

PERFIL **CRIMINOLÓGICO**



CRIMEN Y... ¿CASTIGO?

Fundamentos Filosóficos y Análisis Crítico de la Sanción Penal

Marzo de 2025
Edición: 36
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
Dirección de Estudios Penales



FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Diana Salazar Méndez
Fiscal General del Estado

Mtr. Guido Quezada Minga
Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Abg. Mario Hurtado Sánchez
Director de Estudios Penales (E)

COMITÉ ACADÉMICO

Dirección de Estudios Penales

EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional

M.Sc. Gabriela Moncayo

Ing. Andrés Lasso Ruiz

Quito, marzo de 2025

Contenido de acceso libre.

Los criterios vertidos por los autores no comprometen la opinión institucional.

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial, sin autorización de los autores

Edición

36

PERFIL **CRIMINOLÓGICO**

EDICIÓN 36

CONTENIDO

El Derecho penal desde el derecho natural.....	2
La justificación del castigo en las llamadas teorías de la prevención general: una reflexión crítica.....	18
Racionalidad instrumental del legislador y estereotipos sociales sobre la delincuencia: modelos de argumentación punitivista - Instrumental rationality of the legislator and social stereotypes on crime: models of punitive argumentation	30
Otra forma de abordar los conflictos penales: la inaplazable regulación del modelo de justicia restaurativa en España - Another way to address criminal conflicts: the pressing need for regulating the restorative justice model in Spain.....	50
Principio de legalidad y "juicios de la verdad"	60

1. Introducción

Soy consciente de que la propuesta de discurrir sobre el derecho natural en la perspectiva del Derecho penal, o de considerar el Derecho penal desde el derecho natural podría ser considerada extemporánea. Mi perspectiva, que es la del derecho natural clásico² y, en muchos aspectos, relacionado con la visión de Javier Hervada³ y de John Finnis⁴, se contrapone a una visión dominante. Aunque no siempre fue así⁵, la evolución del Derecho penal de la modernidad ha conducido, por diversas razones, a dar como buena una cierta impermeabilidad a la ley natural o a los argumentos sobre la ley natural. En otras palabras: en la actualidad, la mayor parte de los penalistas sostendrían que un penalista convencido de la existencia de una ley natural en un sentido clásico no tiene por qué discrepar en su concepción del Derecho penal de la de un racionalista o incluso de la de un penalista positivista. Cierto es que aquel penalista tendría que admitir unos intereses básicos que le deberían inclinar a mantener algunas opciones de política criminal (por ejemplo: el rechazo de sistemas que amplían la impunidad del aborto) o, a lo máximo, de interpretación de los tipos penales en casos muy particulares (por ejemplo: la consideración que, si se sancionan penalmente determinadas mofas respecto a la religión, su tipicidad no debería depender de pretensiones explícitas de escarnio).

La razón de esta distancia entre ley natural y Derecho penal podría encontrarse, aparentemente, en el modo estricto en el que el principio de legalidad actúa en el Derecho penal. Si en todo caso puede entenderse que el mismo respeto a la ley por parte de los jueces es un requerimiento de la justicia natural⁶, esto se ve acentuado en las constituciones cuando la ley prevé los presupuestos para sancionar con una pena o cuando establece la pena misma: esta especial sujeción a la ley del juez constituiría una garantía frente a la arbitrariedad judicial⁷. Ineludiblemente, los límites de la sujeción a la ley y la dependencia del texto por parte de quien lo aplica son aspectos que quedarían abiertos y que serán examinados después. Pero estas limitaciones, que afectan únicamente al juez, están motivadas por la contundencia del Derecho penal como orden de leyes: el Derecho penal prevé penas para delitos, y los delitos deben ser considerados infracciones de normas esenciales de la comunidad. Esta legitimación material de las leyes penales es, en todo caso, un aspecto bajo el cuál la impermeabilidad a la que se ha aludido antes resulta en realidad imposible; el penalista convencido de la existencia de una ley natural debería mantener una concepción del Derecho penal diferente del positivista y, por tanto, también quien defiende una

EL DERECHO PENAL DESDE EL DERECHO NATURAL

1 Catedrático de Derecho Penal, Universidad Abat Oliba CEU (Barcelona)–CEU Universities, España.

2 Carlos Pérez del Valle, *Lecciones de Derecho penal-Parte general* (Madrid: Dykinson, 2024), 35-36. También en el prólogo del autor, Carlos Pérez del Valle, "Prólogo", en *Lecciones de Derecho penal-Parte general*, 23.

3 Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural* (Pamplona: EUNSA, 1990); *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho* (Pamplona: EUNSA, 2000).

4 Especialmente en John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2011).

5 Una muestra en los inicios de la dogmática penal, aunque no de una forma tan explícita: Carl Ernst Jarcke, *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts-1* (Berlín: Dümmler, 1827).

6 Robert P. George, "Natural Law, the Constitution and the Theory and Practice of Judicial Review", *Fordham Law Review*, n.º 69 (2000/2001): 2280, con otras citas y la aclaración de que los jueces habrían de someterse a los límites de su autoridad constitucionalmente establecidos en regímenes razonablemente justos, pero no en aquellos cuya injusticia reclama la subversión.

7 Aunque no es, en sentido estricto, el fundamento de la visión de Feuerbach en los albores del S. XIX, sí ha ido evolucionado en esa línea en el derecho penal continental. Cfr. Carlos Pérez del Valle, *Estudios sobre los fundamentos del derecho penal* (Madrid: Dykinson, 2007), 37 y ss.

concepción racionalista del derecho natural⁸. Cuando se plantean problemas como los indicados con anterioridad –el rechazo de sistemas legislativos con una elevada impunidad del aborto o de interpretaciones restrictivas de delitos contra aspectos fundamentales de una confesión religiosa– puede verse implicada la concepción de la ley natural en la constitución de la comunidad política. Se trata de una dimensión que no es siempre la del juez: cuando se discute sobre la punibilidad del aborto, de la bigamia o de la pornografía –como en muchos otros casos, aunque estos sean los ejemplos más llamativos– puede debatirse sobre las exigencias de derecho natural en la constitución de la comunidad política en una dimensión histórica. El ejemplo del debate en torno al incesto en Alemania y la constitucionalidad de su sanción, que no ha quedado al margen de la discusión sobre la reforma de Derecho penal sexual, muestra hasta qué punto este aspecto no puede ser olvidado, y hasta qué punto el problema de la historicidad y la ley natural son relevantes: sólo así es posible contemplar la relevancia de argumentos de oportunidad cuando se trata de la protección de estos intereses fundamentales.

En realidad, la extraordinaria mutabilidad de los intereses a proteger mediante la imposición de penas, como manifestación concreta de la historicidad del Derecho penal, es una consecuencia concreta de la hegemonía del principio de legalidad y, sobre todo, de la supremacía de la ley, y de la ley penal en particular en tanto es utilizada como instrumento de la política⁹. Por esto, aparece la mutabilidad del Derecho penal, condicionada por cambios de la ley, como una característica que parece fijar una evidente incompatibilidad entre un Derecho penal mudable, cambiante, y una ley natural eterna. Por ese motivo, son de interés las reflexiones de un penalista como Arthur Kaufmann en esta materia, cuando sostenía que el derecho natural clásico es la superación del relativismo y del historicismo. En su opinión, en las formulaciones tomistas sobre el problema del derecho natural, existe una distinción entre derecho natural concreto y ley natural en sentido abstracto: mientras que los principios generales se enmarcarían en la idea de ley natural, el contenido concreto sería el derecho natural, mutable en el tiempo¹⁰. Esta influencia de la historia sobre el derecho no podría ser entendida como la "historia empírica de las concepciones y de las realizaciones jurídicas", sino como la "historicidad ontológica del Derecho mismo"¹¹: existe un "derecho justo en el tiempo"¹² y, por tanto, también existe un Derecho penal justo en la historia.

En todo caso, la forma de concretar la función de la ley natural, o del derecho natural, en relación con la ley penal no es tarea sencilla. Pero la forma de determinación no puede estar muy lejos de las manifestaciones del Derecho penal como derecho. Y en el análisis del Derecho penal es preciso atender a cuatro puntos diferentes, según creo: la explicación de la pena; la legitimación de la protección del Derecho penal; la teoría de la imputación y la culpabilidad; y el método de determinación del Derecho penal.

2. ¿La pena como único telos?

La teoría de la pena suele ser aceptada, en la discusión moderna, como punto de examen inicial de la explicación teleológica del Derecho penal. En la medida que se puede saber qué es la pena desde el punto de vista de la ley natural, es posible también conocer qué es el Derecho

penal. Pero esto sucede porque la pena constituye un elemento definitorio del Derecho penal, sin embargo, es incorrecto pensar que es el único. En realidad, no es del todo cierto que una visión teleológica del Derecho penal sea exclusivamente posible a partir de la pena a imponer y, por tanto, que todo el sistema del Derecho penal –y, por tanto, la teoría de la imputación o el método de determinación del Derecho– deba girar en torno a la pena. La visión teleológica del Derecho penal no depende exclusivamente de la pena, sino de la función del Derecho penal; incluso Jakobs, cuando en el prólogo a la primera edición de su manual aludía a la cuestión metodológica, no se refiere en sentido estricto a la pena, sino a la función del Derecho penal¹³. Esto es especialmente claro cuando, como Roxin y Greco, se intenta mantener que penas y medidas, cuya diferencia ha de afectar a los fines, forman una unidad bajo el manto del Derecho penal, porque esto sólo puede mantenerse con carácter formal¹⁴.

Si únicamente se contempla la pena –o la medida– al intentar concebir el Derecho penal se produce necesariamente una reducción consecuencialista, que sería, además, errónea si tan sólo se considera la pena en un sentido teórico. De hecho, es muy posible que la crisis de la prevención especial esté también motivada por una desproporcionada valoración de sus fines, cuando de forma simultánea los resultados prácticos pueden ser puestos en duda y la eficacia de una teoría de la imputación o de las consecuencias jurídicas elaboradas en torno a ella resultaría discutible.

En efecto, no deja de ser teleológica una concepción del Derecho penal que pone también su foco principal de atención en los intereses a proteger y, por tanto, una visión que se apoyara en la definición del comportamiento delictivo¹⁵. De hecho, la función del Derecho penal es la previsión de penas, pero lo es en relación con grupos de casos –que presuponen atentados a las condiciones esenciales de convivencia en la comunidad política. Es evidente que una concepción estrictamente positivista no podría aceptar este planteamiento sin más, porque le faltarían elementos suficientes para explicar por qué se protegen estos o aquellos intereses con la amenaza de una pena. En todo caso, a este tema se hará referencia después, cuando se aborde la cuestión de la legitimación material del Derecho penal; sin embargo, sí ha de quedar claro que no puede desacreditarse, por deficiencias teleológicas, a un sistema de Derecho penal que intente edificarse sobre la base de los intereses que protege, pese a que, según creo, esta visión simplifica excesivamente la cuestión e ignora como los intereses se definen en un sistema de normas. Este error es frecuente, porque la brillantez de Liszt, al formular sus proposiciones sobre la idea del fin, que había tomado de Ihering, ha ocultado este plano fundamental, pese a su asiento en la protección de bienes jurídicos¹⁶. Aunque intentó acentuar la idea de protección de intereses en su teoría de las normas, también frente a Binding¹⁷, el objetivo de la lucha contra el delito, que pasaba por la preeminencia de la prevención especial, ha asentado una dirección de pensamiento que establece la teleología del Derecho penal exclusivamente en relación con la pena. Pero esto me parece –además de una lectura parcial de Liszt– un error desde un punto de vista metodológico, como se ha indicado.

En todo caso, la pena sí implica un elemento diferencial del Derecho penal y no sólo por su contenido, sino también por la forma de imposición: una pena presupone la autoridad distanciada del conflicto que resuelve. Desde un punto de vista procesal, esto explica la opción moderna

⁸ Sobre las diferentes consecuencias en el derecho natural racionalista y en el derecho natural clásico es ilustrativa la explicación sobre el primer tercio del S. XX que da Karl Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart* (Berlín: Junker und Dünhaupt, 1935), 79 y ss.

⁹ Sobre las relaciones entre política y derecho penal, especialmente cuando éste se convierte en instrumento de los populismos. Carlos Pérez del Valle, "El derecho penal como instrumento de los populismos. Reflexiones en torno al denominado populismo punitivo", en *Nuevos retos para la democracia liberal. Nacionalismos y populismos en Europa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 319 y ss.

¹⁰ Arthur Kaufmann, "Naturrecht und Geschlichkeit", en *Rechtsphilosophie im Wandel* (Colonia: Carl Heymanns, 1984), 6.

¹¹ Arthur Kaufmann, "Naturrecht und Geschlichkeit", 17.

¹² Arthur Kaufmann, "Naturrecht und Geschlichkeit", 21.

¹³ Günther Jakobs, *Strafrecht-Allgemeiner Teil* (Berlín: De Gruyter, 1983), V.

¹⁴ Claus Roxin y Luis Greco, *Strafrecht-Allgemeiner Teil* (Munich: Beck, 2020), 1-2.

¹⁵ Cfr. por ejemplo, Claus Roxin y Luis Greco, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 20 y ss.

¹⁶ Sobre todo, en Franz von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 1882); y, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Erster Band (1875 bis 1891)* (Berlín: de Gruyter, 1905), 21 y ss (hay traducción de Carlos Pérez del Valle, *La idea del fin en el derecho penal* (Granada: Comares, 1994). Su defensa de la protección de bienes jurídicos es, sin embargo, manifiesta, pero en la perspectiva de la teoría del derecho, en lo que éste tiene de "ordenamiento de paz"; pero el derecho penal es, en realidad, "ordenamiento de lucha" en la protección de intereses esenciales (Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Berlín: Guttentag, 1888), 53 y ss, especialmente 55).

¹⁷ Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 54, nota 2.

dominante en favor del sistema acusatorio o adversarial en el proceso penal: a mi juicio, y pese a lo que hoy muchas veces se pretende, es posible un proceso penal inquisitivo con garantías, como cabe un proceso acusatorio con serias deficiencias en la delimitación de los derechos del acusado, y lo único que explica aquella tendencia hacia el sistema acusatorio es la impresión de que la separación entre las funciones de acusar y juzgar aumenta la distancia del conflicto por parte del juez y, por ello, la imparcialidad. Sin embargo, es posible que esta impresión sea puramente estética, o ponga de manifiesto la desconfianza hacia un Estado moderno –cuyos intereses representaría el Ministerio Público– que no asume como postulado la consecución del bien común. Por eso, la insistencia en un juez independiente también de la acusación. Estoy seguro de que es consustancial a la idea de pena estatal la independencia del juez respecto del conflicto que constituye la comisión del delito; pero el conflicto lo es entre las partes –autor y víctima– y no entre el Estado y el autor. Este planteamiento, que requiere la independencia del juez respecto del Estado como quien acusa, es característico de un sistema en el que el Estado se considera neutral también en la persecución del bien común –esto es: no asume como propia la consecución del bien común, ya porque no cree que éste exista, ya porque relativiza su determinación al máximo– y cuyos intereses sólo pueden ser controlados si se garantiza que el juez es independiente de aquél, como habría de serlo de la víctima y del acusado como potencial autor. La razón de la independencia es, entonces, la garantía de un marco de decisión imparcial. Esto es tan característico del Derecho penal que, aunque se trata de una caracterización formal, puede llegar a ser elemento decisivo en la justificación del sistema, como creo que sucede en la actual configuración del Derecho penal internacional, que constituye una paradoja de la soberanía: la existencia del Derecho penal internacional exige que los estados tengan intereses morales en reprimir crímenes, o cierto tipo de crímenes, allá donde ocurran¹⁸ y, por tanto, su base es jurisdiccional.

Pero, en relación con su contenido, me parece interesante examinar la propuesta de Michel Villey, quien se refería a un concepto del Derecho penal asentado sobre principios, que tomaban como modelo el de la Justicia Divina: según indica sería en primer término, justicia retributiva, como primer grado de la Justicia según el cual el equilibrio que rompe el delito queda restaurado por una pena equivalente; en segundo lugar, apertura al perdón (en el sentido clásico de misericordia o clemencia); por último, temporalidad, de la que derivan en un segundo nivel la utilidad (sólo han de castigarse los hechos que de forma inmediata sean destructivos de la vida en común) y, por ello, la proporcionalidad en la medida de la pena (en la que influyen la salvaguarda del orden social)¹⁹.

La pena ha de ser, según creo, retribución. Pero no sólo retribución, porque conceptualmente esta visión es incompleta y se parece más a la versión idealista que a la ley natural clásica: la pena es en sí misma retribución y expiación social. En ese sentido, y frente a la opinión mayoritaria de los penalistas, expiación no constituye necesariamente una actitud voluntaria frente a la pena ni un efecto reflejo de la pena, sino que la expiación forma parte del contenido de justicia que implica la pena en un sentido realista –no idealista– de la justicia natural²⁰.

La pena no es, en la perspectiva del bien común, un mal, y lo que constituye el carácter sustancial de la pena, tal como indica Finnis, apoyado en Santo Tomás de Aquino, es que la pena somete al autor de la infracción a algo contrario a su voluntad (*contra voluntatem*), porque es una

necesidad moral²¹. Pero no cabe entender esta actuación contra la voluntad del sujeto como algo que simplemente se “aplica” frente a su voluntad. La pena es *contra voluntatem* porque en la medida que el delito se caracteriza porque el autor “sigue exclusivamente su propia voluntad” o, de una forma más independiente del criterio de la propia voluntad y tal vez más clara en los términos de la discusión moderna, “demasiado inclinado a sus propias preferencias”. La actuación frente a la voluntad de quien infringe el Derecho no puede ser un mal sin más, e intentaré explicarlo en las dos perspectivas a las que aludía Finnis: “*purely backward-looking*” y “*forward looking*”²². Pese a que, aparentemente, podría pensarse en lo contrario, la pena mirando al pasado (“*purely backward-looking*”) sólo puede ser valorada en la perspectiva fundamental de actuación contra la voluntad del sujeto a la que se acaba de hacer referencia; la pena reacciona contra la voluntad del sujeto manifestada en el delito, y en este punto la pena no es un mal. Cuestión distinta es si mirando hacia delante se puede convertir en un mal, en un plano objetivo, o el sujeto la puede tratar como un mal, y todo ello vinculado a que la pena implica sufrimiento. En este sentido, se afirma que la pena es expiación social; es indiferente que el sujeto quiera expiar o se arrepienta –precisamente, en este caso sería menos un “mal” aquel sufrimiento que implica la pena desde el punto de vista del propio sujeto que la padece– porque lo relevante es el contenido de expiación de la misma pena impuesta, que constituye a la vez el restablecimiento de la confianza en la vigencia de las normas jurídicas. En otras palabras, la pena retributiva, al ser impuesta, conlleva la “expiación social” que restaura la confianza en la vigencia de las normas. Esta explicación comprende, además, el fundamento (retribución), el fin (restauración de la vigencia de la norma) y el medio por el que la pena así fundada alcanza el fin (expiación social).

Villey añade, no obstante, algunos aspectos que me parecen matizables dentro del sistema penal: señalaba, en cuanto a la temporalidad, que en la proporcionalidad de la sanción debía considerarse también que la pena es medicinal y el factor educacional que la deberían informar; por otro lado, subrayaba que el perdón de la víctima era un elemento propio de la clemencia en los casos en que se pudiera reconocer relevancia al perdón de la víctima, como expresión de su poder de *vindicatio*, en aquellos casos en que sólo resultan lesionados sus intereses y no el orden público²³.

- a. Respecto a la primera cuestión, creo que la conocida visión del carácter medicinal de la pena no puede asimilarse directamente a las visiones modernas de la prevención especial: lo medicinal de la pena lo era también para el alma y cara a la salvación. No me cabe duda de que la ejecución de la pena privativa de libertad puede estar enfocada a la resocialización o a la educación, pero esto no es propio del Derecho penal; existen otras penas (multas, penas privativas de derechos) que carecen de esta finalidad. Por tanto, es el derecho penitenciario –que, a mi juicio, no es Derecho penal– el orden que pretende esta finalidad, en tanto constituye una prevención de peligros futuros y una manifestación de racionalidad en la actuación de los poderes públicos: es absurdo –y, por tanto, irracional– mantener a un sujeto privado de libertad, ya castigado por el Derecho penal, sin intentar su resocialización o, en los casos en que esto es posible, su educación, porque sólo es imputable quien es capaz de cambiar y reorientarse hacia la fidelidad al Derecho²⁴. El ámbito de lo “medicinal”, entendido como prevención especial, que correspondería al Derecho penal, quedaría en el margen concedido a la *determinatio* –en términos de Santo Tomás de Aquino– y subordinado a la disposición del sujeto respecto al Derecho durante el cumplimiento de la pena.

¹⁸ David Luban, “Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law”, *The Philosophy of International Law*, (2008): 571, 569 y ss.

¹⁹ Michel Villey, “Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel clasique”, en *Archiv du philosophie du droit* 28, (1983): 181 y ss.

²⁰ Cfr. Carlos Pérez del Valle, “Poena forensis y retribución. Propuesta para la restauración de una teoría”, *Indret penal* 3 (2020): 214 y ss y 234 y ss, <https://indret.com/poena-forensis-y-retribucion/>.

²¹ Carlos Pérez del Valle, “El derecho penal y la significación moral de la pena en John Finnis”, *Persona y derecho* 83, (2020): 491 y ss y 505.

²² John Finnis, “Retribution: Punishment’s Formative Aim”, en *The American Journal of Jurisprudence* (1999): 91 y ss y 97.

²³ Michel Villey, “Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel clasique”, 198 y ss.

²⁴ Carlos Pérez del Valle, “El derecho penal y la significación moral de la pena en John Finnis”, 245. Mi perspectiva, en este punto, parte de la consideración del arrepentimiento de John Tasioulas, “Punishment and Repentance”, *Philosophy* 81, (2006): 279 y ss.

b. Respecto a la segunda cuestión, es preciso definir a qué se hace referencia sobre los "propios intereses" cuando se reconoce eficacia al perdón. En la medida que pena es expiación social, y ello garantiza la eficacia de orientación de comportamientos del Derecho (la vigencia de las normas jurídicas), los propios intereses quedan extraordinariamente reducidos, y es lógico que así sea. Lo que Villey denomina "orden público" tiene una extraordinaria extensión, y lo renunciante es sólo aquello en lo que el perdón no puede suponer vigencia de normas. Por ejemplo, que los delitos contra el honor sean objeto de perdón, es algo que puede ser entendido en la medida que la norma no se ve afectada, pues en ocasiones se reconoce eficacia también a una indemnización civil. Esto sucede en terrenos fronterizos –por ejemplo, en algunos delitos leves o, en algunos sistemas, en contravenciones– y no parece que sea discutible. Una extensión superior pondría en relación directa la pena estatal con la venganza, y no me parece que esto puede ser aceptado, ni tan siquiera al admitir que ésta fuese sucesora de aquélla: aunque se trate de un modo desarrollado y refinado de hacerlo, el contenido de la venganza es siempre causar un mal a quien se estima responsable del mal propio. No niego legitimidad a concepciones que aluden a una conexión de la pena con la venganza en su sentido psicológico profundo de liberación o como una necesidad natural-psicológica, pero esto en nada afecta a mi visión del problema²⁵. Sí afecta, sin embargo, cualquier explicación de la pena de carácter evolutivo²⁶ –finalmente contractualista, pues sería el Estado quien impone la pena en una delegación de los partícipes en el pacto²⁷– en tanto conserva elementos conceptuales que son requisitos básicos de la venganza²⁸. Es más, en mi opinión, esto hace altamente cuestionable las modernas tendencias de intervención de las víctimas en el proceso penal.

3. Función del Derecho penal

Se ha insistido antes en que la única posibilidad de explicar el Derecho penal no es a partir de la pena, y que es posible tomar en consideración otros aspectos; de hecho, no es en sí mismo incorrecto pensar que el Derecho penal podría explicarse a partir de los intereses que ha de proteger. Sin embargo, para ello existe una dificultad previa, pues faltarían elementos suficientes para explicar por qué se protegen estos o aquellos intereses con la amenaza de una pena. Pero lo cierto es que el iusnaturalismo racionalista, más que el positivismo, ha conducido de hecho a la relativización de los intereses a proteger que hoy es común a los ordenamientos europeos: no es posible saber si existe una determinación vinculante, que debería ser constitucional, que establezca cuándo el Derecho penal debe actuar en protección de determinados intereses, y qué intereses requieren la protección del Derecho penal.

El Derecho penal actual sigue respondiendo a un postulado kantiano radical, que había apoyado desde su origen la dogmática moderna: "no hagas a nadie lo ilícito (*neminem læde*: no lesionar a nadie) y de ahí que tengas que apartarte de toda vinculación con otros y evitar toda sociedad". Es lícito (en contraposición a lo ilícito) lo que no lesiona a nadie; en principio puede entonces decirse que quien no hace nada (quien no emprende ninguna acción), tampoco lesiona; lo ilícito –si es que

²⁵ Carlos Pérez del Valle, "Arrebató, venganza y pena", en *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza* (Madrid: Aranzadi, 2018), 425 ss.

²⁶ Aunque no toda visión evolutiva habría de ser totalmente darwinista; en todo caso, críticamente, Ernst Beling, "Eine darwinistische Strafrechtstheorie", *Deutsche Juristen-Zeitung* 10 (1897): 189-191.

²⁷ Muy claro en ese punto es el hegeliano Christian Reinhold Köstlin, *System des deutschen Strafrechtes-I (Allgemeiner Teil)* (Tubinga: Legare Street Press, 1855), 403-404), al criticar las dos opciones fundamentales seguidas, en su época, por autores de influencia kantiana que fundamentan el derecho penal al derivarlo directamente del derecho de existencia del estado que surge del contrato social: o bien en una teoría vinculada con el estado de naturaleza, la pena se impone por el Estado en el lugar del lesionado como una venganza refinada; o bien el Estado, que aparece aquí en lucha contra la anarquía, debe asegurar a la sociedad ante el riesgo de una venganza sin medida, e imponer el sucedáneo de esa venganza con ese objeto.

²⁸ Una explicación en esa dirección presenta Oliver Wendell Holmes Jr., *The Common Law* (Boston: edición facsimile de Elibron Classics, 1881), 40.

siempre exige la lesión de la libertad de otros– significa siempre lesión de derechos subjetivos; los deberes, por tanto, aparecen como contrapartida del derecho subjetivo (el deber de respetar el derecho de otros). Pero, además, se piensa que esta limitación del Derecho –y del Derecho penal– al *neminem læde* está fundada también en la igualdad ante la ley: sólo excepcionalmente –pues únicamente en circunstancias excepcionales puede quebrarse la igualdad ante la ley– puede determinarse una limitación de la libertad a través de un mandato. Una consecuencia inmediata: la legitimación del delito de omisión –esto es, del incumplimiento del mandato– es excepcional, porque no es el bien común, sino el derecho subjetivo del individuo, lo que funda el ejercicio del poder penal²⁹.

Una respuesta a esta concepción liberal, que legitimaría el Derecho penal a partir de los intereses como derechos subjetivos, ha sido asumida por autores como Jakobs, en su idea de persona ("quien en un grupo puede cumplir una función"), que se explica en la relación con otras personas (hablar de "una única persona es una contradicción en sí misma"), en la que explica el significado de las normas en una sociedad³⁰. Lezch, discípulo de Jakobs, ha mantenido, a la hora de fundamentar los deberes de cooperación del sujeto acusado en el proceso penal, que el sujeto es aquí no sólo acusado con derechos, sino persona integrada en la sociedad con obligaciones comprometidas con el propio fin del proceso. En otras palabras, aunque el sujeto sea acusado, y tenga los derechos propios del acusado en el proceso, debe afirmarse que tiene deberes para con el proceso mismo, fundados en su posición como persona en la sociedad y –esto lo añadido ahora– cara al bien común³¹. Aventuro aquí una hipótesis: es posible que de este modo se alcancen los objetivos que, con la creación de la teoría de los bienes jurídicos, pretendió Birnbaum (1843), quien en nada compartía convicciones con la dogmática liberal posterior que ha distorsionado la teoría original para adoptarla como propia³².

Estos deberes pueden ser, desde luego, asumidos por el sujeto, que al incumplirlo responde por las consecuencias. Pero precisamente en esta línea de la dogmática penal moderna se ha subrayado la función de las instituciones, aunque también en una perspectiva liberal. Sin embargo, quisiera dejar clara la diferencia entre mi planteamiento y el postulado de acuerdo con el principio liberal, aunque se apoye en la existencia de instituciones: se habla de instituciones no sólo en relación con el Derecho público, sino también en cuanto constituyen comunidades intermedias cuya competencia no ha de depender de cesiones de poder procedentes del Estado. Por tanto, de acuerdo con el principio de subsidiariedad en su sentido genuino: la función y misión de la sociedad y del Estado, en relación con la libre actividad de los individuos y de los grupos inferiores, consisten en favorecerla, sostenerla, disciplinarla, integrarla y eventualmente suplirla en los casos de ineficiencia o insuficiencia relativa a las exigencias del bien común. Pues bien: de aquí deriva ya una consecuencia de legitimación material del Derecho penal: el Derecho penal, como Derecho estatal coercitivo, debe proteger no sólo a los individuos, sino a las instituciones intermedias. Un ejemplo que me parece claro: cuando se postula la abolición del delito de bigamia, indicando que el matrimonio y la familia son esferas en las que el Derecho penal no ha de intervenir, se incurre a mi juicio en un error. Precisamente en instituciones intermedias, que tienen su base en la ley natural, existe el deber del Estado de recurrir al ejercicio de la coerción y, por tanto, de sancionar con penas a quien lesione deberes vinculados a tales instituciones, tanto desde dentro (en el ejemplo de la bigamia, el cónyuge bigamo) como desde fuera (en el ejemplo de la bigamia, el cónyuge que conoce el matrimonio anterior del otro contrayente) de la institución.

²⁹ Cfr. Carlos Pérez del Valle, *Estudios de filosofía política y del derecho penal* (Bogotá: Universidad del Externado, 2004), 40 y ss.

³⁰ Günther Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft* (Berlin: Duncker & Humblot, 2001), 29 y ss.

³¹ Heiko Lesch, *Strafprozessrecht* (Munich: Luchterhand, 2001), 104 y 128-129.

³² Johann Michael Franz Birnbaum, "Ueber das erfoderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens", *Archiv des Criminalrechts-Neue Folge* 14, (1834): 149 y ss.

De lo expuesto se deriva la posibilidad de legitimar materialmente leyes penales que sancionan las infracciones de deberes desvinculados de derechos subjetivos de otros y enmarcados en instituciones. Pero también la exigencia de promulgarlas en la medida que permita una protección adecuada no sólo de las personas, sino también de instituciones de derecho natural. De todos modos, no sólo en la determinación de personas e instituciones protegidas aparece una base en la ley natural. Pues bien, una comunidad política en la que el Derecho aspire a constituir un modelo de orientación de conducta hacia la virtud ha de entender correcto el respaldo de la vigencia de normas que establecen determinados deberes de solidaridad mediante la previsión de penas por su incumplimiento.

4. Imputación justa y culpabilidad: reflexiones sobre el denominado derecho penal de menores

La imputación del delito es el aspecto nuclear del Derecho penal, porque es su significación práctica inmediata: sólo a quien se imputa un delito puede imponérsele una pena, y sólo puede pensarse en reglas justas de la imputación. Lo cierto es que las reglas de imputación aluden a términos similares a los utilizados en la descripción del acto por la moral. Sin duda, el hecho de que palabras como dolo o culpa, culpabilidad, ignorancia o error, y otras muchas similares, sean todavía usuales en el Derecho penal, está motivado por tres razones: las construcciones de los prácticos sobre el Derecho penal –que aún son citadas por la denominación atribuida en su momento, como *aberratio ictus*, *dolus generalis* y otras– conservaban esta terminología, por una parte; y autores que intentaron formular algunos principios teóricos de imputación jurídica, como de Castro, Suárez o Pufendorf, también la utilizaron. No es extraño, por tanto, que quienes fundamentaron la moderna teoría de la imputación en el marco de la doctrina alemana, como Grolman o Feuerbach se apoyasen en estos mismos términos, aunque su significado no fuese siempre coincidente.

En ese orden de consideraciones, la separación entre lo lícito y lo excusable representa precisamente la distinción que la teología moral había subrayado con frecuencia: el enjuiciamiento de un acto humano permite afirmar una menor responsabilidad en el pecado en la medida que existen alteraciones de su voluntariedad; pero la ausencia de voluntariedad o su alteración no convierte el pecado en un hecho lícito.

Lo relevante es si el resultado obtenido en los casos juzgados es que la pena ha de aplicarse a un sujeto culpable, porque la culpabilidad –como culpabilidad jurídico-penal– es la característica propia y genuina del Derecho penal. En otras palabras, es indiferente cuál sea el concepto de dolo que se seleccione, y que en la dinámica actual responde a una discusión entre tesis que lo estiman existen con el conocimiento del peligro que entraña el propio comportamiento y quienes piensan que dolo implica también voluntad; es indiferente que el dolo sea, como hoy se entiende en la doctrina dominante, el elemento constitutivo del tipo subjetivo del delito doloso o una forma de culpabilidad alternativa a la imprudencia. En mi opinión, es más correcto pensar que dolo es una forma de tipicidad subjetiva que presupone conocimiento del riesgo de comportamiento, pues es una manifestación del *spontaneum*, pero esto importa ahora poco. Lo que sí es decisivo es la conclusión que pueda establecerse sobre la culpabilidad del autor, porque el único dolo que quiere castigar el Derecho penal es el dolo culpable. En esta perspectiva, es posible afirmar que un esquizofrénico paranoide ha cometido un homicidio en forma dolosa, siempre que finalmente pueda mantenerse que no es culpable.

Culpabilidad es una cualidad que se predica del sujeto al que se imputa el delito y se le considera merecedor de la pena como castigo. Como se ha dicho, culpable es quien pone de manifiesto con su comportamiento un grave desprecio por el fundamento de las normas jurídicas. Pero la culpabilidad requiere una legitimación moral, y en ese sentido existe esta fundamentación

con carácter positivo: frente a quien desprecia el Derecho, la comunidad política establece una censura moral; este desprecio lo es por el bien común y por los bienes esenciales de la comunidad política que justifican moralmente su existencia. Por tanto, culpabilidad implicaría imputación moral.

No obstante, esta culpabilidad moral se presume en el sujeto: los sujetos de Derecho en la comunidad política son sujetos morales y, por ello, moralmente imputables. El Derecho penal, como sistema jurídico, establece mecanismos de excepción de carácter normativo, que son los casos de inimputabilidad. En la medida que se presume –descriptiva y no normativamente– la culpabilidad moral, puede afirmarse que en el Derecho penal es relevante precisamente la exclusión; esto es, en qué casos se considera que el autor no es moralmente culpable, lo que tiene lugar de forma tópica: se buscan los grupos de casos en los que puede considerarse que el autor no pone de manifiesto el desprecio por las normas y, por tanto, no pone en cuestión su carácter de orientación de comportamientos. Estos grupos de casos, que son las denominadas causas de inimputabilidad, se determinan normativamente: se valora que el autor no puede ser considerado sujeto del Derecho penal en la medida que no le es imputable su déficit de motivación para comportarse conforme al Derecho. Esto sucede cuando se niega la capacidad para ser sujeto de derecho por su falta de madurez o desarrollo (menores de edad) o por deficiencias estructurales (graves enfermos psíquicos); pero tampoco cuando presentan estas deficiencias de forma ocasional por la carencia inevitable de conocimiento de lo que es lícito (errores de prohibición) o por la pérdida de control del comportamiento sobre la base de factores internos o externos (afectaciones de la conciencia muy graves causadas por sustancias de adicción o trastornos psicóticos graves)³³.

Esto explica también que el Derecho de menores no sea, como se pretende hoy con frecuencia, Derecho penal. El Derecho que establece medidas de menores no es retributivo y, por tanto, no es Derecho penal; se cree –y esto es una convicción social en crisis en estos momentos– que el menor, cuando no ha finalizado su formación, todavía puede ser educado. El menor de edad que comete un delito pone de manifiesto necesidades especiales de educación, pero no puede atribuirsele la condición de sujeto culpable en el Derecho penal. A mi juicio, las pretendidas revisiones del principio educativo mediante el principio de culpabilidad yerran precisamente en esta consideración, utilizando conceptos propios de la culpabilidad jurídico-penal, cuando el menor no tiene esta atribución. Pero entonces ¿no hay culpabilidad del menor? La única culpabilidad del menor puede ser aquella que no implica atribución de capacidad en el Derecho penal y que puede ser compatible con el principio educativo; esto es, puede permitir la determinación de la medida de educación, porque el sujeto más o menos culpable puede requerir más o menos intensidad en la medida educativa. Esta culpabilidad, que no es jurídico-penal y que auxilia en la definición de las necesidades educativas del sujeto, no es otra que la culpabilidad moral. El Derecho penal de menores no es, a mi juicio, Derecho penal; es un ámbito dirigido a la formación y educación del menor que puesto de manifiesto sus deficiencias mediante un comportamiento grave, insostenible en sí mismo para la sociedad. Y estas necesidades educativas están condicionadas por la culpabilidad moral del sujeto, y el menor sí puede ser moralmente culpable, en la medida que su grado de madurez permite constatar un grado de culpabilidad moral. Las medidas educativas del Derecho penal de menores están configuradas de acuerdo con las necesidades del sujeto, y es más necesaria la educación al menor que es moralmente más culpable³⁴.

En esta concepción, según creo, se dan las exigencias propias de una teoría de la imputación que no puede abandonar su fundamento moral: sería inapropiado establecer penas para sujetos que no son responsables desde un punto de vista moral. Una determinación normativa de las

³³ Carlos Pérez del Valle, "Imputabilidades y teoría de la imputación", *Indret penal* 2 (2015), 1 y ss. <https://indret.com/imputabilidades-y-teoria-de-la-imputacion/>.

³⁴ Carlos Pérez del Valle, "¿Derecho Penal de menores como Derecho Penal?", *Cuadernos de política criminal* 98, (2009): 101 y ss.

exclusiones permite mantener el fundamento y admitir la excepción en casos dudosos por razones de prudencia. Pero un orden justo debe configurar las medidas establecidas para las exclusiones: los menores de edad no son penalmente culpables, pero sí moralmente, y por eso les ha de ser aplicable una medida en la que su culpabilidad moral sea tenida en cuenta; los enfermos mentales tienen una mayor o menor culpabilidad moral, y también en función de ésta puede configurarse su tratamiento terapéutico, aunque éste es fundamentalmente una medida de seguridad. En ambos casos, en los que se establece la excepción ante un Derecho penal que presume la culpabilidad, no es aplicable el Derecho penal.

5. Reflexiones sobre el método de determinación del Derecho penal

La última reflexión está referida al método de determinación del Derecho penal. Por un lado, el principio de legalidad se presenta como una forma de control de poder del Estado en la aplicación de las sanciones y, por ello, se le atribuyen efectos beneficiosos de garantía y se garantiza su fundamento como un derecho fundamental. Ciertamente, en su origen penal no era exactamente así, y su postulación por parte de Feuerbach en los primeros años del S. XIX estaba más bien relacionada con la teoría de la pena dominante en aquellos momentos: sólo puede existir intimidación general (prevención general negativa) si los ciudadanos conocen exactamente qué es lo que no deben de hacer para evitar ser sancionados con una pena. Pero en su fundamentación filosófica sí existía esa consideración de injusticia: Fichte resaltaba la necesidad de un conocimiento de la ley penal previo al hecho sancionado³⁵.

Sobre esta base, se ha configurado un Derecho penal apoyado en el principio de legalidad de un modo tan estricto que, al menos en dos de sus manifestaciones, se presenta bajo una configuración especial: cuando se afirma que el principio de legalidad como *lex certa* (mandado de taxatividad al legislador) y *lex stricta* (mandato de restricción al juez) se asume que el Derecho penal es un área prohibida a visiones del Derecho no positivistas. Esta forma de ver las cosas ha condicionado, sin duda alguna, la construcción de sistemas teóricos del Derecho penal, de tal modo que autores cuyas convicciones en el terreno de la filosofía del Derecho podían ser muy próximas al Derecho natural clásico, desarrollaban conceptos y razonamientos en el Derecho penal que podía haber firmado el más radical de los positivistas. Además, y aunque en los principios se sostenga la eficacia de la interpretación teleológica, los comentarios doctrinales sobre los tipos penales de la parte especial y las sentencias de los tribunales están salpicadas de argumentaciones de interpretación gramatical que tal vez hoy no son usuales en ninguna otra rama del Derecho. La cuestión es, entonces, si esto es inevitable, o si es posible entender que, del mismo modo que sucede en el terreno de la pena o de la culpabilidad, el método del Derecho penal es también permeable a la ley natural.

Es evidente, por otro lado, que la restricción alcanza fundamentalmente a lo que en el Derecho penal se designa como tipo. La razón es sencilla: en otros ámbitos de comprobación negativa, en los que la ley señala las excepciones a su aplicación, como en las causas de justificación, se admite de forma mayoritaria la analogía *in bonam partem*. Es más, cuando ésta se niega, se incurre en una cierta incoherencia en la comprensión del principio de legalidad como garantía, pues se configura *contra reo*. Por ese motivo, es claro que se habla de una "interpretación restrictiva en torno a los elementos que fundamentan la pena o una agravación de la pena". Sin embargo, en

los inicios de la teoría moderna del tipo penal, cuando Beling (1906)³⁶ configura sus exigencias en una visión ciertamente positivista, no olvida que con el tipo de la ley penal (*Tatbestand*: supuesto de hecho) se introduce un tipo de hechos (*Typus*). Esta visión, que fue desarrollada por Arthur Kaufmann³⁷ –que deja en evidencia una cierta simplificación de la prohibición de la analogía en el Derecho penal– y por Hassemer en una perspectiva tipológica³⁸, indica un camino no habitual en el Derecho penal. La determinación del contenido del tipo penal de la ley puede ser vista también, como en otras ramas del Derecho, como un "tipo de casos" y cabe formular la determinación del contenido del tipo de este modo.

Por otro lado, sería ingenuo pensar que el Derecho penal es capaz de integrar en la previsión de los tipos de la ley todos los elementos necesarios en una definición gramatical. Sería prolijo enumerar las teorías que han fracasado al intentar una determinación del contenido del tipo de la ley desde un punto de vista gramatical, pero sólo a modo de ejemplo me he de referir a las teorías formal-objetivas de la autoría: sólo quien realiza la acción típica es autor. Sin embargo, cuando intervienen durante la ejecución de un delito varios sujetos, nadie es autor de todo el comportamiento típico: en un robo, uno toma el dinero, mientras otro amenaza con el arma; pero el tipo de robo consiste en apoderarse de dinero venciendo la voluntad de la víctima con amenazas. Las correcciones de la teoría formal-objetiva la hacen inaplicable –aunque en la doctrina española sigue teniendo una representación considerable– en la práctica y los tribunales han de acudir a la idea de la división de funciones³⁹, que es una teoría material y, por tanto, no apoyada en términos estrictamente gramaticales. ¿Implica esto una vulneración del principio de legalidad? Aunque en ocasiones se sostiene esta consecuencia, parece inapropiado mantenerla, y las teorías sobre la autoría y la participación, así como su aplicación práctica, desarrollan cada vez más los criterios materiales.

A ello se añade la dificultad propia de la técnica de la legislación, que obedece a la consecución de diferentes objetivos. Cuando se sanciona la muerte o la lesión de otro, a la ley le suele ser indiferente el modo en que esto se lleva a cabo, a diferencia de lo que sucede en el caso del patrimonio: la estafa suele prever un perjuicio patrimonial motivada por un tipo de comportamiento concreto, vinculado a engaños o fraudes. En el homicidio y las lesiones, por ejemplo, es el intérprete quien ha de indicar qué significa "matar", "causar la muerte", "lesionar" o "causar lesión", porque un resultado separado en el espacio o en el tiempo del propio comportamiento del autor ha de ser relacionado con éste último. Hasta tal punto la cuestión implica dificultad, que Armin Kaufmann llegó a afirmar que en estos casos existían "leyes penales en blanco" en las que el espacio a llenar era la causalidad. Hoy se admite con frecuencia, desde que Larenz (1927) lo desarrollara para el Derecho civil, que este espacio en blanco es cubierto por la imputación objetiva del resultado⁴⁰. En todo caso, esta teoría se ha introducido como un marco de solución que limita consecuencias no deseadas de una relación de causalidad que podría aparecer como demasiado extensa; pero es indudable que, en tanto se constituye en teoría, incluye formas de determinar la ley penal a partir de presupuestos que no se mencionan en el supuesto de hecho.

³⁶ Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen* (Tubinga: Keip, 1906), 114-115. No obstante, la distinción que apunto en el texto no es siempre clara (por ejemplo, en la página 24).

³⁷ Arthur Kaufmann, "Analogie und Natur der Sache": zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus (Heidelberg, Decker & Müller, 1982), 4 y ss.

³⁸ Winfried Hassemer, *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik* (Colonia: Carl Heymanns, 1968), 160 y ss.

³⁹ Cfr. Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* (Berlin: de Gruyter, 1994), 275 y ss.

⁴⁰ Karl Larenz, *Hegels zurechnungslehre und der begriff der objektiven zurechnung. Ein beitrag zur rechtsphilosophie des kritischen idealismus und zur lehre von der "juristischen kausalität"* (Leipzig: Deichert, 1927), 55 y ss.; especialmente en la interpretación de Hegel sobre la "responsabilidad por el peligro" en un sentido moderno.

³⁵ En Fichte, claramente aparece como exigencia de justicia: "Ieder muß das Gesetz, nach welchem er gestraft wird, vorher gewußt haben, ausserdem enthielte dir Bestrafung eine Ungerechtigkeit (Todos deben haber conocido la ley según la cual son castigados con anterioridad; en otro caso, supone la sanción penal una injusticia)". Cfr. Johann Gottlieb Fichte, *Grundlage des Naturrechts* (Jena-Leipzig: Gabler, 1797), § 20.

En mi opinión, la situación se presenta de una forma inversa a la que encontraron Erich Kaufmann (1921)⁴¹ o Welzel (1935)⁴² cuando criticaban el neokantismo: desde puntos de vista diferentes denunciaron ambos que el neokantismo, que quería oponerse al formalismo jurídico positivista, se presentó pese a todo como auténtico positivismo. Por el contrario, algunos positivistas actuales en el marco del Derecho penal defienden formas de determinación del Derecho que no se explican desde una perspectiva puramente positivista; se muestra un neopositivismo que sostiene una interpretación teleológica de las normas penales en la que el *telos* es única y exclusivamente la pena. Lo criticable de este planteamiento, que ha sido ya examinado antes, no evita que pueda observarse una nueva dimensión en la determinación del Derecho en este sector del positivismo y ciertos elementos que permiten aproximarlos a métodos de interpretación asumibles.

La asunción de la crítica a los métodos de interpretación que eran tradicionales en el Derecho penal y el desarrollo de teorías como las expuestas, dejan ver una cierta crisis del principio de legalidad en su concepción liberal tradicional. A ello se añade un aspecto al que he hecho escasa referencia, pero cuya influencia en el desarrollo de este análisis es decisivo: la crítica de la prohibición de la analogía de Arthur Kaufmann, formulada hace casi cincuenta años, todavía no ha sido contestada con autoridad y sólo puede ser orillada por quienes la miran con desconfianza, pero son incapaces de rebatirla.

6. Conclusión

Me he limitado, en las líneas anteriores, a contemplar cuatro cuestiones que considero básicas, pero soy consciente de que no han sido abordadas en la profundidad que requieren y que, en cada una de ellas, es posible plantear muchas otras cuestiones. Cada perspectiva (pena, legitimación, imputación y método) es deudora de las otras, y precisamente la deficiencia del Derecho penal moderno consiste en una presentación de estas cuestiones, bien de forma independiente y asistemática; bien asignando valor preferente a una (frecuentemente la pena o la legitimación material) sobre las otras. Esta forma rompe con la coherencia del Derecho penal como objeto de lo justo en la imposición de penas: es imposible pensar que lo justo puede ser independiente del presupuesto para la imposición, de la consecuencia, de la forma en la que se impone y del método.

⁴¹ Erich Kaufmann, *Kritik Der Neukantischen Rechtsphilosophie: Eine Betrachtung Über Die Beziehungen Zwischen Philosophie Und Rechtswissenschaft* (Tübinga: Mohr, 1921), 98 y ss.

⁴² Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft* (Mannheim-Berlin-Leipzig: Deutsches Druck- und Verlagshaus, 1935). Mi análisis del texto puede encontrarse en la sección exlibris de "Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, Deutsches Druck- und Verlagshaus GmbH, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1935". *Indret penal 2* (2021): 479 y ss, <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/04/1623-1.pdf>.

Bibliografía

- Beling, Ernst. "Eine darwinistische Strafrechtstheorie". *Deutsche Juristen-Zeitung* 10 (1897).
- . *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübinga: Keip, 1906.
- Birnbaum, Johann Michael Franz. "Ueber das erfoderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens". *Archiv des Criminalrechts-Neue Folge* 14, (1834).
- Fichte, Johann Gottlieb. *Grundlage des Naturrechts*. Jena-Leipzig: Gabler, 1797.
- Finnis, John. "Retribution: Punishment's Formative Aim". En *The American Journal of Jurisprudence* (1999).
- . *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- George, Robert P. "Natural Law, the Constitution and the Theory and Practice of Judicial Review". *Fordham Law Review*, n.º 69 (2000/2001).
- Hassemer, Winfried. *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*. Colonia: Carl Heymanns, 1968.
- Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 1990.
- . *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*. Pamplona: EUNSA, 2000.
- Holmes Jr., Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: edición facsimile de Elibron Classics, 1881.
- Jakobs, Günther. *Strafrecht-Allgemeiner Teil*. Berlín: De Gruyter, 1983.
- . *Norm, Person, Gesellschaft*. Berlín: Duncker & Humblot, 2001.
- Jarcke, Carl Ernst. *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts-1*. Berlín: Dümmler, 1827.
- Kaufmann, Erich. *Kritik Der Neukantischen Rechtsphilosophie: Eine Betrachtung Über Die Beziehungen Zwischen Philosophie Und Rechtswissenschaft*. Tübinga: Mohr, 1921.
- . *Analogie und "Natur der Sache": zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. Heidelberg, Decker & Müller, 1982.
- . "Naturrecht und Geschlichkeit". En *Rechtsphilosophie im Wandel*. Colonia: Carl Heymanns, 1984.
- Köstlin, Christian Reinhold. *System des deutschen Strafrechts-I (Allgemeiner Teil)*. Tübinga: Legare Street Press, 1855.
- Larenz, Karl. *Hegels zurechnungslehre und der begriff der objektiven zurechnung. Ein beitrag zur rechtsphilosophie des kritischen idealismus und zur lehre von der "juristischen kausalität"*. Leipzig: Deichert, 1927.
- . *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*. Berlín: Junker und Dünnhaupt, 1935.

Lesch, Heiko. *Strafprozessrecht*. Munich: Luchterhand, 2001.

Luban, David. "Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law". *The Philosophy of International Law*, (2008).

Pérez del Valle, Carlos. *La idea del fin en el derecho penal*. Granada: Comares, 1994.

———. *Estudios de filosofía política y del derecho penal*. Bogotá: Universidad del Externado, 2004.

———. "¿Derecho Penal de menores como Derecho Penal?". *Cuadernos de política criminal* 98, (2009).

———. "Imputabilias y teoría de la imputación". *Indret penal* 2 (2015). <https://indret.com/imputabilias-y-teoria-de-la-imputacion/>.

———. *Lecciones de Derecho penal-Parte general*. Madrid: Dykinson, 2024.

———. "Prólogo". En *Lecciones de Derecho penal-Parte general*. Madrid: Dykinson, 2024.

———. *Estudios sobre los fundamentos del derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2007.

———. "Arrebato, venganza y pena". En *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza*. Madrid: Aranzadi, 2018.

———. "El derecho penal y la significación moral de la pena en John Finnis". *Persona y derecho* 83, (2020).

———. "Poena forensis y retribución. Propuesta para la restauración de una teoría". *Indret penal* 3 (2020). <https://indret.com/poena-forensis-y-retribucion/>.

———. "El derecho penal como instrumento de los populismos. Reflexiones en torno al denominado populismo punitivo". En *Nuevos retos para la democracia liberal. Nacionalismos y populismos en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

———. "Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, Deutsches Druck- und Verlagshaus GmbH, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1935". *Indret penal* 2 (2021). <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/04/1623-1.pdf>.

Roxin, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: de Gruyter, 1994.

———. *Strafrecht-Allgemeiner Teil*. Munich: Beck, 2020.

Tasioulas, John. "Punishment and Repentance". *Philosophy* 81, (2006).

Villey, Michel. "Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel clasique". En *Archiv du philosophie du droit* 28, (1983).

von Liszt, Franz. *Der Zweckgedanke im Strafrecht*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 1882.

———. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlin: Guttentag, 1888.

———. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Erster Band (1875 bis 1891)*. Berlin: de Gruyter, 1905.

Welzel, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*. Mannheim-Berlin-Leipzig: Deutsches Druck- und Verlagshaus, 1935.

1. Introducción

Las aspiraciones de este trabajo son descriptivas y, mayormente, evaluativas. Son evaluativas porque pretenden mostrar que las llamadas "teorías de la prevención general" contravienen principios fundamentales de Derecho penal y de moralidad en general (epígrafe 3). Sin embargo, cumplir esta tarea exige acometer antes un trabajo descriptivo en el que se formulen las tesis básicas que defienden estas escuelas (epígrafe 2). Para satisfacer este compromiso, me serviré como portavoz del filósofo y jurista Jeremy Bentham. Sin embargo, también incluiré referencias a otros autores como P.J.A. Feuerbach, y mostraré así que estas teorías no están exentas de un grado relevante de disensión interna.

El trabajo se inscribe dentro de la teoría del castigo y, por tanto, de las discusiones sobre la justificación moral de la pena. El método es filosófico, y relativo al razonamiento práctico o moral. No podemos así ocuparnos de cuestiones de derecho comparado o sociología jurídica comparada, como el grado de vigencia, peso o importancia que nuestros derechos atribuyen hoy a la prevención general para justificar castigos e interpretar preceptos sancionadores. Sin embargo, me permitiré subrayar que, pese a las críticas recibidas, las teorías de la prevención general son invocadas con cierta frecuencia y de forma aprobatoria en jurisprudencias como la española². Por eso, no resulta ocioso volver a reflexionar sobre su corrección.

Finalmente, me concentro en la versión más característica y conocida de la prevención general: la llamada prevención "negativa". No me ocupo de lo que se ha etiquetado como "teorías de la prevención general positiva", una versión minoritaria y de rasgos más imprecisos³.

2. Tesis generales

- 2.1. Las teorías de la prevención general son teorías *teleológicas o consecuencialistas*. Para una teoría de este tipo, el castigo solo está justificado si constituye un medio o un instrumento idóneo para conseguir o maximizar una consecuencia que se juzga como objetivamente deseable. En las éticas teleológicas, y también en las justificaciones del castigo prevencionistas, el modelo de cualquier regla moral es: "si quieres conseguir el fin x debes hacer y". En teoría del castigo, y es la acción de castigar, mientras x es el fin, la meta o finalidad que el castigo supuestamente obtiene o maximiza. Solo estará justificado el castigo (y) cuando este sirva para obtener o maximizar x, y no lo estará cuando no cumpla esta función. Ahora bien, ¿cuál es este fin x que debemos lograr u optimizar para que el castigo esté justificado?

¹ Profesor Titular, Universidad de Salamanca, España.

² Es clásica la STS de 22 de octubre de 1992, que justificaba la prescripción de los delitos observando que, pasado un tiempo, la pena ya no puede cumplir sus finalidades de prevención especial y general. También invoca la prevención general, por ejemplo, la STS 108/2008. Pasando del Tribunal Supremo al Constitucional, leemos en la STC 160/2012 de 29 de septiembre, FJ 4: "La finalidad de la protección general [...] constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos". El argumento se menciona en la STC 169/2021 de 6 de octubre con el fin de declarar la constitucionalidad de la prisión permanente revisable.

³ No resulta fácil sintetizar cuál es el mensaje de estas teorías. En principio, la idea que las anima es que la pena es un mecanismo que sirve para educar a la sociedad en el cumplimiento de la ley. La tesis presenta inconvenientes obvios en el contexto de cualquier Estado liberal, donde suele considerarse que no podemos educar mediante coacción a mayores de edad: estaríamos violando su libertad de conciencia. Véase, por ejemplo, Santiago Mir Puig, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (Barcelona: Ariel, 1994), 138.



LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO EN LAS LLAMADAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL: UNA REFLEXIÓN CRÍTICA

La prevención general tiene una respuesta muy concreta: la finalidad es la reducción de los delitos en el futuro. El análisis sobre si un castigo está justificado es prospectivo o relativo a las consecuencias futuras, no retrospectivo. La idea es fácilmente comprensible en la teoría de Bentham, quizá la expresión más nítida y canónica. Como es sabido, Bentham es un utilitarista para quien, en la moral en general, la incógnita x posee un sentido muy claro: la finalidad es siempre obtener "la mayor felicidad del mayor número"⁴. Es moral lo que incrementa la felicidad del mayor número de individuos, e inmoral lo que incrementa su dolor. Ahora bien, para Bentham, pocas experiencias son tan claramente dolorosas y generadoras de infelicidad como los delitos. La conclusión obvia es que, en teoría del castigo, la única justificación posible de las penas es que estas reduzcan eficazmente la comisión de delitos en el futuro⁵.

Bentham no olvida que el castigo también es un mal, porque supone infligir dolor sobre alguien, en este caso, el delincuente⁶. Sin embargo, el castigo está justificado si los beneficios representados por la evitación de delitos en el futuro son superiores a los males que el castigo pueda infligir sobre los delincuentes en el presente. En ese caso, la función de utilidad del mayor número se eleva y el castigo se revela como una acción moral.

La consecuencia es que el castigo no tiene sentido si no va a cumplir con su función de reducir la criminalidad. Por ejemplo, no tiene sentido castigar un delito si, por cualquier razón –por ejemplo, porque se ha despenalizado el delito en la fase final del proceso, o sabemos que así ocurrirá de forma inminente– tenemos la certeza de que no va a volver a repetirse.

2.2. *Holismo: el centro de imputación de los cálculos es la comunidad en su conjunto.* Como se ha dicho, una teoría prevencionista justifica el castigo a partir de consecuencias futuras beneficiosas, lo que implica un cálculo de costes y beneficios. Sin embargo, este cálculo no se realiza sobre el delincuente o sobre las víctimas del delito, sino sobre la sociedad en su conjunto.

El holismo es un rasgo típico del utilitarismo. Esta filosofía entiende que los cálculos sobre utilidad, es decir, sobre felicidad y dolor, han de imputarse siempre a toda la comunidad, entendiendo por ello el sumatorio de todos sus individuos. Solo nos interesan los resultados contables globales, extensibles a toda la comunidad y todos sus individuos, no los parciales o sectoriales. Por ejemplo, para juzgar si es justa o no una política económica, debemos juzgar los efectos sobre el producto o la renta de toda la comunidad, de modo que, si aquellos son globalmente positivos, la política es justa, y no nos debe importar que existan resultados parciales negativos que pesen sobre una región, una profesión o una clase social. La razón de adoptar este punto de vista obedece a un principio de equidad o imparcialidad, según el cual "cada uno cuenta como uno y nada más que como uno", o, en otras palabras, las funciones de utilidad de todos los individuos deben ser consideradas y tratadas por igual⁷. Eso significa que los cálculos no pueden prescindir de la función de ningún individuo, y que debemos incluir en ellos a todos los miembros de la comunidad.

4 Jeremy Bentham, *A Fragment on Government* (London: T. Payne, 1776), ii; *The Principles of Morals and Legislation* (London: Pickering, 1823), II, 1. A diferencia de los autores clásicos eudemonistas, la felicidad adquiere aquí un sentido hedonista equivalente a placer, satisfacción o bienestar.

5 Para otro utilitarista como William Godwin, el fin del castigo es "la prevención del ataque hostil de un miembro de la sociedad sobre la persona o la propiedad de otro". William Godwin, *An Enquiry Concerning Political Justice* (London: J. Watson, 1842), 154.

6 Jeremy Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, 1. Tampoco Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach tiene dudas a la hora de definir el castigo como un mal: *Revision der Grundsätze und Gndbegriffe des positiven peinlichen Recths* (Erfurt: Henning, 1799), 5.

7 El "cada uno cuenta como uno y nada más que como uno" es en realidad una atribución a Bentham de su discípulo John Stuart Mill, *Utilitarianism, The Collected Works of John Stuart Mill* (Toronto: University of Toronto Press, 1969), 257.

Pero una consecuencia del holismo utilitarista es que resultará justo que algunos individuos afronten sacrificios no compensados, es decir, sufran pérdidas netas siempre que estas sean una condición para que la mayoría o el mayor número salga ganando. De ese modo, la sociedad como un todo se beneficia, porque el saldo de utilidad es mayor. Esta es la respuesta definitiva a la pregunta de por qué un delincuente debe aceptar moralmente sufrir un mal como la pena: porque el punto de vista que importa en los cálculos de placer y dolor es el de toda la comunidad. Si el delincuente se niega a aceptar moralmente su delito, presume que su función de utilidad vale más que la de los demás, y se estará comportando de un modo egoísta e inmoral.

2.3. El castigo se dirige más bien a los *delincuentes potenciales*. El propósito de castigar un determinado delito es que la sociedad registre una tasa menor de comisión de ese delito. Como se ha dicho, lo que nos interesan son las cifras globales o imputables a la sociedad como un todo. Por esa razón, lo que nos interesa directamente no es tanto que el delincuente, una vez castigado, se reforme y no vuelva a delinquir: el fin en sí mismo es que las cifras globales relativas a la comunidad muestren un descenso en la comisión del delito en dicha comunidad. Nos interesan las cifras *macro*, imputables a la comunidad como un todo; no nos interesan tanto las cifras *micro*, imputables a cada delincuente en particular. Por eso, el mensaje o la comunicación que envía el castigo se envía a la sociedad en su conjunto.

Dentro de la sociedad, nos interesará especialmente el grupo más numeroso, lo que podemos llamar el delincuente potencial, un ciudadano que considera beneficioso realizar una acción, pero al que el castigo le disuadirá de realizarla. No por ello nos olvidamos del delincuente real, es decir, de quien ha sido ya condenado, y al que el castigo trata de reformar o rehabilitar para disuadirle de que reincida. Sin embargo, no hay duda de que este segundo grupo es cuantitativamente muy inferior al primero. Es de hecho posible que un castigo sea incapaz de conseguir la rehabilitación de un solo condenado, y que todos los delincuentes, al salir de la cárcel, reincidan; sin embargo, si dicho castigo rompe la tendencia al alza en la comisión de dicho delito, y evita que los delincuentes potenciales se conviertan en reales, dicho castigo estaría plenamente justificado. El mensaje o la comunicación que envía el castigo o la pena no tienen como principal destinatario al delincuente, sino a la sociedad en su conjunto⁸.

2.4. De ese modo, la pena o el castigo consiste en *amenazas o intimidaciones*. Se advierte a la sociedad entera de que, quien incumpla el código penal, recibirá una consecuencia negativa en forma de castigo. Ahora bien, la amenaza del legislador se concibe en las teorías de la prevención general de dos formas distintas que merecen diferenciarse.

Desde la primera versión, las amenazas o intimidaciones se dirigen a la esfera racional del individuo. Se presume que este es un calculador racional semejante a los consumidores del mercado: se abstendrá de realizar una determinada conducta si observa que el precio de realizarla es demasiado alto. El legislador penal debe así imponer un precio suficientemente disuasorio como para que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta que el legislador quiere evitar. Podríamos denominar esta perspectiva como la corriente racionalista de la

8 Esta idea explica las relaciones entre la filosofía de Bentham y la teoría de la prevención especial, la idea de que el fin del castigo es la rehabilitación del delincuente. Estas relaciones no son de oposición. Bentham no juzga incompatible el prevencionismo especial con el general: al contrario, una forma obvia de reducir los delitos en la sociedad es que los delincuentes habituales no cometan más delitos. Por eso afirma que la finalidad del castigo también se logra cuando se obtienen una de estas tres consecuencias: a) Privar al individuo de la capacidad física de delinquir. b) Privar al individuo del deseo de delinquir. c) Atemorizarle lo suficiente como para que no se atreva a delinquir". Jeremy Bentham, *The Rationale of Punishment* (London: Heward, 1830), 19-21. Sin duda, estas tres alternativas concurren en el delincuente de quien se quiere evitar la reincidencia. Es posible que la prevención especial sea un modo de conseguir la prevención general. Pero, en otros casos no lo es. Nuestro interés más directo no es la reforma o rehabilitación del delincuente, sino la reducción de los delitos en la sociedad; no es lo que ocurra en el criminal, sino en la comunidad.

prevención general. Bentham se incluye sin duda dentro de esta perspectiva⁹.

Sin embargo, esta versión racionalista puede diferenciarse de otra versión que podemos denominar emotivista y mecanicista. En esta versión, el castigo no se dirige a la esfera racional, sino más bien a la esfera emotiva o pasional del individuo, porque trata de inspirarle una emoción muy particular: el miedo. Infundir reiteradamente miedo a las consecuencias del delito constituirá el adiestramiento que el ciudadano precisa para que aborrezca el delito, y adquiera un hábito de aversión hacia él. Lo que hemos llamado amenaza es en estas teorías, más propiamente, intimidación. El legislador debe inspirar mediante su pena una sensación de miedo suficiente para inhibir la pulsión al crimen de los individuos¹⁰.

En una u otra versión, el legislador debe manipular la psicología del individuo¹¹ para dificultarle o disuadirle de delinquir. El castigo es una especie de vacuna que la psicología le administra a la sociedad entera para impedir que algunas de sus células (los individuos más tentados de delinquir) se vean infectadas por el delito.

2.5. La disuasión psicológica es la respuesta a las preguntas *cuánto y cómo castigar*. En la versión de Bentham, el legislador debe imponer un precio suficientemente disuasorio. Ahora bien, Bentham se apercibe de un hecho muy relevante: al delincuente potencial le preocupa no solo la intensidad del castigo al que se le sometería caso de ser sorprendido, sino también cuántas probabilidades tiene de ser sorprendido. De poco sirve imponer un castigo muy severo y amenazante si el delincuente sospecha que será muy difícil que los jueces puedan demostrar que ha violado la ley. Por eso, según Bentham, cuanto más difícil sea sorprender la comisión de un delito y demostrar la culpabilidad del delincuente, será preciso imponer un castigo mucho más severo. En suma, el "precio" final o monto de la pena depende de dos factores: a) Debe imponer un perjuicio suficiente para contrarrestar los posibles beneficios que suponga delinquir¹². b) Debe imponer un perjuicio suficiente para contrarrestar las probabilidades negativas de que el delincuente sea sorprendido y finalmente condenado¹³. Conviene aclarar que, cuando Bentham habla de los beneficios que el ciudadano obtiene del delito, y que el castigo debe contrarrestar, se refiere mayormente a las ganancias que obtiene el delincuente del delito, y no tanto a los daños infligidos a la víctima o a la importancia del bien jurídico atacado. Si hemos de elevar la sanción en virtud de la gravedad del delito o no depende únicamente de la disuasión social que ello produzca. Es posible así que un delito ataque valores morales importantes, pero no sea gravemente sancionado porque la sociedad no necesite un mayor grado de disuasión: puede que la conducta ya se vea muy reprochada e incluso castigada en el ámbito familiar y social, y no sea entonces necesario incrementar una pena que, no lo olvidemos, no deja de representar un mal.

⁹ También es la perspectiva de algunos partidarios de aplicar el análisis económico al derecho penal, normalmente economistas que tratan de extender los criterios de la economía de mercado a las cuestiones morales y políticas, y para los cuales la pena es un precio que el Estado impone para realizar algunas acciones, un precio que debe ser lo suficientemente alto como para resultar prohibitivo. Véase, por ejemplo, Gary Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", en *Essays in the Economics of Crime and Punishment* (New York: NBER, 1974); Ross Homel, *The Politics and Practice of Situational Crime Prevention* (New York: Criminal Justice Press, 1996).

¹⁰ El representante más conspicuo de esta corriente es Feuerbach, para quien el fin de la pena es "ocasionar temor". Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Anti-Hobbes* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967), 213.

¹¹ Este fundamento en la psicología explica que, para algunos psicólogos y psiquiatras, la prevención general sea la finalidad natural de cualquier castigo. Es el caso de Sigmund Freud, "Totem und Tabu", en *Studienausgabe* (Frankfurt: S. Fischer, 1974), 361.

¹² Jeremy Bentham, *The Rationale of Punishment*, 38.

¹³ La cuestión también se relaciona con las aspiraciones de certeza y proximidad que veremos en seguida. Las dificultades probatorias suponen que el legislador "se quedará corto" en estas aspiraciones, y tendrá que aumentar la pena. Jeremy Bentham, *The Rationale of Punishment*, 39 y ss.

En la versión de Feuerbach, sin embargo, el legislador penal se convierte en una especie de ingeniero del miedo que juega con las emociones de sus ciudadanos para inspirarles temor, un temor que debe ser suficiente para neutralizar su impulso al delito¹⁴.

La disuasión, como hemos visto, se consigue mediante la amenaza del legislador. Sin embargo, también se consigue en la fase de ejecución de la pena mediante la imposición de los castigos. Esta tesis nos conduce a dos ideas especialmente subrayadas por la prevención general. La primera es que la prevención y la disuasión exigen la certeza y proximidad en la ejecución del castigo: "la certidumbre de un castigo, aunque sea moderado, causará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de la impunidad"¹⁵. La segunda es la ejemplaridad de los castigos, lo que viene a equivaler a la imposición pública de los mismos. Si el castigo debe aplicarse y ser ejemplar es por su finalidad disuasoria; el objetivo es que los ciudadanos comprueben que la amenaza que representa el castigo es seria y cierta. Aquí se aprecia nitidamente que el castigo es un mal en el cual el daño al delincuente es un instrumento con el que tratamos de manipular psicológicamente a nuestro verdadero destinatario, que es la sociedad entera¹⁶.

Por último, creo que debe aludirse, aunque minimamente, a una de las preocupaciones fundamentales de Bentham: el modelo de prisión. La seguridad ha sido una inquietud esencial para las teorías de la prevención general, y Bentham no fue una excepción. El modelo favorito de penas preconizado por Bentham también se ocupa de proporcionar seguridad mediante un modelo de prisión extremadamente segura, donde la vigilancia fuese permanente, y que denominaba *panóptico*. Bentham ofreció incluso una propuesta arquitectónica de prisión segura y máximamente vigilada, una construcción circular en la cual, desde el centro, un vigilante invisible por los presos tendría pleno acceso a lo que ocurriera en todas las celdas dispuestas a su alrededor. A su vez, el director de la prisión debería permanecer vigilado mediante inspecciones periódicas de las autoridades en representación de la comunidad¹⁷.

¹⁴ Hasta cierto punto, Feuerbach sí reconoce, a diferencia de Bentham, que la pena debe adecuarse al valor o la importancia del bien puesto en peligro, razón por la cual, por ejemplo, no hay duda de que un ataque a la vida merece más pena que un ataque a la propiedad. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Guntbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 243 y ss. Por este apunte, Feuerbach es a veces mencionado como un precursor del principio de proporcionalidad. Sin embargo, otros apuntes lo devuelven de inmediato a la órbita prevencionista. Sin duda, no es fiel al principio de proporcionalidad la idea de que, sea cual sea el delito cometido, es preciso castigar más severamente a las personas más propensas a la delincuencia, entre los que señala a los que padecen mala educación o bajas pasiones (Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Guntbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 373). Y, en su polémica con Beccaria, su defensa de la pena de muerte descansa en su carácter altamente intimidatorio. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde* (Göttingen: Editorial de la Universidad de Jena, 1800), 253 y ss.

¹⁵ Se discute entre los prevencionistas si la dureza del castigo es una condición necesaria para su éxito preventivo, una discusión nutrida de un gran aparato científico (psicológico) y estadístico. Para el seguimiento de esta distinción, es recomendable Josep Maria Vilajosana, *Las razones de la pena* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 46 y 47.

¹⁶ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (Italia: Creative Commons, 2021), 51, <https://ia902306.us.archive.org/12/items/dei-delitti-e-delle-pene/Dei%20delitti%20e%20delle%20pene.pdf>.

¹⁷ Feuerbach, en principio, era contrario al carácter ejemplarizante de los castigos públicos, por entender que suponen una excesiva instrumentalización del delincuente, que queda reducido a mero objeto al servicio de fines sociales. Véase su *Revision der Grundsätze und Guntbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 89 y ss. Pero, paradójicamente, también acepta que los castigos deben ser públicos, y por la misma razón: deben serlo, pero únicamente para demostrar la seriedad de la amenaza penal. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Recht* (Giessen: G.F. Heyer, 1831), 99-100.

¹⁸ Sus conversaciones con arquitectos y sus diseños personales se hallan en la caja 119 custodiada por la UCL. Véase también Jeremy Bentham, *The Rationale of Punishment*, 351-369. Los tres experimentos de prisiones panópticas más conocidos fueron los de Petite-Roguette (1836) y Rennes (1877), en Francia, y Stateville (1926-1935) en Estados Unidos.

3. Algunas críticas difícilmente superables

- 3.1. La prevención general concibe la legislación penal como una especie de cálculo relativo a costes y beneficios: tenemos un conjunto de cifras sobre experiencias placenteras y dolorosas, y hemos de procurar que el conjunto de estas sea positivo.

Ahora bien, esta teoría se apoya en la idea de que también los delincuentes potenciales realizan cálculos de utilidad. Recordemos que el legislador empezaba poniéndose en la mente de todos los delincuentes potenciales, e interpretaba que estos decidirían delinquir cuando la operación de restar el riesgo de ser sancionado a un determinado castigo de los beneficios de delinquir resultara positiva. El problema es que, en ese caso, presumimos que los delincuentes potenciales son o pueden ser calculadores racionales puros, y la realidad es que están lejos de serlo. Los delincuentes, sobre todo en algunos delitos, actúan más por impulso o emoción que por cálculo racional, y la prueba es que muchos de ellos actúan incluso cuando concurren muchas posibilidades de ser sorprendidos y castigados con dureza, y el beneficio que van a obtener por el delito es escaso o muy escaso. Para una filosofía del castigo, presumir una psicología errónea del delincuente no es un buen punto de partida¹⁸.

Ya que hablamos de los problemas de cálculo, las operaciones matemáticas de Bentham incorporan otro: se trata de cálculos hedonistas en los que juega un papel destacado el beneficio que obtiene el delincuente de su delito. Pero, si nos concentramos en los beneficios que obtiene el delincuente, entonces se suceden algunas paradojas. Por ejemplo, deberíamos dejar de castigar, o castigar muy levemente, algunas conductas en las que el delincuente apenas saldrá beneficiado: por ejemplo, en el grado de tentativa, el delincuente no resulta beneficiado; en algunos delitos contra la seguridad en el tráfico, los daños infligidos a terceros son a veces inmensos, pero los beneficios que se obtienen son exigüos (llegar a casa unos minutos antes, por ejemplo), lo que debería redundar en castigos levisimos.

- 3.2. Un problema general de todas las teorías prevencionistas es la violación de un principio nuclear en nuestro Derecho, como es la proporcionalidad entre delitos y penas. Como es sabido, el principio de proporcionalidad posee en Derecho penal un significado doble. Por un lado, significa que hemos de tratar por igual los casos iguales, de modo que dos delincuentes que hayan cometido la misma ofensa han de recibir la misma sanción; por otro, significa que la sanción ha de responder a la gravedad de la ofensa o a la importancia del valor social atacado. El prevencionismo general negaría la segunda de estas acepciones¹⁹. En primer lugar, el prevencionismo puede justificar la imposición de castigos severos a conductas poco ofensivas: pensemos, por ejemplo, en el delito de falsificación de moneda, para el que Bentham postulaba penas muy severas porque las dificultades de prueba

exigen redoblar la amenaza²⁰. En segundo lugar, el prevencionismo puede justificar la imposición de castigos muy leves a delitos graves si pensamos que se cometen raramente y hay apenas riesgo de que su comisión aumente. Por último, caso de constatar que la amenaza no es disuasoria, la lógica del prevencionismo impone elevar aún más la sanción; pero el problema es que, por desgracia, no son pocos los delincuentes que no dudan en cometer acciones criminales aun sabiendo que la pena es alta y el beneficio escaso. En estos casos, la lógica de la prevención general conduce a un encarnizamiento de la pena, porque obliga a incrementar en una medida extensa e incierta su severidad²¹.

Un problema derivado de subordinar las penas a la disuasión es que estas tendrán entonces un carácter provisional y contextual: las sociedades se ven muy atemorizadas en ocasiones por un tipo de castigos que, tiempo después, deja de surtir dichos efectos. La disuasión depende en buena medida del estado psicológico de la comunidad, algo que varía y está sujeto a circunstancias culturales y sociales cambiantes que deben ser evaluadas por cada legislador. La consecuencia es que, en contra de lo que se dice muchas veces, el prevencionismo no está en condiciones de decir nada a favor o en contra de ningún tipo de castigo en concreto: este puede ser útil o inútil en virtud de las circunstancias. Por ejemplo, los partidarios de la prevención general afirman a veces que su teoría es la única capaz de refutar las justificaciones de la pena de muerte, porque es la que proporciona el argumento más contundente contra ella; este argumento sería la evidencia empírica de que la pena de muerte, lejos de reducir la delincuencia, en realidad, la eleva²². Sin embargo, este argumento es un argumento contextual, porque depende de la experiencia empírica que tenemos aquí y ahora: ¿qué ocurriría si, pasado el tiempo, se revelara que la pena de muerte sí es eficaz y sí consigue reducir la tasa de criminalidad? En ese caso, la lógica de estos autores les obligará a justificar la pena de muerte.

- 3.3. Además de vulnerar el principio de proporcionalidad, estas teorías también se enfrentan con el principio de culpabilidad. Los conflictos entre la prevención general y el principio de culpabilidad se han traducido en dos argumentos críticos: el problema del chivo expiatorio y la pena pre-delictual. Les dedicaré respectivamente esta sección y la siguiente.

Supongamos el siguiente caso²³. En una localidad del sur de Estados Unidos se ha cometido un crimen horrible. La población blanca, mayoritaria, está convencida por algún indicio débil de que ha sido cometido por un varón de la minoría afroamericana. La mayoría blanca empieza a ocasionar desórdenes: quemas de casas en los barrios de esta minoría y ataques físicos a sus vecinos. Al sheriff le llegan rumores de que el *Ku Klux Klan* está organizando varios linchamientos para escarmentar a esta población. El sheriff decide elegir a un varón afroamericano al azar, esparcir algunas manchas de sangre en su casa e imputarle el asesinato. Con esa medida, cree salvar la vida a muchos ciudadanos

²⁰ Jeremy Bentham, *The Rationale of Punishment*, 40. Es bien conocido que el último ejecutado por hoguera en Europa fue por falsificación de moneda: Catherine Murphy, quemada en 1789 en Londres.

²¹ Para Roxin, la teoría de la prevención general "se encuentra siempre ante el peligro de convertirse en terror estatal. Pues la idea de que penas más altas y duras tengan un mayor efecto intimidatorio ha sido históricamente... la razón más frecuente de las penas sin medida". Claus Roxin, *Derecho penal* (Pamplona: Civitas, 2015), 93. Ferrajoli, pese a su proximidad a las teorías de la prevención general, tampoco deja de reconocer lo siguiente: "La prevención general por medio de la conminación legal, si bien sirve como baluarte frente al terrorismo penal judicial, no ampara en cambio contra el proveniente del legislador". Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Trotta, 1989), 268.

²² Es en el fondo el argumento de Beccaria contra la pena de muerte. Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cap. 28. No debe soslayarse que Beccaria sostiene un segundo argumento ya no puramente prevencionista, sino contractualista: un individuo nunca suscribiría concederle al Estado la facultad de ejecutarle. Bentham, por ejemplo, se muestra en general reacio a la pena de muerte por su ineficacia, pero no la niega cuando pueda "estremecer el sentimiento público en su grado más alto", y, en ese caso, describe las condiciones ejemplarizantes en que debería imponerse en sus Jeremy Bentham, *Principles of Penal Law* (Adelaide: ebboks&Adelaide, 2014), Part. I, Book ii, Chap. XII, § 3; Part. III, Chap. IX, Problem VI.

²³ El ejemplo es de Henry John McCloskey, "Utilitarian and Retributive Punishment", *The Journal of Philosophy* 67, n.º (1967): 91 y ss. <https://doi.org/10.2307/2024096>. Algunos detalles y circunstancias si son añadidos.

¹⁸ Esta crítica no es imputable a Feuerbach. Para este autor, el delincuente debe ser contemplado como alguien carente de libertad y, por tanto, condicionado o determinado al crimen, de modo que no podemos esperar de él elecciones racionales. Lo que se puede emprender con el delincuente es, como se ha dicho, una tarea de adiestramiento: si ha aprendido por el ejemplo que de algunas acciones se derivan consecuencias negativas o dolorosas, por asociación de ideas, vinculará inmediatamente dolor a la representación mental de dichas acciones, y se abstendrá de realizarlas. Esta vinculación no exige razonamientos, y se sucede de una forma mecánica e inconsciente. Puede verse una explicación muy detallada de los vínculos entre Feuerbach y la psicología asociacionista en Luis Greco, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach* (Madrid: Marcial Pons, 2015), 75-93. Sin embargo, el precio que paga Feuerbach por eludir esta crítica es demasiado alto. Mientras Bentham sobrevalora lo racional en la naturaleza humana, Feuerbach la degrada, y es así explicable que Hegel le reprochara comparar al delincuente con un perro al que levantamos un palo. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke* (Berlin: Eduard Gans, 1833), § 99, 138-139.

¹⁹ Ya Samuel von Pufendorf afirmaba que las penas no están en proporción natural con los delitos, sino únicamente en relación con la "utilidad de la comunidad". *De iure natura et gentium* (Oxford: Oxford UP, 1934), parágrafo 24. También desvincula prevención general y proporcionalidad. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Boston: Little Brown and Company, 1992), 223.

afroamericanos que, de otro modo, serían linchados. Pronto cesan los alborotos, y todos se olvidan de represalias y linchamientos.

La pregunta que nos formulamos es: en aplicación estricta de la filosofía de Bentham, ¿no estaría justificado castigar a este individuo elegido al azar? En principio, el razonamiento del sheriff satisface todas las previsiones de su filosofía en torno a la justificación del castigo. Un castigo se justifica atendiendo prospectivamente a la finalidad de que se cometan menos delitos: imputar el crimen va a salvar varias vidas y evitar varios linchamientos. Es cierto que el delincuente no ha obtenido aquí beneficio alguno del delito, por la sencilla razón de que, como el sheriff sabe perfectamente, no ha cometido delito alguno. Sin embargo, no nos olvidemos de que el prevenciónismo es general; especialmente en su versión utilitarista, es una filosofía holista en la cual lo que cuenta es el beneficio de toda la sociedad. El castigo es un mal, pero un mal justificado si se obtiene un beneficio superior atribuible a la comunidad como un todo. En realidad, el ciudadano arrestado por el sheriff debería aceptar su sacrificio no compensado. Por supuesto, el sheriff ha conculcado por completo el principio de culpabilidad, y es quien debería ser sancionado.

Este argumento de reducción al absurdo no pretende acusar a Bentham de defender a un sheriff como este, o de patrocinar una teoría del chivo expiatorio: sin duda, se mostraría en contra de una política criminal semejante²⁴. El problema es que su filosofía no tiene ningún elemento teórico que desautorice esta conducta; al contrario, posee algunos que la respaldan.

- 3.4. Si nuestro objetivo fundamental es evitar que se cometan nuevos delitos, ¿por qué esperar a que estos se verifiquen en la práctica? Si existe una probabilidad más o menos elevada de que uno o varios individuos vayan a cometer un delito, en ese caso estamos ya facultados para infligirles un mal. De ese modo, obtenemos un beneficio doble: impedimos un delito y cumplimos con la función social disuasoria.

Conviene advertir que, en este caso, hablaríamos no de una medida de seguridad, sino de un castigo propiamente dicho. El castigo consiste en infligir un mal a un individuo con el fin de obtener el beneficio superior de reducir la tasa de criminalidad. En ese caso, encarcelar a cualquiera que se ubique en lo que llamamos riesgo de delinquir cumple con los requisitos para que hablemos de un castigo. La única diferencia es que el castigo se impone a delincuentes potenciales, y no a delincuentes en acto; pero tales medidas son penas o castigos en sentido estricto.

La tradición utilitarista se ve de nuevo atrapada por esta consecuencia indeseable. Ya desde Bentham, se estableció una relación conceptual entre felicidad y seguridad: la seguridad es una condición necesaria para la felicidad humana, y esta se ve gravemente menoscabada en situaciones de peligro o de miedo a los demás. Un individuo del que tememos la comisión de un delito ya nos ha infligido dolor y reducido nuestra función de utilidad, luego estará justificado castigarle desde que nos infunde ese temor²⁵. La idea ha

llegado hasta nuestros días en algunas reformas del Derecho penal inglés, que permiten a cualquier agente de policía emitir *antisocial behaviour orders* (órdenes de arresto por conducta antisocial); el problema es que una conducta antisocial es definida como cualquier acción que provoque en los demás ciudadanos sensación de "acoso, alarma o inquietud" (*harassment, alarm and distress*), lo que permite a los agentes arrestar e iniciar procedimientos criminales por cualquier conducta que consideren *disturbing* o molesta²⁶.

- 3.5. Por último, suponer que la finalidad del Derecho penal es la disuasión presenta problemas morales más profundos. La acusación más severa es la objetualización del delincuente. El propósito de su castigo es servir de instrumento para que los delincuentes potenciales se vean disuadidos. El castigo no depende de los efectos que produzca en él, sino de los que producirá en otros. Lejos de ser un protagonista del Derecho penal, se convierte en un objeto al servicio de otros fines de los que no forma parte.

La idea de la objetualización ha sido rechazada por algunos defensores de la prevención general. Su defensa se posa especialmente sobre la versión más racionalista y seguidora de Bentham. En ella, el castigo puede interpretarse como un precio que el legislador le anuncia al individuo en caso de que este decida contravenir la ley: si decide cometer el delito, la pena es el precio que tendrá que pagar. Este precio será lo suficientemente elevado como para prever que cualquier persona inteligente se abstendrá de delinquir. Para algunos autores, este planteamiento respeta plenamente la libertad del individuo. No solo eso, sino que puede calificarse de plenamente liberal, porque se abstiene de moralizar o de condenar moralmente al individuo; este puede respetar las leyes únicamente por miedo al código penal, y no por razones morales, e incluso puede enfrentarse a las leyes si así lo desea asumiendo el precio correspondiente²⁷.

Sin embargo, esta defensa tropieza con varias dificultades. En primer lugar, parece sugerir que el Estado, en aras del respeto a los principios liberales, le abre la puerta al ciudadano para que, si es su deseo, infrinja las leyes. Pero el Estado no puede permitirse ofrecerle al ciudadano esta posibilidad, y su misión es mantener esa puerta cerrada. En segundo lugar, este planteamiento parece olvidarse de nuevo de la idea más extendida de culpabilidad, según la cual el Derecho penal castiga porque el individuo es culpable. En esta versión, sin embargo, si se impone la sanción no es pensando en el propio individuo, sino en la comunidad: la pena se aplica para que cumpla una función ejemplarizante e intimidatoria, y para subrayar la idea de que la amenaza con la que se formuló en las leyes era seria. La idea de la culpabilidad del delincuente como antecedente de la pena se disuelve ante cálculos psicológicos prospectivos que se imputan a toda la comunidad. Por último, si la pena se reduce a un precio de este tipo, no será posible distinguir conceptualmente entre la conducta de los funcionarios públicos que imponen una sanción y la conducta de un chantajista o de un secuestrador que amenaza con revelar un secreto o ejecutar a un rehén caso de que no se observe la conducta que le interesa²⁸.

²⁴ Podría aducirse aquí que la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, que equivale al principio de legalidad penal, se atribuye a Feuerbach, un partidario de la teoría de la prevención general y de la comprensión del castigo como disuasión. Véase Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Recht*, parágrafo 20. Esta atribución es algo exagerada: "No obstante, sería erróneo afirmar que el principio de legalidad se deba solo al genio de Feuerbach. Un reconocimiento importante se encontraba ya por ejemplo en los arts. 7, 8 y 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y en los arts. 2 y 3 del *Code des Délits et de Peines* de la Francia revolucionaria de 1795". Luis Greco, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, 57. En cualquier caso, el principio de legalidad en Feuerbach es dependiente de la finalidad de la pena, que es la intimidación; esta finalidad solo puede alcanzarse mediante la determinación de la ley. La única forma de que se conecten claramente en la mente del delincuente el objeto del placer (el delito) y la fuente de un dolor aún mayor correspondiente (la pena) es mediante leyes claras y generales. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Gündbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 49.

²⁵ Por eso un utilitarista y prevenciónista como Godwin no duda en postular una "inspección general" sobre la conducta social, que funcionaría como un "ojo público". William Godwin, *An Enquiry Concerning Political Justice*, 545.

²⁶ Reino Unido Parlamento del Reino Unido, *Crime and Disorder Act 1998* (Reino Unido: Parlamento del Reino Unido, 1998). Lejos de admitir que estamos ante el viejo prevenciónismo, los juristas y sociólogos que las han defendido han tratado de teñirlas de retribucionismo al afirmar que van destinadas a individuos que vulneran a sabiendas un derecho fundamental de los individuos: el derecho a vivir sin miedo. Véase Peter Ramsay, *The Insecurity State* (Oxford: Oxford UP, 2012), 54-67. Sin embargo, este derecho es una ficción, porque el miedo es una emoción subjetiva que no siempre responde a causas objetivas y verificables.

²⁷ Creo que este es el planteamiento de Luis Greco, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, 366-397.

²⁸ Este trabajo ha sido financiado por los proyectos del Ministerio español de Ciencia, Innovación y Universidades PID2024-146061NB ("Derecho correcto. Criterios de corrección en la práctica jurídica") y PID2022/136352NB-100 ("La dimensión performativa del razonamiento jurídico").

Bibliografía

Beccaria, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Italia: Creative Commons, 2021. <https://ia902306.us.archive.org/12/items/dei-delitti-e-delle-pene/Dei%20delitti%20e%20delle%20pene.pdf>.

Becker, Gary. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. New York: NBER, 1974.

Bentham, Jeremy. *A Fragment on Government*. London: T. Payne, 1776.

———. *The Principles of Morals and Legislation*. London: Pickering, 1823.

———. *The Rationale of Punishment*. London: Heward, 1830.

———. *Principles of Penal Law*. Adelaide: ebboks&Adelaide, 2014.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1989.

Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von. *Revision der Grundsätze und Gndbegriffe des positiven peinlichen Recths*. Erfurt: Henning, 1799.

———. *Bibliothek für die peinliche Recthswissenchaft und Gesetzkunde*. Göttingen: Editorial de la Universidad de Jena, 1800.

———. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Recht*. Giessen: G.F. Heyer, 1831.

———. *Anti-Hobbes*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967.

Freud, Sigmund. "Totem und Tabu". En *Studienausgabe*. Frankfurt: S. Fischer, 1974.

Godwin, William. *An Enquiry Concerning Political Justice*. London: J. Watson, 1842.

Greco, Luis. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke*. Berlin: Eduard Gans, 1833.

Homel, Ross. *The Politics and Practice of Situational Crime Prevention*. New York: Criminal Justice Press, 1996.

McCloskey, Henry John. "Utilitarian and Retributive Punishment". *The Journal of Philosophy* 67, n.º (1967): 91-110. <https://doi.org/10.2307/2024096>

Mill, John Stuart. *Utilitarianism, The Collected Works of John Stuart Mill*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.

Mir Puig, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown and Company, 1992.

Pufendorf, Samuel von. *De iure natura et gentium*. Oxford: Oxford UP, 1934.

Ramsay, Peter. *The Insecurity State*. Oxford: Oxford UP, 2012.

Reino Unido Parlamento del Reino Unido. *Crime and Disorder Act 1998*. Reino Unido: Parlamento del Reino Unido, 1998.

Roxin, Claus. *Derecho penal*. Pamplona: Civitas, 2015.

Vilajosana, Josep María. *Las razones de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

RACIONALIDAD INSTRUMENTAL DEL LEGISLADOR Y ESTEREOTIPOS SOCIALES SOBRE LA DELINCUENCIA: MODELOS DE ARGUMENTACIÓN PUNITIVISTA

**INSTRUMENTAL RATIONALITY OF THE
LEGISLATOR AND SOCIAL STEREOTYPES
ON CRIME: MODELS OF PUNITIVE
ARGUMENTATION**

Resumen: El análisis de los discursos que los legisladores elaboran para justificar las propuestas de reforma legislativa que pretenden ampliar la intervención penal (creando o ampliando delitos, o agravando penas) permite detectar cuáles son los presupuestos conceptuales y los argumentos que se utilizan para defender los beneficios de la expansión punitiva. En el trabajo se estudian cuatro reformas del Código Penal español en sentido punitivista y se ponen de manifiesto los estereotipos y prejuicios de los que legisladores de todas las ideologías parten, a la hora de concebir el papel del Derecho Penal y sus efectos sobre los fenómenos de desviación social. Se concluye que los discursos político-criminales de los legisladores suelen carecer de rigor, limitándose a reflejar sus prejuicios y los de los grupos de presión y careciendo habitualmente de cualquier sustento empírico sólido.

Palabras clave: Racionalidad; Populismo punitivo; Prevención; Fines de las penas; Análisis crítico del discurso.

Abstract: Analysis of discourses elaborated by legislators to justify the proposals of legislative reform that intend to extend the penal intervention (creating or extending crimes, or aggravating penalties) allows to detect which are the conceptual presuppositions and the arguments used to defend the benefits of the punitive expansion. In the paper, four punitive reforms of the Spanish Penal Code are studied and the stereotypes and prejudices of those that legislators (of all ideologies) start from, when it comes to conceiving the role of Criminal Law and its effects on the phenomena of social deviation. It is concluded that the penal discourses of legislators usually lack rigor, only reflecting prejudices of legislators and lobbies, and usually lacking any solid empirical support.

Keywords: Rationality; Penal populism; Prevention; Function of sanctions; Critical discourse analysis.

Sumario: 1. Los discursos legislativos como objeto de estudio. 2. Racionalidad instrumental y función motivadora de la norma penal. 3. El destinatario de las normas penales: casos de estudio. 3.1. Cuatro modelos de destinatario. 3.2. Caso 1 (terrorismo). 3.3. Caso 2 (hurto). 3.4. Caso 3 (seguridad vial). 3.5. Caso 4 (violencia contra las mujeres). 3.6. Tabla comparativa. 4. Semántica del discurso legislativo sobre los destinatarios de las normas. 4.1. Introducción. 4.2. Configuración del espacio semántico: dominios conceptuales predominantes. 4.3. Conceptualización: temas prominentes en cada discurso. 5. Categorización: tipología de delincuentes-modelo. 6. Crítica: estereotipos legislativos, ideología punitivista y realidad empírica.

¹ Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Oviedo, España. Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas (Derecho Penal), Campus del Cristo. Contacto: paredesmanuel@uniovi.es.

1. Los discursos legislativos como objeto de estudio

Todo legislador contemporáneo presume de proponer y de adoptar decisiones racionales. Más aún: presume asimismo de que sus decisiones resultan no sólo racionales, sino, además, también razonables desde el punto de vista de la razón pública². Así, al menos en los discursos públicos, y especialmente en aquellos discursos públicos emitidos en las situaciones más intensamente institucionales (como ocurre, por ejemplo, con las declaraciones públicas de representantes del gobierno o de los grupos parlamentarios cuando presentan un proyecto de ley, con las exposiciones de motivos de dichos proyectos y con las intervenciones y debates en sede parlamentaria), parece casi imposible –más allá de algún caso anecdótico– encontrar ejemplos de líderes políticamente relevantes que declaren proponer o apoyar un proyecto de nueva ley o de reforma de una ley preexistente tan solo por razones puramente egoístas, expresivas o emocionales. Ocurre, en efecto, que, cuando menos en la cultura occidental, la racionalidad es concebida como una virtud, pero también (y, paradójicamente, al mismo tiempo) como un presupuesto (una condición trascendental, en el sentido kantiano), imprescindible para que un discurso práctico –en torno al actuar– pueda cobrar sentido. Y que, además, en la cultura política occidental, también se considera que la razonabilidad intersubjetiva constituye una virtud política de primer orden.

Por supuesto, podría suceder que esta pretensión de racionalidad resultase simplemente mendaz: podría ocurrir que se tratase tan solo de un caso de hipocresía, ese –en palabras de La Rochefoucauld– “tributo que el vicio rinde a la virtud”; es decir, que los legisladores, siendo conscientes del valor que se atribuye en nuestra cultura a la virtud de la racionalidad, disimulasen, detrás de sus alegaciones de estar actuando racionalmente, puros intereses, puras emociones o puros prejuicios. Y, desde luego, algo de eso hay siempre: sabiendo cómo transcurre la dinámica política real, ni siquiera el más desinteresado y sereno de los líderes políticos puede ni debe prescindir por completo de las implicaciones emocionales, simbólicas y electorales de aquellas decisiones políticas que adopta. De manera que sí, es cierto: en algún sentido (limitado, cuando menos), existe siempre, cuando se propone un cambio legislativo, cierta hipocresía en las alegaciones de que se hace por (pura) racionalidad, por el “interés general”.

Ahora bien, siendo esto cierto, también lo es, me parece, que no constituye toda la historia, sino tan sólo una parte. Que, por el contrario, también es verdad que, por regla general, y dentro de ciertos límites, los legisladores también tienen la intención, cuando proponen reformas legales, de obtener a través de ellas determinados resultados ligados (cuando menos, según el marco de creencias en el que ellos piensan) al “interés general”. Y que tal intención es, muchas veces (aunque, desde luego, no siempre), sincera. Es decir, que, como regla general, la acción legislativa no es, ni puede ser, nunca puramente racional, pero tampoco es puramente irracional: es (como toda acción humana y, especialmente, como toda actuación política) el fruto de decisiones adoptadas a partir de una combinación inextricable de motivos racionales egoístas, de motivos racionales altruistas (pro-sociales, en beneficio de un interés colectivo) y de motivos “irracionales” (emocionales y/o expresivos)³.

En este trabajo quisiera concentrarme exclusivamente en la segunda clase de motivos referidos: en aquella parte de la motivación del legislador para actuar que puede ser valorada como (conjunto de) motivos pro-sociales; aquellos que dependen de la intención de obtener, merced a la acción legislativa, un resultado beneficioso (según su punto de vista) para el “interés

² Por razón pública (en tanto que forma intermedia de justificación –intermedia, en comparación con el juicio puramente moral de las decisiones morales colectivas y de las decisiones políticas) hay que entender la exigencia de que las reglas de racionalidad práctica que proponemos y aplicamos resulten les justificables o, cuando menos, racionalmente aceptables, a todos aquellos sujetos concernidos por la aplicación de dichas reglas. Jonathan Quong, “Public Reason”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 20 de mayo de 2013, <https://plato.stanford.edu/entries/public-reason/>.

³ Prescindo aquí de una característica adicional: que se trata de una decisión (de actuar) adoptada colectivamente. Sobre este último rasgo, vid. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga (Madrid: Marcial Pons, 2005), 29 y ss.

general” (definido igualmente conforme a su propio marco de creencias). Tal y como más arriba se indicó, la motivación pro-social del legislador es la que normalmente aparece de un modo más explícito, en forma de razones para actuar, en los discursos públicos que profiere –en especial, en los de perfil más institucional– y que están destinados a justificar la acción legislativa.

De entre dichas razones, unas harán referencia a argumentos de naturaleza moral y otras, en cambio, a argumentos de índole instrumental. Así, en el caso concreto –el que aquí nos interesa– de las reformas penales por las que bien se crean o amplían delitos, o bien se crean o agravan penas, las razones morales aducidas por los legisladores para justificarlas suelen tener que ver con: 1º) la valoración moral que, conforme a determinados principios morales, que se pretende que son universalmente aceptados, debería otorgarse a la conducta prohibida y penada; y 2º) los sentimientos morales que la mayoría de la ciudadanía albergaría (sea esto o no cierto) en relación con dicha conducta.

Mucho puede y debe decirse respecto de estas dos clases de argumentos morales, con el fin de determinar críticamente cuál es su verdadera fuerza⁴. No obstante, yo aquí deseo concentrarme más bien en la otra clase de razones que el legislador suele aducir, intentando justificar la racionalidad de su empeño: las razones instrumentales. La racionalidad instrumental de una acción hace referencia a la idoneidad de la misma, en atención a los resultados que se pretende lograr con ella. En este sentido, una acción (legislativa, por ejemplo) es tanto más racional, desde la perspectiva meramente instrumental, cuanto mayor sea la coherencia entre las consecuencias causales de la misma que son previsibles y los estados de cosas que se desea que tengan lugar⁵.

2. Racionalidad instrumental y función motivadora de la norma penal

En el caso concreto del Derecho Penal, las razones de índole instrumental aducidas para justificar la acción legislativa por la que se crean o amplían delitos, o se crean o agravan penas, suelen tener que ver con la función que la norma penal que se pretende promulgar debería cumplir en la etapa de conminación (en el momento, pues, en el que, mediante actos de habla, el contenido prescriptivo de la norma es comunicado a sus destinatarios). Por el contrario, resulta inusual que durante la discusión legislativa sobre el Derecho Penal sustantivo se haga referencia a los efectos de las normas en las etapas de enjuiciamiento o de ejecución penal. No, cuando menos, para traer a colación los argumentos principales del debate, que suelen tener que ver más bien con el momento de la conminación⁶.

⁴ De unos y de otros me he ocupado ya en trabajos anteriores: por lo que hace a la primera clase (el delito como conducta inmoral y la pena como respuesta a la misma), vid. José Manuel Paredes Castañón, *La justificación de las leyes penales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013); y en relación con la segunda (el delito como escándalo moral en contra de las creencias mayoritarias), vid. José Manuel Paredes Castañón, “Punitivismo y democracia: las “necesidades sociales” y la “voluntad popular” como argumentos político-criminales”, *Libertas*, n.º 4 (2016): 153-202.

⁵ Niko Kolodny y John Brunero, “Instrumental Rationality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 13 de febrero de 2013, <https://plato.stanford.edu/entries/rationality-instrumental/>.

⁶ Hay, no obstante, excepciones: principalmente, en el caso de las reformas que afectan a las penas, cuando se discute de modo acerbo acerca de si una determinada pena está (por su naturaleza o por su magnitud) moralmente justificada, pueden aparecer argumentos adicionales –en todo caso, siempre de importancia secundaria– relacionados con la racionalidad instrumental del proceso de determinación de la pena o de su régimen de ejecución. Así ha ocurrido, por ejemplo, recientemente en España, en relación con la pena de prisión permanente revisable (introducida por el legislador español en la reforma del Código Penal de 2015), cuando se discute sobre la racionalidad de su régimen de revisión. Y algo parecido viene ocurriendo en el debate internacional acerca de la pena de muerte, en el que en ocasiones se argumenta en torno a la ineficiencia (por su lentitud y por su coste) del proceso de aplicación de la pena. Debe observarse, sin embargo, que en ambos casos los argumentos referidos a los momentos de la imposición o de la ejecución de la pena son siempre secundarios. Y más aún lo son los relativos a la racionalidad instrumental de dichos procesos, dado que el debate se concentra principalmente en cuestiones de justificación moral.

Así pues, en los discursos del legislador, junto con razones de índole moral, las razones de naturaleza instrumental que suelen alegarse para justificar la reforma legal que crea o amplía un delito, o que crea o agrava una pena, habitualmente tienen que ver con la función de motivación que las normas penales deberían cumplir en el momento de la conminación. Lo que se suele argumentar, en efecto, es que la creación de un delito (sea porque el delito no existía previamente, o porque la conducta en cuestión anteriormente no resultaba subsumible en el mismo, o lo era en uno menos grave), o la agravación de su pena, constituyen acciones idóneas para producir (o, si se trata de una agravación, para incrementar) el efecto de motivación que la norma penal es idónea para causar en sus destinatarios; un efecto que, en tanto la reforma legislativa no tenga lugar, no se produce, de manera que –se sostiene– existiría un grave riesgo de que la política pública (de no intervenir prohibiendo y sancionando, o sancionando más) tuviese efectos criminógenos, incentivando mediante la omisión la realización de conductas desviadas respecto de las normas de comportamiento social deseable.

El modelo de secuencia causal que parece estar implícito en este tipo de discurso es el siguiente:

- La conminación mediante la norma penal (mediante su creación y ulterior comunicación reiterada) es un acto de habla, a través del cual el legislador-emisor (actuando como mensajero del Estado) pretende transmitir un mensaje al destinatario de la norma-receptor. Un mensaje cuyo significado es una combinación de prescripción y de amenaza: prescripción (acto de habla directivo), por cuanto se prohíbe realizar una determinada clase de acciones; y amenaza (acto de habla comisivo)⁷, en la medida en que se promete causar un mal al receptor, en el caso de que no cumpla con la prohibición.
- En las condiciones idóneas, el mensaje transmitido introduce uno o varios motivos adicionales (a los que previamente hubiera ya) en el proceso de motivación del destinatario de la norma que determina sus acciones.
- En tales condiciones idóneas, cuanto más grave sea la acción que el emisor promete llevar a cabo (cuanto mayor sea la entidad de la amenaza), más intenso será el efecto motivacional de la conminación legislativa sobre el destinatario de la norma. De este modo, el efecto motivacional de la promulgación de un delito sería siempre, *ceteris paribus*, superior al de otras prescripciones. E igualmente, el efecto motivacional de una pena más grave sería siempre –en las mismas condiciones– más intenso al de una pena más leve.

De nuevo, serían muchas las observaciones críticas que podrían realizarse acerca del simplismo de este modelo de la secuencia causal que opera en el momento de la conminación penal. Simplismo, de una parte, por lo que hace al modelo de comunicación entre legislador y destinatario de la norma del que se parte, que parece ignorar las dificultades que en el proceso comunicativo introducen tanto la existencia de ruido ambiental (de naturaleza, sociocultural), que interfiere en la comprensión del mensaje normativo por parte de sus receptores, como lo idiosincrásicos que resultan ser siempre los procesos de descodificación por parte de estos⁸. Pero simplismo también, de otra, a la hora de concebir el proceso de motivación psíquica de los individuos, que es entendido sobre la base de un conductismo ingenuo, en el que se ignoran características de dicho proceso (su naturaleza de sistema complejo y la naturaleza no lineal

⁷ Sobre los conceptos de la teoría de los actos de habla aquí implicados, vid. John R. Searle, "Una taxonomía de los actos ilocucionarios", trad. Luis María Valdés Villanueva, en *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, ed. Luis María Valdés Villanueva (Madrid: Tecnos, 1991), 459-466.

⁸ Ubaldo Cuesta, *Psicología social de la comunicación* (Madrid: Cátedra, 2000), 95 y ss, 155 y ss. De hecho, muchas teorías criminológicas (como la de la anomia o la de las subculturas criminales) parten de tales dificultades de comunicación para intentar proporcionar explicaciones más convincentes de las dinámicas sociales que conducen a la realización de conductas criminales. vid. David Downes y Paul Rock, *Sociología de la desviación* (Barcelona: Gedisa, 2011), 151 y ss.

de sus dinámicas) que hoy están completamente demostradas⁹ y que vuelven dudosa –cuando menos– la hipótesis de que un incremento en la gravedad de la amenaza esté directamente correlacionado con la intensidad de la motivación aportada por la misma¹⁰.

3. El destinatario de las normas penales: casos de estudio

3.1 Cuatro modelos de destinatario

En todo caso, mi objetivo aquí no es contrastar el modelo de motivación mediante normas prescriptivas que maneja el legislador con la evidencia al respecto proporcionada por las ciencias empíricas, sino profundizar en los contenidos de dicho modelo. En este sentido, además de la –ya señalada– simpleza del modelo desde el punto de vista causal, lo más llamativo en el mismo resulta su ambigüedad a la hora de describir las características del tipo ideal de sujeto que sería el receptor del mensaje normativo, aquél a quien habría que motivar.

En efecto, el análisis de los discursos públicos que los legisladores emiten (especialmente, como indiqué, aquellos que poseen un carácter más marcadamente institucional) pone de manifiesto que, en realidad, aunque prácticamente en todos los discursos se parte, para justificar la racionalidad instrumental, de un único modelo de secuencia causal (en el que existiría una línea recta y sin desvíos desde la conminación por parte del legislador hasta el efecto motivacional en el destinatario, y en el que la intensidad de la una y del otro estarían correlacionadas), no en todos los casos se concibe de igual modo al sujeto que debe ser motivado. Antes al contrario, parecería más bien que los legisladores contemporáneos manejan, dependiendo de qué ámbitos de regulación se trate, modelos diferentes de sujeto destinatario de la norma penal. De manera que, en último extremo, el proceso de motivación que justificaría la acción legislativa resultaría ser, según los casos, notablemente diferente.

Propongo, en este sentido, que, con el fin de examinar esta diferencia de tratamiento en los discursos legislativos del sujeto destinatario de la norma penal encargada de motivarle, realicemos a continuación un seguimiento por extenso de los discursos de los legisladores (de los de perfil máximamente institucional: de las exposiciones de motivos y de los debates parlamentarios –especialmente, es este último caso, de las intervenciones de parlamentarios de los "partidos de gobierno") en cuatro casos ejemplares de reformas del Derecho Penal español: en materia de terrorismo, de "violencia de género" (violencia contra la pareja o expareja) o familiar, de seguridad vial y de delitos patrimoniales. Pudiendo, de este modo, comparar las muy diferentes operaciones de conceptualización y de categorización que se han introducido en cada uno de tales discursos, a la hora de intentar justificar, desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, las reformas.

3.2 Caso 1 (terrorismo)

En el año 2003 (VII Legislatura), el Gobierno español (Partido Popular) presentó en las Cortes Generales un proyecto de reforma del Código Penal que, entre otras cosas, proponía modificar las penas de los delitos de terrorismo y de los hurtos leves sin violencia ni fuerza en las cosas.

Obsérvese lo que se decía en relación con el primero de los temas. En la exposición de motivos del Proyecto:

Pero, además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha señalado autorizada

⁹ Charles S. Carver y Michael F. Scheier, *On the Self-Regulation of Behavior* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 250-252.

¹⁰ Daniel S. Nagin, "Deterrence in the Twenty-First Century", *Crime and Justice*, n.º 42 (2013): 199-463.

doctrina penal, el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento.

[..]

La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los precedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar. La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación **debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas** y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto.¹¹

Y, luego, en los debates parlamentarios dentro de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados:

[..] mi grupo parlamentario, aun sabiendo lo que ha sido el efecto de ese instrumento de la legislación anterior de la redención de penas por el trabajo, puede **compartir la preocupación que han sentido algunos ciudadanos** cuando han visto que personas condenadas a muchos años de prisión, en algunos casos a más de 200 años de prisión, por el juego del límite máximo de cumplimiento de las penas, de la redención de penas por el trabajo y de alguna que otra actuación de algún juez de Vigilancia Penitenciaria, han estado en la calle —por así decirlo—, a los pocos años —pocos años comparados con estos 200—, a los 10 ó 17 años.¹²

La sociedad tiene derecho a tener garantías de que cuando alguien que la ofendió terriblemente con un crimen múltiple, con un asesinato múltiple, con un coche bomba matando a cuatro personas de una sentada y disponiéndose a matar a otras cuatro en cuanto tenga la menor oportunidad, (...) ve reducida una condena de 120 años a 32, 22 ó 23 de cumplimiento efectivo, eso es a cambio de que esa persona ha dejado de ser ofensiva y una amenaza para el conjunto de la sociedad. Pero aún algo más, no solamente que esa persona individualmente ha dejado de ser ofensiva y una amenaza para el conjunto de la sociedad, sino que ha lanzado un mensaje de compromiso con la democracia constitucional y con las libertades suficientemente disuasorio en el entorno del que procede.¹³

El Partido Popular se ha movido, se mueve y se moverá siempre dentro del Estado de derecho y la reforma introduce una serie de mecanismos jurídicos plenamente compatibles con la Constitución que se orientan a fortalecer el principio de seguridad jurídica, perfeccionar el ordenamiento jurídico penal con el fin de incrementar las penas para los delitos especialmente graves, como se ha puesto de manifiesto en el proyecto y en las enmiendas incorporadas, y **evitar posibles supuestos de práctica impunidad**.¹⁴

3.3 Caso 2 (hurto)

Obsérvese a continuación cómo, en cambio, se discutía (mismo momento, mismo proyecto de ley, misma situación política) acerca de la reforma del delito de hurto. Decía al respecto la exposición de motivos del Proyecto:

La realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, **la delincuencia profesionalizada**. Son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, **delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada**.

[..]

¹¹ España, *Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, Boletín Oficial del Estado, 1 de julio de 2003, exposición de motivos, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-13022>. El subrayado me pertenece.

¹² Manuel Silva Sánchez, "Congreso de los Diputados. Sesión VII-761" (ponencia, Sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Madrid, 13 de mayo de 2003), http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_761.PDF. El subrayado me pertenece.

¹³ Juan Francisco López Aguilar, "Congreso de los Diputados. Sesión VII-761" (ponencia, Sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Madrid, 13 de mayo de 2003), http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_761.PDF. El subrayado me pertenece.

¹⁴ Leocadio Bueso Zaera, "Congreso de los Diputados. Sesión VII-761" (ponencia, Sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Madrid, 13 de mayo de 2003), http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_761.PDF. El subrayado me pertenece.

El presente texto establece, en primer lugar, medidas dirigidas a dar **una respuesta adecuada a aquellos supuestos** en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas, a través de la aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos cometidos, siguiendo un criterio ya establecido en nuestra doctrina y en nuestros textos legales.¹⁵

Y, luego, en los debates de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados se dijeron cosas como las siguientes:

[..] **quién no está alarmado por algunas situaciones de delincuencia habitual o de multirreincidencia**, en el sentido técnico, de algunos delincuentes que, seguramente por dificultades operativas de falta de medios, de jueces, etcétera, **están en la calle, cuando deberían tener una sanción penal** motivada por la transgresión de normas a la convivencia que nos hemos dado.¹⁶

Nuestro Estado democrático exige que las penas impuestas a los delincuentes reincidentes **no se determinen de espaldas a la trascendencia social que la irritación de los ciudadanos otorga a estas situaciones delictivas**.¹⁷

[..] lo que nos permite, con mayor corrección dogmática, **distinguir la persona que se dedica habitual y profesionalmente a cometer hurtos** del jovenzuelo que no lo debiera hacer pero lo hace un día que entra en unos grandes almacenes y se lleva un compact disc. Esto es lo que en el fondo todos aquí pretendemos distinguir, el delincuente primario, que en este caso perfectamente puede tener una pena de falta, del habitual, el profesional, el reincidente, que debe tener una pena superior.¹⁸

3.4 Caso 3 (seguridad vial)

En el año 2006 (VIII Legislatura) actuó en el Congreso de los Diputados una Comisión No Permanente sobre Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico, fruto de la cual sería la posterior reforma de los "delitos contra la seguridad vial", promovida por el Gobierno (PSOE) e introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2007. En dicha Comisión se discutió —entre otras cosas— acerca de la función que podía cumplir el Derecho Penal en la represión de las conductas imprudentes en el tráfico automovilístico. Obsérvese en qué términos:

[..] el que exploramos hoy aquí es un **terreno mejor abonado, como también trataré de exponer, para la prevención e incluso para la educación**. (...) Educación sí, prevención también, pero no habrá una política sería sin que también se otorgue su territorio, en este campo, al derecho penal.

[..]

En la línea del clásico concepto de prevención general, la probabilidad de ser sancionado y su coste asociado deberían ser suficientes e idóneos para reprimir esta clase de conductas cuya faceta más trágica es, en muchos casos, su origen exclusivamente caprichoso o arbitrario, que se manifiesta en la simple y consciente adopción por parte del usuario de la vía de actitudes irresponsables debidas a la falta de una suficiente valoración del riesgo o a la inadecuada ponderación de sus consecuencias. Se trata por tanto de intervenir sobre esta lista de consecuencias, anteponiendo a las que resultan de la concreción final del peligro otras que permitan evitar su realización. Dicho de modo más claro, **se trata de hacer llegar al usuario el mensaje de que su conducta imprudente o irresponsable puede en efecto provocar un siniestro que genere daños personales y materiales irreparables a otras personas o a él mismo, pero incluso antes de ese efecto irreparable, el hecho mismo de conducirse de manera descuidada o temeraria debe acarrearle otros perjuicios serios**.¹⁹

¹⁵ España, *Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, exposición de motivos. El subrayado me pertenece.

¹⁶ Jaime Javier Barrero López, "Congreso de los Diputados. Sesión VII-776" (ponencia, Sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Madrid, 17 de junio de 2003), http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_776.PDF. El subrayado me pertenece.

¹⁷ Ana María Torme Pardo, "Congreso de los Diputados. Sesión VII-776" (ponencia, Sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Madrid, 17 de junio de 2003), http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_776.PDF. El subrayado me pertenece.

¹⁸ Manuel Silva Sánchez, "Congreso de los Diputados. Sesión VII-776" (ponencia, Sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Madrid, 17 de junio de 2003), http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_776.PDF. El subrayado me pertenece.

¹⁹ Cándido Conde Pumpido Tourón, "Congreso de Diputados. Sesión VIII-437" (ponencia, Sesión de la Comisión No Permanente sobre Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico, Madrid, 23 de noviembre de 2005), http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_437.PDF. El subrayado me pertenece.

[...] conviene una reflexión sobre qué puede hacer la legislación penal para reforzar el valor de la seguridad vial; entre otros [...] **el de cumplir el objetivo que conceptualmente se denomina de prevención general y de prevención especial, es decir, el efecto preventivo, en la medida en que la ley penal, precisamente por la entidad del reproche, por su imponentia, está llamada a ejercitar una especial disuasión en la incursión en las conductas que merecen esa calificación**, lo cual intencionalmente tendría como objetivo disminuir la frecuencia de esas conductas y, al mismo tiempo, significar la intolerancia social con respecto de esas conductas a la vista del daño que acarrearán y de los efectos que producen. [...] si quiero confirmar [...] que la seguridad vial va a estar presente en este proyecto de reforma del Código Penal, y lo vamos a hacer [...] sobre todo para expresar que el Código de circulación debe ser tomado muy en serio, que son muchos y muy importantes los valores que están involucrados en la actitud de los conductores en la seguridad vial.

[...]

Esto tampoco puede asociarse de forma inmediata a efectos milagrosos o de impacto sobre la reducción de la siniestralidad, pero sin ninguna duda estará **lanzando un mensaje de compromiso muy potente y en el transcurso del tiempo está llamado a reducir esa tasa de siniestralidad** y el balance de dolor humano y de pérdidas que eso comporta.²⁰

Con posterioridad, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2007 decía lo siguiente:

Entre las resoluciones aprobadas como consecuencia del debate sobre el Estado de la Nación de 2006 se incluye la número diecinueve, en la que se declara, entre otros aspectos, que el Congreso de los Diputados considera oportuno impulsar la modificación del Código Penal, teniendo en cuenta las distintas propuestas que se están estudiando en la Comisión de Seguridad Vial del Congreso de los Diputados, con el objetivo de **definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes**.

[...]

se presenta esta Proposición de Ley Orgánica de reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial, cuyo contenido básico persigue, de una parte, **incrementar el control sobre el riesgo tolerable** por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos o de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración. A partir de esa estimación de fuente de peligro se regulan diferentes grados de conducta injusta, trazando un arco que va desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás, como ya venía haciendo el Código. **Las penas y consecuencias se incrementan notablemente** [...] ²¹

3.5 Caso 4 (violencia contra las mujeres)

Por fin, en el año 2004 (VIII Legislatura) el Gobierno (PSOE) presentó a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que contenía, entre otras muchas, también propuestas de reforma del Código Penal. En el debate parlamentario de dicho Proyecto, en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados, se argumentaron cosas como las siguientes:

Si **entendemos la ley como vinculada al concepto de prevención general**, que es un concepto interesante, **no el de prevención general negativa**, es decir, no que la gente se asuste ante el temor de la sanción, que es lo que suponían las teorías de la prevención general negativa, **sino la prevención general positiva, [...], teniendo en cuenta que los tipos penales y la acción judicial pueden servir de pedagogía positiva para que los ciudadanos comprendan que esos comportamientos, [...] es decir, eso, la prevención general positiva puede verse favorecida**, y yo no criticaría el exceso ni de la tutela judicial ni el exceso —entre comillas— de la acción penal en esta materia.

[...]

Está visto que el aumento de las penas [...] no garantiza ni resuelve nada en absoluto en relación con la disminución de los delitos. Sin embargo, la prevención general positiva [...] ¿Qué es lo que pretende esta doctrina, este planteamiento sobre el sentido del derecho penal? Pues **pretende evitar la comisión de delitos por parte de la colectividad, conformando la conciencia jurídica de los ciudadanos para**

²⁰ Juan Francisco Aguilar López, "Congreso de los Diputados. Sesión VII-610" (ponencia, Comisión Permanente sobre Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico del Congreso, Madrid, 20 de junio de 2006), http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_610.PDF. El subrayado me pertenece.

²¹ España, *Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial*, Boletín Oficial del Estado, 1 de diciembre de 2007, exposición de motivos. El subrayado me pertenece.

fomentar su adhesión al derecho y al reconocimiento de los valores que encarna, sus mandatos y sus prohibiciones, y así no sería el miedo sino la función comunicativa de los valores jurídicos la que llevaría a esta justificación.²²

[...] se planteó desde los que ampliamente hemos venido demandando esta ley en el pasado era **que se explicitara claramente la tolerancia cero frente a la violencia**. Es un objetivo que se ha planteado desde el feminismo y usted ha hablado muy bien desde su posición de feminista. La tolerancia cero se puede desprender del articulado, pero hay algunos aspectos que la hacen más visible con respecto a la violencia. Uno de ellos es sin duda el agravamiento de las penas. Usted ha dicho que desde el feminismo no estaba muy de acuerdo con ese planteamiento y yo le pregunto cómo haría para que desde el articulado se hiciese visible de verdad la tolerancia cero contra la violencia en un amplio sentido, socialmente, culturalmente, de manera que la sociedad comprenda que efectivamente se ha emprendido un proceso en el que la sociedad en su conjunto y el Estado en particular, a través de sus instrumentos, no vamos a tolerar la violencia contra las mujeres.²³

Esto quiere decir —es una explicación muy sencilla— que las reformas legislativas que se han aprobado en este Parlamento **han producido que la mujer tenga una mayor confianza en la Administración**. Ahora tenemos mejores textos legales, tenemos una ley de la orden de protección que está funcionando correctamente en los órganos judiciales y en ese sentido podemos comprobar que **la mujer se siente mucho más protegida.**²⁴

Y, en consonancia, la Exposición de Motivos de la Ley afirmaba que:

En su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad.

Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos.²⁵

²² Gregorio Peces-Barba Martínez, "Congreso de los Diputados. Sesión VIII-64" (ponencia, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 19 de julio de 2004), http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_064.PDF. El subrayado me pertenece.

²³ María Virtudes Monteserín Rodríguez, "Congreso de Diputados. Sesión VIII-67" (ponencia, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 22 de julio de 2004), http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_067.PDF. El subrayado me pertenece.

²⁴ Vicente Magro Servet, "Congreso de los Diputados. Sesión VIII-70" (ponencia, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 8 de septiembre de 2004), http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_070.PDF. El subrayado me pertenece.

²⁵ España, *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 2004, exposición de motivos. El subrayado me pertenece.

3.6 Tabla comparativa

En la siguiente tabla comparativa se recopilan las piezas centrales de cada uno de los cuatro discursos, para facilitar la apreciación de las diferencias entre ellos:

	Caso 1 (Terrorismo)	Caso 2 (Hurto)	Caso 3 (Seguridad vial)	Caso 4 (Violencia de género)
Exposición de motivos	La sociedad demanda una protección más eficaz (...) debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas (...)	(...) la delincuencia profesionalizada. (...) delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada. (...) una respuesta adecuada a aquellos supuestos (...)	(...) definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico (...) evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes. (...) incrementar el control sobre el riesgo tolerable (...) Las penas y consecuencias se incrementan notablemente (...)	(...) Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza (...)
Debate parlamentario	(...) compartir la preocupación que han sentido algunos ciudadanos (...) La sociedad tiene derecho a tener garantías (...) (...) evitar posibles supuestos de práctica impunidad.	(...) quién no está alarmado por algunas situaciones de delincuencia habitual o de multireincidencia, (...) están en la calle, cuando deberían tener una sanción penal (...) (...) no se determinen de espaldas a la trascendencia social que la irritación de los ciudadanos otorga a estas situaciones delictivas. (...) distinguir la persona que se dedica habitual y profesionalmente a cometer hurtos (...)	(...) terreno mejor abonado, como también trataré de exponer, para la prevención e incluso para la educación. (...) En la línea del clásico concepto de prevención general, la probabilidad de ser sancionado y su coste asociado deberían ser suficientes e idóneos para reprimir esta clase de conductas (...) hacer llegar al usuario el mensaje de que su conducta imprudente o irresponsable puede en efecto provocar un siniestro que genere daños personales y materiales irreparables a otras personas o a él mismo, pero incluso antes de ese efecto irreparable, el hecho mismo de conducirse de manera descuidada o temeraria debe acarrearle otros perjuicios serios. (...) cumplir el objetivo que conceptualmente se denomina de prevención general y de prevención especial, es decir, el efecto preventivo, en la medida en que la ley penal, precisamente por la entidad del reproche, por su imponencia, está llamada a ejercitar una especial disuasión (...) lanzando un mensaje de compromiso muy potente y en el transcurso del tiempo está llamado a reducir esa tasa de siniestralidad (...)	Si entendemos la ley como vinculada al concepto de prevención general, (...) no el de prevención general negativa (...) sino la prevención general positiva, (...) los tipos penales y la acción judicial pueden servir de pedagogía positiva para que los ciudadanos comprendan que esos comportamientos, (...) es decir, eso, la prevención general positiva puede verse favorecida, (...) evitar la comisión de delitos por parte de la colectividad, conformando la conciencia jurídica de los ciudadanos para fomentar su adhesión al derecho y al reconocimiento de los valores (...) (...) que se explicitara claramente la tolerancia cero frente a la violencia. (...) (...) han producido que la mujer tenga una mayor confianza en la Administración. (...) la mujer se siente mucho más protegida.

4. Semántica del discurso legislativo sobre destinatarios de las normas

4.1 Introducción

Por supuesto, las expresiones entresacadas no son más que las muestras más prominentes de los respectivos discursos que los legisladores han construido con el fin de justificar la racionalidad instrumental de cada una de las propuestas de expansión punitiva (y que yo he seleccionado, para dotarles de una mayor visibilidad y posibilitar la comparación entre ellos). Conviene, por ello, reconstruir a continuación las estructuras semánticas subyacentes a cada uno de tales discursos.

En efecto, como siempre que se construye un discurso, son muy diversas las herramientas que se emplean para favorecer la producción del efecto comunicativo perseguido. En este caso, se trata de llevar a cabo, a través del discurso, varios actos de habla al mismo tiempo: además, por supuesto, del propio acto locutivo de decir, se pretende llevar también a cabo al mismo tiempo un acto de habla ilocutivo de auto-justificación (un acto expresivo, pues); otro acto ilocutivo directivo, para motivar a los oyentes a actuar (a votar a favor, en el caso de los restantes diputados y diputadas, y a aprobar la actuación del hablante, en el caso del resto del público); y, en fin, un cuarto acto de habla, este de naturaleza perlocutiva, consistente en que los oyentes se sientan convencidos por los puntos de vista aducidos²⁶.

Con el fin de tener éxito en el desarrollo de todas estas actividades comunicativas que se pretende realizar a través del discurso, se emplean toda suerte de herramientas lingüísticas y paralingüísticas: sintácticas, léxicas, retóricas, etc.²⁷ En nuestro caso, el aspecto que nos interesa destacar particularmente es el semántico: es decir, las estructuras conceptuales que se ponen en juego, mediante su expresión lingüística, a la hora de intentar construir discursos justificativos de esta índole²⁸.

En este sentido, el análisis semántico de los discursos más arriba expuestos pone de manifiesto que, en su elaboración, se han llevado a cabo las tres clases de operaciones semánticas que son usuales cuando se trata (como siempre se trata, en el contexto de discursos y de conceptos esencialmente discutidos, como habitualmente lo son aquellos que se emplean en el debate político)²⁹ de construir una estructura conceptual que, cuando se expresa lingüísticamente, debe proporcionar una nueva forma de percibir la realidad: aquí, no sólo más convincente desde el punto de vista teórico, de su verdad, sino también más adecuada en términos prácticos, por lo que hace a la racionalidad de la acción humana (estatal: legislativa) sobre dicha realidad.

La primera de las operaciones semánticas desarrolladas es una de *categorización*: consiste en la agrupación de diferentes significados de una unidad lingüística bajo una única categoría, caracterizada por alguna o algunas propiedades distintivas. La segunda operación que ha tenido lugar es una de *configuración del espacio semántico*: la puesta en relación de unos significados con otros, en un espacio mental común. Por fin, en tercer lugar, se ha llevado a cabo también una operación de *conceptualización*: empleando diversos conceptos, se da lugar a una determinada

²⁶ Sobre el fundamento teórico de los conceptos y clasificación de los actos de habla que se emplean en el texto, vid. John R. Searle, "Una taxonomía de los actos ilocucionarios"; John R. Searle, *Actos de habla*, trad. Luis María Valdés Villanueva (Madrid: Cátedra, 1994); John L. Austin, *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. Genaro R. Carrió y Eduardo Rabossi (Barcelona: Paidós, 1996).

²⁷ Vid. Helena Casalmiglia y Amparo Tusón, *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso* (Barcelona: Ariel, 2012), 315 y ss.

²⁸ Evidentemente, en la práctica, los elementos semánticos puestos en juego en los discursos legislativos no operan de manera aislada, sino que se integran con el resto de elementos: muy señaladamente, con los recursos pragmáticos (la situación parlamentaria en la que se habla, el eco en los medios de comunicación, etc.). Vid. Helena Casalmiglia y Amparo Tusón, *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso*, 91 y ss. No obstante, creo que el análisis crítico de los contenidos semánticos –que es el objeto de este trabajo– resulta ya por sí solo suficientemente significativo.

²⁹ William E. Connolly, *The Terms of Political Discourse* (Princeton: Princeton University Press, 1993).

forma de representación de la realidad de la que se pretende hablar³⁰.

4.2 Configuración del espacio semántico: dominios conceptuales predominantes

No obstante, con el fin de iluminar más claramente cómo queda estructurado el espacio mental que se evoca en cada uno de los cuatro discursos examinados, expondré la plasmación de dichas operaciones semánticas realizadas justamente en sentido inverso, empezando por las de conceptualización y acabando por las de categorización.

- **Caso 1:** Puede observarse, así, en primer lugar, que, en el caso de los discursos justificativos de la reforma de los delitos de terrorismo, la prominencia dentro del discurso es otorgada ante todo a "la sociedad" y "los ciudadanos". Parece, en efecto, que son ambos términos (y los conceptos que representan) aquello que ha de constituir el elemento central del texto argumentativo que se desarrolla.
- **Caso 2:** En cambio, cuando se trata de justificar la reforma del delito de hurto, la prominencia dentro del discurso parece otorgarse más bien a "los delincuentes" (profesionales, habituales).
- **Caso 3:** En el caso de la reforma de los delitos contra la seguridad vial, el énfasis se hace sobre el término "prevención".
- **Caso 4:** Por fin, al intentar justificar la reforma de los delitos de "violencia de género", los legisladores destacan como términos más prominentes los de "confianza" y "mostrar firmeza".

Obsérvese, entonces, que en cada uno de los cuatro casos, los discursos emitidos por los legisladores proponen conexiones con muy diferentes dominios conceptuales³¹:

- En el **Caso 1**, el significado del discurso se concentra en la sociedad y la ciudadanía: en cómo una y otra perciben el fenómeno del terrorismo. Así, el dominio conceptual correspondiente es el acotado por términos como "sentimientos", "opinión pública", "indignación", "creencias", "justicia", "merecido", etc.
- En el **Caso 2**, en cambio, el significado más prominente en el discurso tiene que ver con los delincuentes, con los autores de hurtos; más exactamente, con determinados autores de hurtos (profesionales, habituales,...). De este modo, el dominio conceptual al que se proporciona acceso se delimita por términos tales como "delincuente", "peligroso", "reincidente", "contumaz", "ladrón", "profesional del crimen", "problema de seguridad ciudadana", etc.

³⁰ Sobre todos estos conceptos, propios de la semántica cognitiva (en la que aquí me inspiro), vid. Vyvyan Evans y Melanie Green, *Cognitive Linguistics: An Introduction* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006), 206 y ss; William Croft y D. Alan Cruse, *Lingüística cognitiva*, trad. Antonio Benítez Burraco (Madrid: Akal, 2008), 25 y ss; Zeki Hamawand, *Semantics* (Sheffield: Equinox, 2016), 121 y ss. Desde la perspectiva que aquí se adopta, por lo tanto, no se trata tanto (como ocurre en la concepción más tradicional -la veritativo-funcional- de la Semántica: vid., por ejemplo, Kate Kearns, *Semantics*, (Houndmills y New York: Palgrave MacMillan, 2011), 24) de dar con una definición exacta del significado de los términos, proposiciones y discursos, cuanto de ser capaces de analizar los procesos de constitución de dichos significados. Precisamente, esta especial atención a los procesos históricos de configuración de los significados, propia del enfoque cognitivo, es lo que la convierte en una herramienta útil para el análisis crítico del discurso (vid. Norman Fairclough y Ruth Wodak, "Análisis crítico del discurso", en *El discurso como interacción social* (Barcelona: Gedisa, 2000), 367 y ss): puesto que no se limita a llevar a cabo una reconstrucción ideal de los significados en el sistema-lengua (la *langue* de la que hablaba Ferdinand de Saussure, *Curso de lingüística general*, trad. Mauro Armiño (Madrid: Akal, 2006), 33-35, 40-42 y 45-47), sino que, al intentar poner de manifiesto cómo se han llegado a crear dichos significados, presta especial atención a las interacciones (conceptuales y sociales) que en dicho proceso tienen lugar.

³¹ Vid. Vyvyan Evans, Melanie Green, *Cognitive Linguistics. An Introduction*, 230-231. Desde el punto de vista que aquí nos interesa (el del impacto de las operaciones semánticas sobre los discursos -y la praxis- legislativas), el momento de la configuración del espacio semántico se revela decisivo: es en este momento en el que se ponen en relación significados que en principio proceden de campos radicalmente diferentes y en el que, mediante un proceso de entremezcladura (*blending*: Vyvyan Evans, Melanie Green, *Cognitive Linguistics. An Introduction*, 407-418), quedan asociados términos en principio distantes: "justicia" e "indignación", por ejemplo, o "ladrón" y "reincidente".

- En el **Caso 3**, se dota de prominencia a la cuestión del efecto de la conminación penal sobre los destinatarios de la norma, potenciales infractores. El dominio conceptual así evocado se constituye a partir de términos como "intimidación", "prevención", "tomarse en serio", "costes y beneficios", "racionalidad", "decisión racional", etc.
- Por fin, en el **Caso 4**, el significado más prominente es el de la confianza. El dominio conceptual queda, entonces, delimitado por términos como "tranquilidad", "confianza", "seguridad", "miedo", "autoridad", "consenso", etc.

4.3 Conceptualización: temas prominentes en cada discurso

Lo llamativo es, sobre todo, la diversidad de los dominios conceptuales evocados, cuando de lo que se trata en todos los casos es de lograr un mismo objetivo: justificar, desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, propuestas de reforma legislativa con un sentido punitivista (de creación de nuevas figuras delictivas y/o de agravación de sus penas). Es decir, prácticamente los mismos legisladores (los mismos partidos, a veces incluso las mismas personas, en legislaturas muy próximas, y sin que se hayan producido cambios significativos en los programas políticos respectivos), persiguiendo fines similares, alteran, sin embargo, significativamente los contenidos semánticos de los discursos justificativos que profieren, dependiendo de la temática de que se trate.

- Así, en el caso de la reforma de los delitos de terrorismo, los legisladores de los partidos españoles de gobierno dotan en todos los casos de preeminencia discursiva a la cuestión de la "justicia" de la pena; esto es, a la retribución, a través de la magnitud de la pena impuesta, del injusto y de las lesiones de bienes jurídicos propios de los delitos de terrorismo. Lo más relevante parece ser fijar para el delito aquella pena que sea sentida (que "la sociedad sienta") como justa. Y, en cambio, parecen bastante despreocupados de los efectos empíricos de la pena: si resulta o no intimidatoria, si es o no apta para resocializar, etc.
- En el caso de la reforma propuesta del delito de hurto, el tipo de argumentos que se aducen es de una indole completamente distinta. En este caso, en efecto, parece que lo decisivo, aquello que da pie a la justificación de la reforma, es la peligrosidad: la extraordinaria y específica peligrosidad criminal de ciertas categorías de personas, con una propensión, prácticamente irrefrenable (por profesionalización y por habitualidad), a la comisión de delitos patrimoniales. Delitos pequeños por su entidad individual, pero preocupantes por su gran número, así como por el hecho de que la sensación de inseguridad que crean en la ciudadanía proceda de una pequeña minoría de infractores. Se trataría, por consiguiente, de acertar con el tratamiento a través de medios jurídico-penales de esa pequeña minoría, la única verdaderamente preocupante de entre quienes suelen cometer delitos de hurto. Y, en este sentido, "acertar" equivale a hallar una reacción punitiva lo suficientemente eficaz para neutralizar (o reducir a mínimos) la peligrosidad criminal específica de ese grupo de delincuentes.
- En el caso de la delincuencia vial, el enfoque del legislador a la hora de justificar la extensión de la intervención penal es muy otra: aquí, se trataría más bien de llevar a cabo una operación de motivación sobre los potenciales infractores de la normativa sobre seguridad vial, para, en el mejor de los casos, convencerles del valor de la prudencia en el tráfico automovilístico ("educarles"). O, cuando menos, aun en el peor de los casos, hacerles comprender que no vale la pena infringir dicha normativa: que los costes de hacerlo (entre otros, los de soportar la sanción penal) siempre superan a los eventuales beneficios de la imprudencia.
- Por fin, la justificación legislativa para el incremento de la intervención penal en los casos de "violencia de género" (violencia física o psíquica contra la pareja o expareja) pone el énfasis en el objetivo de inducir determinados sentimientos y creencias en las víctimas y potenciales víctimas (las mujeres): en tranquilizarlas, en hacerlas confiar en el Estado y en el Derecho, etc. De manera que la reforma legislativa punitivista iría dirigida principalmente a promover y reforzar ese mensaje tranquilizador, asegurador.

En resumidas cuentas, los objetivos instrumentales principales que los legisladores dicen perseguir con sus propuestas de expansión punitiva son, respectivamente:

- “Hacer justicia”, en el caso de la punición de los delitos de terrorismo: retribuir el mal causado por los infractores, con una pena que tome en consideración la magnitud de dicho mal, tal y como es percibido por la mayoría de la sociedad (cuando menos, por aquellos a quienes los legisladores imputan la condición de mayoría).
- En el caso del hurto, neutralizar la (extraordinaria) peligrosidad criminal de una clase específica de infractores de esta norma: prevenir la reincidencia en la infracción de aquel subconjunto que, dentro del conjunto de los autores de hurtos, se caracterizan por su profesionalización en el delito y su dedicación habitual a la comisión de tales actos.
- En el caso de la delincuencia vial, intimidar a potenciales haciéndoles comprender el riesgo de su conducta, e intentando incluso que cambien de actitud hacia el riesgo derivado del tráfico automovilístico.
- Por fin, en el caso de la violencia contra las mujeres, tranquilizar a víctimas y potenciales víctimas, asegurándoles la protección efectiva del Estado e incrementando su confianza en dicha protección.

Así pues: retribución (terrorismo); prevención especial, principalmente inocuidadora (hurto); prevención general, principalmente intimidatoria (delincuencia vial); y prevención general positiva (violencia contra las mujeres). Cuatro objetivos diferentes que se proponen para las prohibiciones y para las conminaciones contenidas en las normas jurídico-penales, dependiendo de la naturaleza de la infracción y de las características que se le presuponen al infractor. Y todo ello, insisto, sin que el cambio de discurso se justifique por una alguna alteración significativa ni en la realidad social ni en los programas políticos de partida.

5. Categorización: tipología de delincuentes-modelo

Con esto llegamos a la idea clave que quisiera apuntar, y que me parece que es la única que permite explicar esta llamativa diversidad en las estrategias argumentativas empleadas en cada uno de los casos. En mi opinión, resulta evidente que, a la hora de construir sus discursos justificativos de las medidas punitivistas propuestas, los legisladores españoles de los casos comentados están partiendo de categorizaciones muy específicas (aunque no lo hagan de manera completamente explícita) acerca de las dinámicas sociales (criminológicas) subyacentes a cada uno de los cuatro distintos fenómenos de delincuencia que intenta enfrentar a través de sus reformas. Y también, por consiguiente, acerca de las características propias de la categoría de delincuentes y de víctimas a las que la conminación penal pretende dirigirse; y sobre la forma concreta en la que la motivación de que es capaz el mensaje prescriptivo de la norma jurídica es capaz de actuar en cada caso.

- Así, en el caso del terrorismo, parece que el legislador parte de la base de que el delincuente terrorista es un individuo que ha sido objeto de un proceso de socialización exótica: cuando menos, a causa de las idiosincrásicas ideas políticas, morales o religiosas que ha adquirido, si no por el conjunto de su proceso de socialización. Debido a este exotismo, con él apenas podrían funcionar los mensajes motivadores de la norma, al resultar bastante inalcanzable por los mismos. De manera que a lo único que cabría aspirar racionalmente es a neutralizarle y, luego, a castigarle como la sociedad piensa que se merece. Sin esperanza, pues, de modificación en su conducta; ante todo y sobre todo, para “hacer justicia”, para satisfacer las demandas sociales de una resolución justa del conflicto, entre el terrorista y la colectividad.

- También en el caso del autor habitual (y, muchas veces, también profesional) de delitos de hurto nos hallaríamos –según el legislador– ante un individuo difícilmente motivable por la norma penal. Pues, al igual que en el caso anterior, la socialización exótica (en este supuesto, cabe imaginar, a causa de su origen social marginal, o incluso extranjero –extranjero pobre) dificultaría, hasta hacer muchas veces imposible, la eficacia de la motivación normativa. De este modo, la única solución racionalmente disponible para el legislador consistiría en articular herramientas normativas que permitan identificar a esa categoría de sujetos peligrosos y proceder a neutralizarlos hasta el límite de lo posible (de lo que resulte compatible con los límites, constitucionales y morales, que existen en el ordenamiento jurídico al incremento de las penas).
- Las cosas cambian, sin embargo, cuando se trata de justificar la intervención represiva frente a infractores de la normativa sobre seguridad vial. En este caso, el legislador presupone que tales infractores son individuos fundamentalmente racionales y que, por ello, cabe intentar motivarles, y lograrlo, mediante la intimidación inherente a la conminación penal; o, incluso, convencerles para que cambien sus esquemas de valores y pasen a respetar, convencidos las normas sobre prudencia en el tráfico automovilístico. El infractor vial sería, pues, un ciudadano con una socialización “normal”. Y, debido a ello, con él sí que podría operar la conminación penal del modo que se considera “normal”: motivando, intimidando, convenciendo,...
- Por fin, en el caso de la violencia contra las mujeres a manos de sus parejas o exparejas, el énfasis se pone no en las características de los autores, sino de las víctimas. De manera que el incremento de la intervención punitiva no se justificaría, desde el punto de vista instrumental, principalmente por su eficacia preventiva; ni tampoco siquiera por el efecto retributivo. Se trataría, pues, ante todo, de reducir el miedo y la inseguridad del grupo social (las mujeres) que son potenciales víctimas de estas infracciones. Reafirmando el compromiso del Estado con su deber de protegerlas.

6. Crítica: estereotipos legislativos, ideología punitivista y realidad empírica

Así, debe observarse que en realidad, de acuerdo con los discursos de los propios legisladores, la razón para ampliar la intervención punitiva en estos cuatro ámbitos únicamente en dos casos (hurto y seguridad vial) tiene que ver principalmente con necesidades preventivas percibidas como reales, mientras que en los otros dos se fundamenta más bien en el deseo de transmitir un mensaje al resto de la sociedad (en el caso del terrorismo), o a una parte relevante de la misma (las mujeres, en el caso de la “violencia de género”). En estos otros dos casos, por lo tanto, se parte del presupuesto de que lo importante es el efecto simbólico de la reforma, no tanto su efecto real (sobre los individuos y grupos sometidos a investigación policial, procesamiento, condena, ejecución de las penas), que parecería más bien haber sido concebido como un “daño colateral” de normas con una finalidad primordialmente simbólica.

Más aún, aun en los dos casos en los que se pretende estar atendiendo a problemas criminales reales, necesitados de una intervención represiva más contundente, tan sólo en uno de ellos (el de la seguridad vial) se parte de la base de que la conminación penal es capaz de modificar la conducta de los potenciales infractores, al motivarles racionalmente a respetar las normas jurídicas de conducta. En el otro supuesto, en cambio (en el del hurto), el objetivo explícito del legislador parece más bien la pura neutralización de la peligrosidad de un grupo de individuos a los que no se concibe esencialmente como racionales (dotados de una racionalidad humana común con la nuestra) y como conciudadanos, sino como meras fuentes de peligros, con las que intentar entablar cualquier comunicación racional es absurdo. Es decir, se apuesta por una

regulación penal dirigida a (en la terminología de Günther Jakobs) "enemigos", no a "ciudadanos"³².

Por fin, conviene llamar la atención sobre el hecho de que todos y cada uno de los puntos de partida conceptuales de los que el legislador parte, a la hora de construir sus discursos justificativos, constituyen más el fruto de estereotipos y prejuicios que de conocimientos empíricos demostrables³³. En semántica, se denomina estereotipos de un predicado a aquellos rasgos que se consideran típicos de los entes a los que el predicado puede aplicarse³⁴. La existencia de estereotipos es una característica inevitable de las lenguas naturales y de los marcos conceptuales en los que sus expresiones se apoyan, ya que viene favorecida por el principio de economía lingüística. Ahora bien, el uso crítico del lenguaje (que se debe exigir cuando se trata, como es el caso, de justificar actuaciones estatales de elevado coste, tanto humano como económico) demanda que los estereotipos en los que se basan decisiones de políticas públicas que afectan –como usualmente ocurre con las políticas públicas– a categorías completas de personas sean sometidos a una crítica científica, para separar lo que tienen de fundado de lo que obedece más bien a prejuicios o a ideologización³⁵.

En efecto, como en otro lugar he estudiado con mayor detenimiento, la construcción social de los conceptos de riesgo en los que se pretenden fundar las justificaciones de las prohibiciones y sanciones penales no es en absoluto un proceso inocente, sino que, como todo proceso de cognición social, está sujeto a abundantes sesgos, que deben ser detectados y combatidos: sesgos etnocéntricos (asignar características en función de mantener la coherencia del propio discurso), sesgos ideologizadores (asignar características que ocultan parte de la realidad) y sesgos de representatividad (asignar características sin tomar en consideración cómo lo ven el resto)³⁶.

En el caso concreto de la justificación de políticas criminales (y, en concreto, de actuaciones legislativas punitivistas), me parece que esta advertencia resulta particularmente pertinente: partir, como hace el legislador español en los casos que se han estudiado (y casi siempre), de que la gran mayoría de los infractores o potenciales infractores a los que el mensaje prescriptivo inherente a la conminación penal va dirigido carecen del nivel de racionalidad necesario y, por consiguiente, de la aptitud para ser motivados por el Derecho Penal, constituye no sólo un error de bulto desde el punto de vista teórico (puesto que la evidencia empírica demuestra justamente lo contrario), sino una palmaria manifestación de orientación político-criminal reaccionaria (compartida, por desgracia, a derecha e izquierda), que debe ser denunciada y combatida.

³² Günther Jakobs, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá (Madrid: Thompson Civitas, 2006), 34-44.

³³ Por supuesto, la pregunta que surge inmediatamente es la de cuál es el origen de estos estereotipos y prejuicios. Pues, aunque su asunción por parte de los legisladores resulte particularmente preocupante, parece evidente que la causa primera de su aparición no se debe a ellos, sino que los legisladores se limitan a recoger (de manera acrítica, eso sí) ideas que existen en la cultura que les rodea. Aunque, evidentemente, dar una respuesta fundada a la pregunta exigiría una investigación independiente, me permito apuntar al respecto dos ideas que –aunque necesitadas de verificación empírica– podrían iluminar algo al respecto. La primera es que los estereotipos referidos acerca de la delincuencia surgen en el entorno institucional de los legisladores, en aquellas organizaciones e instituciones que les rodean: sus partidos, los ministerios e instituciones públicas (policía, muy señaladamente), los grupos de presión con los que interactúan, los medios de comunicación que les escuchan y les influyen, los *think-tanks* con mayor influencia política... Es decir, se trata de estereotipos compartidos por (buena parte, cuando menos) de cierta élite política (vid. Dennis K. Mumby y Robin P. Clair, "El discurso en las organizaciones", en *El discurso como interacción social* (Barcelona: Gedisa, 2000), 263 y ss, sobre las deformaciones que en los discursos provoca la existencia de organizaciones que se apoderen de ellos); pero no necesariamente –no, al menos, en la misma medida– por el resto de la sociedad. La segunda idea tiene que ver con la manera en la que dichos estereotipos son recibidos, como "saber técnico asentado" y, por consiguientemente, incuestionable. En otras palabras: la manera en la que los estereotipos y prejuicios entran en el discurso legislativo tienen mucho que ver con las limitaciones de los procedimientos de participación política, especialmente en materia penal (me he referido a esta cuestión en José Manuel Paredes Castañón, "Punitivismo y democracia: las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales", 153-202 y 170-178).

³⁴ James R. Hurford y Brendan Heasley, *Curso de Semántica*, trad. Elena de Miguel Aparicio e Isabel López Fraguas (Madrid: Visor, 1997), 108-109.

³⁵ Ziva Zunda, *Social Cognition* (Cambridge: MIT Press, 1999), 313 y ss.

³⁶ José Manuel Paredes Castañón, *El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del Derecho Penal del riesgo*, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 13 (2003): 18-24.

Un combate que deberá sustanciarse en dos planos diferentes. En el plano teórico, reclamando que la legislación penal deje de ser el fruto de los prejuicios (clasistas, racistas, nacionalistas) y de las obsesiones expresivas (y demagógicas) de los partidos políticos y de los grupos de presión, para pasar a sustentarse en sólidos estudios empíricos (criminológicos, sociológicos, etc.) acerca de la peligrosidad criminal, las posibilidades de motivación y de prevención, los efectos de las penas, etc.

Pero también debe sustanciarse en el plano moral y político: denunciando la desidia de unos legisladores que vienen a reconocer paladinamente en sus discursos (aunque no se atrevan a decirlo con todas las palabras) que la mayoría de los infractores a los que va dirigida la represión penal "no son como nosotros" (los buenos ciudadanos, se entiende), por lo que con ellos sólo cabe emplear la coerción más cruda (aprovechando, de paso, el esfuerzo para lanzar también mensajes tranquilizadores a los "ciudadanos decentes"). Denunciando que esto no sólo es falso, sino que es el punto de partida que permite justificar, con buena conciencia (en legisladores y público), todos los excesos y barbaridades del punitivismo.

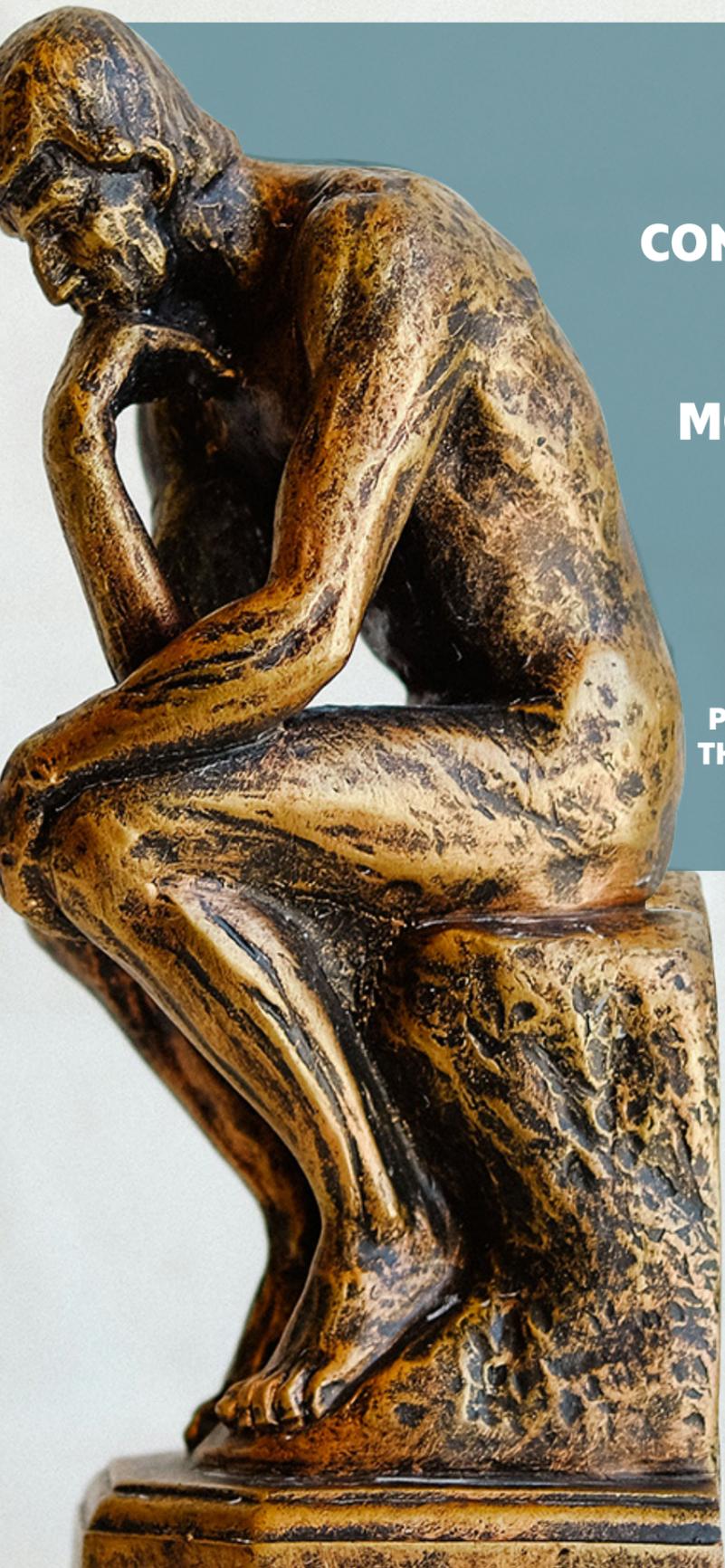
En mi opinión, por lo tanto, aunque es cierto que los argumentos de racionalidad instrumental pueden conducir en ocasiones a excesos, actualmente existe una batalla previa, que es la de lograr que los legisladores penales se tomen en serio los problemas de racionalidad instrumental de la legislación, de manera que se apoyen en una teoría de la racionalidad de la ley penal digna de tal nombre, y no en el habitual catálogo de prejuicios sin fundamento y de lugares comunes vacuos. Porque discutir –en serio, quiero decir– sobre los efectos de las prohibiciones penales y de las penas, sobre las características reales de los infractores y sobre la posibilidad de influir sobre ellos efectivamente, sería ya (a pesar de los riesgos) un avance muy significativo sobre el lamentable estado de irracionalidad en la discusión legislativa actual.

Bibliografía

- Aguilar López, Juan Francisco. "Congreso de los Diputados. Sesión VII-610". Ponencia presentada en la Comisión Permanente sobre Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico del Congreso, Madrid, 20 de junio de 2006. http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_610.PDF.
- Austin, John L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Traducido por Genaro R. Carrió y Eduardo Rabossi. Barcelona: Paidós, 1996.
- Barrero López, Jaime Javier. "Congreso de los Diputados. Sesión VII-776". Ponencia presentada en la Sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Madrid, 17 de junio de 2003. http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_776.PDF.
- Bueso Zaera, Leocadio. "Congreso de los Diputados. Sesión VII-761". Ponencia presentada en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Madrid, 13 de mayo de 2003. http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_761.PDF.
- Carver, Charles S. y Michael F. Scheier. *On the Self-Regulation of Behavior*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Casalmiglia, Helena y Amparo Tusón. *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso*. Barcelona: Ariel, 2012.
- Connolly, William E. *The Terms of Political Discourse*. Princeton: Princeton University Press, 1993.
- Croft, William y D. Alan Cruse. *Lingüística cognitiva*. Traducido por Antonio Benítez Burraco. Madrid: Akal, 2008.
- Cuesta, Ubaldo. *Psicología social de la comunicación*. Madrid: Cátedra, 2000.
- De Saussure, Ferdinand. *Curso de lingüística general*. Traducido por Mauro Armiño. Madrid: Akal, 2006.
- Downes, David y Paul Rock. *Sociología de la desviación*. Barcelona: Gedisa, 2011.
- Evans, Vyvyan, y Melanie Green. *Cognitive Linguistics: An Introduction*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006.
- Fairclough, Norman y Ruth Wodak. "Análisis crítico del discurso". En *El discurso como interacción social*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- Hamawand, Zeki. *Semantics*. Sheffield: Equinox, 2016.
- Hurford, James R. y Brendan Heasley. *Curso de Semántica*. Traducido por Elena de Miguel Aparicio e Isabel López Fraguas. Madrid: Visor, 1997.
- Jakobs, Günther. "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo". En *Derecho penal del enemigo*. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Madrid: Thompson Civitas, 2006.
- Kearns, Kate. *Semantics*. Houndmills y New York: Palgrave MacMillan, 2011.
- Kolodny, Niko y John Brunero. "Instrumental Rationality". *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 13 de febrero de 2013. <https://plato.stanford.edu/entries/rationality-instrumental/>.
- López Aguilar, Juan Francisco. "Congreso de los Diputados. Sesión VII-761". Ponencia presentada en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Madrid, 13 de mayo de

2003. http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_761.PDF.

- Magro Servet, Vicente. "Congreso de los Diputados. Sesión VIII-70". Ponencia presentada en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 8 de septiembre de 2004. http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_070.PDF.
- Monteserín Rodríguez, María Virtudes. "Congreso de Diputados. Sesión VIII-67". Ponencia presentada en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 22 de julio de 2004. http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_067.PDF.
- Mumby, Dennis K. y Clair, Robin P. "El discurso en las organizaciones". En *El discurso como interacción social*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- Nagin, Daniel S. "Deterrence in the Twenty-First Century". *Crime and Justice*, n.º 42 (2013).
- Paredes Castañón, José Manuel. "El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del Derecho Penal del riesgo". *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 13 (2003): 11-29.
- . *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- . "Punitivismo y democracia: las necesidades sociales y la voluntad popular como argumentos político-criminales". *Libertas*, n.º 4 (2016): 153-202.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. "Congreso de los Diputados. Sesión VIII-64". Ponencia presentada en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 19 de julio de 2004. http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_064.PDF.
- Pumpido Tourón, Cándido Conde. "Congreso de Diputados. Sesión VIII-437". Ponencia presentada en la Comisión No Permanente sobre Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico, Madrid, 23 de noviembre de 2005. http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_437.PDF.
- Quong, Jonathan. "Public Reason". *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 20 de mayo de 2013. <https://plato.stanford.edu/entries/public-reason/>
- Searle, John R. "Una taxonomía de los actos ilocucionarios". Luis María Valdés Villanueva. En *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, editado por Luis María Valdés Villanueva. Madrid: Tecnos, 1991.
- . *Actos de habla*. Traducido por Luis María Valdés Villanueva. Madrid: Cátedra, 1994.
- Silva Sánchez, Manuel. "Congreso de los Diputados. Sesión VII-761". Ponencia presentada en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Madrid, 13 de mayo de 2003. http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_761.PDF.
- . "Congreso de los Diputados. Sesión VII-776". Ponencia presentada en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Madrid, 17 de junio de 2003. http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_776.PDF.
- Torme Pardo, Ana María. "Congreso de los Diputados. Sesión VII-776". Ponencia presentada en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Madrid, 17 de junio de 2003. http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_776.PDF.
- Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Traducido por José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Zunda, Ziva. *Social Cognition*. Cambridge: MIT Press, 1999.



OTRA FORMA DE ABORDAR LOS CONFLICTOS PENALES: LA INAPLAZABLE REGULACIÓN DEL MODELO DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA

ANOTHER WAY TO ADDRESS
CRIMINAL CONFLICTS: THE
PRESSING NEED FOR REGULATING
THE RESTORATIVE JUSTICE MODEL
IN SPAIN

1. Principales desarrollos de la justicia restaurativa en España

I. Es en 2015 cuando, por primera vez, se recoge en España el acceso de las víctimas a los servicios de justicia restaurativa, tal y como se establece en el art. 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEVD), norma desarrollada por el Real Decreto 1109/2015, en especial en lo referente a las Oficinas de asistencia a las víctimas. El mencionado precepto se ocupa principalmente de las condiciones generales de acceso a los servicios de justicia restaurativa, concebidos como complemento adicional del proceso penal orientado a la reparación material, y también moral, de los perjuicios derivados del delito³. Ahora bien, esta regulación, que incorpora un conjunto de garantías para víctima y victimario⁴, no explicita una fórmula restaurativa concreta, sino que, fruto de "una equívoca confusión entre el modelo de justicia restaurativa y la mediación"⁵, se centra fundamentalmente en esta última y no se ocupa de otras técnicas restaurativas. Por lo demás, el servicio restaurativo se plantea casi exclusivamente desde el punto de vista de la víctima y deja de lado aspectos fundamentales en relación con el infractor⁶.

II. En todo caso, la derivación a la justicia restaurativa es una decisión judicial a adoptar con plenas garantías y así se va desplegando en las prácticas progresivamente desarrolladas en las que el juez mantiene tanto el control inicial, posibilitando la mediación, como el final, de homologación de los acuerdos establecidos por las partes, pues, aunque es el facilitador quien evalúa si un caso es susceptible de una práctica restaurativa, corresponde al juez la selección de los casos derivables a justicia restaurativa. La decisión, motivada, de derivación se notifica al Ministerio Fiscal, al infractor, a la víctima y a sus respectivos abogados, acompañada de una información concisa y comprensible sobre el contenido de la práctica de justicia restaurativa, los principios a respetar, el procedimiento a seguir y los resultados que cabe esperar, el plazo acordado para llevarla a cabo y cualquier otra circunstancia significativa desde el punto de vista procesal.

¹ Catedrático de Derecho Penal UPV/EHU. Presidente honorario de la Asociación Internacional de Derecho Penal Co-IP Grupo de investigación GICCAS (IT-1486-22), Instituto Vasco de Criminología (IVAC-KREI). ORCID: 0000-0002-8187-6201. joseluis.delacuesta@ehu.eus.

² Investigadora doctora en el Instituto Vasco de Criminología, de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) Magistrada suplente en la Audiencia Provincial de Gipuzkoa. Miembro del Grupo de investigación GICCAS (IT-1486-22). ORCID: 0000-0002-2483-4187. isabel.german@ehu.eus.

³ Rodrigo Miguel Barrio, "La Justicia Restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la Víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: Los círculos restaurativos", *Revista de Victimología / Journal of Victimology*, n.º 10 (2020): 76, doi: 10.12827/RVJV.10.03.

⁴ Para conocer estas garantías de autonomía, protección, confidencialidad y reparación, ver: Ignacio José Subijana Zunzunegui, Izaskun Porres García y Marta Sánchez Recio, "El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito", *Revista de Victimología / Journal of Victimology*, n.º 2 (2015): 129, doi: 10.12827/RVJV.2.06.

⁵ Ignacio José Subijana Zunzunegui, Izaskun Porres García y Marta Sánchez Recio, "El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito", 129.

⁶ Rodrigo Miguel Barrio, "La Justicia Restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la Víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: Los círculos restaurativos", 79 y ss.

Para derivar un asunto suele ser requisito imprescindible el reconocimiento, por lo menos parcial⁷, de los hechos esenciales por parte del infractor⁸, pudiendo realizarse la derivación en la fase de instrucción, en la fase de enjuiciamiento y en la fase de ejecución, por parte de los Juzgados de Instrucción, por los Juzgados de lo Penal o por las Audiencias Provinciales⁹. La decisión de derivar y la formalización del resultado varían en función de la etapa procesal en la que tenga lugar y del tipo de procedimiento judicial aplicable, en atención a la clasificación de infracciones penales en delitos leves, menos graves y graves. Y su resultado se incorpora al proceso judicial, con diferentes efectos, también según la fase en la que se encuentre el procedimiento: archivo del asunto cuando proceda, atenuación (incluso muy cualificada) en apreciación de la reparación, suspensión de la ejecución de la pena de prisión o su sustitución y, en la fase de ejecución penitenciaria, progresión en grado, eliminación del periodo de seguridad o acceso a la libertad condicional.

Ordenada la derivación –que no obliga necesariamente a la suspensión del proceso, si bien puede acordarse en caso de solicitud por las dos partes–¹⁰ el Servicio de Mediación pone en marcha el proceso restaurativo, regido por la confidencialidad en cuanto al contenido de las entrevistas y en el que ordinariamente se distinguen varias fases: información, preparación, encuentro dialogado directo o indirecto, conclusión... Es habitual fijar, además, un plazo para llegar al resultado, sin perjuicio de su prórroga (principio de flexibilidad)¹¹ si el equipo considera que cabe llegar a un acuerdo. En todo caso, incorporados al Acta de reparación (con detalle, en su caso, del correspondiente Plan de reparación), como ya se ha señalado, corresponde al juez la homologación de los acuerdos alcanzados, oído el Ministerio Fiscal y los letrados de las partes, pudiendo encargar al Servicio de Mediación del seguimiento de su cumplimiento y debiendo facilitarse a las víctimas la comunicación al órgano judicial de la reparación alcanzada (mediante comparecencia, por escrito, etc.)¹².

III. Lo anterior ilustra, en definitiva, la sujeción de las prácticas restaurativas al proceso judicial, que en España se desarrollan dentro de un modelo procesal que no deja margen al principio de oportunidad, lo que marca importantes diferencias con aquellos países que lo reconocen¹³. Así, la justicia restaurativa en España se presenta como un sistema complementario a la justicia convencional, confiando en que a través de su aplicación mejore el funcionamiento del sistema de justicia penal¹⁴.

⁷ Josep María Tamarit Sumalla, "La reparación y apoyo a las víctimas", en *El Estatuto de las víctimas de delitos (Comentarios a la Ley 4/2015)*, coord. por Josep María Tamarit Sumalla (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 326.

⁸ Ignacio Jose Subijana et al., "Protocolo de mediación penal", en *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* (Madrid: CGPJ, 2016), 102.

⁹ Ignacio José Subijana Zunzunegui, Izaskun Porres García y Marta Sánchez Recio, "El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito", 137.

¹⁰ Suelen excluirse los casos de enjuiciamiento rápido e inmediato por no ser compatibles con el establecimiento del imprescindible espacio de diálogo que todo proceso restaurativo precisa.

¹¹ Ignacio Jose Subijana et al., "Protocolo de mediación penal", 103.

¹² País Vasco Gobierno Vasco, *Protocolo de coordinación interinstitucional para el servicio de justicia restaurativa de Euskadi (Jurisdicción penal)* (Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco, 2019), 40.

¹³ Javier Hernández, "Fundamento y consecuencias de excluir de la justicia restaurativa ciertas infracciones penales", en *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2013), 110.

¹⁴ Jeane Gazaro, "Justiça Restaurativa: novas lentes e novo foco para o sistema penal", *Res Severa Verum Gaudium* 3, n.º 2 (2018): 174.

2. Insuficiencia de la regulación actual

I. Como se reconoce generalmente, la importancia de la referencia explícita por parte del art. 29 de la LEVD al apoyo a los servicios de justicia restaurativa (y otros procesos de solución extraprocesales), encomendado a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, no se ha visto acompañada en el propio Estatuto por el apropiado despliegue normativo para la puesta en funcionamiento de estos servicios, sobre los que las Oficinas de Asistencia deben informar, pero que no se encuentran directamente obligadas a organizar ni prestar; en esta situación, y como recuerda Castro¹⁵, incluso en aquellas Comunidades Autónomas que han creado instancias específicas, a partir de programas subvencionables públicos, las tareas de apoyo a la justicia restaurativa (y hasta a la mediación penal con la que tantas veces se confunde)¹⁶ acaban quedando, en la práctica, en manos de las asociaciones sin ánimo de lucro de apoyo y protección de las víctimas.

Ciertamente, las condiciones de acceso a esos servicios sí reciben una primera regulación a través del art. 15 LEVD. Fundamentalmente preocupado por facilitar a las víctimas de los delitos el logro de la adecuada reparación material y moral, predomina en él la óptica garantista (autonomía, protección, confidencialidad, reparación)¹⁷ y de complemento al proceso penal¹⁸, así como la apuesta más por el resultado que por el encuentro. Se olvidan así importantes aspectos derivados de la participación en la justicia restaurativa, tanto para la víctima¹⁹ como para el victimario²⁰, cuya resocialización debería ser también meta del proceso restaurativo²¹.

Ningún elemento aporta, finalmente, la LEVD respecto de lo que, en principio, cabría pensar que ha de ser el cometido primordial, en este plano, de una ley de derecho de las víctimas: el establecimiento de las pautas de decisión en la materia o la regulación de la posible incidencia de la participación en procesos de justicia restaurativa a la hora de la declaración de la responsabilidad penal (atenuación, suspensión de la pena, sustitución...), en el proceso (archivo...) y/o en el plano penitenciario²².

II. En realidad, en los Protocolos suscritos por el Consejo General del Poder Judicial con algunas Comunidades Autónomas donde cabe hallar mayores precisiones regulatorias en torno a lo que se acaba de indicar. No siguen, sin embargo, estos Protocolos un modelo unitario, observándose un desarrollo diverso y no homogéneo en todo el territorio español.

Así, el Protocolo actualmente vigente en la Comunidad Autónoma del País Vasco –Protocolo de coordinación interinstitucional para el servicio de justicia restaurativa de Euskadi (Jurisdicción penal)–, que data de 2019 en su última versión, sigue un modelo habilitante, en la medida en que "ni circunscribe la derivación a las técnicas restaurativas a determinados injustos penales

¹⁵ Begoña Castro Jover, "La mediación penal como práctica restaurativa en la fase de ejecución penal", *Diario La Ley*, n.º 9710 (2020): 8.

¹⁶ Ignacio José Subijana Zunzunegui, Izaskun Porres García y Marta Sánchez Recio, "El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito", 129.

¹⁷ Ignacio José Subijana Zunzunegui, Izaskun Porres García y Marta Sánchez Recio, "El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito", 129.

¹⁸ Rodrigo Miguel Barrio, "La Justicia Restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la Víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: Los círculos restaurativos", 76.

¹⁹ Josep María Tamarit Sumalla, "La reparación y apoyo a las víctimas", 324.

²⁰ Rodrigo Miguel Barrio, "La Justicia Restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la Víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: Los círculos restaurativos", 79 y ss.

²¹ Rodrigo Miguel Barrio, "La Justicia Restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la Víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: Los círculos restaurativos", 80.

²² Josep María Tamarit Sumalla, "La reparación y apoyo a las víctimas", 323.

(modelo directivo) ni, tampoco, introduce una prohibición apriorística de derivación para determinadas tipologías delictivas (modelo prohibitivo)²³, salvo en lo referido a los supuestos vetados normativamente: la violencia de género y la violencia sexual. Su propia denominación apunta a que se admiten distintas modalidades restaurativas, más allá de la mediación, si bien sigue siendo esta práctica la más extendida.

Otros protocolos, sin embargo, como es el caso, por ejemplo, del aprobado recientemente en Huelva en 2023 –Protocolo para la mediación penal en procedimientos por delitos leves y menos graves firmado en la ciudad de Huelva²⁴, apuntan ya en su mismo título –“Protocolo para la mediación penal en procedimientos por delitos leves y menos graves”– a un uso más limitado de la justicia restaurativa y son más restrictivos: por un lado, se centra exclusivamente a la mediación, evitando una terminología **más genérica** susceptible de incluir otras prácticas restaurativas, lo que *a priori* parece dejar fuera otras fórmulas más inclusivas, como los círculos, o la posibilidad de que acudan víctimas subrogadas, como sucede en los encuentros restaurativos; además, contempla solo los casos de delitos leves y menos graves, excluyendo, por tanto, la posibilidad de derivar los delitos graves, lo que encaja más con un modelo directivo, en el sentido ya mencionado.

3. La Ley 4/2023 de la Comunidad Foral Navarra

Frente a lo anterior, la recientemente aprobada Ley Foral Navarra 4/2023, 9 marzo, de Justicia Restaurativa, Mediación y Prácticas Restaurativas Comunitarias (BON 57 - 21/03/2023) constituye una importante novedad en el plano normativo español. Estructurada en cinco títulos, tres disposiciones adicionales y una disposición final, no se ocupa, como es obvio, de regular aquellas cuestiones procesales o de naturaleza penal o civil sobre las que la citada Comunidad Foral carece propiamente de competencia, sino que se centra en los instrumentos al servicio de la Administración de Justicia que sí corresponde a la Comunidad Foral prestar, así como en la potenciación y despliegue de las prácticas restaurativas comunitarias.

Tras un prolijo Preámbulo –que liga el enfoque restaurativo a “la construcción de una [...] social y democrática” que cuente “con la participación de la ciudadanía, propiciando la resolución pactada de sus propios conflictos”, algo a no confundir con “una privatización de la justicia”–, parte el articulado de la Ley (53 artículos) de la definición del objeto (art. 1) y finalidad (art. 2) de la misma, para describir a continuación los “principios inspiradores de los procesos de justicia restaurativa” (art. 3): “voluntariedad”, “igualdad”, “confidencialidad”, “imparcialidad y neutralidad”, “buena fe y respeto mutuo”, “flexibilidad” y “competencia técnica”. Estos procesos deben caracterizarse por la calidad (art. 4), la accesibilidad universal (art. 5) la equidad territorial (art. 6) y social (art. 7), la protección de la infancia (art. 8) y la perspectiva de género (art. 9), facilitando que sus actuaciones pueden producirse de manera telemática en casos de dificultades para mantener “la presencialidad” (art. 10.1).

Objetivo central de la Ley es el fomento de la justicia restaurativa, la mediación y las prácticas restaurativas comunitarias (art. 11), instrumentos que han de hacerse accesibles “a todos los ciudadanos y ciudadanas en condiciones de igualdad” por su probada capacidad no sólo de “prevención de conflictos”, sino también de cara tanto a la reparación del daño causado a las víctimas y a la comunidad, como al fomento de la “responsabilidad y reinserción” de los delincuentes.

²³ Ignacio José Subijana Zunzunegui, Izaskun Porres García y Marta Sánchez Recio, “El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito”, 127.

²⁴ En este caso, se trata de un protocolo firmado entre el Colegio de Abogados de Huelva, la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Ceuta y Melilla, el Decanato de los Juzgados de Huelva y la Secretaría Coordinadora Provincial de Huelva de los Letrados de la Administración de Justicia.

El Título II se ocupa del Servicio de Justicia Restaurativa de Navarra, configurado como “servicio público de apoyo especializado a las víctimas”²⁵, cuya actuación y funcionamiento, siempre en coordinación con los demás servicios y entidades (art. 19), ha de producirse con “equidad” y “enfoque social y comunitario”, orientándose en los siguientes “criterios”: “participación”, “reparación”, “responsabilidad”, “reinserción”, “protección de las víctimas” (art. 14). Cometido primordial del Servicio –al que también compete divulgar, formar y sensibilizar en torno a la justicia restaurativa (art. 27)– es esforzarse en “lograr la reparación del daño causado, la responsabilidad y la reinserción de las personas ofensoras y la participación de las personas y comunidades afectadas por los delitos”²⁶. El Servicio está llamado a intervenir en todos los asuntos que le derive la justicia, de conformidad “con la legislación procesal y sustantiva vigente”²⁷, sea cual sea la fase del proceso penal, el delito o su gravedad; asimismo, cuando el objetivo reparador no pueda alcanzarse debido a la “extinción” de la responsabilidad o su “no acreditación”, se autoriza al Servicio a promover aquellos “procesos dirigidos a que las víctimas obtengan una reparación moral adecuada” (art. 13.3).

Mediación penal (art. 21), Conferencias restaurativas (art. 22), Círculos restaurativos (art. 23), así como Talleres y programas restaurativos (art. 24), son las técnicas principales de justicia restaurativa que el Servicio de Justicia Restaurativa de Navarra está llamado a desplegar a fin de alcanzar los resultados pretendidos, que han de plasmarse en acuerdos a los que las partes otorgan su “consentimiento libre e informado” y el correspondiente “plan de reparación” (art. 25), asumiendo el Servicio el seguimiento de su cumplimiento y la información, en su caso, “a los órganos judiciales y Fiscalía, respetando la confidencialidad legalmente establecida” (art. 26).

Atención separada merecen, para la Ley, el fomento de la mediación en ámbitos diferentes al penal (Título II) –con la creación del Registro de Mediación de Navarra (art.38) y el procedimiento de obtención del “Sello de Calidad” (art. 39)– y las prácticas restaurativas comunitarias (Título III), uno de los aspectos más innovadores de la nueva regulación. Definidas como “herramientas de prevención y resolución de conflictos no judicializados, así como de promoción de la cohesión social, que buscan generar condiciones colectivas de confianza, respeto y cuidado, de forma que los conflictos que puedan surgir se gestionen en sus estadios iniciales de forma espontánea por la comunidad”²⁸, estamos ante actuaciones que se desarrollan en ámbitos sociales –p.e. en el ámbito “familiar, vecinal, escolar, sanitario, de consumo, organizacional y penitenciario”...–, esto es “fuera del procedimiento judicial” y sin pretensión de alcanzar “efectos jurídicos vinculantes” (art. 45).

El art. 46 de la Ley define los principios específicos de las prácticas restaurativas comunitarias –“participación de la ciudadanía”, “prevención y resolución de conflictos sociales”, y “aumento de la cohesión social”– que la Comunidad Foral Navarra se compromete a promover (al igual que el voluntariado –art. 48– y la formación –art. 49–) mediante la creación de la Red Navarra Restaurativa, la “convocatoria de subvenciones” y “otros instrumentos de cooperación con las entidades de iniciativa social”, prestando “especial atención a la equidad territorial estableciendo espacios comunitarios de resolución de conflictos en zonas rurales”²⁹. En todo caso, como programas y técnicas de prácticas restaurativas especialmente merecedores de especial atención a tales efectos menciona la Ley los siguientes:

²⁵ Que puede prestarse directamente o mediante las formas indirectas (convenios, contratos u otras) legalmente autorizadas (art. 15.3).

²⁶ España, Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias, Boletín Oficial del Estado, 4 de abril de 2023, BOE-A-2023-8479, art. 12.

²⁷ A excepción, por tanto, de los casos (violencia de género, agresiones sexuales) que la legislación expresamente excluye.

²⁸ España, Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias, art. 44.

²⁹ España, Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias, art. 47 numeral 2.

- a). "Programas de mediación y otras prácticas restaurativas entre las actuaciones de apoyo a la familia, incluyendo los procesos de acogimiento y la adopción"³⁰.
- b). "Programas de prácticas restaurativas para la prevención y gestión de conflictos en el ámbito educativo"³¹.
- c). "Programas de prácticas restaurativas para la reparación de incidentes de odio no judicializados"³².
- d). "Redes comunitarias de mediación en barrios y pueblos"³³.
- e). "Espacios comunitarios de reflexión y resolución de conflictos, que podrán usar técnicas de participación de grandes grupos de personas como los círculos de diálogo, los foros abiertos u otras que se establezcan"³⁴.
- f). "La adaptación de una entidad, programa o recurso al enfoque restaurativo, generando confianza, respeto y cohesión entre las personas que los formen"³⁵.

Cierra el articulado el Título IV, dedicado a la organización administrativa y de los medios materiales e institucionales a implementar en aplicación de las previsiones legales, con mención específica de la aprobación del Plan estratégico cuatrienal y del Plan de Calidad bienal (art. 51 c y d), así como de la creación de tres grupos de trabajo en el Consejo Navarro de Justicia: Comisión de Justicia Restaurativa; Comisión de mediación; Comisión de prácticas restaurativas (art. 52).

4. Consideraciones finales

Primer instrumento legislativo específico en materia de Justicia Restaurativa en el ámbito español, son muchos los aspectos positivos que la nueva Ley Foral Navarra aporta en el desarrollo y promoción de la Justicia Restaurativa al servicio de la justicia y en el plano comunitario, donde crece la demanda de políticas públicas dirigidas a propiciar el adecuado cambio cultural (y sistémico) que favorezca la potenciación de su aplicación eficaz a través de servicios estables de calidad, con dotación y formación apropiadas, preferentemente integrados en las administraciones competentes (o contando, en todo caso, con su adecuado apoyo), que actúen bajo el seguimiento y evaluación continua por parte de estas, de aquí que su aprobación y entrada en vigor merezcan la más calurosa bienvenida.

Ahora bien, sin perjuicio de su importancia, estamos ante una normativa exclusivamente aplicable en el territorio de Navarra y que no entra en cuestiones procesales o de naturaleza penal, ajenas a las competencias de la Comunidad Foral, cuyo cometido en este campo se limita al plano de medios materiales y personales al servicio de la Administración de Justicia. Por ello, y sin

perjuicio de desear que cunda el ejemplo navarro entre otras Comunidades Autónomas, resulta preciso seguir insistiendo en la necesidad de una apropiada regulación del modelo restaurativo en el plano nacional, penal y procesal penal, donde corresponde a la ley definir tanto la forma y momentos oportunos para la solicitud y decisión de derivación o reenvío, como el despliegue del proceso restaurativo y sus efectos³⁶.

En ausencia de esta regulación, el desarrollo de la justicia restaurativa en el contexto judicial tiene lugar en España, como se ha visto, sobre la base de unos protocolos, sin duda de gran interés, pero que, además de caracterizarse por la falta de homogeneidad, en modo alguno acaban suministrando la imprescindible cobertura normativa³⁷ que la puesta en práctica de la justicia restaurativa requiere.

Ciertamente, el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁸ contempla la justicia restaurativa, a la que caracteriza por su "voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad" (art. 181) y que permite al "Estado [del] renunciar a la imposición de la pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima"³⁹.

Declarado el derecho de las víctimas a recibir información sobre "los servicios de justicia restaurativa disponibles [...] desde el primer contacto con las autoridades y sin retrasos innecesarios"⁴⁰, la justicia restaurativa se incluye en el Anteproyecto entre las "formas especiales de terminación del proceso penal" (Cap. III del Tit. IV) aplicables hasta en los procedimientos urgentes (art. 773.1). La iniciativa de derivación queda en manos del Ministerio público (art. 553.1 b), de oficio o a demanda de una de las partes, sin que la decisión impida la práctica de las diligencias indispensables para la verificación del delito (art. 182.1), interrumpiendo la prescripción del delito en el proceso por delitos leves (art. 185). El reenvío puede ordenarse igualmente por el tribunal durante la vista (art. 184), si las partes lo solicitan "de común acuerdo" (art. 647.1 II) y, en fase de ejecución (art. 896), oído el Fiscal (art. 182).

El art. 182.2 fija un plazo de tres meses para la terminación del proceso restaurativo debiendo el equipo emitir un informe, así como, en su caso, el acta de reparación. Con base en ello, el fiscal (art. 183.3) puede adoptar la decisión de sobreseimiento condicionado a la observancia de los acuerdos alcanzados o bien optar por la vía de conformidad⁴¹.

Ahora bien, no es fácil aventurar el futuro de este texto publicado por el Ministerio de Justicia. En todo caso, en la búsqueda del adecuado marco normativo, al lado de la reforma de las leyes procesales también la reforma del Estatuto de las Víctimas (en particular, el art.15) se presenta como una exigencia ineludible. Es en esta sede donde correspondería definir el derecho de acceso a la justicia restaurativa con plenas garantías de tutela judicial efectiva por parte de las víctimas, así como delimitar sus objetivos, que no deben agotarse en la reparación de las víctimas, sino

³⁰ España, *Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias*, art. 50 numeral 2 literal a).

³¹ España, *Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias*, art. 50 numeral 2 literal b).

³² España, *Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias*, art. 50 numeral 2 literal c).

³³ España, *Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias*, art. 50 numeral 2 literal d).

³⁴ España, *Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias*, art. 50 numeral 2 literal e).

³⁵ España, *Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias*, art. 50 numeral 2 literal f).

³⁶ Josep María Tamarit Sumalla, "El lenguaje y la realidad de la justicia restaurativa", *Revista de Victimología / Journal of victimology*, n.º 10 (2020): 66, doi: 10.12827/RVJV.10.02

³⁷ Gema Varona Martínez, *Justicia restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial* (Madrid: Dykinson, 2018), 47.

³⁸ Para revisar el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, visitar el siguiente enlace: <https://www.mjusticia.gob.es/>

³⁹ España Consejo de Ministros, *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* (España: Consejo de Ministros, 2020), exposición de motivos, XXVII.

⁴⁰ España Consejo de Ministros, *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*, art. 104 numeral k.

⁴¹ El acuerdo sobre la reparación abrirá asimismo la vía a la aplicación del art. 21.5 (atenuante de reparación) (art. 184); por su parte, el art. 924 se ocupa de sus efectos en cuanto a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 924).

buscar igualmente el fomento de la resocialización del victimario⁴². Y solo establecido lo anterior –y el deber del Estado de asegurar el acceso a estos servicios en plena libertad, garantizando un “proceso equitativo” y confidencial, apoyado por “un facilitador independiente e imparcial” y susceptible de beneficiarse de la “asistencia jurídica gratuita”⁴³–, es cuando procedería centrarse en las condiciones de acceso a los servicios de justicia restaurativa y mecanismos aplicables, cuestiones que, por razones de seguridad jurídica, pueden requerir regulaciones complementarias de nivel reglamentario en aspectos claves, abiertas a la innovación y que, sin caer en la sobrerregulación⁴⁴, contribuyan a crear y reforzar la imprescindible confianza de los operadores en este campo⁴⁵.

La tarea normativa pendiente es, por tanto, de entidad, pero imprescindible e inaplazable si se quiere dar plena carta de naturaleza a la justicia restaurativa en España, tanto con carácter general como, muy en particular, en el contexto judicial.

Bibliografía

- Barrio, Rodrigo Miguel. “La Justicia Restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la Víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: Los círculos restaurativos”. *Revista de Victimología / Journal of Victimology*, n.º 10 (2020): 71-98. doi: 10.12827/RVJV.10.03.
- Castro Jover, Begoña. “La mediación penal como práctica restaurativa en la fase de ejecución penal”. *Diario La Ley*, n.º 9710 (2020): 6-10.
- España. *Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias*. Boletín Oficial del Estado, 4 de abril de 2023. BOE-A-2023-8479.
- España Consejo de Ministros. *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*. España: Consejo de Ministros, 2020.
- Gazaro, Jeane. “Justiça Restaurativa: novas lentes e novo foco para o sistema penal”. *Res Severa Verum Gaudium* 3, n.º 2 (2018): 165-178.
- Hernández, Javier. “Fundamento y consecuencias de excluir de la justicia restaurativa ciertas infracciones penales”. En *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2013.
- País Vasco Gobierno Vasco. *Protocolo de coordinación interinstitucional para el servicio de justicia restaurativa de Euskadi (Jurisdicción penal)*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco, 2019.
- Subijana, Ignacio José, Manuel Ledesma, Rosa María Freire Pérez y Juan Carlos Aladro. “Protocolo de mediación penal”. En *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. Madrid: CGPJ, 2016.
- Subijana Zunzunegui, Ignacio José, Izaskun Porres García y Marta Sánchez Recio. “El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito”. *Revista de Victimología / Journal of Victimology*, n.º 2 (2015): 125-150. doi: 10.12827/RVJV.2.06
- Tamarit Sumalla, Josep María. “Procesos restaurativos más allá de la mediación perspectivas de futuro”. En *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2013.
- . “La reparación y apoyo a las víctimas”. En *El Estatuto de las víctimas de delitos (Comentarios a la Ley 4/2015)*. Coordinado por Josep María Tamarit Sumalla. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- . “El lenguaje y la realidad de la justicia restaurativa”. *Revista de Victimología / Journal of victimology*, n.º 10 (2020): 43-70. doi: 10.12827/RVJV.10.02
- Varona Martínez, Gema. *Justicia restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial*. Madrid: Dykinson, 2018.
- . “Introducción: preparando caminos inesperados”. En *Caminando restaurativamente. Pasos para diseñar proyectos transformadores alrededor de la justicia penal*. Dirigido por Gema Varona Martínez. Madrid: Dykinson, 2020.

⁴² Rodrigo Miguel Barrio, “La Justicia Restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la Víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: Los círculos restaurativos”, 83 y ss.

⁴³ Rodrigo Miguel Barrio, “La Justicia Restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la Víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: Los círculos restaurativos”, 91 y ss.

⁴⁴ Gema Varona Martínez, “Introducción: preparando caminos inesperados”, en *Caminando restaurativamente. Pasos para diseñar proyectos transformadores alrededor de la justicia penal*, dir. por Gema Varona Martínez (Madrid: Dykinson, 2020), 16.

⁴⁵ Josep María Tamarit Sumalla, “Procesos restaurativos más allá de la mediación perspectivas de futuro”, en *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2013), 323.



PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y “JUICIOS DE LA VERDAD”¹

1. Introducción

Con este trabajo me propongo indagar si, jurídicamente, sería viable en Argentina la aplicación retroactiva de una ley penal que estableciera el mecanismo de un “juicio de la verdad” respecto a hechos que, conforme una ley previa, se encuentran prescriptos. Tengo en mente el siguiente caso. En el tiempo 1 (*t1*), una ley penal estipula que la acción penal se encuentra prescripta para la investigación de ciertos hechos y, por lo tanto, el imputado debe ser sobreseído. Posteriormente, en el tiempo 2 (*t2*), se dicta una ley penal que amplía los plazos de prescripción fijados en la ley vigente en *t1*. ¿Es posible la aplicación retroactiva de la ley dictada en *t2* para juzgar hechos cometidos en *t1*?, o, por el contrario, ¿ello supondría una violación del principio de legalidad (art. 18, Constitución Nacional [CN]; art. 9, Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]; art. 15 punto 1., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCyP] o del principio de aplicación de la ley más benigna (art 9 última parte, CADH; art. 15 punto 1 última parte, PIDCyP; art. 2, Cód. Penal [CP])? Responder estas preguntas exige, en primer lugar, definir lo que se entiende por “juicio de la verdad”. En segundo término, determinar el alcance del principio de legalidad en el derecho argentino. Finalmente, precisar la extensión de la única excepción al principio de irretroactividad de la ley penal: la aplicación de la ley más benigna para el acusado.

A ello dedico las siguientes líneas.

2. El “juicio de la verdad”

Entiendo por “juicio de la verdad” un proceso penal dirigido (i) a determinar si el hecho motivo del juicio ha existido o no ha existido; (ii) en su caso, a determinar si ha sido (o no) cometido por el acusado; (iii) en su caso, a determinar si existe alguna regla legal que permita justificar o excusar ese hecho; y (iv), llegado el caso, a declarar al acusado responsable por ese hecho, pero sin la aplicación de una sanción penal dada su imposibilidad en tales casos (v. gr., porque la acción penal se encuentra prescripta; porque el Estado, por medio de una ley, ha renunciado a la aplicación de una pena en tales casos).

Como puede observarse, el punto (iv), esto es, la no-aplicación de una pena tras la declaración de responsabilidad o culpabilidad emitida contra el acusado, es lo que distingue al “juicio de la verdad” de los procesos penales convencionales. Pero, esa caracterización del “juicio de la verdad” se diferencia también de aquellos supuestos en los que se investiga la presunta responsabilidad penal por la presunta comisión de hechos *prima facie* delictivos de quienes se encuentran fallecidos. Particularmente, pienso en el denominado “Juicio por la Masacre de Napalpi”³ por medio del cual, en Argentina, la Justicia Federal de Resistencia, Chaco, declaró, en 2022, la responsabilidad del Estado Nacional por hechos cometidos en 1924 por individuos que, al tiempo del juicio, lógicamente, ya estaban muertos. Evitar “una inadmisibles *impunidad biológica*”, como dice Daniel Pastor, parecería ser “la última genialidad de los delirantes”, promotores de este tipo de juicios⁴.

² Universidad Nacional del Nordeste, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Ex becario doctoral y posdoctoral del CONICET. Este trabajo fue realizado durante mi beca posdoctoral. Correo electrónico: hernangrbavac@hotmail.com.

³ Juzgado Federal de Resistencia del Chaco, “FRE 9846/2019”, “Masacre de Napalpi s/ Juicio por la Verdad”, 1 de septiembre de 2022. Puede consultarse la parte dispositiva de la sentencia en: <https://docs.google.com/document/d/17V5Zl7jN9U6iSWNGTId4rNlWqV7QenYv/edit>.

⁴ Daniel Pastor, “Prólogo”, en *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de derecho* (Buenos Aires: Editores del Sur, 2022), 13.

¹ Este trabajo ha sido previamente publicado como “Principio de Legalidad y ‘juicios de la verdad’”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 5 (2024): 3-10.

Nuestra definición de "juicio de la verdad" es más restringida *vis a vis* con la que ha tenido lugar en el juicio por "la Masacre de Napalpi" y con la que es objeto de la crítica de Pastor. Ello responde a la necesidad de evitar que un juicio penal se transforme en una parodia de juicio dirigido contra quienes *ya no* pueden defenderse. Un juicio penal no es –o no debiera ser– un coloquio de historiadores y el "campo de batalla" en el que, a menudo, se convierte la historia⁵ no debería contar, tampoco, con la complicidad de un poder judicial en forma de ariete.

En otro lugar, hemos argumentado en contra del mecanismo del "juicio de la verdad" con motivo de la aplicación retroactiva de la ley 27206⁶, porque, con ello:

[se] viola la división de poderes toda vez que el régimen de la prescripción es materia de regulación del Congreso, que no ha previsto una postura intermedia entre la prescripción y la no-prescripción: o bien la acción no está prescripta y el acusado puede ser investigado y, eventualmente, condenado; o bien, la acción está prescripta y el acusado debe ser sobreseído y el proceso no puede continuar. La idea de considerar compatibles las afirmaciones "la acción está prescripta" y "la prescripción de la acción no impide investigar el hecho" es un oximoron. Si la acción está prescripta, se encuentra extinta la pretensión penal del Estado para investigar el hecho.⁷

Sin embargo, ¿qué sucedería si el CP previera esa postura intermedia? Imaginemos una reforma legislativa que, amparada, v. gr., en el "derecho a la verdad" o en la "tutela judicial efectiva" (art. 25, CADH) o en el "interés superior del niño" (art. 3 punto 1, Convención sobre los Derechos del Niño [CDN]) reconociera el mecanismo del "juicio de la verdad" para investigar lo sucedido respecto a ciertos hechos que no pueden ser castigados por encontrarse prescriptos. Esa nueva ley, ¿podría aplicarse retroactivamente contra un imputado que, conforme una ley previa debe ser sobreseído por prescripción? Responder esta pregunta supone determinar los alcances, en el derecho argentino, del principio de legalidad y de la única excepción a él contemplada: la aplicación retroactiva de la ley más favorable al acusado.

3. El principio de legalidad y la aplicación de la ley penal más benigna: sus alcances en el derecho argentino

En el derecho argentino, como hemos recordado en otro trabajo⁸, el principio de legalidad exige no solo que la conducta –que motiva la acusación– haya sido delictiva al tiempo de haber sido presuntamente realizada por el imputado, sino, también, que cualquier condición que haga posible la aplicación de una pena haya sido contemplada en la ley vigente al tiempo del hecho objeto del juicio (art 18, CN). Esto último es crucial, porque si la regla de legalidad exigiera solamente que los "actos u omisiones" (art. 9, CADH), las "acciones u omisiones" (art. 15 punto 1, PIDCyP) o que el "acto" (v. gr., art. 103 punto 2, Ley Fundamental de Bonn) sean punibles conforme una ley previa, entonces podrían aplicarse retroactivamente leyes que, v. gr., ampliaran los plazos de prescripción de la acción penal para investigar y enjuiciar a quienes cometieron algunos de

esos hechos punibles⁹. La razón de este razonamiento es muy simple: las cláusulas legales sobre la prescripción no se refieren a acciones u omisiones que, conforme una ley previa, no estaban penadas, sino, solamente, determinan el plazo dentro del cual el Estado se encuentra legitimado para iniciar una investigación por la presunta comisión de esos hechos.

El art. 18 CN reza que "In ningún habitante de la Nación puede ser *penado*¹⁰ sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...]"¹¹, con lo que, en el derecho argentino, se encuentran prohibidos: (a) la aplicación retroactiva de leyes que califican como hechos punibles conductas que, al tiempo de su comisión, no lo eran; (b) la aplicación retroactiva de leyes que aumentan la pena para hechos que se encontraban reprimidos con una pena menos grave cuando fueron cometidos; (c) la aplicación retroactiva de leyes que amplían los términos de persecución penal respecto a hechos sujetos a plazos de prescripción de menor duración en leyes previas; (d) la aplicación retroactiva de leyes que admiten pruebas de cargo que se encontraban prohibidas al tiempo del hecho motivo del juicio¹².

En ese marco, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) supo dejar sentado, desde el siglo XIX, que el art. 18 CN prohíbe "las leyes de efecto retroactivo en cuanto se agrave por ellas la pena ó [sic] se empeoren las condiciones del acusado"¹³. Los casos enumerados dos párrafos más arriba "empeor[an] las condiciones del acusado" y, por lo tanto, no pueden aplicarse retroactivamente.

La CSJN coloca el acento en aquellas condiciones que empeoran las condiciones de un acusado en un juicio. Con ello, toma partido por una concepción amplia del término "penado". En efecto, esta expresión puede referirse a (1) todo lo relativo a una pena, esto es, "penado" como equivalente a "aplicación de una pena"; o puede significar, también, (2) "penado" como sinónimo de "reproche" o, incluso, de un "castigo en sentido amplio", vale decir, comprendiendo no solo a las penas *strictu sensu* sino, también, a otras sanciones (v. gr., las contravenciones) y, hasta, decisiones que suponen la privación de ciertos derechos, pero que se aplican contra acusados inimputables o peligrosos (v. gr., las medidas de seguridad)¹⁴. Entender la expresión "penado" en ese último sentido se torna relevante para responder a una objeción a la que me referiré en breve. Pero, antes, permítaseme recapitular lo dicho hasta aquí.

⁹ Por ello, no es cierta la conclusión a la que arriban Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, al tiempo de reflexionar sobre la garantía de la ley penal más benigna contemplado en el art. 9, CADH: "Illa vigencia de esta norma [...] cancela todas las discusiones que ponían en duda o limitaban la retroactividad de la ley más benigna". Su razonamiento incurre en un *non sequitur*. Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2002), 121.

¹⁰ El resaltado me pertenece.

¹¹ Argentina, *Constitución de la Nación Argentina*, Boletín Oficial de la República Argentina, 1 de mayo de 1853, art. 18, <https://www.congreso.gob.ar/constitucionParte1Cap1.php>.

¹² Véase, Joaquín V. González, *Manual de la Constitución argentina (1853 - 1860)* (Buenos Aires: Estrada Editores, 1959), 192-193. Véase también, Ricardo C. Núñez, *Derecho Penal Argentino*, tomo 1 (Buenos Aires: Bibliográfica Argentina - Lerner, 1959-1974), 134-135; Ricardo C. Núñez, *Manual de Derecho Penal Parte General* (Córdoba - Buenos Aires: Lerner, 1975), 75 y 77-78; Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal Parte General*, 120.

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos: 31:82", *El gremio de abastecedores de la ciudad de Tucumán, contra la municipalidad de la misma, por devolución de impuesto de consumo; recurso de hecho contra la sentencia del Tribunal Superior de Tucumán*, 29 de enero de 1887. Este principio fue ratificado, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos: 117:22", *Paz, Clemente José*, 20 de mayo de 1913 y en Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos: 140:34", *Amadeo, Tomás y otros c/ Provincia de Córdoba*, 15 de abril de 1924; no pueden aplicarse retroactivamente las leyes penales que empeoran las condiciones de los procesados. Específicamente, respecto a las cláusulas legales sobre la prescripción, véase: Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos: 287:76", *Miras, Guillermo S.A.C.I.F. c/ Aduana - Expte. N° 414.028/64*, 18 de octubre de 1973; Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fisco Nacional c/ César Demarco s/ ejecución fiscal*, 19 de febrero de 1976; Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sentencia Nro. 1614*, "Comisión Nacional de Valores c/ Telefónica Holding de Argentina S. A.", 26 de junio de 2012; Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos: 184:112*, 21 de diciembre de 1960; Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos: 208:398*, 27 de octubre de 1969.

¹⁴ Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, entienden que el art. 9, CADH, al consagrar el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa para el acusado, debe ser entendido en términos similares y, por ello, entienden que la referencia allí contenida a la "pena más grave" o a la "pena más leve", debe ser entendida como equivalente a "[algo] penoso". Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal Parte General*, 121.

⁵ Véase al respecto el muy ilustrativo libro de David Rieff, *Elogio del olvido. Las paradojas de la memoria histórica*, trad. Aurelio Major (Buenos Aires: Debate, 2017).

⁶ Hernán D. Grbavac, y Agustina M. Dragell, "Prescripción de la acción y revolución: sublevación judicial y autoridad del derecho", *Revista de Derecho Penal y Criminología* XIII, n.º 6 (2023): 25-26.

La ley 27206 amplía los plazos de prescripción de la acción penal en los casos de delitos contra la integridad sexual contra menores de edad y de trata de personas cuando las víctimas sean, también, menores de edad. La aplicación retroactiva de esa ley hace posible juzgar hechos que, conforme una ley previa, se encuentran prescriptos. Para una crítica contra la retroactividad, total y parcial, de esa ley, véase el artículo citado en esta nota.

⁷ Hernán D. Grbavac, y Agustina M. Dragell, "Prescripción de la acción y revolución: sublevación judicial y autoridad del derecho", 26.

⁸ Hernán D. Grbavac, y Agustina M. Dragell, "Prescripción de la acción y revolución: sublevación judicial y autoridad del derecho", punto IV.

La concepción de la regla de legalidad, tal como ha sido reconocida por la CSJN, permite, entonces, fundar esta garantía en razones de *fair play* por parte del Estado, quien, de antemano, "muestra sus cartas"¹⁵ cuando se trata de las condiciones que pueden determinar la aplicación de una pena contra una persona. Concebir de esa forma el principio de legalidad y no, en cambio, a partir de una posible relación con el principio de culpabilidad, obtura cualquier intento por legitimar la aplicación retroactiva de ciertas leyes penales más gravosas, como v. gr., aquellas que amplían los plazos de prescripción de la acción penal¹⁶.

En consecuencia, la íntima conexión entre el principio de legalidad y un principio de *fair play* asegura que el Estado deba dejar sentado, *ex ante*, las condiciones que deben estar presentes para que un castigo, en sentido amplio, pueda aplicarse de una manera legítima. En tal sentido, deben estar contenidos en una ley previa (i) los hechos por los cuales el Estado puede llamar a rendir cuentas a una persona, como imputada, en un juicio penal; (ii) la sanción prevista para quien realiza uno de aquellos hechos *prima facie* delictivos o (iii), en su caso, la medida de seguridad dispuesta por la realización de esos hechos; (iv) el tiempo con el que el Estado cuenta para investigar la presunta comisión de alguno de esos hechos; y (v) los medios de prueba a los que no se puede apelar –por ser considerados inválidos– para investigar la presunta comisión de alguno de esos hechos y enjuiciar a quien ha sido imputado como autor o partícipe.

El Estado comunica tales extremos de antemano y, con ello, legitima una expectativa, *en general*¹⁷, de que esas "reglas de juego" no serán modificadas retroactivamente –a menos, claro está, que esa modificación beneficie al acusado–. Con ello, se "tiende a evitar la arbitrariedad"¹⁸ a "poner un límite a la arbitrariedad estatal"¹⁹ y, así, garantizar que el Estado se comporte "según un criterio racional pensado en general para todos los casos futuros" y "[no] según motivos determinados por el ánimo vindicativo originado por un caso concreto"²⁰. Como ha puntualizado, Günther Jakobs: "[l]a sujeción" a la ley por parte del Estado "debe garantizar la *objetividad*"²¹, es decir:

El comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino *por anticipado y con validez general*, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho. El principio abarca a todos los presupuestos de [la] punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable [...]. Especialmente, también la prescripción ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no.²²

No obstante, la hipotética ley que tenemos en mente –por medio de la que se contemplaría el "juicio de la verdad" para hechos que, conforme una ley previa, se encuentran prescriptos– no crea retroactivamente un delito, no aumenta la pena para un delito previamente fijado ni establece *ex post facto* una medida de seguridad –*supra* supuestos (i), (ii) y (iii)–. Tampoco acuerda validez a un medio de prueba previamente prohibido –*supra* supuesto (v)–. Incluso más, como esa ley

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos: 341-III:1784", *Recurso de hecho deducido por Batalla Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros*, 4 de diciembre de 2018, consid. 31 voto en disidencia del Juez Rosenkrantz.

¹⁶ Entender el principio de legalidad a partir de su posible relación con el principio de culpabilidad es lo que explica que Carmen Argibay (considera 16 de su voto en Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768* 14 de junio de 2005) y Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*, tomo 1, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1997), 165, justifiquen la aplicación retroactiva de leyes penales más gravosas en materia de prescripción de la acción penal.

¹⁷ Como la expectativa es "en general" no hace falta demostrar que se trata de una expectativa que puede o debe ser tenida en cuenta, en concreto, por el acusado.

¹⁸ Rodolfo Moreno (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, tomo 1 (Buenos Aires: Tomassi, 1922-1923), 286.

¹⁹ Marcelo Sancinetti, *Casos de Derecho Penal Parte General*, tomo 1 (Buenos Aires: Hammurabi, 2005), 147.

²⁰ Marcelo Sancinetti, *Casos de Derecho Penal Parte General*, 148.

²¹ Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Madrid: Marcial Pons, 1997), 82.

²² Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*, 82-83.

reconocería que las cláusulas sobre la prescripción forman parte del concepto de "ley previa" –*supra* supuesto (iv)– dispondría, por ello, que el acusado, en el caso de ser declarado culpable, no puede ser objeto de una pena o, incluso, de una medida de seguridad.

Sin embargo, podría pensarse que el dictado de una sentencia judicial por parte de un órgano del Estado por medio de la que se declara culpable al acusado por el hecho por el que fue, previamente, acusado, sería una forma de penarlo por ese hecho. Si así fuera, una ley que contemplara la posibilidad retroactiva de un "juicio de la verdad" no sería constitucionalmente admisible, porque se trataría de una ley posterior más gravosa cuya aplicación retroactiva se encuentra vedada. Sebastián Soler, como Procurador General de la Nación, supo afirmar: "[l]a condena es un acto jurídico que sobrevive a la ejecución de la pena, acarreando una serie de consecuencias [...] Basta señalar los efectos que ella tiene en materia de reincidencia y condena de ejecución condicional"²³.

Una acepción restringida del término "pena" cuestionaría esa conclusión, ya que sostendría que considerar la *sola* declaración de culpabilidad como una pena es olvidar que lo que se entiende por pena estaría definido por la ley. En ese marco, el art. 5 CP dispone: "Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación"²⁴.

De otro modo, los hechos delictivos previstos como tales en el CP, y que podrían dar lugar a un "juicio de la verdad", se encuentran penados con "reclusión, prisión, multa e inhabilitación" y como la *sola* declaración de responsabilidad o culpabilidad –sin que se disponga, por ello, de reclusión, prisión, multa o inhabilitación– no sería una pena, entonces, si un acusado es declarado culpable o responsable en un "juicio de la verdad", no sería *penado* en los términos del art. 18 CN. Consecuentemente, la aplicación retroactiva de una ley que dispusiera un "juicio de la verdad" por hechos que, conforme una ley previa, se encontraban prescriptos no estaría constitucionalmente prohibida.

Ello es lo que parecería sostener Daniel H. Domínguez Henain²⁵. No obstante, el problema de esta tesis es que ella es parasitaria de una concepción restringida de la expresión *penado* –tal como hemos recordado *supra*– que podría legitimar, v. gr., la aplicación retroactiva de una ley que contemplara una medida de seguridad para circunstancias no previstas anteriormente. Volveré sobre ello más adelante.

Quiero detenerme ahora en otra posible objeción al argumento del profesor Domínguez Henain. Aun cuando concediéramos la aplicación retroactiva de una ley que contemplara un "juicio de la verdad", la tesis de Domínguez Henain debería justificar que esa nueva ley no constituiría un caso de una ley penal más gravosa para el imputado y, por lo tanto, su aplicación no supondría una violación del principio de aplicación de la ley penal más benigna.

En ese marco, Domínguez Henain podría sostener que, tal como se encuentra reconocida esta última garantía en la CADH o en el PIDCyP, el concepto de ley más benigna supone la sanción de una ley *posterior* al hecho que beneficia al imputado, porque establece una pena menor *vis a vis* con la prevista en la ley anterior (art. 9 última parte, CADH y art. 15 punto 1 última parte, PIDCyP: "Si con posterioridad a la comisión del delito, la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello"). Como la CN no contempla la garantía de la ley penal más benigna, su jerarquía constitucional se encuentra determinada por los términos de los tratados internacionales citados (art. 75 inc. 22, CN).

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos: 237:636", *Mouviel, Raúl Oscar y otros s/ Desórdenes, art. 1 inc. c) – Escándalo, art. 1 inc. a)*, 17 de mayo de 1957, dictamen del Procurador General, Sebastián Soler.

²⁴ Argentina, *Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179*, Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de agosto de 1921, art. 5, <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#3>.

²⁵ A partir de un diálogo posterior con quien suscribe al finalizar el VIII Encuentro de Jóvenes Penalistas celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste, mayo de 2023.

Así entonces, la garantía de la ley penal más benigna supone una ley que en *t1* establece una pena para un delito y la sanción de una ley posterior en *t2* que establece una pena menor, elimina la pena o, incluso, deroga aquel delito. Es decir, la ley más benigna sería siempre la ley sancionada en *t2*. Sin embargo, podría contra-argumentarse que existe un problema con este razonamiento. *Aun cuando* reconstruyéramos la garantía constitucional de la ley penal más benigna en esos términos, podría plantearse que, el derecho argentino, por medio del art. 2 CP reconoce esa garantía en términos más amplios:

Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, *se aplicará siempre* la más benigna.
Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.²⁶

Es decir, para el CP argentino, la garantía de la ley más benigna no solo supondría una ley que en *t2* es más beneficiosa para el acusado que la vigente en *t1* –porque, v. gr., reduce o elimina la pena prevista para el hecho motivo del juicio–, sino, también, cuando el mejor trato jurídico para el acusado proviene de la ley sancionada en *t1 vis a vis* con la prevista en *t2*.

En otros términos, el art. 2 CP no restringiría la aplicación de la ley más benigna solo cuando esa ley sea posterior al hecho o a la condena, sino, también, *en todos los casos* en los que “la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio”²⁷. Esto último es compatible con un caso en el que la ley sancionada en *t1* sea más benigna *vis a vis* con la sancionada en *t2*.

El art. 2 CP, como ha explicado Eugenio Bulygin, constituye un “criterio de aplicabilidad” entre normas jurídicas sujeto a tres funciones: (a) “fija los momentos relevantes que determinan qué normas deben compararse”; (b) “establece relaciones jerárquicas entre [esas] normas”; y (c) “impone a los jueces el deber de aplicar aquella norma que resulte superior a las demás, de acuerdo con esas relaciones jerárquicas”²⁸. Es “[una] metarregla [que] estipula qué norma debe aplicarse cuando existe sucesión de leyes en el tiempo que regulan el mismo caso”²⁹; en concreto, aplicarse *siempre* la ley penal más favorable al acusado.

Es cierto que podría objetarse que, en estos casos, no se trata de la aplicación de la ley más benigna, sino, directamente, de la irretroactividad de la ley más gravosa. En efecto, no pueden aplicarse retroactivamente leyes que permitan castigar a un agente por hechos que, al tiempo de su comisión, no eran delictivos; o que no estaban sujetos a una pena o a una medida de seguridad; o que se encontraban sujetos a una pena menor o a una medida de seguridad más leve; o que permitieran acreditar la acusación con medios de prueba prohibidos en las leyes por entonces vigentes.

No obstante, ¿ese es también el caso cuando una ley posterior permite el juzgamiento y la declaración de culpabilidad, pero sin una condena penal subsiguiente por un hecho que, conforme una ley anterior, no podía dar lugar a una acusación por razones de prescripción?

Creo que aquí hay tres respuestas posibles:

1. Sostener que la garantía de la ley más benigna supone también los casos en los que esta ley sea la ley sancionada en *t1* y no solo los casos de leyes posteriores sancionadas en *t2*. Este razonamiento implicaría afirmar que el concepto de “ley previa” no abarca los casos de los “juicios de la verdad”. Ello supondría tomar partido por una concepción restringida de la expresión “penado”. Sin embargo, tales leyes no podrían aplicarse retroactivamente en virtud del art. 2, CP.
2. Afirmar que la garantía de ley más benigna supone que esa ley sea la sancionada en *t2*. En este caso, la aplicación de un “juicio de la verdad” previsto en una ley posterior podría (o no) aplicarse retroactivamente según como entendamos el concepto de “ley previa”. Si entendemos que esta garantía protege a todos los individuos contra la posibilidad de ser penados y la mera declaración de culpabilidad sin la correspondiente sanción penal no supone una pena (lo que es parasitario de una concepción restringida de la expresión “penado”), entonces la nueva ley podría aplicarse retroactivamente.
3. Decir, como en 2., que la garantía de ley penal más benigna supone que esa ley sea la sancionada en *t2*, pero argumentar que la nueva ley que establece un “juicio de la verdad” no podría aplicarse retroactivamente, porque el concepto de “ley previa” incluye todas aquellas condiciones que hacen nacer una expectativa en los particulares de no ser castigados en un sentido amplio. Esto último supone entender de un modo amplio la expresión “penado” y, con ello, sostener que el acto de *ser declarado culpable* por el Estado sin la aplicación subsiguiente de una pena “en sentido restringido”, también sería una pena.

La declaración de culpabilidad o ser declarado penalmente responsable y la aplicación de una pena (en sentido restringido), suponen, lógicamente, la existencia de una acusación previa. Esto último, a su vez, solo es posible si la acción penal que vehiculiza la acusación no se encuentra prescripta.

Por lo tanto, si es más benigna aquella ley que agrega “mayores exigencias para la persecución penal del hecho o [que] favorece su extinción”³⁰ o que en “[el] caso concreto a resolver [...] conduzca al resultado más favorable al procesado”³¹, entonces una ley que retroactivamente hace posible una acusación, es una ley más gravosa. Así entonces:

La ley penal más benigna no es sólo la que desincrimina o la que establece pena menor, pues (a) puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad, etc.; (b) puede provenir también de otras circunstancias, como el menor tiempo de prescripción, una distinta clase de pena, una nueva modalidad ejecutiva de la pena, el cumplimiento parcial de la misma, las previsiones sobre condena condicional, *probation*, libertad condicional, e incluso las consecuencias procesales. Ante la complejidad de los elementos que pueden tomarse en consideración, no es posible hacerlo en abstracto [.] sino que debe plantearse frente al caso concreto. De esa manera se resuelve hipotéticamente el caso conforme a una y otra ley, comparándose luego las soluciones para determinar cuál es la menos gravosa para el autor.³²

²⁶ Argentina, *Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179*, art. 2. El resaltado me pertenece.

²⁷ Argentina, *Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179*, art. 2.

²⁸ Cit. en Juan P. Alonso, *Interpretación de las normas y derecho penal* (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2016), 182.

²⁹ Juan P. Alonso, *Interpretación de las normas y derecho penal*, 182.

³⁰ Ricardo C. Núñez, *Derecho Penal Argentino*, 141.

³¹ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, tomo 1 (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970), 303.

³² Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal Parte General*, 121-122.

Consecuentemente, la irretroactividad de la ley penal alcanza, también, a todas aquellas leyes que impliquen "agravar la situación de un imputado"³³. Por lo tanto, "cuando el punto que decida cuál es la ley más benigna sea la prescripción, se aplicará la ley que fije un término menor" y ante términos de prescripción iguales, "la que fije antes el punto de partida para comenzar a correr la prescripción"³⁴.

En otros términos, si el principio de legalidad penal se justifica a partir del reconocimiento de una expectativa general contra la arbitrariedad estatal, la nueva ley que hace posible un juicio, que, conforme una ley anterior, no era posible por prescripción de la acción, es una ley más gravosa y, consecuentemente, su aplicación retroactiva se encuentra prohibida constitucionalmente. Parafraseando a Francesco Carrara, "la antigua ley ha otorgado para siempre al delincuente el derecho de que su suerte no sea empeorada por las nuevas ideas del legislador"³⁵. Es decir, a no ser *penado* en un sentido amplio.

En definitiva, la respuesta 3., según entiendo, es la respuesta correcta al problema planteado.

Bibliografía

- Alonso, Juan P. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2016.
- Argentina. *Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179*. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de agosto de 1921. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#3>.
- . *Constitución de la Nación Argentina*. Boletín Oficial de la República Argentina, 1 de mayo de 1853. <https://www.congreso.gob.ar/constitucionParte1Cap1.php>.
- Carrara, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa Parte General*. Traducido por Sebastián Soler, Ernesto Gavier y Ricardo Núñez. Buenos Aires: El Foro, 2010.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Fallos: 31:82". *El gremio de abastecedores de la ciudad de Tucumán, contra la municipalidad de la misma, por devolución de impuesto de consumo; recurso de hecho contra la sentencia del Tribunal Superior de Tucumán*. 29 de enero de 1887.
- . "Fallos: 117:22". *Paz, Clemente José*. 20 de mayo de 1913.
- . "Fallos: 140:34". *Amadeo, Tomás y otros c/ Provincia de Córdoba*. 15 de abril de 1924.
- . "Fallos: 237:636". *Mouviel, Raúl Oscar y otros s/ Desórdenes, art. 1 inc. c) – Escándalo, art. 1 inc. a)*. 17 de mayo de 1957.
- . *Fallos: 184:112*. 21 de diciembre de 1960.
- . *Fallos: 208:398*. 27 de octubre de 1969.
- . "Fallos: 287:76". *Miras, Guillermo S.A.C.I.F. c/ Aduana – Expte. N° 414.028/64*. 18 de octubre de 1973.
- . *Fisco Nacional c/ César Demarco s/ ejecución fiscal*. 19 de febrero de 1976.
- . *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768*. 14 de junio de 2005.
- . *Sentencia Nro. 1614*. "Comisión Nacional de Valores c/ Telefónica Holding de Argentina S. A.". 26 de junio de 2012.
- . "Fallos: 341-II:1784". *Recurso de hecho deducido por Batalla Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros*. 4 de diciembre de 2018.
- Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970.
- González, Joaquín V. *Manual de la Constitución argentina (1853 – 1860)*. Buenos Aires: Estrada Editores, 1959.
- Grbavac, Hernán D. y Agustina M. Dragell. "Prescripción de la acción y revolución: sublevación judicial y autoridad del derecho". *Revista de Derecho Penal y Criminología* XIII, n.° 6 (2023).
- Jakobs, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Juzgado Federal de Resistencia del Chaco. "FRE 9846/2019". "Masacre de Napalpi s/ Juicio por la Verdad". 1 de septiembre de 2022.
- Moreno, Rodolfo (h). *El Código Penal y sus antecedentes*. Tomo 1. Buenos Aires: Tomassi, 1922-1923.
- Núñez, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino*. Tomo 1. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina – Lerner, 1959-1974.
- . *Manual de Derecho Penal Parte General*. Córdoba - Buenos Aires: Lerner, 1975.
- Pastor, Daniel. "Prólogo". En *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de derecho*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2022.
- Rieff, David. *Elogio del olvido. Las paradojas de la memoria histórica*. Traducido por Aurelio Major. Buenos Aires: Debate, 2017.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo 1. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- Sancinetti, Marcelo. *Casos de Derecho Penal Parte General*. Tomo 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

³³ Ricardo C. Núñez, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 78.

³⁴ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, 312.

³⁵ Francesco Carrara, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa Parte General*, trad. Sebastián Soler, Ernesto Gavier y Ricardo Núñez (Buenos Aires: El Foro, 2010), 756, 128.



FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Número de edición 008
Dirección: Juan León Mera N19-36 y Av. Patria
Edificio Fiscalía General del Estado. Piso 6
Teléfono: (02) 3985 800 Ext. 173118
mail: estudiospenales@fiscalia.gob.ec

Fiscalía General del Estado
Dirección de Estudios Penales
Quito - Ecuador