicado. Partiendo de esta premisa el Derecho Penal no puede ni debe acorazarse en torno al núcleo tradicional, convirtiéndose en un cuerpo normativo obsoleto, incapaz de afrontar las nuevas demandas sociales. Muy al contrario, debe evolucionar y hacer frente, junto a los peligros clásicos, a los nuevos riesgos que vayan apareciendo<sup>33</sup>.

En mi opinión, el Derecho Penal no puede ser indiferente a los cambios y avances sociales cuando éstos tienen entidad suficiente para engredar riesgos superiores a los permitidos; de modo que su expansión es irremediable cuando se trata de afrontar los desafíos de una sociedad moderna y tecnológicamente avanzada. Pero, en cualquier caso, no hay que olvidar su condición de última ratio en la salvaguarda de los valores fundamentales de la sociedad, por lo que la intervención penal debe ser reconducida a lo razonable. En definitiva, la política criminal ha de ser racional y buscar soluciones a los conflictos también en instancias de protección extrapenales.

Tres esta breve aproximación al estado del debate doctrinal sobre las posiciones ideológicas o las políticas criminales con las que hacer frente a las fuentes de riesgo de la sociedad moderna y que apuntan, sin duda, al Derecho Penal que cada corriente cree que “debe ser”, conviene acercarse al Derecho positivo vigente, tras la recién estrena LO 1/2015, para indagar sobre el Derecho Penal que “realmente es”.

### 3. LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO ¿REDUCCIONISTA O EXPANSIONISTA DEL DERECHO PENAL?

La precipitación del legislador por dar luz verde a la última gran reforma del Código Penal la ha dejado huérfana de una Exposición de Motivos, que aunque carece de valor normativo, tiene un gran peso en la interpretación finalista de la norma además de dar unidad y coherencia al articulado. No obstante, el Preámbulo de la Ley también juega un papel fundamental como reflejo de las directrices que la guían. Pero cuando entre lo que anuncia la norma y el contenido concreto que incorpora no hay reciprocidad se pueden producir disfuncionalidades. Antes de dar

respuesta a la cuestión que titula este apartado creo que es obligada una aproximación a las razones que justifican esta última reforma, para trazar, a continuación, el patrón de intervención que sigue Ley, al objeto de aclarar si el legislador de 2015 se apoya en una postura reduccionista o más bien expansionista del Derecho Penal.

### 1. Razones aducidas por el legislador en la reforma

Es indiscutible que, como bien apunta Morillas Cueva, el futuro del Derecho Penal es el de su propia permanencia, el de su necesidad social para proteger los valores fundamentales de la sociedad<sup>34</sup>. Pero la cuestión no es tanto hasta cuándo sino hasta dónde va a llegar el Derecho Penal. Basta ojear las Exposiciones de Motivos de las Leyes que modifican el Código Penal, o Preámbulos, en su caso, para observar cómo las iniciativas legislativas a las que sirven de explicación, reiteran una y otra vez las mismas razones para justificar su propia existencia. Concretamente, la LO 7/2003, de 30 de junio, apelaba a “la urgencia en la adaptación del mismo a nuevas necesidades surgidas tanto de la experiencia acumulada en estos años” como al hecho de que “existen nuevas realidades a la que es preciso dar una adecuada respuesta jurídico penal”<sup>35</sup>; la LO 5/2010, de 22 de diciembre, lo hacía a las “obligaciones internacionales contraídas por España, especialmente en el ámbito de armonización jurídica europea”, “a las carencias o desviaciones que la experiencia aplicativa del Código ha ido poniendo en evidencia” y como no, “a la cambiante realidad social”<sup>36</sup>; y tras una acelerada tramitación parlamentaria, la LO 1/2015 recurre “al transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales” como impulso de esta última reforma, aunque también acude a “la necesidad de fortalecer la Administración de justicia”, y a “la necesidad de incrementar la eficacia de la justicia penal”, para justificar una reforma de largo alcance que desmantela la arquitectura original del texto de 1995.

Pero el quid de la cuestión es si los motivos que aduce el legislador son reales o si, contrariamente, son pretextos para dar forma a una política criminal invasiva e irracionalmente expansionista. Porque “el transcurso del tiempo” tendría sentido cuando las modificaciones al Código Penal se hubieran llevado a cabo en estos últimos años de forma global y no por una retahíla<sup>37</sup> de normas reformadoras, puntuales en muchos casos, pues, dado los pocos años que las separan, la diferencia entre la realidad social que inspira a una y otras no puede ser tanta; y por otra parte a qué

¿“demandas sociales” se refiere el legislador de 2015?, ¿implican, necesariamente, una respuesta jurídico-penal y no de otra naturaleza?<sup>38</sup>. Parece que el legislador siempre encuentra una coartada, o la misma coartada –la realidad cambiante– para huir hacia el Derecho Penal como si se tratara del único instrumento eficaz de pedagogía social y de civilización, con arrinconamiento de su naturaleza de última ratio<sup>39</sup>.

No cabe duda que todas estas reformas reflejan una clara tendencia expansiva en la que destaca la introducción de nuevos tipos delictivos y agravación de las penas llamadas a sancionar los delitos ya existentes (sobre todo, los socio-económicos) sin que se produzca descriminalización de figuras delictivas en nuestros días carentes de toda lógica. Y si Sanz Mulas calificaba de “piedra de toque”<sup>40</sup> la reforma operada por la LO 7/2003 el 30 de junio, lo cierto es que tras esa se han sucedido otras trece reformas más hasta llegar a la recién estrenada LO 1/2015, de 30 de marzo, tildada también por Vives Antón de autoritaria y expansionista<sup>41</sup>.

Pero, ¿cómo se materializa en esta última reforma el acomodo del instrumento penal a las nuevas demandas sociales?, ¿se corresponden las pretensiones legislativas con la realidad de los contenidos?

### 2. Patrón de intervención penal

Como se ha puesto de manifiesto en líneas anteriores, el Código Penal ha sido revisado en diversas ocasiones pero, sin duda, la de mayor calado ha sido la protagonizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, a pesar de que muchas de las decisiones político-criminales y técnico-jurídicas son, como se verá seguidamente, muy cuestionables. Señala Morillas Cueva que la dicotomía entre lo pretendido y lo realizado ha llevado a severas disfuncionalidades en el ámbito punitivo<sup>42</sup>. El legislador atrincherado en declaraciones retóricas y vacías de contenido como son la conveniencia de revisar el régimen de penas, renovar el elenco de delitos para atender a las nuevas necesidades sociales, fortalecer “la Administración de Justicia” o cumplir los compromisos internacionales, no da razón exacta de los fines ni razones que avalan las modificaciones que introduce y acomete una gran transformación en el orden penal que se puede caracterizar por las siguientes notas:

a) Se produce un paso atrás en la evolución del Derecho punitivo, especialmente por las alteraciones en el elenco de penas, en su formulación, contenido y ejecución. De un lado, se presenta como novedad más

revolucionaria la creación de la pena de prisión permanente revisable, auténtico mascarón de proa de la Reforma y expresión del ideario punitivo del Gobierno<sup>43</sup>. El hecho de que la pena sea revisable salva su rayana inconstitucionalidad, pero no le resta dureza pues esta pena resulta más severa que la prisión perpetua del Código Penal de 1870, último Código español que la incluía, limitada, salvo casos excepcionales, a treinta años. El plazo previsto para la primera revisión, que se fija en los veinticinco años de cumplimiento, es muy superior a los sistemas de derecho comparado que incluyen esta pena; y la exigencia de especiales condiciones para la revisión de la impuesta a terroristas puede ser jurídicamente rechazable<sup>44</sup>. En realidad da la sensación de que el legislador habiendo previsto ex novo esta pena se ha visto avocado a forjar una enrevesada construcción jurídica destinada únicamente a hacerla viable y a delimitar su campo de aplicación, en lo que es una firme manifestación de la expansión represiva del derecho penal, más que preventivo-general o especial e, incluso, resocializadora que, como es sabido, debe inspirar toda pena privativa de libertad<sup>45</sup>; además de dejar abierta la puerta a una futura y peligrosa expansión a otras figuras delictivas. De otro lado, se produce una desproporcionada utilización de la pena de prisión, como pueden ser, entre otros, los ejemplos citados en el propio Preámbulo de la Ley, homicidio, asesinato<sup>46</sup>. Desde tal perspectiva, no se le ha ocurrido nada mejor al legislador que reservar como factores decisivos para provocar la hiperagravación pretendida, supuestos que en el imaginario colectivo y, particularmente, en los medios de comunicación se presentan como crímenes especialmente odiosos: las muertes de niños o ancianos o de otras personas especialmente desvalidas; las que se producen en el entorno de la comisión de delitos contra la libertad sexual; las relacionadas con el crimen organizado; o las cometidas por “*serial killers*”<sup>48</sup>. En efecto, con esta nueva transformación, la expansión del Derecho Penal no sólo es extensiva respecto de determinadas conductas hasta ahora ajenas a lo penal sino también intensiva, pues el legislador ha concentrado sus esfuerzos en un incremento de la punición de ciertos tipos de la delincuencia tradicional. A raíz de esta norma, incluso, los delitos de homicidio y asesinato, puntales clásicos en la tutela penal del derecho a la vida, han visto tambalear su construcción habitual, con la introducción de un régimen agravado que se instrumenta acudiendo a determinadas circunstancias que no se apoyan

en un mayor desvalor o injusto como fundamento de una dicha cualificación penal, sino en un juicio de peligrosidad del autor<sup>48</sup>. Y respecto de la detención ilegal o secuestro con desaparición, en este último caso, sobre la base de una presunción de resultado, es indiferente que lo sea de homicidio o asesinato, la pena puede llegar, en el caso agravado del secuestro sin dar razón del paradero, de veinte a veinticinco años de prisión, mayor, incluso, en su límite mínimo que la del asesinato<sup>49</sup>;

b) Tras una trepidante tramitación parlamentaria, la Ley ha supuesto también un giro radical en la ordenación penal haciendo tambalear pilares tan firmes e inamovibles como la estructura propia del Código Penal, con la supresión del Libro III y, en su caso, con la consiguiente reubicación de la falta en una nueva categoría de infracción penal. En este sentido, la incorporación de la nueva categoría de delitos leves pretendía poner fin a las tradicionales faltas, pero, como advierte Rodríguez Lainz, la pretendida despenalización se ha quedado a medio camino; hasta el punto de solamente desaparecer algunos de los tipos veniales, e incluso agravarse otros y aparecer nuevas infracciones leves antes no previstas; como ha sucedido con el nuevo tipo de administración desleal<sup>50</sup>. Es indudable que la transformación en delitos leves de algunas de las infracciones penales actualmente constitutivas de simples faltas va a forzar la modificación de diversas instituciones penales, lo que salpica de lleno a los delitos de lesiones y de violencia de género, contra el patrimonio, etc., en cuanto las modificaciones en ellos introducidas obedecen, en su mayoría, a la necesidad de acomodar los tipos penales a la nueva configuración estructural del propio Código Penal. Y así, si bien el legislador, apela al principio de intervención mínima y necesaria descongestión de los juzgados y tribunales para, en unos casos, desterrar las faltas del ámbito penal y, en otros, para motivar su transformación en delitos leves, sin que en éste último caso se produzca agravación alguna en la penas aplicables, lo cierto es que en la mayoría de las faltas convertidas en delitos leves se eleva considerablemente la pena<sup>51</sup>.

c) Por otra parte, bajo el pretexto de la acomodación al Derecho Europeo se introducen importantes novedades en los Libros I y II del Código Penal. Como justificación externa se alude a la exigencia de dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España, esencialmente con la Unión Europea<sup>52</sup>. Así en atención a la decisión Marco

2008/675/JAI, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, se insta la equiparación de los antecedentes delictivos con origen en sentencias españolas a los procedentes de condenas impuestas por otros Estados miembros de la Unión Europea<sup>53</sup>; y lo mismo ocurre con la nueva regulación del decomiso que tiene causa en la Decisión Marco 2005/212/JAI, y en la nueva Directiva europea sobre embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia, actualmente en fase de tramitación; por otra parte, la transposición de la Directiva 2011/93/ UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, motiva la elevación de la edad de consentimiento sexual de los trece a los dieciséis años de edad, pasando así a tener una de las edades de consentimiento sexual más altas de Europa.

d) Por otro lado, la Reforma de 2015 ejemplifica muy a las claras una legislación cada vez más proclive al endurecimiento penal acudiendo a la revitalización de la idea de “peligrosidad”. Es como si la sociedad, en general, y el legislador en particular, se hallasen especialmente sensibilizados ante toda manifestación portadora de riesgo hasta el punto de producirse un cambio de valoraciones político-criminales, pasando de la máxima “in dubio pro reo” a “in dubio contra infractorem legis”<sup>54</sup>. En efecto, se otorga a ciertos delincuentes la consideración de enemigos sociales en consideración a su “peligrosidad” o la percepción social de sus conductas aún cuando no manifiestan mayor desvalor en su acción o resultado que otras. Basten dos ejemplos de esta querencia del legislador al denostado derecho penal de autor: i) la interpretación legislativa de las exigencias sociales en parámetros de incorporación de nuevos tipos penales trae figuras ex novo como el hostigamiento, en el que se condenan una serie de conductas con capacidad para provocar en el sujeto pasivo un sentimiento de temor e inseguridad bajo el lema de la protección de la libertad y el libre desarrollo de la vida cotidiana; y, ii) la ampliación de la medida de libertad vigilada, que si bien estaba inicialmente prevista para supuestos concretos, terrorismo o contra la libertad e indemnidad sexuales<sup>55</sup>, con la Reforma amplía su ámbito de aplicación a “los delitos contra la vida”, “contra la integridad física”, etc., y, aún cuando en estos casos, el legislador confiere al Tribunal la potestad de aplicarla o no -como se desprende de la propia norma- en

realidad, con esta previsión se viene a reconocer implícitamente la peligrosidad de los sujetos imputables que realizan hechos delictivos de esta naturaleza, lo que casa mal con el carácter excepcional que la LO 5/2010 atribuía a esta medida<sup>56</sup>. Y es que la idea de peligrosidad, alimentada en determinadas ocasiones por el eco mediático de sucesos violentos, nutre las propuestas legislativas que hacen del paradigma de seguridad su razón justificativa y de la implantación de marcos de custodia su filosofía operativa<sup>57</sup>. En efecto, como recordaba Díaz Ripollés, los individuos son objeto de atención no por la presencia en ellos de ciertas carencias personales o sociales, sino simplemente por su cualidad de generadores de inseguridad ciudadana<sup>58</sup>;

e) Además se produce una anticipación cada vez mayor de la intervención penal, atrayendo la incriminación de hechos insignificantes, pero cuya represión se torna irrenunciable en un sistema de bagatela anejo al Derecho Penal, de manera que se esfuma el concepto de bien jurídico-penal y su vulneración como llaves legitimadoras de la intervención punitiva, y en el que las demás garantías tienden a ceder ante la injerencia penal; como ocurre con la, excesivamente confusa y también innecesaria, regulación de los tipos contra el medio ambiente, pues se eleva a la categoría de delito algo que no rebasaba la de infracción administrativa por no incorporar ni siquiera un peligro abstracto para los sistemas naturales y tipificarse acciones que simplemente “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. De más profundidad son las transformaciones en los delitos patrimoniales con el fin de ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave. Sin embargo, si se examina el volumen de modificaciones que se introducen en el Título XIII, se comprende que ese objetivo sólo inspira una pequeña parte de los cambios pues el resultado de la revisión en este ámbito es que sucesos de poca entidad económica y total ausencia de violencia pueden ser castigados con penas de hasta tres años de prisión, al reunirse la presencia de arma y el grupo, lo que hace indiferente la cuantía. Es lo que Quintero Olivares llama un modo expeditivo de acabar, a cañonazos, con la pequeña delincuencia, siendo improbable que así sea, lo que sí acarreará será un notable incremento de la población penitenciaria<sup>59</sup>.

En definitiva, la tendencia expansionista del Derecho penal español no es nada nuevo. Tiene su origen en el Código Penal español de 1995,

-al que Gracia Martín califica de modelo ejemplar de Derecho Penal Moderno<sup>60</sup>-, de manera continuista sigue en todas sus reformas, y la operada por la LO 1/2015, no es una excepción. En efecto, bajo la consigna de atender a las “demandas sociales”, se añaden al texto punitivo nuevas figuras delictivas –hostigamiento, financiación ilegal de partidos políticos-, se modifican o agravan otras tradicionales –homicidio o asesinato- y, en otros casos, se endurecen las penas ya previstas. Pero como advierte Díez Ripollés una cosa es modernizar el Derecho Penal con base en la sociedad de riesgo y otra muy distinta utilizar como pretexto el concepto “riesgo” y expansión del Derecho Penal para, encubiertamente, introducir un modelo de Derecho Penal de la seguridad ciudadana que, lejos de tener por objeto la nueva delincuencia, incide sobre la delincuencia clásica con la única finalidad de hacer más rigurosa la respuesta penal ante la misma. Esto es, lo que se ha dado en llamar Derecho Penal de la seguridad ciudadana persigue intervenir en parcelas penales tradicionales (por ej: delitos contra la vida, delincuencia sexual, delincuencia patrimonial profesional, terrorismo...)<sup>61</sup>. Parece que semejantes cambios e inclusiones obedecen a una estrategia distorsionante: Utilizar la política criminal como instrumento al servicio de otras políticas del Estado de contenido económico, ambiental, fiscal, de extranjería, etc. Esto lleva a hinchar el catálogo de delitos bajo el signo de la conveniencia y de la oportunidad coyuntural, y no de la necesidad. Además puede animar al legislador a consumir agresiones contra principios tan básicos de la justicia penal como el de intervención mínima, el de legalidad, el de culpabilidad, etc.<sup>62</sup>. Junto a los medios de comunicación, no cabe negar que, en ocasiones, también las propias instituciones públicas de represión de la criminalidad transmiten imágenes sesgadas de la realidad que contribuyen a la difusión de la sensación de inseguridad<sup>63</sup>.

Señala Díez Ripollés que el modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo y, singularmente, de las propuestas que abogan por una modernización del derecho penal; hecho que, por muy reprochable y digno de lamentar que sea, condiciona inevitablemente el futuro del discurso modernizador<sup>64</sup>. La seguridad ciudadana, como germen de la de ampliación de los espacios de riesgo jurídico relevante, lleva sus tentáculos hasta tal punto que, incluso aquellos supuestos que no puede colmar la norma penal, son objeto de

una severa intervención administrativo-sancionadora, concretamente en la LO 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, coloquialmente conocida como “ley mordaza”. En esta norma, que entró en vigor hace un mes, se incrimina a aquellas personas en situación de pobreza al incluir identificaciones policiales “discriminatorias”, e instaurar desproporcionadas sanciones económicas en caso de reunión o manifestación frente a las sedes de determinadas instituciones –Congreso de los Diputados, Senado, etc.- aunque no estuviesen reunidas; o, incluso, al impedir el cumplimiento de desahucios ordenados judicialmente; se puede decir que que llueve sobre mojado para los ciudadanos en riesgo de exclusión social severa que, una vez más, ven como se coartan sus las libertades individuales.

Con estas premisas, se podría decir que el Derecho Penal actualmente vigente se asienta en un proyecto político de consolidación de desigualdades sociales y de fomento de exclusión social de ciertos colectivos ciudadanos<sup>65</sup>. O, como ya sugiriera Díez Ripollés, supone la desaparición de actitudes tolerantes hacia conductas desviadas o simplemente no convencionales, inherentes a toda sociedad abierta y pluralista lo que abriría una vía hacia los estados totalitarios<sup>66</sup>. Quiere decirse que tan negativo es un Derecho Penal que, en aras de una mal entendida libertad, deje a sus ciudadanos indefensos e inseguros, como lo es uno que persiga conseguir el máximo nivel de seguridad, a costa de la libertad individual (que sería en suma un Derecho Penal autoritario)<sup>67</sup>.

#### 4. LA CRIMINOLOGÍA Y LOS ESTUDIOS EMPÍRICOS COMO MECANISMOS DE CONTENCIÓN DE LA ACTUAL INFLACIÓN PENAL

Tras la avalancha de reformas en los últimos años se adivina que la revisión del Derecho Penal español es imparable: cada vez son más las desviaciones y preocupaciones sociales que se canalizan a través de la sanción Penal. Es obvio que no se pueden cerrar los ojos a los muchos y grandes desafíos a los que ha debido hacer frente la política criminal española en los últimos años: la corrupción política y administrativa, delincuencia sexual y económica, terrorismo, etc.; pero tampoco al hecho de que la cruzada penal contra estas lacras sociales ha terminado por mermar considerablemente las esferas de libertad que todo sujeto tiene constitucio-

nalmente reconocidas.

Es un hecho que esta vocación expansionista de los últimos años ha llevado a hinchar el catálogo de delitos de la parte especial del Código Penal español bajo el signo de la conveniencia y de la oportunidad coyuntural y no de la necesidad. Tal es la situación, que en opinión de Tamarit Sumalla, la dimensión real de la actual política criminal española carece de adecuados niveles de racionalidad, y ello se pone de manifiesto no sólo en el vigente Código Penal de 1995, sino en sus reformas en las que se produce una creciente dinámica punitivista y endurecimiento de las penas, a la vez que pone de manifiesto la escasa consideración de los responsables políticos hacia las opiniones expertas de la dogmática y un claro menosprecio a la criminología<sup>68</sup>. Y la LO 1/2015, por la que se reforma el Código Penal, no es una excepción. Pues si bien estudios criminológicos-empíricos demuestran que quizás la expansión penal y de la reacción de la pena no sea el camino, que quizás deberíamos plantearnos ¿hacia dónde debemos conducir la política criminal? Hacia un derecho penal mínimo y garantista o hacia un derecho penal máximo y simbólico. Sin embargo, el legislador, una vez más, ha perdido, con esta Ley, la oportunidad de contener la inflación penal y buscar alternativas a la penas, especialmente a la que más injerencias arrastra a la persona del penado, me refiero a la pena privativa de libertad.

Y es que parece que la actual política criminal centra su respuesta en la utilización de la pena, como si no hubiera otros mecanismos de control más válidos, o al menos igualmente eficaces. En consecuencia, como ya señalaba en líneas anteriores, no sólo se produce una imparable expansión del Derecho Penal sino la extensión e intensificación de la dureza de su herramienta más severa, la pena privativa de libertad<sup>69</sup>. Paradójicamente, cuando se pensaba que el aluvión de críticas harían mella en la voluntad del legislador de 2015, éste, desoye las voces y estudios de campo que advierten de la ineficacia de la pena de prisión en la recuperación del penado para la sociedad y, acorazado en a la máxima de criminalizar más y encarcelar más, introduce, como primicia, en el sistema penal español, la prisión permanente revisable, la versión más dura de la pena privativa de libertad<sup>70</sup>. Insiste en el error, muy habitual en nuestros legisladores, de creer que las penas más largas son más efectivas y las más disuasorias<sup>71</sup>.

Sin embargo, como señala Cano Paños, el objetivo de la “resociali-

zación” en el ámbito de la pena privativa de libertad parece estar situado en una crisis endémica desde hace no pocos años. Las tesis que, desde diferentes ángulos, han llevado al cuestionamiento general de la idea de que resulta posible resocializar, reeducar o reinsertar a los penados en el curso de la ejecución de una pena de prisión, descansan, por lo general en una misma idea: si la causa que ha llevado a una determinada persona a delinquir es su falta de adaptación al medio social durante el tiempo en que pudo hallarse inserto en él, difícilmente podrá lograrse corregir ese proceso, es decir, readaptar al penado, apartándolo de la sociedad y obligándole a vivir durante un periodo, más o menos extenso de su vida, privado de libertad, sujeto a unas normas de régimen más o menos rígidas, que le impiden relacionarse con el medio en condiciones de igualdad y responsabilidad plenas y que, en mayor o menor grado, le desvinculan con el entorno extrapenitenciario<sup>72</sup>.

En definitiva, una treintena de modificaciones legislativas en los últimos veinticinco años auguran que la expansión del Derecho Penal es permanente, pero, ¿es irremediable? En mi opinión, es difícil escapar a esta dilatada ola punitiva pero con los instrumentos adecuados sí que se puede evitar la “irracionalidad” de esta permanente expansión penal. ¿Pero cuáles podrían ser esos mecanismos de contención? ¿De qué herramientas se puede servir el legislador? Según las opiniones más autorizadas, los responsables de adoptar decisiones de tipo político-criminal acostumbran a desoír las opiniones expertas y a despreciar el conocimiento científico, como revela la ausencia de interés por introducir programas de tipo experimental que pongan a prueba innovaciones en materia penológica<sup>73</sup>. Como señala Tamarit Sumalla, en lo que la política criminal tiene de saber científico, ésta no puede prescindir del conocimiento de la realidad que proporciona la investigación empírica. Pues el conocimiento objetivo y sistemático de la realidad no es sólo presupuesto del diseño de estrategias de prevención y de reducción de riesgos, sino que también lo es de la valoración de las decisiones sobre lo que debe hacerse, pues valorar consiste en reconocer y formular los valores tanto como en ponderar<sup>74</sup>.

En definitiva, el texto punitivo prevé muchos delitos, demasiadas penas privativas de libertad y algunas muy severas, lo que hace que España cuente con un elevado porcentaje de población reclusa<sup>75</sup>. La política criminal camina a base del impulso coyuntural, en los procesos de elaboración

de documentos prelegislativos no se hace un estudio previo de detección de problemas y planeamiento de estrategias, ni se impone el sometimiento de los textos a un procedimiento público y transparente de consulta a la comunidad científica y operadores jurídicos relacionados con el sistema penal. El sistema de evaluación legislativa permitiría elaborar informes o estimaciones y valoraciones de reformas habidas con rigor científico, poniendo sobre la mesa las carencias y lagunas así como las fortalezas de una iniciativa legislativa concreta.

Parece que el legislador anda más preocupado por el impacto social y mediático de supuestos especialmente crueles o las reivindicaciones de grupos sociales, con objetivos a corto plazo, cuando no electorales, que en buscar soluciones que acometan el problema desde la raíz buscando alternativas en otras esferas ajenas al Derecho Penal. Por ofrecer una muestra del modo acientífico en que se viene procediendo sería difícil encontrar un ejemplo mejor que lo sucedido con la legislación penal en violencia doméstica, y singularmente, con la violencia de género. Las reformas de 1989, 1995, 1999, 2003 y 2004, describían una línea continua caracterizada por un incremento de las penas y una ampliación del ámbito de conductas abarcadas por los tipos penales creados para dar una respuesta a este preocupante fenómeno social<sup>76</sup>. Las estadísticas sobre mujeres muertas por violencia de género no arrojan un resultado positivo. La cifra de 645<sup>77</sup> mujeres muertas a manos de sus parejas o exparejas, hombres, en los últimos diez años, evidencia: primero, que una serie de factores han reducido la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, a una norma sin eficacia real apreciable; y segundo, que la solución a un problema de esta magnitud no pasa inexorablemente por la intensificación de la vía penal.

Así, la evaluación postlegislativa<sup>78</sup> de esta norma estaría compuesta por el conjunto de actividades de evaluación de los diversos efectos de la decisión legal tras su entrada en vigor, y perdura hasta el momento en que se cuestiona de modo socialmente creíble su adecuación a la realidad social o económica que pretende regular<sup>79</sup>. En relación a las reformas sobre violencia de género, se valora la norma que disciplina la violencia de género en términos de eficacia: comparando su sentido, alcance y fines con los efectos que esas regulaciones tienen; esto es se trata de analizar la incidencia de la norma concreta en la solución de conflictos específicos a cuya

solución fue destinada, pues en mi opinión, cualquier política criminal, debe estar orientada sobre la base de estudios científicos de base empírica.

En opinión de Barberet, el apoyo de la Criminología sería importante en la evaluación científica de la legislación penal, en general, por las siguientes razones: a) en primer lugar porque la Criminología, como parte de las ciencias sociales, persigue llevar a cabo procesos de evaluación rigurosos, sistemáticos y objetivos; b) en segundo, porque si se cumplen los requisitos científicos, se podrá afirmar que una reforma penal, un proyecto de prevención delincencial o de prevención de victimización realmente sirve para algo; esto es si realmente da el resultado que se buscaba cuando fue diseñado; c) en tercer lugar, la evaluación criminológico-científica serviría para introducir mejoras en un programa que ya está en marcha<sup>80</sup>.

Por tanto, para acometer una evaluación legislativa en el ámbito penal se debería contar con los medios personales, materiales y metodológicos necesarios y, a día de hoy, como bien apunta Rodríguez Fernández, no los hay<sup>81</sup>. De la misma manera que es fácil constatar la inexistencia de servicios relacionados con la delincuencia y la legislación penal que permitan una actuación interdisciplinar, bien coordinada y estructurada de los profesionales encargados de la tipificación, la investigación, persecución del delito...<sup>82</sup>. Tampoco contamos con lo que Díez Ripollés denomina, en general, “un sustrato experimental no programado sobre el que edificar las evaluaciones concretas” debido principalmente a la pobreza de las estadísticas policiales y judiciales sobre la delincuencia<sup>83</sup>, o, simplemente, a que el legislador subestima las que hay.

En cualquier caso, los profesionales encargados de analizar si las leyes son eficaces o si se hacen efectivos sus fines, deben estar conectados con la problemática de las intervenciones legislativas penales, y para ello sería fundamental el reconocimiento social, profesional y académico del conocimiento experto del criminólogo en el fenómeno delincencial y reconocer que éste no es un espacio reservado exclusivamente al profesional jurista.

## 5. CONCLUSIONES

Qué duda cabe que el dinamismo social y el trepidante progreso tecnológico y científico de los últimos tiempos podrían superar, con creces,

la imaginación de algunas generaciones pasadas.

Pero la progresiva conquista de niveles de bienestar más elevados no es concebible sin cambios, cambios que no pasan desapercibidos a ningún sector de la sociedad, tampoco al Derecho Penal, que ha tenido que arbitrar mecanismos para conciliar la respuesta a las demandas sociales con el respeto a las garantías jurídico-penales hasta en una treintena de ocasiones en los últimos veinticinco años. Es como si las reformas penales funcionaran a través del sistema ensayo-error, a lo que se une el hecho de que sus beneficios son aún evidentes en el campo económico, debido a que resulta mucho menos costoso dictar nuevas leyes que resguarden los derechos individuales que invertir en atacar el origen del delito, e igualar conductas que en principio debieran encontrar tratamiento extrapenal, en órbitas más cercanas al derecho administrativo sancionador.

En efecto, en la generalidad de las reformas habidas en el Código Penal de 1995 se pone de manifiesto que la interpretación legislativa de las exigencias sociales se ha centrado casi en exclusiva en parámetros de incorporación de nuevos tipos penales, de incremento de penas, de ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes que llega, en ocasiones, a una desproporcionada utilización de la pena de prisión como reflejo de un irrefrenable expansionismo penal. A ello ha contribuido el que en la sociedad se haya difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompasar su vida cotidiana a él, por la percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva<sup>84</sup>.

Sin embargo, no debe valer como instrumento de legitimidad el sensacionalismo o el eco en los medios de comunicación de situaciones que resultan especialmente crueles para cualquier ciudadano medio, tampoco vale la presión social que infligen determinados grupos sociales –feministas, víctimas, ecologistas– con intereses emergentes, ni las promesas electorales. El respeto a los principios y derechos constitucionales, a las garantías jurídico-penales, el saber que suministran los estudios y programas experimentales sobre instituciones penales concretas, la evaluación

legislativa de la norma penal y la Criminología, en general, deben informar la labor legislativa en materia penal.

Si como ha quedado dicho, el recurso al Derecho penal en la solución de conflictos y en la salvaguarda de los valores fundamentales de una sociedad es ineludible y su permanencia un hecho, considero de especial interés suministrar al legislador cuantos instrumentos contribuyan a que sus creaciones legislativas sean lo más científicas posible. Herramientas que permitan detectar cuando se está frente a tendencias político criminales irracionales, para evitar que éstas se constituyan en una constante, y enfrentarlas para así indicar criterios de racionalización, pues lo que no puede hacer la ciencia penal es apartarse de la praxis, sosteniendo simplemente que se trata de manifestaciones extralegislativas irreflexivas que no merecen atención. El reto del Derecho Penal es hallar soluciones eficaces frente a la criminalidad y el de la política criminal es la racionalidad en la búsqueda respuestas no necesariamente de naturaleza penal.

Finalmente, aunque las corrientes ideológico-penalistas identifican el Derecho Penal expansionista con un Derecho Penal moderno, en mi opinión, no es moderno aquel Derecho que ha de sacrificar su esencia de última ratio y relajar sus garantías jurídico-penales. Tampoco lo es aquél que recuerda rancias estructuras de ley y orden para convertirse en el guardián del orden jurídico, en general, y de la seguridad ciudadana, en particular, y mucho menos aquel que recurre en más ocasiones y de forma más severa a la pena de prisión como única forma de restablecer el orden transgredido. Entiendo que un Derecho Penal moderno es un Derecho Penal depurado, respetuoso con sus exigencias técnico-jurídicas, que configura un marco jurídico suficiente frente al fenómeno criminal que está llamado a aniquilar apoyándose en conocimientos expertos de

#### NOTAS

2 CORCOY BIDASOLO, M.: “Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales”, en Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña del Mar, nº8 (2012), p. 49.

3 En este sentido, MUÑOZ RUIZ, J.: “Los delitos contra la vida y la integridad física”, en Morillas Cueva, L. (Dir.), Estudios sobre el Código Penal Reformado, Madrid, 2015, p. 373.

4 Así lo entendía Landrove Díaz, a propósito de la LO de 3 de junio de 2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, constituye el primer logro legislativo de una ambiciosa reforma del sistema penal español (LANDROVE DÍAZ, G.: “El Derecho Penal de la seguridad”, en Diario La Ley, nº 5868, Sección Doctrina, Octubre 2013, p. 1)

5 LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

6 LO 1/2004, de 28 de diciembre “De medidas de protección integral contra la violencia de género”.

7 MUÑOZ RUIZ, J.: “Una aproximación al delito de homicidio al hilo de la LO 1/2015, de 30 de marzo”, en Revista Foro FICP, 2015-2, p. 493.

8 SILVA SÁNCHEZ, J. M.: La expansión del derecho penal Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, 2011, p. 11, se refiere a nuevas realidades que antes no existían o no con la misma incidencia, y en cuyo contexto ha de vivir la persona; así, a mero título de ejemplo las instituciones económicas de crédito o de la inversión

9 Ibidem.

10 Vid. ampliamente, MENZOZA BUERGO, B.: El Derecho penal en la sociedad del riesgo, Madrid, 2001, p. 68.

11 SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>.: La expansión..., cit., p. 83.

12 Ibidem, pp. 90 y 91. En opinión del autor, los fenómenos de la globalización económica y la integración supranacional tienen un doble efecto sobre la delincuencia. Por un lado dan lugar a que determinadas conductas tradicionalmente contempladas como delictivas, deban dejar de serlo, pues lo contrario se convertiría en un obstáculo a las propias finalidades perseguidas con la globalización y la integración supranacional.

13 Díez Ripollés, J.L.: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-01 (2005), p. 5, añade que se admiten ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco; se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias o en el castigo de apologías; se considera razonable una cierta flexibilización de los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad; se aproximan hasta llegar a veces a neutralizarse las diferencias entre autoría y participación, etc.

14 SCHÜNEMANN, B.: “Presentación” de la monografía de GRACIA MARTÍN, L.: Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia, 2003, p. 16.

15 MONTIEL FERNÁNDEZ, J. P.: “Peripecias político-criminales de la expansión del derecho penal”, en Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, 2006, pp. 121 y 123.

16 Vid. ampliamente, HASSEMER, W.: “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 45, 1992, pp. 235-249; “Viejo y nuevo Derecho penal”, en Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal (traducción de Muñoz Conde, F. y Díaz Pita, M. M.), Santa Fe de Bogotá, 1999, pp. 15-37.

17 Ibidem, pp. 32 y 33.

18 Ibidem, pp. 33-35. La postura de este autor frente a la expansión del Derecho Penal es tratada ampliamente entre otros, por: GRACIA MARTÍN, L.: Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia, 2003, pp. 151 y ss.; Díez Ripollés, J. L.: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 06-03 (2004), pp. 1 y ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>. J.: “Sociedad del riesgo e intervención penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-08, 2014, pp. 8 y 9.

19 BARATTA, A.: “Principios de Derecho Penal mínimo”, en Criminología y sistema penal (compilación in memoriam), Buenos Aires, 2004, p. 299.

20 FERRAJOLI, L.: Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal (trad. Andrés

Ibáñez, P., Ruiz Miguel, A., Bayón Mohino, J. C., Terradillos Basoco, J. M.), Madrid, 1995, pp. 477 y 478.

21 JIMÉNEZ DÍAZ, M.: “Sociedad del...”, cit., p. 10.

22 SILVA SÁNCHEZ, J. M.: La expansión..., cit., p. 169. Entiende el autor que la disminución de garantías y de “rigor” dogmático podrían explicarse en el Derecho Penal contemporáneo si ello fuera el correlato de la generalización de sanciones pecuniarias o privativas de derechos o –más aún– de la “reparación penal”, en lugar de las penas privativas de libertad.

23 Ibidem, p. 178.

24 Sin negar que esta tercera velocidad describe un ámbito que debería ser reducido a la mínima expresión, considera que resulta inevitable en determinados ámbitos excepcionales (delincuencia patrimonial profesional, delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalizada organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado) y por tiempo limitado (SILVA SÁNCHEZ, J. M.: La expansión..., cit., p. 162).

25 JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>. J.: “Sociedad del...”, cit., p. 22.

26 Sin negar que esta tercera velocidad describe un ámbito que debería ser reducido a la mínima expresión, considera que resulta inevitable en determinados ámbitos excepcionales (delincuencia patrimonial profesional, delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalizada organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado) y por tiempo limitado (SILVA SÁNCHEZ, J. M.: La expansión..., cit., p. 183).

27 JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>. J.: “Sociedad del...”, cit., p. 12, advierte que la diferencia entre la postura de la Escuela de Frankfurt y la de Silva, es que la primera propone dejar dentro del Derecho penal sólo el núcleo clásico y llevar al Derecho de intervención (que no sería Derecho penal, sino un Derecho sancionador independiente) lo que exceda del mismo. En cambio, Silva establece dos niveles de rigor dentro del Derecho penal: uno más riguroso para ese núcleo duro de delitos y otro más flexible para las figuras con las que debe hacerse frente a los nuevos riesgos de la sociedad moderna.

28 SCHÜNEMANN, B.: “Presentación”..., cit., pp. 14 y 15.

29 GRACIA MARTÍN, L.: “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho”, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo I, Valencia, 2009, pp. 882 y 883.

30 CORCOY BIDASOLO, M.: Delitos de peligro y bienes jurídico-penales supraindividuales, Valencia, 1999, p. 188.

31 Ibidem, pp. 192 a 194.

32 CORCOY BIDASOLO, M.: “Expansión...”, cit., p. 48

33 JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>. J.: “Sociedad del...”, cit., p. 20.

34 MORILLAS CUEVA, L.: “Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n° 04-06 (2002). Afirma el autor que quisiera que su respuesta fuera otra, que pudiera mover la utopía de la abolición de cualquier modo de represión ciudadana hacia una realidad coherente, porque ello significaría que habría otra sociedad, otra forma de vivir, otros parámetros de solidaridad de igualdad y de respeto mutuo. Pero no es así, tampoco, desgraciadamente, será así en el futuro. En el mismo sentido, ROXIN, C.: “El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo”, en Dogmática Penal y Política Criminal, Lima 1998, pp. 434 y ss.

35 Por ejemplo, la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

36 LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviem-

bre, del Código Penal.

37 Las Leyes Orgánicas que han modificado al Código Penal son las siguientes: LO 2/1998, 7/1998, 11/1999, 14/1999, 2/2000, 3/2000, 4/2000, 5/2000, 7/2000, 8/2000, 3/2002, 9/2002, 1/2003, 7/2003, 11/2003, 15/2003, 20/2003, 1/2004, etc.

38 LANDROVE DÍAZ, G.: “El Derecho...”, cit., p. 1, realiza un análisis pormenorizado de la LO 7/2003, de 30 de junio, de Reforma del Código Penal

39 Ibidem, p.2, señala que la dicotomía tradicional de los debates ideológicos sobre el Derecho Penal y sus límites ha sido progresivamente sustituida por una suerte de globalización en la que se difuminan –hasta casi desaparecer– las exigencias garantistas, otrora conquista tenida por irrenunciable.

40 MULAS SANZ, N.: “La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad”, en Diario La Ley, N° 6292, julio 2005, p. 5.

41 VIVES ANTÓN, T. S.: “La reforma penal de 2015: una valoración genérica”, en Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, González Cussac, J. L. (Dir.) y Matallín Evangelio, E. y Górriz Royo, A (Coord.), Valencia, 2015, p. 34.

42 MORILLAS CUEVA, L.: “Pasa la legitimación de la pena de prisión en una sociedad democrática por una política reduccionista?”, en Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, N°8, Diciembre, 2014, p. 2.

43 QUINTERO OLIVARES, G.: “Estudio preliminar”, en Comentario a la Reforma Penal de 2015, Navarra, 2015, p. 42, añade el autor que justamente, la llamada pena de “muerte lenta” regresa a nuestro derecho penal lo. Lo más llamativo y preocupante es el poco debate que ha suscitado en la sociedad española la novedad. Las razones pueden ser muchas y, sin duda, la gravedad de la situación económica y laboral –que ha estado presente durante todo el tiempo de gestación de la ley– relega estas cuestiones al ámbito de debate de los que estamos interesados, por cualquier causa, en el problema penal.

44 ÁLVAREZ, J.: “Informe de la Sección de derechos humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de reforma del Código Penal, ley de seguridad privada y la del Poder Judicial (jurisdicción voluntaria), Colegio de abogados de Madrid, Valencia, 2014, p. 39. Quien afirma además que un condenado por terrorismo puede ofrecer elementos suficientes para pronosticar que va a una vida en libertad irreprochable, lo cual nada tiene que ver con que no quiera denunciar a sus antiguos compañeros y no excede de las exigencias constitucionales ni del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

45 MUÑOZ RUIZ, J.: “Delitos...”, cit., p. 372.

46 MORILLAS CUEVA, L.: “Presentación”, en Morillas Cueva, L. (Dir.), Estudios del..., cit., p. 37.

47 PEÑARANDA RAMOS, E.: “Delito de asesinato: Arts. 139, 140 y 140 bis CP”, en Álvarez García, F. J. (Dir.) y Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.), Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Valencia, 2013, p. 503, añade que no es descartable que se tuviesen en mente algunos acontecimientos, fuertemente agitados por los mas media en los meses que precedieron a la redacción.

48 MUÑOZ RUIZ, J.: “Una aproximación...”, cit., p. 493.

49 MORILLAS CUEVA, L.: “Presentación...”, cit., p. 37.

50 RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: “Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y penales”, en Diario La Ley, n° 8524, abril 2015, p. 1, quien añade que la integración de estos tipos en los esquemas propios de la parte general del derecho y su nueva regulación procesal y de derecho transitorio plantea serios problemas interpretativos de compleja solución.

51 MUÑOZ RUIZ, J.: “Los delitos...”, cit., p. 372.

52 Así, mediante esta LO 1/2015, de 30 de marzo se incorporan: Decisión Marco

2008/913/JAI, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal; Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales de los menores y la pornografía infantil; la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de víctimas; Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, etc.

53 El intercambio de información de antecedentes penales se hace a través del programa ECRIS, Sistema Europeo de Intercambio de Antecedentes Penales, que entró en vigor el 27 de abril de 2012.

54 MONTIEL FERNÁNDEZ, J. P.: “Peripicias político-criminales...”, cit., p. 141.

55 EL Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, señala que la libertad vigilada resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre que el legislador así lo haya previsto de manera expresa.

56 MUÑOZ RUIZ, J.: “Delitos...”, cit. 371.

57 El discurso de los medios de comunicación alienta una corriente retribucionista que asigna a las penas un componente básicamente afflictivo al estimar que la justicia penal es excesivamente tolerante con el delito. Su indiscutible impacto social facilita la eclosión y afianzamiento del populismo punitivo, estrategia política que, con claros réditos electorales, trata de atribuir al Derecho Penal el protagonismo exclusivo en la respuesta a toda demanda de seguridad. (GARCÍA ARÁN, M.: “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 990. Se ha dicho, incluso, que la moderna política criminal se traduce en el plano normativo en una renacida ideología de defensa social sustentada en las ideas de peligrosidad y seguridad, (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Delitos de seguridad”, en Estudios de Derecho Judicial, 138, 2007, p. 50).

58 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “De la sociedad...”, cit., p. 26, señala que ello le hace centrarse en dos grandes grupos de delincuentes, por un lado, aquellos que llevan a cabo una delincuencia que se siente como especialmente grave, singularmente violenta y la sexual, por otro lado los delincuentes reincidentes y habituales, entre los que ocupan un lugar preferente los autores de la criminalidad leve patrimonial.

59 QUINTERO OLIVARES, G.: “Estudio...”, cit., p. 59, pues a nuestros legisladores les parece que no obstante ser uno de los Estados de la Unión Europea con mayor tasa de población reclusa, todo incremento es poco.

60 GRACIA MARTÍN, L.: Prolegómenos para..., cit., p. 60.

61 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “De la sociedad...”, cit., p. 10.

62 RAPOSO FERNÁNDEZ, J. M.: “La expansión de la punición “simbólica” y los principios tradicionales del Derecho Penal”, en Diario La Ley, 1998, p. 2. Si el legislador se sirve de un sistema de tipificación en que lo imperante es lo omisivo, lo abstracto, lo ambiguo, lo vacío de contenido, etc., con la meta didáctica o retórica de dar a conocer, de informar acerca de qué valores son importantes y dignos de respeto, sin una amenaza definida contra bienes jurídicos claramente identificados, lo que se está haciendo es una política criminal instrumentalizada y equivocada, porque ésta adopta una actitud servil hacia una política cívico-educativa o de concienciación social, sin tener en cuenta el enorme coste que esto supone en términos de eficacia.

63 SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>.: La expansión...”, cit., p. 30, señala que ello no debe conducir a la ingenuidad de pensar que el miedo a la criminalidad lo crean los medios de comunicación o las instituciones públicas y un ejemplo suficientemente comentado y criticado es el relativo a la forma en que se presentan las estadísticas de delitos cometidos por jóvenes inmigrantes (o mejor, hijos de inmigrantes).

64 Díez Ripollés, J. L.: “De la sociedad...”, cit., p. 31, advierte que entre las reflexiones genéricas político-criminales que presentan flancos débiles a su manipulación secundaria cabe mencionar las siguientes: la afirmación de que los sentimientos de inseguridad difundidos entre amplios sectores sociales se quedan cortos frente a la realidad, por más que ello se formule pensando en los nuevos riesgos tecnológicos o socio-económicos.

65 Díez Ripollés añadía que si bien el Derecho Penal de la seguridad ciudadana podía caracterizarse como una opción que prima la racionalidad pragmática, esto es la eficacia y efectividad de la intervención penal, sobre cualquier otra consideración, no debiera pasarse por alto que tal presencia se apoya sobre unas cuantas decisiones de naturaleza ética y teleológica que son previas (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “De la sociedad...”, cit., p. 28). En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “La nueva política criminal española”, en EGUZZILORE, N<sup>o</sup> 17, Diciembre 2003, pp. 69 y 70.

66 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “De la sociedad...”, cit., p. 28 quien añade que en este sentido se abre una vía hacia la uniformidad social y el autoritarismo. En análogos términos se pronunciaba LANDROVE DÍAZ, G.: “El Derecho Penal...”, cit., p. 4 a propósito de la regulación prevista en la LO de 30 de junio de 2003 de Reforma del Código Penal de 1995.

67 JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>. J.: “Sociedad del...”, cit., pp. 21 y 22, afirma que el Derecho Penal tiene que buscar un equilibrio entre ambos extremos y tan sólo debe intervenir en la medida en que sea absolutamente imprescindible su utilización para proteger a la sociedad y a sus miembros, ya sea frente a los nuevos riesgos ya sea frente a los peligros clásicos.

68 TAMARIT SUMALLA, J. M<sup>a</sup>.: “Política criminal con bases empíricas en España”, en Política Criminal, N<sup>o</sup>3, 2007, p. 3. Recurso electrónico disponible en: <http://www.politicacriminal.el>.

69 En este sentido, DEL MORAL GARCÍA, A.: “Reflexiones sobre el Derecho penal”, en Revista de Derecho de Extremadura, 2010, p. 160, advierte que ese progresivo endurecimiento también se extiende a las condiciones de su cumplimiento.

70 El artículo 33. 2 del Código Penal dispone: “Son penas graves: a) La prisión permanente revisable”

71 DEL MORAL GARCÍA, A.: “Reflexiones sobre...”, cit., p. 160, señala que ante la proliferación de algunos delitos o el clamor social por otros, la respuesta fácil, barata pero nada inteligente, suele ser la de incrementar las penas.

72 CANO PAÑOS, M. A.: “Las medidas alternativas a la pena de prisión en el ámbito del Derecho Comparado”, en Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, N<sup>o</sup>8, Diciembre, 2014, pp. 2 y 3.

73 TAMARIT SUMALLA, J. M<sup>a</sup>.: “Política...”, cit., p. 4; en análogos términos CORCOY BIDASOLO, M.: “Expansión...”, cit., p. 49.

74 TAMARIT SUMALLA, J. M<sup>a</sup>.: “Política...”, cit., p. 3, añade que las necesarias ponderaciones respecto a que conductas deberán ser sometidas a amenaza punitiva y con qué clase y extensión de pena deberán ser conminadas obligan a acudir no sólo a los valores abstractos, sino también a tomar en consideración aspectos relativos al cálculo de beneficios y costes esperados.

75 A fecha de mayo de 2015, 65510 presos en los centros penitenciarios españoles, con un continuo descenso, en cuanto a la tipología delictiva de la población reclusa, de los delitos “contra el patrimonio y el orden socio-económico” y de los delitos “contra

la salud pública”. (Datos obtenidos del Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, 2014. Recurso electrónico disponible en: <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/anuario-estadistico-de-2014>)

76 CORCOY BIDASOLO, M.: “Expansión del...”, cit., p. 49.

77 En el año 2005 se produjeron 57 víctimas, en el 2006 fueron 69, 71 en 2007, 76 en 2008, 56 en 2009, 73 en 2010, 61 en 2011, 52 en 2012, 54 en 2013, 54 en 2014 y 22 en lo que va del año 2015. Datos obtenidos de las fichas estadísticas de víctimas mortales por violencia de género del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. Recurso electrónico disponible en: <http://www.mssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/ObservatorioEstatal/home.htm>

78 Sobre el proceso de evaluación de las normas, vid. ampliamente RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: “La ¿evaluación? de las normas penales en España”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n<sup>o</sup> 15 -07, 2013.

79 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría, Madrid, 2003, cit., p. 69.

80 BARBERET, R.: “Evaluación de reformas penales y planes de prevención”, en Díez Ripollés, J. L. y Cerezo Domínguez, A. I. (Eds.), Los problemas de la investigación empírica en criminología: la situación española, Valencia, 2001, p. 108.

81 RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: “La ¿evaluación?...”, cit., p. 22.

82 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: La racionalidad..., p. 62.

83 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: La racionalidad..., p. 63.

84 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “De la sociedad...”, cit., p. 4.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, J.: “Informe de la Sección de derechos humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de reforma del Código Penal, ley de seguridad privada y la del Poder Judicial (jurisdicción voluntaria), Colegio de abogados de Madrid, Valencia, 2014.

BARATTA, A.: “Principios de Derecho Penal mínimo”, en Criminología y sistema penal (compilación in memoriam), Buenos Aires, 2004.

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

CANO PAÑOS, M. A.: “Las medidas alternativas a la pena de prisión en el ámbito del Derecho Comparado”, en Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, N<sup>o</sup>8, Diciembre, 2014.

CORCOY BIDASOLO, M.: “Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales”, en Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña del Mar, n<sup>o</sup>8 (2012).

CORCOY BIDASOLO, M.: Delitos de peligro y bienes jurídico-penales

supraindividuales, Valencia, 1999.

DEL MORAL GARCÍA, A.: “Reflexiones sobre el Derecho penal”, en Revista de Derecho de Extremadura, 2010.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 06-03 (2004)

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría, Madrid, 2003

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-01 (2005).

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “La nueva política criminal española”, en EGUZ-KILORE, N° 17, Diciembre 2003

FERRAJOLI, L: Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal (trad. Andrés Ibáñez, P, Ruiz Miguel, A., Bayón Mohino, J. C., Terradillos Basoco, J. M.), Madrid, 1995.

GARCÍA ARÁN, M.: “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Delitos de seguridad”, en Estudios de Derecho Judicial, n°138, 2007.

GRACIA MARTÍN, L.: “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho”, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo I, Valencia, 2009.

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

HASSEMER, W.: “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 45, 1992.

HASSEMER, W.: “Viejo y nuevo Derecho penal”, en Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal (traducción de Muñoz Conde, F. y Díaz Pita, M. M), Santa Fe de Bogotá,

1999.

JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>. J.: “Sociedad del riesgo e intervención penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-08, 2014.

LANDROVE DÍAZ, G.: “El Derecho Penal de la seguridad”, en Diario La Ley, n° 5868, Sección Doctrina, Octubre 2003.

MENZOZA BUERGO, B.: El Derecho penal en la sociedad del riesgo, Madrid, 2001.

MONTIEL FERNÁNDEZ, J. P.: “Peripecias político-criminales de la expansión del derecho penal”, en Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, 2006.

MORILLAS CUEVA, L.: “Pasa la legitimación de la pena de prisión en una sociedad democrática por una política reduccionista?”, en Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, N°8, Diciembre, 2014.

MORILLAS CUEVA, L.: “Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n° 04-06 (2002).

MULAS SANZ, N.: “La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad”, en Diario La Ley, N° 6292, julio 2005.

MUÑOZ RUIZ, J.: “Los delitos contra la vida y la integridad física”, en Morillas Cueva, L. (Dir.), Estudios sobre el Código Penal Reformado, Madrid, 2015.

MUÑOZ RUIZ, J.: “Una aproximación al delito de homicidio al hilo de la LO 1/2015, de 30 de marzo”, en Revista Foro FICP, 2015-2.

PEÑARANDA RAMOS, E.: “Delito de asesinato: Arts. 139, 140 y 140 bis CP”, en Álvarez García, F. J. (Dir.) y Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.), Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Valencia, 2013.

QUINTERO OLIVARES, G.: “Estudio preliminar”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, Navarra, 2015.

RAPOSO FERNÁNDEZ, J. M.: “La expansión de la punición “simbólica” y los principios tradicionales del Derecho Penal”, en Diario La Ley, 1998.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: “La ¿evaluación? de las normas penales en España”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n° 15-07, 2013.

RODRÍGUEZ LÁINZ, J. L.: “Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y penales”, en Diario La Ley, nº 8524, abril 2015.

ROXIN, C.: “El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo”, en Dogmática Penal y Política Criminal, Lima 1998.

SCHÜNEMANN, B.: “Presentación” de la monografía de GRACIA MARTÍN, L.: Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia. 2003.

SCHÜNEMANN, B.: “Presentación” de la monografía de GRACIA MARTÍN, L.: Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia. 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: La expansión del derecho penal Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, 2011.

TAMARIT SUMALLA, J. M<sup>a</sup>.: “Política criminal con bases empíricas en España”, en Política Criminal, Nº3, 2007 Recurso electrónico disponible en: <http://www.politicacriminal.el>.

VIVES ANTÓN, T. S.: “La reforma penal de 2015: una valoración genérica”, en Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, González Cussac, J. L. (Dir.) y Matallin Evangelio, E. y Górriz Royo, A (Coord.), Valencia, 2015.

## NEOCONSTITUCIONALISMO: UM BREVE PANORAMA

NEOCONSTITUTIONALISM: A BRIEF OVERVIEW

NEOCONSTITUCIONALISMO: UNA BREVE RESEÑA

### SUMÁRIO:

Introdução; 1. Constitucionalismo, direitos fundamentais e Estado: um sucinto esboço histórico; 2. Neoconstitucionalismo: a hora e a vez das Constituições normativas e dos Estados Democráticos de Direito; 3. Sobre princípios e regras: marcando semelhanças e diferenças; 4. A constitucionalização do ordenamento jurídico e a “nova hermenêutica constitucional”; Conclusão; Referências.

### RESUMO:

O artigo traça uma breve sinopse de algumas das principais ideias e discussões inseridas na concepção doutrinária conhecida como neoconstitucionalismo, abordando especialmente a evolução histórica dos vínculos entre o constitucionalismo, os direitos fundamentais e o Estado, o novo papel reconhecido às Constituições e a consagração dos Estados Democráticos de Direito após a Segunda Guerra Mundial, a tormentosa questão dos critérios para a diferenciação entre regras e princípios como espécies de normas jurídicas e a asseverada nova hermenêutica constitucional. Utiliza preferencialmente os métodos histórico-evolutivo, histórico-comparativo, comparativo e dialético e firma posições relativamente aos temas tratados.

### ABSTRACT:

The article provides a brief synopsis of some of the main ideas and discussions inserted into the doctrinal conception known as neoconstitutionalism,

Como citar esse artigo:  
LIMA, Thadeu. Neoconstitucionalismo: um breve panorama. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, Brasil, n. 22, p. 145-182  
Data de submissão:  
27/12/2013  
Data de aprovação:  
25/07/2015