

JAIME MIGUEL PERIS RIERA

**¿QUÉ SE ESPERA HOY
DEL DERECHO PENAL?**

**UNIVERSIDAD DE MURCIA
2024**

JAIME MIGUEL PERIS RIERA
Catedrático de Derecho Penal
Departamento de Historia Jurídica
y de Ciencias Penales y Criminológicas

¿QUÉ SE ESPERA HOY DEL DERECHO PENAL?

LECCIÓN MAGISTRAL LEÍDA
EN EL ACTO ACADÉMICO DE
SANTO TOMÁS DE AQUINO
EL 26 DE ENERO DE 2024

UNIVERSIDAD DE MURCIA
2024

© Jaime Miguel Peris Riera
Universidad de Murcia
Servicio de Publicaciones, 2024

Depósito Legal: MU 103 — 2024

Imprime: Imprenta Universitaria. Universidad de Murcia

¿Qué se espera hoy del Derecho Penal?

SUMARIO

I.- ¿QUÉ SE ESPERA HOY DEL DERECHO PENAL?	13
II.- LA IMPARABLE DERIVA HACIA UN DERECHO PENAL SIMBÓLICO	19
III.- DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO AL POPULISMO PENAL: UN PASO MÁS EN LA PELIGROSA EXPANSIÓN DE ESTA RAMA DEL DERECHO	22
IV.- ¿CONCLUSIONES PESIMISTAS?: ¿NO SIEMPRE GANAN LOS QUE RESISTEN?	25

EXCMO. SR. RECTOR MAGNÍFICO DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA
EXCELENTÍSIMAS E ILUSTRÍSIMAS AUTORIDADES
MIEMBROS DE LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA
SEÑORAS Y SEÑORES

Ocupo hoy este atril, por el que he visto pasar a tantos veteranos compañeros, que precisamente por ello ya no todos están entre nosotros, y lo hago con gran orgullo, aunque soy consciente de que sólo el correspondiente turno a la Facultad de Derecho que represento, mi edad y la designación del Sr. Rector me sitúan aquí.

Hace 43 años que ingresé en la Universidad, y quiere la tradición que ocupe unos cuantos minutos de los que dispongo en sintetizar lo que ha sido hasta ahora el discurrir de mi vida académica, aunque ello sólo sea, también por tradición, para dar una imagen de lo que suele ser la trayectoria de un profesor universitario.

Acabados mis estudios de Derecho en la Universidad de Valencia, obtuve una beca del Real Colegio de España en Bolonia para realizar allí mi tesis doctoral, objetivo que logré dos años después, cerrando una de las vivencias que más influirían en mi vida académica y personal. Me enorgullece haber obtenido por aquel trabajo el Premio Vittorio Emanuele II de la República Italiana y el Premio Ugo Lenzi a la mejor tesis de Derecho penal.

De regreso a España, y unos meses después de contraer matrimonio con mi mujer que hoy me acompaña, tuve que afrontar el paréntesis que suponía la obligada realización del servicio militar. Un paréntesis relativo puesto que el “destino” (y nunca mejor empleado el término, pues esa era la calificación exacta que recibía el lugar al que te mandaban) me llevó a los juzgados militares donde tuve la oportunidad de preparar con mi superior y acompañarlo como asistente, algunos juicios importantes como el de la denominada operación Galaxia, que sólo algunos de ustedes recordarán.





De regreso a Valencia mi vida se aceleró bastante: a la vez que obtenía la titularidad, nació nuestro hijo. Al mismo tiempo, y habiéndose constituido el primer Consejo General del Poder Judicial, que originó importantes vacantes temporales en los tribunales, fui nombrado Magistrado a propuesta de la entonces Audiencia Territorial de Valencia con destino en una sala penal.

Etapa muy productiva en la que durante seis años compaginé la docencia, la investigación y la práctica en los tribunales con el dictado de varios centenares de sentencias.

Comenzó después un interesantísimo período en el que mis primeras investigaciones en Criminología, trabajando sobre los problemas jurídicos de lo que comenzaba a conocerse como huellas genéticas, me acercaron a un mundo tan lejano y extraño para un jurista como el de la genética y la biotecnología. Mis investigaciones me llevaron en los años sucesivos a las universidades de Pavía, Friburgo de Brisgovia y Lovaina, y la casualidad me vinculó al profesor Santiago Grisolia, reciente premio Príncipe de Asturias tras su regreso de Kansas, con quien colaboraría durante casi dos décadas en el proyecto genoma humano. De este período me gusta siempre resaltar lo que supuso para mí, un jurista, tener una publicación en la revista *Nature*, y haber compartido mesa, reuniones y cafés con premios nobel como Watson y Crick, descubridores de la estructura de doble hélice que hoy conocen todos ustedes.

Tras dos años destinado en la universidad de Vigo, fue en 1995 cuando la oportunidad, los amigos, y el deseo de completar mi vida académica, me trajeron a Murcia. A mi llegada, en comisión de servicios, recibí el apoyo que siempre me ha acompañado del profesor Cobacho, Decano de la Facultad, y del entonces Rector Monreal y, por qué no decirlo, de gran parte de la comunidad universitaria. Obtuve finalmente mi cátedra de Derecho penal en 1997.

Durante 15 años pude compaginar mi docencia en esta Universidad con la de la Universidad de Paris X, de la que fui profesor invitado, por mi especialidad en Derecho penal económico. Más tarde, y desde hace 10 años, pertenezco a la Comisión de Doctorado de la Universidad de Roma Tre.

Y aquí estoy hoy ante ustedes, después de haber publicado 14 libros, editado 4 obras colectivas, 56 artículos y capítulos de libros, Investigador Principal o colaborador de 12 proyectos. Creé, con el apoyo de los profesores Jiménez Conde y Cobacho, los primeros estudios de Criminología de esta Universidad, que hoy son ya una licenciatura.

No he sido maestro prolífico: he dirigido únicamente 15 tesis doctorales. Pero he de decir que llegue a un departamento que solo tenía un catedrático, una profesora titular y dos asociados y hoy somos tres catedráticos, varios titulares, más contratados doctores, profesores asociados... hasta un total de 16.

Fundador, con el entonces Vicerrector de Investigación, el profesor Santiago Torres, de la segunda Comisión de ética de la investigación de las universidades españolas, de la que sigo siendo su secretario 21 años después. Y, como complemento práctico a todo ello, desde hace 20 años, abogado penalista a través de la OTRI de la Universidad.

Yo mismo me sorprendo, en una aproximación apresurada, de cuantas cosas he podido hacer. Pero es lo cierto que mi perfil, con sus peculiaridades, no dista del de muchos compañeros de Universidad, sobre todo si se valora teniendo presente la amplia perspectiva temporal que ocupa. Pero aún me sorprendo más del afecto, calor y compañerismo que durante ya casi 30 años he recibido de esta Universidad y de esta ciudad, de los compañeros y de sus gentes. Y no sólo yo, también mi familia, mi mujer, mis hijos y mis dos nietos, Covadonga y Yago (ya ellos sí murcianos), que desde el principio me han acompañado en todo mi recorrido vital.

Los que formamos la familia universitaria sabemos lo que esto supone de esfuerzo para todos ellos.

I.- Precisamente por eso, tras tantos años de estudio, tras una vida dedicada a ello, resulta un momento apropiado para preguntarnos ¿QUE SE ESPERA HOY DEL DERECHO PENAL?

Hoy, las aguas no discurren tranquilas, y el Derecho, como ciencia social, no es ajena a la situación que nos rodea. El Derecho penal menos aún, por las características que le son propias.

En la primera clase de cada nuevo curso, esa que se dedica a presentar la asignatura, siempre he repetido a los alumnos que una de mis tareas iba a consistir en desmontar algunos conceptos mal aprendidos sobre esta materia. En efecto, se trata de una disciplina respecto de la que todo el mundo cree tener conocimientos previos: desde el principio de legalidad o de igualdad, a la presunción de inocencia, pasando por la legítima defensa, no hay nadie que no tenga una opinión. Lo malo es que suele ser una opinión técnicamente errónea.

Quienes de entre vosotros os dedicáis a las denominadas ciencias formales o a las ciencias fáctico-naturales, no estáis demasiado acostumbrados a que todo el mundo opine sobre ellas, dando por sentado una especie de conocimiento innato de las mismas. Esto no ocurre con el Derecho penal.

En cierta medida el Derecho penal es “víctima” de su “éxito reputacional”, si se me permite la expresión. Por poner un ejemplo paradigmático: sería difícil encontrar entre ustedes alguien que no supiera completar la frase “ojo por ojo” ... ¿verdad? E incluso





me atrevo a aventurar que también la inmensa mayoría de ustedes sabría decir que se trata de una expresión representativa de primitivas reacciones de estricta venganza, tanto que se utiliza en la actualidad como símil de irracionalidad o de crueldad. Más aún, sé que al menos la mitad de ustedes sabría reconocer que esta Ley se conoce como Ley del Tali6n.

Pues bien, una mala traducci6n y un mal entendimiento hist6rico de la Ley, han dado como resultado utilizar la primera ley penal progresista de la historia, como s6n6nimo de irracionalidad vengativa. De hecho, la Ley, correctamente traducida dice algo muy distinto: “no m6s de un ojo por ojo, no m6s de un diente por diente”. Lo que supuso, por primera vez en la historia de la legislaci6n penal, hacer referencia a la proporcionalidad entre la dimensi6n del castigo y el da1o irrogado, algo nada com6n incluso alg6n milenio despu6s.

Sirva este ejemplo para evidenciar con qu6 facilidad se opina y se vulgariza sobre Derecho penal y las equ6vocas consecuencias que ese mal entendimiento puede provocar. M6xime cuando hay que tener presente que estamos ante una de las ramas del Derecho cuyo desarrollo dogm6tico en el 6ltimo siglo ha alcanzado cotas t6cnicas dif6cilmente superables.

De hecho, me atrevo a decir que en torno a mi disciplina existe un sinf6n de “leyendas urbanas” de las que todos habr6n o6do alg6n ejemplo que pueden reconocer:

- Que las personas mayores de setenta a1os no entran en prisi6n.
- Que las querellas son criminales, cuando de hecho decir querella ya lo es todo, porque si es civil se llama demanda, o demanda contenciosa si es en el 6mbito administrativo (una terminolog6a que inicialmente usada por los periodistas, con la idea al parecer de reforzar la fuerza de la querella, ha acabado imponi6ndose hasta el punto de que hoy m6s de la mitad de los letrados en sus escritos dicen “interponer querella criminal”).
- La edad de los 18 a1os, porque se impone la gr6fica imagen de una pel6cula de culto, en la que a un joven, al apagar las velas de la tarta de su 18 cumplea1os, le recuerdan que ya ha alcanzado la edad penal. Cuando lo cierto es que la alcanz6 a los 14 a1os.
- Que es delictivo grabar una conversaci6n de la que uno es interlocutor sin advertir de ello a los dem6s.
- Que cualquier amenaza, en el sentido coloquial del t6rmino, constituye siempre un delito de amenazas.

- Que todas las opiniones merecen un respeto y que no pueden ser objeto de crítica (como si la estupidez tuviera patente de corso); lo que merecen un respeto son las personas, no sus opiniones si no lo merecen.
- Que si te estafan, hurtan, roban... tus hermanos, padres, hijos, puedes lograr una condena penal, cuando están todos exentos de responsabilidad, incluso tu cuñado, si vive contigo en tu casa y además te estafa o roba.
- Que casi todo es legítima defensa. Máxime si entran en tu casa. Algo sorprendente en un País que considera que la mejor defensa es un ataque a tiempo.

Lo cierto es que estos y otros muchos ejemplos, complican y dificultan la correcta comprensión del Derecho penal.

Por eso la pregunta de **qué se espera hoy del Derecho penal** es no solo el *quid* de la cuestión jurídica, sino al mismo tiempo el talón de Aquiles de nuestra disciplina.

Hoy, a consecuencia de un mal entendimiento del mismo, parece como si el Derecho penal debiera dar cumplida respuesta a todos los problemas que se plantean en nuestra sociedad.

A ello han contribuido, no en poca medida, continuas iniciativas de una nefasta política criminal, que ha pretendido hacer creer a la ciudadanía que cualquier intervención del Derecho penal es idónea para solucionar cualquier problema social que surja o, lo que es peor, que incluso todavía no ha surgido pero que se teme que aparezca. Esto, tan común en nuestros días, fue bautizado allá por la década de los 90, por SILVA SÁNCHEZ¹, como la *expansión del derecho penal*.

Hoy esta disciplina jurídica ha dejado de ser la última ratio del ordenamiento jurídico, para ser la principal herramienta normativa del Estado. Y, paradójicamente, cuanto más se legisla penalmente, más se distancia nuestro perezoso legislador de los principios que rigen la tarea de normativizar conductas criminales (taxatividad, concisión, concreción). Se ha pasado de pocas normas concretas a amplios tipos penales abiertos necesitados de una fase lenta de horneado en los tribunales. Como si al legislador le interesara solo el titular de la noticia (que es lo que genera rédito electoral inmediato), delegando al poder judicial la viscosa y empalagosa tarea de desarrollar el contenido de la norma, y detectar sus impurezas.

¹ SILVA SÁNCHEZ, JM. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999





Con tales planteamientos se olvida que esta rama del ordenamiento jurídico utiliza el instrumento más poderoso, más fuerte, de que dispone. La pena. Con todos sus presupuestos y con todos los efectos que esta provoca.

En acertadas palabras de TRAPANI, no hay que olvidar que “la sanción penal” es, por definición, la sanción “máxima”, “extrema” del ordenamiento jurídico, por la gravedad de su contenido y por la estigmatización que produce². Afecta coactivamente, con el uso de la fuerza, a bienes fundamentales del individuo. Un uso de la fuerza que en los sistemas penales de los estados modernos es su “monopolio” exclusivo.

En la actualidad deben ser muy pocas las personas que, aun con conocimientos muy limitados de Medicina, desconozcan lo inapropiado que resulta administrar antibióticos ante cualquier resfriado o dolor. Todos sabemos que sólo ante infecciones muy graves y persistentes están indicados pues, de lo contrario, su uso indiscriminado no sólo es innecesario, sino que puede provocar (como de hecho ha ocurrido) un indeseado y peligroso proceso de inmunidad y de resistencia bacteriana. Aunque algunos se empeñen en no verlo, el uso indiscriminado e indebido del Derecho penal genera también un efecto inmunitario, una inoperatividad de normas inadecuadas, por innecesarias, que acaba provocando lo contrario de lo perseguido, un efecto de desaliento en la misma ciudadanía. Y una auténtica crisis de principios.

Hoy, el denominado principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*), según el cual el delito debe comportar siempre la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, se ha convertido en una de las pocas afirmaciones respecto de las que existe total coincidencia en la Doctrina³. Pero, siendo esto cierto, no lo es menos que la misma Doctrina disiente a la hora de otorgar contenido a aquel concepto⁴.

Durante casi un siglo, a partir sobre todo de una visión liberal del Derecho penal, la idea de que éste no debía ser utilizado ante cualquier problema social, sino únicamente para afrontar, prevenir y reprimir, los ataques a bienes jurídicos esenciales, y, más aún, no de cualquier ataque, sino solo de los más intolerables, fue imponiéndose en todas las legislaciones con la referencia a un gráfico “*principio de mínima intervención*”

² TRAPANI M., “Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale”, FALCHI G.L., IACCARINO A. (Dirs.), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici. XIV Colloquio Giuridico Internazionale*, Ciudad del Vaticano, Lateran University Press, 2012, pág. 793.

³ MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 290.

⁴ Puede verse la rica discusión doctrinal existente aún, respecto del bien jurídico, en SCHÜNEMANN, B. “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de partida de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Eds. HEFENDHEL, R /HIRSCH, A/ WOHLERS, W), Madrid. 2016

o “*de extrema ratio*”⁵. Hasta el punto de entender que, en la sociedad actual, el Derecho en general tiene como misión prevalente la defensa de intereses, cumpliendo el derecho penal una función de protección de los bienes jurídicos más vitales para el mantenimiento de la convivencia social⁶. En palabras de LASCURAÍN SÁNCHEZ, la teoría de lo penalmente protegible en un Estado democrático es una teoría política que forma parte de la teoría de la proporcionalidad⁷.

Así, por ejemplo, si un deudor no atiende sus obligaciones de pago, existen instrumentos previstos por el Derecho civil para que el acreedor realice su derecho. Si al final los bienes y derechos de aquél no son suficientes para liquidar, su insolvencia será de carácter civil sin que quepa una prisión por deudas (prohibida además por los pactos de Nueva York⁸). Para eso ha dispuesto el Código civil (en su artículo 1911) que el deudor responda de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Sin embargo, si este mismo deudor hace desaparecer sus bienes fraudulentamente, para evitar tener que responder con ellos de su deuda, intervendrá el Derecho penal con el mecanismo de la insolvencia punible y sí podrá ser objeto de una pena de prisión.

Esta idea de mínima intervención entronca en realidad con un principio mucho más amplio, inspirador de todo el poder punitivo (incluido el sancionador que posee la administración) y no es otro que el **principio de proporcionalidad**. Y éste es muy fácil de entender por todos con una gráfica expresión: no es conveniente matar moscas a cañonazos. El cañonazo puede resultar idóneo para lograr el objetivo (aunque a costa de que desaparezca la pared), pero es innecesario, puesto que un simple matamoscas logra el mismo fin sin costosos efectos indeseados.

Una política criminal restrictiva de la intervención penal, que limite al legislador y que lo ciña al menor uso posible del Derecho penal, requiere, como ya advirtiera MIR PUIG en la década de los 90, que su actuación se subordine a valoraciones específicamente jurídico-penales, que permitan seleccionar con criterios propios especialmente estrictos los objetos que merecen amparo jurídico penal⁹.

⁵ MARTOS NÚÑEZ J.A., “El principio de intervención penal mínima”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1/1987, págs. 99 ss.

⁶ MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 2021, pág. 69

⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Bien jurídico y objeto protegible”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LX, 2007 pág. 162

⁸ Así se dice expresamente en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”.

⁹ MIR PUIG S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*”, *Estudios penales y criminológicos*, 14/1990, pág. 207.





Y así ha sido, al menos así se ha intentado progresivamente durante muchas décadas. Sin embargo, todo ello cambió no hace demasiado tiempo, debido a las razones que quiero sintetizar, y **hoy** asistimos a una auténtica y continua inflación penal. Ante cualquier problema social, sea de la naturaleza que sea, aparecen voces pidiendo más Derecho penal.

Ciertamente, y al igual que ocurre en nuestra vida cotidiana, también en el Derecho penal se repiten falazmente “mantras” relacionados con principios fundamentales de la disciplina. Parece como si, a fuerza de mencionarlos, de repetirlos una y otra vez, se vieran respetados. Y ello tan sólo porque está demostrado que, para muchos, una mentira cien veces repetida acaba convirtiéndose en una verdad, por más que no lo sea. Y esto es lo que ha ocurrido en los últimos años de un modo progresivo e imparable con el denominado **principio de intervención mínima**.

Hasta el punto de llegar a ser doloroso para el penalista tener que soportar y ver cómo, la misma ley que violenta sistemáticamente este principio, multiplicando sin parar las figuras delictivas, manifiesta siempre en su exposición de motivos que su razón de ser es el respeto a ese principio.

Basta sólo con decir que nuestro Código penal de 1995 lleva a día de hoy aproximadamente 40 reformas (empieza a ser difícil decir un número concreto porque antes de que publiquen lo escrito ya hay otra reforma) y que, todas ellas, han ido creando nuevos delitos (es cierto -no lo olvido- que tan solo en una ominosa y vergonzante ocasión, el hecho es conocido y reciente, se ha reformado el Código para suprimir un delito con puro interés político).

Se olvida que grandes penalistas como PADOVANI, ya en la década de los ochenta del pasado Siglo, destacaban la crítica que respecto de la inflación penal habían manifestado tanto los “clásicos” como los “positivistas”¹⁰. Los primeros por entender que el incremento de delitos suponía usar la pena para controlar sectores que eran extraños a la competencia del Derecho penal; otros, los segundos, porque llevaba a la creación de una espiral criminógena, multiplicando artificialmente las infracciones.

¹⁰ PADOVANI T., *L'utopia punitiva*, Milán, Giuffrè, 1981, pág. 258.

II.- LA IMPARABLE DERIVA HACIA UN DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Pero aún más grave era distanciarse de un Derecho penal que solo debía ocuparse de la lesividad real de bienes ontológicamente preexistentes. Y como ahora veremos, esto es lo que ocurrió cuando se inició una incontrolable deriva hacia un Derecho penal simbólico¹¹. Una tendencia que lejos de frenarse, se ha visto agravada y superada por lo que recientemente he venido en llamar un Derecho penal populista¹².

¿Tanto se espera hoy del Derecho penal? ¿tanto se necesita hoy el Derecho penal? O lo que ocurre más bien es que nuestra mala, nefasta, política criminal responde al principio nada técnico de “más madera”. ¿Qué está ocurriendo?

A mi juicio, y tengo evidente y trabajada perspectiva histórica, se está pretendiendo utilizar al Derecho penal para lograr fines que nunca le deberían ser asignados sobre todo porque esta rama del Derecho no conoce más instrumento que la pena (las medidas de seguridad y la peligrosidad son otro cantar), el instrumento limitador de derechos del individuo más potente y estigmatizante de que dispone el Ordenamiento.

Considero que mi propia trayectoria investigadora me legitima para opinar con cierto nivel de conocimiento de causa. Y ello no por otra cosa sino porque mi tesis doctoral en Italia, dirigida por BRICOLA (uno de los penalistas más sobresalientes del pasado Siglo) trataba precisamente sobre el proceso despenalizador. Un movimiento muy en boga entonces en Italia, y que yo preveía, como así fue, que llegaría a España apoyado en la entonces reciente Constitución de 1978.

Un proceso que abogaba por la reducción del número de delitos, transformando, especialmente los denominados delitos de bagatela, los delitos políticos, los formales, de pura ideología sin trasfondo material, en ilícitos administrativos. Despenalización y concepción del Derecho penal como *extrema ratio* son perspectivas estrechamente unidas entre sí, contribuyendo a reducir el área del Derecho penal¹³.

¹¹ Y que ha querido fundamentarse en el creciente protagonismo de los medios de comunicación social, como auténticos agentes de control social en las sociedades modernas, al haber demostrado sobradamente su capacidad para generalizar la asunción de puntos de vista y de actitudes (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXV, núm. 103, enero - abril, 2002, págs. 64-65

¹² También conocido como *populismo punitivo*, en término acuñado por BOTTOMS, “The politics of sentencing reform”, en *The philosophy and politics of punishment and sentencing* (Ed. CLARKSON, R), Oxford University Press, Oxford, 1995.

¹³ BRICOLA F., Prólogo a PERIS RIERA J.M., *El proceso despenalizador*, Valencia, Universidad de Valencia, 1983, pág. VIII.





Hoy, por el contrario, asistimos a la consolidación de una imparable tendencia criminalizadora (tras un proceso frenético iniciado con la primera gran reforma del Código en 2010, seguida de otra mayor en 2015, y de una imparable sucesión de reformas posteriores).

El primer gran ataque a las ideas y principios expuestos se produce con lo que ha venido en llamarse la función simbólica (y su valor promocional) del Derecho penal¹⁴.

Para entender a qué me estoy refiriendo, resulta perfecta la declaración de hace tan sólo dos semanas de LUIS PLANAS, Ministro de agricultura, pesca y alimentación que, al hablar del Proyecto de Ley que trata de contener el desperdicio de alimentos y que prevé sanciones de hasta 500.000 euros, afirmó que se trataba “sobre todo de una ley pedagógica¹⁵” que trata de educar al ciudadano. Se trata, eso sí, de una previsión administrativa, no penal.

Resulta sorprendente la frivolidad con la que se alude a la educación de la sociedad a través del castigo. Algo que, se decía, era propio de la domesticación de animales. Es paradójico que se defienda este procedimiento para educar personas, por quienes han prohibido el mecanismo de la zanahoria y el palo para educar animales. No criticando lo segundo, no vemos defensa posible de lo primero. Sería bueno que algunos volvieran a leer, o leyeran por primera vez a KANT. Al que tantas veces se cita para hacerle decir lo que nunca dijo, pero claro, él no puede defenderse.

Esto es mucho más criticable en la esfera penal. La pretensión del legislador penal de “educar” al ciudadano con el mecanismo de la pena, fue algo que comenzó tímidamente: quienes de entre ustedes tienen cierta edad, recordarán lo que supuso en su día en los medios de comunicación el enjuiciamiento de Lola Flores por delito fiscal.

Una causa que se inició recién estrenado un nuevo y poderoso modelo tributario, y que sectores doctrinales ya criticaron por entender que se trataba de un burdo intento de “educar” a la sociedad en la denominada “conciencia tributaria” (“hacienda somos todos”). El espectáculo llegó a ser bochornoso, siendo lo más recordado aquello de “si una peseta diera cada español...”. Recientemente nos ha resultado gratificante a algunos críticos del momento ver cómo hace tan sólo un año, el fiscal de aquel juicio reconoció no tener dudas de que a Lola Flores se la eligió como “ejemplo” (pese a haber motivos para la denuncia). A tal punto fue fructífera la estrategia, que al año siguiente

¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS J.L., “El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena”, SALINAS DE FRÍAS A. (Coord.), *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga, Universidad de Málaga, 2001, págs. 185 ss.

¹⁵ <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2024/090124-rp-cministros.aspx>

se elevó la tributación fiscal de los ciudadanos. Se había comprendido con Lola Flores la fuerza del derecho penal y que hacienda, efectivamente, éramos todos.

Esa timidez inicial se perdió muy pronto y, de forma progresivamente imparable, se ha convertido casi en una constante de nuestros días: una continua tendencia del legislador moderno a “promocionar” determinados bienes¹⁶. BRICOLA ya alertaba sobre lo inadecuado de utilizar el instrumento penal para asegurar una evolución de la sociedad, entendiendo que este instrumento se presta mejor para garantizar y proteger metas ya obtenidas¹⁷.

Es una tendencia que al poder siempre le ha gustado, lo ocupe quien lo ocupe. Han ido surgiendo así una ética-fiscal, una ética-ecológica, una ética-feminista, una ética-animista... todo ello con el peligroso objetivo global de una ética de lo políticamente correcto.

Entiéndasenos bien, no ponemos objeciones a la persecución de ninguno de esos objetivos. Lo que nos parece inadecuado, e inaceptable como penalistas, es que para lograrlos se utilice indiscriminadamente, y sin una meditada y seria política criminal, el gravoso instrumento de la pena.

Ante estas iniciativas es posible **concluir que hoy** se espera del Derecho penal algo más que una “programación del futuro”, a que aludía MANTOVANI, como contraposición a la tradicional tarea de “racionalización del presente”¹⁸. Ciertamente parece esperarse mucho más. Se desea que esta rama del Ordenamiento cumpla, frente a nuevos valores, un papel promocional que no le corresponde. Y, lo que es peor, que no puede atender sin abandonar su modesta función de *extrema ratio*.

Tal pretensión no sólo supone olvidar que “no se trata de un instrumento apto para introducir en la sociedad cambios de valores” (palabras usadas en el Informe y votos agregados del Consejo General del Poder judicial al Anteproyecto de Código penal de 1992¹⁹), entraña también ignorar, como afirmó SILVA SÁNCHEZ que el Estado carece de legitimidad para promover (cualquier cosa) a través del derecho penal, reforzando

¹⁶ BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2018, págs. 93 ss.; DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica*, Módena, Mucchi, 2014, págs. 49 ss.; BRUNELLI D., “Il disastro populistico”, *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014, págs. 254 ss.

¹⁷ BRICOLA F., “Teoria generale del reato”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Torino, Utet, 1973, pág. 87.

¹⁸ MANTOVANI F., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padua, Cedam, 2008, págs. 1033 ss.

¹⁹ *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal 1992*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1992, pág. 166.





procesos educativos ya existentes²⁰, o, lo que es más común últimamente, dándoles comienzo el mismo.

Hoy lo único que interesa es que la ampliación del Derecho penal sirva, en el debate político sobre temas de riesgo de auténtica coartada (ocurrió con el medio ambiente y con el fraude fiscal, está ocurriendo con la violencia de género y con la protección animal), y así, en palabras de HERZOG, “de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos”, demostrar al ciudadano que como político “se es consciente de un determinado problema”²¹.

Ante tal panorama, si se me permite la vulgaridad del ejemplo, debemos recordar qué pensamos cada vez que viajando por carretera encontramos una señal que advierte de que entramos en una zona de concentración de accidentes. Todos pensamos lo mismo: que barata resulta la señal frente a cualquier otro intento de solucionar la causa de los accidentes.

El legislador seguirá haciendo lo que quiera, todavía queda margen para que empeore, pero tendremos que preguntarnos si deseamos un Derecho penal que, movido por impulsos ajenos a su esencia, dé como resultado leyes represoras de agresiones sexuales que acaban rebajando las penas, leyes de protección animal que llegan a castigar más gravemente conductas infractoras sobre animales que sobre personas... Y así hasta el infinito.

III.- DEL DERECHO PENAL SIMBOLICO AL POPULISMO PENAL: UN PASO MÁS EN LA PELIGROSA EXPANSIÓN DE ESTA RAMA DEL DERECHO.

En general no toda la ciudadanía es consciente de que en Derecho penal, precisamente por la naturaleza técnica de las leyes que lo dotan de contenido, y por su afeción a derechos fundamentales de la persona (la denominada reserva de ley orgánica), no cabe la iniciativa popular en la elaboración de las leyes (sin duda, porque el constituyente tuvo en cuenta que el linchamiento es un término que proviene de la Ley de Lynch, que permitía que una muchedumbre ejecutase a un delincuente con la pretensión de hacer justicia).

²⁰ SILVA SÁNCHEZ J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pág. 303.

²¹ HERZOG F., “Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1/1993, pág. 326.

Sin embargo, en los últimos años estamos asistiendo de forma indirecta a un creciente peso de la opinión pública en las corrientes punitivistas. PAREDES CASTAÑÓN, en su trabajo sobre lo que calificó de democracias de masas²², resaltaba el hecho de que, en los sistemas políticos democráticos más recientes, de un marcado carácter pluralista, los agentes políticos (múltiples) compiten por el apoyo y atención de la opinión pública, que al fin y a la postre acabará siendo su electorado.

Los estudios sociológicos (múltiples al respecto) discuten todavía hoy si el fenómeno populista es una ideología, una estrategia o únicamente un discurso político. De modo que no es nada inusual reconocer que el problema tiene incluso connotaciones problemáticas a partir del propio entendimiento del término populismo.

La idea de seguridad, vista como consecuencia de comportamientos de desviación social, centra los objetivos del populismo punitivo. En última instancia, y sin entrar en debates técnicos que no pueden ser objeto de esta lección, se trata de afirmar que la respuesta político-criminalmente adecuada al problema de la inseguridad y sus efectos pasa por la opinión pública, ese “escuchar al pueblo” que se invoca con tanta facilidad.

Como explica muy bien FERRANTE, la atención del legislador respecto de las exigencias del electorado debe encuadrarse en la “fisiología” de la vida democrática, en el preciso instante en que la clase política trata de obtener consensos electorales respecto de las necesidades, generalmente centradas en la seguridad, de la opinión pública²³.

Al entrar directamente la argumentación política en el ámbito de la justicia penal, con sus reglas propias (muchas veces carentes de cualquier evidencia demostrable), se refuerza el presupuesto de la imagen simbólica del Derecho penal, llegando al pleno convencimiento de que el Estado puede controlar totalmente la criminalidad. Eso sí, para lograrlo, se entiende que la intervención de los operadores jurídicos habituales (e inoperantes), debe ser sustituida por expertos (que incluso no tienen por qué serlo) “afines a la sensibilidad populista”.

A partir de ahí, toda la argumentación jurídica y político-criminal cambia. Son las reglas de la política las que marcan el curso de las reformas o iniciativas punitivas. Ya no cuenta la corrección político-criminal, lo que vale es la legitimidad política. Por eso poco importa la opinión de los auténticos expertos, que son sustituidos por otros cuyo único mérito será, en palabras de PAREDES CASTAÑÓN, el de “complacer la sensibilidad populista que se pretende promover y plasmar”.

²² PAREDES CASTAÑÓN J.M., “La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 24/2018, págs. 92 ss.

²³ FERRANTE M.L., “Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme”, *Diritti fondamentali*, 1/2017, pág. 3.





De hecho, esta es una característica esencialmente diferenciadora entre las denominadas genéricamente corrientes punitivistas y el populismo punitivo. Las primeras utilizan argumentos político-criminales racionales, se esté de acuerdo o no con los mismos, las segundas, amparándose solo en la legitimidad política, utilizan argumentaciones autopoiéticas y falaces. Por eso no importa la dimensión técnica de los informes de los “expertos” convenientemente seleccionados. Incluso la constante referencia a lo que el pueblo quiere, a su voz, es mendaz: se llama pueblo solamente al conjunto de ciudadanos que opinan del mismo modo.

Lo más grave es que, en este nuevo escenario, lo que menos importa son los reales efectos que puedan producirse con esta peculiar visión de la política criminal²⁴. En una perspectiva inicialmente semejante a la del Derecho penal simbólico, importa sólo su efecto en cuanto a la imagen. Pero aquí se va aún más lejos. Lo que importa es sólo su efecto político, la consecuencia que pueda tener, no sobre el problema criminológico real (ni sobre las víctimas, ni sobre los autores, ni sobre cualquier otro operador jurídico tradicional), sino sobre “la actitud de los ciudadanos hacia el régimen político y su legitimidad”. De hecho, los resultados obtenidos, a corto o medio plazo, no tienen relevancia efectiva ni parangón posible con el ímpetu, vehemencia e incluso agresividad, con la que fueron decididas las medidas.

Y a partir de ahí, es indiferente todo lo demás. Incluso si llegan a apreciarse efectos cuasi-opuestos a la razón de la iniciativa político-criminal. Se mantendrán los argumentos puramente políticos por encima de cualquier otra consideración. Llegado el caso, y si fuera necesario, se desviarán las responsabilidades de la inoperancia funcional (aún con la plena consciencia de que no lo son) a los operadores “tradicionales” del sistema penal. Sean estos jueces, fiscales, cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Cualquiera de estos estamentos, o todos a un tiempo, serán criticados por inoperantes.

Con tales premisas no debe extrañar que la tendencia expansiva de este modelo de punitivismo populista, no solo resulte inadecuada y peligrosa político-criminalmente por sus efectos, sino que, además, al apoyarse exclusivamente en argumentos políticos, más que objetar, abomina de los tradicionales límites reconocidos al Derecho penal procedentes de planteamientos político criminalmente racionales: y el principio de intervención mínima, de fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal, es uno de los más damnificados.

²⁴ HASSEMER W., “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Pena y Estado*, 1/1991, págs. 23 ss.

No olvidemos que, en esa búsqueda continua de satisfacción al electorado que tiene que votarte, lo que importa es la gestualidad política. De tal modo que los medios de comunicación, que también buscan su público fiel, se convierten en nueva razón político-criminal. Acaba sucediendo, en gráficas palabras de FERRANTE, que las reformas penales, con inusitada frecuencia, vienen impulsadas y condicionadas por la “*onda emotiva*” generada a partir de situaciones machaconamente resaltadas por los *mass media*²⁵. Y por supuesto muy lejos de la meditada ponderación y análisis que exige una materia tan delicada como la penal.

Existe un sinfín de modificaciones del articulado del Código (las oportunidades no han faltado con sus 40 reformas), que responden exclusivamente a criterios populistas. Más aún, muchas de las concretas modificaciones tienen nombre y apellidos directamente vinculadas con casos concretos. Hasta el punto de que es posible relacionar cambios de la legislación penal y titulares de periódico. Supongo que no resulta necesario que insista ni me detenga en el proceso periodístico/legislativo que generó la denominada “sentencia de la Manada” y todas sus secuelas.

No hace falta que nos preguntemos porqué ha desaparecido la llamada prensa amarilla (supongo saben que la denominación proviene del color de las hojas que tenían en Inglaterra las noticias de sucesos). Es que en realidad no ha desaparecido, sino que se ha pasado de la crónica de sucesos al Derecho penal de titular, ha sido literalmente absorbida por los medios generales de comunicación. Nace así la política criminal del titular de prensa: una relación directa entre la sobreexposición de noticias y las reformas penales.

IV.- ¿CONCLUSIONES PESIMISTAS?: ¿NO SIEMPRE GANAN LOS QUE RESISTEN?

Llegados a este punto parecería que la única respuesta posible a la cuestión de qué se espera hoy del Derecho penal, tiene que ser forzosamente pesimista para quienes seguimos manteniendo unos posicionamientos tradicionales y de arraigado perfil garantista. En contra de lo que pudiera parecer en una valoración apresurada, hemos de puntualizar que lo conservador de nuestro posicionamiento no proviene de la edad. De hecho, si se analiza el contenido de nuestros primeros trabajos científicos, podrá comprobarse que también en nuestra etapa de bisoñez ya apuntábamos maneras.

²⁵ FERRANTE M.L., *op. loc. ult. cit.*





Es lo cierto que mis maestros, españoles e italianos, estarían de acuerdo a nivel coloquial con la vulgar expresión que afirma la conveniencia de que “los experimentos se hagan con gaseosa”. O, aplicado a nuestra materia, que con el Derecho penal no debe frivolizarse.

Con todo he dejado atrás el período en que estaba en permanente estado de alarma. He aprendido a contemporizar. Modas las ha habido siempre, y en nuestra disciplina también. Y, por eso, cuando uno mira desde la distancia esas modas que causaron furor, y que ya no son casi nada, puede desdramatizar un poco y concluir, con menor pesimismo, que no hay mucho de nuevo bajo el Sol²⁶.

Seamos positivos: qué queda hoy del Derecho penal de la Defensa Social, de las teorías del delincuente nato, del Derecho penal de la peligrosidad que suprimía la idea de culpabilidad, del Derecho penal fascista o del nazi (que no necesitó suprimir el principio de legalidad, sino tan sólo pervertirlo mediante la referencia al “*sano sentimiento del pueblo alemán*”)... todos modelos con el denominador común de perseguir como meta, a cualquier precio, una total seguridad y paz social. Y todos, en cierta medida, planteamientos populistas con las connotaciones propias de cada contexto sociológico. Ciertos aspectos, muy pocos, fueron positivos, incluso entre todo lo malo, y sobrevivieron al ser absorbidos y redimensionados por otras corrientes del pensamiento y de la política.

Más aún, si confiamos en las investigaciones de Mary Beard, la gran clasicista y Premio Princesa de Asturias, César fue un populista contumaz que se dedicó a controlar a la prensa, puesto que las noticias las daba él; sesgadas, por supuesto: batallas que no existieron, algunos enemigos tampoco (sus crónicas de la Guerra de las Galias son más un panfleto a su mayor gloria que una narración histórica), incluso la lograda y resultona exaltación de un río tan nimio, el Rubicón, que hoy no logra encontrar nadie con certeza, por lo que simplemente cruzarlo, no debió ser nada especial.

De modo que sí, ciertamente, *nihil novum sub sole*, esa expresión tan común en la lengua española, aunque se ignore en general que procede de la traducción latina oficial de la Biblia, la Vulgata, pero que forma ya parte de nuestra sabiduría colectiva.

Por eso no hay que ser pesimista, cabe tener esperanza en la racionalidad del Derecho y la solidez del Derecho penal. El gran RADBRUCH ya nos decía en 1929: *es deseable encontrar no un Derecho penal mejor, sino algo mejor que el Derecho penal*²⁷.

²⁶ MASSARO A., “Legalità penale e diritto europeo: c’è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d’antico”, *Sistema penale*, 12/2022, págs. 83 ss.

²⁷ RADBRUCH G., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, Quelle & Meyer, 1929, pág. 11.

A eso, a su enseñanza, y a su aplicación, he dedicado más de cuarenta años. En una reciente publicación de un conocido gurú del progresismo oficial, se afirmaba que la aspiración a que los trabajadores sean felices en su trabajo es una nueva forma de esclavitud. Si eso fuera cierto me vería obligado a despedirme de ustedes gritando “bendita esclavitud”. Pero como no creo en ello, me despido agradeciendo a la Universidad de Murcia, a la de Valencia y a la de Vigo, la gratificante vida profesional que me han permitido tener. Hoy trabajar en la Universidad sigue siendo un privilegio del que algunos hemos podido gozar.

**EXCELENTÍSIMO SEÑOR RECTOR, HE DICHO
MUCHAS GRACIAS**

