

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ

**FUNDAMENTOS
DE POLÍTICA CRIMINAL**
Un retorno a los principios

Prólogo de
Jesús-María Silva Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2012

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	13
NOTA PREVIA	17
ABREVIATURAS PRINCIPALES	19

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA POLÍTICA CRIMINAL COMO <i>PRAXIS</i>	24
1.1. Las premisas	24
1.2. Política criminal y principios	31
1.3. ¿Política criminal o Derecho penal?	34
2. LOS TRES NIVELES DE LA <i>PRAXIS</i> : TÓPICO, DOGMÁTICO Y FILOSÓFICO.....	36
3. OBJETO Y DIVISIÓN DE ESTE TRABAJO.....	42

PRIMERA PARTE PRESUPUESTOS DE UNA POLÍTICA CRIMINAL ENTENDIDA COMO *PRAXIS*

CAPÍTULO II PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS: PRINCIPIOS Y REGLAS

1. PRINCIPIOS Y REGLAS.....	49
1.1. Divergencias iniciales	49
1.2. Y puntos de acuerdo.....	52
1.3. Los principios son normas.....	55
1.4. Principios como garantía de racionalidad.....	57
1.5. Una objeción clásica: principios y moral.....	60
1.6. Distinción entre principio y regla.....	67

	Pág.
1.7. Principios, reglas y subprincipios.....	73
2. REGLA Y EXCEPCIÓN.....	75
2.1. Concepto de excepción.....	75
2.2. Las metarreglas.....	79
2.3. Ponderación, preponderancia y compensación	84
3. CONCLUSIONES.....	85

CAPÍTULO III

PRESUPUESTOS MATERIALES: LOS TRES PRINCIPIOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

1. INTRODUCCIÓN.....	87
2. LOS PRINCIPIOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	96
2.1. El principio de seguridad en la vida social.....	96
2.2. El principio de legalidad.....	101
2.3. El principio de respeto de la dignidad	110
3. CARÁCTER DEÓNTICO DE LAS PROPOSICIONES DE LA POLÍ- TICA CRIMINAL.....	116
4. LA POLÍTICA CRIMINAL COMO MUESTRA DEL RAZONA- MIENTO PRÁXICO.....	123
5. CONCLUSIONES.....	127

SEGUNDA PARTE

PRINCIPIOS Y REGLAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

CAPÍTULO IV

CONTENIDOS DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD (1)

1. SUBPRINCIPIO DE PREVENCIÓN PÚBLICA (1.1)	131
1.1.1) Oficialidad y monopolio estatal del <i>ius puniendi</i> (art. 101 LECrim).	132
1.1.2) Prohibición de <i>infra</i> y <i>supraprotección</i> (arts. 13 CP; 131 LRJ-PAC).	134
1.1.3) Limitación de derechos en fase procesal (arts. 17.2, 18.2-3, 55.2 CE).	139
2. SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD (1.2).....	142
1.2.1) La institución de la <i>prescripción</i> de delitos y penas (arts. 130.6.º- 7.º CP).....	143
1.2.2) <i>Prohibición de las dilaciones procesales indebidas</i> (art. 24.2 CE)...	145
1.2.3) <i>Igualdad</i> en sentido <i>formal</i> (arts. 1.1, 14 CE).....	149
3. SUBPRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (1.3)	150

	Pág.
1.3.1) Exigencia de lesividad o prohibición en la legislación solo de las conductas más graves para la vida social (art. 25.3 CE).....	151
1.3.2) El Derecho penal como <i>ultima ratio</i> (arts. 17.1-2 CE).....	154
1.3.3) Carácter externo de la infracción penal (art. 25.1 CE)	155
4. CONCLUSIÓN Y CUADRO RESUMEN	159

CAPÍTULO V

CONTENIDOS DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (2)

1. SUBPRINCIPIO DE MANDATO DE DETERMINACIÓN (2.1).....	162
2.1.1) La taxatividad de las previsiones de delitos y penas (arts. 9.3, 25.1 CE).....	164
2.1.2) La irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos (art. 9.3 CE)	169
2.1.3) Exigencia de ley formal y estricta (y reserva de ley orgánica) (arts. 25.1, 81.1, 149.1.6.ª CE)	171
2. SUBPRINCIPIO DE APLICACIÓN DE LA LEY (2.2)	177
2.2.1) La legalidad en sentido procesal (art. 124.1 CE).....	177
2.2.2) Aplicación judicial de las leyes (arts. 117.3 CE; 4 CP).....	178
2.2.3) Control judicial de la ejecución (arts. 25.2, 117.3 CE).....	180
2.2.4) Producción de efectos de «cosa juzgada» (arts. 14.7 PIDCP y 666.2.ª LECrim).....	181
3. SUBPRINCIPIO DE SOMETIMIENTO AL PROCESO (2.3).....	183
2.3.1) La regla del juez imparcial previsto en la ley (garantía judicial: art. 24.2 CE).....	184
2.3.2) La presunción de inocencia (art. 24.2 CE)	187
2.3.3) <i>Nemo tenetur se ipsum accusare</i> (art. 24.2 CE)	189
2.3.4) Derecho de defensa (art. 24.2 CE).....	190
2.3.5) Preceptiva motivación de las resoluciones judiciales (arts. 24.1, 120.3 CE)	191
4. CONCLUSIÓN Y CUADRO RESUMEN	193

CAPÍTULO VI

CONTENIDOS DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE RESPETO DE LA DIGNIDAD (3)

1. SUBPRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA DESPROPORCIÓN (3.1).....	195
3.1.1) <i>Ne bis in idem</i> material (arts. 8 CP; 10.2 LOPJ; 133 LRJ-PAC) ...	196
3.1.2) Admisibilidad de la analogía <i>pro reo</i>	199
3.1.3) <i>Favor rei (in dubio pro reo)</i> (art. 24.2 CE).....	202

	Pág.
3.1.4) Retroactividad de las disposiciones penales favorables (art. 9.3 CE <i>a contrario</i>).....	205
2. SUBPRINCIPIO DE UTILIDAD (3.2).....	207
3.2.1) Idoneidad o rendimiento de la reacción penal para la tutela de la vida social (arts. 9.2, 25.2 CE).....	208
3.2.2) Abolición de la pena de muerte (art. 15 CE).....	210
3.2.3) Prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE).....	212
3.2.4) No desocialización del condenado durante el cumplimiento de las penas (art. 25.2 CE).....	213
3. SUBPRINCIPIO DE CULPABILIDAD (3.3)	215
3.3.1) <i>Personalidad</i> de las penas (arts. 4.1, 61, 63 CP; 25 ER).....	217
3.3.2) Exigencia de <i>dolo</i> para castigar (arts. 5, 12 CP; 30 ER)	219
3.3.3) Sanción en función de las <i>condiciones de la personalidad</i> del delincuente (arts. 66.1, 68 CP).....	220
3.3.4) La igualdad material (arts. 1.1, 9.2 CE)	222
4. CONCLUSIÓN Y CUADRO RESUMEN	223

TERCERA PARTE

UN DERECHO PENAL DESDE LOS PRINCIPIOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

CAPÍTULO VII

JUSTIFICACIÓN DEL *IUS PUNIENDI* ESTATAL DESDE LA LÓGICA DE LOS PRINCIPIOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

1. LA JUSTIFICACIÓN DEL <i>IUS PUNIENDI</i> , O ¿CÓMO PUEDE PROHIBIRSE?.....	228
1.1. Retribución y prevención. Crítica.....	228
1.2. Los fines del Derecho penal en una Política criminal principialista...	236
1.3. Operatividad de los tres principios básicos de la Política (criminal) para la justificación de la pena de prisión	243
2. SOBRE EL PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS, O ¿QUÉ SE PUEDE PROHIBIR?	245
3. SOBRE LAS REGLAS DE CONDUCTA Y LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN, O ¿A QUIÉN SE PUEDE HACER RESPONSABLE?	251
4. CONCLUSIÓN	256
ANEXO. SINOPSIS DE LOS PRINCIPIOS Y REGLAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	259
BIBLIOGRAFÍA.....	263

PRÓLOGO

¿Debería sistematizarse la Política criminal? La pregunta puede suscitar de entrada alguna duda porque, en efecto, la expresión «política criminal» admite al menos dos sentidos. Por un lado, por tal puede entenderse una mera «práctica» de los órganos del Estado y, en ocasiones, de algunos particulares; algo cuya sistematización no tendría que resultar per se deseable. Ahora bien, la expresión tiene un segundo sentido: el de Política criminal «científica», o teoría de la Política criminal¹. Entendida así, la Política criminal es una disciplina normativa², cuya misión es proporcionar una fundamentación racional a la práctica político-criminal del Estado y de los particulares que puedan colaborar con éste.

Si adoptamos esta segunda perspectiva y concebimos la Política criminal como un saber (como «saber práxico» lo caracteriza Sánchez-Ostiz) parece clara la necesidad de una sistematización. En primer lugar, porque lo que —para empezar— resulta verdaderamente urgente es su desarrollo como tal saber. En otras palabras, proseguir con la teorización (racionalización) de la práctica político-criminal, evitando que ésta devenga pura «praxis sine theoria»³. El riesgo de que esto último suceda es real. Como señalara Albrecht, «la política criminal cada vez recurre más a teorías ordinarias y conceptos de common sense; se hace dependiente de asesores políticos criminológicos y periodísticos, lo que en buena medida está condicionado por la creciente necesidad de una descripción de los problemas —y de sus soluciones— adaptada a los medios de comunicación de masas o aprehensible por éstos»⁴. A ello debe unirse el hecho de que algunos autores parten de una presunción de legitimidad de la praxis político-criminal, por entender que no hay razones para sostener que

¹ Sobre esto y lo que sigue cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre las bases de la Política criminal», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro-Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Toriño López*, Granada, 2000, pp. 209 y ss., 212 y ss.

² Muy claro HASSEMER, «Konstanten kriminalpolitischer Theorie», en *Festschrift für R. Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1976, pp. 502 y ss., 509.

³ SILVA SÁNCHEZ, «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», en ARROYO/NEUMANN/NIETO (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003, pp. 25 y ss., 34 y ss.

⁴ H. J. ALBRECHT, «Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform», *ZStW*, 111 (1999), pp. 863 y ss., 888.

*un penalista esté en mejores condiciones de valorar las necesidades político-criminales que un político o el ciudadano ordinario*⁵. En segundo lugar, porque con Schönemann debe afirmarse que la renuncia a la sistematización constituye la aceptación del permanente estado embrionario de la ciencia de que se trate⁶. Así pues, está bastante claro que debería procederse a una sistematización de la Política criminal. Pues, en efecto, entre Dogmática y Política criminal existe una diferencia muchas veces sólo gradual; algo que se pone de relieve en el ámbito de transición de la una a la otra que viene constituido por la interpretación constitucional. «Precisamente por esta relación gradual de dogmática y política jurídica no hay nada que objetar al hecho de que la ciencia jurídica trabaje sobre una “práctica dualidad de vías”, siempre y cuando se sea consciente de que el ámbito de los enunciados y derivaciones refutables (falsables) y, con ello, científicas se abandona antes en el ámbito de la política jurídica que en el de la dogmática jurídica»⁷.

¿Es posible lograr una plena sistematización de la Política criminal teórica? Si por plena sistematización se entiende la obtención de un modelo de vigencia universal y atemporal, se comprenderá que resulta bastante difícil. Pero que es posible —y que merece la pena— intentarlo lo muestra con creces el nuevo libro de Pablo Sánchez-Ostiz que tengo el gusto de prologar. En efecto, lo complejo de la tarea de la sistematización de la Política criminal radica de entrada en la adopción de los puntos de partida. Por eso hace algunos años me manifesté en el sentido de que probablemente no habría otra solución que la de partir de un cierto relativismo, planteando a la vez cuáles serían los límites absolutos a la política criminal del Estado derivados del concepto de persona. En efecto, por mucho que tanto el relativismo de base individualista-procedimental como el de base comunitarista incidan de forma relevante en la construcción teórica de la Política criminal, la aspiración intelectual de algunos —entre quienes desde luego me cuento— es la de llegar un poco más lejos. En concreto: «enmarcar la Política criminal en el contexto del concepto de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales; en definitiva, en el marco de una fundamentación objetiva»⁸. Algo, por lo demás, perfectamente compatible con el reconocimiento de la dificultad de acceder de modo inequívoco al objeto de conocimiento.

Sánchez-Ostiz asume explícitamente el reto y toma como punto de partida de la fundamentación de la Política criminal tres «radicales humanos»:

⁵ KUHLEN, «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit (Kommentar)», en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (dirs.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pp. 57 y ss., 64 y ss.

⁶ SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en SCHÜNEMANN (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales* (introd., trad. y notas de Silva Sánchez), 2.ª ed., Buenos Aires-Montevideo, 2012, pp. 1 y ss.

⁷ Cfr. SCHÜNEMANN, «Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende», GA, 2001, pp. 205 y ss., 209.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Torío*, pp. 216-217.

la dignidad, la libertad y la socialidad. La persona —en efecto— es consustancialmente digna y libre en sociedad. De ahí que los tres principios básicos del sistema de la Política criminal sean, a su vez, los de respeto a la dignidad, legalidad —como protección de la libertad— y seguridad —o protección de la socialidad—. Ahora bien, como es sabido, los principios constituyen mandatos de optimización. Las fricciones que surgen entre éstos dan lugar, entonces, a los correspondientes subprincipios y, luego, a reglas que, sin embargo (o, mejor, precisamente por eso), admiten excepciones. De este modo se articula un modelo en el que las diversas exigencias político-criminales se ubican en un determinado lugar, mostrándose cuáles son las tensiones a las que se hallan sometidas y, con ello, los parámetros de su posible evolución.

No es poco, por tanto, lo que aporta el autor. Como sucede con cualquier propuesta sistematizadora, ofrece claridad y orden: racionalidad formal, en suma. Pero, por ello mismo, también muestra de modo abierto cuál sería la racionalidad material subyacente a cada una de esas pretensiones político-criminales. Con lo que allana el camino a un estudio crítico de todas y cada una de ellas. De este modo, su esfuerzo constituye una fundamental contribución a futuros estudios de Política criminal.

Sánchez-Ostiz se ha ido consolidando como uno de los más seguros valores de la ciencia penal española. Ajeno a la muy hispánica depresión poscátedra, sigue publicando mucho y bien, rigurosa y documentadamente, a pesar de llevar además sobre sus —eso sí, navarros— hombros años (y años) de Decanato. Quienes leemos sus obras sabemos que en ellas no se hallará ni un ápice de petulancia ni de retórica. Sólo el resultado del trabajo sin reposo de un científico del Derecho que se sienta todos los días en la biblioteca. A mi me gustaría ser siempre como él y que, como parece ser que dijo Picasso, cuando me llegue la inspiración me encuentre trabajando.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ
6 de octubre de 2012

NOTA PREVIA

Estas páginas recogen los resultados de varios años de investigación sobre el sentido y la función de la política criminal; en particular, sobre los límites al *ius puniendi*. Cuando en el curso 1998-1999 se me confió explicar en la Universitat Pompeu Fabra la asignatura Política criminal en el marco del programa de Doctorado en Derecho penal, comencé a perfilar y ordenar una serie de ideas y reflexiones. Y lo hice con el fin de que me ayudaran, primero a mí mismo, a entender qué es eso que suele denominarse «política criminal» y a dar razón de las decisiones adoptadas en la «política real» cotidiana frente al delito.

Tras aquella labor inicial, la investigación prosiguió y se ha ido exponiendo en diversas actividades académicas: seminarios y clases, asignaturas de Licenciatura y de Doctorado, cursos y conferencias, a diversos públicos y en variados lugares*.

En particular, la primera vez que expuse estas ideas de forma más o menos ordenada y sistemática debió de ser en el marco de una conferencia en la Universidad Austral, Buenos Aires, el 8 de marzo de 2004: agradezco a los organizadores la ocasión que me brindaron con su invitación. Ese mismo año, incorporado ya a la Universidad de Navarra como profesor de Derecho penal, fui poniendo por escrito muchas de las exposiciones y materiales que venía utilizando. A la vez, estas páginas se fueron aquilatando, conforme empleaba sus ideas principales para la docencia en las asignaturas introductorias del Derecho penal. Allí también pude exponer sus contenidos en el marco de un seminario de profesores de la Facultad de Derecho, el 5 de mayo de 2006; y después, durante los cursos 2007-2008 y 2008-2009 empleé estas ideas como texto para la docencia en programas de posgrado. Proseguí sometiendo a crítica sus conclusiones en diversos foros; en particular, en el seminario del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, el 12 de julio de 2010, y en la Criminalization Conference organizada en la University of Stirling, el 7 de septiembre de 2011. Estoy muy agradecido a quienes me ayudaron con sus ideas, sugerencias y críticas. El debate de sus conclu-

* Esta investigación se ha visto favorecida en los últimos años por el proyecto subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (ref. FFI2008-01738/FISO).

siones con los intervinientes ha sido siempre para mí una buena palestra para someter a prueba estas tesis. A la vez, he adelantado algunos resultados en publicaciones periódicas (incluidas en la relación bibliográfica final).

En estas páginas hay mucho de lectura y estudio de obras ajenas, de reflexión y discusión en diversos foros. Por eso, estoy seguro de que lo que aquí se recoge no es solo mío. Debo mucho a las críticas y sugerencias de otros. Defecto sería no reconocerlo; y mayor defecto todavía, atribuirme ideas que forman parte del acervo común.

He de dar las gracias a tantos que han compartido estas reflexiones. Algunos han leído versiones provisionales o parciales de esta obra; otros han atendido a mis inquietudes y observaciones con un interés que superó las expectativas; y todos me han llevado a continuar trabajando para perfilar los resultados alcanzados. A todos ellos, gracias.

Durante años he dudado entre dar estas páginas a la imprenta o continuar indagando las diversas cuestiones y facetas. Lo segundo corría el riesgo de convertirse en tarea inacabable; y a lo primero me animaron quienes han tenido a bien leerlas. Su publicación pretende someterlas a la discusión académica. Ojalá confirmen así, por doble motivo, el carácter *político*-criminal de este trabajo.

No sería justo dejar de agradecer su ayuda a quienes en estos años han sido los principales interlocutores de muchas de estas conversaciones. En primer lugar, al profesor Silva Sánchez, de quien he aprendido muchas cosas, pero sobre todo que nunca hay que dar nada por sabido. Asimismo, mi agradecimiento para los compañeros de las áreas de Derecho penal de la Universidad de Navarra y de la Universitat Pompeu Fabra, con quienes he compartido tantos proyectos y afanes. A los compañeros penalistas de ambas Universidades, en especial a nuestro maestro, Jesús-María Silva Sánchez, dedico este libro. *Amicitiae pars est referre gratiam.*

Pamplona, 31 de mayo de 2012

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Cuando los grupos parlamentarios defienden una nueva ley penal que castiga el homicidio con una pena máxima de 15 años, y no con la de 20, están haciendo Política criminal; cuando el Ministerio de Justicia propone introducir la custodia de seguridad para delincuentes peligrosos, está haciendo Política criminal; cuando los funcionarios de la Administración competente en la ejecución de medidas de seguridad impuestas a menores de edad deciden la sustitución de la inicialmente impuesta, están haciendo Política criminal. Y Política criminal hace también el juez que en un caso de robo opta motivadamente por imponer la pena de 5 años y no la de 4. Todos ellos hacen Política criminal porque deciden legítimamente en sociedad sobre la prevención de conductas relacionadas con el delito.

Y es que la Política criminal es un sector de la Política, de las decisiones sobre la vida en la *polis*; en concreto, de las decisiones sobre la prevención de aquellas conductas que más gravemente ponen en peligro la subsistencia de la vida social. Para la adopción de dichas decisiones es preciso contar con criterios.

Esta investigación se dirige a indagar si es posible —y, en su caso, cómo— contar con criterios político-criminales de decisión. Específicamente busca puntos de referencia constitucionales para dichos criterios, con la finalidad de que se vean justificados y resulten plausibles. Muy pronto se percibirá que tales criterios no son solo vigentes en Derecho español. Se trata más bien de criterios de decisión que gozan de amplio consenso y aceptación en los Estados de nuestro entorno. De poco serviría vincular las concretas normas jurídicas exclusivamente con una idiosincrasia, época y lugar determinados. Además, la coyuntura en la que se da el Derecho penal y la Política criminal del siglo XXI se halla presidida por la europeización y, más allá de nuestro entorno inmediato, por la globalización. Ignorarlo sería errar desde el comienzo¹.

¹ En efecto, dos factores han obligado a una ampliación de la discusión: tanto la presencia del Derecho de la Unión Europea, como la realidad de la globalización. En cuanto al primero, resulta más sensato, en lugar de discutir sobre la posibilidad o no de un Derecho penal de la Unión, abordar la cuestión de cuál puede ser ese Derecho exigido y razonable [cfr. SATZGER, «Das Strafrecht als Gegenstand

El contenido de esta investigación se podría resumir así: hay tres enunciados básicos de la Política criminal, basados a su vez en otros tantos radicales humanos. En primer lugar, la *socialidad* humana, sobre la que se basa el *principio de seguridad* en cuanto «necesidad de tutela de la vida social». En segundo lugar, la *libertad* humana y la consiguiente exigencia de normas para la conducta, y que fundamenta el *principio de legalidad*. En tercer lugar, la *dignidad* humana, sobre la que se enuncia el *principio de respeto de la dignidad*. Dichos tres enunciados, en un plano *iusfilosófico* (primera parte), constituyen principios. Los cuales se hallan en tensión entre sí, dando lugar a diversas reglas más concretas y viables mediante operaciones de ponderación, como se describe en un plano *tópico* (segunda parte²). A su vez, en un plano *dogmático* (tercera parte), permiten legitimar instituciones básicas como son la pena, la imputación y los bienes jurídico-penales.

En esta exposición late el convencimiento de que la Política criminal no es un saber científico-positivo, expresión de certeza cuasimatemática y evidencias empíricas, sino un saber que se sobrepone convenciendo mediante una adecuada argumentación³. A asentar esta afirmación, que será premisa de cuanto después se afirme, se dedica el primer epígrafe (1). Sigue un epígrafe dedicado a matizar cómo esa argumentación es susceptible de estudio en tres niveles diversos, todos ellos necesarios, si bien no dotados los tres de igual capacidad de convencimiento (2).

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA POLÍTICA CRIMINAL COMO PRAXIS

1.1. Las premisas

1. Estas páginas asumen una doble distinción. Primero, la distinción entre actividades *teóricas* y *prácticas*, según se refieran a lo que se nos pre-

europäischer Gesetzgebungstätigkeit», *KritV* 91 (2008), pp. 17-38, 26]. En cuanto al segundo factor, la globalización ha puesto en claro cómo no puede ser dispar una solución arbitrada en países occidentales en el siglo XXI, que hay cierta comunidad de ideas entre latitudes y épocas [cfr. HÖFFE, *Derecho intercultural* (orig., 1999; trad., Sevilla), Barcelona, 2000, *passim*, para quien la globalización apunta a un Derecho penal protector de los derechos humanos, ámbito en el que «puede pretender validez intercultural», p. 11]. Cfr. las reflexiones y tareas que propone SCHÜNEMANN, «Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert», en *FS-Herzberg*, Tübingen, 2008, pp. 39-53.

² Dichas reglas se ordenan en función de los respectivos principios y subprincipios, con una numeración de tres cifras: la primera indica el principio; la segunda, el subprincipio; y la tercera, la concreta regla. Al término de este trabajo, en el anexo se ofrece el panorama completo. Para destacar que se trata, no de epígrafes, sino de principios, subprincipios y reglas su numeración se expresa en cursiva.

³ Hay por tanto cierto grado de incerteza ineludible: cfr. CRICK, *En defensa de la política* (orig., 1962; trad., Zorrilla), Barcelona, 2001, p. 103, quien señala: «[e]l deseo de certeza a cualquier precio supone un gran peligro para la política», que tiene entre sus condicionamientos el referirse a la acción humana pública, esto es, a la libertad. Hemos de contar con una ineludible incerteza, si es que hablamos de Política. Cfr. también CRUZ PRADOS, *Ethos y polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Pamplona, 1999, pp. 76-86, 78, quien alerta del riesgo de entender la política como una técnica.

senta como dado (teóricas, que aspiran a la *descripción* de su objeto), o bien la actividad humana como «agible» o realizable (prácticas, que aspiran a la *comprensión* de su objeto).

Para la comprensión de las acciones humanas, se acude aquí a una segunda distinción, la que media entre *praxis* y *poiesis*. Por esta se entiende la actividad humana que se plasma en la obtención y/o creación de un objeto (Ingeniería, Construcción...); mientras que por *praxis* se entiende aquella actividad humana que se realiza en cuanto tal, siendo ella misma su objeto (Ética, Derecho...). La distinción no encierra nada peyorativo de una frente a la otra. Pero sí supone adoptar desde el inicio un punto de vista que condiciona lo que a continuación se vaya a afirmar. En concreto: que el Derecho, la Ética, la Política sean actividades «práxicas», que tienen por objeto acciones libres⁴, supone que *su finalidad no es la obtención o fabricación de objeto alguno, sino la acción humana en cuanto tal, en cuanto realizable, «agible»*.

2. Que la Política criminal tenga carácter práxico significa que su objeto no es algo tangible, empíricamente medible, sino *acciones*, expresiones de libertad humana. Y como tales, se refieren tanto a los delitos como a las decisiones frente a estos. Así, *la Política criminal es aquel saber que tiene por objeto la acción humana con el fin de evitar las consideradas gravemente lesivas para la subsistencia de la sociedad*. Más brevemente: su objeto es la *prevención de acciones humanas consideradas delitos*. En tal definición se toman en cuenta por supuesto las decisiones del Legislador, pero también de otras instancias del poder (Ministerio Fiscal, Policía, Judicatura, Administración penitenciaria), e incluso de la población misma: en definitiva, de todos los agentes de la Política.

Que sea Política no encierra afirmación peyorativa alguna, sino que se emplea en sentido meliorativo. Política aquí significa actividad propia de la *polis*, de la vida pública. Cuando nos referimos a político en sentido peyorativo, se emplean calificativos como «de conveniencia», «instrumental» (es decir, «*zweckmässig*», en alemán)... La Política entendida, en cambio, como el saber de la vida en la *polis* no va en tal dirección, sino que merece la noble calificación que efectuaba Aristóteles: es la *praxis* suprema⁵.

Ya desde este punto, la Política criminal de la que aquí se trata difiere de lo que von Liszt entendía por tal⁶. En efecto, al partir de una Política criminal

⁴ Cfr. CRICK, *En defensa de la política*, p. 18: «La política son las acciones públicas de los hombres libres». Cfr. también CRUZ PRADOS, *Ethos y polis*, pp. 106-114.

⁵ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, 1094b. Cito por la edición *Ética nicomáquea. Ética eudemia*, introducción por Lledó Íñigo, traducción y notas por Pallí Bonet, 1.ª ed., Madrid, Gredos, 1985, 3.ª reimpr., 1995.

⁶ Cfr. F. v. LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht» (orig., 1882), en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, Berlin, 1905 (reimpr., Berlin, 1970), pp. 126-179, del que hay traducción española (*La idea de fin en el Derecho penal*); ID., «Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft» (lección inaugural en la Universidad de Berlín, 1899), en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Berlin, 1905 (reimpr., Berlin, 1970), pp. 284-298).

orientada al análisis de los medios disponibles para lograr sus objetivos⁷, no cabe pasar por alto la condición que se tenga del sujeto delincuente. Negada la libertad del destinatario de la norma, la Política no se refiere entonces a la acción humana como obrar y expresión de un sujeto agente, sino que pasa a centrarse en la prevención técnica de resultados⁸, en concreto, de delitos⁹. La Política criminal, entendida en cambio como *praxis*, presupone un ser humano, el agente de la acción, que emplea una serie de criterios (principios) cuando actúa (al legislar, gobernar, sentenciar...) ¹⁰ en un sentido u otro ¹¹.

3. Si estas decisiones políticas aspiran a tener pretensiones de vigencia es porque son acordes con principios, que serían su criterio de verdad. Se acepta aquí la *posibilidad de acceder a la verdad* a través del conocimiento; y se parte de la idea de verdad como una adecuación entre entendimiento y realidad¹². Sería en extremo ingenuo pensar que dicha adecuación es fácilmente alcanzable, o que lo es también nuestra conciencia de ella. En definitiva, *adecuación, pero no la ingenuidad* de pensar que es fácil identificar esa adecuación. Las premisas epistemológicas de las que parto —verdad como adecuación del entendimiento a la realidad— requieren alguna precisión.

Por un lado, presupone aceptar que el entendimiento humano tiene *capacidad* de acceso a la verdad, sobre la cual es posible construir un conocimiento sistemático y generalizable, que es la ciencia, con sus particularidades y diferencias que provienen del objeto, método y fines del conocimiento (el estatuto epistemológico de cada ciencia). Dichos condicionamientos deben

⁷ Cfr. SANZ MORÁN, «Algunas consideraciones en torno a la Política criminal», en *Universitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, 2007, pp. 729-740, 730; FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo, Buenos Aires, 2007, pp. 191-195, 225.

⁸ Como expresa FINKIELKRAUT, *Nosotros, los modernos* (orig., 2005; trad., Montes), Madrid, 2006, pp. 190-191, es clave mantener la separación entre saberes prácticos y teóricos, para devolver a la acción lo que le es propio. La aproximación o incluso asimilación de ambos saberes puede traer causa de la revolución metodológica iniciada con la nueva ciencia y que posibilitó el desarrollo de las ciencias naturales: cfr. *ibid.*, pp. 105, 190, 218.

⁹ Acerca de la evolución de los planteamientos político-criminales desde von Liszt a nuestros días, cfr. SANZ MORÁN, en *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, pp. 729-740; BORJA JIMÉNEZ, «Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin», *ADPCP* 56 (2003), pp. 121-129: en mi opinión, deberían resaltarse los postulados naturalistas que sirven de base a los planteamientos de von Liszt.

¹⁰ Distinto el planteamiento afrontado por FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 768-770, en cuanto que, aún con la pretensión de buscar la legitimidad del recurso a la pena, pretende «una política criminal orientada normativa y comunicativamente a la estabilización normativa», más que una dirigida «instrumentalmente a la protección de bienes jurídicos».

¹¹ Es *política*, por tanto, lo cual dirige la atención hacia la fijación y obtención de fines en sociedad: cfr. ZIPF, *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch*, 2.^a ed., Heidelberg, Karlsruhe, 1980, § 1.1.2 (p. 6).

¹² Puesto que a fin de cuentas toda construcción de la Política viene condicionada por premisas epistemológicas, y da lugar a una particular epistemología [cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (orig., 1989; trad., Andrés Ibáñez *et al.*), 5.^a ed., Madrid, 2001, apdo. 1, *passim* (trad., Ruiz Miguel)], a un modo de concebir las decisiones que se adoptan en ese particular ámbito de lo social, me parece *necesario*, además de *honesto*, enunciar esas premisas.

respetarse, si pretendemos llegar a entendernos. Por eso, ni el Derecho penal ni la Política criminal pueden aspirar a efectuar explicaciones de la realidad. Su peculiar carácter de saberes práxicos condiciona que aspiren a lograr propuestas plausibles —asumibles— sobre conductas humanas. Dicha plausibilidad puede lograrse si se aporta justificación de cada decisión. Por *justificación* entiendo, en este contexto, el orden de razones suficientes de un enunciado para hacerlo susceptible de aceptación y aplicación¹³.

Así, en concreto, y a modo de ejemplo, la pena encontraría justificación si es posible derivarla de motivos relevantes que susciten aceptación y posibiliten su aplicación¹⁴; de lo contrario, se convierte en afirmación irracional. Tales motivos podrían ser, según algunas propuestas, criterios utilitaristas o instrumentales; sin embargo, han de dar respuesta de por qué aceptar una pena de cuantiosos efectos instrumentales pero serios menoscabos personales. Entre las razones suficientes en términos de generar aceptación y aplicación han de entrar no solo los datos instrumentales, sino también los de un orden valorativo y deóntico. Lo cual no significa ignorar los efectos instrumentales que toda pena, por ser tal (por ser social), lleva consigo. Aunque la pena es (analíticamente) un castigo en cuanto reacción, es también (analíticamente) un medio para proteger la sociedad. Así, la pena no encuentra sentido solo por ser un castigo, mera retribución o respuesta desprovista de otros fines trascendentes a ella misma, sino que exige contar con su concreto ser social. Es entonces cuando el sentido de la pena aporta razones para la acción de los destinatarios de la norma: la protección de la sociedad real que estos constituyen. La pena encontraría justificación entonces en que constituye un medio de protección de lo que los agentes mismos de la política (los destinatarios de las normas) son.

Por otro lado, el *criterio de verdad* de una ciencia práxica, entendido —según se ha dicho ya— como la adecuación entre entendimiento y realidad, exige alguna matización. Estamos entendiendo la acción humana como susceptible de ser sometida a reglas de conducta; es decir, que consideramos la acción como conducta ajustada o no a reglas. Lo cual supone admitir la capacidad de la razón como razón práctica capaz de acceder a (y reflexionar sobre) la acción humana¹⁵. La verdad¹⁶ propia de una ciencia

¹³ Cfr. ATIENZA, en AGUILÓ REGLA, ATIENZA y RUIZ MANERO, *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Madrid, 2007, p. 140; PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y Derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 48-49. Cfr. *infra*, nota 93.

¹⁴ Cfr. la crítica de KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, p. 15, a la teoría del Derecho positivista, por haber escindido el Derecho de la cuestión misma de su fundamentación; cfr. también *ibid.*, pp. 44-46, 107-110.

¹⁵ Cfr. el planteamiento anunciado por NAGEL, *La última palabra* (orig., 1997; trad., Bergallo/Alegre), Barcelona, 2000, pp. 15-19, 43, 79, 149, aunque dudo de la contundencia con la que califica a la razón como única apelación posible. Sería preciso matizar el sentido de la «razón», y el papel que pueden tener otras instancias de certeza.

¹⁶ Cfr. Arth. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., München, 1997, pp. 265-266. Cfr. también KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, pp. 17-21 y 34, quien aunque reconoce la dualidad de saberes teóricos y prácticos (ciencia y prudencia), y sitúa en los primeros los criterios de verdad y en los segundos los de prudencia, plantea el mismo punto de partida.

práctica reside en la adecuación de este juicio sobre la conducta¹⁷ que se realiza con las reglas que la rigen¹⁸. Entre dichas reglas se cuentan, no solo las inmediatas y concretas prohibiciones, prescripciones o permisiones, sino también y sobre todo, los enunciados que dan sentido a estas: los principios (apdo. 1.2).

Podría aceptarse una adecuación de los juicios de la Política criminal a la utilidad (planteamiento consecuencialista). Se parte aquí, en cambio, de una adecuación a principios previos al obrar (una posición «principalista», si se quiere). Tal como la entiendo, una Política criminal consecuencialista no deja de ser una *praxis* con arreglo a «principios» (por ejemplo, con base en el «principio» de utilidad). Sin embargo, veo clave la opción por otros principios rectores: según cuáles sean estos, así serán las decisiones¹⁹. No se partirá aquí de principios de utilidad o eficiencia, aunque vengan estos referidos a la subsistencia de la sociedad. Se partirá, más bien, de *principios materiales vinculados a la persona humana* como ser racional. La razón básica de esta orientación proviene del convencimiento de que la dignidad de la persona exige un respeto que escapa a los cálculos meramente utilitaristas. Sin embargo, con una apelación genérica a la dignidad personal se corre el riesgo de imponer en la política una determinada concepción sobre el bien²⁰, por lo que será preciso apelar a elementos de razón (rationales y razonables) comunes a los seres humanos.

La orientación principalista que aquí se defiende se halla expuesta, sin embargo, al riesgo de incurrir en utopismo; así sucedería si se entienden los principios como ajenos al logro de efectos sociales relevantes. Para evitar el riesgo de utopismo, el principalismo no debe ignorar los efectos sociales de las decisiones²¹. Eso supondría convertir los principios en mera manifestación inútil de argumentación «de la convicción»²².

¹⁷ Como el propio lenguaje ordinario da a entender: si el portero de un equipo de fútbol no evita un gol en su portería, bien puede hablarse —y así se hace— de un error del portero; del mismo modo, que no nos es ajena la expresión «errores arbitrarios». En estos casos, el error reside en la divergencia de un juicio emitido por el agente y los criterios, reglas, principios... (sean técnicos o no) que rigen un sector de actividad concreto.

¹⁸ De modo que la verdad práctica se orienta a algo que está por realizarse, un *pro-jectum*, más que un *ob-jectum*, como señala CRUZ PRADOS, *Ethos y polis*, p. 139. En ese sentido, la verdad práctica se da plenamente en los principios (y por eso podemos afirmar que «son verdad»), mientras que en los juicios referidos a acciones singulares, se daría «por derivación». El juicio en cada caso particular sería más bien «verosímil», en función de su adecuación al principio. Cfr. también MARTÍNEZ DORAL, *Estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, 1963, pp. 86-87; próximo, YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, 2002, pp. 59, 72-75. Una reivindicación de la objetividad del conocimiento jurídico en PAVLAKOS, *Our Knowledge of the Law. Objectivity and Practice in Legal Theory*, Oxford, Portland, 2007, p. 2 y *passim*.

¹⁹ Cfr., por ejemplo, KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, pp. 40-44.

²⁰ Cfr. las consideraciones críticas de SANDEL, *Filosofía pública* (orig., 2005; trad. Santos), Barcelona, 2008, pp. 203-212.

²¹ La diferencia entre un modelo principalista y uno consecuencialista se halla en que el primero puede considerar las consecuencias, mientras que el segundo dará entrada *sólo* a dicha consideración.

²² Es más, se podría afirmar que, por la fuerza de los principios tal modo de argumentar está abocado a alcanzar efectos sociales (sería «teleológica», pero no consecuencialista ni utilitarista,

Sin embargo, es preciso señalar que la capacidad y posibilidad de hallar una verdad como la señalada no supone desconocer la *dificultad del entendimiento* para llegar a ella²³: por tanto, realismo, pero también *escepticismo* en cuanto a que la verdad sea alcanzable fácilmente y sin obstáculos²⁴. No cabe desconocer que en los juicios que emitimos entran en juego con frecuencia diversas influencias que pueden condicionar y predeterminar las decisiones²⁵. Por esta razón, el escepticismo ante la actividad intelectual humana —más aún si se trata de saberes normativos como el Derecho—, me lleva a dudar de autoproclamadas verdades supuestamente evidentes, si de ese modo se pretende cerrar la confrontación de la justificación que se proponga²⁶. Veo más conveniente, y más acorde con la realidad argumentativa de

en terminología de CRUZ PRADOS, *Ethos y polis*, p. 162). De lo contrario, la racionalidad práctica devendría mera elucubración. La clave está en no tomar las decisiones solo en razón de dichos efectos, sino con arreglo a principios, los cuales obligan a la utilidad social de la decisión. Tomo la expresión de argumentación «de la convicción», de la dualidad de Max Weber entre ética de la responsabilidad y ética de la convicción: bien podría afirmarse que una argumentación ajena a los efectos sociales merecería tal reproche (cfr. CRUZ PRADOS, *ibid.*, p. 357). Tengo, en cambio, mis dudas sobre la necesaria procesabilidad de toda decisión con parámetros empíricos (cfr. DíEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, 2003, p. 145, a propósito del «principio» por él denominado de «correspondencia con la realidad»).

²³ De «ingenuidad epistemológica» habla FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2001, apdo. 3.3, en p. 50.

²⁴ Por lo demás, parece que la oposición entre las tesis de la adecuación o correspondencia frente a la de la verdad procedimental no es adecuada, y ha de superarse mediante un idóneo planteamiento de la cuestión: cfr., por ejemplo, en FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2001, apdo. 5.2, en p. 66 (distinguiendo significado y criterios de verdad); Arth. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, pp. 283-286; ID., «Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, pp. 9-12.

²⁵ Existen múltiples condicionamientos, provenientes del lenguaje mismo o de la intermediación del ser por las preconcepciones y representaciones por el sujeto, según ha puesto de relieve la hermenéutica moderna (cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Buenos Aires, 1998, pp. 39-45). No son despreciables tales observaciones. Conducen a que sean atendibles las teorías procedimentales de la verdad y del consenso. Dentro pues de dicho escepticismo, estas pueden aportar algo —mucho quizá en un mundo de representaciones— para depurar la percepción del ser; pero no puede olvidarse que son un medio y no un fin en sí y solo por sí mismas: pueden servir para obtener plausibilidad y verosimilitud; pero entiendo que la verdad requiere un punto de referencia, un punto al que llegar con dichos procesos. Quizá así puede defenderse por ejemplo frente al planteamiento trazado por KINDHÄUSER para la culpabilidad [«Rechtstreue als Schuld-kategorie», *ZStW* 107 (1995), pp. 701-733], o a lo expuesto por LÜDERSEN [«Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken», *ZStW* 107 (1995), pp. 877-906] con carácter más general. Entiendo por eso acertadas las propuestas de Arthur KAUFMANN, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, pp. 1-13, 9-12, cuando requiere que entren en juego criterios como los de racionalidad, argumentación, convergencia y falibilidad de los argumentos empleados. Los cuales pueden aportar algunos puntos de referencia en una actividad de por sí endeble, cuando no endémica, como es el conocimiento humano.

²⁶ Y ello, para tranquilidad de posiciones como la de RAWLS, *Political Liberalism* (expanded edition), Nueva York, 2005, pp. 125-127, cuando desconfía de la verdad en la argumentación moral, para ser sustituida por la razonabilidad. En efecto, el planteamiento trazado y desarrollado por RAWLS, *Teoría de la justicia* (orig., 1972; trad., González), Madrid, 1995, *passim*, partiendo de que es contractualista (cfr. ya en cap. I, p. 19 y § 3), dará lugar a entender el contractualismo como una doctrina comprensiva (*Political Liberalism*, pp. 89-129) y a proponer la «*reasonableness*» como criterio de corrección (cfr. *Political Liberalism*, pp. 126-127).

un saber práxico, atender a la *plausibilidad* de las justificaciones. Una plausibilidad concebida como exigencia de *racionalidad* de lo que se propone. En efecto, difícilmente podremos asumir *políticamente* una decisión, si no goza de plausibilidad, si no es susceptible de aceptación por ser razonable²⁷.

La obtención del consenso se presenta entonces como un fin a alcanzar: se trata de «hacer “intersubjetivo” lo que nació como “subjetivo-valorativo”»²⁸. Desde otros planteamientos, quizá se alegue que en lugar de intentar la adecuación del entendimiento y la realidad (de los principios), es más asequible y más democrático contentarse con una verdad procedimental. Algo que precisamente en sede de Derecho penal, en materia de bien jurídico, de decisiones del legislador en cuanto al catálogo de delitos, parece más idóneo. No descarto en absoluto el valor de aspectos procedimentales en el acceso a la verdad²⁹. Es más, por ser *praxis* política, la Política criminal ha de buscar también el consenso³⁰. El consenso se constituye incluso en imperativo para la Política³¹, porque sin cierto grado de aquel se dificulta o impide la vida social. Sin embargo, sobre dicho consenso conviene efectuar dos precisiones. Por un lado, que el consenso *incluye cierto grado de disenso*, en cuanto que la discusión política parte de la evolución de las soluciones en la búsqueda de la más justa (cfr. *infra*, apdo. 4, párr. 3). Y, por otro, que el consenso *no es la fuente de la verdad*, sino consecuencia de ella³². Precisamente porque una decisión se halla en consonancia formal y material con los principios afectados, puede facilitar el consenso. De este modo, no conviene entender el consenso como resultado fáctico derivado

²⁷ Sobre la razonabilidad del Derecho, resultan muy ilustrativas las consideraciones y propuestas que efectúa ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (orig., 1992; trad., Gascón), 6.ª ed., Madrid, 2005, pp. 147-150.

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 166, con base en Arth. Kaufmann.

²⁹ La verdad procesal, en cuanto una de las expresiones de la verdad procedimental, no puede abandonar la aproximación a la realidad como tendencia ineludible: la perfecta correspondencia puede considerarse como un ideal, como «principio regulativo» en la jurisdicción, pero no como un imposible a rechazar. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2001, apdo. 3.3, en p. 51. Por lo demás, esta verdad procesal tiene sus límites (cfr. *ibid.*, apdo. 4, en pp. 51-62), que conducen a que la verdad procesal sea una verdad normativa, «en el triple sentido de que una vez comprobada definitivamente tiene valor normativo, de que está convalidada por normas y de que lo es solo si es buscada y conseguida con el respeto a las normas» (p. 60).

³⁰ Como queda claramente plasmado en el planteamiento de ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 9-18, 17.

³¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 134, en donde, referido a la dogmática pero extensible a la Política criminal, se expresa: «No se trata, pues, de obtener la construcción “verdadera”, sino de obtener un sistema plausible, que reúna los elementos precisos para alcanzar un consenso intersubjetivo. El consenso, sin embargo, solo puede alcanzarse a través de la argumentación de la propia propuesta, mediante la prueba de que ésta se atiene a las consecuencias empíricas, respeta los correspondientes principios filosóficos, se muestra conforme con los valores culturales dominantes en la comunidad científica».

³² Cfr. el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 166-178. Como afirma KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, p. 31, referido a la teoría del discurso, su sentido no es desarrollar una técnica de argumentación para alcanzar objetivos hasta ahora no logrados, sino exteriorizar y hacer explícitas las razones de decisiones que ya se venían tomando y que en buena parte de casos eran, y siguen siendo válidas (cfr. su crítica a la idea del consenso, por ser utilitarista, *ibid.*, pp. 54-55).

de la aceptación «de hecho» por la comunidad (algo inalcanzable, por cierto, en la medida en que hay libertad); sino que procede contentarse con un *consenso ideal*³³, en cuanto meta a lograr.

1.2. Política criminal y principios

1. Acabamos de decir que necesitamos criterios de confrontación de las decisiones: los *principios*. Pero ¿de qué principios tratamos? A partir de la obra programática de Roxin³⁴ parece un ideal generalmente asumido el que las categorías del Derecho penal, y en particular de la teoría del delito, deben recibir su contenido de los principios de la Política criminal, y en particular de los plasmados en la Constitución³⁵. Las diferencias, sin embargo, surgen cuando se desea dar contenido más preciso a dichos principios y al pretender extraer consecuencias de estos³⁶.

De principios se habla en la doctrina con enorme profusión, sobre todo en los últimos años. Hay principios de legalidad, proporcionalidad (en sentido

³³ Cfr. ATIENZA, «Sobre lo razonable en el Derecho», *REDC* 27 (1989), pp. 104-107; cfr. también GARCÍA AMADO, «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», *AFD* 3 (1986), p. 172, a propósito de la distinción entre consenso «como meta» y consenso como «fundamento de la racionalidad».

³⁴ ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, 1970 (trad., Muñoz Conde: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1972; 2.ª ed., Barcelona, 1973). Sobre su aportación, cfr. la valoración que efectúa SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas*, pp. 29-45; cfr. también BORJA JIMÉNEZ, *ADPCP* 56 (2003), pp. 113-150, 121-129. La citada obra de Roxin ha marcado sin duda un modo de hacer dogmática (y política criminal), pero no puede desconocerse otras obras que suelen pasar desapercibidas: me refiero en concreto a HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg, 1974. Una postura matizada respecto a esta relación entre Constitución y elaboración del Derecho penal, la de TIEDEMANN, «Constitución y Derecho penal» (trad., Arroyo), *REDC* 33 (1991), pp. 145-171, 148.

³⁵ Puesto que se entiende que esta «contiene principios generales que vinculan al legislador y a los tribunales en la conformación de todo el ordenamiento y lógicamente, también el ordenamiento penal. Es más, son estos principios generales los que permiten captar adecuada y coherentemente el sentido de los preceptos concretos»: ARROYO ZAPATERO, «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», *RJCLM* 1 (1987), p. 101. Sobre la relevancia penal de los derechos reconocidos por la Constitución, cfr. CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1999, pp. 84-86; Díez Ripollés, «La contextualización del bien jurídico protegidos», en ID., *Política criminal y Derecho penal*, Valencia, 2003, pp. 13-40, 14-15, 32; LÓPEZ AGUILAR, «Código Penal y poderes públicos: una perspectiva constitucional», *PJ* 48 (1998), pp. 57-79; PRIETO SANCHÍS, «El constitucionalismo de los derechos», *REDC* 71 (2004), pp. 47-72, 61-66. Sigue siendo de interés consultar VIVES ANTÓN, «Reforma política y Derecho penal», en ID., *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pp. 71-133, 91-108.

³⁶ En la doctrina penal española resulta especialmente digno de atención, por su originalidad y fundamentación, el planteamiento trazado por Mir Puig, que deriva los límites del *ius puniendi* de la acogida constitucional del Estado como Estado social y democrático de Derecho: cfr. ya en MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976; ID., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1.ª ed., Barcelona, 1979; 2.ª ed., Barcelona, 1982 (recogido también en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 29-112); brevemente, en su *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Barcelona, 2004, 4, *passim*.

amplio y en sentido estricto), *ne bis in idem*, intervención mínima, tipicidad, culpabilidad, *in dubio pro reo*, doble instancia, exclusiva protección de bienes jurídicos, necesidad, subsidiariedad, irretroactividad, resocialización... Y si se acude a la jurisprudencia, los principios se multiplican³⁷. Tantos que la situación bien puede calificarse como «confusa por principio», pues no es fácil determinar lo que se haya de entender por tales³⁸. Y así, con tal profusión de principios, se corre el peligro de que no sirvan para mucho³⁹. Si todo enunciado normativo difuso se toma como principio, apenas servirán para argumentar racionalmente por cuanto no se distinguen unos de otros⁴⁰. La profusión de principios en la argumentación jurídica acaba así conduciendo a una superposición de tópicos desprovistos de su propia razón de ser.

2. A la vista de esta situación⁴¹, en la Política criminal de nuestro tiempo resulta ineludible aclarar qué entendemos por principios y cuáles son (cfr. *infra*, caps. II-III). Solo entonces podremos contar con enunciados sobre los que fundamentar reglas para decisiones concretas, y desde los que construir y poder «criticar» los juicios sobre la acción política⁴². Se trata de contar

³⁷ A juzgar por la profusión con que se acude a ellos, se ha llegado a afirmar que «vivimos una nueva “edad de oro” de los principios» (PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992, p. 17). Cfr. también NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, 2007, pp. 209-211: «Reconocido es sin discusión que los principios generales del Derecho han supuesto —y suponen— uno de los instrumentos más formidables del progreso del Derecho y de la Justicia material, así como también uno de los remedios más eficaces contra la inercia aplicativa y el formalismo que conllevan las normas positivas [...]. Pero paradójicamente también constituyen una de las figuras más confusas de la Ciencia jurídica» (p. 210). Cfr. el panorama (desolador) que traza NORRIE, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, 2.ª ed., Cambridge, 2006, pp. 7-14, sobre los principios informadores del Derecho penal (p. 12).

³⁸ Para Larenz, los principios «se sustraen [...] a una definición conceptual»: LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4.ª ed. alemana (1979); trad., Rodríguez Molinero, 2.ª ed., Barcelona (1980), 1994, p. 218; ID., *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica* (orig., 1979; trad., L. Díez-Picazo), Madrid, 1985, p. 36. Pero esta cualidad no significa —según entiendo— legitimación de argumentos de principios inaceptables por crípticos.

³⁹ Buena parte de este trabajo consiste en intentar diferenciar lo que son principios de lo que no lo son. Lo cual no supone que otros enunciados que no alcanzan el calificativo de principio sean de poca relevancia. Cfr. ALEXY, «Zum Begriff des Rechtsprinzips», *Rechtstheorie*. Beiheft 1 (1979), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, p. 82, nota 96.

⁴⁰ Cfr. para un ámbito nada lejano al que nos ocupa, NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 3.ª ed., Madrid, 2002, pp. 39-41. Pongamos un ejemplo: la doctrina penal española acude a la idea de protección de bienes jurídicos ya en las primeras páginas de los manuales. Se habla así de la necesidad de proteger determinados sectores de la sociedad (fragmentariedad) y solo para evitar la puesta en peligro de ciertas condiciones de la subsistencia social (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos); sin embargo, es llamativo que esa misma doctrina no tenga habitualmente reparo en conceder carta de naturaleza a cualquier nuevo delito tipificado por el legislador, con lo que la pretensión limitadora deviene inútil (cfr. *infra*, cap. IV, apdo. 3: regla 1.3.3).

⁴¹ Cfr. la valoración que merece a O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Los principios en el Derecho y la dogmática penal*, Madrid, 2004, pp. 58-60, la doctrina penal en cuanto a los principios; cfr. *ibid.*, pp. 60-62, las diversas opiniones de la doctrina penal sobre los principios.

⁴² Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (orig., 1986; trad., Garzón Valdés), Madrid, 2001, pp. 115-138. En efecto, cabe concebir un modelo jurídico basado solo en reglas (cfr. *Teoría*, pp. 118-129; *El concepto y la validez del Derecho* [trad., Señal], Barcelona, 1994, pp. 165-

con medios de control y límite al ejercicio del poder penal (*ius puniendi*) por parte del Estado; y no parece haber otra vía que la de recurrir a aquellos acuerdos consolidados, de origen y plasmación constitucional, puesto que el control del poder (y aquí, del poder penal, *ius puniendi*) viene asociado a la Constitución como medio idóneo⁴³.

Sin embargo, resulta llamativo, partiendo de que «la conexión entre Derecho penal y derechos fundamentales es doble: en virtud de la pena y en virtud de la conducta tipificada, que limita o circunscribe la esfera del legítimo ejercicio de los derechos»⁴⁴, que la dogmática penal no haya extraído más rendimiento de ideas como la del «Estado constitucional», o la de los derechos humanos, cuyos fundamentos teóricos y consecuencias prácticas resultan acreditados en otras disciplinas⁴⁵.

3. Con tal anclaje se precisa, a su vez, conocer qué virtualidad práctica tienen los principios de los que se parta, cómo operan... Reina acuerdo en muchas proposiciones del Derecho penal y de la Política criminal (las conductas delictivas han de estar definidas en la ley antes de su punición, no es posible sancionar sin dolo...). Pero a menudo queda todavía mucho por saber y abundante rendimiento por extraer. Se precisa comprender la labor

167), que suele vincularse con el positivismo (cfr. *El concepto*, p. 165, nota 24), como también sería imaginable un modelo jurídico basado solo en principios, que sin embargo no sería aceptable por contradecir la seguridad jurídica (cfr. *Teoría*, pp. 118 y 130-138; *El concepto*, p. 168), o —añado— por carecer de viabilidad por su elevado grado de abstracción. El modelo propuesto por Alexy va más allá: la dualidad de principios y reglas resulta insuficiente para conformar un sistema jurídico, pues adolece del aspecto «activo». El modelo se enriquece con un tercer nivel y elemento operativo, el procedimiento que asegure la racionalidad, tanto en la formulación como en la aplicación del Derecho, sea en la argumentación (como pensamiento no institucionalizado: cfr. *El concepto*, pp. 174-177), sea en el proceso judicial (como medio institucionalizado en donde los principios posibilitan la «judicialidad»: cfr. *Teoría*, pp. 135-138; *El concepto*, pp. 173-174). Cfr. *infra*, apdo. 1.5, las observaciones efectuadas a la concepción de Alexy; en la doctrina española, con referencia a la teoría de la argumentación, cfr. PUIGPELAT MARTÍ, «Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional», *AFD* 3 (1986), pp. 229-246; SEOANE, «Presentación» a ALEXY, *La institucionalización de la justicia*, Granada, 2005, pp. 1-15; ID., «Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy», en SERNA (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, 2005, pp. 105-196.

⁴³ Cfr. ARAGÓN, «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *REDC* 19 (1987), pp. 34-36; VIVES ANTÓN, en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pp. 412-413; LÓPEZ AGUILAR, *PJ* 48 (1998), p. 60.

⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, *REDC* 71 (2004), p. 65.

⁴⁵ Cfr., sin embargo, LAGODNY, *Strafrecht von den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, 1996, pp. 19-50; BARATTA, «Kriminalpolitik und Verfassung. Überlegungen zum minimalen Strafrecht und zur Sicherheit der Rechte», *KritV* 86 (2003), pp. 210-231, cuya propuesta aspira a transformar la «Política criminal» en «Política de protección de los derechos fundamentales». En cambio, en opinión de ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (orig., 2008; trads., Cancio/Ortiz de Urbina), Madrid, 2012, p. 262, «los derechos humanos no tienen un contenido suficiente para decir qué responsabilidad penal y qué pena *debería* haber. Con alguna excepción, los derechos humanos sólo operan para decir lo que esas reglas [*sc.* las relativas a la responsabilidad y la pena] no deberían ser» (cursiva original).

del jurista como argumentación y no tanto como creación y aplicación de abigarradas normativas; se requiere un esfuerzo crítico sobre los abundantes *topoi* que proliferan en nuestra doctrina, y que parece abocar a esta a la ingente ocupación de abundar en ellos. Para orientar, en cambio, la labor del jurista hacia la argumentación racional basada en principios, puede ser de utilidad la triple distinción que se recoge en el apdo. 2 *infra*. Antes, una breve referencia, obligada, a la relación entre Política (criminal) y Derecho (penal) en esta materia.

1.3. ¿Política criminal o Derecho penal?

1. Lo que llevamos expuesto conduce de inmediato a la cuestión de si esa Política criminal así entendida es o no lo mismo que el Derecho penal. Dicho de otro modo: ¿median diferencias entre una y otro? Si fueran lo mismo, esta investigación sería más una obra de sociología y política que jurídico-penal, como suele entenderse. Si median diferencias entre ambos, estamos reconociendo que la Política criminal necesita del Derecho penal como instrumento para plasmar (formal y materialmente) las decisiones en que consiste. En efecto, si volvemos a las cuestiones planteadas inicialmente (la defensa de una nueva ley penal en el parlamento sobre la penalidad del homicidio, o la previsión legal de una custodia de seguridad para delincuentes peligrosos, o la ejecución de medidas de seguridad, entre otras), se percibe que son manifestaciones de Política criminal. Y en todas ellas interviene también el Derecho penal como instrumento de plasmación de las decisiones. Como interviene también cuando un juez opta motivadamente por imponer una pena en lugar de otra; o se decide sobre la concesión a un recluso de un régimen penitenciario u otro. Como se dijo, se trata de manifestaciones de Política criminal, porque en tales casos se decide legítimamente sobre la prevención de conductas delictivas en la sociedad. El Derecho penal es uno de los *instrumentos* de la Política criminal, un medio para la prevención de conductas «criminales»⁴⁶ en la sociedad.

2. Pero no se trata del único sector del Derecho aquí implicado. La Política criminal cuenta con el Derecho penal, como también con el Administrativo (Derecho penitenciario...), procesal (presunción de inocencia...), civil (responsabilidad derivada de delito...), entre otros sectores. Se percibe ya que la Política dirigida a la prevención de delitos cuenta con un instrumental jurídico amplio. Que se trate de medios de carácter jurídico parece idóneo si se pretende limitar o acotar el ejercicio del poder político dentro de límites de ponderación y garantías. En particular, nuestro enfoque se dirige a aquellas manifestaciones sancionatorias del Derecho, más que al Derecho penal del «mero código penal». Lo que aquí

⁴⁶ Cfr. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, pp. 68-71 (conducta desviada: «*abweichendes Verhalten*»).

se va a exponer abarca también sectores como el Derecho administrativo sancionador, el Derecho procesal penal, el Derecho penitenciario. Todo aquello que merece englobarse bajo la común denominación de *Derecho sancionador*.

La Política criminal cuenta también con instrumentos que proporcionan otros medios de configuración de conductas y decisiones en sociedad y que no son intrínsecamente jurídicos. Para confirmarlo basta con referirse a campañas publicitarias desplegadas en los últimos años en ámbitos próximos a las conductas delictivas. Que dichas campañas («Tolerancia cero frente al maltrato», «Ninguna excusa justifica arriesgar una vida», por ejemplo) impulsadas por la Administración sean eficaces es una cuestión que puede constatarse a poco que se analicen los resultados; que además sean legítimas es una cuestión de los principios de la Política criminal que también han de ser respetados en tales casos.

Sin embargo, hay no pocos instrumentos, menos clamorosos, más a largo plazo, que afectan a la configuración de conductas en sociedad, y por tanto pueden influir en la evitación de delitos. Me refiero a medios como la educación —no solo moral y cívica, sino también profesional—, la religión, el ejercicio de empleos retribuidos, la configuración y calidad de las ciudades, parques, o hasta de los transportes públicos. Dichos factores de socialización influyen sin duda en las conductas de contenido delictivo⁴⁷. Basta con observar que algunos de tales factores tienen por objeto las mismas conductas, y que otros atienden a las circunstancias del entorno de eventuales delitos. No parece por tanto correcto plantear la relación entre Derecho penal y Política criminal como una alternativa excluyente. El Derecho penal —o mejor: el Derecho sancionador en su conjunto— ofrece y despliega una serie de medios para la obtención de los fines de la Política en materia de delitos.

3. En definitiva, el Derecho sancionador en su conjunto es uno de los medios con los que cuenta la Política criminal para cumplir su cometido, la prevención de delitos. No se trata del único medio, ni tan siquiera está claro que sea el más eficaz. Es sin duda el más contundente (sobre todo si incluimos en él el Derecho de ejecución de las condenas). La Política criminal en un Estado de Derecho aspira a regirse por principios que constituyen a su vez límites del ejercicio del poder y garantía de derechos y libertades. De esos límites trata esta investigación, que se centrará en las *manifestaciones jurídicas de una Política criminal principialista*.

⁴⁷ Como influyen también otros factores no normativos sino coyunturales, pero de no escasa relevancia. Así, por ejemplo, en la discusión sobre la viabilidad y eficiencia de la política de tolerancia cero en la ciudad de Nueva York se criticó que el resultado tangible de disminución de la delincuencia se debía a la variación de los hábitos de consumo de drogas, que había pasado de la heroína a otras de diseño, que presentaban efectos menos violentos en los consumidores. Sobre la influencia de otros factores en la disuasión, cfr. ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, pp. 88-100, 115-124.