

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

EVIDENCIA EMPÍRICA Y POPULISMO PUNITIVO

EL DISEÑO DE LA
POLÍTICA CRIMINAL

PRÓLOGO

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE



¿Qué le lleva al legislador a incorporar al Código Penal la pena de prisión permanente revisable? ¿Qué le lleva a castigar con cuatro años de prisión el hecho de abandonar el lugar de un accidente, existiendo ya el delito de omisión del deber de socorro? ¿Qué le lleva a convertir en delito las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes? La respuesta nos la ofrece el propio legislador. En su opinión, la sociedad lo demanda. Sin embargo, esa demanda social no ha sido probada, y se sorprendería el legislador al saber que la ciudadanía –bien informada– no es tan punitivista como pudiera pensarse. Además, incluso aunque existiera tal demanda social, este no es un argumento válido para legitimar una determina política. ¿Acaso entenderíamos como legítima en un Estado democrático y de Derecho una decisión adoptada por la mayoría que decidiera restringir derechos de los demás? Es evidente que no.

La demanda social es un argumento insostenible para justificar una política criminal. Por eso esta obra pretende erigirse en crítica constructiva al legislador penal, que no puede continuar amparándose en dicho argumento para intensificar, cada vez más, la intervención del Derecho penal. Es el momento de que el legislador, en línea con lo que exige la normativa de la UE, abandone el populismo punitivo y elabore políticas basadas en la evidencia. Solo así se podrá valorar la eficacia de una política y solo así se podrá exigir una rendición de cuentas.

En último término, esta obra defiende que la evidencia empírica no puede ser el único argumento para llevar a cabo una política criminal. No sería aceptable, por ejemplo, la asignación de una pena de prisión perpetua para el delito de robo, por mucho que eso hiciera descender el número de esos delitos. El Derecho penal es, y debe seguir siendo, la ultima ratio del Estado. Existen otros mecanismos previos al Derecho penal, menos lesivos con los derechos de los ciudadanos, a los que se puede recurrir. Además, toda política criminal encuentra siempre un límite infranqueable en los principios legitimadores del Derecho penal, hoy con reconocimiento constitucional, que tienen como trasfondo último la dignidad del ser humano. Luego por muy eficaz que pudiera ser una política criminal, no podrá implementarse si la misma vulnera principios como el de legalidad o el de proporcionalidad, o garantías como la presunción de inocencia.

La investigación se ha desarrollado en el marco del proyecto Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias (SBPLY/17/18501/000223) concedido por la Junta de Castilla-La Mancha y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).



DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE DEUSTO

**EVIDENCIA EMPÍRICA
Y POPULISMO PUNITIVO**
EL DISEÑO DE LA
POLÍTICA CRIMINAL

PRÓLOGO

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

2020



BOSCH EDITOR

Esta obra ha sido examinada por los siguientes miembros del Comité Científico editorial:

Dr. Alfredo Abadías Selma. Profesor adjunto UNIR

Dr. Miguel Bustos Rubio. Profesor contratado-Doctor UNIR

Dr. Pere Simón Castellano. Profesor contratado-Doctor UNIR

Dra. Ana Pérez Cepeda. Catedrática Universidad de Salamanca

Dr. Tomás Montero Hernanz. Profesor titular Universidad de Valladolid

© MAYO 2020 DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

© MAYO 2020



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-121920-5-6

ISBN digital: 978-84-121920-6-3

D.L.: B 10164-2020

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Colección «Penalcrim» J.M. Bosch Editor

Coordinadores del Comité Científico:

Dr. Alfredo Abadías Selma

Profesor Adjunto de Derecho Penal y Criminología
Universidad Internacional de La Rioja

Dr. Miguel Bustos Rubio

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja

Miembros del Comité Científico

Dr. Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva

Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller

Catedrático (acr.) de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

Dr. José Ramón Agustina Sanllehí

Catedrático (acr.) de Derecho Penal
Universidad Internacional de Cataluña UIC

Dra. Paz Lloria García

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Dra. Beatriz Cruz Márquez

Profesora Titular de Derecho Penal
y Criminología
Universidad de Cádiz

Dr. Fernando Navarro Cardoso

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Dr. Enrique Sanz Delgado

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá de Henares

Dra. María del Carmen Armendáriz León

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Dr. Félix María Pedreira González

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Dra. María Concepción Gorjón Barranco

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. Sergio Cámara Arroyo

Profesor Contratado Doctor (acr.) de Derecho Penal
Universidad Nacional de Educación
a Distancia UNED

Dr. Víctor Manuel Macías Caro

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Dra. Ana Peligero Molina

Profesora Adjunta de Criminología
Universidad Camilo José Cela

Dr. Francisco Rodríguez Almirón

Profesor Derecho penal
Universidad de Granada

Dr. Pere Simón Castellano

Profesor Contratado-Doctor
Universidad Internacional de La Rioja

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO	17
INTRODUCCIÓN	21
Capítulo 1. LA POLÍTICA BASADA EN LA EVIDENCIA: EL CONCEPTO Y LA NORMATIVA DE REFERENCIA EN RELACIÓN CON LA CRIMINALIDAD	27
1. El concepto de política basada en la evidencia	27
2. La normativa de referencia	29
3. Recapitulación	35
Capítulo 2. ¿CÓMO SE MIDE EMPÍRICAMENTE LA DELINCUENCIA?	37
1. Introducción.....	30
2. Las estadísticas oficiales	39
3. Las encuestas de victimización	42
4. Los estudios de delincuencia auto-revelada	46
5. Recapitulación	49

Capítulo 3. LA EVIDENCIA EMPÍRICA DISPONIBLE EN ESPAÑA...	51
1. Las estadísticas oficiales	51
1.1. Las estadísticas policiales.....	52
1.2. Las estadísticas judiciales.....	66
1.3. Las estadísticas penitenciarias.....	72
2. Las encuestas de victimización	73
3. Los informes de delincuencia auto-revelada.....	85
4. Recapitulación	86
Capítulo 4. LA AUSENCIA DE EVIDENCIA EMPÍRICA EN EL DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL ESPAÑOLA EN LA ÚLTIMA DÉCADA: ALGUNOS EJEMPLOS	89
1. Planteamiento.....	89
2. Los delitos contra la seguridad vial y delitos imprudentes de homicidio y lesiones cometidos en ese contexto	93
3. Los delitos contra la vida.....	114
4. Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales	124
5. Recapitulación	139
Capítulo 5. LA NECESIDAD DE EMPLEAR EVIDENCIA EMPÍRICA CONTRA LA DERIVA PUNITIVA DEL LEGISLADOR	143
1. Los rasgos del populismo punitivo en las últimas reformas penales	143
1.1. El recurso desmesurado a la pena de prisión.....	146
1.2. La instrumentalización de las víctimas	152
1.3. El uso electoral del Derecho penal	158
2. El uso de la evidencia empírica en el diseño de la política criminal. Antídoto del populismo punitivo	160

Bibliografía.....	169
Listado de tablas.....	187
Listado de gráficos.....	189

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

PRÓLOGO

Siempre me han preocupado las cuestiones de legitimación del poder del legislador. La pregunta de por qué puede establecer delitos y penas no es una pregunta de tiempos pasados, aunque esté anclada en ellos; también es un debate del presente. A veces simplificamos la respuesta y la reducimos a la afirmación de la legitimación de origen del legislador, como expresión ahora de la soberanía del pueblo exteriorizada en su elección como resultado de unas votaciones. Realmente tal vez era más fácil alcanzar una respuesta convincente cuando la soberanía la recibía el soberano de la divinidad, cuando éramos súbditos y no ciudadanos.

Pero tampoco fue así, hace ya algunos siglos y justamente en las aulas en las que comenzó la formación de la autora de esta espléndida monografía, ya un dominico del convento de San Esteban llegó a cuestionar en sus relecturas la legitimación del soberano para poder ejercer su poder sin límite alguno.

Hoy no se discute la legitimación de origen de nuestro legislador, como representante de la soberanía que reside en todos nosotros, independiente de que puedan mejorarse algunos aspectos de la legislación electoral. Pero la legitimación no se agota en este punto, pues el legislador, democráticamente elegido, tiene que acomodar su actuación a determinados condicionantes. Siguen estan-

do presentes los condicionantes internacionales que apuntó Francisco de Vitoria, estructurados ahora por el desarrollo que ha adquirido el Derecho penal internacional y por las limitaciones que a la soberanía imponen a veces las instituciones internacionales en la que se integran los Estados. Junto a estos condicionantes al ejercicio del poder, está el no menor del contenido de nuestra Constitución, que de forma expresa limita el poder del legislador a través de su programa penal basado en la dignidad de la persona y en los derechos inviolables que le son inherentes. Para garantizar que la actuación del legislador no se desvíe y pierda su legitimación se cuenta con la actuación del Tribunal Constitucional.

Pero eso no es todo, y el contenido de este libro es buena prueba de ello. Pues una cuestión es garantizar que las decisiones del legislador no colisionen con el contenido de la Constitución y otra, que sean propuestas razonables, y que, como lamentablemente ocurre muchas veces, exterioricen una mala política, decisiones en este caso solo políticamente controlables.

El penalista ha tenido y tiene siempre dos posibles destinatarios de sus propuestas y reflexiones. Históricamente la escuela clásica en el siglo XIX tuvo como interlocutor al legislador, al que proponía cómo debía elaborar los Códigos. Más tarde, vigentes estos, el interlocutor pasó a ser el juzgador y la aportación fue la dogmática. No se cuestionaban las leyes, se establecían las reglas para su aplicación, que ciertamente reflejan, o deben hacerlo, las garantías para el ciudadano que ha delinquido.

Cuando nos dirigimos al legislador o cuando el legislador adopta sus decisiones, estamos exteriorizando nuestra ideología, el cómo queremos ordenar la sociedad, pero ¿basta eso, que la decisión se acomode a nuestra ideología para que una decisión político criminal sea la correcta? La respuesta –y las páginas de este libro son una magnífica prueba de ello– debe ser negativa. Se requiere algo tan básico como tener presentes los resultados que aporta el estudio científico de la realidad que se pretende regular. El legislador español no sigue este camino, lo que, como subraya la autora en las primeras líneas de su obra, le lleva a tener como objetivo primordial de su investigación, «estudiar el *no* uso por parte del legislador de la evidencia científica disponible a la hora de elaborar las leyes de reforma del Código Penal».

Para mí al menos, y para la Dr^a Demelsa Benito también, es preciso retomar la idea de la «*gesamte Strafrechtswissenschaft*» de von Liszt, y profundizar

en las relaciones entre la Criminología, la Política Criminal y el Derecho penal. Las propuestas político criminales son consecuencia de la proyección de nuestra ideología sobre las evidencias que aporta la Criminología. La decisión político criminal no puede basarse solo en evidencias, no toda propuesta de la Criminología es aceptable, pero, en sentido opuesto, prescindiendo de la evidencia, la ideología no debe llevar ni al legislador a reformas legislativas, ni al penalista a aplaudirlas. Por esto, trabajos como este, que refuerzan esta idea, son especialmente precisos en tiempos como los presentes particularmente convulsos y de excesos punitivos.

El lector puede entender que es obvio que cualquier decisión del legislador debe reposar sobre el conocimiento de la realidad, en la terminología de esta obra, sobre la evidencia. Pero el legislador español parece haberlo olvidado en las últimas décadas. El Código de 1995, en sus ya veinticinco años de vigencia, ha sido objeto de una treintena de reformas, entusiasmo punitivo, que en bastantes ocasiones ha sido objeto de la crítica de la academia, pues olvida además que la política criminal tiene más recursos frente a los comportamientos que quieren evitarse que el de los delitos y las penas.

La respuesta a esta situación hay que buscarla en un erróneo populismo punitivo, y el libro lo pone en evidencia, que reposa en buscar la legitimación en supuestas demandas de la opinión pública. El ejemplo más evidente ha sido la incorporación al catálogo de penas, en 2015, de la prisión permanente revisable. El legislador ampara su decisión en una supuesta «demanda social», busca la legitimación a su exceso punitivo en la opinión pública, en bastantes casos mediáticamente condicionada en sus demandas a corto plazo, como si el apoyo de una supuesta coyuntural mayoría fuese suficiente para abordar una decisión de tal calado. Este argumento, reiterado en otras reformas, pretende escudarse en una presunta opinión pública, cuando lo cierto es que bastantes de las modificaciones del Código Penal solo responden a intereses políticos, a una política con minúscula, a una mala política.

En realidad, estos cambios legislativos, de marcado carácter punitivo, obedecen a una falsa idea de seguridad, donde lo importante no es la seguridad objetiva, sino la búsqueda de generar a corto plazo la sensación de seguridad en la ciudadanía, aunque no se corresponda con los datos que suministra el examen de la realidad.

La autora analiza las recientes reformas de los delitos contra la seguridad vial, los delitos contra la vida y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en las que el legislador exterioriza su furor punitivo, y contrapone su contenido con los datos concretos que proporciona en nuestro país una mejorable evidencia científica, pero suficiente para dismantelar las razones aducidas por el autor de las leyes.

En síntesis, la conclusión general que puede extraerse de la lectura de estas páginas es que estamos en un momento histórico donde la política, como regla general, exterioriza un populismo punitivo caracterizado por el endurecimiento de las penas, la instrumentalización de las víctimas y por el uso electoral del Derecho penal, que hace tambalear la legitimación de la política criminal que se ha seguido en los últimos tiempos, aunque sea llevada a cabo por una mayoría parlamentaria electoralmente legitimada.

Frente a este errado camino hay que anteponer, este libro lo hace, la fuerza de la razón asentada sobre las evidencias, y respetuosa en sus decisiones con los principios constitucionales de la dignidad del hombre y los derechos que le son inherentes.

La profesora Demelsa Benito, que hoy profesa en la Universidad de Deusto ha elaborado una magnífica monografía, su tercera monografía. Poder escribir un libro como este requiere una sólida formación en Derecho penal, pero no sólo, también en Criminología. Es el fruto de su dedicación y trabajo en Salamanca primero, en Colonia más tarde y ahora en la Universidad de Deusto. Cuando leo sus planteamientos, sus análisis y sus propuestas, me siento orgulloso de haber podido contribuir a su formación. Por todo ello es para mí una satisfacción poder escribir estas reflexiones.

En Salamanca, en el mes de abril del año 2020

■ **La violencia filio-parental: una visión interdisciplinar. 2020**

Alfredo Abadías Selma | Roberto Pereira Tercero (*Coordinadores*)

■ **Aporofobia y Delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4^a CP.). 2020**

Miguel Bustos Rubio

■ **Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal. 2020**

Demelsa Benito Sánchez