

EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y LOS EFECTOS DE LA PENA

José Luis Díez Ripollés

Universidad de Málaga

Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo.
Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha (Estudios; 91),
Cuenca, 2003

<http://www.cienciaspenales.net>

EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y LOS EFECTOS DE LA PENA¹

José Luis Díez Ripollés
Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

El reproche de que el legislador se sirve ilegítimamente del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal. Su empleo sirve para descalificar tajantemente determinadas decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que no sólo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que no le son propios.

El fenómeno ha adquirido en los últimos tiempos ciertamente un alcance inquietante, fácilmente perceptible en las últimas reformas penales que están teniendo lugar en Europa, y ha encontrado una buena ocasión para su desarrollo en la profunda renovación de que han sido objeto diversos códigos penales europeos, entre ellos el español, sin que deba olvidarse el uso cada vez más recurrente del derecho penal por parte de los organismos internacionales y europeos a la hora de resolver conflictos. De ahí la necesidad de que surjan estudios detenidos que le presten la atención que merece. Éstos, sin embargo, deberían evitar análisis simplificados y maniqueos sobre el papel que los efectos denominados simbólicos desempeñan o han de desempeñar en el derecho en general, y en el derecho penal en particular.

En efecto, la potenciación del denostado derecho penal simbólico está en directa relación con ciertas transformaciones sociales recientes a las que no puede cerrar los ojos la política criminal.

Entre ellas cabe citar el creciente protagonismo de los medios de comunicación social en un doble sentido: en primer lugar, en cuanto foro en el que desde un principio se desenvuelve la discusión pública sobre los problemas sociales más relevantes, sin que tal discusión llegue mediada por un previo debate entre los especialistas, que por lo general se produce de modo simultáneo. En segundo lugar, por la progresiva conformación de los *medios* como uno de los más significativos agentes del control social en las sociedades mo-

¹ Este trabajo tiene su origen en la ponencia realizada para el Seminario «Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt», celebrado en Toledo los días 13 al 15 de Abril de 2000. Su contenido es sustancialmente idéntico a lo allí presentado, aunque se han añadido algunos pasajes, en parte derivados del debate que siguió a su exposición.

dernas, al haber demostrado sobradamente su capacidad para generalizar la asunción de puntos de vista y de actitudes.

Junto a lo anterior, interesa a nuestros efectos mencionar el acentuado desplazamiento del ámbito de resolución de los diversos dilemas valorativos sociales al plano jurídico, ámbito cuya legitimación para deslindar los intereses en cada conflicto implicados no ha dejado de crecer a medida que ha aumentado la autocomprensión de las actuales sociedades como sociedades pluralistas. A su vez, por algunos motivos, de los cuales hemos enumerado en otro lugar², son el orden jurídico penal y, en menor medida, la jurisprudencia constitucional, los sectores del derecho sobre los que se está haciendo descansar de forma destacada la resolución de los conflictos sociales más agudos en cada momento.

Sin duda, ambas circunstancias están originando ciertas evoluciones positivas en nuestras sociedades, que ahora no pueden ser objeto de nuestra atención: Sea suficiente con la mención a la consolidación de una sociedad cada vez más consciente de sus posibilidades comunicativas y discursivas; o al celo cada vez mayor puesto en el aseguramiento de ámbitos privados de comportamiento, heredero de un modo de razonar despojado de certezas y respetuoso con los intereses de cada uno. Y ello por más que esta visión optimista no pueda desembarazarse de ciertas preocupaciones fundadas en el proceso uniformizador de fondo al que, de modo cada vez más intenso, están sometidas las actuales sociedades industrializadas³.

Pero tales transformaciones sociales están produciendo asimismo otros efectos indeseables desde una perspectiva políticocriminal, a los que se les debe de prestar atención: entre ellos, se puede aludir al grave riesgo de que el protagonismo de los *medios* en la discusión de problemas relacionados con graves conflictos sociales o con la delincuencia dé lugar a un falseamiento, por intereses mercadotécnicos o de otra naturaleza, de los términos reales de la cuestión, con ocultamiento o desconsideración de datos relevantes. O el abandono de los esfuerzos para consolidar una moral civil, cuya función de difusión de pautas morales de comportamiento resulta imprescindible en una sociedad pluralista, y que, sin embargo, registra un alarmante proceso de empobrecimiento al identificarse sus contenidos con los del derecho, necesariamente mucho más limitados⁴.

Pero el proceso que ahora nos interesa destacar, derivado de la combinación de las dos circunstancias antes citadas, es aquel por el que la opinión

2 Véase sobre esto último las reflexiones que hice en «Exigencias sociales y política criminal». *Claves de razón práctica*. nº 85. 1998. págs. 48-49.

3 Véase una referencia a esto último en DÍEZ RIPOLLÉS. «El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista». *Jueces para la democracia*. nº 30. Noviembre 1997. pág. 10.

4 Véase al respecto lo que decía en «Exigencias sociales...». *op.cit* págs. 48-49. Comparte esa preocupación recientemente SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal*. Civitas. 1999. pág. 44.

pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al derecho, y al derecho penal en particular, reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en esos debates públicos sobre problemas sociales relevantes⁵. A su vez los poderes públicos, concededores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, sociopolíticos que la admisión de tales demandas conlleva, no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan.

Así entramos en el reino del proceder legislativo declarativo-formal, cuya pretensión fundamental es la de plasmar en la norma legal del modo más fiel y contundente posible el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva, y que está ayuno de cualquier consideración sobre la medida en que la norma en cuestión puede colaborar a la solución del problema.

Los medios para neutralizar esta preocupante evolución de la política legislativa penal deben transitar por diferentes vías. Una de ellas es, sin duda, el desplazamiento del énfasis de la reflexión jurídico-penal desde el campo de la aplicación del derecho al de su creación. Resulta urgente profundizar en la elaboración de una teoría y una técnica de la legislación penales que sienten con claridad los presupuestos materiales, y no sólo formales, de cualquier decisión legislativa penal; y que están lejos de satisfacerse con la identificación del bien jurídico a proteger en cada caso o con reflexiones ingenuas sobre el principio de intervención mínima vigente en derecho penal⁶. Y otro de los frentes ha de atender a una desprejuiciada delimitación de los contornos dentro de los cuales el derecho penal puede utilizar los denominados efectos simbólicos de la sanción, y aun de la norma, penales. Es de esto último de lo que nos vamos a ocupar en este trabajo.

Punto de partida ha de ser la doble constatación de que al derecho penal le es consustancial el uso de los denominados efectos simbólicos y que, en efecto, se ha servido siempre de ellos, por lo general con plena conciencia de su legitimidad, para la obtención de sus fines. De ahí que, como se verá, el objetivo de nuestra reflexión no ha de ser la búsqueda de mecanismos a través de los cuales se pueda proscribir del proceder penal el empleo de tales efectos, sino en profundizar inicialmente en su naturaleza y modo de operar para, a continuación, detenernos en realizar algunas aportaciones a las condiciones que deben concurrir para que su uso tenga legitimidad. Sólo en ese contexto podrán identificarse las bases de crítica al «derecho penal simbólico», cuya generalización nos preocupaba al inicio de estas líneas.

⁵ En menor medida esas demandas de decisiones penales se extienden, como tendremos ocasión de ver, al ámbito judicial y penitenciario.

⁶ Más ampliamente sobre este tema en DIEZ RIPOLLÉS. «El bien jurídico protegido...». op.cit. págs. 13 y ss.

2. SOBRE EL CONCEPTO DE EFECTO SIMBÓLICO Y SU LUGAR ENTRE LOS EFECTOS DE LA PENA

2.1. Efectos instrumentales y efectos simbólicos

Es frecuente en la literatura jurídico-penal contraponer a los efectos instrumentales los efectos simbólicos de la pena. De este modo, los efectos instrumentales, vinculados al fin o la función⁷ de protección de bienes jurídicos, tendrían capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los efectos simbólicos, por su parte, estarían conectados al fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales⁸.

En ese contexto, el aprecio que se tiene por los efectos simbólicos es muy limitado, en la medida en que no atienden primariamente a la protección de bienes jurídicos ni producen modificaciones comportamentales en la realidad social. Así, para unos sólo son admisibles en cuanto efectos secundarios de la intervención penal, variando su aceptación según la importancia que se atribuya a los fines o funciones preventivogenerales de la pena, los cuales, al parecer, se logran a través de efectos simbólicos⁹. Para otros, estamos ante un

7 Sobre el uso en la política criminal de la distinción sociológica entre fin y función, en virtud de la cual por el primero se entiende los efectos sociales que se pretenden o buscan al poner en marcha determinadas actuaciones sociales, mientras que con la segunda se alude a los efectos sociales que se producen necesariamente o con frecuencia a partir de esas actuaciones sociales, sean queridos o no, véanse por todos HASSEMER. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. Verlag C.H.Beck. 1981. pág. 91; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad y prevención*. Ediciones de la UAM. 1986. págs. 217-221.

En este momento no nos interesa discriminar entre el plano intencional y el fáctico de los efectos producidos. Proponen analizar los efectos simbólicos como función, entre otros, VOSS. «Symbolische Gesetzgebung». Verlag Rolf Gremer. 1989. págs. 58-59; HASSEMER. «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos». En *Pena y Estado*. 1991. pág. 29; SILVA SÁNCHEZ. «Aproximación al derecho penal contemporáneo». J. M. Bosch. 1992. Pág. 304.

8 Véanse claramente en ese sentido VOSS. op.cit. págs. 2-6, 25, 40-42, 77-78, 181-182, 206-208, entre otros muchos lugares; SILVA SÁNCHEZ. «Aproximación...». Op.cit. págs. 304-306; *del mismo*. «Eficiencia y derecho penal». *ADPCP*. 1986. Págs. 119-120; TERRADILLOS BASOCO. «Función simbólica y objeto de protección del derecho penal». En *Pena y Estado*, 1991. págs. 10-11, 15-16; BARATTA. «Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica». En *Pena y Estado*. 1991. págs. 52-55; MELOSSI. «Ideología y derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?». En *Pena y Estado*. 1991. págs. 57, 62; SANGUINÉ. «Função simbólica da pena». *Revista portuguesa de ciência criminal*. 1995. págs. 85-89. Más matizadamente, HASSEMER. «Derecho penal simbólico...». Op.cit. págs. 30; BUSTOS RAMÍREZ. «Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente». En *Pena y Estado*. 1991. págs. 101, 107-109.

9 Véanse HASSEMER. «Derecho penal simbólico...». Op.cit. págs. 27, 29, 30-31; BUSTOS RAMÍREZ. Op.cit. págs. 101, 107-109; TERRADILLOS BASOCO. 10-11; CUELLO CONTRERAS. *El derecho penal español. Parte general*/I. Civitas. 1996. pág. 58.

efecto de la intervención penal que no es susceptible de legitimación, por más que para algunos sea inevitable¹⁰.

2.2. Efectos expresivo-integradores y efectos materiales

Considero, sin embargo, que la desacreditación que se produce de los efectos simbólicos es apresurada, pues, en contra de lo que se sostiene, no sólo están en condiciones de proteger bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos sino que, además, resultan imprescindibles para lograr tales propósitos.

Para fundamentar la afirmación precedente es conveniente, en primer lugar, sustituir el término «simbólico» por otro menos prejuicioso, que permita eludir más fácilmente argumentaciones preconcebidas. Propongo partir, conforme a una opinión muy extendida en las ciencias sociales, de que toda acción legislativa, y por extensión también toda acción judicial y de ejecución penal, contiene o puede contener fines o funciones instrumentales, expresivas e integradoras¹¹. Y podríamos aceptar denominar también a las consecuencias que se derivan de tales fines o funciones, efectos instrumentales, expresivos o integradores¹². En principio, por efecto instrumental entenderíamos aquel que supone cierta modificación de la realidad social y, más en concreto, de los comportamientos humanos; consideraríamos efecto expresivo al que suscita emociones o sentimientos en las conciencias; y estaríamos ante un efecto integrador cuando se generan determinadas representaciones valorativas en las mentes¹³. Pues bien, parece fácil ponerse de acuerdo en que el contenido generalmente atribuido a los efectos simbólicos guarda una estrecha relación con el propio de los que hemos denominado efectos expresivos e integradores¹⁴. Dado que el problema reside en la contraposición entre estos últimos efectos y los instrumentales, me tomaré la licencia, con propósito simplificador, de integrar en un sólo concepto los efectos expresivos y los integradores y, en consecuencia, llamaré a partir de ahora a los efectos simbólicos *efectos expresivo-integradores*¹⁵.

10 Véanse SILVA SÁNCHEZ. «Aproximación...». Op. cit. págs. 306-307; BARATTA. op.cit. págs. 52-55; MELOSSI. op.cit. págs. 62-64.

11 Véase una documentada referencia al respecto en Voss. págs. 68-70.

12 Ciertamente lo que es instrumental, expresivo, simbólico, integrador... no es el efecto producido por una determinada acción legislativa, judicial o de ejecución penal, sino la acción en sí misma. Sin embargo, dando tal calificativo a las consecuencias que se derivan de tales acciones procedo de manera semejante a como lo hace la mayor parte de la doctrina.

13 Véase un uso similar de estos términos, con ulteriores referencias doctrinales, en Voss. op. cit. págs. 64-66, 68-70, 151, 155-156, entre otros lugares.

14 Claramente en este sentido, entre otros, Voss. op. cit. págs. 1-4, 25-35, 39, 40-42, 77-78, 138-139, 194, 206-208; TERRADILLOS BASOCO. op.cit. II, 15; SILVA SÁNCHEZ. «Aproximación...». Op.cit. págs. 305-307; HASSEMER. «Derecho penal simbólico...». Op.cit. pág. 27.

15 Mantiene igualmente una clara cercanía conceptual entre los efectos expresivos y los integradores, Voss. Op.cit. págs. 1-4, 27, 40-42, 77, 194, 206, entre otros lugares.

Aclarado lo anterior, habría que preguntarse si los efectos expresivo-integradores realmente son incapaces de proteger bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos: sostener tal afirmación supone mantener que la producción en los ciudadanos de determinados estados de ánimo o representaciones mentales a través de la pena no tiene consecuencias directas sobre su actuar, es decir, que se agota en la mera suscitación de la emoción o en el enriquecimiento cognitivo correspondiente, sin repercusiones sobre comportamientos futuros. O que esa repercusión es tan limitada o tan carente de legitimación que, bien sólo puede jugar un papel muy secundario, bien debe admitirse como un efecto indeseable.

Por el contrario, a mi parecer los efectos expresivo-integradores constituyen uno de los pilares fundamentales de la utilización legítima de la pena, ya que ellos constituyen el núcleo de la prevención intimidatoria, individual y colectiva, además de jugar también el papel fundamental en las teorías preventivas que buscan reforzar determinadas socializaciones o confirmar la vigencia de los contenidos básicos del orden social entre los ciudadanos¹⁶.

Y, en contrapartida, estimo que los denominados efectos instrumentales, entendidos como aquellos que no son expresivos ni integradores, no tienen la exclusiva en la prevención de comportamientos. De ahí que sea razonable privarles del monopolio semántico de la utilidad, y denominarles más bien *efectos materiales*. Unos y otros, los efectos materiales y los efectos expresivo-integradores, podrán ser en determinadas circunstancias medios adecuados para la prevención de comportamientos lesivos o peligrosos para los bienes jurídicos y, en tal medida, instrumentales para tal objetivo.

Pero las precedentes afirmaciones exigen que, de la manera más breve posible, exponga ciertas convicciones personales sobre el fundamento y los criterios legitimatorios de la pena¹⁷.

2.3. El fundamento de la pena

La utilización de reacciones penales por parte de la intervención penal necesita ser fundamentada. Ello constituye un nivel argumentativo previo al referente a la legitimación de los diversos efectos sociales que se quieren causar con ellas, ya que resultará imposible legitimar la búsqueda de cualquier

16 Partiendo de un concepto más restrictivo que el que aquí se va a defender, integran de forma normalizada los efectos expresivo-integradores entre los efectos sustantivos de la pena, HASSEMER. «Derecho penal simbólico...». op.cit. págs. 26, 27, 29; BUSTOS RAMÍREZ. op.cit. págs. 101, 107, 109; CUELLO CONTRERAS. op.cit. 58.

17 Dada la finalidad de este artículo, me limito en los apartados inmediatos a sentar las bases de la argumentación que se desarrollará a partir del apartado 3, sin pretender entrar a fondo en la rica polémica sobre el fundamento y los principios de la sanción penal.

finalidad social a través del mecanismo de la pena, si el mismo uso de ella no ha sido fundamentado.

Al fundamento de la reacción penal le sirven de presupuesto dos realidades sociales: por un lado, la efectiva producción en nuestra sociedad de graves lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia; por otro, la existencia de ciudadanos a los que en alguna medida se les puede hacer responsables de tales daños sociales.

El fundamento de la pena se configura como un conjunto escalonado de decisiones políticocriminales, basadas todas ellas en los presupuestos acabados de mencionar, y que pretenden legitimarse en motivos utilitarios:

El objetivo inmediato es la evitación de los daños o riesgos más graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, y se legitima por la necesidad de mantener el orden social básico.

La configuración del objetivo y su legitimación hacen que la búsqueda de su consecución deba acomodarse a la vigente ordenación valorativa de los presupuestos esenciales para la convivencia, esto es, al catálogo de bienes jurídico-penales y a la identificación de las lesiones o puestas en peligro a ellos más significativas (principio de fragmentariedad). De ahí que una planificación de la obtención del objetivo desconocedora de tal ordenación valorativa difuminaría éste y crearía desorden social, por lo que la citada ordenación resulta determinante en la delimitación del objetivo.

El citado objetivo se aspira a lograr eligiendo como objeto de la intervención social a las personas susceptibles de ser responsables de tales daños o riesgos¹⁸, lo que se legitima por la necesidad de incidir sobre uno de los factores decisivos en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

El objeto escogido y su legitimación hacen necesario mantener como punto de referencia los criterios culturalmente vigentes sobre la atribución de responsabilidad por la realización de un comportamiento socialmente relevante, esto es, el sistema de responsabilidad personal y su graduación. Una configuración de la persona susceptible de responsabilidad desconocedora de tal sistema de atribución y de su diferenciación difuminaría el objeto de intervención y lo desconectaría de su legitimación, por lo que tal sistema de responsabilidad es condicionante de la elección del objeto de la intervención social¹⁹.

18 Sin que ello suponga que los poderes públicos hayan de renunciar a otros objetos de intervención social, como los condicionantes socioestructurales de la delincuencia.

19 Tal sistema de responsabilidad no determina cuáles sean las clases de objetos personales sobre los que se haya de incidir, ni de qué forma ni con qué efectos, pero sí establece las diferenciaciones y graduaciones que, con independencia del momento en el que se intervenga, deberán respetarse al incidir sobre cualquier objeto personal. Así, no se podrá actuar sobre meras actitudes internas, ni sobre inimputables, la intervención habrá de ser distinta según sean conductas de autoría o de participación...

El modelo de intervención social escogido es el del control social, en su vertiente sancionatoria, lo que se justifica por su eficacia en la neutralización de las conductas socialmente perturbadoras.²⁰

Dentro de los subsistemas de control social se opta por la modalidad más energética, cual es el control social jurídico-penal, que conlleva el empleo de penas; ello se legitima acumulativamente por la irrenunciabilidad del objetivo perseguido y el carácter subsidiario frente a otras modalidades de política y de control sociales.

Ahora bien, el concreto modelo de intervención sociojurídico escogido y su legitimación deben ajustarse estrictamente a los límites de afección a los planes de vida individuales reconocidos a los poderes públicos a la hora de lograr el orden social, esto es, a las condiciones de aceptación del contrato social. Un ejercicio de la intervención sociojurídica mencionada que ignorara tales contenidos se deslegitimaría por superar los límites del poder acordados socialmente²¹.

2.4. La legitimación de los efectos de la pena

Una vez establecido el fundamento de las sanciones penales procede a continuación ocuparse de los efectos sociales a conseguir con las penas²². Ciertamente a la comisión, imposición y ejecución de las sanciones penales se les viene atribuyendo virtualidad para producir unas u otras derivadas de su correspondencia con las decisiones fundamentadoras de la utilización de sanciones penales.

Tal correspondencia se asegura mediante el respeto de los principios que podemos denominar *de la sanción penal*²³:

El primero de ellos sería el de proporcionalidad: según este principio, que carece de connotaciones utilitarias, la existencia y entidad de la pena debe reflejar la presencia e importancia de la afección al bien jurídico, así como la concurrencia e intensidad de la responsabilidad del autor. Mediante su respeto se garantiza la coherencia de la pena con los condicionantes de sus dos primeros fundamentos.

²⁰ Sin perjuicio de su coexistencia con otros modelos de intervención social, como las políticas asistenciales encaminadas a superar situaciones individuales de marginación.

²¹ Véase sobre esto último, más ampliamente Díez Ripollés. «El bien jurídico...», op. cit. pág. 10.

²² Fuera de nuestra consideración van a quedar los efectos sociales producidos por la norma penal en sí misma, independientes de los que se consiguen con la pena, y que, apoyados en el prestigio social del derecho penal, suponen una *función*, y no un fin, a tener en cuenta seriamente.

²³ Véanse los otros dos bloques de principios, todos los cuales constituirían los principios estructura-les del control social penal, y una breve enumeración de los relativos a la *protección*, en Díez Ripollés. «El bien jurídico...», op. cit. págs. 12-13.

Un segundo principio, el teleológico, estaría constituido por lo que corrientemente se denominan los fines de la pena. A través de su configuración, estrictamente utilitaria, se determinan los efectos sociopersonales que se quieren lograr con la pena. Cada uno de éstos se legitimará en la medida en que sean necesarios para cumplimentar las decisiones politicocriminales que fundamentan la pena; a saber, deben coadyuvar de modo directo a la protección de bienes jurídicos, han de guardar relación con las necesidades de control social a satisfacer con la intervención penal y, en estrecha relación con lo anterior, deben prestar la debida consideración a la mayor o menor proximidad de la persona afectada de algún modo con la pena, a su posible responsabilidad por la lesión o el riesgo de bienes jurídicos.

A mi parecer, el cumplimiento de tales exigencias se dará en la medida en que el efecto correspondiente encaje de un modo determinado dentro de ciertas referencias fundamentales. La *primera* distingue según el efecto prevenga la comisión de delitos de manera directa, indirecta o mediada por otra prevención. La *segunda* de ellas alude al ámbito personal de incidencia del correspondiente efecto: así, se puede actuar sobre delincuentes reales, delincuentes potenciales en diverso grado, o ciudadanos simplemente susceptibles de ser delincuentes. La *tercera* concreta la modalidad de incidencia personal escogida: se pueden impedir materialmente comportamientos, alterar pautas de conducta, producir representaciones mentales, o suministrar información relevante. La *cuarta* describe el contenido del efecto producido: inocuización, resocialización y reinserción individuales, intimidación individual o colectiva, mejora de socializaciones individuales o colectivas defectuosas, y confirmación de pautas comportamentales. La *quinta* diferencia en función del momento en el que tiene lugar el efecto: podrá ser durante la conminación, la imposición o la ejecución de la pena, sin que sean supuestos excluyentes. La *sexta* atiende al grado en que el efecto se configura como un mal para el afectado por él.

El tercer principio es el de humanidad de las penas, y garantiza que las sanciones penales no sobrepasen los niveles de incidencia sobre los ciudadanos que son admisibles en el marco de las condiciones de aceptación del contrato social. De carácter no utilitario, asegura que la pena se mantiene dentro de los límites inherentes al fundamento cuarto.

2.5. Los efectos legítimos de la pena

Un análisis de los efectos sociopersonales de la pena realizado exclusivamente desde el principio teleológico nos permite legitimar instrumentalmente, en una graduación de más a menos, los siguientes:

La *inocuización* del delincuente: con este efecto se consigue de manera directa prevenir la comisión de delitos, incidiendo sobre delincuentes reales, acreditados por la previa comisión de un delito, y escogiendo la vía de impedir

comportamientos futuros de la misma o semejante naturaleza que el realizado. El efecto se logra a través de la ejecución de determinadas penas; desde luego la de prisión, pero también mediante las inhabilitaciones y suspensiones, las privaciones de derechos, y las prohibiciones de residencia, aproximación o comunicación, entre otras²⁴. En todo caso, son males que sufre el delincuente.

La *resocialización* del delincuente: se mantendrá dentro del objetivo legitimado si se limita a prevenir de manera directa la comisión de delitos, lo que hará incidiendo sobre delincuentes reales, caracterizados como tales por la previa comisión de un delito, y mediante la alteración de pautas de comportamiento ligadas a las causas sociopersonales que se estiman relevantes para la realización futura de delitos de la misma naturaleza o incluso de delitos en general. El efecto se consigue con motivo de la ejecución de determinadas penas, como puede ser, señaladamente, durante el régimen de cumplimiento de las penas de prisión, de la de trabajos en beneficio de la comunidad o de la de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, entre otros supuestos. En cualquier caso se trata de cargas personales que el delincuente soporta.

La *intimidación* del delincuente: también logra prevenir la comisión de delitos de forma directa, manteniendo su incidencia sobre delincuentes reales por haber cometido previamente un delito. La vía de incidencia seleccionada es la producción de ciertas representaciones mentales en el delincuente, que se constituyen en factores relevantes en futuros procesos motivacionales, de forma que pueden tener efectos refrenantes de decisiones de realizar delitos de la misma naturaleza o de delitos en general. El efecto se causa tanto con la imposición como con la ejecución de la pena: en el primer caso a través de la estigmatización social que supone haber sido condenado, en el segundo caso por el componente aflictivo de cualquier pena²⁵. El citado efecto sigue constituyendo un mal para el delincuente, con caracteres de amenaza por actos concluyentes.

La *intimidación* de posibles delincuentes: se puede seguir afirmando que se obtiene una prevención directa de la comisión de delitos, al incidir sobre ciudadanos que se están planteando delinquir, esto es, sobre delincuentes potenciales próximos, y que, si bien no son objeto de una identificación concreta, su existencia se puede afirmar a partir de resultados fiables de la investigación social. Se incide sobre ellos mediante la producción de representaciones mentales que pueden jugar un papel significativo en procesos

24 También se consigue un efecto inocuidador con penas de multa que producen un quebranto económico que dificulta notablemente la reiteración del delito, con arresto de fines de semana cuando el delito está relacionado con las actividades durante el tiempo libre o, en general, con cualesquiera penas que intensifiquen el control social sobre el delincuente.

25 Incluso cabe hablar de efectos intimidatorios originados tras el cumplimiento de la pena, mediante la persistencia de los antecedentes penales, si bien no está clara su fundamentación.

motivacionales ya en marcha o futuros, de manera que son susceptibles de frenar la adopción de decisiones delictivas, de la misma naturaleza que la ya tomada y ejecutada por un delincuente real o cualesquiera otras. El efecto se manifiesta en la conminación, imposición y ejecución de la pena: así, en la conminación de la pena se configura como un mero anuncio de diversos males ligados al descubrimiento del delito²⁶, constituyéndose ese mismo anuncio en un mal para el delincuente potencial, con caracteres de amenaza condicional; a su vez, en la imposición y ejecución de la pena, la efectiva aplicación de los males anunciados sobre el delincuente real constituye un mal para el delincuente potencial, en la forma de una amenaza condicional que se ve reforzada, a través de su materialización en otras personas, en sus notas de seriedad y persistencia.

La *socialización* de posibles delincuentes: con ella se previene la comisión de delitos de manera indirecta, es decir, mediante la prevención de socializaciones defectuosas que pueden llevar fácilmente a la comisión de delitos, y ello se hace sobre ciudadanos de los que puede decirse que tienen una lejana potencialidad delincencial, en la medida en que no se trata de personas que se estén planteando delinquir pero sí de ciudadanos que, a diferencia de la mayoría social, tienen dificultades para identificar correctamente determinados presupuestos esenciales para la convivencia (bienes jurídicos), y cuya existencia consta a partir de conclusiones fiables de la investigación social. Se incide sobre ellos mediante la producción de representaciones mentales, que en este caso refuerzan o consolidan la interiorización de pautas de comportamiento acordes con el respeto de bienes jurídicos penalmente protegidos, por la vía de reducir los déficits cognitivos y comportamentales relativos a ciertas conductas socialmente inaceptables para la convivencia social básica. El efecto se desenvuelve de una manera equivalente en las tres fases de la sanción penal, la conminación, la imposición y la ejecución, pues en todas ellas el ciudadano percibe que respecto a determinadas conductas se está empleando el modelo de intervención social más enérgico, el control social penal, lo que le motiva, de un modo más o menos consciente, a interiorizar los patrones valorativos contenidos en esas normas para no correr el riesgo de verse confrontado algún día con una pena. Ese funcionamiento del control social penal en ciertos ámbitos constituye un mal en sí mismo para el delincuente potencial lejano²⁷, pues le crea inseguridad respecto a sus condiciones personales para acomodarse a la ley penal.

La *confirmación del orden social básico* en ciudadanos con capacidad delictiva: también en este último efecto legítimo de la pena estamos ante la

26 Aquellos que se ha mencionado que sufre el delincuente real, cuando menos los que dan lugar a su intimidación, aludidos en el supuesto anterior.

27 Que hunde sus raíces en los males que sufriría si en algún momento fallara en su adaptación social.

prevención frente a la comisión de delitos, pero mediada por la prevención de la desorganización social, es decir, de la pérdida de las pautas sociales básicas de referencia comportamental²⁸.

Con ello no puede alegarse que ya se ha perdido el objetivo legitimador de la utilización de la pena, constituido por la protección de bienes jurídicos, pues la protección frente a la desorganización social no es equiparable con la protección del consenso social en general, lo que ciertamente supondría utilizar la pena para fines que no le corresponden, sino que se centra en los elementos primarios del orden social, como compete al ámbito de protección propio del control social penal.

Con este efecto se incide sobre ciudadanos con capacidad para ser delincuentes, es decir, sobre quienes poseen las condiciones personales para crear daños o riesgos a los bienes jurídicos penales y para ser responsables por ello; se trata de ciudadanos sin potencialidad delincencial, ya que no muestran un riesgo apreciable de realizar conductas delictivas mientras las consideren como tales; sin embargo, la ausencia de las reacciones propias del control social penal podría suscitar en ellos, bien la decisión de realizar cualesquiera conductas objetivamente delictivas, en la medida en que ya no las sentirían así por estimar que ya no regían los límites a la libertad personal derivados de los deberes de autocontrol asumidos en el contrato social primario²⁹, bien la decisión de realizar ciertas conductas delictivas, o conductas delictivas en general en determinadas condiciones, ya no consideradas delictivas por haber sacado la errónea conclusión de que han variado algunas concepciones culturales básicas integrantes del contrato social³⁰.

Aun podría hablarse de otra consecuencia de la falta de reacción del control social penal, el desarrollo de actitudes de tolerancia hacia comportamientos de los demás ciudadanos originados en los mismos motivos.

El medio escogido para incidir sobre ellos es el suministro de información socialmente relevante sobre la vigencia del orden social primario y sus contenidos, lo que confirma las creencias al respecto de estos ciudadanos, impidiendo que surjan ideas equivocadas sobre su modificación y que se busquen eventualmente otros contenidos cognitivos y pautas comportamentales.

28 Que se concretan en la asunción de que persisten las obligaciones derivadas del contrato social sobre los elementos primarios de convivencia y en la correcta identificación de las concepciones culturales básicas en él integradas, las cuales son, en nuestro ámbito, determinada ordenación valorativa de los presupuestos esenciales para la convivencia, precisada en un catálogo de bienes jurídicos, y determinadas ideas sobre la responsabilidad de los ciudadanos y los métodos para imputársela.

29 Se partiría de que había perdido vigencia el contrato social al no reaccionarse frente a las violaciones de sus elementos integrantes.

30 Si bien no se cuestionaría el contrato social en sí mismo, sí sucedería tal cosa respecto a la ordenación valorativa de los presupuestos esenciales para la convivencia (bienes jurídicos) o respecto al sistema de responsabilidad establecido.

El efecto se apoya en las tres fases de la pena, la conminación, la imposición y la ejecución, pues el desenvolvimiento de cada fase por su parte, y de todas en su conjunto, constituyen la demostración de que el orden social primario y los elementos que lo integran están vigentes. La connotación negativa de este efecto social se reduce a la limitación de las posibilidades de realización de los comportamientos prohibidos³¹, mal que resulta contrarrestado en buena parte por la consecuencia positiva consistente en la recompensa que supone para estos ciudadanos la confirmación de sus creencias. Sólo cuando, superando el contenido negativo aquí asignado, se producen a través de la pena modificaciones de los elementos básicos del orden social vigentes, entramos ya en un efecto social constitutivo de un mal carente de legitimación³².

Sobre el conjunto de efectos sociopersonales de la pena acabados de legitimar teleológicamente cabe hacer aún las siguientes precisiones³³:

– De especial importancia para nuestro propósito es destacar que, dentro de la escala precedente, los efectos sociopersonales legitimados pasan a tener carácter expresivo-integrador desde que se pretende la intimidación del delincuente real en adelante.

La pretensión de trazar un límite cualitativo entre los efectos intimidatorios, a tener en cuenta en el pretendido *actuar instrumental-racional* o utilitario, y los productores de otras representaciones mentales o de informaciones relevantes, que habrían de tenerse en cuenta en un *actuar valorativo* al que sólo con esfuerzo se le otorga la cualidad de racional, no sólo yerra, a mi juicio, por no dar la debida importancia en el actuar humano en sociedad a los condicionantes expresivos e integradores, sino, sobre todo, porque parte de una visión ingenua del actuar utilitario, propio de concepciones conductistas hace tiempo superadas³⁴.

– En cuanto a los dos últimos efectos sociopersonales aludidos, cuya vinculación a algunos de los contenidos atribuidos a la prevención general positiva es fácilmente perceptible³⁵, se ha de reafirmar sucintamente su legiti-

31 Lo que deriva de forma directa del respeto de la propia norma e indirectamente de los obstáculos materiales que tal prohibición va a originar (prevención policial, otras actuaciones institucionales...). Me llama la atención sobre este aspecto negativo del efecto de confirmación del orden social básico, Octavio García Pérez.

32 Véase *Infra*.

33 Sólo la primera, sin embargo, se mueve en el contexto utilitario desarrollado en el marco del principio teleológico de la sanción penal. Las otras tienen que ver con los restantes principios legitimadores de la pena, el de humanidad y el de proporcionalidad.

34 Véase una nítida contraposición entre ambos modelos de actuar, decantándose por el primero, si bien no dejando de reconocer la ineludible consideración de elementos del segundo, en SILVA SÁNCHEZ. «Eficiencia y derecho penal». *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. 1996. págs. 98-106, 110-112, con una postura más matizada que en escritos anteriores.

35 Véase una clasificación de ellos, por todos, en PÉREZ MANZANO. «Culpabilidad y prevención». *op.cit.* págs. 18-19, 248 y ss.

midad frente a ciertas objeciones descalificadoras. Así, el empleo de la sanción penal para socializar a colectivos que han interiorizado deficientemente los componentes primarios del orden social constituye una carga social admisible, en la misma línea que la resocialización individual preventivo-especial, y que no ha de tropezar con problemas de legitimación, en especial con el reproche de moralización indebida, mientras se limite a los contenidos mínimos de la convivencia precavedores de la desorganización social, y las representaciones mentales suscitadas coincidan materialmente con las asumidas por las amplias mayorías sociales conformadoras del orden social básico. Del mismo modo, nada obsta a que la confirmación de las creencias básicas de la mayoría de los ciudadanos sobre la vigencia del orden social primario y sus componentes esenciales pueda configurarse como un efecto social a obtener al final de la escala de intervenciones sociales que venimos describiendo; sólo la pretensión de modificar tales creencias a través de la reacción penal, actuando a contracorriente de los valores ampliamente mayoritarios, o de imposibilitar su evolución espontánea, puede hacer injustificable la utilización de este efecto, de la misma forma que si se coloca este efecto en el primer plano de la intervención penal, que es necesariamente afflictiva³⁶.

Quizás no esté de más recordar cómo el método de suscitar representaciones mentales en los ciudadanos, desde luego no limitadas a producir efectos intimidatorios, ha podido ser calificado por algún profundo y crítico conocedor de la evolución de los mecanismos de control social como algo característico de las técnicas «ilustradas», que terminaron cediendo ante las demandas de inocuización y resocialización individuales de la «sociedad disciplinaria»³⁷.

Sin embargo, no cabe ignorar que en la base del distanciamiento de importantes sectores doctrinales con los contenidos preventivo-generales positivos se encuentra el convencimiento de que los efectos psicológicos sociales están necesariamente vinculados a la satisfacción de demandas irracionales de la sociedad³⁸. Con ello, ante todo, se mezclan dos planos que deberían estar claramente diferenciados: una cosa es la aceptación de la teoría de ori-

36 Sobre esto último véase lo que enseguida se dice sobre la graduación del componente de «mal» de la pena en los diferentes efectos sociales por ella producidos.

En sentido contrario a lo expuesto, Voss. «Symbolische...». op.cit. págs. 117-123; PÉREZ MANZANO. «Culpabilidad...». op.cit. págs. 250, 288; SILVA SÁNCHEZ. «Aproximación...». 300-304, quien parece partir de que toda labor de socialización colectiva implica sobre todo una función promocional, esto es, de modificación de concepciones sociales existentes o de aceleración de la implantación de concepciones sociales aún no arraigadas. El punto de vista de este autor tiene probablemente que ver con la valoración que le merecen las convicciones sociales mayoritarias como criterio de referencia del derecho penal, véase infra.

37 Véase FOUCAULT. *Vigilar y castigar*. Siglo XXI editores. 3ª edición. 1978. págs. 94-136.

38 Especialmente convencidos de ese punto de vista, entre otros, SILVA SÁNCHEZ. «Aproximación...». op.cit. págs. 204-206, 228-241, 307-308; LUZÓN PEÑA. «Prevención general y psicoanálisis», en *Derecho penal y ciencias sociales*. Mir Puig de. UAB. 1982. págs. 146 y ss.; PÉREZ MANZANO. «Culpabilidad y prevención». op.cit. págs.42-43, 170-171, 257-258, 260, 270-274, 281.

gen psicoanalítico que defiende que la reacción penal está profundamente condicionada por las exigencias punitivas que surgen en los ciudadanos de orden tras constatar su indebida identificación con el delincuente y la consecuente necesidad que sienten de calmar sus sentimientos de culpabilidad a través de la pena a imponer a los delincuentes³⁹, y otra bien distinta estimar que cualquier aprovechamiento mediante la reacción penal de mecanismos de psicología social se enmarcará inevitablemente en ese contexto⁴⁰. En realidad, el rechazo de los efectos psicológicos sociales encubre en un gran número de casos enfoques expertos o elitistas, que aspiran a determinar los contenidos del derecho penal al margen de cuáles sean las convicciones sociales mayoritarias al respecto, las cuales son tachadas en todo momento de irracionales e incapaces de lograr consensos sociales basados en un análisis consciente y fundado de las exigencias sociales de cada momento histórico y cultural⁴¹. Ahora bien, al igual que la concreción del catálogo de bienes jurídicos esenciales para la convivencia o la configuración del sistema de responsabilidad precisan ineludiblemente del soporte de las convicciones generales, los fines a obtener con la pena deben configurarse atendiendo a las demandas sociales y contando con las reacciones psicológicas sociales que la intervención penal va a suscitar en la población, sin que unas y otras deban descalificarse sistemáticamente por estar pretendidamente conectadas a fenómenos irracionales inconscientes⁴².

– Por último, conviene destacar que el contenido negativo de la pena va progresivamente reduciéndose a medida que nos alejamos del delincuente real y que, correlativamente, la intensidad de la modalidad y contenido de la intervención disminuye, hasta llegar a un punto en el que la reacción del control social penal empieza a apuntar los caracteres de una recompensa en lugar de una sanción⁴³.

39 Véase una descripción del fenómeno en Díez RIPOLLÉS. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Tirant. 1990. págs. 155-189; HAFFKE. *Tiefenpsychologie und Generalprävention*. Verlag Sauerlander. Frankfurt. 1976.

40 De hecho, el indiscutido efecto de intimidación colectiva a través de la pena es un mecanismo psicológico-social que no es objeto de tal conexión con la teoría del chivo expiatorio.

41 Lo que justificará el apartarse en las decisiones penales, si es preciso, de tales convicciones. Véanse, entre otros, SILVA SÁNCHEZ. «Aproximación...». 228-241; PÉREZ MANZANO. 273, 281, aunque 288.

Sobre los diversos criterios de legitimación del derecho penal, con un planteamiento diametralmente opuesto, véase Díez RIPOLLÉS. «El bien jurídico protegido...». op. cit. págs.16-17; ya antes en *El derecho penal ante el sexo*. Bosch casa editorial. 1981. págs. 118 y ss.

42 En realidad, incluso cuando esas necesidades irracionales están presentes no se puede despachar el problema simplemente ignorándolas, pues constituyen una *función*, en ocasiones inevitable y en todo caso indeseable, de ciertas intervenciones penales y frente a la que hay que desarrollar ciertas estrategias sociales. Pero éste es un problema sobre el que ahora no nos podemos detener.

43 Sobre la presencia en los mecanismos de control social de recompensas junto a sanciones, véanse PITTS-ETZIONI. Voz «Control social». En *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales*. págs. 165-166.

Eso tiene indudable repercusión, en primer lugar, a la hora de legitimar aquellos efectos primordialmente incidentes sobre quienes no son delincuentes reales ni, a partir de cierto momento, potenciales.

En la misma línea argumentativa opera el hecho de que, desde el punto de vista de las personas sobre las que inciden, los efectos sociopersonales estudiados pueden tener un carácter acumulativo en una sola dirección, aquella que va desde el delincuente real al ciudadano con capacidad para ser delincuente, pero no a la inversa⁴⁴.

Pero también tiene consecuencias a la hora de responder a la conocida crítica de que la búsqueda de objetivos sociales a través de la pena supone instrumentalizar, de un modo contrario a su dignidad personal, al ciudadano que sufre directamente la sanción, en beneficio de los colectivos que captan el mensaje emitido con la imposición de aquella. Y es que la pena tiene unos efectos negativos directos sobre los delincuentes potenciales próximos o lejanos, e incluso sobre los ciudadanos caracterizados simplemente por su capacidad para ser delincuentes, como hemos tenido ocasión de analizar. De ahí que no se pueda decir que la pena es un mal sólo para el delincuente, sino que lo es, en diferente medida según los casos, para toda la sociedad.

Por lo demás, la pena que se impone y ejecuta en el delincuente real debe poder justificarse en todo momento por los efectos que directamente se pretenden obtener en él, sin que los fines sociales a obtener en los que no han delinquido pueda condicionar su aplicación. Ciertamente, y como hemos visto, los efectos a obtener sobre el delincuente real no se reducen a su resocialización, sino que abarcan igualmente su inocuización e intimidación individual⁴⁵, pero en cualquier caso los principios que orientan y las posibilidades que ofrecen la individualización judicial y penitenciaria de la pena han de estar orientados a garantizar tal justificación. Sólo el principio de proporcionalidad, encargado de asegurar la coherencia de la pena con sus dos primeros fundamentos, aquí, con la importancia de la afcción al bien jurídico y con la intensidad de la responsabilidad del autor, podrá establecer límites a esa adecuación de la imposición y ejecución de la pena a los efectos sociales pretendidos sobre el delincuente real.

44 Ello no quiere decir, con todo, que tal acumulación se haya de producir. De forma que no tienen por qué surgir todos los efectos sociopersonales descritos posteriormente en la escala en quienes estén en los peldaños anteriores.

45 Efectos éstos que deben tenerse debidamente en cuenta, al igual que el respeto del principio de proporcionalidad (véase inmediatamente infra), a la hora de concretar las actuaciones respecto a los delincuentes ocasionales, no precisados de resocialización.

3. SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL SIMBÓLICO

3.1. Los conceptos de derecho penal simbólico y su crítica

Si buscáramos un común denominador a todas las concepciones sobre lo que sea derecho penal simbólico, podríamos afirmar que residiría en el predominio que se produce en éste de los efectos simbólicos sobre los efectos instrumentales. Pero más allá de esta coincidencia, es fácil apreciar dos enfoques distintos, que en ocasiones se entrecruzan, los cuales enfatizan aspectos diversos.

Para unos lo decisivo es el mantenimiento de la intervención penal pese a que ya no son alcanzables los efectos instrumentales, pero se simula o se parte de la ilusión de que sí lo son, para así persistir en la consecución de los efectos simbólicos. En este enfoque pasa a primer plano el *engaño* consistente en que se aparenta perseguir unos fines distintos de los efectivamente perseguidos o, si se quiere, la *ficción* de que se cumplen unas funciones, las manifiestas, cuando las que se satisfacen son otras, las latentes. En cualquier caso se daría lugar al fenómeno del doble lenguaje⁴⁶.

Para otros, por el contrario, lo decisivo es la desnaturalización de la intervención penal que conlleva, dada la falta de legitimación de todos o la mayor parte de los efectos simbólicos. De ahí que centre la atención el protagonismo de tales efectos simbólicos en la correspondiente intervención penal⁴⁷.

A mi juicio, el fenómeno del derecho penal simbólico no se puede entender como un problema de desajuste entre los efectos que se pretenden (fin) o se creen (función) conseguir, y los que realmente se pretenden u obtienen. Pues el cuestionamiento del derecho penal simbólico no nace de la pretensión de garantizar la *coherencia* entre los programas de decisión, por lo general legislativos, y los resultados logrados⁴⁸, sino de las dudas sobre la legitimidad

46 Claramente en esa línea Voss. op.cit. págs. 2-4, 39, 71-72, 74-75, 77-78, 206-212; HASSEMER. «Derecho penal simbólico...». págs. 28-30, 35; PAUL. «Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico». En *Pena y Estado*. 1991. 122; CUELLO CONTRERAS. op.cit. pág. 58; PÉREZ MANZANO. «El impago de prestaciones económicas en favor de cónyuge y/o hijas e hijos». En *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*. Instituto vasco de la mujer. 1998. págs. 221-222.

47 En esa línea, BARATTA. op.cit. págs. 53-55; TERRADILLOS BASOCO. op.cit. págs. 10-14, quien, en realidad, habla de un derecho penal ideológico, más que simbólico, si se superan ciertos límites; MELOSSI. op.cit. págs. 57, 62; BUSTOS RAMÍREZ. op.cit. págs. 101, 107-109; SILVA SÁNCHEZ. «Aproximación...». Op.cit. págs. 305-307; *del mismo*. «Eficiencia...». op.cit. págs. 119-120. este último autor, sin embargo, parece que está modificando notablemente su actitud radicalmente negativa hacia lo que ahora denomina prevención «simbólico-comunicativa» (véase *La expansión del derecho penal*. Civitas. 1999. págs. 57-61, 124, 127).

48 Sin embargo, Voss. Op.cit. págs. 208-218 llega a interpretar el derecho penal simbólico como una infracción de la pretensión de validez de la *veracidad* referida a la acción comunicativa de Habermas. Sin perjuicio de que toda acción comunicativa, también la jurídica, deba satisfacer tal pretensión, no creo que ése sea el elemento decisivo para caracterizar el derecho penal simbólico, como expongo a continuación.

de la producción de ciertos efectos sociopersonales. Hasta el punto de que si una intervención penal produce efectos que previenen comportamientos lesivos de bienes jurídicos, no se la descalificará como «simbólica» por más que ese efecto o efectos producidos no se hubieran querido o previsto⁴⁹. El énfasis en el engaño o en la ficción supone, en el mejor de los casos, fijarse en lo adjetivo y no en lo sustantivo.

Es más acertado, por ello, verlo como un problema de deslegitimación de la intervención penal por carecer de tal legitimidad una buena parte de los efectos producidos, o los más significativos de entre ellos. Ahora bien, ese análisis no puede estar condicionado por la previa descalificación, total o parcial, de los efectos expresivo-integradores, tildados de simbólicos, pues de este modo se ignora el importante y deseable papel que esos efectos desempeñan en el marco de la reacción penal.

En suma, tampoco se trata de una situación de desequilibrio en la producción de unos efectos legítimos, los materiales o instrumentales, y otros ilegítimos o secundariamente legitimados, los expresivo-integradores o simbólicos. El fenómeno, a mi parecer, es de distinta naturaleza.

3.2. La caracterización del derecho penal simbólico

El denominado «derecho penal simbólico» constituye un caso de superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. Se caracteriza de modo general porque se producen a través de la pena efectos sociopersonales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones políticocriminales que fundamentan la pena.

Ello sucederá si los mencionados efectos satisfacen objetivos que no son necesarios para mantener el orden social básico, si centran su incidencia sobre objetos personales que no son los decisivos en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, o si, finalmente, su contenido no guarda relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal.

En cualquier caso, la idea del desequilibrio entre efectos legítimos e ilegítimos antes desechada tiene un epígono a considerar: Con el derecho penal simbólico estamos ante un concepto gradual⁵⁰, por lo que su empleo para describir una intervención penal alude a un sustancial desplazamiento de ésta hacia la producción de efectos con las carencias acabadas de mencionar, sin

49 En el fondo compartirían también este punto de vista finalmente Voss y Hassemer, como lo demuestra su decisión de analizar esta problemática desde el concepto de función y no desde el de fin. Véanse HASSEMER. «Derecho penal simbólico...». Op.cit. pág. 29; Voss. Op.cit. págs. 58-59.

Ello sin olvidar que, con frecuencia, simplemente sucede que el legislador no sabe lo que quiere.

50 Alude igualmente a esta idea HASSEMER. «Derecho penal simbólico...». Op.cit. pág. 29.

que eso excluya la presencia de otros efectos sin esas carencias aunque sí el desempeño por éstos de un papel significativo.

De este modo, podremos discrepar respecto a cuándo una intervención penal merece ser calificada como simbólica, pero en cualquier caso la discusión no debe abandonar el plano utilitario, esto es, debe girar sobre cuándo el empleo de la sanción penal descansa de forma relevante sobre efectos sociopersonales innecesarios a partir del principio teleológico legitimador de la sanción penal. Secundaria es la pérdida de la coherencia entre lo querido o previsto y lo realmente buscado u obtenido, y a otro lugar pertenece la cuestión de si los efectos sociopersonales implicados resultan inaceptables desde el punto de vista de los restantes principios, no utilitarios, legitimadores de la pena, como el de proporcionalidad y el de humanidad de las penas⁵¹.

4. LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Dentro del contexto conceptual precedente la identificación de lo que sea una intervención penal simbólica se logrará verificando el sustancial incumplimiento de las decisiones políticocriminales fundamentadoras de los fines de la pena, para lo que será de gran ayuda tener presentes las referencias fundamentales mediante las cuales hemos diferenciado entre los diversos efectos sociopersonales de modo general y en los casos asilados.

4.1. En función del objetivo satisfecho

Un primer grupo de casos se caracterizará porque el efecto fundamentalmente suscitado por la reacción penal no atiende a la prevención de comportamientos delictivos, esto es, a la evitación de daños o riesgos graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia. En consecuencia, ignora el objetivo fundamentador de la intervención penal.

En el ámbito de la conminación de la pena podemos citar como ejemplos:

Las leyes *reactivas*, en las que predomina el objetivo de demostrar la rapidez de reflejos de acción del legislador ante la aparición de problemas nuevos. Es el caso, en el código penal español, de la prohibición de ciertas conductas todavía imposibles de realizar o de muy difícil realización, como la creación de seres humanos idénticos por clonación en el art. 161.2.

⁵¹ Eso explica que, a mi juicio, la problemática sobre la imposición selectiva o azarosa de la pena, que pone de manifiesto la concentración de la reacción penal sobre ciertos colectivos o individuos, o su imposición de una manera aleatoria a sólo una pequeña parte de los infractores, no tiene que ver con el derecho penal simbólico sino con el principio de humanidad de las penas, mediante el cual se vela, entre otras cosas, por la no aplicación desigual de la ley. La cuestión la planteó Hassemer en los debates del coloquio de Toledo en el que tiene su origen este artículo.

Las leyes *identificativas*, con las que, sobre todo, se manifiesta la identificación del legislador con determinadas preocupaciones de los ciudadanos. Así, la configuración del delito de acoso sexual del art. 184.1 en el código penal español, o la expresa tipificación de la provocación a acciones terroristas con fines atemorizadores del art. 170.2.

Las leyes *declarativas*, con las que se aclaran contundentemente cuáles sean los valores correctos respecto a una determinada realidad social. Ése ha sido el efecto fundamental de la reciente reintroducción del delito de corrupción de menores del art. 189.3 del código penal.

En este último tipo de leyes se produce con frecuencia un fenómeno inverso, también presente en mayor o menor medida en otras modalidades, en virtud del cual se renuncia a despenalizar determinados comportamientos, cuya necesidad de prevención jurídicopenal ya no existe o es muy discutible, con el argumento, en este caso, de que la derogación de tales preceptos produciría el efecto indeseado de que la sociedad consideraría a tales conductas a partir de ese momento socialmente correctas. Ello estuvo en los años 70 y 80 en el centro de la polémica sobre la derogación de los delitos de adulterio, escándalo público o juegos ilícitos, y es sin duda uno de los efectos cuya posible producción condiciona las actuales decisiones legislativas que persisten en incluir el cannabis entre las sustancias objeto de los delitos relativos a drogas, o que ha llevado a mantener la punición, casi sólo nominal, de la cooperación necesaria a la eutanasia del art. 143.4⁵².

Las leyes *principialistas*, que manifiestan primordialmente la validez de ciertos principios de convivencia. Es el caso del delito de negación de hechos históricos del art. 607.2 de nuestro código, con el que se cierra el paso a cualquier cuestionamiento de ciertos datos e interpretaciones históricas sobre los que se ha edificado en buena parte el valor superior de la igualdad en nuestro ordenamiento⁵³.

Las leyes de *compromiso*, cuyo papel más significativo es el de mostrar a las fuerzas políticas que las han impulsado el respeto de los acuerdos alcanzados. Un buen ejemplo es el art. 78 del código, en la medida en que el párrafo segundo, a partir del último inciso del párrafo primero, permite neutralizar la decisión inicial de computar íntegramente las penas a efecto de beneficios penitenciarios⁵⁴.

52 Véase también una mención a este tipo de leyes en Voss. op.cit. págs. 30-31, entre otros lugares.

53 Véase una crítica en este sentido del citado precepto en DíEZ RIPOLLÉS. «El delito de negación de hechos históricos». Diario *El País*. 9 de Julio de 1999. Véase también LAURENZO COPELLO. «La discriminación en el código penal de 1995». *Estudios penales y penitenciarios*. XIX. Universidad de Santiago de C. 1996. págs. 265-269.

Apoya en general el efecto, para él simbólico, de la pena de transmitir un sentimiento de igualdad entre los ciudadanos, con expresa mención del genocidio, BUSTOS RAMÍREZ. Op.cit. págs. 101, 108-109.

54 Véase otro ejemplo al hablar de las leyes imperfectas.

Pero estos efectos también se consiguen en la fase de imposición de la pena: por ejemplo, mediante decisiones judiciales atentas especialmente a mostrar su identificación con las preocupaciones ciudadanas, como sería el caso de la jurisdicción penal española que, acusada en numerosas ocasiones de escasa sensibilidad hacia las agresiones sexuales, ha desarrollado una jurisprudencia que tiende a conformarse demasiado rápidamente con el mero testimonio de la víctima para condenar por agresiones sexuales con acceso carnal⁵⁵.

Y lo mismo sucede en el marco de las decisiones judiciales y penitenciarias durante la ejecución de la pena: piénsese en el uso que se ha hecho recientemente del margen de decisión de las autoridades penitenciarias sobre el lugar de cumplimiento de la condena por parte de los presos etarras, condicionada por el objetivo principalista de excluir la violencia como medio de negociación política.

4.2. En función de las personas primordialmente afectadas

Un segundo grupo de casos es aquel en el que la intervención penal no incide primordialmente sobre delincuentes reales o potenciales próximos, desplazando, por el contrario, su influencia hacia los objetos personales más alejados de su posible responsabilidad por la afección de bienes jurídicos, es decir, los delincuentes potenciales alejados y los ciudadanos susceptibles de ser delincuentes. De esta forma se altera sustancialmente la estructura personal de la intervención penal, en virtud de la cual esta última incrementa progresivamente su ámbito de influencia personal desde los ciudadanos responsables penalmente hasta los más alejados de una posible responsabilidad penal, con diferentes etapas intermedias.

Se trata de intervenciones penales cuyo efectos no van más allá de la fase de la conminación penal, sin perjuicio de que, a diferencia de las anteriores, tengan capacidad para prevenir comportamientos delictivos. Entre ellas se pueden mencionar:

Leyes aparentes, cuya formulación técnicamente defectuosa las hace inaccesibles a las condiciones operativas del proceso penal, que es el medio ineludible para llegar eventualmente a la imposición de la pena. Se pueden mencionar aquellos preceptos exclusivamente estructurados sobre elementos subjetivos, como el art. 510.1, singularmente su variante que castiga la provocación al odio contra determinados grupos sociales.

Leyes gratuitas, en cuanto aprobadas sin los recursos personales o materiales precisos para su efectiva aplicación en caso de infracción. Entre ellas

⁵⁵ Véase un esclarecedor análisis crítico en GRACIA MARTÍN. «Consideraciones en torno a la validez de la prueba del testigo perjudicado por el delito». *Revista de derecho penal y criminología*. 1998. págs. 223 y ss.

cabe mencionar una buena parte de las obligaciones o deberes a los que se puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena del art. 83, o la introducción en el nuevo código de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Leyes imperfectas, que no prevén sanciones o su aplicación es técnicamente imposible. Al primer supuesto pertenecía el delito de atentado impropio del viejo art. 231.1º, que carecía de previsión penal, y en la actualidad la calificación como delictiva de la apología en el art. 18.1 p. 2, pese a que sólo es punible si constituye una provocación⁵⁶.

4.3. En función del contenido de los efectos sociales producidos

Un tercer grupo de supuestos abarca intervenciones penales la naturaleza de cuyos efectos supera las necesidades de control social a satisfacer por la reacción penal, lo que sucede cuando se va más allá del efecto de confirmación del orden social básico en ciudadanos con capacidad delictiva. De esta manera se ignoran las exigencias del principio de subsidiariedad.

Ello no obsta a que estemos ante intervenciones penales con virtualidad para prevenir comportamientos delictivos y respetuosas con la estructura personal de la intervención penal que acabamos de recordar en el apartado anterior. Por lo demás, sus efectos pueden localizarse en la fase de conminación, pero también en las de imposición y ejecución de las penas.

Entre los ejemplos de la fase de conminación penal se pueden citar:

Las leyes *activistas*, con las que se suscita en la sociedad la confianza de que se está haciendo algo frente a problemas irresueltos. Así sucede con la creación del delito de impago de pensiones familiares del art. 227, en un contexto de incapacidad para ejecutar las decisiones civiles⁵⁷, o con los delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 y ss., dentro de una actividad administrativa a cuya discrecionalidad progresiva no se desea poner coto⁵⁸.

Las leyes *apaciguadoras*, que sustancialmente producen el efecto de calmar las reacciones emocionales que ciertos sucesos han producido entre la ciudadanía. Fue claramente el caso de la creación del llamado delitos de conductores suicidas, del art. 384, tras la inquietud creada por diversos accidentes

⁵⁶ Supuesto este último que constituye, también, un buen ejemplo de ley de compromiso. Véase supra.

⁵⁷ Menciona este supuesto entre los simbólicos, SILVA SÁNCHEZ. «Aproximación...». op.cit. pág. 305. Véase también ZUGALDÍA ESPINAR. «Fundamentos de Derecho penal». 3ª edic. Tirant. 1993. págs. 239-240. En sentido contrario, PÉREZ MANZANO. «El impago...». op.cit. págs. 221-223.

⁵⁸ En esa línea, véanse GIMBERNAT ORDEIG. «El nuevo delito de tráfico de influencias». Diario *El Mundo*. 5 de febrero de 1991; SILVA SÁNCHEZ. «Aproximación...». op.cit. pág. 305; y yo mismo en «Exigencias sociales...». op.cit. págs. 50-51. En realidad estos preceptos encajan también fácilmente entre los que hemos denominado supra como leyes aparentes.

automovilísticos surgidos de apuestas de conducción a contramano en las autovías de salida de Madrid⁵⁹.

Las leyes *promotoras*, cuyo efecto habría de ser la modificación de determinadas actitudes sociales ante ciertos problemas sociales. Es el caso del delito de usurpación de inmuebles del art. 245.2, de algunas conductas incluidas entre los delitos relativos a la flora y la fauna de los arts. 332 y ss.⁶⁰, o de la inclusión de los malos tratos psíquicos entre los supuestos de violencia doméstica del art. 153⁶¹.

Las leyes *autoritarias*, que producen el efecto de demostrar la capacidad coactiva en general de los poderes públicos. Es el caso de la estructura punitiva de los delitos relativos a drogas de los arts. 368 y ss., siendo especialmente significativas, además de la intensidad de la pena de prisión, las consecuencias derivadas de la combinación de la forma de determinación de las multas con el ámbito del comiso.

Efectos de naturaleza similar se pueden producir en la fase de imposición y ejecución de la pena: sin duda, un efecto apaciguador de reacciones emocionales sociales, a la par que demostrativo de la capacidad coactiva en general de los poderes públicos⁶², es el abuso jurisdiccional, en la fase de imposición de la pena, del concepto de «alarma social» del art.de LECrim para decretar prisiones preventivas, si es que ya no es acreedora del calificativo de simbólica la misma previsión legal.

Asimismo, un supuesto esclarecedor del efecto apaciguador de reacciones emocionales, en la fase de ejecución de la pena, lo constituyeron las circulares internas, respetadas por los jueces de vigilancia penitenciaria, que restringieron la concesión de permisos de salida penitenciarios tras ciertos delitos graves cometidos por internos que disfrutaban de tales permisos.

En suma, nos encontramos con un derecho penal simbólico que, en el incumplimiento de los confines utilitarios que han de caracterizar el empleo de las sanciones penales, presenta perfiles muy diversos:

59 Véase DÍEZ RIPOLLÉS. «Exigencias sociales...». op.cit. pág. 51.

60 Los delitos contra el medio ambiente, en general, suelen ser objeto habitual de reproches relativos a su carácter simbólico, con frecuencia aunque no siempre, en el contexto del efecto sociopersonal que ahora criticamos. Véanse, entre otros muchos, HASSEMER. «Derecho penal simbólico...». op.cit. pág. 26; PAUL. op.cit. pág. 122; BUSTOS RAMÍREZ. op.cit. 107-109; VOSS. op.cit. pág. 28-31; BARATTA. op.cit. págs. 43-49. No obstante, las críticas a la caracterización simbólica de esta legislación van en demasiadas ocasiones (Hassemer, Baratta. *ibídem*, no así Bustos. 102-104) asociadas a una deslegitimación de los bienes jurídicos colectivos, que no comparto. Véase al respecto DÍEZ RIPOLLÉS. «El bien jurídico...». op.cit. págs. 18-19.

61 El próximo objetivo en este tema es, al parecer, aprobar una ley específica sobre la violencia doméstica donde se agrupen la mayor parte de las intervenciones legales, penales o no, ya existentes, con la pretensión de visualizar ante la sociedad de una manera más diáfana la reprobación que deben merecer estas conductas. Véase una crítica al respecto en mi «Prólogo» a la monografía de CEREZO DOMÍNGUEZ. *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*. Tirant. 2000. 19-20.

62 Cuando no se convierte, además o sustitutivamente, en un ilícito medio de presión para progresar en la investigación de los hechos enjuiciados.

Por un lado, no se puede reservar el calificativo exclusivamente para esas intervenciones penales de las que no se puede decir que prevengan comportamientos delictivos, sino que el adjetivo debe extenderse también a aquellas que ciertamente previenen comportamientos delictivos pero concentrando su atención en los objetos personales menos significativos, o que, aun respetando asimismo este último requisito, producen efectos con un contenido innecesario para garantizar el control social penal⁶³.

Por otro lado, el derecho penal simbólico no está reducido al ámbito de la conminación penal o, lo que es lo mismo, a un problema relativo a las decisiones legislativas. Su propagación al ámbito de la imposición y ejecución de la pena a través de las decisiones judiciales y penitenciarias correspondientes es cada vez más evidente, y se echan en falta estudios sobre las decisiones judiciales y de ejecución de pena que merecen el calificativo de simbólicas.

5. ESTRATEGIAS DE CONFRONTACIÓN CON EL CRECIENTE DESARROLLO DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

5.1. La naturalización de los efectos expresivo-integradores

Partiendo del reconocimiento de que el derecho penal simbólico constituye un uso patológico de los efectos expresivo-integradores de la sanción penal, resulta, sin embargo, insostenible la extendida descalificación o desconsideración de los componentes expresivos e integradores de la pena en la actual reflexión político-criminal.

En primer lugar, porque una buena parte de ellos, como hemos tenido ocasión de ver, se ajustan estrictamente al objetivo de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos, así como al resto de decisiones político-criminales que fundamentan la utilización de la pena.

En segundo lugar, porque renunciar a todos aquellos que van más allá de la intimidación del delincuente real o potencial supone prescindir de algunos de los medios más eficaces, en la actual sociedad de masas, para lograr de una manera legítima el objetivo de mantener el orden social primario. En la actual sociedad comunicacional, con la proliferación de mecanismos de transmisión de los mensajes normativos y su influencia sobre los comportamientos, parece poco realista sostener que el control social penal debe limitarse al uso de aquellos efectos que hemos llamado materiales, sólo reforzados por un efecto expresivo-integrador, el intimidatorio.

⁶³ De todos modos, será usual que una misma intervención penal participe de varios de estos excesos, sea dentro de la misma o en diferente categoría. Ya hemos destacado algunos ejemplos.

5.2. La discriminación entre los efectos expresivo-integradores

Es urgente, no obstante, desarrollar criterios que, desde perspectivas puramente utilitarias⁶⁴, permitan discriminar entre unos efectos expresivo-integradores y otros. Como he tenido ocasión de señalar en el apartado 4, los argumentos político-criminales que fundamentan el uso de la pena deben ser los puntos de referencia fundamentales.

Si ha de tener un claro predominio el objetivo de proteger los elementos esenciales para la convivencia (bienes jurídicos) a través de la prevención de los comportamientos que los lesionan o los ponen en peligro, han de quedar fuera cualesquiera pretensiones de utilizar el derecho penal para reforzar el consenso social en general⁶⁵. Especialmente sospechosas y necesitadas de verificación serán aquellas intervenciones penales que creen o incrementen de forma patente una imagen positiva del legislador o del resto de los operadores penales, o las que sean consecutivas a campañas mediáticas o de grupos de presión sucedidas poco tiempo antes sobre el mismo objeto de la intervención penal, o que causen la impresión de que persiguen objetivos distintos a los declarados.

Si las intervenciones penales se han de concentrar en quienes presentan mayor riesgo de lesionar bienes jurídicos, han de ser los delincuentes reales o potenciales próximos el objeto primordial de desenvolvimiento de los efectos de la pena, sin que sean admisibles intervenciones legislativas focalizadas en quienes no se están planteando delinquir. Sujetas a especial control deberán ser, por tanto, aquellas intervenciones penales que primen las actuaciones penales frente a otras actuaciones sociales a la hora de resolver el problema, que sean especialmente ambiciosas en sus objetivos o en su ámbito de aplicación, o que descuiden de forma patente las exigencias de corrección técnica.

Si se han de producir los efectos expresivo-integradores imprescindibles para el control social penal, se ha de adoptar una actitud reduccionista respecto a los efectos sociopersonales a causar. Vigilancia singular deberá prestarse a las intervenciones inmediatas a sucesos que han suscitado gran inquietud social, las que se ocupen de asuntos inmersos en un intenso debate en la sociedad, o las que supongan un incremento repentino del nivel punitivo respecto a ciertas conductas.

64 De las no utilitarias ya se ocupan, en el marco de los principios de la sanción, los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas. Véase supra apartado 2.4.

65 También críticamente al respecto, TERRADILLOS BASOCO. op.cit. págs. 14-15; BARATTA. op.cit. págs. 53-54; MELOSSI. op.cit. pág. 62.

5.3. Instrumentos técnicos de verificación

Pero todos esos criterios carecerán de la debida concreción y operatividad mientras no se desarrollen instrumentos técnicos que permitan verificar la corrección de las decisiones penales desde el punto de vista de los efectos sociopersonales pretendidos. Y al respecto nos encontramos con notables carencias.

Desde luego las más llamativas, por su mayor trascendencia en la problemática que tratamos, se dan en el campo de las decisiones legislativas, ayunas de una teoría y técnica de la legislación penales en las que inspirarse. De nuevo surge un problema que nos pone de manifiesto la necesidad de consolidar un procedimiento material, y no sólo jurídico-formal, de elaboración de las decisiones legislativas penales que permita deslegitimarlas, con su correspondiente declaración de invalidez, si no cumplen determinadas exigencias relativas a su correspondencia con las realidades y necesidades sociales tal como éstas son accesibles a la investigación social⁶⁶. En nuestro caso ello sucedería si se incumplieran los precedentes criterios de justificación de la producción de efectos expresivo-integradores.

Pero tampoco habrá que descuidar las insuficiencias en la aplicación del derecho, sean decisiones judiciales concernientes a la imposición o ejecución de la pena, sean decisiones administrativas sobre la ejecución. Si la vinculación a la ley no debe implicar una apreciación formalista del derecho, desconectada de las necesidades sociales, el legítimo margen de interpretación que la ley debe posibilitar no ha de aprovecharse para satisfacer demandas expresivo-integradoras de la sociedad o de los poderes públicos no legitimadas. De ahí que sea menestar utilizar instrumentos de análisis de la motivación de las decisiones aplicadoras del Derecho, que permitan identificar tales excesos y posibilitar su anulación en instancias superiores.

⁶⁶ Véase lo dicho en la Introducción y lo que he sostenido más ampliamente en DíEZ RIPOLLÉS. «Exigencias sociales...». Op.cit. págs. 49-50.