

## **Política criminal con bases empíricas en España\* \*\***

Josep M<sup>a</sup> Tamarit Sumalla  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Lleida  
[jmtamarit@dpub.udl.es](mailto:jmtamarit@dpub.udl.es)

### **Resumen**

La dimensión real de la actual política criminal española carece de adecuados niveles de racionalidad, entre sus múltiples causas, podemos mencionar el fenómeno de la creciente dinámica punitivista, la ausencia de una adecuada cultura de evaluación, el menosprecio a la criminología, la escasa consideración de los responsables políticos hacia las opiniones expertas de la dogmática, y la constante indiferencia de ésta hacia la realidad que debe enfrentar. Se configura así un decepcionante panorama donde la política criminal real aparece como carente de una sólida base empírica. La dimensión teórica de la política criminal, no puede soslayar el aporte de las investigaciones criminológicas, ya que aquellos tendrían la virtualidad de ser condición necesaria aunque no suficiente de la utilización racional del sistema punitivo. Hay que optar por una reducción de la privación de libertad y promover otras sanciones en cuyo contenido se armonicen los conceptos de incapacitación y responsabilización. Además, se requiere el desarrollo de una victimología que se dirija a inhibir los impulsos punitivos de las víctimas en función de orientar la política criminal hacia una cultura jurídica reparatoria que enfrente la actual expansión del derecho penal.

**Palabras clave:** política criminal, bases empíricas, investigación criminológica, victimología

### **Zusammenfassung**

Der aktuellen Kriminalpolitik in Spanien mangelt es an einem angemessenen, vernünftigen Rahmen. Unter den zahlreichen Ursachen finden sich eine zunehmend strafende Dynamik, die Abwesenheit einer angemessenen Wertungskultur, die Geringschätzung der Kriminologie, die geringe Beachtung der Expertenmeinungen durch die federführenden Politiker und die anhaltende Gleichgültigkeit der Fachwelt gegenüber der Wirklichkeit. Auf diese Weise entsteht ein enttäuschendes Gesamtbild, bei dem die tatsächliche Kriminalpolitik erscheint, als fehlte es ihr an einer soliden empirischen Grundlage. Die theoretische Dimension der Kriminalpolitik kann nicht auf den Beitrag der kriminologischen Forschung verzichten, schon weil diese notwendige Voraussetzung ist, obwohl im strafenden System nicht in ausreichendem Maße vernünftig herangezogen. Man

---

\* Recibido el 15 de febrero 2007 y aprobado por el Comité Editorial el 28 de mayo 2007.

\*\* El trabajo es producto de la exposición que realizó el autor en el Primer Seminario de Política Criminal, organizado por el Centro de Estudios de Derecho penal de la Universidad de Talca dentro del marco del proyecto Fondecyt N° 1060410 titulado “Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho Penal”.

muss für eine Reduzierung von Freiheitsentziehungen stimmen und andere Sanktionsfolgen wählen, welche das Konzept der Unschädlichmachung mit dem der Verantwortlichkeit kombinieren. Erforderlich ist außerdem die Entwicklung einer Viktimologie, die darauf gerichtet ist, die Strafimpulse der Opfer zu verhindern und welche die Kriminalpolitik an eine Rechtskultur der Wiedergutmachung heranführt, die der Ausweitung des Strafrechts entgegentritt.

**Schlüsselwörter:** Kriminalpolitik, empirische Grundlagen, kriminologische Forschung, Viktimologie

## Introducción

Los estudios de política criminal han cobrado de nuevo interés en España si debemos juzgar por las publicaciones recientemente aparecidas.<sup>1</sup> Transcurridos más de doscientos años desde que empezara a usarse esta expresión entre la comunidad de penalistas,<sup>2</sup> seguimos coincidiendo en la necesidad de reconocer un espacio propio, dentro de las disciplinas relacionadas con el fenómeno criminal, a la labor de reflexión sobre la ciencia y el arte de prevenir la delincuencia a través del Derecho penal. Ciertamente todo lo que tenga que ver con la aspiración a condicionar el comportamiento humano tiene un importante componente que escapa a lo científico y se adentra incluso en el mundo de lo artístico, como sucede, por ejemplo, con la educación. Las ciencias de la conducta nos proporcionan conocimientos que permiten más bien entender por qué alguien se ha comportado de un modo determinado que establecer con garantías de certeza juicios de pronóstico respecto a lo que una persona va a hacer en el futuro. Algo parecido sucede con los análisis económicos, que aciertan más a la hora de explicar que de predecir y cuando se adentran en el ámbito de hechos sociales de que nos ocupamos deben recurrir a modelos basados en una imagen ideal de persona humana racional (*homo economicus*) cuya adaptación a las condiciones de las personas reales que cometen delitos plantea grandes problemas.

Con todo, en lo que la política criminal tiene de saber científico, ésta no puede prescindir del conocimiento de la realidad que proporciona la investigación empírica. Evidentemente me estoy refiriendo a la política criminal “racional”, no a la política criminal “real”, si se me permite retomar esta dicotomía *hegeliana*. No es la política que de hecho se está llevando a cabo en un momento dado por parte de quien tiene el poder de conducir la

---

<sup>1</sup> QUINTERO OLIVARES, G. *Adonde va el Derecho Penal*. Madrid: Editorial Civitas, 2004, p.17, quien advierte sobre el deber de los penalistas españoles de ocuparse de la política criminal española, y p. 121, RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos Editorial (Rubí), 2005, MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código penal español de 1995*. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, DIEZ RIPOLLES, José Luis; PRIETO DEL PINO, Ana María; SOTO NAVARRO, Susana. *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

<sup>2</sup> Sobre los orígenes de la expresión *política criminal*, JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1964, p. 171-172, quien considera que a partir de la obra de Beccaria surgen las reflexiones y debates sobre lo que unos años más tarde se denominará política criminal. También sobre ello RIVERA, *Política criminal y sistema penal*, p. 24.

evolución de la legislación penal, sino el desarrollo de una racionalidad respecto a lo que debe hacerse aquello que vamos a tratar de sostener sobre bases empíricas<sup>3</sup>.

El fundamento empírico de la política criminal se halla en estrecha relación con las dos dimensiones de la misma, la “racionalidad teleológica” o “funcional” (*Zweckrationalität*) y la “racionalidad valorativa” (*Wertrationalität*).<sup>4</sup> El conocimiento objetivo y sistemático de la realidad no es sólo presupuesto del diseño de estrategias de prevención y de reducción de riesgos. También lo es de la valoración de las decisiones sobre lo que debe hacerse, pues valorar consiste en reconocer y formular los valores tanto como en ponderar. Las necesarias ponderaciones respecto a que conductas deberán ser sometidas a amenaza punitiva y con que clase y extensión de pena deberán ser conminadas obligan no sólo a acudir a los valores abstractos, sino también a tomar en consideración aspectos relativos al cálculo de beneficios y costes esperados. Tratar de valores, desde un punto de vista político-criminal, no meramente moral o filosófico, implica resolver conflictos de valores, lo cual exige, además de jerarquizar los valores en sí, atender al modo en que se presenta el conflicto en concreto, con ayuda de las fuentes de conocimiento que proporciona la investigación criminológica.

### **1. Una política criminal real ayuna de base empírica.**

Describir la evolución de la política criminal real en España supone enfrentarse a un panorama decepcionante. La gestación de la principal obra legislativa, el Código penal de 1995, que en muchos aspectos ha supuesto un importante paso adelante en la modernización del vetusto aparato normativo hasta ese momento vigente, puso de manifiesto una serie de vicios que se han reproducido en las posteriores reformas parciales del mismo. De hecho, la primera impresión que produce la observación de las múltiples intervenciones del legislador en materia penal desde la aprobación de la Constitución de 1978 es la inestabilidad normativa y la dificultad de detectar tendencias de fondo que vayan más allá de los impulsos coyunturales y de las dinámicas propias de la política partidaria. En los procesos de elaboración de los documentos prelegislativos no se ha efectuado un estudio previo de detección de problemas y planteamiento de estrategias ni se ha sometido los textos a un procedimiento transparente y público de consulta a la comunidad científica y a los sectores profesionales relacionados con el sistema penal, al estilo de lo que es habitual en los países anglosajones y del norte de Europa. Por otra parte, España ha sido ajena, en este y otros campos, a la cultura de la evaluación, lo que explica que no se haya previsto ni se hayan dotado medios para la elaboración de evaluaciones de las reformas introducidas

---

<sup>3</sup> La distinción podría corresponderse, no sin matices, con la que efectúan algunos autores entre política criminal como “actividad política” y como “actividad teórica”. Recoge tal distinción ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. “La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo”. En: DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio; GURDIEL SIERRA, Manuel; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 867). El autor propone por otra parte un concepto más amplio de política criminal al adoptado aquí, ORTIZ DE URBINA, “La referencia político-criminal”, p. 869 y 890.

<sup>4</sup> No entro en el debate sobre los dos enfoques, que asumo como dos dimensiones que no pueden ser ajenas a la política criminal, ni en las cuestiones terminológicas que pueden suscitarse. Vid. con mayor amplitud sobre estas cuestiones SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997, p. 19-21.

según criterios de independencia y seriedad científica. No se aplican procedimientos basados en el “Análisis de Impacto legislativo” (*Regulatory Impact Analysis*), empleado para evaluar los costes y consecuencias de las leyes, desarrollado y aplicado en organismos de la Unión Europea y en buena parte de sus Estados miembros, y los documentos legislativos son preparados por comisiones nombradas en el Ministerio de Justicia que actúan al margen de cuestionarios o técnicas de evaluación o de procedimientos de consulta a expertos independientes y representativos de diversas opiniones existentes en la comunidad científica.<sup>5</sup> Es más que una anécdota sarcástica que el único texto legislativo penal que contiene una norma de evaluación en una disposición adicional (la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor) tal previsión legal contenga un esperpéntico mandato al futuro legislador de sancionar con mayor firmeza determinados delitos, dando a entender que ya se sabe de antemano cuáles van a ser los resultados de la evaluación. En definitiva, los responsables de adoptar decisiones de tipo político-criminal acostumbran a desoír las opiniones expertas y a despreciar el conocimiento científico,<sup>6</sup> como revela la ausencia de interés por introducir programas de tipo experimental que pongan a prueba innovaciones en materia penológica.

Las causas de esta lamentable situación pueden entenderse fácilmente a poco que se perciba que el impulso real de la política criminal tiene que ver fundamentalmente con el *establishment* político-mediático, en el seno del cual se producen y alimentan políticas de gestos que atienden meramente a la dimensión simbólica del Derecho penal, con objetivos a muy corto plazo. A modo de actores secundarios, ejercen un rol cada vez más destacado grupos sociales, como ciertas agrupaciones de víctimas o asociaciones feministas, entre otras, que impulsan dinámicas generadoras de una mayor intervención punitiva.

Para ofrecer una muestra del modo acientífico en que se viene procediendo sería difícil encontrar un ejemplo mejor que lo sucedido con la legislación penal en materia de violencia doméstica y, singularmente, con la violencia de género. Las reformas de 1989, 1995, 1999, 2003 y 2004 describen una línea continua caracterizada por un incremento de las penas y una ampliación del ámbito de conductas abarcadas por los tipos penales creados para dar respuesta a este preocupante fenómeno social. Los resultados de estas reformas no arrojan un resultado positivo. La intensificación punitiva no ha tenido como consecuencia una reducción del fenómeno, algo que ya se había pronosticado desde diversos sectores académicos y profesionales. Pese a ello, el legislador ha seguido insistiendo en una vía que

---

<sup>5</sup> Un análisis comparativo del estado de la cuestión en los diversos Estados europeos puede verse en KARPEN, Ulrich. “La implantación de la evaluación legislativa en Europa: modelos y tendencias actuales”. En PAU I VALL, Francesc; PARDO FALCÓN, Javier (coordinadores). *La evaluación de las leyes*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 57 y ss. En relación con el ámbito penal, VOGEL, J. “Evaluación de los sistemas penales: contribución a una política criminal racional”. En DIEZ RIPOLLES, José Luis; PRIETO DEL PINO, Ana María; SOTO NAVARRO, Susana. *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 253 y ss.

<sup>6</sup> Lo denuncia DIEZ RIPOLLES, José Luis, “Un modelo dinámico de legislación penal”. En DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 325-327.

TAMARIT, Josep M<sup>a</sup>. “Política criminal con bases empíricas en España”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007. A8, p. 1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

no ofrece resultados, desoyendo las voces que aconsejan una mayor contención en el recurso al Derecho penal.<sup>7</sup>

Otro ejemplo significativo es el debate sobre el modelo a adoptar ante la prostitución, transcurridos diez años desde que el CP 1995 despenalizara las conductas de terceros relacionadas con el ejercicio consentido de esta práctica por parte de personas adultas y sin que se haya superado una perniciosa situación de alegaldad. Los diversos actores sociales y políticos involucrados en la discusión, ya se muestren partidarios de un radical abolicionismo o de reconocer y regular la actividad, tienden a instalarse, especialmente los primeros, en discursos de marcado contenido ideológico, sin que falten en ocasiones elementos de gran emotividad. En este contexto, los intentos de hacer ver la importancia de una evaluación desapasionada de la experiencia sueca, de signo abolicionista, o las “regulacionistas” de Holanda o Alemania, no encuentran fácilmente un clima social favorable<sup>8</sup>.

La situación que describimos no es ajena al escaso desarrollo que ha tenido la investigación criminológica en España. La criminología ha sido injustamente menospreciada en muchos ámbitos académicos y se ha visto perjudicada por un sistema de gestión de la política universitaria hasta ahora muy estatalista y dirigista, en que la falta de reconocimiento oficial de una disciplina como área de conocimiento ha supuesto relegarla a la marginación o al desprestigio. La criminología no ha sido definida oficialmente como área de conocimiento ni hasta hace poco como titulación oficial, pese a que la sociedad ha demostrado por varias vías que demandaba formación en este ámbito. Lo que desde las universidades o desde otros sectores sociales se ha hecho para dar respuesta a estas demandas no ha ido acompañado siempre de las necesarias garantías de solvencia y en todo caso lo que ha existido ha ido en general exclusivamente orientado a la formación, con olvido de la investigación. Esta grave situación de la criminología se ha visto aliviada en los últimos tiempos con provechosas iniciativas, como la creación de la Sociedad española de investigación criminológica (SEIC), que tiene, entre otras actividades, una revista electrónica y la organización de un Congreso anual.

Algunos datos pueden proporcionarnos otras claves para entender las dificultades a que debe hacer frente la investigación criminológica en España. Las estadísticas oficiales, publicadas por el Instituto Nacional de Estadística (INE) son elaboradas en general con criterios poco científicos. La recolección y presentación de los datos sobre criminalidad, basados en denuncias, ha mejorado en los últimos años,<sup>9</sup> sin que se haya encontrado un sistema óptimo para unificar los datos procedentes de los diversos cuerpos policiales con competencias en materia de policía judicial. Esta unificación, realizada en parte en lo concerniente a la Policía Nacional y a la Guardia civil (cuerpo militarizado con

---

<sup>7</sup> Ver QUINTERO OLIVARES, G. (director). *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra: Cizur Menor, 2005, comentario a los artículos 148-2 y 153.

<sup>8</sup> Sobre la cuestión TAMARIT SUMALLA, Josep Maria; GUARDIOLA LAGO, María Jesús, TORRES ROSELL, Nuria. “¿Es posible una política criminal europea sobre prostitución?”. *Revista de Derecho y proceso penal.* n° 15, 2006, p. 197-222.

<sup>9</sup> Recientes iniciativas permiten obtener mayor rendimiento de estas mejoras, como la publicación de los informes anuales del Observatorio de la delincuencia de Andalucía (ODA), editados por el Instituto de criminología de la Universidad de Málaga.

competencias fundamentalmente en zonas rurales), es todavía una cuestión pendiente respecto a las policías de los dos territorios autónomos con competencias policiales propias (Cataluña y País Vasco) y, particularmente, en lo que respecta a las policías locales, con una significativa intervención en relación con ciertos delitos en zonas urbanas (por ejemplo, delitos contra la seguridad en el tráfico). También presentan ciertas carencias las estadísticas penitenciarias de las dos Administraciones competentes, la del Gobierno de Cataluña respecto a las prisiones de este territorio y la de la Dirección General de Instituciones penitenciarias en el resto del Estado. No obstante, donde se producen mayores anomalías es en las estadísticas judiciales, que son el resultado de un procedimiento muy burocratizado y obsoleto de obtención y procesamiento de la información.

A ello se une la inexistencia de datos de victimación obtenidos por procedimientos internacionalmente homologados. España es prácticamente el único de los Estados de Europa occidental que no ha participado todavía en la encuesta internacional de victimación. Tan sólo Cataluña lo hizo en la encuesta de 2000. Las encuestas que se han ido elaborando en la ciudad de Barcelona o la experiencia puesta en marcha actualmente en Andalucía desde el Instituto de Criminología de Málaga<sup>10</sup> son, lamentablemente, excepciones a la regla. Quizá el avance más destacable sea el hecho que España aparezca en la encuesta europea sobre criminalidad y seguridad de 2005.<sup>11</sup> Las voces que desde la comunidad científica se han levantado para llamar la atención sobre la necesidad de elaborar con carácter periódico encuestas de victimación han caído hasta el momento en saco roto.

A modo de saludable ejercicio autocrítico, debe también reconocerse la contribución que ha prestado a esta situación la doctrina penal, encerrada con demasiada frecuencia en un discurso dogmático alejado de la realidad y que suele prescindir de análisis empíricamente fundados. En la agenda del debate doctrinal siguen ocupando un espacio muy significativo discusiones como la relativa a los fines de la pena, en la que abundan las tomas de posición emitidas desde una preocupación casi exclusiva por la coherencia teórica de los conceptos abstractos, con poca atención a los resultados de las investigaciones acerca del efecto preventivo-general real de la pena, de la capacidad efectiva de un tratamiento resocializador a través de penas privativas o no privativas de libertad o de los intereses y experiencias de las víctimas de delitos. No cabe duda que la investigación jurídico-penal en España ha vivido en los últimos años un extraordinario desarrollo, que debe ser positivamente valorado. Pero también es cierto que una gran parte de las elaboraciones teóricas se desenvuelven en un clima intelectual en el que se sigue otorgando el máximo valor a las elaboraciones basadas en el modelo dogmático de cuño germánico, sin que en muchas de ellas se tengan presentes las profundas diferencias existentes entre el Código penal español o los Códigos alemán o austriaco, que presentan normalmente estructuras conceptuales y penológicas más abiertas en comparación con aquél. En estas condiciones, no parece

---

<sup>10</sup> Los primeros resultados en GARCÍA ESPAÑA, Elisa; PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. José. *La delincuencia según las víctimas. Un enfoque integrado a partir de una encuesta de victimización*, Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario, 2006.

<sup>11</sup> VAN DIJK, ET AL. “The Burden of Crime in the EU – A comparative analysis of the European Crime and Safety Survey 2005”. Puede consultarse el texto en: [www.tilburguniversity.nl/intervict/burdenofcrimefinal.pdf](http://www.tilburguniversity.nl/intervict/burdenofcrimefinal.pdf).

insensato pensar que esta orientación preferente hacia la dogmática penal ha reducido el interés de la doctrina por la política criminal y, en cierto modo, la capacidad de incidir en ella. La ausencia de otros catalizadores institucionales o de tipo estrictamente académico o profesional (del tipo del *Deutscher Juristen Tag*, por poner un ejemplo) se ha visto compensada por iniciativas como el Grupo de Estudios de Política Criminal, que viene ofreciendo desde hace más de quince años propuestas alternativas de textos legislativos en asuntos de trascendencia social, y que en algunas ocasiones ha visto como sus propuestas han obtenido plasmación legislativa.<sup>12</sup>

Además, la labor doctrinal ha estado muy centrada en la construcción del edificio de conceptos susceptibles de ser utilizados por parte del sistema de justicia penal a la hora de establecer la responsabilidad penal del infractor y, aunque en segundo término, las consecuencias jurídicas que derivan de la aplicación al mismo del Derecho vigente. La elaboración de una teoría de la legislación, pese a la importancia que la misma puede tener en la agenda político-criminal, ha sido una cuestión largamente desatendida. Las recientes aportaciones de Díez Ripollés vienen a marcar una nueva dirección que permitiría superar estas deficiencias.<sup>13</sup> En la construcción de la racionalidad legislativa se proyecta la contraposición entre, por una parte, las posturas de tipo sustancialista o principialista, ya sean de base ontológico-valorativista (variaciones del ius-naturalismo) o constitucionalista, y, por otra parte, las relativistas, que conceden una mayor relevancia al consenso social en el seno de una democracia deliberativa y participativa.<sup>14</sup> En uno u otro caso, el hecho de que se acentúe el interés doctrinal por las cuestiones más relacionadas con la creación que con la aplicación del derecho viene a reforzar el rol de la investigación criminológica, particularmente si centramos nuestra atención en las tesis que conceden un papel más destacado al devenir de la vida social como fuente de creación político-criminal, pues tan sólo desde un sólido apoyo empírico cabe conocer y establecer la racionalidad de los consensos sociales amplios y duraderos, manteniendo la producción normativa al abrigo de interpretaciones de dimensión coyuntural y protagonizadas por los agentes morales, políticos o detentadores de poder mediático.

## **2. Encarcelar más: una estrategia equivocada**

Un buen campo de prueba para confrontar los datos que aporta la investigación empírica con la evolución de la política criminal es el la evaluación de los efectos de las penas. España destaca por tener una alta tasa de población penitenciaria (142 presos por 100.000 habitantes), concretamente la segunda después de Inglaterra y Gales (145) entre los países

---

<sup>12</sup> Pueden consultarse las propuestas alternativas sobre drogas, eutanasia, objeción de conciencia, inmigración, tratamiento de la delincuencia de menores, delitos contra menores o delitos relacionados con la competencia del Tribunal penal internacional en las diversas ediciones publicadas desde 1990 por la editorial Tirant lo blanch.

<sup>13</sup> Díez Ripollés, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003, Díez Ripollés, José Luis. “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. nº 24, Alicante, 2001. p. 485 y ss.

<sup>14</sup> Una buena muestra de las dos posiciones puede observarse en la recensión del libro ult. cit. de Díez Ripollés elaborada por Silva Sánchez, Jesús María. *Revista de Derecho penal y criminología*. nº 16, 2005, p. 388-389, en que el último autor se inclina hacia la primera de las posturas señaladas, en oposición al relativismo que atribuye al primero.

de la Europa occidental.<sup>15</sup> La población penitenciaria ha seguido una evolución ascendente desde los años ochenta del siglo XX y ha experimentado un incremento muy notable en el periodo 2000-2006 (de 115 a 145), atribuible fundamentalmente al efecto de la aplicación del Código penal de 1995, impacto que no se manifestó de modo inmediato, pues por razones obvias los incrementos de penas y la disminución de mecanismos de redención se perciben estadísticamente a medio y largo plazo. A esta causa cabe añadir, en todo caso, el aumento de la presión del sistema penal sobre los extranjeros, que han pasado a significar en 2006 el 29,7 % de la población reclusa. Ha podido demostrarse que la existencia de más presos no se corresponde en el caso español con un mayor número de condenas, sino que tiene que ver directamente con una duración mayor de los periodos de encarcelamiento, una media de más de 16 meses, muy superior a la media del conjunto de los países de la Unión Europea. En realidad, el número de ingresos no ha aumentado mientras sí lo ha hecho el número de reclusos.<sup>16</sup> Así, mientras en otros Estados existe más intervención penal, los periodos medios de encarcelamiento son más cortos. Se podría pensar que estas diferencias responden a una distinta estructura de la criminalidad, en el sentido de que en España se cometerían delitos más graves, pero la estadística desmiente absolutamente tal hipótesis y viene a indicar precisamente lo contrario. El 50 % de la población penitenciaria en España extingue penas por delitos patrimoniales, lo cual supone un record entre los países europeos occidentales, porcentaje que, sumado al 30 % de condenados por delitos de tráfico de drogas, representa un 80 % de la población reclusa, mientras los condenados por delitos contra las personas no superan el 8 %, que supone a su vez el porcentaje más bajo de Europa occidental.<sup>17</sup> La interpretación de los datos no resulta muy problemática. Mientras en los Estados con menor población penitenciaria los delitos contra las personas (tendencialmente más graves) están más representados y los patrimoniales menos, el sistema penal español actúa con especial intensidad contra delitos en general de baja o media gravedad, fundamentalmente hurtos y robos y actos de pequeño tráfico de drogas, para los que el Código penal de 1995 prevé penas comparativamente muy duras. Ciertamente estas diferencias coinciden con algunas diferencias en la fenomenología criminal, en el sentido de que en España hay, en términos proporcionales, más delitos patrimoniales y en los países nórdicos más delitos violentos, pero las diferencias fenomenológicas pueden explicar sólo en una pequeña parte las diferencias punitivas. Hay serios indicios de que en España se castigan con penas de cárcel de gravedad media (el colectivo de condenados a penas entre tres y cinco años representa el 40% del total de penados, cifra sin parangón en otros Estados)<sup>18</sup> hechos delictivos que en otros sistemas europeos reciben penas menos aflictivas. Ello tiene que ver singularmente con los mínimos de los marcos penales en el contexto de una mayor rigidez del sistema de individualización de pena. Para verificar esta explicación, resulta muy ilustrativa la comparación con Francia, pues la población penitenciaria es mucho menor y no ha oscilado al alza en los últimos años y el Código penal francés prevé máximos punitivos en muchos casos más elevados que los del Código español, pero sin pena mínima en relación con los “delitos”, categoría que comprende la mayor parte de infracciones penales.

---

<sup>15</sup> Son datos de 2006 del *European Center for Prison Studies*.

<sup>16</sup> CID MOLINÉ, “Las suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”. *Revista de Derecho penal y criminología*. 2004.

<sup>17</sup> Datos de 2004, obtenidos del *European Center for Prison Studies*.

<sup>18</sup> AEBI, M. *Space I*, Consejo de Europa, datos de 2004.

La otra cara de la realidad nos la ofrecen los estudios sobre reincidencia. El estudio de Luque/Capdevila/Ferrer,<sup>19</sup> consistente en un seguimiento de personas condenadas durante el periodo 2002-2004, ha establecido una tasa de reincidencia penitenciaria de un 37 %. Uno de los factores de mayor relevancia que aparecen en el estudio es el hecho de haber tenido antecedentes penitenciarios. Aquellas que habían tenido previo contacto con la prisión reincidieron en un 51,3 %, mientras las que carecían de antecedentes penitenciarios tan sólo lo hicieron en un 22,6 %. En sintonía con este dato, se observa además que los presos que tuvieron un contacto más intenso con la cárcel, en el sentido de que padecieron un régimen más oneroso de restricción de su libertad, reincidieron en mayor medida. También reincidieron más quienes vivieron el encarcelamiento a una edad más temprana. Pueden observarse en la siguiente Tabla los datos señalados, extraídos de la investigación que se comenta, que toma como elementos diferenciadores el hecho de haber accedido o no en la primera condena cumplida a la libertad condicional y el tiempo de pena extinguida en régimen cerrado o abierto. Se puede comprobar que han reincidido más los presos que cumplieron más tiempo en régimen cerrado y que han reincidido menos los que habían disfrutado de libertad condicional o de más días en régimen abierto.

Tabla 1. Tasa de reincidencia según la edad de excarcelación y el régimen penitenciario en la condena base.<sup>20</sup>

Edad excarcelación:	<b>42,5 % (&lt; 33,4 a) / 30,2 % (&gt; 33,4 a).</b>		
Libertad condicional:	<b>15,6% si / 44,3 % no</b>		
Días en régimen cerrado	<b>6,8 (media)</b>	<b>10,8 (reincidente)</b>	<b>4,4 (no reincidente)</b>
Días en régimen abierto	<b>94,6</b>	<b>50,5</b>	<b>121</b>
Días de permiso penitenciario	<b>23,3</b>	<b>15,4</b>	<b>28,1</b>

En otra investigación, los mismos autores habían demostrado que, en el ámbito de la justicia de menores, con una tasa de reincidencia general de un 22 %, las personas sometidas a medidas de internamiento habían reincidido en un 63 %, frente a un 20 y 23 % de aquellos a quienes se habían impuesto medidas no privativas de libertad y sólo a un 12 % de aquellos que habían obtenido como respuesta la participación en programas de mediación.

Por otra parte, un estudio de Villacampa/Torres/Luque ha probado que las personas condenadas a las que se ha aplicado la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o reglas de conducta asociadas a la suspensión condicional de una pena privativa de libertad reinciden menos que los ingresados en prisión (un 16 % frente al 37 % ya antes señalado).<sup>21</sup>

<sup>19</sup> LUQUE REINA, M. Eulàlia; CAPDEVILA I CAPDEVILA, Manel; FERRER PUIG, Marta. La reincidencia penitenciària a Catalunya. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. 2004. Un resumen de los resultados de la investigación en edición bilingüe catalán/castellano en *Justidata: estadística bàsica de la justícia a catalunya*. n° 37. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2004.

<sup>20</sup> Elaboración propia a partir de los datos publicados en *Justidata*, p. 4 y 7.

<sup>21</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina; TORRES ROSEL, Nuria; LUQUE REINA, M. Eulàlia. Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2006, p. 165-166.

TAMARIT, Josep M<sup>a</sup>. “Política criminal con bases empíricas en España”. *Polít. Crim.* nº 3, 2007. A8, p. 1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Además, dentro del primer grupo, los que más reinciden son los que tenían previamente antecedentes penitenciarios (31 % frente al 9,6 %).<sup>22</sup>

Los estudios de reincidencia son una buena ocasión para poner en claro las dificultades de la investigación criminológica. Desde el punto de vista metodológico el sesgo es evidente pues se establecen comparaciones entre grupos poblacionales no homogéneos y los resultados de las investigaciones vienen en gran medida a confirmar lo que ya se espera de ellas. Que los condenados sometidos a un régimen penitenciario más gravoso reincidan más que los penados que han disfrutado de mayores beneficios penitenciarios se explica, de entrada, por el diferente potencial criminal intrínseco de cada uno de los dos colectivos, de modo que los resultados vendrían a indicar que el sistema habría funcionado conforme a lo que se esperaba de él al seleccionar los penados necesitados de mayor control y la posterior tendencia a reincidir más por parte de este grupo confirmaría la mayor peligrosidad criminal del mismo. La presentación de los estudios de reincidencia no siempre cuida la importancia de este tipo de advertencias. Sin embargo, sería un mal servicio al progreso del conocimiento negar el valor de estos estudios, por dos razones. En primer lugar, por las evidentes dificultades que desde un punto de vista deontológico y jurídico plantearía la realización de experimentos con grupos homogéneos formados mediante selección aleatoria.<sup>23</sup> En segundo lugar, la existencia de diferencias significativas en la tasa de reincidencia reclama ulteriores explicaciones a las ulteriormente expuestas. Si quienes han tenido mayor contacto con la prisión delinquen más que los penados sometidos a penas no privativas de libertad o a un régimen de cumplimiento con mayores cuotas de libertad, es un hecho incontestable que el encarcelamiento tiene dificultades mayores para conseguir el objetivo de reinserción social de los sujetos a quienes se aplica en comparación con los mecanismos sancionadores utilizados frente al resto de condenados. Cabe asimismo sostener que, concurriendo razones de tipo social, económico, humanitario, para considerar preferible la imposición de penas distintas a la prisión o formas atenuadas de cumplimiento de la misma, el riesgo social de una política criminal orientada a la reducción del uso de la prisión es cuanto menos asumible en términos de disminución del riesgo de reincidencia. Los resultados de la investigación empírica se revelan pues, según puede observarse en relación con esta cuestión, como un importante elemento para la crítica de la política criminal real y el diseño de la misma sobre bases racionales. Hay base empírica suficiente para reputar irracional la tendencia seguida en los últimos años a incrementar el recurso a las penas privativas de libertad.

### **3. Hacia dónde debemos conducir la política criminal?**

Vamos a pasar finalmente del ejemplo a un plano más general, con un esfuerzo por sintetizar los aspectos más candentes del debate político-criminal y su reflejo en España, considerando la relación con lo empírico.

---

<sup>22</sup> El estudio aporta como novedad metodológica el hecho de operar con datos de reincidencia administrativa (nuevo contacto del penado con la administración responsable de la ejecución de la pena).

<sup>23</sup> Se refiere a las cuestiones éticas de la investigación criminológica BARBERET HAVICAN, Rosemary. “La prevención general y especial”. *Cuadernos de Derecho Judicial. La criminología aplicada*. Madrid 1997, p. 125 y ss.

### 3.1. ¿Qué minimización cabe predicar ante la expansión del Derecho penal?

La discusión político-criminal se ha desarrollado en buena medida en los últimos tiempos en un espacio de juego delimitado por impulsos antagónicos. Mientras en el plano doctrinal han resultado atractivas para muchos las reflexiones de Ferrajoli sobre un hipotético Derecho penal mínimo, la realidad ha puesto de manifiesto de modo reiterado la imposibilidad de que en torno a esta sugestiva fórmula pueda erigirse un programa político-criminal.<sup>24</sup> Las dinámicas sociales y políticas muestran la dificultad de sustraerse a la tendencia expansiva del Derecho penal, de modo que incluso resultan poco realistas posiciones como la de la “Escuela de Frankfurt”, instaladas en un discurso de resistencia en torno al núcleo conceptual de un limitado Derecho penal liberal e ilustrado. Silva Sánchez ha acertado en el diagnóstico de la realidad de la expansión y en el reconocimiento de la dificultad de mantener como objetivo realizable la reducción de la intervención penal en el contexto de un Estado al que se le reclama un creciente protagonismo en la reducción de riesgos y en el control de mayores aspectos de la política social.<sup>25</sup> Una mayor complejidad de las relaciones sociales y un mayor protagonismo del Derecho difícilmente pueden traer consigo una disminución del recurso al Derecho penal. Por otra parte, ha podido constatarse que el logro de mayores cotas de justicia social no redundan en una disminución sino a lo sumo en una transformación de la delincuencia, resurgiendo fenómenos favorecedores de nuevos focos de actividad delictiva, como los movimientos migratorios. Es por ello sensato pensar en la necesidad de asumir el reto de conducir desde criterios racionales una transformación de los sistemas penales. Llegados a este punto, el reconocimiento de una especie de subsistema penal caracterizado por una mayor relajación de las garantías en los delitos que no tienen prevista legalmente pena privativa de libertad (que se viene conociendo como “Derecho penal de dos velocidades”) plantea no pocos interrogantes tanto en el plano conceptual como en lo tocante a su posible plasmación legislativa.<sup>26</sup> El discurso es difícilmente asumible si lo que se da a entender es que los delitos económicos o “de los poderosos” deberían ser castigados con penas más benignas al tiempo que se deja de lado la necesidad de prever recursos punitivos no basados en el encarcelamiento en relación con las formas de criminalidad más relacionadas con el incremento de la población penitenciaria. La visión de futuro que expresara Roxin de un Derecho penal más extenso y menos intenso<sup>27</sup> puede marcar un punto de compromiso entre realismo y ambición

---

<sup>24</sup> Ver no obstante PORILLA CONTRERAS, G. “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”. En: DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio; GURDIEL SIERRA, Manuel; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 913, quien se esfuerza por conciliar Derecho penal mínimo y protección penal de derechos sociales, señalando que ideas como la seguridad colectiva, la paz social, el orden público o la seguridad del tráfico no son en verdad bienes jurídicos colectivos, (p. 928).

<sup>25</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires, Montevideo: B de F, 2006, p. 11 y ss.

<sup>26</sup> Coincido con algunas de las críticas que ha recibido la obra de SILVA SÁNCHEZ respecto a que acierta en el diagnóstico pero mucho menos en la respuesta. Ver en tal sentido la recensión de LAURENZO COPELLO, Patricia, editada junto a la obra citada, p. 221-226, quien lamenta el aire pesimista y resignado con el que el citado autor asume la necesidad de ofrecer una elaboración teórica a la realidad que tiende a imponerse.

<sup>27</sup> ROXIN, Claus. “¿Tiene futuro el Derecho penal?”. Traducción de BORJA, E. *Cuadernos de Derecho Judicial*. n° 49. Madrid 1998.

transformadora. Un mayor refinamiento punitivo, una estrategia seria de reducción del uso de la prisión<sup>28</sup> en favor de otras sanciones que combinen contenidos de incapacitación con otros de responsabilización, una apuesta por la apertura de espacios racionales de desjudicialización, sin renuncia al garantismo, puede marcar la diferencia entre el Derecho penal de una sociedad atemorizada y el de una sociedad orientada hacia la superación civilizada de los conflictos.

En determinados sectores de la doctrina penal se manifiesta a menudo el temor a que la emergencia del interés por los análisis empíricos o la apertura a otras ciencias y a espacios transdisciplinarios venga a impulsar la escalada expansiva a que nos venimos refiriendo, con merma de las garantías y las libertades. Habrá quien considere innecesario recordar aquí la neutralidad valorativa de la ciencia, aunque no debe olvidarse que la influencia que ha ejercido en las ciencias penales el pensamiento anti-objetivista de Foucault. Parece adecuado reconocer que es en todo caso más el ser humano científico, influenciado por su entorno cultural y su trayectoria vital, que la ciencia en sí lo condicionado subjetivamente, por lo que los conocimientos científicos podrán ser puestos, en lo que nos ocupa, al servicio de la expansión o de la reducción del derecho penal según las opciones valorativa y las decisiones que se adopten. Hay ejemplos suficientemente conocidos en la historia de vinculación entre positivismo y terror penal y, por otra parte, no puede desconocerse la contribución de la criminología a la filosofía penal de la rehabilitación y al desarrollo de los recursos penológicos distintos al encarcelamiento. Vamos a poner un ejemplo bien sencillo. La criminología científica puede poner de manifiesto la importancia en términos preventivos de que la respuesta al delito sea lo más pronta posible, pero la traducción jurídica de este postulado tan evidente no puede hacerse soslayando exigencias de tipo valorativo, como la exigencia de un proceso justo, al margen de que el incremento del riesgo de condenar a inocentes supone también un elevado coste en la prevención del delito. Algo parecido puede decirse de los análisis económicos del Derecho. La evaluación de la eficiencia de los sistemas penales da lugar en muchas ocasiones a resultados que refuerzan las tesis favorables a un uso moderado de las penas privativas de libertad, pero en el caso en que no sea así el análisis económico se detiene, en tanto que programa político-criminal, donde empiezan los límites de tipo ético o jurídico. No creo pues que pueda concluirse que la apertura hacia lo empírico aumente los riesgos de expansión del sistema penal, sino que es más bien una condición necesaria, aunque por supuesto no suficiente, de un uso racional del mismo por parte de la sociedad.

### **3.2. ¿Un Derecho penal para la “sociedad del riesgo” o para la “sociedad del miedo”?**

Las anteriores reflexiones nos sitúan ante otra cuestión de fondo del actual panorama político-criminal. La evolución de la doctrina penal no ha sido insensible a las reflexiones que desde la sociología se han ido efectuando, a partir de aportaciones como la tan conocida y citada de Beck, sobre la idea de “sociedad del riesgo”.<sup>29</sup> Los ejes en torno a los

---

<sup>28</sup> Sobre la estrategia reduccionista, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo”. *Revista de Derecho penal y criminología*. n° 14, 2004, p. 97.

<sup>29</sup> BECK, U. *La sociedad del riesgo*. Barcelona, 1998; en la doctrina penal española MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001; BECK, U. “Gestión del riesgo y polaca criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”. En: DA AGRA, ET AL. *La seguridad en la sociedad*

que discurre la problemática que aquí nos ocupa son básicamente: a) la generalización de nuevos riesgos derivados de la innovación tecnológica y de la participación de la sociedad de masas en actividades portadoras de riesgos; b) la visibilidad de los riesgos a través de los poderosos *mass media*; y c) como resultado de todo ello, la creciente demanda social de seguridad, catalizada también por los medios de comunicación.

La investigación empírica ha puesto de manifiesto un fenómeno de indudable importancia, que se explica en el contexto de lo que estamos caracterizando. Existen instrumentos que permiten medir la actitud de la población ante el delito, como las encuestas de victimización y de miedo al delito. Estas investigaciones reflejan que desde el año 2000 se ha experimentado en España un notable aumento el miedo al delito (percepción subjetiva del riesgo de ser víctima de un delito) y la preocupación por el delito (opinión de la población respecto a la evolución de la delincuencia en su entorno), mientras que en el mismo periodo de tiempo la delincuencia real ha permanecido básicamente estable.<sup>30</sup>

En estas coordenadas, se comprende la necesidad de pensar sobre el Derecho penal de la sociedad del riesgo en el sentido de racionalizar el proceso de adecuación del mismo a las nuevas necesidades sociales, lo que lleva a replantear algunos contenidos de la teoría jurídica del delito en relación con los nuevos delitos de riesgo o la actividad criminal en el seno de estructuras organizadas. Algo muy distinto es brindarse a teorizar un Derecho penal de la sociedad del miedo. Tengo escasas dudas respecto a que de hecho un tal Derecho penal se viene haciendo realidad por distintas vías, especialmente tras la situación creada por los atentados de Nueva York de 2001. En España existen ya desde hace años aspectos propios de lo que viene siendo denominado como Derecho penal del enemigo, particularmente en el ámbito de los delitos de terrorismo. Esta construcción conceptual es explicada y presentada por Jakobs como una realidad que va tomando cuerpo de modo paralelo al ilustrado “Derecho penal del ciudadano” y que debe ser asumida de modo acrítico. La tesis de Jakobs ha encontrado un mayoritario rechazo en la doctrina alemana y en la española.<sup>31</sup> Responde esta concepción a una intrusión de la lógica de la guerra en la

---

*del riesgo. Un debate abierto.* Barcelona 2003; DIEZ RIPOLLES, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”. En BAJO FERNÁNDEZ, M.; JORGE BARREIRO, A.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C (coordinadores). *Libro homenaje al profesor Rodríguez Mourullo.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 267 y ss; DIEZ RIPOLLES, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. En: BACIGALUPO, S; CANCIO, M. (coordinadores). *Derecho penal y política transnacional.* Barcelona 2005, p. 243 y ss.

<sup>30</sup> Pueden compararse, por ejemplo, las cifras de los índices de victimización y de miedo al delito que aparecen en el informe de ODA 2006, GARCÍA / PÉREZ / BENÍTEZ, *La delincuencia según las víctimas*, p. 56 y 66. Asimismo el informe de 2004, p. 24-25, que pone de manifiesto una muy acusada evolución ascendente del miedo al delito y de la preocupación por el delito en el periodo 2000-2003, mientras la delincuencia se mantenía estable.

<sup>31</sup> Ver las críticas de CANCIO MELIÁ en JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2006, o DEMETRIO CRESPO, “Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo”, p. 87 y ss., DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Das Feindstrafrecht darf nicht sein! Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.* n° 9, 2006, p. 416 y ss., GRACIA MARTIN, Luis. *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 89 y ss, MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo.* Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 69 y ss., TERRADILLOS BASOCO, Juan M<sup>a</sup>. “Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del

vida civil en su sentido más negativo, de negación al enemigo del estatuto de ciudadanía. Nada que ver con las tesis de los tiempos de Radbruch en que la defensa del tratamiento propio del enemigo, a través de fórmulas como la “custodia honesta”, respondía a la voluntad de comportarse de modo “caballeroso” con el delincuente político. Los tiempos han cambiado hasta el punto que el terrorista no sólo ha dejado ya de ser tratado como delincuente “político” para ser reconocido como simple delincuente, sino que se pretende expulsarlo de la sociedad civil e incluso negarle la condición de persona. Tras él, otros “sujetos de imputación penal”, “entes perpetradores de ilícitos penales” con competencia especial para quebrantar la vigencia de la norma se encuentran en trance de quedar situados “fuera del sistema”.<sup>32</sup> La construcción de Jakobs no resulta contradictoria con una orientación dogmática normativista ajena a los contenidos valorativos del sistema, pero desborda el marco del Estado de Derecho anclado sobre el valor nuclear del respeto a la dignidad humana. Uno de los contenidos esenciales de este modelo de Estado es precisamente el reconocimiento de todo ser humano como persona y la imposibilidad de la definición de categorías de personas como enemigos del sistema, por lo que no debe causar extrañeza que se advierta en esta construcción teórica un renacimiento del pensamiento totalitario.<sup>33</sup>

### 3.3. Un espacio para la victimología no punitivista.

Con demasiada frecuencia la doctrina penal española, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Alemania y Austria, percibe tan sólo los riesgos de la evolución hacia una mayor consideración de los intereses de la víctima en el sistema penal e imputa de modo excesivamente reduccionista a esta evolución fenómenos como la expansión<sup>34</sup> o incluso el debilitamiento de garantías.<sup>35</sup> Como ya he descrito en otras ocasiones, nos encontramos ante una tendencia que abre un amplio espectro de riesgos y oportunidades y, así como sería imprudente desconocer los peligros, resulta inconveniente ignorar la capacidad de la

---

denominado “Derecho penal del enemigo”. En: CANCIO MELIA, Manuel; GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coordinadores). *Derecho penal del enemigo*. Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2006, p. 1011.

<sup>32</sup> Especialmente preocupante resulta la propuesta de JAKOBS de extender el *subsistema penal del enemigo* a los delincuentes habituales, que vienen a ser asimilados a los supuestos de criminalidad organizada y de terrorismo, prescindiendo de la distancia entre estas situaciones.

<sup>33</sup> GONZALEZ CUSSAC, José Luis. “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”. *Revista penal*. n° 19, 2007, p. 52 y ss.

<sup>34</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 48-51. Al referirse a los resultados de los análisis victimodogmáticos, el autor prescinde de cómo las aportaciones de los mismos han tendido precisamente en gran medida a una reducción del ámbito de la protección penal, bajo los presupuestos de una falta de merecimiento o necesidad de protección de la víctima. Asimismo, el autor prescinde de que la mediación penal es más un elemento de reducción punitiva que de expansión (ver p. 76), al tiempo que ofrece una imagen distorsionada de la mediación penal al considerar la misma, junto a la conformidad, entre las formas de una ascendente “justicia negociada”, imagen que no se corresponde con el desarrollo teórico de la justicia reparadora o de la mediación humanista, TAMARIT SUMALLA, Josep. “La justicia reparadora: una justicia para la víctima?”. En BACA, Enrique; ECHEBURUA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep. *Manual de victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 452-453.

Se refieren también a los riesgos de la defensa de los derechos de las víctimas DEMETRIO CRESPO, *Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo*, p. 115, y ROIG TORRES, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 578-580.

<sup>35</sup> Así DIEZ RIPOLLES, José Luis. “La nueva política criminal española”. En: “Las recientes reformas penales: algunas cuestiones”. *Cuadernos penales José M<sup>a</sup> Lidón*. n° 1, 2004, p. 17.

victimología para atraer nuevas sensibilidades e instrumentos a la política criminal. Entre otras aportaciones, el desarrollo de un espacio de racionalidad desde la victimología puede desempeñar un importante papel de contención de las demandas de penalización que puedan surgir desde ciertos sectores de víctimas. La puesta en la escena del debate políticocriminal de la satisfacción de instintos de venganza no es algo que pueda precisamente atribuirse a la victimología, pues es más propio de aquellas concepciones de signo retribucionista que, bajo una u otra argumentación, ven en la pena un “equivalente funcional” de la venganza o un mecanismo capaz de “compensar” el daño causado a la víctima y de sublimar las ansias de venganza de ésta y es precisamente frente a la ideología retributiva que se ha teorizado y desarrollado una “justicia reparadora” de orientación victimológica. La victimología, como disciplina fundada en el conocimiento empírico de la víctima y conformada bajo la influencia de una “racionalidad feminizada”, atenta a la ética del cuidado o contenidos propios de la inteligencia emocional en detrimento de la racionalidad jurídica tradicional de tono justiciero e idealista, nos permite dejar de considerar la reacción frente al delincuente como el objetivo prioritario de la intervención social ante el delito. Amén de potenciar la prevención, la victimología llama a establecer otros mecanismos de compensación a favor de la víctima, a través de la solidaridad y la asistencia, dirigidos a lograr la desvictimación,<sup>36</sup> que reduzcan los “impulsos punitivos” de las víctimas, por lo que la victimología tiene, en definitiva, un potencial de reducción de la presión punitiva. La justicia reparadora puede recordarnos que frente a una muy arraigada concepción que asocia, de modo más o menos explícito, el hecho de “hacer justicia” a reacciones vindicativas, aspectos como el reconocimiento del delito y de su víctima y la reparación suponen otro modo de “hacer justicia”, quizás más alejado de cierta tradición idealista pero más cercano a las necesidades de pacificación social. Una política criminal orientada victimológicamente es una política criminal con bases empíricas, pues el desarrollo de la victimología pone de manifiesto las posibilidades y las ventajas de una cultura jurídica reparadora.

#### **4. A modo de conclusión**

La evolución de la legislación penal y, en cierta medida, de la práctica jurisprudencial en España refleja una dinámica expansiva del sistema penal, alentada por un discurso, predominante en el plano político-mediático, muy sensible a las demandas sociales propias de la “sociedad del riesgo” y del miedo al delito. Frente a ello, la doctrina penal trata de actuar como elemento de contención y tiene ante sí el reto de construir una racionalidad desde la que se pueda establecer el rol del sistema penal en una sociedad que ha vivido un proceso muy veloz de crecimiento económico, secularización, modernización e integración europea. Con todo, el interés por la política criminal sigue teniendo un alto componente retórico en el quehacer doctrinal, anclado todavía en gran medida en una labor especulativa de carácter dogmático sobre el concepto de delito. Una mayor atención al desarrollo de la investigación criminológica y al Derecho comparado puede favorecer un robustecimiento de la política criminal como disciplina teórica. Por otra parte, una consolidación de la cultura de la evaluación y la mejor divulgación de los estudios empíricos y político-criminales puede facilitar la canalización de las actuaciones de los diversos actores de la

---

<sup>36</sup> A la desvictimación como uno de los objetivos centrales de la victimología, y su efecto de reducción de conflictos sociales, TAMARIT, “Manual de victimología“, p. 34-35.

TAMARIT, Josep M<sup>a</sup>. “Política criminal con bases empíricas en España”. *Polít. Crim.* nº 3, 2007. A8, p. 1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

política criminal hacia una mayor racionalidad, en aspectos como un uso más moderado del encarcelamiento o la extensión de la justicia reparadora.