

LAS LEYES PENALES, LA IRRACIONALIDAD Y EL CONSENSO
CRIMINAL LAW, IRRATIONALITY AND CONSENSUS

Gonzalo Quintero Olivares
Catedrático de Derecho Penal y Abogado

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.076>

LAS LEYES PENALES, LA IRRACIONALIDAD Y EL CONSENSO

Gonzalo Quintero Olivares,
Catedrático de Derecho Penal y Abogado

Sumario: 1. La supuesta racionalidad del derecho penal. 2. La legislatura que terminó. 3. La racionalidad de las leyes penales. 4. La desoladora situación resultante. 5. La pena “razonable” no existe. 6. La irracionalidad inevitable de las decisiones criminalizadoras. 7. La aceptada irracionalidad de leyes que se aplican y las funciones ajenas al derecho penal. 8. Conclusión: las difíciles soluciones.

1. LA SUPUESTA RACIONALIDAD DEL DERECHO PENAL

Al derecho penal se le considera expresión de una necesidad natural de las sociedades, derivación de la genérica regla “*ubi societas ibi ius*”, concretada en la inevitable realidad de que existen conductas lesivas de los derechos de otras personas o del grupo, que han de ser reprimidas para poder preservar la convivencia. Frente a esa explicación natural y cultural se alzan otras que la aceptan solo en relación con un limitado grupo de delitos, que están en la mente de todos, mientras que la gran mayoría de infracciones penales obedecen a intereses de muy diferente clase y, por lo mismo, su existencia no es fruto de una necesidad racional, sino de una opción de quienes detentan el poder de legislar, que precisa de una explicación adicional que haga comprensible su presencia y que se haya elegido la vía punitiva y no otra.

Todo ello lleva a la conclusión de que el derecho penal, en lo que se refiere a la selección de conductas tipificadas, opera con una alta dosis de irracionalidad, por más que se invoque la tradición o la conveniencia política de crear o mantener un delito. Ahora bien, la irracionalidad queda oculta por la apariencia de “racionalidad” que tiene el sistema jurídico formal, a lo que ha contribuido poderosamente la dogmática, pero eso no ha de tomarse como demostración de una racionalidad profunda. En lo que atañe al modo de tipificar o de regular la aplicación de la ley penal la irracionalidad surge por doquier, por más que las diferentes reglas o criterios se presenten como expresiones de técnica jurídica, cuando pueden ser sustituidas por otras dependiendo de la libre voluntad del legislador.

Así las cosas, y aceptado que no se puede prescindir del derecho penal, lo que se le debe exigir no es tanto que sea racional, sino que sea comprensible por los ciudadanos, que goce de un mínimo consenso que lo respalde, consenso que, claro está, ha de alcanzar al derecho penal en sus diferentes manifestaciones: creación de normas, aplicación jurisdiccional y ejecución.

Claro está que el consenso depende de factores muy diferentes, que comienzan por la percepción de utilidad del sistema, de que no es invasivo, ni aleatorio, ni desigual, ni tampoco un campo de pruebas para que cada partido pueda ir colocando lo que le parezca adecuado. La experiencia de las reformas legales frecuentes y sectarias, como las que se ven en España, y no solo en la última legislatura no contribuye a fomentar esas positivas consecuencias, y es entonces cuando más desnuda queda la irracionalidad.

Como he dicho antes, no se puede prescindir del derecho penal, y tampoco hay que escandalizarse por la acusación de falta de racionalidad, pues el de la racionalidad es un problema permanente en la filosofía del derecho y no voy a entrar en ese ámbito, sin perjuicio de traer a colación muestras patentes de irracionalidad de las leyes penales.

2. LA LEGISLATURA QUE TERMINÓ

Hemos llegado al fin de una legislatura que ha sido pródiga en incursiones en el derecho y en el derecho penal, y que las más de las veces han merecido críticas casi unánimes de los expertos. Advierto que no es nada anormal que una legislatura haya modificado el CP, pues si no fuera así no se podría entender que el Código haya sido reformado 49 veces en 26 años, lo que arroja un dato que, cuando menos, obliga a reflexionar.

No voy a repasar el listado de las reformas aprobadas o intentadas durante esta legislatura, porque lo que percibo como más preocupante es que, en los últimos tiempos es perceptible la pérdida del respeto al derecho penal y ha triunfado la irracionalidad, teniendo por tal las modificaciones que no son “razonables”, sino de inspiración partidistas, sectarias, ideológicas o populistas. Es cierto que el problema no se ha limitado al derecho penal, pues conviene recordar otras normas no penales exponentes del mismo “estilo” legislativo, como puede ser la desafortunada reforma de la capacidad operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio o la increíble Ley Trans de 28 de febrero de 2023, que al parecer está llamada a la derogación.

Es visible que importantes leyes que se han aprobado, se han ido tramitando con una especial urgencia y avidez por cambiar el sistema jurídico, y, luego, acercada debidamente la lupa, se ve claramente que las reformas, especialmente en algunas materias penales y civiles, no ha sido otra cosa que llevar al derecho positivo lo que se incluía en los slogans de lucha o en programas políticos dirigidos a un público muy concreto y limitado. Lo cierto es que esas reformas han pasado de las pancartas al BOE, y por lo común, no ha habido un debate serio sobre su conveniencia y su bondad. Pero eso, a la postre, en la clase política no le interesa a nadie.

Afirmar que ha triunfado la irracionalidad legislativa puede dar lugar a diferentes interpretaciones, pero quiero advertir que no uso esa calificación para decir que se han aprobado leyes defectuosas, penales y no penales, sino algo más: una suerte de ruptura de las reglas que en teoría deben presidir la actividad legislativa, que se ha transformado en una censurable tarea *legiferante*¹. Y eso obliga a una serie de reflexiones acerca del modo en que se construye el derecho, especialmente, el derecho penal, en nuestro tiempo, y no ya solo, que también es importante, las leyes concretas producidas en los últimos años del gobierno PSOE/UP.

Por supuesto que habrá que valorar la promesa del PP, desde la oposición, de que derogará todo lo que han aprobado PSOE-UP, anuncio cuya llevada a la práctica encierra más dificultades que echar mano de la goma de borrar. Llega la hora de los programas electorales y ahí se anuncia la idea, pero solo después, en caso de victoria, veremos cómo se concreta la idea. Ahora bien, tanto el modo y los motivos de engendrar leyes por los que hasta ahora han gobernado como el anuncio de su completa derogación adolecen del mismo pecado de ligereza e instrumentalización del *ius puniendi*

El problema, como he dicho antes, no está circunscrito al derecho penal, pero, por razones comprensibles, me limitaré a esa parte del sistema, cuya respetabilidad está seriamente afectada, sin perjuicio del temor o la preocupación que puedan generar las amenazas y los procesos penales. Desde hace ya muchos años estamos acostumbrados a que los gobernantes recurran al derecho penal cuando lo estiman oportuno de acuerdo con sus intereses y compromisos políticos o sus particulares ideas. Por eso es absurdo decir que las reformas penales guiadas por los acuerdos con Partidos secesionistas o por el deseo de contentar a un colectivo determinado, como pueda ser el LGTBI, pueden corresponder a una “política criminal”² que guía un uso racional del derecho penal.

Reflexión separada merecen otros fenómenos presentes en nuestro tiempo, con el populismo punitivo en cabeza³ o las leyes penales *pro caso* o *pro persona*.

No dudo de que lo que digo puede merecer una pronta crítica, tan sencilla como equivocada, acusándome de dar por supuesto que lo erróneo, en todo caso, es lo que hace un Gobierno de una determinada orientación política, mientras que los discrepantes gozan de una especie de “presunción de racionalidad”, y, además, de ignorar lo que es la pluralidad ideológica. Pero no pretendo nada semejante, y sé que no existe una sola visión de lo justo y de lo conveniente, y que los únicos valores obligados son las garantías democráticas.

El pluralismo es lógico y bueno, pero por el bien de su salud exige la razonabilidad de lo que se legisla, aunque lo haga de acuerdo con sus propias ideas, que son las que sometió a la decisión de los electores y, por eso mismo, legislar conforme a ellas es en parte una obligación derivada del compromiso electoral. Pero eso no puede decirse cuando las leyes que se promueven derivan de otros factores que nada tienen que ver con eso, sino con intereses coyunturales que le llevan —y lo hemos comprobado en esta finiquita legislatura— a promover leyes que no pueden ser calificadas como “razonables”.

Claro está que esa afirmación obliga a preguntarse si alguna ley penal de nuestro tiempo es merecedora de la calificación de “razonable”, y la respuesta está lejos de ser sencilla.

3. LA RACIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES

No ignoro que los problemas de la racionalidad y la razonabilidad, concepto diferente⁴, comienzan cuando nos interrogamos acerca de la necesidad de que una determinada conducta sea declarada “intolerable” y necesariamente delictiva y se le anude la imposición de una pena privativa de libertad, restrictiva de derechos o económica. Todo viene ya trastocado originariamente, comenzando por la selección de lo criminalizable y continuando con la decisión sobre las magnitudes punitivas que elige en cada caso el legislador. Esas decisiones no obedecen, en muchas ocasiones, a criterios comprensibles de racionalidad, ya sea en lo que se refiere a la conducta tipificada, ya sea en el castigo que se le asigna.

Las últimas reformas introducidas o que se han querido introducir⁵ en el Código penal refuerzan la idea que muchos legisladores tienen del derecho penal: un buen campo de desarrollo de demagógicas y pretendidas respuestas de firmeza ante cualquier conflicto que en un momento determinado inquiete a la opinión pública, en donde lo importante no es la norma que se crea, sino la soflama que con ella se lanza. Suponer que lo que se decida en esas condiciones en relación tanto con la incriminación misma como sobre la clase y cantidad de pena es fruto de una valoración sobre la *necesidad y la proporcionalidad* es realmente ingenuo. Hablar entonces de “razonable proporcionalidad entre hecho y pena” es gratuito, y si, además, se añade que la proporcionalidad es el concepto que en teoría materializa la idea de que “la pena concreta traduce la medida de la culpabilidad”, la gratuidad es absoluta.

Seguramente la ciudadanía no se plantea esos problemas, salvo con ocasión de debates que trascienden lo jurídico y entran en lo político, como pueda ser, por ejemplo, el tema de las drogas y su legalización o el del aborto. Fuera de esos casos lo habitual es que todos (salvo los que están personalmente concernidos) coincidan, a grandes rasgos, en que tiene que haber leyes que definan delitos y que hay sujetos que cometen esos delitos que han de ser castigados. Que las leyes estén bien o mal, y que la respuesta sea adecuada o injusta, blanda o dura, y que sea un mal endémico o no, o que no respondan todos los que debieran, etc., son ya matices, por supuesto esenciales, pero que parten de un primer punto común: hay leyes penales y transgresores de esas leyes, y no hay más remedio que asumir a unas y a otras como algo necesario. Por desgracia, ni siquiera es perceptible una concordia en torno a la conveniencia de evitar en lo posible el derecho penal.

Los distintos penalistas profesionales estudian y critican las leyes vigentes, y cada una de las profesiones señala las virtudes y defectos que aprecia en ellas, y es obligado reconocer que las discrepancias son, a veces, abismales. La opinión del ciudadano no se conoce, y es sustituida por lo que por algo se viene en denominar “creadores de opinión”: los medios de información y sus diferentes vías para transmitir opiniones. A eso se ha de añadir la utilización política de problemas como, por ejemplo, la seguridad ciudadana o la inmigración.

No se debe tampoco desdeñar que cada sociedad es un producto de aluvión de sus tradiciones y de las influencias políticas y religiosas que ha vivido. No es difícil reconocer en España fuertes arraigos del autoritarismo y, aunque vaya menguando, de la influencia de la Iglesia. Problemas penales graves, como la dureza de las penas —siempre benignas para

muchos— o los límites del derecho público en materias de conciencia como puede ser la eutanasia (cuya revisión está siendo anunciada en estos días) están marcados por factores de esa índole.

Indudablemente es equivocado pretender escribir sobre el problema penal como si éste se viviera igual en España que en cualquier otro lugar del mundo. Lo único que se repite en todos los lugares del planeta es la presencia de crímenes y castigos, sin entrar en lo que en cada sociedad puede ser calificado como “crimen”, pero poco más. Como máximo podemos hablar, y aun con reservas, de similitudes en la visión del problema penal que tienen los países de Europa occidental, y, en relación con todos ellos es posible, a su vez, reconocer la *irracionalidad* como nota presente en sus leyes penales.

Al hablar de irracionalidad o racionalidad no se me oculta que, para muchos, todo lo que concierne al derecho penal está teñido de irracionalidad, desde la selección de lo que ha de ser delito, más allá de un grupo reducido de conductas, hasta la clase y cantidad de pena que se decide ha de tener. ¿Por qué esa conducta y no aquella?, ¿por qué dos años de prisión y no cuatro? ¿por qué prisión en lugar de otra clase de pena? Y podríamos continuar con preguntas de imposible respuesta racional. Pronto aparecerá la primera explicación, desdoblada en dos de una parte, la importancia “objetiva” del bien lesionado, que a la postre acaba siendo la importancia que tiene para el creador de la infracción penal, lo cual abre el paso a la importancia subjetiva o política que en realidad es la que la cuestión tiene para el que impulsa la ley, sin olvidar influencias religiosas o similares.

De otra parte, la interpretación de las necesidades de prevención general o especial, que lleva al legislador a imponer más o menos pena, son objeto de un debate carente de criterio sobre lo que es mucho o es poco castigo, pero eso tampoco ha de extrañar, pues es una constante en el debate sobre las leyes penales. Cuando desde la academia se recuerda a la clase política que nuestras leyes penales son las más duras de Europa en relación con los delitos dolosos que encabezan las estadísticas judiciales, los que escuchan, si eso sucede, hacen oídos de mercader, y, a lo sumo, piensan en los rendimientos electorales que una determinada reforma puede aportar. La particular manera en que se entiende y aplica la prevención general o la prevención especial.

Es fácil convenir que cuesta casar las ideas de subjetivismo y racionalidad, pero no acaba ahí la posible incompatibilidad o contradicción, pues los penalistas siguen analizando el producto legislativo con criterios técnicos y dogmáticos que, a su vez, parten de los llamados principios irrenunciables del derecho penal propio de un Estado de Derecho, como si el objeto de examen fuera razonable⁶ y, por otra parte, los que gobiernan y tienen el poder de promover leyes penales solo aspiran a obtener resultados que sean pronto valorados positivamente por parte de la ciudadanía (nadie pretende agradar a todos).

Detrás de eso se esconde, como es lógico, el interés político, que coloca en primer plano al futuro votante, no al aumento de la aceptabilidad del derecho penal, y ese constatado modo de actuar sigue alimentando el fuego de la irracionalidad. Claro está que puede suceder (en España sucede con frecuencia) que las decisiones de modificar las leyes penales, reduciéndolas o ampliándolas no susciten consenso, sino abierto rechazo, y que, paradójicamente, a las actitudes discrepantes se las liquide con la acusación de que no respetan la

expresión de la “soberanía popular”, cuando lo cierto es que el *ius puniendi* se ha puesto al servicio de un programa sectario aceptado por la necesidad de alcanzar una unidad de acción política.

4. LA DESOLADORA SITUACIÓN RESULTANTE

Así las cosas, las viejas ideas, de Grocio o Pufendorf sobre el Derecho como un orden de razón, o, mucho después, las sostenidas desde Carrara a Welzel, sobre la función del derecho penal como protector y garante de los valores básicos y necesarios, del mínimo ético imprescindible para la convivencia, se han ido transformando en nobles ideales incapaces de acoger en su seno a fenómenos como la incesante creación de nuevas infracciones o agravaciones de las existentes, que en algún caso pueden obedecer a un coyuntural exhibicionismo de musculatura penal, por lo general, demagógico e innecesario, pero en otros, y eso es mucho más grave, expresan la particular ideología de un grupo persuadido de la posesión de la verdad y de que ésta ha de ser impuesta, con o sin concordia.

Bajo esas condiciones, cuesta hablar de la existencia de un suelo básico de consenso social sobre el que se pueda levantar y sostenerse el *ius puniendi*, cuyo ejercicio ya no está guiado por la protección de bienes antiguos o nuevos, sino por lo que en cada momento parece conveniente y acorde con *sus intereses* al gobernante. El problema no sería tan grave si no se tuvieran en cuenta las consecuencias para la ciudadanía en forma de creación de nuevas fuentes de represión penal o, lo que es igualmente grave, de desprotección penal.

No tengo duda alguna de que las críticas a los hechos que observo en la manera de legislar, incriminando o despenalizando serán tildadas de propias y previsibles de penalista “ortodoxo”, renuente a las novedades, que claramente es capaz de ver la irracionalidad de las nuevas leyes a la vez que pretende que se acepte la razonabilidad de todo lo anterior. Mas aún: que cree firmemente en que la función del derecho penal es tutelar a la sociedad frente a los que intentan pisotear los bienes y valores que mayoritariamente son compartidos, y que, precisamente por ese motivo, se resiste a que tengan que entrar en la condición de “comúnmente aceptadas” ideas profesadas por una minoría que exige imponérselas a todos. En suma: que el derecho de penar del Estado se puede utilizar solamente bajo unas condiciones que lesionan los deseos de algunas minorías.

Mas *nada de esa crítica es aceptable*. Es verdad que el asalto al derecho penal aprovechando una coyuntura política no puede ser admitido, pero ningún penalista (y distinguir entre ortodoxos y heterodoxos no sirve para nada) puede aceptar que la capacidad de influir en las decisiones del Poder Ejecutivo sea, por sí sola, una fuente de legitimación para la selección de los objetivos que han de perseguir las leyes penales. Eso recuerda a las leyes *revolucionarias*⁷, que por definición son impuestas en nombre de un consenso que se da por supuesto o cuya realidad en todo caso no importa.

¿Pero se puede decir otra cosa de leyes penales aprobadas anteriormente, por otros Gobiernos o Parlamentos sin apenas consenso o atendiendo a supuestas demandas sociales cuando solo eran exigencias de sectores concretos? A buen seguro que no, pero tampoco es

fácil encontrar tantos ejemplos históricos de leyes “impuestas” argumentando que, aunque la ciudadanía no las entienda, son justas y necesarias (como, por ejemplo, la supresión de la incapacidad con todo lo que eso comporta o la eliminación de las diferencias derivadas de la violencia en las agresiones sexuales, que hubo que reformar apresuradamente).

5. LA PENA “RAZONABLE” NO EXISTE

Yendo a otros espacios del problema penal hay que detenerse en uno de los más recurrentes y “populares”, cuál es el de la clase y cantidad de pena y su fundamento. Ahí la irracionalidad aparece reiteradamente, pero cambiando en cada fase sin que se altere el punto de partida: la decisión sobre la clase y cantidad de castigo que merece una acción no obedece a ningún discurso racional *ni podría hacerlo*. Es una opción en la que intervienen factores de toda clase: ante todo, los comparativos, pero solo en una pequeña medida, que es la que aconseja castigar más severamente un atentado a la integridad física que un ataque al patrimonio, pero esa es solo una indicación inicial, porque, luego, el juego de las normas podrá llevar a que una infracción patrimonial comporte la misma pena que un intento de asesinato. En nuestro derecho los ejemplos podrían multiplicarse, y siempre llegaríamos a la misma conclusión: la clase y cantidad de pena no se explica más que como pura *decisión de legislador*, sin razonamiento alternativo que la haga comprensible.

Esa cruda conclusión goza en España de respaldo expreso por parte del TC, que en declaraciones genéricas ha aludido a la razonabilidad, como requisito que ha de ser examinado para comprobar la proporcionalidad, esto es, que la limitación de un derecho sea razonable, necesaria y que atienda a un objetivo admisible, pero no se ha contemplado la “razonabilidad de una pena”, sino la *motivación* de resoluciones judiciales y administrativas. Pero si se trata de la clase y cantidad de pena que decide “el legislador” (concepto oscuro que esconde la realidad de quién o quiénes hayan sido los decisores del contenido de una ley bajo la etiqueta de su procedencia parlamentaria) el criterio tradicional del TC ha sido claro y constante: quien detenta el poder de legislar *dicta lo que es razonable y proporcional* puesto que “*el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración*”.

Así pues, cuando en la doctrina penal se alude a la “proporcionalidad de la pena”, como si existiera un criterio para decidir o que es proporcional y lo que no lo es, o, lo que es lo mismo, para considerar que una *incriminación* es “razonable” y el *castigo* previsto para ella es, a su vez, proporcional, en realidad se hace una afirmación carente de base constitucional⁸, lo que de hecho equivale a decir que *el legislador puede hacer lo que le dé la gana*⁹.

¿Qué se puede esperar y exigir de una incriminación o de una pena? Esa cuestión central solo puede responder con una remisión a la esencia del parlamentarismo: que sea fruto del *debate profundo y del consenso*, solo eso le puede conferir la condición de norma “razonable”, pero para llegar a ese consenso tendrá que haber un variable grado de cesión o renuncia a los prejuicios retribucionistas, prevencionistas o, por supuesto, y muy especialmente, populistas.

Leyendo el Código penal, su relación de delitos y penas, nadie puede afirmar que las penas que se señalan a cada uno de ellos son expresión de la *retribución*, doctrina abandonada en lo esencial, aunque se conserven a veces algunos de sus efectos, pero que no ha podido oponerse a las doctrinas de la prevención general o especial, y ha sido así precisamente a causa de la *irracionalidad de su idea básica*, a saber: que la pena señalada es la que expresa la exacta medida del mal causado por el delito, y, además, no necesita de explicaciones adicionales porque la pena es un fin en sí misma. Considerar a la pena como algo que no tiene nada que ver con el futuro, ni tampoco como algo que ha de variar en función de las características del sujeto que la sufre es absurdo.

Podemos aceptar que en el siglo XXI no puede merecer la calificación de “respuesta racional” una pena que se explique como manifestación del *ius puniendi*, esto es, como pura expresión del derecho de castigar que no requiere ni explicaciones ni justificaciones. Eso explica que hayan ganado aceptación las doctrinas de la prevención, sea de la prevención frente a un individuo concreto o sea frente a todos, procurando la disuasión por medio de la amenaza. Estas ideas, particularmente la segunda, en tanto que coloca en lugar prioritario los intereses de la comunidad, y, por lo tanto, eso es lo que finalmente habrá de decidir un castigo que, en buena medida, no guarda relación ni con el hecho ni con su autor, lo cual nos devuelve al terreno de la irracionalidad, y hace comprensible la tradicional crítica anti-prevencionista y utilitarista de los retribucionistas, con Kant a la cabeza.

Además, la confianza en la bondad del prevencionismo da lugar a otra perversión: la constante petición de incremento de la dureza de las penas según sea el temor hacia una clase de delitos. Eso, que puede llevar a castigar con graves penas un pequeño hurto, por ejemplo, es un fenómeno habitual cuando menos en la realidad española, pero esa frecuencia no lo hace racional.

No merece mejor calificación la prevención especial en sus diversas versiones, porque, en todo caso, y, exceptuando lo que sería un inamisible sistema que no determinara la pena en modo, ni clase ni cantidad, lo cual sería considerado incompatible con el principio de legalidad, el pretendido ajuste de la respuesta punitiva a la completa personalidad del reo y a la totalidad de sus circunstancias, *nunca se producirá*, pues el delito tendrá necesariamente asociado un marco penal, fijado con abstracción de quien pueda ser el transgresor, y la valoración de esas circunstancias solo tendrá lugar en el estrecho margen que ese marco conceda a los Tribunales. Podremos decir, como lenguaje para iniciados, que la decisión última sobre la pena o medida a adoptar obedece a criterios de prevención especial, pero sabremos que eso es válido solo en una pequeña medida, insuficiente para calificar de racional el sistema en su conjunto.

6. LA IRRACIONALIDAD INEVITABLE DE LAS DECISIONES CRIMINALIZADORAS

La creación o el mantenimiento de una infracción penal es una decisión del Estado, o de quienes detentan el poder en el Estado es fruto de una decisión en cuya génesis inter-

vienen muchos factores. Para comprender el alcance de ese punto de partida podríamos acudir a las recientes experiencias españolas, y no pienso solo en la reforma de los delitos contra la libertad sexual. El espectáculo

ha sido un campo fértil para toda clase de polémicas que no ocultaban el fondo del problema: el enfrentamiento ideológico entre diferentes manera de entender el feminismo y la libertad individual, especialmente, de la manera en que el derecho penal tenía que acomodarse a esas diferentes visiones, y eso no solo afectaba a la configuración de las agresiones sexuales, sino también a problemas diferentes, como el aborto o la transexualidad.

El paso siguiente era el enfrentamiento entre Partidos, para acabar con un debate ideológico teñido de demagogias de signos opuestos, destacando, en todo caso, la inexistencia de auténtico debate parlamentario. Tras una génesis tan “atormentada” es impensable calificar de “racional” el producto normativo final, con independencia de que, en algún caso, su vigencia fue efímera pues al poco tiempo se decidió derogar la norma así gestada.

El problema mayor es que la irracionalidad no es una consecuencia casual, sino que es una *consecuencia necesaria* si se toma en la debida consideración *el modo de funcionar de las diferentes instituciones responsables del problema penal*, comenzando por la principal institución: el Poder Legislativo. Nuestro régimen electoral está dominado por el sistema de listas, lo que garantiza la concentración de poder en los aparatos de los Partidos, que son los que premian o castigan incluyendo o excluyendo a candidatos a diputado sin consideración alguna a su mérito y capacidad, lo cual a la postre no importa, porque, excluyendo a los principales portavoces, muchos de esos diputados no habrán de opinar prácticamente en nada.

Al hilo de esa realidad se abre otra: la tendencia a agrupar en una sola iniciativa legislativa leyes sobre materia diferentes, sin relación entre ellas, bajo la excusa de que así se “ahorra tiempo”, lo cual, además es, a veces, acompañado del recurso a la vía del Decreto-Ley, que anula de hecho cualquier espacio dedicado al debate sobre la norma que se propone. Esa vía está autorizada por el artículo 86 de la Constitución, aunque otros sistemas constitucionales no admiten esa figura, tan cara a nuestros Gobiernos de manera tal que la legislación excepcional ha acabado siendo superior a la legislación ordinaria.

Teóricamente el Congreso puede no limitarse a convalidarlos y optar por tramitarlos como Ley por el procedimiento de urgencia, pero lo habitual es que no lo haga, y el resultado final es que se legisla por Decreto, con algunas excepciones, por supuesto, en especial en materia de leyes penales, pero eso no cambia la realidad de la falta de una vida parlamentaria en España rica en intensidad y profundidad de debates. Muy al contrario, el parlamentario español medio parece adiestrado en el arte de aplaudir lo que su líder u otros pesos del Partido digan (sea lo que sea) desde la tribuna del Congreso y poco más, tribuna que muchos de esos diputados apenas pisarán en toda la legislatura.

Esa es posiblemente otra más de las consecuencias del sistema electoral de listas cerradas, que permite obtener el acta de diputado sin necesidad de demostrar cualidad personal alguna, así como llevar una vida de parlamentario cómoda y exenta de debates y explicaciones al electorado.

El “producto” de todo eso será una Ley, ideada en un camarín cerrado, elaborada por personas muchas veces desconocidas, que han vertido en el texto sus personales ideas sobre la cuestión de que se trate. Pretender que lo que después acabe siendo Ley merezca la calificación de “expresión de la voluntad mayoritaria de la ciudadanía representada en el Congreso de los Diputados es, simplemente, absurdo, y, en todo caso, no es el modo *racional* de legislar.

El problema se agrava porque, además, hay un hecho constatado: si cambia el Partido que gobierna *ha de cambiar el Código penal*, por poco que sea el tiempo transcurrido desde la última reforma, y esa regla no escrita la han seguido tanto el Partido Socialista como el Partido Popular, que por estas fechas ya está anunciando la amplia reforma del Código penal que ha de emprender en cuanto alcance el Poder.

7. LA ACEPTADA IRRACIONALIDAD DE LEYES QUE SE APLICAN Y LAS FUNCIONES AJENAS AL DERECHO PENAL

El hábito de aplicar reglas legales lleva a considerarlas normales y hasta razonables. Pero si se observan con detenimiento muestran sus componentes arbitrarios, a pesar de que el paso del tiempo lima esas características. Ejemplos abundan, así la disciplina del concurso de delitos, cuyas reglas se aceptan porque están promulgadas partiendo de una combinación de los sistemas de acumulación jurídica y acumulación aritmética de las penas, que pueden conducir tanto a penas excesivas como a la impunidad material de muchos delitos que escapan a los topes fijados. Pero si se sostiene que “no hay otra vía posible” hay que oponer que eso no es verdad, pues caben otros sistemas, como el de pena unificada.

Dentro de la misma temática de los concursos tenemos el de normas, que se quiere resolver con las reglas del art. 8 CP, pese a lo cual, en la práctica de los Tribunales, se ignora el principio de consunción y se multiplican las imputaciones de hechos que en el fondo son manifestaciones de una sola conducta antijurídica.

Si pasamos a otros temas de importancia como, por ejemplo, las circunstancias agravantes o atenuantes, veremos que se orilla la cuestión previa, a saber: por qué tiene que haber un catálogo de circunstancias prefigurado en la Ley en lugar de confiar a los Tribunales la determinación razonada de la pena, sin indicar circunstancias, muchas de las cuales carecen de sentido en relación con buena parte de las conductas típicas. La respuesta es conocida: se trata de una “tradicción” de los Códigos españoles.

El tradicionalismo es una explicación frecuente, que sirve para que perdure el régimen de las falsedades, por ejemplo, que en buena parte solo sirve para, vía concurso, agravar las penas sin que la conducta incremente de modo significativo su antijuricidad, pro siempre se elude el debate sobre la necesidad de castigar una falsedad instrumental cuando el delito principal tiene ya una consecuencia punitiva.

Tenemos grupos de delitos que son meramente simbólicos, pues apenas tienen efectividad práctica, como sucede con los delitos societarios, algunos de los cuales merecerían

solo repuestas propias del derecho mercantil, u otros, como los delitos tributarios —sin poner en duda la importancia de la lucha contra la evasión fiscal— que son instrumentos a disposición de la Administración tributaria para cuando ésta juzgue oportuno utilizarlos, por supuesto dentro de unos requisitos, especialmente cuantitativos, única diferencia perceptible con la infracción administrativa. Suponer que eso se corresponde con la naturaleza y función del derecho penal es gratuito.

Cambiando de tema, conviene detenerse en otra “irracionalidad” de nuestro tiempo: la pretensión de utilizar al derecho penal para imponer o difundir una ideología, lo cual se aprecia claramente, aunque no sea el único caso, con el movimiento, muy presente en los últimos años, que exige normas e interpretaciones de las leyes penales conforme a la *perspectiva de género*, que se presenta como el principal criterio para analizar y comprender la ley. El género es una posición social consecuencia de la distribución de papeles y funciones diferentes a hombres y mujeres, pero no puede transformarse en el criterio determinante para interpretar las leyes penales mediante una relectura sesgada de los hechos y su significación. Pero quienes defienden esa tesis (desde un sector del feminismo radical) sostienen que existe una “imperiosa necesidad” de que las leyes penales no se interpreten primariamente de acuerdo con el objeto de tutela, que es, como caso más significativo, la libertad sexual (de acuerdo con la llamada función metodológica del bien jurídico), sino según una “perspectiva de género”, lo cual, planteado de esa manera, equivale a defender que el objeto de tutela no es ya la libertad sexual, o no lo es principalmente, sino *otro interés diferente*, cual es la postración histórica de la mujer, al margen de lo que haya sucedido en el caso concreto enjuiciado.

Problemas como el de la pretensión de imponer la perspectiva de género ponen de manifiesto no solo un desprecio al orden de valores marcado por la Constitución, entre los que no se encuentra el género así entendido, aunque el Estado social obliga a los poderes públicos a tomar en consideración las circunstancias de cada persona, sino algo peor: la voluntad de *utilizar el derecho penal para implantar una ideología obligatoria*, como en su tiempo pudieron ser los delitos contra la religión.

Consideración separada merecen los sucesivos intentos de resolver a través del derecho penal problemas sociales poliédricos como es el de la prostitución, cuya abolición es anunciada por políticos de signos diferentes, que se parecen en el simplismo con el que abordan el tema y en la ingenuidad o frivolidad con que presentan las “soluciones penales”. Una constante, visible, es la falta de respeto a la actitud de consentimiento de la persona voluntariamente prostituida, y la banalización o negación de esa realidad (que no afecta a la existencia del grave problema de la explotación coactiva de la prostitución) conduce sin remedio a consecuencias injustas. Pero en tema de prostitución algunos y algunas entienden que el consentimiento es absolutamente irrelevante porque es “inimaginable” que una persona acceda a entregar su cuerpo, y quien lo acepta realizan un acto injusto que debiera ser castigado. La consecuencia es el abandono absoluto de las personas voluntariamente prostituidas.

8. CONCLUSIÓN: LAS DIFÍCILES SOLUCIONES

Todos esos ejemplos sobre reglas del derecho positivo y modos de utilizar el derecho penal son solo eso: muestras de una realidad en la que la irracionalidad circula libremente y con la tácita aceptación de todos. Parece que el derecho penal sea un juego al que se le han dado unas reglas de uso y aplicación. Esas reglas pueden tener un sentido comprensible, y en la medida que lo tengan perderán irracionalidad, pero para poder alcanzar una suficiente grado de consenso en torno al sistema penal se precisan alguna condiciones más.

Como es lógico, el ideal de contar con un derecho penal que no sea irracional, así como que esté lejos de las tentaciones de utilizarlo sectariamente para imponer ideas políticas o morales, tendría que ser un anhelo compartido. Pero posiblemente no es así porque los que trabajan con el derecho penal han asumido como normal lo que no lo es, llevados por una inercia que empuja a no entrar en complicadas disquisiciones que con alta probabilidad no conducen a ningún cambio significativo.

No hay, así las cosas, otros camino que el de la resignación asumiendo la *necesidad del derecho penal* a pesar de sus defectos. Pese a lo cual, en un Estado de Derecho que aspira a progresar es obligado reivindicar algunos cambios necesarios y tenerlos como condiciones imprescindibles para el avance y mejora de un derecho penal que realmente quiera acercarse al ideal del *derecho penal mínimo y garantista* (en el que pocos creen) partiendo, además, de la premisa de que no es posible expulsar completamente la irracionalidad, si por ello entendemos que solo es racional una regla cuando es necesaria y es la única posible. Eso no es obligado, pues basta con que las proposiciones y reglas jurídicas sean comprensibles y no conduzcan a resultados desproporcionados o contradictorios.

En todo caso hay que salir al paso del perceptible abuso del recurso al derecho penal, deseo que comparten los penalistas con la misma unanimidad con la que lo ignora o desprecia la clase política, lo mismo que desprecia al derecho científico, que no solo se considera capacitada para decidir lo que se ha de castigar sino también cómo hay que hacerlo, y en la memoria conservamos suficientes experiencias.

Pero todo proyecto de mejora de las leyes penales pasa por una condición, la más difícil de todas, y que atañe a la génesis y calidad de las leyes penales y que pasa, en primer lugar, por la preparación de proyectos o proposiciones de ley con rigor técnico-jurídico, y, en segundo lugar, por la profundización del debate parlamentario, para que sea riguroso y documentado, y eso, como ya he dicho antes, es vana esperanza mientras no cambie el sistema electoral por listas cerradas y sea reemplazado por otro en el que los legisladores se responsabilicen de su deber y hagan algo diferente de asentir a lo que marque el Partido como intervención necesaria.

No creo que lo veamos, pues ni nuestra clase política está por la labor ni hay Partido que quiera renunciar al sistema de lista cerrada, herramienta insustituible para lograr el pensamiento único.

NOTAS

1. Empleo el adjetivo en su significación específica, según el Diccionario de la RAE, que es la de dictar normas legales de forma precipitada y con poco fundamento. No ignoro que a veces se usa esa denominación para referirse en general a la actividad legislatora.
2. Soy consciente de que el concepto de Política criminal no es unívoco. Entiendo que es la parte de la política que se dedica al problema de la prevención y reacción contra el delito. Pero esa es una definición demasiado sintética. El derecho penal académico se dice que es la actuación del Estado y los poderes públicos por medio del derecho penal y otros instrumentos en pro de la consecución de una convivencia con los menores conflictos posibles, que genere eficaz protección de los bienes jurídicos más importantes, y que no suponga un uso excesivo o innecesario de la represión punitiva.
3. El populismo punitivo es lo contrario al recurso al derecho penal porque es necesario, y se justifica siempre en nombre de la obligación del gobernante de atender las demandas de la mayoría de la población que a su vez es presentada como la que sufre los abusos de los delincuentes, de ahí la repetida invocación de la importancia de priorizar la opinión de las víctimas. La presentación y difusión de escenas de crímenes mediáticos es el conducto por el que se promueven reformas penales “inaplazables”, cuando en realidad todo obedece a intereses electorales, objetivo que sirve siempre para preconizar, cuando algún suceso ocupa la actualidad informativa, la necesidad de aumentar las penas de éste o aquel delito o de crear un nuevo delito de un día para otro.
4. Por irracionalidad legislativa, entendiéndola la discordancia entre la ley y su propósito formal o aparente y lo que en realidad ha de provocar, como sucedió recientemente con la llamada Ley del “sí es sí”. Sobre ello, así como sobre las condiciones de la racionalidad legislativa me remito a quien más y mejor ha tratado el tema, que es Manuel Atienza, vid. “Contribución a una teoría de la legislación”, Madrid, Civitas, 1997, p.27 y ss.
5. Por ejemplo, el anuncio, por parte de una (indignada) ministra, preocupada por los derechos de los okupas, de una ley penal que castigara con cuatro años de prisión la creación o existencia de empresas dedicadas al desalojo de inmuebles ocupados.
6. No quiero confundir las ideas de racionalidad y razonabilidad, a las que ya antes he aludido, y me remito a la descripción y análisis de M. Atienza, “Para una razonable definición de lo razonable”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1987, p.189 y ss.
7. Así ha calificado expresamente el Sr. Sánchez a las leyes aprobadas durante la pasada legislatura a impulso de su Gobierno.
8. La STC 136/1999 fue la primera y única en declarar la inconstitucionalidad de una norma penal por imponer una pena desproporcionada (en concreto, por no permitir al juez imponer una pena inferior a la mínima fijada, que se consideró en las circunstancias del caso, excesiva).
9. Claro que una pena puede ser calificada como inhumana o degradante, lo que está prohibido por la Constitución (art.15), pero eso no dependerá de su duración sino de que su modo de ejecución y su contenido comporte sufrimientos de una especial intensidad o provoque una humillación o sensación de envilecimiento distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena.