

## EL POPULISMO PUNITIVO

(Jornadas Juzgados de Pueblo, organizadas por Jueces para la Democracia,  
Pontevedra, 24 noviembre 2006)

### *La política criminal populista*

En los últimos tiempos estamos asistiendo a una utilización populista del Derecho Penal por parte de todos los partidos políticos, con independencia de cual sea su ideología. Este fenómeno conocido como *populismo punitivo* se caracteriza por una inmediata y permanente llamada al Derecho Penal para hacer frente a determinadas problemáticas sociales caracterizadas por su repercusión mediática. El Derecho Penal es utilizado como reacción inmediata para abordar el tratamiento de determinados problemas sociales. La difusión a través de los medios de comunicación social de algunas noticias, muchas veces rodeadas de escándalo (por poner solo unos ejemplos recientes, el *doping* entre los deportistas de élite o las peleas de animales), genera inmediatamente como reacción en la clase política la invocación con tintes *mesiánicos* del Derecho Penal como remedio a tales males, atribuyéndole unas propiedades mágicas o curativas de las que carece. Vivimos, como evidencia CANCIO MELIÁ, en un auténtico *clima punitivista* caracterizado por un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal.

Este fenómeno no es exclusivo del panorama político de nuestro Estado, sino que presenta una extensión generalizada, especialmente en los denominados países del primer mundo. Aunque también encontramos manifestaciones cada vez más frecuentes de su utilización por parte de las clases políticas dominantes en los denominados países en vías de desarrollo. Un ejemplo reciente lo encontramos en Perú donde el recién elegido presidente de la República Alan García, líder del partido socialdemócrata Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA), defendió públicamente, en el mes de agosto del presente año, la reinstauración de la pena de muerte para los violadores y asesinos de niños. El tenor literal de sus declaraciones fue el siguiente: “Yo creo que la sociedad necesita más rigor, más orden y que los delincuentes necesitan sanciones mucho más severas, y ante el crimen atroz que es la violación seguida de asesinato de niños menores, creo que esa gente no tiene derecho a vivir”. Algunos no han dudado en hablar de verdadera época de populismo punitivo (BOTTOMS). El magistrado francés DENIS SALAS califica al populismo penal como una verdadera patología de la democracia.

La actual redacción y aprobación de las leyes penales no obedece a una reflexión serena, racional y consensuada del legislador, sino que se realiza al compás que marca la coyuntura política de un país. En otras palabras, en el ámbito penal se viene legislando últimamente a golpe de *caso mediático*. Estamos asistiendo así a una verdadera instrumentalización del Derecho Penal por parte de los medios de comunicación social. Como denuncia ALBRECHT se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. El Derecho Penal se convierte así en un *arma política* que genera, a corto y medio plazo, fructíferos réditos políticos y electorales a los partidos políticos en el poder y, también, en la oposición. La inseguridad se ha convertido en un lema de campaña electoral (SÁEZ VALCÁRCEL). SIMON denomina a esta forma de proceder “gobernar a través del delito” (*governing through crime*). El

diseño de este tipo de estrategias no es exclusiva de las políticas neoliberales, sino que también es utilizada desde los sectores de la izquierda que tratan de obtener, también, parte de las ganancias electorales que ofrecen este tipo de estrategias. Como apunta CANCIO MELIÁ “la derecha política –en particular, me refiero a la situación en España- ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos “progresistas”. Igual que la izquierda política ha aprendido lo rentable que puede resultar el discurso de *law and order*, antes monopolizado por la derecha política, ésta se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer en principio, perteneciente a la izquierda, una situación que genera una escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario y en la que la demanda indiscriminada de mayores y “más efectivas” penas ya no es un tabú político para nadie”. En este ámbito se estima que la defensa de posiciones benevolentes acabará pasando factura a los partidos políticos. En definitiva se pretende utilizar impropiaamente el Derecho Penal para hacer política social (PETER-ALEXIS ALBRECHT), a lo que añadiría, también, para hacer política electoralista.

Muchas veces está invocación al Derecho Penal corre paralela a una orquestación mediática encaminada a la criminalización de determinados segmentos o grupos sociales (inmigrantes ilegales, miembros de bandas juveniles, jóvenes pertenecientes a movimientos ocupas o antisistema, *homeless*...), con una alta carga estigmatizante, que pretenden crear en la sociedad una falsa apariencia de inseguridad ciudadana, que a su vez es esgrimida como coartada política para la utilización del Derecho Penal con efectos pretendidamente balsámicos, esto es, con un carácter puramente simbólico. Desde los púlpitos políticos se señala a estos colectivos como los verdaderos responsables de la situación de inseguridad colectiva y a continuación se reclama una “política de tolerancia cero”, esto es, de “mano dura”, como panacea para erradicar de raíz el problema. La seguridad se convierte así en un concepto simbólico.

Es bastante cuestionable que en la mayoría de los casos, estos problemas sociales, generalmente de gran complejidad, puedan ser solucionados con la única arma del Derecho Penal. En la mayoría de los casos, no solo no se soluciona el problema, sino que se acaban generando consecuencias radicalmente distintas a las prometidas desde esos púlpitos políticos, agravándose la situación que se acaba *enquistando* socialmente.

Las políticas sociales públicas no se diseñan para incidir en las verdaderas causas que provocan algunas de las actuales manifestaciones delictivas, lo que hace que la respuesta *inocuizadora* fomentada desde las instancias políticas, que propugna el aislamiento social del delincuente y cuyos destinatarios son las personas que acceden al sistema de justicia penal, deje intactas las estructuras delictivas que se irán nutriendo de nuevos candidatos empujados por situaciones de marginalidad y exclusión social.

Por otro lado, estas estrategias políticas de corte populista son muchas veces contrarias al carácter fragmentario y de *ultima ratio* que caracteriza al Derecho Penal. Las demás instancias de control social se presentan como desprovistas de toda eficacia, focalizándose toda la atención en la ley penal que es publicitada como el instrumento más idóneo o mejor dicho, como el único instrumento idóneo.

Además este tipo de populismo punitivo no es inocuo políticamente hablando, pues actúa como un mecanismo de elusión de las propias responsabilidades políticas. La solución del problema se hace descansar exclusivamente en el sistema de justicia penal. Ello produce el *tensionamiento* del sistema que a la larga no podrá soportar la presión a la que se ve sometido. Así por ejemplo la Ley Orgánica 1/2004, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, afirma en su Exposición de Motivos que uno de los objetivos es erradicar este tipo de violencia. Objetivo que resulta inasumible desde la óptica del Derecho Penal.

Mediante esta forma de actuación los responsables políticos se construyen, además, una coartada ideal para no asumir sus responsabilidades frente a la sociedad y hacen descansar de esta forma en el poder judicial, esto es, en los jueces, toda la culpabilidad del fracaso del sistema, mediante la invocación de una aplicación inadecuada de la ley penal, no ajustada a las expectativas sociales creadas artificialmente desde las propias instancias políticas. Este populismo penal obedece, de hecho, a un oculto intento de traspaso de responsabilidades del poder político al poder judicial, quien asume en exclusividad la carga de solucionar el *problema*. La intervención político-estructural para afrontar las problemáticas sociales es sustituida por una intervención judicial-penal. Lo que ya no se dice a la ciudadanía es que los medios puestos al alcance del poder judicial no son por su propia naturaleza adecuados para el logro de los objetivos de una verdadera política social transformadora que garantice la igualdad de oportunidades. Los *criterios de selección* característicos de toda actuación policial y penal son inhábiles *per se* para generar cambios en las estructuras económicas y sociales. Todo ello produce, a la larga, el desprestigio del propio sistema de justicia penal y la falta de confianza en los ciudadanos. Efecto que no es valorado adecuadamente desde las instancias políticas, pues su efecto a largo plazo hace que no se le de valor electoral o político inmediato, lo que no es óbice para que acabe generando una profunda desconfianza de la ciudadanía frente a las propias instituciones democráticas. La utilización de estas políticas populistas actuará a la larga como una auténtica *bomba de relojería*, que puede acabar cuestionando los pilares sobre los que se asienta el Estado Social y Democrático de Derecho.

#### *Causas de la expansión del populismo punitivo*

Un examen riguroso y exhaustivo de las causas que avalan el éxito de estas políticas populistas excedería de los objetivos marcados en esta mesa redonda, pero siguiendo a la profesora LARRAURI quiero destacar dos factores que contribuyen de una forma decisiva a la generalización de dicho fenómeno: las políticas económicas de corte neoliberal y la extensión en nuestras sociedades del neoconservadurismo político, todo ello en un contexto caracterizado por la crisis del ideal resocializador.

Las *políticas económicas neoliberales* han producido un notable recorte en los niveles del Estado de Bienestar (*Welfare State*) y han provocado un aumento de las desigualdades sociales entre los Estados desarrollados y los Estados en vías de desarrollo, así como también dentro de los propios Estados. SÁEZ VALCÁRCEL denuncia que hemos pasado de un Estado Social a un Estado Penal. Como ejemplo, este tipo de políticas auspiciadas por los EEUU y algunos organismos internacionales (FMI, Banco Mundial), bajo el amparo del denominado Consenso de Washington, han provocado en los últimos años un aumento considerable de los niveles de pobreza en los países de América Latina. Aunque algunas de las cifras macroeconómicas que presentan

algunos de estos países parecen alcanzar las metas fijadas en el Consenso de Washington, lo cierto es que estos aparentes éxitos no se han traducido en una mejora de las condiciones de vida de los habitantes de la región ni en un descenso de los niveles de pobreza. Por el contrario, se ha generado una mayor concentración de riqueza en manos de unos pocos y un aumento del número de personas que no superan los umbrales de pobreza. Algunas cifras ilustrarán mejor lo anterior. De los 550 millones de latinoamericanos, 200 millones son pobres (RIBADENEIRA). RODRÍGUEZ-LARRETA cifra en un 40% la población Latinoamérica que vive en la pobreza. En los últimos 20 años los pobres han aumentado en un 3%. En países como Bolivia y Ecuador la población que vive por debajo del nivel de pobreza alcanza a más de un 60%. En otros, como Colombia o Perú el promedio llega al 50% (ROJAS ARAVENA). Esta región se caracteriza por un estancamiento en el proceso de superación de la pobreza. Un último dato, el 27% de la población total de la región vive con menos de 2 dólares diarios, y el 20'2% percibe menos de un dólar al día (DE LA TORRE MARTÍNEZ). Con este panorama no es de extrañar que según las últimas encuestas del Latinobarómetro un 54'7% de los latinoamericanos estarían dispuestos a sacrificar la democracia en aras del desarrollo económico, esto es, a reclamar mayores niveles de seguridad y a sacrificar espacios de libertad si eso genera una mejora de sus condiciones económicas.

El *neoconservadurismo político* constituye otro de los factores de esta generalización del populismo punitivo. Su ideología puede resumirse en los siguientes lemas: “duro con la delincuencia y duro con las causas de la delincuencia” (TONY BLAIR); “la permisividad y la atenuación de la responsabilidad personal conducen a la impunidad. El crimen sale muy barato en España y eso ha de acabar” o “vamos a barrer con la ley en la mano, a los pequeños delincuentes de las calles españolas” (AZNAR). La ley penal se acaba convirtiendo en una *ley escoba* (SÁEZ VALCARCEL). Desde estas posiciones se enfatiza la responsabilidad individual, esto es, que en realidad las causas de la delincuencia son individuales, dependen de uno mismo. Parece que se ha convertido en un lugar común, tanto para la derecha política como para determinados sectores de la izquierda, prescindir de las causas generadoras de la delincuencia y formular sus políticas criminales prestando atención exclusivamente a los síntomas. La propia terminología utilizada denota esta evolución en la política criminal. Como destaca SALAS el recurso permanente en el ámbito político e incluso en los textos oficiales del término “respuesta penal” tiene como base la idea de que celeridad de la justicia penal es la medida de la confianza de la opinión pública en la política y en su capacidad de garantizar la seguridad. El término “respuesta” ha acabado tomando el sitio del “tratamiento”. Mediante la propagación de este mensaje los propios responsables políticos eluden sus responsabilidades y la desplazan exclusivamente al delincuente. Estas posturas que se centran exclusivamente en la responsabilidad individual implican un enfoque distorsionado acerca de las verdaderas causas de la delincuencia, pues olvidan el papel que en su surgimiento tienen los factores sociales, económicos y estructurales. Por poner un ejemplo, y siguiendo en el contexto latinoamericano, el clima de violencia social que se vive en determinadas sociedades (especialmente en algunos países centroamericanos) es fruto de la enorme situación de desigualdad social que existe y en la falta de oportunidades de la mayoría de la población. El desencanto de los adolescentes y jóvenes ante esta situación que se presenta como irreversible hizo nacer las famosas *maras* o bandas juveniles. Para luchar contra este fenómeno se optó por la vía penal, promulgándose en varios países leyes *anti-mara* que agravaban la respuesta penal y estigmatizaban a sus integrantes. Esa

utilización del Derecho Penal para luchar contra este fenómeno no fue acompañada de la implementación de políticas sociales y programas de prevención que incidieran en las verdaderas causas de esta violencia social. El tiempo dio la razón a aquellos que desde un principio mantenían que la promulgación de tales leyes *anti-mara* no iba a acabar con la violencia ni con los niveles de criminalidad. ISABEL FERNÁNDEZ nos dice que las estrategias centradas en lo policial, que sólo actúan reprimiendo a individuos violentos sin impactar en el entorno familiar y social, es decir, que no asumen la violencia como una problemática social, no han logrado superar el problema. Dicha analista aboga por la implementación de estrategias integrales que involucren factores sociales y culturales, combinadas con medidas preventivas. Y concluye afirmando que hay que aplicar programas preventivos, con una educación orientada a la resolución pacífica de conflictos y a la generación de políticas de inclusión social que creen oportunidades educativas y laborales.

### *Manifestaciones de populismo punitivo*

#### 1ª. Expansión meramente simbólica del Derecho Penal en el ámbito socio-económico.

Desde una posición favorable al fenómeno de modernización del Derecho Penal, esto es, de ampliación de la intervención penal a ámbitos que tradicionalmente han permanecido ajenos a la política criminal y que son dominados por las clases poderosas, resultan censurables aquellas posiciones de resistencia a dicha expansión (muy crítico con el discurso de resistencia se muestra GRACIA MARTÍN). Al amparo de este fenómeno de expansión han surgido en los últimos años nuevas formas de criminalidad (medioambiental, urbanística, económica...). El reto al que nos enfrentamos, como apunta DIÉZ RIPOLLÉS, consiste en liberar al Derecho Penal del estigma de ser el derecho de los pobres. Como afirma SCHÜNEMANN la definición de criminalidad no ha sido neutral con respecto a las clases sociales, sino que ha encontrado su punto neurálgico en la conducta desviada de la clase social baja.

No obstante, este fenómeno de expansión del Derecho Penal presenta en muchas ocasiones un carácter meramente simbólico. Este carácter simbólico se constata por la previsión para estos nuevos tipos penales de una menor intensidad punitiva, mediante el recurso a las penas pecuniarias, penas privativas de derechos o penas cortas de prisión.

También porque el sistema penal y procesal penal continua estando diseñado en gran medida para la persecución de la denominada delincuencia clásica. Todo el *susistema* policial y procesal penal sigue diseñado, fundamentalmente, para perseguir e investigar delitos contra las personas y delitos patrimoniales (hurtos y robos).

Lo que se ha venido denominando Derecho Penal de dos o de tres velocidades (SILVA SÁNCHEZ), está generando un verdadero *Derecho Penal de clases sociales*. Los tipos penales clásicos suelen llevar aparejadas penas privativas de libertad, en algunos casos de una especial intensidad punitiva, así por ejemplo, los delitos contra el patrimonio (hurto, robo con fuerza, robo con intimidación...). Por el contrario, para estos nuevos tipos delictivos que protegen intereses de carácter difuso o colectivo (por ejemplo, delitos medioambientales, delitos contra el patrimonio histórico, delitos urbanísticos...), se propone una respuesta punitiva de menor intensidad que se traduce en la imposición de penas pecuniarias o penas privativas de derechos o, en su caso, de penas cortas privativas de libertad. El argumento utilizado para justificar esta

diferenciación de sanciones penales se basa en que este nuevo tipo de delincuencia está alejada del “núcleo duro de la criminalidad”, afirmación que resulta totalmente discutible por la potencialidad destructiva y desestabilizadora del sistema social que genera esta nueva delincuencia (LAURENZO COPELLO).

El análisis del perfil criminológico de los autores de estos últimos tipos delictivos permite constatar su ubicación en aquellas capas sociales caracterizadas por un alto nivel económico, mientras que las primeras manifestaciones delictivas van asociadas generalmente a situaciones de marginalidad o exclusión social. Como denuncia MARTÍN PALLÍN en los delitos relacionados con la especulación inmobiliaria “ante la gravísima lesión a los intereses colectivos y la propia supervivencia del medio ambiente, ha llegado el momento de utilizar el derecho penal, si bien de forma serena y proporcional. Serena porque no se pueden llevar todas las actuaciones al campo del derecho penal y proporcional porque las sanciones resultan ridículamente bajas ante la gravedad de estas conductas criminales”.

La conclusión parece obvia: el sistema penitenciario continuará alimentándose, fundamentalmente, de individuos procedentes de los sectores sociales más desfavorecidos, perpetuándose de esta forma las situaciones de desigualdad y exclusión social. Las cifras de población reclusa en España, que analizamos más adelante, avalan este diagnóstico, pues el 77% cumple condena por la comisión de delitos clásicos contra el patrimonio (hurtos y robos). A pesar de esa publicitada modernización del Derecho penal, la delincuencia clásica sigue ocupando un *rol* protagónico en las políticas criminales. La lesión a la propiedad privada continúa siendo el centro neurálgico del Derecho Penal. Como destaca SCHÜNEMANN frente al Derecho Penal tradicional un Derecho Penal moderno tiene que preocuparse por la utilización de la propiedad que produce daños sociales millonarios bajo determinadas circunstancias (por ejemplo, debe preocuparse más y de modo más intenso por la explotación de un petróleo que sólo satisface exigencias de seguridad obsoletas y que, por eso, hoy en día está cargado de enormes riesgos, que del hurto de una lata de aceite para motores).

Los últimos casos que han merecido la atención de los medios de comunicación social continúan teniendo un carácter excepcional. Con ello la actual expansión del Derecho Penal hacia ámbitos socio-económicos no ha logrado borrar este estigma del Derecho Penal como el derecho de los pobres y excluidos al que antes nos referíamos.

## 2ª. Ampliación desmesurada del concepto de delito hacia conductas más propias de otros ámbitos de control social.

En los últimos tiempos estamos asistiendo a varios fenómenos que encajarían en esta segunda manifestación de populismo punitivo:

A) Por un lado, asistimos a la ampliación del concepto de delito a determinadas conductas de carácter molesto o incívicas (las denominadas *quality of life offences*), como los limpiacristales, *homeless*, *graffitis*, venta ambulante...). Como denuncia la profesora LARRAURI estas actividades molestas pasan a ser consideradas delictivas o se invocan frecuentemente para justificar un pretendido aumento de los índices de criminalidad o de inseguridad ciudadana, incluyéndolas en los programas de *reducción del delito*. Desde posiciones populistas se argumenta que este tipo de conductas o incivildades son una verdadera invitación al crimen. Pero hay que ser conscientes que,

en realidad, este tipo de estrategias públicas no son más que un mecanismo de control de la marginación (SÁEZ VALCÁRCEL).

B) Es cierto que el Derecho Penal debe hacer un esfuerzo de ajuste a los retos que plantea la actual sociedad del riesgo. Surge así lo que algunos vienen denominando el *Derecho Penal postmoderno del riesgo* (PETER-ALEXIS ALBRECHT). Nuestras sociedades se caracterizan por una mayor demanda de seguridad por parte de los ciudadanos para conjurar o minimizar tales riesgos. El progreso económico y tecnológico genera importantes riesgos que en algunos casos amenazan las propias condiciones de vida de las personas. Es obvio que el Derecho Penal no puede permanecer ajeno a tales riesgos y debe dar adecuada protección a los bienes jurídicos amenazados con estas conductas.

Pero este proceso expansivo no puede hacerse a costa de desnaturalizar por completo su carácter fragmentario y de *ultima ratio*.

Es cierto que en algunos casos las instancias de control social han demostrado palmariamente su inhabilidad para atajar determinados comportamientos ilícitos, pero este no es un argumento suficiente para trasvasar la responsabilidad de la exclusiva persecución de tales conductas al ámbito penal. Se impone con carácter previo una regeneración democrática de dichas instancias que les permita cumplir la función originaria para la cual fueron creadas y que permita mantener la coherencia en el sistema. En algunos ámbitos de la actividad pública la deliberada confusión entre responsabilidades políticas y penales contribuye al fomento de estas políticas populistas de carácter simbólico.

Solo cuando constatemus la falta de eficacia de estas instancias de control social en la lucha contra determinadas conductas que afectan a los intereses generales y son profundamente perturbadoras estará justificada la llamada al Derecho Penal.

Muchas de las actuales propuestas de criminalización no se ajustan a un paradigma de racionalidad ni de efectividad. Además estas constantes propuestas de criminalización ya no provienen únicamente de los poderes públicos o de los grupos de presión próximos a ellos, sino que florecen también en movimientos políticos o sociales alternativos. Cualquier sector social, grupo de ciudadanos o minorías que se ve atacado en sus legítimos intereses lleva a cabo una llamada inmediata e irreflexiva al Derecho Penal como instrumento para la solución de los conflictos. Algunas de estas propuestas generan verdadera perplejidad, pero no pueden tomarse a la ligera pues acaban recogiendo en los programas electorales de los partidos políticos y de este forma se introducen en el debate mediático (por poner un ejemplo, en el programa electoral del Partido Antitaurino se propone la creación de Juzgados especiales para conocer de los casos de maltrato de animales). Para describir este fenómeno se alude a la *fascinación* de determinadas organizaciones sociales por el Derecho Penal como instrumento idóneo para la protección de sus intereses (SILVA SÁNCHEZ).

Además este fenómeno expansivo se caracteriza, muchas veces, por un adelantamiento intolerable de las barreras de protección penal mediante un incremento abusivo en la tipificación de estas conductas de los *delitos de peligro abstracto*, lo que demuestra esa falta de reflexión a la que antes nos referíamos. Un ejemplo de anticipación, a mi juicio, intolerable del Derecho Penal nos lo ofrece la anunciada

reforma de la regulación en el Código Penal de los delitos contra la seguridad del tráfico (*seguridad vial*, en la nueva terminología). El art. 379.1 CP sanciona al que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en 50 kilómetros por hora en vía urbana o en 70 kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente. Se trata de un delito de peligro abstracto pues no se requiere que se ponga en concreto peligro la vida o la integridad de las personas. En realidad no es más que una modalidad de conducción temeraria, como lo acredita la reforma del art. 380.2 CP pero sin la existencia de una concreta situación de peligro. Además se prevé una pena de prisión de 3 a 6 meses o multa y trabajos en beneficio de la comunidad, y en todo caso la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por un periodo de 1 a 4 años. El art. 379.2 CP sigue sancionando la conducción bajo la influencia de drogas o bebidas alcohólicas, pero se añade lo siguiente: “en todo caso, será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en sangre superior a 1’2 gramos por litro” (la redacción no tiene desperdicio).

Esta proyectada reforma se complementa con la conversión de toda muerte culposa y lesiones culposas en delito, llevando aparejadas penas de prisión. Así se suprimen los tres primeros apartados del art. 621 CP, y se da nueva redacción a los arts. 142 y 152 CP. La imprudencia grave en estos casos se convierte en un subtipo agravado.

Para erradicar esta utilización populista toda propuesta de nueva criminalización debería someterse a un *test* de efectividad, esto es, debería acreditarse, como criterio decisonal, el plus de utilidad que en cada caso reportará esta llamada al Derecho Penal frente a otro tipo de intervenciones (DÍEZ RIPOLLÉS).

C) La última de esta manifestación de populismo punitivo consiste en la elevación a la categoría de delito de determinadas conductas que antes se consideraban infracciones leves o faltas.

El ejemplo más palmario en nuestra legislación penal lo encontramos en la transformación en delito de determinadas conductas relacionadas con la violencia de género y doméstica que antes eran constitutivas de faltas (art. 153 CP). Operación que algunos han calificado de *travestismo* jurídico.

La anunciada reforma penal en materia de seguridad vial se mueve en esta misma dirección vaciándose de contenido el Libro III del CP dedicado a las faltas en materia de circulación de vehículos de motor.

### 3ª. Exasperación punitiva de determinados tipos penales mediante el abuso de la pena de prisión.

Quizás la manifestación más evidente de populismo punitivo sea el aumento considerable de las penas para determinadas conductas delictivas. Se parte como premisa justificadora, que estimo errónea, que la imposición de mayores penas acabará, como efecto necesario, reduciendo el delito. El punitivismo se caracteriza por la utilización del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad (CANCIO MELIÁ). El modelo de seguridad ciudadana, bajo la coartada del aumento considerable de las tasas de criminalidad, auspicia este tipo de respuesta frente a determinados ámbitos de criminalidad, la mayoría de ellas asociadas a



situaciones de marginalidad o exclusión social. Las investigaciones criminológicas han demostrado que el endurecimiento de las penas no reduce las tasas de criminalidad ni, por tanto, garantiza mejor la seguridad de las personas (MAQUEDA ABREU).

El recurso a la prisión, tanto en su modalidad de pena como de medida cautelar (en este último caso mediante su utilización como medida de seguridad de control social inmediato, a través de la ampliación de los supuestos legales en que se posibilita su adopción: vid. LO 13/2003), se convierte en una de las marcas características de este tipo de políticas. La reaparición en nuestro Código Penal, con la LO 15/2003, de las penas cortas de prisión de 3 meses y la supresión del arresto de fin de semana se enmarcarían en esta tendencia. El fenómeno de creciente *prisionización* es una de las consecuencias de la implementación de este populismo punitivo. Como denuncia HERNÁN HORMAZÁBAL la constante demanda social de cárcel ante cualquier conflicto es rápida e inflexivamente atendida por los poderes públicos con una clara intencionalidad electoralista. El índice de personas encarceladas se convierte así en un factor relevante para identificar a estas políticas populistas. Como dice LARRAURI la principal herramienta del populismo penal es el encarcelamiento. En España estamos asistiendo en los últimos años a un crecimiento espectacular de la población carcelaria. En la década de los 80 la *ratio* de población reclusa era de 60x1000.000 habitantes. En el año 2003 esta *ratio* aumentó hasta 129x100.000 habitantes. Esta tendencia contradice las afirmaciones de los responsables políticos cuando proclaman que España se ha colocado a la vanguardia europea en la introducción y fomento de las penas alternativas a la prisión. A estas mismas conclusiones llega el profesor DÍEZ RIPOLLÉS tras analizar las cifras de población reclusa en España. La tasa comparada nos coloca por encima de la media europea, lo que no guarda correspondencia con las tasas de evolución de la criminalidad, como después veremos. Si comparamos las tasas españolas con las de los grandes países de la UE, sólo Inglaterra/Gales y Polonia las superan. La tasa de población penitenciaria en España ha experimentado un incremento incesante desde el año 1996, y se ha acelerado notablemente a partir de 2001. Si acudimos a las cifras publicadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en el año 1990 el total de población reclusa era de 33.035. En la actualidad (datos de 27 de octubre de 2006) se ha duplicado a 64.215, de los que 15.572 son presos preventivos (24'25%) y 48.643 son penados (75'75%). Además, en 2004 más del 77% de los penados que se encontraban en prisión lo estaban por la comisión de delitos patrimoniales (predominantemente hurtos y robos), seguidos de los delitos de tráfico de drogas. Según datos de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (agosto de 2006), de los 46.091 reclusos penados con el CP de 1995 21.269 cumplen condena por delitos contra el patrimonio y 12.874 por tráfico de drogas. Como concluye DÍEZ RIPOLLÉS el sistema de penas español sigue descansando de una manera exagerada en el empleo de la prisión. La política criminal española en este punto resulta obsoleta y no se ha esforzado en diversificar el sistema de sanciones penales. En definitiva, en nuestro país se abusa de la pena de prisión.

Como hemos dicho este aumento considerable de la población reclusa no se corresponde con las cifras de criminalidad existentes en nuestro país. Lejos de ser cierta la afirmación de que estamos inmersos en un proceso de crecimiento del número de delitos, lo cierto es que los últimos estudios acreditan que ese crecimiento no existe o que no es tan espectacular como se nos pretende hacer creer. La invocación recurrente al aumento de los índices de delincuencia se convierte, así, en una poderosa arma en manos de los poderes públicos para dotar de apariencia de legitimidad a sus políticas de

“mano dura” o “tolerancia cero”, creando artificialmente en la ciudadanía una sensación de inseguridad ciudadana que no se corresponde con la realidad. Es suficiente con esa *sensación subjetiva*, que no real situación de inseguridad, para justificar, en muchos casos, la llamada al Derecho Penal.

Las tasas de criminalidad comparada en Europa acreditan que España posee una tasa de criminalidad por cada 100.000 habitantes claramente por debajo de la media europea (fuente *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, año 2003). Concretamente es el último de los grandes países de la UE (por delante están, por este orden, Inglaterra y Gales, Países Bajos, Alemania, Francia, Italia y Polonia). Sólo las cifras de delitos de robo con violencia nos sitúan a la cabeza de los grandes países de Europa Occidental, muy por encima de la media europea. A la luz de tales cifras, no podemos afirmar, como concluye el profesor DÍEZ RIPOLLÉS, que vivamos en un país con una delincuencia elevada, más bien lo contrario, estamos ante uno de los países europeos con menores tasas de criminalidad en general. Si analizamos ahora la evolución de la tasa de criminalidad española también hay que descartar que en los últimos años se haya producido un crecimiento espectacular. En la década de los 80 existió un fuerte incremento de dicha tasa, que se mantuvo estable durante la década de los 90 con ciertas oscilaciones, con un moderado incremento a partir del año 2001 pero con altibajos. Donde se ha producido el incremento más notable ha sido en las faltas, cuyo número desde el año 2002 ha superado al de delitos. La mayoría de las infracciones conocidas, en torno a un 70%, son hurtos y robos.

Estas cifras contrastan con el espectacular incremento que ha sufrido la atención mediática que se presta a la criminalidad a través de los medios de comunicación social, y con el incremento de la preocupación y miedo por el delito manifestado por la ciudadanía en las encuestas. Como apunta DÍEZ RIPOLLÉS existe una falta absoluta de correspondencia entre el incremento de dicha atención y preocupación con la evolución de las tasas de criminalidad en España. Añadiría que ese incremento de la preocupación es fruto no del aumento de la delincuencia, sino del incremento de la atención que la delincuencia recibe en los medios de comunicación social. Estos ofrecen una representación sesgada de la realidad mediante la permanente dramatización de la amenaza que es atribuida a la delincuencia pero que tiene verdaderos efectos reales (MAQUEDA ABREU). Según los barómetros de opinión del CIS la inseguridad ciudadana se ha convertido en los últimos años en el tercer problema sentido por los españoles, cuando en el año 2000 ocupaba el décimo lugar. Y ese incremento de la preocupación ciudadana es la coartada utilizada por las políticas populistas para justificar su estrategia de “mano dura” o “tolerancia cero”. Como destaca SÁEZ VALCÁRCEL las campañas de ley y orden son utilizadas para definir las políticas públicas. Se opera, pues, sobre un dato que no guarda correspondencia con la evolución de las tasas de criminalidad y que, por tanto, tiene un carácter artificial pues depende de la mayor o menor atención mediática que se dedique a la delincuencia. De esta forma se dota al Derecho Penal de un marcado carácter simbólico, utilizándolo para mitigar los niveles de ansiedad social frente al delito, esto es, con la finalidad de crear un efecto meramente tranquilizador en la ciudadanía.

Como conclusión, y siguiendo al profesor DÍEZ RIPOLLÉS, podemos afirmar que el conjunto de datos expuestos sobre la realidad delincencial española no justifica el protagonismo adquirido por la inseguridad ciudadana en la agenda política y en la opinión pública en los últimos años. El principal problema es el anticuado sistema de

reacción penal que se emplea y que ha dado lugar a unas tasas de encarcelamiento insostenibles.

En nuestro Código penal encontramos varios ejemplos caracterizados por su rigor punitivo:

a) Quizás el caso más paradigmático sea la venta de una simple dosis de cocaína sancionada en el art. 368 CP con una pena de 3 a 9 años de prisión.

b) En sede de delitos contra la propiedad intelectual, tras la última reforma del año 2003 (LO 15/2003), la conducta realizada por los *top-manta* incardinable en el art. 270.1 CP, pasa a castigarse con una pena de *prisión de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 24 meses*, frente a la regulación anterior donde la pena era de *prisión de 6 meses a 2 años o de multa de 6 a 24 meses*. Ello ha dado lugar a absoluciones por estimar desproporcionada la gravedad de la sanción, pero que aparecen basadas en parámetros erróneos, como la invocación del principio de intervención mínima, fruto del *efecto huida* que está generando este tipo de exasperaciones punitivas.

c) El nuevo delito de *cuatrerismo* (PUENTE SEGURA) tipificado en nuestro Código Penal. Así constituye delito la comisión de cuatro acciones constitutivas de falta (de lesiones, hurto o hurto de uso) en el plazo de un año.

Parece haberse inspirado en la doctrina norteamericana de los *Three Strikes (and you're out)*. La ley penal actúa, como antes hemos denunciado, como una *ley escoba*.

d) El ejemplo más claro de exasperación punitiva lo representa el nuevo régimen de cumplimiento de las penas de prisión introducido en los arts. 76 y 78 CP mediante la Ley Orgánica 7/2003, que como denunció un sector de la doctrina para el caso de delitos de terrorismo y de criminalidad organizada encubre una situación de reclusión perpetua. Como denuncia GARCÍA ALBERO mediante esta reforma nuestro país se coloca en la vanguardia de los sistemas represivos más duros del continente europeo, incluso por delante de aquellos países que, pese a contemplar formalmente la cadena perpetua, establecen la posibilidad de excarcelación –libertad condicional–, sin sujetarla a plazos tan amplios.

Esta exasperación punitiva no solo plantea déficits constitucionales desde la óptica de la proporcionalidad, sino que se complementa con una reducción drástica del arbitrio judicial en materia de aplicación del tercer grado mediante la introducción del período de seguridad en caso de penas de prisión superiores a 5 años que deviene obligatorio en los delitos de terrorismo y criminalidad organizada (art. 36.2 CP), libertad condicional o concesión de beneficios penitenciarios, como una muestra de desconfianza hacia los jueces (MAQUEDA ABREU).

*Disminución del estándar de garantías procesales penales.*

Frecuentemente estas políticas populistas van acompañadas de una rebaja del nivel de garantías constitucionales y procesales. Éstas son señaladas desde sectores políticos como las verdaderas responsables de la falta de eficacia del sistema de justicia penal, esto es, como un obstáculo para el logro de los objetivos políticos previamente fijados. El discurso de que los niveles de seguridad ciudadana y de bienestar colectivo

reclaman una disminución de las garantías procesales va calando en la sociedad, que se muestra dispuesta a asumir el sacrificio de dichas garantías bajo la falsa promesa de alcanzar unas cotas de seguridad más elevadas. Discurso absolutamente falaz, propio de sistemas autoritarios.

Desde posiciones alineadas con el denominado *Derecho Penal del enemigo* (JAKOBS) se propone un *Derecho Procesal Penal del enemigo*, que pasa por una rebaja considerable del estándar de garantías, a modo de una legislación procesal de emergencia, de lucha o de combate, cuestionando incluso la presunción de inocencia, que es calificada como obstáculo para el logro de la eficiencia del sistema de justicia penal. STUCKENBERG la define como un procedimiento opuesto a la exigencia de veracidad en el procedimiento. Como denuncia GUILLERMO PORTILLA desde estas posiciones se prima una visión *funcionalista* del proceso penal encaminado al descubrimiento de la verdad que no considera esencial el respeto de las garantías.

Se ha impuesto, también, una visión meramente *economicista* del proceso, que propugna la máxima eficiencia del sistema de persecución penal con el menor coste posible, al margen de toda consideración garantista. En el fondo de dicho planteamiento subyace el ideal del orden y seguridad como valores predominantes a los de libertad y dignidad. El cuestionamiento de la propia doctrina de la prueba ilícita y su eficacia refleja, la justificación de la tortura, defendida por determinados sectores, para obtener información que permita evitar la comisión de delitos graves (como manifestación evidente de la influencia del 11/S. SALAS menciona el caso israelí donde las autoridades –no así la Corte Suprema- admiten la validez de la información obtenida mediante una “presión física moderada”), el incremento de los supuestos de *plea bargain* sin un adecuado control jurisdiccional material, las limitaciones al derecho de defensa, la *policialización* de la investigación penal sin un efectivo control jurisdiccional, la generalización del engaño como medio legítimo de investigación penal, son algunas manifestaciones concretas de este fenómeno caracterizado por una rebaja del estándar de garantías. Como apunta ALBRECHT un pensamiento centrado exclusivamente en la eficacia de la persecución penal quiebra cualquier barrera constitucional frente a la intervención estatal en la esfera de libertad del ciudadano.

Otro ejemplo de populismo punitivo lo encontramos en el impulso por parte de determinados sectores políticos de leyes que establecen la obligatoria personación como acusación popular de las Administraciones Públicas, a través de sus servicios jurídicos, para asegurar la efectiva persecución de determinado tipo de delincuentes, pues esta intervención se traduce siempre en una petición de una mayor condena. Este tipo de posiciones denota una desconfianza absoluta en la actuación de la Fiscalía a quien se le encomienda constitucionalmente la promoción del interés general, y es contraria a la doctrina constitucional sobre el ejercicio de la acción popular, que se reconoce exclusivamente a los ciudadanos, pero no a las Administraciones Públicas, extremo este que se silencia totalmente y que en muchos casos pasa absolutamente desapercibido por los propios jueces.

### *El compromiso de la judicatura*

Una judicatura comprometida con los valores constitucionales de libertad y dignidad de la persona humana debe adoptar una permanente actitud de denuncia de dichas políticas populistas, con una clara vocación de pedagogía social que saque a la

luz pública las trampas de dichas estrategias y quiebre el fenómeno de expansión del modelo de seguridad ciudadana. Se impone una denuncia permanente de este tipo de políticas criminales que presentan unos claros perfiles totalitarios. Como advierte HERNÁN HORMAZÁBAL la función del jurista y de las organizaciones democráticas es criticar estos excesos y señalar los límites a los mismos y no crear ideologías con pretensiones científicas para legitimarlos. Desde el asociacionismo judicial y particularmente desde JpD, debe desenmascarse el uso electoralista de determinados *casos penales* así como el actual fenómeno de generalización de una legislación penal y procesal penal de emergencia. Hay que rebelarse contra el papel que las políticas populistas asignan a los jueces consistente en castigar y barrer (SÁEZ VALCÁRCEL).

Solo desde esta posición beligerante se podrá conseguir un verdadero cambio de determinados comportamientos políticos y sociales. Una actitud de pasividad e incluso en algunos casos de verdadera complacencia lo único que generará será la pérdida de prestigio de la judicatura, sacrificado a los ídolos de los intereses personales y de las ambiciones políticas de algunos pocos deslumbrados por las moquetas y los oropeles que rodean el ejercicio del poder.

No quiero concluir sin señalar que también los jueces y fiscales tenemos nuestra cuota de responsabilidad en la expansión de estas políticas populistas. No hay que caer en el argumento fácil de que la responsabilidad es exclusivamente de los políticos y de los medios de comunicación social. Determinadas actuaciones judiciales contribuyen al éxito de dichas políticas. El incremento de la proporción de presos provisionales en nuestro país es responsabilidad en gran medida de decisiones judiciales. Es cierto que el legislador ha aumentado los supuestos legales en que es posible la adopción de dicha medida cautelar, en algunos casos convirtiéndola en una verdadera medida de seguridad predelictual, pero no hay que olvidar que la decisión última corresponde a los jueces previa petición de los fiscales. La excepcionalidad de dicha medida proclamada en los textos internacionales de derechos humanos es un mandato dirigido no solo al legislador, sino también a los fiscales y a los jueces.

#### **Bibliografía consultada:**

ALBRECHT, P. A., “El Derecho Penal en la intervención de la política populista”, en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 2000.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.- “El nuevo modelo de seguridad ciudadana”, *Revista Jueces para la democracia*, Información y debate, núm. 49, marzo 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 4 (2006) <http://www.criminología.net>.

FERNÁNDEZ VALENCIA, I., “Violencia social en América Latina”, en *Revista Papeles*, nº 94, 2006.

GARCÍA ALBERO, R., y TAMARIT SUMALLA, J. M<sup>a</sup>, *La reforma de la ejecución penal*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

HELD, D., “Viejo Consenso de Washington y nueva Doctrina de Seguridad de EEUU: perspectivas futuras”, *Papeles de Cuestiones Internacionales*, nº 87, otoño 2004.

HORMAZÁBAL, H., *Control social y Derecho Penal*, manuscrito facilitado por el autor.

JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

LARRAURI, E., “Populismo punitivo”, *Revista Jueces para la democracia*, Información y debate, núm. 55, marzo 2006.

LAURENZO COPELLO, P., “Recensión”, en SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición.

MAQUEDA ABREU, M. L., “Crítica a la reforma penal”, *Revista Jueces para la democracia*, Información y debate, nº 47, julio 2003.

MARTÍN PALLÍN, J. A., “La tentación vive al lado”, *El País*, domingo 5 de noviembre de 2006.

PORTILLA CONTRERAS, G., “Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo”, *Revista Jueces para la democracia*, Información y debate, núm. 49, marzo 2004.

PUENTE SEGURA, L., “El “cuatrerismo” y la reforma del Código Penal”, *Revista Jueces para la democracia*, Información y debate, núm. 49, marzo 2004.

SÁEZ VALCÁRCEL, R., “La inseguridad, lema de campaña electoral”, *Revista Jueces para la democracia*, Información y debate, núm. 45, noviembre 2002.

SÁEZ VALCÁRCEL, R., “Deterioro del proceso penal”, *Revista Jueces para la democracia*, Información y debate, núm. 49, marzo 2004.

SALAS, D., “Il populismo penale”, *Questione Giustizia*, 2/2006.

SCHÜNEMANN, B., “Presentación”, en GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial B de f, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

Barcelona, noviembre 2006.