

JESÚS-MARÍA
SILVA SÁNCHEZ

**LA EXPANSIÓN
DEL
DERECHO PENAL**

**Aspectos de la política
criminal
en las sociedades
postindustriales**

Segunda edición,
revisada y ampliada



LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL
ASPECTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL
EN LAS SOCIEDADES POSTINDUSTRIALES

CONSEJO EDITORIAL
MANUEL ALONSO OLEA
LUIS DíEZ-PICAZO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
AURELIO MENÉNDEZ
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Pompeu Fabra

**LA EXPANSIÓN
DEL DERECHO PENAL
ASPECTOS DE LA POLÍTICA
CRIMINAL EN LAS SOCIEDADES
POSTINDUSTRIALES**

SEGUNDA EDICIÓN, REVISADA Y AMPLIADA



Segunda edición, 2001

La primera edición se publicó en la colección «Cuadernos»



No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquiera otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2001, by Jesús-María Silva Sánchez

Civitas Ediciones, S. L.

Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid (España)

ISBN: 84-470-1661-7

Depósito legal: M. 36.411-2001

Compuesto en Producciones Gráficas Ferven, S. L.

Printed in Spain. Impreso en España

por Gráficas Rogar, S. A. Navacarneiro (Madrid)

ÍNDICE

Abreviaturas utilizadas	9
Nota previa a la segunda edición	11
Nota previa a la primera edición	13
1. Introducción	17
2. Sobre algunas causas de la expansión del Derecho penal.	25
2.1. LOS «NUEVOS» INTERESES	25
2.2. LA EFECTIVA APARICIÓN DE NUEVOS RIESGOS	26
2.3. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA INSEGURIDAD	28
2.4. LA SENSACIÓN SOCIAL DE INSEGURIDAD	32
2.5. LA CONFIGURACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE «SUJETOS PASIVOS»	42
2.6. LA IDENTIFICACIÓN DE LA MAYORÍA SOCIAL CON LA VÍCTIMA DEL DELITO	52
2.7. EL DESCRÉDITO DE OTRAS INSTANCIAS DE PROTECCIÓN.	61
2.8. LOS GESTORES «ATÍPICOS» DE LA MORAL («ATYPISCHE MORALUNTERNEHMER»)	66
2.9. LA ACTITUD DE LA IZQUIERDA POLÍTICA: LA POLÍTICA CRIMINAL SOCIALDEMÓCRATA EN EUROPA	69
2.10. UN FACTOR COLATERAL: EL «GERENCIALISMO»	74
3. La globalización económica y la integración supranacional. Multiplicadores de la expansión	81
3.1. INTRODUCCIÓN	81
3.2. GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA, INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y DELINCUENCIA	85
3.3. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN	87
3.3.1. <i>Las vías de configuración de un Derecho penal de la globalización</i>	88
3.3.2. <i>La dogmática frente a la delincuencia de la globalización</i>	90
3.3.3. <i>Los principios político-criminales en el Derecho penal de la globalización</i>	99

4. La Política criminal y la teoría del Derecho penal ante los aspectos socio-culturales y políticos de la globalización . . .	103
4.1. PLANTEAMIENTO	103
4.2. GLOBALIZACIÓN Y CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA SOCIAL.	104
4.3. LA GLOBALIZACIÓN POLÍTICA Y CULTURAL Y EL DERECHO PENAL	109
5. Excurso: sobre la limitada influencia en este punto de ciertas construcciones teóricas	113
6. Cambios de perspectiva: la «administrativización» del Derecho penal	121
6.1. INTRODUCCIÓN	121
6.2. MÁS QUE UNA ANÉCDOTA: EL PARADIGMA DE LOS « <i>KUMULATIONSDELIKTE</i> » (O DELITOS DE ACUMULACIÓN)	131
6.3. LA PROTECCIÓN PENAL DEL «ESTADO DE LA PREVENCIÓN»	136
6.4. LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS DE ORIGEN PERSONAL Y LA INOCUIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL ACTUAL	141
7. La imposibilidad de «volver» al viejo y buen Derecho penal liberal («gutes, altes liberales Strafrecht»)	149
7.1. PLANTEAMIENTO	149
7.2. CONTRA LA CONSOLIDACIÓN DE UN ÚNICO «DERECHO PENAL MODERNO»	157
7.3. ¿DERECHO PENAL «DE DOS VELOCIDADES»? UN PUNTO DE PARTIDA: EL MANTENIMIENTO DE GARANTÍAS CUALIFICADAS EN CASO DE CONMINACIÓN CON PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD	159
8. ¿Tercera velocidad del Derecho penal? Sobre el «Derecho penal del enemigo»	163

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- ADPCP*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AFD: Anuario de Filosofía del Derecho.
APC: Archives de Politique Criminelle.
ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.
DS: Déviance et Société.
GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht.
JD: Jueces para la Democracia.
JZ: Juristenzeitung.
KrimJ: Kriminologisches Journal.
KritJ: Kritische Justiz.
KritV: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
MLR: The Modern Law Review.
NJW: Neue Juristische Wochenschrift.
PJ: Poder Judicial (Revista).
RAP: Revista de Administración Pública.
RCSP: Revista Catalana de Seguretat Pública.
RDM: Revista de Derecho Mercantil.
RIDPP: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.
RTDPE: Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia.
StV: Strafverteidiger.
ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik.
ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

NOTA PREVIA A LA SEGUNDA EDICIÓN

La primera edición de esta obra apareció hacia febrero de 1999, sin que yo tuviera entonces la vocación de proseguir la investigación de las cuestiones que en ella se trataban. Sin embargo, la amable acogida que desde el primer momento tuvo el libro * me animó a seguir reflexionando sobre algunos de los temas estudiados, a introducir otros nuevos relacionados con aquéllos y, en fin, a ofrecer ahora, al cabo de dos años, un texto sustancialmente más amplio, en lugar de una mera reedición, obligada al haberse agotado el libro y sus reimpressiones de urgencia.

En este sentido, he procedido, por un lado, a incluir nuevas referencias bibliográficas que provisionalmente confirman, según creo, algunas de las hipótesis fundamentales contenidas en el libro. Por otro lado, he intentado desarrollar algunas páginas que inicialmente resultaban demasiado concisas, con el fin de evitar malentendidos y también de matizar ideas que había que modificar parcialmente en función de los estudios realizados con posterioridad. En tercer lugar, he continuado brevemente el análisis de algunos de los problemas entonces sólo introducidos. Y, en fin, he añadido apartados por completo nuevos.

El resultado es un texto cuyo cuerpo resulta desde luego ampliamente coincidente con el de la primera edición, pero que es significativamente más extenso y, según creo, también más completo. Espero que esta edición, como en el caso de la primera, contribuya

* Quiero agradecer aquí especialmente las observaciones, críticas o adhesiones de los colegas españoles y extranjeros que se han interesado por los análisis y propuestas que se contenían en la primera edición del texto. De modo muy especial, vaya mi agradecimiento a Antonio García-Pablos, por la detallada consideración que efectúa en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*, Madrid 2000, pp. 106-115, 317-318, 373-377, entre otras.

a alimentar la discusión sobre cuestiones de teoría de la Política criminal, que en España han recibido sólo una atención relativa **.

Barcelona, febrero de 2001

** El trabajo de investigación que ha dado lugar a esta obra se ha beneficiado de la «Distinció de Foment a la Recerca» de la Generalidad de Cataluña.

NOTA PREVIA A LA PRIMERA EDICIÓN

Algunas de las reflexiones que se contienen en el texto se expusieron en Buenos Aires, en una conferencia dictada en la *Universidad Austral* en junio de 1998. Otras, en São Paulo, en la ponencia que desarrollé en septiembre de 1998 en el marco del *IV Seminário Internacional del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Estas páginas están dedicadas a ambas instituciones, así como a los profesores integrantes de las Áreas de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra y de la Universidad de Navarra.

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL
ASPECTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL
EN LAS SOCIEDADES POSTINDUSTRIALES

1. INTRODUCCIÓN

1. «Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad —pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso—, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pessima respublica, plurimae leges*»¹. Probablemente por consideraciones similares a las transcritas de Carl Ludwig VON BAR, aunque radicalizadas en razón del contexto actual, en los círculos intelectuales nunca se había oído hablar tanto de la necesidad de reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un *Derecho penal mínimo* como en la última década. Esta expresión, a fuerza de ser repetida por amplios sectores doctrinales —aunque debe significarse que en absoluto por todos²—, empieza a correr incluso el riesgo de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto, de modo similar a lo acontecido con la famosa —y deformada— frase de RADBRUCH relativa a la sustitución del Derecho penal por algo *mejor* que éste. En efecto, poco parece importar, a este respecto, que no se tenga muy claro dónde se hallan los límites de tal «*Derecho penal mínimo*»³, que, en puridad, según algunas interpre-

¹ VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlin, 1882 (reimpr. Aalen, 1992), p. 334.

² Cfr. la postura crítica frente al minimalismo en ROXIN, *Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad* (trad. Gómez Rivero), en EL MISMO, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, 2000, pp. 57 y ss., 89 y ss., con referencias.

³ FERRAJOLI, *El Derecho penal mínimo*, en «Poder y Control», 0 (1986), pp. 35 y ss.; también, BARATTA, *Prinzipien des minimalen Strafrechts. Eine Theorie der Menschenrechte als Schutzobjekte und Grenze des Strafrechts*, en KAISER/KURY/ALBRECHT (Hrsg.), «Kriminologische Forschung in den 80er Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland», 2. Halbband, Freiburg, 1988, pp. 513 y ss.

taciones del mismo, conceptualmente tampoco se halla muy lejos de las propuestas que, entre otros, realizara BECCARIA hace dos siglos ⁴.

2. Ciertamente, en principio, no parece sino que la expresión «Derecho penal mínimo» engloba propuestas diversas cuyo denominador común es una vocación restrictiva del Derecho penal, pero sin que exista una coincidencia total en cuanto al alcance exacto de las mismas ⁵. En el caso de BARATTA, el punto de partida de la orientación minimizadora ha venido siendo la estimación de la radical injusticia e inutilidad de la pena, cuya función sería la reproducción de las relaciones de dominio preexistentes, recayendo fundamentalmente sobre las clases subalternas. A partir de ello, ha pretendido desarrollar una teoría de la «minimización» de la intervención penal a partir de los derechos humanos y, según creo, desde una visión conflictiva de nuestro modelo social ⁶. El contenido que BARATTA atribuye a la propuesta, sin embargo, no parece coincidir exactamente con la visión que del «Derecho penal mínimo» tiene el máximo difusor de esta expresión (LUIGI FERRAJOLI), quien también lo denomina *garantista*, cognitivo o de estricta legalidad ⁷. Además, es preciso subrayar que este último autor estima que se trata «*de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisficible*» ⁸. El

⁴ En el momento de redactarse la primera edición de esta obra se difundió la noticia de que un grupo de colegas italianos, entre ellos los profesores BARATTA, FERRAJOLI y MOCCIA, habían asumido el reto de redactar el Código penal cuya instauración propugarían los defensores del Derecho penal mínimo. Ello resultaba especialmente interesante, por cuanto esta línea de pensamiento ha adolecido hasta el momento de una falta de concreción de sus propuestas. Sin embargo, no parece que la referida iniciativa haya seguido adelante.

⁵ Cfr. la descripción y crítica de las diversas propuestas en MARINUCI/DOLCINI, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, «RIDPP», 1999, pp. 802 y ss., 808 y ss.

⁶ Cfr. BARATTA, en «Kriminologische Forschung», pp. 518 y ss., integrando en dicha teoría la privatización y la politización de los conflictos, así como la no utilización de los conceptos de criminalidad y pena. Cfr. asimismo BARATTA, en «Kriminologische Forschung», pp. 534 y ss., 536 y ss.

⁷ Lo vuelve a poner de relieve BARATTA, *La Politica criminale e il Diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, en CANESTRARI (ed.), «Il Diritto penale alla svolta di fine milenio», Torino, 1998, pp. 24 y ss., 44-45 y nota 51.

⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Andrés

término «Derecho penal mínimo» y su contrapuesto (Derecho penal máximo⁹) se configuran en FERRAJOLI por referencia «*bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas*»¹⁰.

3. En los últimos años, la defensa del «minimalismo» se ha asociado, sobre todo, a las posturas defendidas por algunos de los más significados autores de la denominada «*escuela de Frankfurt*». Éstos, orientados a la defensa de un modelo ultraliberal del Derecho penal, han venido proponiendo su restricción a un «Derecho penal básico» que tuviera por objeto las conductas atentatorias contra la vida, la salud, la libertad y la propiedad, a la vez que abogando por el mantenimiento de las máximas garantías en la ley, la imputación de responsabilidad y el proceso. En este sentido, han caracterizado la evolución del Derecho penal oficial como una «*cruzada contra el mal*», desprovista de la más mínima fundamentación racional¹¹.

Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés), Madrid, 1995, p. 93.

⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 105: «*el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación*».

¹⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 104; pero entre los dos extremos «*existen muy diversos sistemas intermedios, hasta el punto de que deberá hablarse más propiamente, a propósito de las instituciones y ordenamientos concretos, de tendencia al derecho penal mínimo o de tendencia al derecho penal máximo*».

¹¹ Cfr. las más relevantes manifestaciones de esta postura en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.) (Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra —ed. esp.—), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, una obra que constituye la versión española de la publicada en Alemania en 1995; asimismo, en los diversos tomos de LÜDERSSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Bd. I, Legitimationen, Baden-Baden, 1998; Bd. II, Neue Phänomene der Gewalt, Baden-Baden, 1998; Bd. III, Makrodelinquenz, Baden-Baden, 1998; Bd. IV Legalbewahrung und Ich-Struktur, Baden-Baden, 1998; Bd. V Lernprozesse im Vergleich der Kulturen, Baden-Baden, 1998; o, también, en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (Hrsg.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt a.M., 1999.

4. Pues bien, frente a tales posturas doctrinales en efecto no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes¹², que cabe enlavar en el marco general de la restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «*expansión*»¹³. Tal «*expansión*» es, por cierto, una característica innegable del Código penal español de 1995 y la valoración positiva que importantes sectores doctrinales han realizado del mismo pone de relieve cómo la tópica «huida (selectiva) al Derecho penal» no es sólo cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hasta hace poco carecía. En todo caso, el legislador de 1995, en efecto, no pudo sustraerse ni siquiera a un reconocimiento expreso —aunque a medias— de este fenómeno, al aludir en la Exposición de Motivos del cuerpo legal a la existencia de una «*antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja*», antinomia que se resolvería en el texto, según el propio legislador, «*dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser*». En realidad, sin embargo, lo evidente era la acogida de «nuevas formas de delincuencia» y la agravación general de las penas imponibles a delitos ya existentes (sobre todo, socio-eco-

¹² Podría indicarse que éste es el *leit-motiv* del texto de HETTINGER, *Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart. Versuch einer kritischen Bestandsaufnahme*, Heidelberg, 1997, *passim*.

¹³ Cfr., por ejemplo, KINDHÄUSER, *Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft*, «Universitas», 3/1992, p. 227: «El Derecho penal se expande sin freno»; SEELMANN, *Risikostrafrecht*, «KritV», 4/1992, pp. 452 y ss.; PALAZZO, *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, en VIOLANTE (ed.), «Storia d'Italia», Annali, 12, La Criminalità, Torino, 1997, pp. 851 y ss., 868. Es clave el estudio de MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 1.ª ed., Napoli, 1995; 2.ª ed., Napoli, 1997, con un profundo análisis de la situación italiana.

nómicos); en cambio, la trascendencia de la eliminación de ciertas figuras delictivas resulta prácticamente insignificante.

5. En efecto, lo que resulta verdaderamente significativo son los fenómenos que el legislador apunta como expresivos de lo uno y de lo otro: «*En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales; en el segundo, la desaparición de las figuras complejas de robo con violencia e intimidación en las personas que, surgidas en el marco de la lucha contra el bandolerismo, deben desaparecer dejando paso a la aplicación de las reglas generales.*» La vinculación de lo primero con las nuevas «necesidades» de tutela (¿penal?) de una sociedad compleja resulta bastante clara, según el discurso doctrinal e ideológico que se está consagrando como dominante. En cambio, uno sucumbe a la tentación de preguntarse qué tiene que ver una reforma técnica de los delitos clásicamente denominados *complejos* para someterlos a las reglas generales del concurso de delitos con el principio de intervención mínima (!). La primacía de los elementos de expansión se hace así evidente.

6. No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva). Sin negar que a tal explicación pueda asistirle parte de razón, creo que sería ingenuo ubicar las causas del fenómeno de modo exclusivo en la superestructura jurídico-política, en la instancia «estatal»¹⁴. Por contra, es mi opinión que, en buena medida, nos

¹⁴ BECKETT, *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*, New York/Oxford, 1997, pp. 62 y ss., 108, se aproxima —en mi opinión— a esta interpretación, cuando establece que el apoyo popular a las «cruzadas» gubernamentales contra el delito no es debido sino a la difusión de la ideología del gobierno a través de los medios de comunicación. De no ser así, a su entender, las concepciones que parten de la existencia de causas sociales del delito y apoyan programas de rehabilitación tendrían el mayor apoyo del público.

hallamos aquí ante causas algo más profundas, que hunden sus raíces en el modelo social que se ha ido configurando durante, al menos, los dos últimos decenios y en el consiguiente cambio de papel del Derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales.

7. Subrayar esto último me parece esencial. En efecto, difícilmente podrá interpretarse la situación de modo correcto y, con ello, sentar las bases de la mejor solución posible a los problemas que suscita, si se desconoce la existencia en nuestro ámbito cultural de una verdadera demanda social de *más* protección. A partir de ahí, cuestión distinta es que desde la sociedad se canalice tal pretensión en términos más o menos *irracionales* como demanda de *punición*. En este punto, probablemente no esté de más aludir a la posible responsabilidad que los creadores de opinión pueden tener en tal canalización, dado su papel de mediadores. Como asimismo conviene cuestionar que desde las instituciones del Estado no sólo se acojan acriticamente tales demandas irracionales, en lugar de introducir elementos de racionalización en las mismas ¹⁵, sino que incluso se las retroalimente en términos *populistas* ¹⁶. Todo esto es, seguramente, cierto. Pero la existencia de una demanda social constituye un punto de partida *real*, de modo que la propuesta que acabe acogándose en cuanto a la configuración del Derecho penal no habría de eludir el darle a la misma una respuesta también *real*.

8. En particular, y para evitar de entrada malas interpretaciones, conviene subrayar, a este respecto, que la profundidad y la extensión de las bases sociales de la actual tendencia expansiva del Derecho penal no tienen nada que ver con las que en la década de los años sesenta —y posteriores— respaldaban al movimiento, inicialmente norteamericano, de «*law and order*» ¹⁷. Por

¹⁵ Cfr. PALIERO, *Consenso sociale e Diritto penale*, «RIDPP», 1992, pp. 849 y ss., 868-869.

¹⁶ En realidad, si no hubiera una demanda social de pena, más o menos condicionada por los medios de comunicación, no se entenderían realmente las propuestas expansivas de la legislación penal efectuadas por unos partidos políticos que gobiernan —o pretenden gobernar— con la única referencia axiológica de las encuestas de opinión.

¹⁷ Cfr. la amplia exposición de ARZT, *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland*, Tü-

eso sería erróneo pretender analizar en esa clave la expansión del Derecho penal característica de nuestro particular *fin de siècle* cuyas «causas» se pretende esbozar en este texto¹⁸. En efecto, las propuestas del movimiento de ley y orden se dirigían básicamente a reclamar una reacción legal, judicial y policial más contundente contra los fenómenos de delincuencia de masas, de criminalidad callejera (patrimonial y violenta)¹⁹. Así las cosas, unos sectores sociales —para simplificar, los acomodados— apoyaban tales propuestas; otros, en cambio, —los marginados, pero también los intelectuales y los movimientos de derechos humanos — se oponían a ellas²⁰. En esa medida, el debate en torno al referido movimiento constituye seguramente el último ejemplo de la concepción convencional del Derecho penal como instrumento de restricción de derechos individuales, particularmente sufrido por las clases «emergentes», y a cuya intensificación éstas, así como los movimientos de derechos civiles y políticos, se oponen frontalmente. Es fundamental subrayar que la representación social del Derecho penal que se desprende de la discusión sobre el movimiento de ley y orden no era en absoluto unívoca, sino, por el contrario, básicamente escindida²¹.

9. La representación social del Derecho penal que subyace a la actual tendencia expansiva muestra, por el contrario, y como se verá, una rara unanimidad. La escisión social característica de los debates clásicos sobre el Derecho penal ha sido sustituida por

bingen, 1976, quien sitúa convencionalmente el origen del tema en 1963, y su contenido en la petición de una intervención policial más contundente, así como de un Derecho penal (sustantivo, procesal y penitenciario) más riguroso (p. 1).

¹⁸ A mi entender, procede de este modo VON HIRSCH, *Law and Order: Die Politik der Ressentiments*, en LÜDERSSEN (Hrsg.), «Aufgeklärte Kriminalpolitik», Bd. V, pp. 31 y ss.

¹⁹ ARZT, *Der Ruf*, p. 5: seguridad ciudadana en el hogar, el negocio y la calle. El movimiento de ley y orden propugna, pues, un «punitivismo», que no implica necesariamente expansión en el sentido expuesto, sino en concreto una mayor intensidad de la reacción.

²⁰ Cfr. BECKETT, *Making Crime Pay*, pp. 12, 28 y ss., 62 y ss., 80 y ss. Unos y otros discrepaban radicalmente en cuanto a las causas de los delitos y, por tanto, también en las posibles formas de afrontarlos (más control, los conservadores; más bienestar, los progresistas).

²¹ Son muy gráficos los datos que aporta ARZT, *Der Ruf*, p. 17, sobre la representación radicalmente diversa de blancos y negros norteamericanos en relación con la intervención de la policía.

una coincidencia general, o casi general, sobre las «virtudes» del Derecho penal como instrumento de protección de los ciudadanos. Desde luego, ni las premisas ideológicas ni los requerimientos del movimiento de «ley y orden» han desaparecido: al contrario, se han integrado (cómodamente) en ese nuevo consenso social sobre el papel del Derecho penal²². A la formulación de algunas hipótesis en cuanto al porqué de la cristalización de ese consenso se dedican las páginas que siguen.

²² El consenso surge porque, por diversas razones, el movimiento «conservador» de ley y orden confluye con propuestas o intereses próximos procedentes de los sectores sociales antaño escépticos, o directamente contrarios a la intervención del Derecho penal.

2. SOBRE ALGUNAS CAUSAS DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

2.1. Los «nuevos intereses»

1. El Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de *bienes jurídicos* especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos —de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes—, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de *nuevas realidades* que antes no existían —o no con la misma incidencia—, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de *realidades tradicionalmente abundantes* y que en nuestros días empiezan a manifestarse como «*bienes escasos*», atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente. En tercer lugar, hay que contemplar el incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas; por ejemplo, el patrimonio histórico-artístico. Entre otros factores.

2. La doctrina se ha ocupado con detalle de estos fenómenos —bienes colectivos²³, intereses difusos— que ponen de re-

²³ Cfr. ALEXY, *Derechos individuales y bienes colectivos*, en su obra «El concepto y la validez del Derecho» (trad. J. M. Seña), Barcelona, 1994, pp. 179

lieve la creciente dependencia del ser humano de realidades externas al mismo, como es el caso de la normal actividad de determinados terceros. Aunque también es cierto que en absoluto puede hablarse, de momento, de la existencia de un consenso total sobre cuáles deben ser protegidos penalmente y en qué medida. En cualquier caso, sería ocioso dedicar aquí más espacio a esta discusión. Lo que interesa poner de relieve en este momento es tan sólo que seguramente existe un espacio de «*expansión razonable*» del Derecho penal. Aunque con la misma convicción próxima a la seguridad deba afirmarse que también se dan importantes manifestaciones de la «*expansión irrazonable*». A título puramente orientativo: la entrada masiva de capitales procedentes de actividades delictivas (singularmente, del narcotráfico) en un determinado sector de la economía provoca una profunda desestabilización del mismo con importantes repercusiones lesivas. Es, pues, probablemente razonable que el o los responsables de una inyección masiva de dinero *negro* en un determinado sector de la economía sean sancionados penalmente por la comisión de un delito contra el orden económico. Ahora bien, ello no hace, sin más, razonable la sanción penal de cualquier conducta de utilización de pequeñas (o medianas) cantidades de dinero *negro* en la adquisición de bienes o la retribución de servicios. La tipificación del delito de blanqueo de capitales es, en fin, una manifestación de expansión razonable del Derecho penal (en su núcleo, de muy limitado alcance) y de expansión irrazonable del mismo (en el resto de conductas, de las que no puede afirmarse en absoluto que, una por una, lesionen el orden económico de modo penalmente relevante).

2.2. La efectiva aparición de nuevos riesgos

1. Desde la enorme difusión de la obra de Ulrich BECK ²⁴, es un lugar común caracterizar el modelo social postindustrial en

y ss., 186-187: «*Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos.*»

²⁴ Cuyos libros emblemáticos son textos de cabecera de la moderna teoría

que vivimos como «sociedad del riesgo» o «sociedad de riesgos» (*Risikogesellschaft*)²⁵. En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual²⁶. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. De entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del *riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural*²⁷. Ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.) que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera. Pero también, porque la sociedad tecnológica, crecientemente competitiva, desplaza a la marginalidad a no pocos individuos,

social: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986; *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt, 1988; *Politik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1991; *Die Erfindung des Politischen. Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung*, Frankfurt, 1993.

²⁵ Esto es, una sociedad en la que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y, con frecuencia, irreparables; que afectan a todos los ciudadanos; y que surgen de decisiones humanas. Una descripción resumida en BECK, *De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo* (trad. Del Rfo Herrmann), en «Revista de Occidente», núm. 150, noviembre 1993, pp. 19 y ss.

²⁶ De entrada, como se reconoce de modo prácticamente unánime, dicho progreso ha aumentado de modo relevante la seguridad de los hombres frente a los riesgos de procedencia natural: cfr. KUHLEN, *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, «GA», 1994, pp. 347 y ss., 360; SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, «GA», 1995, pp. 201 y ss., 211.

²⁷ Cfr. al respecto las consideraciones generales de LÓPEZ CEREZO/LUJÁN LÓPEZ, *Ciencia y política del riesgo*, Madrid, 2000, *passim*, pp. 24-25. En relación con el Derecho penal en particular, PÉREZ DEL VALLE, *Sociedad de riesgos y Derecho penal*, «PJ», 1996, núms. 43-44, pp. 61 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos*, «PJ», 1997, núm. 48, pp. 289 y ss.

que inmediatamente son percibidos por los demás como fuente de riesgos personales y patrimoniales.

2. El progreso técnico da lugar, en el ámbito de la delincuencia dolosa tradicional (la cometida con dolo directo de primer grado), a la adopción de nuevas técnicas como instrumento que le permite producir resultados especialmente lesivos; asimismo, surgen modalidades delictivas dolosas de nuevo cuño que se proyectan sobre los espacios abiertos por la tecnología. La criminalidad asociada a los medios informáticos y a *Internet* (la llamada «*ciberdelincuencia*») es, seguramente, el mejor ejemplo de tal evolución. En esta medida, es innegable por lo demás la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de *criminalidad organizada*, que operan a nivel internacional, y constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados). Pero es, asimismo, fundamental —según como se mire, más todavía que en el ámbito de las formas intencionales de delincuencia— la incidencia de estas nuevas técnicas en la configuración del ámbito de la delincuencia no intencional (en lo que, de entrada, es secundaria su calificación como dolo-so- eventual o imprudente). En efecto, las consecuencias lesivas del «fallo técnico» aparecen como un problema central en este modelo, en el que se parte de que un cierto porcentaje de accidentes graves resulta inevitable²⁸, a la vista de la complejidad de los diseños técnicos. Así, se trata de decidir, entre otras cosas, la cuestión crucial de los criterios de la ubicación de los «fallos técnicos» bien en el ámbito del riesgo penalmente relevante o bien en el propio del riesgo permitido.

2.3. La institucionalización de la inseguridad

1. La sociedad postindustrial es, además de la «sociedad del riesgo» tecnológico, una sociedad con otros caracteres individualizadores, que convergen en su caracterización como una sociedad de «objetiva» inseguridad. De entrada, debe significar-

²⁸ Cfr. la referencia de LÓPEZ CEREZO/LUJÁN LÓPEZ, *Ciencia y política*, pp. 28 y ss., a la tesis de las «catástrofes normales» (de Charles PERROW, *Normal Accidents: Living with High-Risk Technologies*, New York, 1984).

se que el empleo de medios técnicos, la comercialización de productos o la utilización de sustancias cuyos posibles efectos nocivos no se conocen de modo seguro y, en todo caso, se manifestarán años después de la realización de la conducta introducen un importante factor de incertidumbre en la vida social ²⁹. El ciudadano anónimo se dice: «*nos están “matando”, pero no acabamos de saber a ciencia cierta ni quién, ni cómo, ni a qué ritmo*». En realidad, hace tiempo que los especialistas han descartado la, por lo demás remota, posibilidad de neutralizar los nuevos riesgos, incidiéndose más bien en que debe profundizarse en los criterios de distribución eficiente y justa de los mismos —existentes y en principio no neutralizables— ³⁰. El problema, por tanto, no radica ya sólo en las decisiones humanas que *generan* los riesgos, sino también en las decisiones humanas que los *distribuyen*. Y si bien es cierto que son muchos los que propugnan la máxima participación pública en las correspondientes tomas de decisión, no lo es menos que, de momento, las mismas tienen lugar en un contexto de casi total opacidad.

2. Todo ello pone de relieve que, en efecto, nos ha tocado vivir en una sociedad de enorme *complejidad* ³¹ en la que la interacción individual —por las necesidades de cooperación y de división funcional— ha alcanzado niveles hasta ahora desconocidos. Sin embargo, la profunda *interrelación de las esferas de organización individual* incrementa la posibilidad de que algunos de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas ³². Dado que, por lo demás, dichos resultados se producen en muchos casos a largo plazo y, de todos modos, en un

²⁹ El problema de las denominadas «vacas locas», que se halla en pleno apogeo cuando escribo estas líneas, es un ejemplo más de esta situación.

³⁰ Cfr. LÓPEZ CEREZO/LUJÁN LÓPEZ, *Ciencia y política*, pp. 173 y ss.

³¹ La relación entre la creciente complejidad social y el incremento de disposiciones penales que, a su juicio, proseguirá en el futuro, la establece ROXIN, *El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo*, en «Dogmática penal y política criminal» (trad. Abanto Vásquez), Lima, 1998, pp. 435 y ss., 448-449.

³² Cfr., por ejemplo, K. GÜNTHER, *Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die ethische Aufrüstung der Kriminalpolitik*, «KritJ», 1994-2, pp. 135 y ss., 151: «El modelo liberal de una sociedad de individuos tenía que aparecer, desde la perspectiva de una sociedad que se integraba en lo esencial sobre diferencias de status y obligaciones de reciprocidad, como una “sociedad del riesgo”.»

contexto general de incertidumbre sobre la relación causa-efecto ³³, los delitos de resultado de lesión se muestran crecientemente insatisfactorios como técnica de abordaje del problema. De ahí el recurso cada vez más asentado a los tipos de peligro, así como a su configuración cada vez más abstracta o formalista (en términos de peligro presunto) ³⁴.

3. La creciente interdependencia de los individuos en la vida social da lugar, por otro lado, a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto depende de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros ³⁵. Expresado de otro modo, las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos —recíprocos— de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas. En Derecho penal, ello implica la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión que incide directamente en su reconstrucción técnico-jurídica ³⁶.

4. Además, la sociedad postindustrial europea es una sociedad que expresa la *crisis del modelo del Estado del bienestar*, una sociedad competitiva con bolsas de desempleo o marginalidad —especialmente juvenil— irreductibles, de migraciones voluntarias o forzosas, de choque de culturas. Una sociedad, en suma, con importantes problemas de vertebración interna ³⁷. Entre otros

³³ Cfr. LÓPEZ CEREZO/LUIJÁN LÓPEZ, *Ciencia y política*, pp. 138, 170, etc.

³⁴ Constituyendo ello la traducción jurídico-penal del denominado «principio de precaución», seguido en la gestión política de riesgos: cfr. LÓPEZ CEREZO/LUIJÁN LÓPEZ, *Ciencia y política*, pp. 139 y ss. Sobre otras razones del recurso a tipos de peligro, cfr. *infra*.

³⁵ Lo señala muy bien SCHLÜCHTER, *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit*, Thüngersheim/Nürnberg, 1996, p. 3, cuando pone de relieve la diferencia entre los riesgos vinculados a la imprudencia de un cochero del siglo XIX y a la de un piloto de avión en la actualidad.

³⁶ Hasta el punto de que algún autor manifiesta que la comisión por omisión imprudente es el nuevo paradigma del concepto de delito: cfr. K. GÜNTHER, *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el Derecho penal?* (trad. Silva), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), «La situación insostenible», pp. 489 y ss., en especial 502 y ss.

³⁷ A una «*pluralistische Risikogesellschaft*» (sociedad de riesgos pluralista) alude Arth. KAUFMANN, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*, München, 1994, pp. 232-233. Una de

efectos, que ahora podemos dejar de lado, es lo cierto que todos estos elementos generan episodios frecuentes de violencia (en su acepción más ordinaria de «*criminalidad callejera*» individual y en otras manifestaciones ³⁸) más o menos explícita. En este modelo, en efecto, la propia convivencia aparece como una fuente de conflictos interindividuales. El fenómeno de la «criminalidad de masas» determina que el «*otro*» se muestre muchas veces precisamente, ante todo, como un *riesgo* ³⁹, lo que constituye la otra dimensión (no tecnológica) de nuestra «sociedad del riesgo».

5. Este último aspecto —el de la criminalidad callejera o de masas (seguridad ciudadana en sentido estricto)— entronca con las preocupaciones clásicas de movimientos como el de «ley y orden». En este sentido, el fenómeno no es nuevo. Lo nuevo es que las sociedades postindustriales europeas experimenten problemas de vertebración hasta hace poco desconocidos en ellas (por la inmigración, la multiculturalidad y las nuevas bolsas de marginalidad). Y lo nuevo es también que, a raíz de todo ello, la ideología de ley y orden haya calado en sectores sociales mucho más amplios que los que la respaldaban en los años sesenta y posteriores.

las características de este modelo social sería que el hombre debe comportarse arriesgadamente («er muß sich *riskant* verhalten») también en un sentido moral, esto es, sin poder cerciorarse a partir de normas asentadas de si su conducta es correcta o no.

³⁸ Muy significativamente, debe aludirse en este ámbito a la «otra» criminalidad organizada que surge con fuerza en las grandes ciudades. Concretamente, la que se manifiesta en la existencia de bandas —básicamente, de sujetos extracomunitarios, eventualmente incluso menores— dedicadas a la delincuencia de apoderamiento (hurtos y robos con fuerza) en vehículos, en viviendas y en industrias.

³⁹ KINDHÄUSER, «Universitas», 3/1992, p. 229: «*primärer Risikofaktor ist der Mensch selbst*». Cfr. también HITZLER/GÖSCHL, *Reflexive Reaktionen. Zur Bewältigung allgemeiner Verunsicherung*, en FREHSEE/LÖSCHPER/SMAUS (Hrsg.), «Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe», Baden-Baden, 1997, pp. 134 y ss., 139: «... cada vez más personas parten de que pueden confiar cada vez en menos gente y en circunstancias cada vez más excepcionales y de que harán bien en desconfiar profilácticamente cada vez en más ocasiones y de más gente».

2.4. La sensación social de inseguridad

1. De cualquier manera, más importante que tales aspectos objetivos es seguramente la dimensión subjetiva de dicho modelo de configuración social. Desde esta última perspectiva, nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la «inseguridad sentida» (o como la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad⁴⁰, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo. Es cierto, desde luego, que los «nuevos riesgos» —tecnológicos y no tecnológicos— existen⁴¹. Pero asimismo lo es que la propia diversidad y complejidad social, con su enorme pluralidad de opciones, con la existencia de una sobreinformación a la que se suma la falta de criterios para la decisión sobre lo que es bueno o malo, sobre en qué se puede confiar y en qué no, constituye un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad.

2. Tres aspectos concretos, a título puramente ejemplificativo, podrían ilustrar esta idea. Por un lado, es innegable que la población experimenta una creciente dificultad de adaptación a sociedades en continua *aceleración*⁴². Así, tras la revolución de

⁴⁰ Aunque el fenómeno psicológico social de la sensación de inseguridad tenga precedentes: así ARZT, *Der Ruf*, pp. 13 y ss., 33, describiéndolo como «multiplicación emocional del riesgo existente».

⁴¹ Y, por tanto, como se señalaba más arriba, el miedo puede tener una base, en principio, real. Lo ha advertido JUAN PABLO II, en su encíclica *Fides et Ratio*, 1998, capítulo IV, núm. marg. 47: «El hombre, por tanto, vive cada vez más en el miedo. Teme que sus productos, naturalmente no todos y no la mayor parte, sino algunos y precisamente los que contienen una parte especial de su genialidad y de su iniciativa, puedan ser dirigidos de manera radical contra él mismo.»

⁴² El tema de la aceleración del ritmo de vida por la revolución de las comunicaciones se está convirtiendo en un importante objeto de estudio de las ciencias sociales. Son muy significativos, al respecto, los trabajos del pensador francés Paul VIRILIO, *L'Art du moteur*, París, 1993; *La Vitesse de libération*, París, 1995; *Cybermonde, la politique du pire*, París, 1996. En la literatura jurídico-penal debe confrontarse SCHULTZ, *De la aceleración de las condiciones de la vida. Reflexiones sobre la reacción adecuada del Derecho penal* (trad. Ragués), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), «La situación insostenible», pp. 447 y ss., con numerosas referencias. Por lo demás, A. y H.

los transportes, la actual *revolución de las comunicaciones* da lugar a un vértigo derivado de la falta —sentida y probablemente asimismo real— de dominio del curso de los acontecimientos, que no puede sino traducirse en términos de inseguridad. Por otro lado, las personas se hallan ante la dificultad de obtener una auténtica *información* fidedigna en una sociedad —la de la economía del conocimiento— caracterizada por el alud de informaciones⁴³. Éstas, que de modo no infrecuente se muestran contradictorias, hacen en todo caso extremadamente difícil su integración en un contexto significativo que proporcione alguna certeza⁴⁴. En tercer lugar, debe señalarse que la aceleración no es sólo una cuestión de la técnica, sino precisamente también de la vida. La lógica del mercado reclama individuos solos, móviles, pues éstos se encuentran en mejores condiciones para la competencia mercantil o laboral. De modo que, en esta línea, las nuevas realidades económicas, a las que se han unido importantes cambios ético-sociales, han ido dando lugar a una inestabilidad emocional-familiar que produce un vértigo adicional en el ámbito de las relaciones humanas⁴⁵. Pues bien, en este contexto

TOFFLER, *Crisis de la democracia de masas en EEUU*, en el diario «EL MUNDO» de 12 de diciembre de 2000, pp. 10-11, señalan que «*es precisamente la combinación de una creciente complejidad y de unos menores plazos para tomar decisiones con la reflexión debida lo que pone en peligro las estructuras políticas actualmente vigentes*». A lo que cabría añadir que también las estructuras sociales.

⁴³ LLEDÓ REAL, *La inseguretats com a causa del racisme i la xenofòbia*, «RCSP», núm. 2, abril 1998, pp. 19 y ss., 22: «*Potser mai com ara en aquesta societat l'èsser humà ha estat més informat i al mateix temps més sol. Aliè als altres, i sobretot aliè a si mateix, perplex davant del món i perplex davant de si mateix, no comprèn que la informació sense teoria es un obstacle per al pensament, tant com manca d'informació*».

⁴⁴ Cfr., de modo general, BELL, *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Madrid, 1991, sobre la transformación del industrialismo, dando lugar al advenimiento de la sociedad de la información. La caracterización de nuestra sociedad como «sociedad de la información» (*Informationsgesellschaft*) puede verse también en LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1997, II, pp. 1088 y ss., con múltiples referencias. En el planteamiento de LUHMANN, la *sociedad de la información* aparece, junto a la *sociedad del riesgo*, como fórmula de expresión de la autocomprensión y autodescripción de nuestra sociedad.

⁴⁵ Cfr. MARINA, *Crónicas de la ultramodernidad*, Barcelona, 2000, pp. 100, 108.

de aceleración e incertidumbre, de oscuridad y confusión ⁴⁶, se produce una creciente desorientación personal (*Orientierungsverlust*) que se manifiesta en lo que se ha denominado el vértigo de la relatividad ⁴⁷.

3. En realidad, sin embargo, sería probablemente más expresivo hablar del «*vértigo del relativismo*». En efecto, el vértigo de la relatividad tiene también —y quizá sobre todo— una dimensión filosófica y ética, por la pérdida de referencias valorativas objetivas. Vivimos en una sociedad en la que se constata la ausencia de referencias de «*auctoritas*» o de principios generalizables ⁴⁸, mientras prevalece el pragmatismo del caso o la búsqueda de la solución consensuada, sin premisas materiales a partir de las que buscar el consenso. Ahora bien, como se ha dicho, si todo es igualmente verdadero, entonces acaba imponiéndose la fuerza como el argumento más poderoso ⁴⁹. Y, ante tal constatación, habrá que convenir que resulta difícil no sentir inseguridad.

4. En otro orden de cosas, tampoco cabe negar que la relación de interdependencia entre esferas de organización y la necesaria transferencia a terceros de funciones de aseguramiento de la propia esfera jurídica, con el correlato de pérdida de dominio real, constituye una base efectiva de la sensación de inseguridad ⁵⁰. Sobre todo, cuando dicha interdependencia tiene lugar en un contexto fuertemente atomizado, es decir, anónimo, tras la desaparición o, en todo caso, el importante retroceso de las estruc-

⁴⁶ Al que se alude con el afortunado título de la obra de HABERMAS, *Die neue Unübersichtlichkeit*, 1.ª edic., Frankfurt, 1985.

⁴⁷ SMART, *Postmodernity*, London/ New York, 1993, p. 111.

⁴⁸ Lo señala JUAN PABLO II, *Fides et Ratio*, Capítulo VII, núm. marg. 91, donde, al aludir a lo postmoderno y sus corrientes de pensamiento, señala críticamente que «... según algunas de ellas, el tiempo de las certezas ha pasado irremediablemente; el hombre debería ya aprender a vivir en una perspectiva de carencia total de sentido, caracterizada por lo provisional y lo fugaz».

⁴⁹ MARINA, *Crónicas*, p. 48; o también p. 222: «Si no hay valores, la libertad del dictador es tan válida como la del ciudadano, pero más fuerte.»

⁵⁰ También H. LÜBBE, *Moralismus oder fingierte Handlungssubjektivität in komplexen historischen Prozessen*, en W. LÜBBE (Hrsg.), «Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen», Berlin/New York, 1994, pp. 289 y ss., 293, donde se señala que la tendencia a la expansión de la imputación se vincula a pérdidas de autarquía y, por tanto, a la dependencia y afectabilidad por acciones de terceros socialmente alejados.

turas orgánicas de solidaridad más tradicionales ⁵¹. En efecto, no deja de ser intranquilizadora la manifiesta paradoja de que el incremento de la interdependencia social tenga lugar en el contexto de una sociedad de masas en la que se experimenta una «desolidarización» estructural con el patente retorno a lo privado según criterios de interés individual ⁵². Y ciertamente ese es el modelo social hoy dominante del «individualismo de masas», en el que «*la sociedad ya no es una comunidad, sino un agregado de individuos atomizados y narcisísticamente orientados hacia una íntima gratificación de los propios deseos e intereses*» ⁵³. Ahora bien, en dicho modelo, en el que la vida social se reduce a forma jurídica, de modo que las acciones sólo se explican en términos de satisfacción de pretensiones jurídicas ⁵⁴, es hasta cierto punto razonable que la sensación de soledad (inseguridad) tienda a hacerse más intensa.

5. En última instancia, la inseguridad y la angustia podrían guardar también relación con la intensa experiencia del *mal*

⁵¹ Cfr. LLEDÓ REAL, «RCSP», núm. 2, abril 1998, p. 21: «*La complexitat de l'estructura social actual potencia l'aïllament de les persones i les famílies. Les relacions de grup són superficials i poc freqüents, ja que no es planifica res a l'hàbitat per afavorir-les. Es van perdre valors tan importants com el de la solidaritat i la comunicació interpersonal; s'estàn deshumanitzant els costums, mentre que la tecnologia envaeix la nostra vida.*»

En tal sentido, se ha señalado, a mi juicio con razón, que las sociedades modernas son «sociedades del seguro», porque éste viene a satisfacer un importante aspecto de la demanda de seguridad que tienen las personas en el contexto del anonimato y la atomización. El seguro generaría, así, un concepto moderno de «solidaridad». Cfr. EWALD, *Die Versicherungs-Gesellschaft*, «KritJ», 1989, pp. 385 y ss., 387.

⁵² Produciéndose una monetarización de cualquier relación, que, en lugar de relaciones de reconocimiento recíproco, genera relaciones de «indiferencia» recíproca. Cfr. BARCELLONA, *Postmodernidad y comunidad. El retorno de la vinculación social* (trad. Silveira/Estévez/Capella), Madrid, 1992, pp. 112, 121, 123, etc.

⁵³ Cfr. SOUZA, *La individualidad postmoderna*, «AFD», 1999, pp. 321 y ss., 327, 322.

⁵⁴ SOUZA, «AFD», 1999, p. 324, y nota 2 (citando a P. Barcellona): «*La única forma de mediación entre el individuo y la sociedad es el derecho: esto significa que un sujeto puede exigir alguna cosa frente a otro no sobre la base de razones morales, afectivas, etc., sino solamente si una norma legal justifica su pretensión. En otros términos, las relaciones (sociales e) individuales son mediadas por las normas.*»

como elemento de nuestra existencia que, de modo significativo, ha sido posible experimentar a lo largo del sinfín de guerras y destrucción características del siglo XX que acaba de concluir. Aún no se han apagado los ecos de las dos guerras mundiales y de la sucesión ininterrumpida de conflictos locales propiciados por la guerra fría y el proceso de descolonización. Pero la barbarie de las guerras nacionalistas de Oriente Medio y de los balcanes, así como del terrorismo, muy singularmente en el caso español, constituyen una renovada vivencia del mal que atemoriza y angustia ⁵⁵.

6. Lo anterior permite intuir que resulta más que dudoso que la medida de la inseguridad sentida por los ciudadanos se corresponda de modo exacto con el grado de existencia objetiva de riesgos difícilmente controlables o, sencillamente, incontrolables (los propios de la *Risikogesellschaft*) que les afecten personalmente y de modo inmediato ⁵⁶. Además, como se señalaba más arriba, resulta innegable que la aparición de los nuevos riesgos se ve, en cierto modo, compensada por la radical reducción de los peligros procedentes de fuentes naturales (así, las consecuencias lesivas de enfermedades o catástrofes ⁵⁷). Por ello, más bien pue-

⁵⁵ Como indica JUAN PABLO II, *Fides et Ratio*, Capítulo VII, núm. marg. 91, «Ante esta experiencia dramática, el optimismo racionalista que veía en la historia el avance victorioso de la razón, fuente de felicidad y de libertad, no ha podido mantenerse en pie, hasta el punto de que una de las mayores amenazas en este fin de siglo es la tentación de la desesperación». Aunque, curiosamente, como el propio Pontífice constata, junto a ello persiste cierto positivismo que todavía cree que el hombre, con sus conquistas científicas y técnicas, va a conseguir el pleno dominio de su destino.

⁵⁶ Por lo que hace a hechos violentos, es muy significativo que las estadísticas delictivas se malinterpreten o sufran manipulaciones. En la sociedad alemana, uno de los temas objeto de mayor discusión fue siempre el de la criminalidad de los jóvenes hijos de inmigrantes: cfr., por ejemplo, MANSEL, *Gefahr oder Bedrohung? Die Quantität des kriminellen Verhaltens der Gastarbeiter-nachkommen*, «KrimJ», 1985, pp. 169 y ss. Cfr. también BASTERRA, «*Fremdenhaß als Ursache von Gewalt? Staatliche (Des-)Information nährt Feindbilder*, en P. A. ALBRECHT/BACKES (Hrsg.), «*Verdeckte Gewalt. Plädoyers für eine "Innere Abrüstung"*», Frankfurt, 1990, pp. 100 y ss.

⁵⁷ Esto es cierto, a pesar de que las estructuras socio-económicas (por ejemplo, la concentración de población en ciudades, incluso eventualmente en suburbios con viviendas inseguras) determinen que los fenómenos naturales —así los terremotos o los huracanes— afecten de modo concentrado a grupos humanos numerosos.

de sostenerse de modo plausible que, por muchas y muy diversas causas ⁵⁸, *la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos* ⁵⁹. Expresado de otro modo, existe una elevadísima «sensibilidad al riesgo» ⁶⁰.

7. En todo caso, a la vista de lo acontecido en los últimos años, resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad frente al delito con el modo de proceder de los *medios de comunicación* ⁶¹. Éstos, por un lado, desde la posi-

⁵⁸ Una causa adicional podría ser nuestra pretensión, antes aludida, de controlar todo, de controlar incluso el futuro, seguramente heredada del positivismo y que muestra un contraste especialmente intenso con la realidad social actual. Y también otro factor —de muy diversa naturaleza, pero que probablemente no sea el último en importancia— es lo que que ha dado en llamarse la «sentimentalización» de nuestra sociedad. Cfr. ANDERSON/MÜLLER (ed.), *Faking it. The Sentimentalisation of Modern Society*, London, 1998. Como señala CONTRERAS, «ACEPRENSA», 126/1998, de 23 de septiembre, *Los riesgos de la sociedad sentimentalizada*, en su recensión de esta obra, «ninguna sociedad tiene menos razones que la nuestra para estar obsesionada por la enfermedad: vivimos más y mejor que nadie ha vivido antes, y sin embargo estamos en ascuas ante cualquier trivialidad que pueda afectar a nuestra salud».

⁵⁹ Cfr. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1990, p. 50, aludiendo a que el Derecho penal, contemplado antropológicamente, «corresponde a la necesidad de seguridad que se siente». Cfr. también KUNZ, *Die innere Sicherheit: Schlüsseldimension einer neuen Kriminalpolitik*, en Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie (Hrsg.), «Innere Sicherheit-Innere Unsicherheit? Kriminologische Aspekte», Chur/Zürich, 1995, pp. 327 y ss.

⁶⁰ Como, por cierto, también sucede frente al dolor, el sufrimiento físico o moral, etcétera. MARINA, *Crónicas*, p. 147 lo advierte: «Estamos educando a nuestros jóvenes con un bajo nivel de tolerancia a la frustración. Todos nos convertimos con facilidad en propagandistas de la recompensa inmediata». Pero la cuestión es si se trata sólo de nuestros jóvenes y no también de nosotros mismos. A propósito de la discusión sobre el suicidio, lo explica muy convincentemente R. TERMES, *De la disponibilidad de la vida*, en el diario «EL PAÍS» del 6 de abril de 1998: «El desarrollo de la técnica ha inducido una mentalidad según la cual el hombre puede dominar todas las cosas del mundo humano. Pero el hombre de hoy está poco preparado para "sufrir"; cualquier dolor es interpretado como un estímulo para poner los remedios adecuados con el fin de evitarlo o quitarlo. Cuando ese dolor es inevitable, el hombre se siente desconcertado. Por esto se puede decir que en este tiempo, en nuestro mundo superdesarrollado, el hombre tiene muchos menos dolores que hace años, pero tiene mucho más sufrimiento.»

⁶¹ Muy gráfico, Francesc BARATA, *Las nuevas fábricas del miedo. Los*

ción privilegiada que ostentan en el seno de la «sociedad de la información» y en el marco de una concepción del mundo como *aldea global*, transmiten una imagen de la realidad⁶² en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en unas ocasiones, directamente a percepciones inexactas⁶³; y en otras, en todo caso, a una sensación de impotencia⁶⁴. A mayor abundamiento, por otro lado, la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúa a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes⁶⁵, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo⁶⁶. Así, ha podido afirmarse con razón

«*mass media*» y la inseguridad ciudadana, en MUÑAGORRI LAGUÍA (ed.), «La protección de la seguridad ciudadana», Oñati Proceedings 18, Oñate, 1995, pp. 83 y ss., con amplias referencias; asimismo, M. RODRIGO ALSINA, *El conomicimiento del sistema penal: alarma social y medios de comunicación*, en LARRAURI PUJAN (dir.), «Política criminal», CGPJ, Madrid, 1999, pp. 73 y ss.

⁶² Cfr. LUHMANN, *Die Gesellschaft*, II, pp. 1096 y ss.

⁶³ Cfr. REINER, *Media made criminality: the representation of crime in the mass media*, en MAGUIRE/MORGAN/REINER (ed.), «The Oxford Handbook of Criminology», 2.ª ed., Oxford, 1997, pp. 189 y ss., donde pone de relieve cómo la imagen del delito que transmiten los medios se aleja de la realidad; se transmite una desproporción de delitos violentos, autores de *status* elevado, una imagen demasiado positiva de la policía y la justicia criminal, una prevalencia de modelos de elección racional frente al papel del entorno, etc. De modo general, los diversos trabajos contenidos en el volumen *Mitjans de comunicació i seguretat pública*, en «RCSP», núm. 4, junio de 1999, con referencias reiteradas al proceso de «construcción de la noticia».

⁶⁴ Cfr. GARCÍA AÑOEROS, *Desorden mundial*, en el diario «EL PAIS», 12 de noviembre de 1998, p. 20: «*La técnica actual va haciendo a los hombres más próximos; no parece, por ahora, que más semejantes, pero sí más próximos. A la vez, persisten los esquemas de organización política en compartimentos estancos, aunque cada vez menos. El desajuste entre ambas realidades produce sensación de desorden, un cierto desaliento ante la ausencia de medios, instituciones, procedimientos, para hacer frente a los problemas que la proximidad generada por la técnica plantea.*»

⁶⁵ LUHMANN, *Die Gesellschaft*, II, p. 1099, poniendo de relieve cómo se privilegian los datos cuantitativos, sin que se pueda reflexionar sobre el modo de contabilizarlos.

⁶⁶ En el momento de escribir la primera edición de este libro nos hallábamos ante un episodio más de esta influencia, al plantearse la cuestión de la excarcelación por licenciamiento definitivo del denominado «violador del ensanche» de Barcelona, quien había cumplido su condena de conformidad con la legislación vigente, tal como la ha interpretado reiteradamente el Tribunal Su-

que «*los medios, que son el instrumento de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos*»⁶⁷.

Además, junto a los medios de comunicación, no cabe negar que, en ocasiones, también las propias instituciones públicas de represión de la criminalidad transmiten imágenes sesgadas de la realidad que contribuyen a la difusión de la sensación de inseguridad⁶⁸. Un ejemplo suficientemente comentado y criticado —ya aludido en estas páginas— es el relativo a la forma en que se presentan las estadísticas de delitos cometidos por jóvenes inmigrantes (o, mejor, hijos de inmigrantes) en la República Federal de Alemania. Pero el fenómeno es general⁶⁹.

premo, pero sin «dar muestras de arrepentimiento» ni «haberse sometido a tratamiento».

⁶⁷ GARAPON, *Juez y democracia*, Barcelona, 1997, p. 94, quien añade: «*Los asesinatos de niños se convierten en acontecimientos nacionales para una opinión pública fascinada por la muerte y la transgresión. Su exasperación por los medios acabará por hacer creer al ciudadano no avisado que este tipo de crímenes es frecuente, lo que no es el caso*» (p. 99).

⁶⁸ Lo señalan BAER/CHAMBLISS, *Generating fear: The politics of crime reporting*, en «*Crime, Law & Social Change*», 27/1997, pp. 87 y ss. Asimismo, FREHSEE, *Fehlfunktionen des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes*, en FREHSEE/LÖSCHPER/SMAUS (Hrsg.), «*Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*», Baden-Baden, 1997, p. 29: «*La política criminal oficial se remite gustosamente al hecho de que la población no sólo acepta esta tendencia, sino que incluso la propugna. Esta es ciertamente una argumentación pérfida, pues la disposición de la población a una restricción de la libertad en favor de la seguridad germina precisamente sobre el terreno de un pánico por la seguridad (Sicherheitspanik) creado por tal política criminal oficial, preferentemente en torno a la criminalidad organizada.*» Las declaraciones a los medios de comunicación efectuadas desde la Fiscalía con ocasión del caso, *supra* mencionado, del «violador del ensanche» fueron claramente en esta línea.

⁶⁹ Cfr. HOUGH/ROBERTS, *Sentencing Trends in Britain. Public Knowledge and Public Opinion*, en «*Punishment & Society 1999*», núm. 1, pp. 11 y ss., poniendo de relieve hasta qué punto la difusión de noticias sesgadas provoca la impresión de que las sentencias judiciales son demasiado suaves, con la consiguiente desconfianza hacia los jueces y tribunales.

8. Con todo, lo anterior no debería conducir a la ingenuidad de pensar que el miedo a la criminalidad lo crean los medios de comunicación o las instituciones públicas. Es, por contra, la hipótesis más razonable la de que éstos, en todo caso, refuerzan o estabilizan miedos ya existentes. Como lo es, también, la idea de que el miedo a la criminalidad constituye, fundamentalmente, la concreción de un conjunto de miedos difusos difícilmente aprehensibles, que, como se apuntaba páginas atrás, de algún modo son consustanciales a la posición de las personas en las sociedades contemporáneas. Expresado de otro modo, el miedo al delito aparece como una metáfora de la inseguridad vital generalizada ⁷⁰.

9. Sea como fuere, el caso es que, en medida creciente, la *seguridad* se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta ⁷¹. Al afirmar esto, no se ignora que la referencia a la seguridad se contiene ya nada menos que en el artículo 2 de la

⁷⁰ En este sentido, IMBERT, *Los escenarios de la violencia*, Barcelona, 1992, p. 43, ya apuntaba que el miedo que experimenta la persona en nuestras sociedades es difuso, es un miedo ante lo imprevisible; KUBE, *Verbrechensfurcht - ein vernachlässigtes kriminalpolitisches Problem*, en «Festschrift für Koichi Miyazawa», Baden-Baden, 1995, pp. 199 y ss. 201. Este autor, siguiendo a KIERKEGAARD, distingue el alcance de los términos «Angst», como expresión del miedo a algo indeterminado, y «Furcht», como miedo vinculado a un objeto concreto; de modo que la «Kriminalitätsfurcht» concretaría «Ängste» más difusos.

Más específicamente, KUNZ, *Innere Sicherheit und Kriminalitätsvorsorge im liberalen Rechtsstaat*, en KUNZ/MOSER (Hrsg.), «Innere Sicherheit und Lebensängste», Bern/Stuttgart/Wien, 1997, pp. 13 y ss., 18-19, 21, señala que tanto la criminalidad como el miedo a ésta son objetivaciones de otros riesgos del sistema, éstos menos aprehensibles; asimismo, M. WALTER, *Kriminalpolitik im Zeichen der Verbrechensfurcht: von der Spezial- über die General- zur «Ubiquitäts»-prävention?*, en «Festschrift für H. J. Hirsch zum 70. Geburtstag», Berlin/New York, 1999, pp. 897 y ss., 902.

⁷¹ Muy revelador es el título y el contenido del trabajo de la ex-ministra federal alemana de Justicia, Sabine LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, *Innere Sicherheit. Herausforderungen an den Rechtsstaat*, Heidelberg, 1993, *passim*. Pero el tema de la «innere Sicherheit» (seguridad interior, o, mejor, seguridad ciudadana) se está convirtiendo en una cuestión recurrente en los últimos años de la discusión político-criminal: cfr. la aportación crítica de KNEISEL, «Innere Sicherheit» und Grundgesetz, «ZRP», 1996, pp. 482 y ss.; *vid.* asimismo SCHNEIDER, H. J., *Kriminalpolitik an der Schwelle zum 21. Jahrhundert. Eine vergleichende Analyse zur inneren Sicherheit*, Berlin, 1998.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789⁷². Simplemente se trata de poner de relieve, como señala PRITTWITZ, siguiendo al sociólogo Franz Xaver KAUFMANN⁷³, que, si bien es cierto que los hombres nunca habían vivido tan bien y tan seguros como ahora, lo cierto es que «*Angst und Unsicherheit (sind) zum Thema des 20. Jahrhunderts geworden*»⁷⁴.

10. La solución a la inseguridad, además, no se busca en su, por así decirlo, clásico «lugar natural» —el Derecho de policía—, sino en el Derecho penal. Así, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado «rígidas» y se abona su «flexibilización». A modo de mero ejemplo, valga aludir a la demanda de criminalización en materia medio-ambiental, económica, de corrupción política, en el ámbito sexual (así, el supuesto del acoso sexual o la pornografía infantil), el de la violencia familiar, etc.

11. Y es que, en efecto, en un mundo en el que las dificultades de orientación cognitiva son cada vez mayores, parece incluso razonable que la búsqueda de elementos de orientación normativa —y dentro de éstos, el Derecho penal ocupa un lugar significado— se convierta casi en obsesiva. En efecto, en una sociedad en la que se carece de consenso sobre valores positivos,

⁷² «*El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.*» Como, por lo demás, señala KINDHÄUSER, «Universitas», 3/1992, pp. 229, 233, «*la aspiración de seguridad por supuesto no es ilegítima*»; lo cuestionable es que se convierta en la idea rectora del Derecho penal, cuando éste, con su instrumental, difícilmente puede atender de modo razonable a tal requerimiento en el modo en que el mismo se formula.

⁷³ *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, 2.ª ed., 1973.

⁷⁴ «*El miedo y la inseguridad se han convertido en el tema del siglo XX*»: PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1993, p. 73.

parece que al Derecho penal le corresponde «*malgré lui*» la misión fundamental de generar consenso y reforzar a la comunidad.

2.5. La configuración de una sociedad de «sujetos pasivos»

1. La sociedad del Estado del bienestar se configura cada vez más como una sociedad de *clases pasivas*, en el sentido amplio del término. Pensionistas, desempleados, destinatarios de prestaciones públicas educativas, sanitarias, etc., personas o entidades subvencionadas (beneficiarios, en definitiva, de la transferencia de riqueza, más que creadores de los excedentes objeto de transferencia) se convierten en los ciudadanos, los electores por excelencia. Incluso respecto al ciudadano abstracto se subraya su dimensión «pasiva» de consumidor, o de sujeto paciente de los efectos nocivos del desarrollo (sobre el medio ambiente, por ejemplo). Frente a ello, y seguramente, al menos en parte, por el fenómeno de la concentración del capital, las clases activas, dinámicas, emprendedoras, son cada vez menos numerosas. Y, en todo caso, su relevancia (e incluso su prestigio) en el concierto social son inferiores; desde luego, muy inferiores a lo que habían sido hace cien o cincuenta años.

2. El modelo de la postindustrialización ⁷⁵ resulta, por ello, directamente contrapuesto al de la sociedad del desarrollo industrial del siglo XIX y probablemente de la primera mitad del siglo XX. En efecto, la industrialización, en el ámbito de la dogmática jurídico-penal, había traído consigo la construcción del concepto de *riesgo permitido* como límite doctrinal (interpretativo) a la incriminación de conductas, así como la determinación de su alcance básico. En líneas generales, la idea era la siguiente: la colectividad ha de pagar el precio del desarrollo, admitiendo que las empresas no adopten las máximas medidas de seguridad ni empleen materiales de la máxima calidad. De lo contrario, no se podrá obtener el beneficio que permita la acumulación de capital necesaria para la reinversión y el crecimiento; o bien no

⁷⁵ De la concentración económica, de la inmigración y emigración, de la globalización.

se progresará al ritmo esperado. Y esto debe admitirse aunque se sepa de antemano no ya que de modo genérico se producirán lesiones o muertes, sino que específicamente en una determinada industria éstas habrán de tener lugar ⁷⁶. Por el contrario, en la sociedad de la postindustrialización se advierte con claridad una tendencia hacia el retroceso de la incidencia de la figura del riesgo permitido ⁷⁷. De este modo, si hace un siglo el estado de co-

⁷⁶ Sobre la vinculación del desarrollo del concepto de riesgo permitido con la industrialización, PRITWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 301 y ss. Sobre el tema, también SCHULTZ, *Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung. Materiell- und prozessrechtliche Aspekte*, en W. LÜBBE (Hrsg.), «Kausalität und Zurechnung», pp. 41 y ss., 42-43; EL MISMO, *Perspektiven der Normativierung des objektiven Tatbestandes (Erfolg, Handlung, Kausalität) am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung*, en LÜDERSSEN (Hrsg.), «Aufgeklärte Kriminalpolitik», III, pp. 43 y ss., 48-49, aludiendo en particular al tema del ferrocarril en los Estados Unidos. Con la industrialización, pues, el riesgo permitido pasó de ser excepción a constituir una regla.

Las referencias clásicas son las de BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, Leipzig, 1919, pp. 432 y ss., 437, 440, vinculando expresamente riesgo permitido y desarrollo industrial; asimismo, p. 445, nota 42: «una industria quizá no es rentable en absoluto o, en todo caso, de modo muy insuficiente si se emplea el mejor material». Ya antes, VON BAR, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig, 1871, p. 13, aludiendo a cómo la vida exige un cierto riesgo, de modo que la adopción de cautelas que podrían impedirlo, a su vez excluiría toda actividad industrial (*Gewerbebetriebe*). Así, concluye que hay industrias peligrosas, pero necesarias para la vida, de las que se sabe por estadística que, con el transcurso de los años, un número de hombres, y no sólo de los que trabajan voluntariamente en ellas, perderán la vida. De nuevo aquí también aparece la consideración del ejemplo del ferrocarril.

Expresando un fenómeno hasta cierto punto paralelo, la vinculación de las doctrinas de la culpa civil en Estados Unidos entre finales del siglo XIX y mediados del siglo XX con el desarrollo industrial y con la pretensión de aligeramiento de costes de la clase empresarial la pone de relieve BISBAL, *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, «RDM», 1983, pp. 75 y ss., 86, nota 16, 95.

⁷⁷ PRITWITZ, *Strafrecht und Risiko*, pp. 310-311, comentando cómo se ha producido una revisión de los principios sobre cuya base tiene lugar el trato social con los riesgos. El cambio de enfoque producido en los últimos años recibe una valoración positiva en FABRICIUS, *Rechtsdogmatische Wandlungen als Enttarnungen gesellschaftlicher Risikozuteilungen*, en «ARSP-Beiheft», 71, GRÖSCHNER/MORLOK (Hrsg.), *Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs*, Stuttgart, 1997, pp. 119 y ss., 121, para quien el desarrollo del Derecho penal del riesgo es un intento de reparar a regañadientes una situación en la que se había tolerado el sacrificio masivo del bien jurídico «vida» en aras

sas dominante en el pensamiento europeo «desarrollista» podía acercarse a la máxima «*navigare necesse est, vivere non necesse*»⁷⁸, en este momento —en el que pocos «navegan», esto es, apuestan decididamente por el desarrollo— se plantea la preeminencia de la necesidad de «vivir» y, con ello, también la reducción de las fronteras del riesgo permitido⁷⁹.

3. Como es sabido, el concepto de riesgo permitido expresa una ponderación de los costes y beneficios de la realización de una determinada conducta⁸⁰. Pero también es evidente que tal cálculo depende de una valoración previa, en la que necesariamente habrá de incluirse como premisa mayor la autocomprensión de la sociedad y el orden relativo de valores (o preferencias) en que aquélla se plasme⁸¹. En el significativo cambio de la autocomprensión social producido en las últimas décadas se halla, pues, también la base de la modificación del producto del referi-

del progreso. Un ejemplo de su modo de ver las cosas en p. 128, nota 43: si la velocidad máxima de los vehículos en el casco urbano se redujera a 30 km/h, los accidentes mortales disminuirían en un 90 por 100.

⁷⁸ La máxima es la versión latina del texto griego de Plutarco y fue adoptada como lema por la Liga Hanseática.

⁷⁹ Sobre la idea de que el de «riesgo» es un concepto cultural, así como de que en la percepción y aceptación del riesgo incide la posición social que se ocupe, cfr. SCHULTZ, en LÜDERSEN (Hrsg.), «Aufgeklärte Kriminalpolitik», III, pp. 50-51; DUCLOS, *Quand la tribu des modernes sacrifie au dieu risque (Mary Douglas et le risque comme concept culturel)*, «DS», 1994, vol. 13, núm. 3, pp. 345 y ss., 348, 353 y ss.; LÓPEZ CEREZO/LUJÁN LÓPEZ, *Ciencia y política*, pp. 72 y ss.

⁸⁰ Cfr. la obra básica de PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, Madrid, 1995, *passim*, en especial, pp. 483 y ss. Asimismo, PAREDES CASTAÑÓN, *El límite entre imprudencia y riesgo permitido en Derecho penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?*, «APDCP», 1996, III (aparecido en 2000), pp. 909 y ss.

⁸¹ En este sentido, JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Madrid, 1996, pp. 119-120: «¿Qué valor corresponde al riesgo existente para la salud en el puesto de trabajo en comparación con unas condiciones de producción rentables?»; DUCLOS, «DS», vol. 18, núm. 3, p. 350: «Il y a certains risques que nous ne percevons pas et d'autres que nous hypertrophions, et cela moins à partir de nos tendances personnelles que par notre position dans les institutions sociales, qui "pensent" le monde à travers d'une métaphore privilégiée». Crítico con los procedimientos de definición del riesgo permitido, FABRICIUS, «ARSP-Beiheft», 71, p. 137, aludiendo a la introducción de elementos míticos como «la sociedad», «el ordenamiento», «el Estado», etc.

do cálculo. Así, la disminución de los niveles de riesgo permitido es producto directo de la sobrevaloración esencial de la seguridad —o libertad de no-pasión— frente a la libertad (de acción) ⁸². O, en otro sentido, de la concepción de muchas libertades como «libertades peligrosas» (*riskante Freiheiten*). Tal predominio es característica de una sociedad de sujetos pacientes más que de agentes ⁸³.

4. Así las cosas, nos hallamos, pues, en un modelo de sociedad orientado a una *restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada* ⁸⁴. En otras palabras, como se indicaba *supra*, en un modelo social en el que, en la ponderación previa al establecimiento de la frontera entre riesgo permitido y riesgo desaprobado, la libertad de acción ha cedido con claridad frente a la libertad de no pasión ⁸⁵. Seguramente no son en absoluto ajenos a esta circunstancia los modernos desarrollos jurisprudenciales (y doctrinales, en algún caso) que tienden a una concepción muy ampliatoria de la figura de la «*injerencia*» como fundamento de la imputación de responsabilidad a título de comisión por omisión.

5. Ahora bien, lo anterior no es todo. En la sociedad de sujetos pasivos existe también una resistencia psicológica frente a la aceptación del caso fortuito, frente a la admisión de la posibi-

⁸² Que en el riesgo permitido se trata de un conflicto de libertades y no de la mera protección de una libertad lo subraya W. LÜBBE, *Erlaubtes Risiko- Zur Legitimationsstruktur eines Zurechnungsausschlussgrundes*, en LÜDERSEN (Hrsg.), «Aufgeklärte Kriminalpolitik», I, pp. 373 y ss., 381, entendiéndolo, no obstante, que ni el análisis de coste-beneficio ni la perspectiva histórica fundamentan convincentemente la institución.

⁸³ Como señala K. GÜNTHER, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La situación insostenible*, p. 503, «... la libertad de acción deviene un peligro abstracto en sí misma. En campos de acción densamente entrelazados, como es característico en las sociedades de riesgo, el propio uso individual de la libertad es peligroso en sí».

⁸⁴ En la percepción de VAN SWAANINGEN, *Critical Criminology. Visions from Europe*, London, 1997, p. 174, la nueva sociedad del riesgo «*is no longer oriented towards positive ideals, but towards the negative rational of limiting risk*» (ya no está orientada a ideales positivos, sino hacia la racionalidad negativa de la limitación de riesgos).

⁸⁵ La libertad de acción se ve, ante todo, como fuente de riesgos: cfr. el texto, de expresivo título, de BECK/BECK GERSHEIM (Hrsg.), *Riskante Freiheiten. Zur Individualisierung von Lebensformen in der Moderne*, Frankfurt, 1994.

lidad de producción de daños por azar. Seguramente, ello tampoco es casual y se relaciona de modo directo con la autocomprensión de una sociedad en la que la mayor parte de los peligros, como hemos indicado, ya no se pueden concebir sin algún tipo de intermediación de decisiones humanas, de naturaleza activa u omisiva⁸⁶. Pero, sea como fuere, el efecto es una creciente tendencia hacia la transformación del *Unglück* (accidente fortuito, desgracia) en *Unrecht* (injusto)⁸⁷, lo que inevitablemente conduce a una ampliación del Derecho penal⁸⁸.

6. El tema es lo suficientemente importante como para que efectuemos un breve excursus sobre el mismo. Como se ha dicho, el núcleo del problema radica en que, una vez producido el resultado lesivo, tendemos a rechazar que éste puede no tener su origen en un ningún comportamiento descuidado de alguien⁸⁹. Ahora interesa observar cómo esto supone un curioso cierre del círculo abierto por el Derecho penal moderno. En efecto, en el Derecho penal primitivo y todavía hoy en ciertas sociedades las *catástrofes, la muerte, una enfermedad o una disminución física o psíquica se solían contemplar como expresión de delitos de alguien*. Por un lado, de un animal o cosa, lo que corresponde a la

⁸⁶ Este dato es esencial en la delimitación que BECK realiza de los conceptos de riesgo y de peligro. Cfr. asimismo ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, Barcelona, 1999, p. 43.

⁸⁷ Es interesante la apreciación de PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 108, relativa a que los acontecimientos negativos son más fáciles de asumir si es posible atribuir responsabilidad por ellos a un tercero. De ahí que (p. 379) se tienda a buscar un autor —y de modo en absoluto inútil— incluso en los casos clásicos de desgracias provenientes de la naturaleza. Aludiendo a este fenómeno de «*imputation déplacée*» en las culturas primitivas, DUCLOS, «DS», vol. 18 núm. 3, p. 349. Frente a esto, sostiene FABRICIUS que en el Derecho penal tradicionalmente ha ocurrido lo contrario: dada la fe en el progreso y en el crecimiento propia de los juristas, se ha pretendido explicar el «injusto» como «desgracia», olvidando el mandato de no sacrificar vidas humanas y de no justificar tal proceder en ningún caso: así ha tenido lugar el sacrificio masivo de vidas con el asentimiento de los penalistas («ARSP-Beiheft», 71, p. 138).

⁸⁸ La frase relativa a la transformación del «*Unglück*» en «*Unrecht*» se halla en varios autores: cfr., por ejemplo, PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 107 y ss., 113, 378 y ss.; también en SEELMANN, *Societat de risc i dret*, en «Iuris. Quaderns de Política Jurídica», 1, 1994, pp. 271 y ss.

⁸⁹ Ello, al igual que —viceversa— la no producción del daño suele comportar una tendencia a la negación de la existencia de imprudencia alguna o, en general, a la infravaloración del riesgo.

visión animista del mundo⁹⁰. Pero, por otro, también de una tercera persona (una cualquiera o, en particular, los padres o familiares) o incluso de la propia persona afectada. En este último caso, en el que las consecuencias del azar se le imputan a la persona que las sufre, éstas eran entendidas como un castigo de Dios por algún ilícito cometido⁹¹. El Derecho penal moderno, partiendo del racionalismo individualista y de la consiguiente imputación de culpabilidad, separa radicalmente las nociones de enfermedad e ilícito, de catástrofe y delito. Sin embargo, en el siglo XIX, y desde luego en todo el siglo XX, han proliferado las doctrinas proclives a contemplar todo delito como una catástrofe (social), de la que nadie sería individualmente responsable (a lo que contribuyeron tesis deterministas de diverso jaez, así como el marxismo). Pues bien, el círculo se cierra en los últimos años, en que parece darse una tendencia irrefrenable a contemplar la catástrofe como delito e imputarla, como sea, a un responsable: en este caso ya a una persona y no una fuerza de la naturaleza⁹².

7. A la sensación de inseguridad se suma, pues, en nuestro modelo social, la existencia de un prototipo de víctima que *no asume la posibilidad de que el hecho que ha sufrido sea debido*

⁹⁰ Cfr. sobre esto de modo general las interesantes observaciones de FAUCONNET, *Warum es die Institution «Verantwortlichkeit» gibt*, en LÜDERSSEN/SACK (Hrsg.), «Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität. Bd. 1 Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik», Frankfurt, 1975, pp. 293 y ss., pp. 301 y ss., aludiendo a sociedades en las que la muerte nunca se considera «natural».

⁹¹ Cfr., por ejemplo, el tenor de la pregunta que sus discípulos formulan a Jesucristo, y que se narra en el Evangelio según San Juan: «*Al pasar, Jesús se encontró con un ciego de nacimiento. Sus discípulos le preguntaron: "Maestro ¿quién tiene la culpa de que esté ciego, él o sus padres?" Jesús les respondió: "Esta cosa no es por haber pecado él o sus padres..."*» (Jn. 9, 1-3).

⁹² Tal imputación, que pretende hacerse recaer sobre una o varias personas concretas, no tiene nada que ver con las tesis modernas que ponen en cuestión la idea de que las catástrofes que modernamente están aislando determinadas zonas del planeta sean, exactamente, catástrofes naturales. Cfr. P. WALKER, *No hay catástrofes «naturales»*, en el diario «CLARÍN», Buenos Aires, 17 de octubre de 2000, p. 25. La idea central de este trabajo es que a la actividad permanente de los fenómenos naturales se le añade en nuestros días el factor del subdesarrollo, con el correspondiente hacinamiento de personas, que determina que los daños sean muy superiores ahora que antes. Por otra parte, sobre la imputación de las hambrunas a la política de las grandes multinacionales, cfr. BARCELONA, *Postmodernidad*, p. 54.

a una «culpa suya» o que, simplemente, responda al azar. Se parte del axioma de que siempre ha de haber un tercero responsable, al que imputar el hecho y sus consecuencias, patrimoniales y/o penales⁹³. A ello se ha aludido con el gráfico término de «Zurechnungsexpansion», esto es, la expansión de la imputación de responsabilidad como característica cultural de la sociedad contemporánea⁹⁴. La víctima siempre se pregunta por un responsable⁹⁵, aunque lo cierto es que a veces la respuesta correcta es que «nadie es responsable». En efecto, de entrada, no cabe hablar de responsabilidad sin capacidad de acción ni conocimiento. Pero tampoco la mera concurrencia de capacidad de acción y conocimiento puede fundamentar la responsabilidad, que es una cuestión moral y, por ello, de deber⁹⁶. De ahí que la «expansión de la imputación» acabe dando lugar a procesos de despersonalización y, sobre todo, de a-moralización (esto es, de pérdida de contenido moral) en la imputación⁹⁷.

Expresando la tendencia caracterizada, se ha dicho: «... *haben falta no sólo responsables sino también culpables. Hay que*

⁹³ Ello constituye un fenómeno general. Así, ante cualquier accidente, puede apreciarse cómo las propias empresas promueven la tesis del «fallo humano», frente a la más intranquilizadora versión de que científicamente resultan desconocidos los procesos desencadenados que han determinado su producción. Cfr. sobre esto ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, p. 35. La discusión sobre a quién debía imputársele el accidente de un avión de la compañía aérea Egypt-Air, fabricado por la empresa estadounidense Boeing, que tuvo lugar en octubre de 1999 en la costa norteamericana, lo puso de relieve de modo especialmente gráfico.

⁹⁴ W. LÜBBE, *Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechnungsexpansion*, en W. LÜBBE (Hrsg.), «Kausalität und Zurechnung», pp. 223 y ss., 223. También H. LÜBBE, *Moralismus oder fingierte Handlungssubjektivität in komplexen historischen Prozessen*, ibidem, pp. 289 y ss.

⁹⁵ La tendencia hacia una hipertrofia de la responsabilidad de los terceros coincide con la propensión a excluir o, en todo caso, atenuar la responsabilidad por los propios actos. Ello, de todos modos, responde a la lógica de la diferencia entre los juicios del actor y observador (cuanto más si éste es la víctima). Mientras que el observador tiende a imputar responsabilidad al actor, éste tiende a descargar su responsabilidad en las circunstancias (lo que constituye una de las posibles «técnicas de neutralización» del reproche).

⁹⁶ W. LÜBBE, en W. LÜBBE (Hrsg.), «Kausalität und Zurechnung», pp. 227 y ss., 230-231.

⁹⁷ H. LÜBBE, en W. LÜBBE (Hrsg.), «Kausalität und Zurechnung», pp. 293 y 294.

encontrar un responsable en todo, empezando por lo más absurdo, la muerte (...). Como si la evolución de la sociedad democrática le hiciese recuperar la idea de que ninguna muerte es natural y que, si no se le puede atribuir a una voluntad positiva, siempre se puede imputar a una negligencia» ⁹⁸.

8. En mi opinión, la imputación (normativa) y la explicación (empírica) definen espacios que se excluyen recíprocamente. Esto quiere decir que la imputación, la búsqueda y la atribución de sentido sólo tienen lugar respecto de aquellos fenómenos para los cuales no se ha alcanzado una explicación empírica completa ⁹⁹. En efecto, si algo no se puede explicar (atribuírselo a la

⁹⁸ GARAPON, *Juez y democracia*, p. 104, a lo que se añade: «Mientras la ideología ha dado durante mucho tiempo carta de naturaleza a los fenómenos históricos, hoy se mueve a la inversa: dar una explicación humana a todas las catástrofes naturales. Todos los sufrimientos se remiten a algunos responsables que soportan todo su peso: ¿no estamos con eso en presencia de un mecanismo sacrificial?» (p. 107). Sobre la búsqueda *a posteriori* —y a toda costa— de una imprudencia en los casos en que se ha producido un resultado lesivo, son las más reveladoras las palabras de LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlin, 1991, p. 185: «Según que se haya producido un daño o las cosas hayan salido bien, el riesgo se valorará a posteriori de modo diverso. A posteriori ya no se entiende cómo es que en un presente ya pasado se hubo tomado una decisión tan cuidadosa o tan arriesgada.» En concreto para el Derecho penal, KUHLEN, *Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral*, en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (Hrsg.), «Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung», Baden-Baden, 1991, pp. 341 y ss.

⁹⁹ Lo que quiere decir tanto como «aceptada por la sociedad como tal». Creo que no es sustancial la diferencia existente entre este planteamiento y el de K. GÜNTHER, *Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens*, en LÜDERSSEN (Hrsg.), «Aufgeklärte Kriminalpolitik», I, pp. 319 y ss. GÜNTHER, en efecto, entiende que la «explicación» de las consecuencias de un comportamiento (por enfermedad, trastorno, coacción, educación, etc.) no excluye de por sí automáticamente la «imputación» individual de responsabilidad. A su juicio, para que la imputación se excluya es necesario que exista y se formule una «regla de exculpación» según la cual aquello determina esto (pp. 325-326, 340). Una regla que varía históricamente y cuyo contenido dependerá de los conceptos de persona que se manejen (pp. 328 y ss.). Por mi parte, admito perfectamente este planteamiento pues el mismo, en realidad, trata del manejo exculpatorio de explicaciones empíricas «incompletas», esto es, en las que no se ha conseguido marginar por completo al agente como tal (así sucede en múltiples enfermedades mentales: cfr. las referencias de GÜNTHER, pp. 340 y 341). Lo que no obsta a que la explicación empírica completa (de la que el agente haya sido distanciado plenamente como tal) deba determinar *per se* la innecesariedad y, en definitiva, la improcedencia de la impu-

naturaleza) de modo pleno, entonces es preciso imputárselo a alguien, ya sea a la sociedad en su conjunto, ya a algún agente individual concreto. Pues, ya que no puede ser explicado empíricamente, el hecho habrá de ser insertado en un contexto hermenéutico (y éste lo proporciona la imputación ¹⁰⁰). La historia de la humanidad es, entonces, en cierta medida, la historia del intento de reducción de los espacios de imputación en favor de explicaciones (y soluciones) causales: la historia de la reducción de lo mítico (o lo misterioso). Ahora bien, aunque el positivismo trató, infructuosamente, de explicar incluso el obrar humano en clave causal-determinista, buscando reconducirlo en todo caso al ámbito de lo empírico (la psiquiatría o las ciencias sociales) y de abandonar la dimensión normativa y de imputación, lo cierto es que la conducta humana se ha resistido siempre a esta pretensión. En efecto, dicha conducta, en tanto que procedente de un sujeto libre, pertenece consustancialmente al ámbito de la normatividad. El problema radica en que, en estas últimas décadas, la «expansión de la imputación» manifiesta precisamente el intento de obviar la existencia de fenómenos que no son expresión de ninguna «*causa libera*», sino sólo explicables en términos empíricos. Respecto de éstos, debe excluirse toda imputación, toda responsabilización, toda sanción, las cuales deben ceder su lugar a la aplicación de medidas cognitivas de reacción que son las correspondientes a tales procesos empíricos. Pero parece como si en nuestras sociedades se precisara en todo caso, ante la producción del daño, del valor simbólico-comunicativo de la imputación ¹⁰¹.

9. Todo lo relatado, obviamente, no carece de consecuencias en el ámbito jurídico. Ya se ha aludido a la eliminación de espacios de riesgo permitido y al consiguiente incremento de la apreciación de infracciones de deberes de cuidado. Asimismo, a

tación de responsabilidad, para situar el fenómeno en cuestión en el ámbito de lo puramente cognitivo.

¹⁰⁰ La imputación, en efecto, permite introducir en un contexto significativo («entender») lo que no se ha podido explicar de modo pleno.

¹⁰¹ En este marco se inscriben las declaraciones en las que se afirma que «ya basta de pretender explicar» (la delincuencia juvenil, por ejemplo). Cfr. sobre estas tendencias la exposición de K. GÜNTHER, «Kritik», 1994-2, pp. 136, 149.

la construcción crecientemente ampliatoria de la comisión por omisión en virtud de «*injerencia*». Pero, en este marco ideológico general, debe introducirse seguramente también el incremento de la tipificación de delitos de peligro¹⁰². En efecto, si de lo que se trata es de garantizar la seguridad, no puede dejar de advertirse la inconsecuencia preventiva de los tipos delictivos imprudentes de resultado de lesión. Pues éstos incorporan el mensaje de que el sujeto activo del delito sólo será objeto de sanción si se produce el resultado lesivo; y, según la concepción dominante, el delito imprudente se caracteriza precisamente por la confianza del agente en la no-producción del resultado. Así, la contribución de la sanción de los delitos imprudentes de resultado al aseguramiento (contrafáctico) de las expectativas sociales de seguridad debe valorarse como muy relativa: baste, para comprobarlo, apreciar cómo las víctimas potenciales de estas conductas recurren, una y otra vez, hasta dónde pueden, a medios de aseguramiento cognitivo (autoprotección fáctica). Lo que ocurre es que, en una sociedad de contactos anónimos, los medios de aseguramiento cognitivo de las víctimas potenciales son, sencillamente, impracticables. Todo lo cual, sin duda, explica —entre otros factores, ya antes mencionados¹⁰³— la irrefrenable tendencia hacia la tipificación de delitos de peligro. Ahora bien, la imposibilidad jurídico-penal o procesal de traducir, en muchas

¹⁰² Cfr. esta hipótesis en HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit, passim*, p. 54, por ejemplo. Muy significativa es la construcción de KINDHÄUSER, para quien en los delitos de peligro abstracto se trata de «normas de seguridad», que protegen «*die zur sorgelosen Verfügung über Güter notwendigen (heteronomen) Sicherheitsbedingungen*» (esto es, las condiciones de seguridad —heterónomas— necesarias para una despreocupada disposición sobre bienes): así, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt, 1989, *passim*, p. 280. Cfr. asimismo JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Cancio/Feijóo), Madrid, 1996, p. 47: «... la tendencia a la juridificación, con independencia de cuál sea su base, ya no permite, al menos en un Estado de prestaciones, que la seguridad se conciba como un mero reflejo de la actividad policial, sino que se convierte en un derecho, cuyo aseguramiento puede ser exigido al Estado».

¹⁰³ Cfr. *supra*. Por lo demás, obviamente, no todos los tipos de peligro de nuevo cuño pueden reinterpretarse en clave de imprudencias «clásicas», de las que se habría eliminado el requisito de punibilidad de la producción del resultado. La tipificación de delitos de «peligro» contra bienes supraindividuales de carácter socio-económico, respondiendo al mismo paradigma general de la lucha contra la inseguridad, tiene otros condicionantes concretos.

ocasiones, tal percepción de inseguridad o de ausencia de azar sentida por el sujeto pasivo en un criterio efectivo de hiperresponsabilización del sujeto activo puede propiciar todavía más la conformación de una legislación simbólica.

2.6. La identificación de la mayoría social con la víctima del delito ¹⁰⁴

1. La expansión del sistema del Derecho penal, asentada en los aspectos ya comentados, responde asimismo a un fenómeno general de *identificación social con la víctima* (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo) ¹⁰⁵. Dicho fenómeno viene favorecido por la coyuntura, analizada en el apartado anterior, de la configuración de una sociedad mayoritariamente de *clases pasivas*: pensionistas, parados, consumidores, perceptores de prestaciones. Se trata, como se ha señalado con expresión a mi juicio afortunada, de los «*sujetos del bienestar*» ¹⁰⁶. Pues bien, la actitud de estos sujetos frente al Derecho penal resulta perfectamente coherente en el marco del modelo social de la crisis del Estado-providencia ¹⁰⁷. En efecto, en este marco se está produ-

¹⁰⁴ «*La opinión pública se inclina hoy a identificarse más con la víctima que con el árbitro, con el gobernado más que con el gobernante, con el contrapoder más que con el poder, con el justiciero más que con el legislador*» (GARAPON, *Juez y democracia*, pp. 96, 98).

¹⁰⁵ Cfr. sobre los posibles modelos de identificación de la comunidad PA-LIERO, «RIDPP», 1992, pp. 873 y ss. Dicho fenómeno tiene repercusiones claras, como el crecimiento exponencial del interés por la víctima del delito y la protección de sus derechos, tanto en el ámbito del Derecho sustantivo como en el del Derecho procesal.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ SEARA, *Los sujetos del bienestar*, en el diario «ABC», lunes 29 de diciembre de 1997, p. 26; en términos materialmente equivalentes alude SARTORI, *La democracia después del comunismo*, Madrid, 1993, p. 118 y ss., a la «sociedad de las expectativas», donde éstas tienen por objeto sobre todo «derechos» materiales.

¹⁰⁷ La inseguridad se relacionaría, en efecto, con la pérdida del dominio, de una orientación clara y el incremento de la dependencia. Resulta atractivo el modo en que lo expresa FORSTHOFF (citado por HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 59): «*De este modo el hombre moderno no sólo vive en el Estado sino también del Estado. La pérdida del espacio vital dominado y de las reservas existenciales que vienen dadas con él le exponen al Estado. Se sabe dependiente del Estado y le traslada a éste la necesidad de seguridad y garantía de su existencia, que ya no encuentra satisfechas en su lábil esfera individual.*»

ciendo un cambio progresivo en la concepción del Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*): de advertirse en él ante todo «la espada del Estado contra el desvalido delincuente» se pasa a una interpretación del mismo como «la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos»¹⁰⁸. Ello provoca la consiguiente transformación también en el ámbito del Derecho penal objetivo (*ius poenale*): en concreto, se tiende a perder la visión de éste como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Y, así, la concepción de la ley penal como «*Magna Charta*» de la víctima aparece junto a la clásica de la «*Magna Charta*» del delincuente; ello, si es que ésta no cede la prioridad a aquélla.

2. Una concepción de la Ley penal como «*Magna Charta*» no sólo del delincuente —según la caracterización de VON LISZT—, sino también —e incluso especialmente— de la víctima, de entrada no puede dejar de tener consecuencias en el modo de concebir el principio de legalidad. En efecto, partiendo del concepto clásico, se ha señalado que los tipos penales son susceptibles de una interpretación restrictiva (normalmente, de base teleológica) e incluso de una propia «reducción teleológica»¹⁰⁹. Del mismo modo, se ha admitido por muchos —como correlato natural de lo anterior—, aunque no sin discusión, especialmente en España, el recurso a la analogía en el ámbito de las eximentes y atenuantes (en particular, en las causas de justificación). El fundamento de dicha forma de obrar es, naturalmente, la apreciación de que la Ley penal constituye una garantía para el delincuente, de modo tal que nada obsta a la reducción interpretativa del ámbito de lo punible ni a la *analogía in bonam partem*¹¹⁰. Pues

¹⁰⁸ Es decir, que se empieza a advertir la operatividad del Derecho penal contra los «*powerful*», y no sólo contra los «*powerless*». A la vez que los representantes de los «*powerless*» van alcanzando crecientes parcelas de influencia, política o al menos social (movimiento asociativo, *mass media*, etc.).

¹⁰⁹ Críticamente, HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981, pp. 134-135, advirtiendo que la consideración de ciertos comportamientos de la víctima para limitar la imputación de hechos típicos al autor incurriría en este, a su juicio, inaceptable proceder; EL MISMO, *Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat*, Bielefeld, 1983, p. 13.

¹¹⁰ HILLENKAMP, *Der Einfluß*, p. 13: «Ciertamente en el Derecho penal alemán se parte del carácter permitido sin problemas de la llamada reducción teleológica, porque sólo favorece al autor. Sucede sólo que no se castiga lo que

bien, desde una perspectiva que entienda que la Ley penal es también la «*Magna Charta*» de la víctima ¹¹¹, algo que parece estar en clara consonancia con la autocomprensión de la sociedad de la inseguridad ¹¹², resulta claro que ni la reducción teleológica de los tipos ni la aplicación analógica de las eximentes, en particular de las causas de justificación, se manifestarían como procedimientos incontestados. En cambio, se plantearía como cuestión a considerar la relativa a la interpretación restrictiva de las eximentes (o de ciertas eximentes) e incluso la modificación de las fronteras entre la interpretación extensiva de los tipos y la prohibida *analogía in malam partem*.

3. En efecto, en los casos dudosos, pertenecientes a la «zona gris» del respectivo término legal, de modo tradicional se ha tendido a excluir su inclusión en el mismo (desplazándolos a la analogía frente a la todavía permitida interpretación extensiva del tenor literal). En ello han pesado sin duda consideraciones derivadas de la idea de la legalidad como garantía del agente.

en sí —esto es, según el tenor literal— seguiría siendo punible. Se supone que esto ha de ser —como la analogía en favor del autor— incuestionable. Por mi parte, querría ponerlo en cuestión. Ciertamente nos hemos acostumbrado a contemplar con Franz von Liszt el Código penal sólo como la Magna Charta del delincuente, que protege a los ciudadanos que se alzan contra el Ordenamiento jurídico frente a la omnipotencia estatal. El Estado sólo puede castigar allí donde previamente ha conminado de modo expreso y preciso. El enunciado de que las soluciones que favorecen al autor son incuestionables puede conciliarse sin más con ello.»

¹¹¹ Como HILLENKAMP, *Der Einfluß*, p. 13: «Sin embargo, se olvida con ello que el Código penal es también una Magna Charta de la víctima.»

¹¹² Cfr. la línea argumental de HILLENKAMP, *Der Einfluß*, pp. 13-14: «Todo el mundo puede extraer del Código penal contra qué abusos le protege el Estado con los medios del Derecho penal. Esta función del Derecho penal no debería ser infravalorada. Contribuye de modo esencial a un sentimiento de seguridad vital y a una renuncia del ciudadano a autodefenderse y a armarse en todas direcciones (*Rundumbewaffnung*). Garantiza un espacio de paz mínima, que queda libre de la atmósfera de *homo homini lupus*. Este efecto del Derecho penal estatal no debería ser minusvalorado en su significado de psicología social. Con él no se concilia el enunciado —tranquilizador desde la perspectiva del Estado de Derecho— del mero favorecimiento del autor. Quien propaga soluciones favorecedoras del autor, propaga en el mismo instante soluciones que lastran a la víctima. Con ello, provoca fricciones en una estructura que sólo se aprehende de modo suficiente con el doble sentido de la imagen de Magna Charta. Esto o no se ve o se silencia, pero no debería pasar desapercibido en una época que ha asumido como tarea el descubrimiento de la víctima.»

Pues bien, en un Derecho penal entendido (también) como *Magna Charta* de la víctima ello podría verse de modo distinto. En particular, podría entenderse que si el caso en cuestión responde al «telos» o al «espíritu» de la ley y no viene claramente excluido del tenor de la misma, entonces procede su inclusión en el respectivo ámbito de regulación. Lo que supondría la caracterización de la «interpretación extensiva» más allá del tenor literal —que de modo dominante se entiende que no es interpretación, sino analogía— como interpretación admisible. De hecho, en los últimos tiempos no es extraño advertir interpretaciones restrictivas de base teleológica, cuando no auténticos supuestos de reducción teleológica, en el campo de las eximentes y atenuantes ¹¹³, al tiempo que la propia flexibilidad de los tipos propicia la continua extensión de su alcance.

4. El fenómeno de identificación con la víctima conduce también, en el planteamiento de algunos autores, a entender la propia institución de la pena como mecanismo de ayuda a la superación por parte de la víctima del trauma generado por el delito (en la denominada *viktimologische Strafretheorie*) ¹¹⁴. El razonamiento es el siguiente: ya que la sociedad no ha sido capaz de evitarle a la víctima el trauma causado por el delito, tiene, al menos en principio, una deuda frente a aquélla, consistente en el castigo del autor ¹¹⁵. En el cumplimiento de esta deuda, por lo de-

¹¹³ Seguramente, lo mismo sucede con el contenido de las reglas de imputación típica. Cfr., por citar sólo un ejemplo, H. L. GÜNTHER, *Das viktimodogmatische Prinzip aus anderer Perspektive: Opferschutz statt Entkriminalisierung*, en «Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag», München, 1998, pp. 69 y ss. Este autor, partiendo de la constatación victimológica de que hay casos en los que tanto el autor como la víctima contribuyen al hecho, discrepa de que haya de conducir sólo a la atenuación o exclusión de pena para el autor (línea seguida por la mayoría de los autores que se habían ocupado de la llamada «victimodogmática»). Así, propone que el «principio victimodogmático» se utilice como vía de incrementar las penas en los casos en que el autor se aprovecha de una determinada relación para obtener la colaboración de la víctima. Me parece que esta idea, que, por otro lado, resulta perfectamente compartible, sí expresa una tendencia de la doctrina a no ver las reglas de imputación como puras «reglas de garantía del autor», sino también como «reglas de protección de la víctima».

¹¹⁴ JEROUSCHECK, *Straftat und Traumatisierung. Überlegungen zu Unrecht, Schuld und Rehabilitierung der Strafe aus viktimologischer Perspektive*, «JZ», 2000, pp. 185 y ss., 193 y ss.

¹¹⁵ JEROUSCHECK, «JZ», 2000, p. 193.

más, sólo la pena de prisión y la de multa cumplen la deseada función simbólica ¹¹⁶. La pena —se dice— significa mucho para la víctima. «*No porque satisfaga necesidades de venganza, pues en la mayoría de los casos no lo hace. Sino porque la pena manifiesta la solidaridad del grupo social con la víctima. La pena deja fuera al autor y, con ello, reintegra a la víctima*» ¹¹⁷.

5. Sea como fuere, lo cierto es que la criminalidad organizada (narcotráfico, terrorismo, pornografía), la criminalidad de las empresas (delitos fiscales, medioambientales, en materia de consumo —salud e intereses económicos—), la corrupción político-administrativa o el abuso de poder, e incluso la violencia conyugal del denominado «*tirano doméstico*» y el acoso sexual, aparecen en primer plano de la discusión social sobre lo delictivo. Y la nueva Política criminal intervencionista y expansiva recibe la bienvenida de muchos sectores sociales antes reticentes al Derecho penal, que ahora la acogen en tanto que reacción contra la criminalidad de los poderosos ¹¹⁸. Pues bien, en un momento cultural en el que la referida criminalidad de los poderosos preside la discusión doctrinal, pero también la actividad de los Tri-

¹¹⁶ Excluyéndose, salvo en ámbitos de aplicación muy subsidiarios, «infantilizaciones» de la pena como el arresto domiciliario o la prohibición de ver la televisión, carentes de toda fuerza simbólica: JEROUSCHECK, *ibidem*.

¹¹⁷ J. Ph. REEMTSMA, citado por JEROUSCHECK, «JZ», 2000, p. 194.

¹¹⁸ En mi opinión, la evolución social está refutando radicalmente la opinión de algunos autores que habían caracterizado la progresiva cristalización del Estado democrático de Derecho (frente al Estado liberal o el Estado social) como un marco de «máximas prestaciones, máxima participación y máximas garantías» (es decir, Estado del bienestar con Derecho penal mínimo). Más bien se pone de manifiesto que la pretensión de armonizar un Estado máximo y un Derecho penal mínimo constituye una «*contradictio in terminis*». Aunque sólo fuera por un motivo: la inseguridad en cuanto a la percepción de las prestaciones (en sentido amplio: comprensivas de la ordenación del territorio, medio ambiente, consumo, orden económico; y no sólo relativas a la cuestión de las prestaciones sociales —educación, sanidad, desempleo, pensiones—) provenientes directa o indirectamente del Estado conduce a que se promueva la instrumentalización del Derecho penal para (pretendidamente) garantizarlas. El antipático Estado-Policía se convierte en el simpático Estado-Providencia y la protección radical de los intereses de las Administraciones Públicas se explica no en clave de autoritarismo —como se hacía respecto a los códigos penales de origen decimonónico— sino en clave de democracia e igualdad. Por ello, en realidad, parece razonable pensar que un Derecho penal mínimo sólo pueda generarse en el marco de un Estado mínimo...

bunales que trasciende a través de los «*mass media*» y, por tanto, la representación social del delito, es seguramente comprensible que la mayoría tienda a contemplarse a sí misma más como víctima potencial que como autor potencial¹¹⁹. Ello, de nuevo, redundará en la conformación de un consenso restrictivo en cuanto al alcance de los riesgos permitidos. Pues el sujeto que ante todo se contempla como víctima potencial no halla contrapartida aceptable en la calificación de ciertos riesgos como «riesgos permitidos». Y ello se manifiesta de modo claro en una definición social-discursiva tendencialmente expansiva del ámbito de las conductas criminales.

6. En el momento actual, en suma, el tema en el debate social no es la criminalidad de los desposeídos, *leit-motiv* de la doctrina penal durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas (*crimes of the powerful-corporate and business crime*). Ahora bien, ello supone introducir un importante error de perspectiva sobre el que conviene alertar. En efecto, aquí y ahora, sigue siendo posible afirmar que el 80 por 100 de la criminalidad (al menos, de la definida como tal y perseguida) continúa manifestándose como criminalidad de los marginados (*lower class crime*)¹²⁰, de modo que se corre el riesgo de tomar la parte (menor, pero muy difundida por los medios de comunicación) por el todo. Así, la apuesta, que parece decidida, por una expansión del Derecho penal, que conlleve la relativización de los principios de garantía y reglas de imputación en el ámbito de la criminalidad de los poderosos¹²¹, siendo criticable en sí misma, puede incu-

¹¹⁹ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 318: así, no es sólo que en la sociedad del riesgo se incrementen los riesgos, sino que lo que varía sobre todo es el conocimiento y la «percepción» de dichos riesgos.

¹²⁰ Aunque debe añadirse aquí un importante matiz. A saber, el crecimiento exponencial de la criminalidad organizada que se proyecta en hechos de pequeña o mediana gravedad y cuyos integrantes son reclutados entre los «marginados» (extracomunitarios, básicamente).

¹²¹ Cfr. incluso NAUCKE, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt, 1996, *passim*, quien lo propone a partir del Derecho natural o bien de propiciar una interpretación «conforme a los derechos humanos» del ordenamiento positivo. Lo que le conduce a relativizar principios como los de irretroactividad o prohibición de analogía en este ámbito. De igual modo, EL MISMO, *Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Krimina-*

rir además en el error adicional de repercutir sobre la criminalidad en general, incluida la de los «*powerless*», en los que no parece pensarse en primera instancia a la hora de proponer las reformas antigarantistas ¹²².

7. Ciertamente, no parece que vayamos a asistir a la configuración de una representación social escindida del Derecho penal, que distinguiera entre poderosos y marginados y mantuviera un doble baremo. Independientemente de lo rechazable de tal concepción del Derecho penal, lo cierto es que la misma, según todos los indicios, no va a producirse. Por el contrario, los fenómenos referidos parecen conducir —como antes apuntábamos— a un cambio global en la representación de la criminalidad de signo inequívocamente defensivo. Las tesis de la corresponsabilidad social en el delito (muy características de los años sesenta e incluso setenta ¹²³), que habían alcanzado ciertamente excesos improbables, en la medida en que excluían prácticamente el ele-

lität, en «Festschrift für Günter Bemma», Baden-Baden, 1997, pp. 75 y ss., 84-85.

¹²² Esto pone de relieve la «perversidad» —*sit venia verbo*— de las tesis antigarantistas, por muy «sectorial» que sea su origen. En efecto, éstas, aunque se construyan pensando sólo en la criminalidad organizada o en la criminalidad de empresa, sobre la base de la idea —en sí criticable— de que «los poderosos no precisan garantías», o de que «las garantías se conformaron pensando en un delincuente débil frente a un Estado fuerte y no viceversa», acaban incidiendo sobre todo el Derecho penal. Lo advierte KUNZ, *Kriminologie*, Bern/Stuttgart/Wien, 1994, p. 302 núm. marg. 7: «*Incrementos claros de la eficiencia en el control sólo se pueden alcanzar mediante un enérgico Derecho penal especial de la puesta en peligro, que corre el riesgo de desbordarse por los ámbitos de la criminalidad tradicional y generar un cambio esencial de modelo, desde el Derecho penal del ciudadano al Derecho penal del enemigo.*»

Las soluciones frente a eventuales desigualdades en el trato con la criminalidad no pasan, pues, por la eliminación de las garantías en la represión de la delincuencia de los poderosos, sino, por el contrario, por lograr que los marginados disfruten realmente —y no sólo teóricamente— de las mismas garantías que aquéllos.

¹²³ Cfr., por ejemplo, LÜDERSSEN, *Kollektive Zurechnung - individualisierende Haftung*, en LÜDERSSEN/SACK (Hrsg.) «Vom Nutzen und Nachteil der sozialwissenschaften für das Strafrecht», 2, Frankfurt, 1980, pp. 737 y ss., 740: «*La criminalidad es un producto social (...) y a ello no se adecua el que para la lucha contra esta criminalidad se utilice como instrumento la responsabilidad individualizadora.*» Esta idea se halló siempre en la base de las reflexiones del círculo de los denominados «profesores alternativos»: cfr. la referencia crítica de DAHRENDORF, *Ley y orden* (trad. L. M. Díez-Picazo), Madrid, 1994, p. 91.

mento de responsabilidad personal ¹²⁴, parecen ceder el paso a otras centradas exclusivamente en la responsabilidad personal (que se van asentando en los años ochenta y noventa) ¹²⁵. Seguramente, ello responde a un cambio de mentalidad que trasciende el ámbito de lo delictivo: en concreto, al ascenso progresivo de una ética de la responsabilidad individual, que habría de prevalecer sobre visiones más «colectivas» y, consiguientemente, paternalistas en lo que hace a la relación entre los ciudadanos y el Estado (sanidad, educación, pensiones) ¹²⁶. Pero ciertamente hay que alertar sobre el peligro de que también en esta línea se incurra en excesos, olvidándose que, junto al elemento central de la responsabilidad individual del agente, debe considerarse también el contexto social del delito ¹²⁷.

¹²⁴ En realidad, la idea viene de muy atrás y entronca con la concepción sociológica del delito y las expresiones relativas a la «*Kollektivschuld der Gesellschaft*» («*Tout le monde est coupable excepté le criminel*»): ya crítico con respecto a ello MEZGER, *Kriminalpolitik und ihre kriminologische Grundlagen*, 3.^a ed., Stuttgart, 1944, p. 248.

¹²⁵ GARAPON, *Juez y democracia*, p. 105; HESS, *Die Zukunft des Verbrechens*, «*KritJ*», 1998, pp. 145 y ss., 156. La llamada «tercera vía» parece pretender eludir ambos riesgos. Como declara gráficamente el titular del *Home Office* británico, el laborista STRAW, «... el mensaje dual sobre el crimen es el núcleo que nos lleva a la Tercera Vía: la derecha era dura con el crimen pero se olvidaba de las causas, y la vieja izquierda lo era con las causas pero no con el crimen. Nosotros combatimos el crimen pero también lo que lo provoca» (en el diario «EL MUNDO», 26 de septiembre de 1999, p. 7). Cuestión distinta es que tal virtuoso punto medio se consiga.

¹²⁶ Esta mentalidad es, seguramente, la que de algún modo se corresponde con los segmentos sociales que se hallaban tras la candidatura de Bush a la presidencia de los Estados Unidos. Cfr. M. TRUJILLO, *¿El fin de la «Great Society»?», «ABC»*, 7 de noviembre de 2000, p. 34.

¹²⁷ Por eso creo que tiene razón KLESCZEWSKI, *Auswirkungen von Umbruch und Krise einer Bürger-Gesellschaft auf das Strafrecht -eine Hegelianische Perspektive*, en «*ARSP Beiheft*», 71 (Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs), 1997, pp. 140 y ss., 152, a propósito de delitos que responden a una situación de injusticia social contradictoria con los propios principios de la sociedad en la que se produce: «*Los delitos que, aunque tomándose la justicia por su mano, reclaman la participación en el bienestar general, ejecutan algo a lo que la generalidad constituida está obligada según sus propios principios. Desde este punto de vista, el hecho aparece precisamente como una actuación de la voluntad general, para resolver esta contradicción consigo misma. De ello resulta que la criminalidad ya no es aquí sólo una obra con la que haya de pechar la voluntad especial del agente, sino que se convierte, desde esta vertiente, en un fenómeno que genera responsabilidad social. A la vista*

8. Probablemente, un indicio de todo esto —aunque no más que un indicio— pueda advertirse en el cambio de perspectiva con el que parece empezar a abordarse la criminalidad infantil y juvenil en los diversos países ¹²⁸. En efecto, a mi entender el fundamento último de la existencia de una legislación penal de menores más suave que la común se halla en la idea de que la responsabilidad individual por el delito cometido por el joven se ve matizada por una cierta corresponsabilidad social ¹²⁹. Pues bien, la eliminación de este aspecto, o al menos su significativa puesta en cuestión, podrían conducir a un replanteamiento (probablemente indeseable) del tratamiento más benigno de los jóvenes delincuentes. Así, las propuestas de imposición de sanciones más graves a los jóvenes autores de hechos violentos, y en concreto de rebaja de la frontera de la «mayoría de edad penal», que permitiría imponer a tales jóvenes las sanciones del Derecho penal común, se hallan cada vez más difundidas y encuentran acogida en todos los foros ¹³⁰.

de ello, debe relativizarse el principio retributivo de modo que la atribución de una única culpabilidad se supere en una corresponsabilidad del conjunto de la sociedad. Esto implica una cierta contención de la potestad sancionadora, que por un lado se corresponde con un deber de tolerancia de la generalidad en cuanto a los riesgos de la reinserción de los penados y, por otro lado, con un deber general de ayuda, de apoyarlos en su resocialización. La contención de la potestad sancionadora se manifiesta permanentemente en la renuncia a la disminución del honor que se vincula con la caracterización del condenado como único culpable». En función del delito que se cometa, esta consideración conduciría desde la impunidad en unos casos, pasando por la atenuación de la responsabilidad en otros, hasta la plena sanción en los restantes (más graves), si bien siempre acompañada de una oferta de terapia social.

¹²⁸ Cfr., por ejemplo, el informe de PIPPER, *The Crime and Disorder Act 1998: Child and Community "Safety"*, «MLR», 62, 1999, pp. 397 y ss.

¹²⁹ En realidad, por tanto, la exención de toda responsabilidad penal que el Derecho español vigente prevé para los casos de delitos cometidos por menores de catorce años tiene su fundamento en que el hecho en cuestión se le imputa *totalmente* a la sociedad; por eso, el mecanismo previsto para tales casos es el mismo que el que se establece para los menores desprotegidos. Y el Derecho penal de jóvenes encuentra un importante fundamento de su existencia en la idea de una imputación *parcial* a la sociedad. Aunque ello, naturalmente, no implica que no se tengan en cuenta otros factores, como la mayor impulsividad del joven, su mayor labilidad o, en fin, las mayores posibilidades de reinserción a través de tratamientos educativos.

¹³⁰ En España nos hallamos todavía en el proceso de signo inverso marcado por la promulgación de la Ley de responsabilidad penal del menor. Pero ello

2.7. El descrédito de otras instancias de protección

1. Lo anterior, con todo, todavía no explicaría de modo necesario la demanda de punición y la consiguiente expansión *precisamente* del Derecho penal. En efecto, tales datos podrían conducir ciertamente a una expansión de los mecanismos de protección no jurídicos, o incluso de los jurídicos, pero no necesariamente de los jurídico-penales. Ocurre, sin embargo, que tales opciones o son inexistentes, o parecen insuficientes, o se hallan desprestigiadas. Nos referimos a la ética social, al Derecho civil y al Derecho administrativo.

2. Resulta innegable que, dejando otras consideraciones al margen, las normas de la moral social —como *normas* que son— desempeñan una función de orientación, al permitir predecir en cierta medida la conducta de los demás, de modo que quepa renunciar así al permanente proceso de aseguramiento cognitivo ¹³¹. Pero, entonces, la ausencia de una ética social mínima hace, en efecto, imprevisible la conducta ajena y produce, obviamente, la angustia ¹³² que corresponde al esfuerzo permanente de aseguramiento fáctico de las propias expectativas o a la constante redefinición de las mismas. Pues bien, las sociedades modernas, en las que durante décadas se fueron demoliendo los criterios tradicionales de evaluación de lo bueno y lo malo, no parecen funcionar como instancias autónomas de moralización, de creación de una ética social que redunde en la protección de

no impide advertir con claridad que en muchos países de nuestro entorno ha comenzado precisamente la fase de reflujo. Probablemente no es casual en este sentido que un conocido diario barcelonés titulara la aprobación, en su día, del proyecto de ley penal juvenil por el Consejo de Ministros indicando, con grandes caracteres: «*El Gobierno rebaja la mayoría de edad penal a los trece años*». Por lo demás, la singularización —que ahora empieza a debatirse— de los hechos de terrorismo cometidos por menores del ámbito de la legislación penal de jóvenes pone de relieve cómo, al menos para ciertos delitos, no se está dispuesto a admitir la tesis de la corresponsabilidad social. En términos críticos frente al replanteamiento del *statu quo* en materia de responsabilidad penal juvenil, con importantes argumentos, HEFENDEHL, *Täter und Opfer bei kindlicher Gewaltkriminalität*, «JZ», 2000, pp. 600 y ss.

¹³¹ Esto es, a la continua redefinición de las propias expectativas ante cada nuevo contacto social, o tras la defraudación de tales expectativas en el anterior contacto.

¹³² Cfr. MARINA, *Crónicas*, p. 106.

los bienes jurídicos ¹³³. Ello expresa una situación próxima a la anomia que teorizara DURKHEIM.

3. La cuestión no es tan nueva como podría parecer. Ya en 1930, ORTEGA Y GASSET concluía: «*Europa se ha quedado sin moral (...). Si dejamos a un lado —como se ha hecho en este ensayo— todos los grupos que significan supervivencias del pasado —los cristianos, los “idealistas”, los viejos liberales, etc.— no se hallará entre todos los que representan la época actual uno solo cuya actitud ante la vida no se reduzca a creer que tiene todos los derechos y ninguna obligación. Es indiferente que se enmascare de reaccionario o de revolucionario: por activa o por pasiva, al cabo de unas u otras vueltas, su estado de ánimo consistirá, decisivamente, en ignorar toda obligación y sentirse, sin que él mismo sospeche por qué, sujeto de ilimitados derechos*» ¹³⁴. Añadiendo, de modo interesante en el contexto de este estudio, en el que ya se ha hecho alusión más arriba al individualismo de masas, lo siguiente: «*El hombre-masa carece simplemente de moral, que es siempre, por esencia, sentimiento de sumisión a algo, conciencia de servicio y obligación*» ¹³⁵.

4. Así, ha tendido a convertirse en excepcional el que una conducta, no estimándose contraria a Derecho, se repruebe socialmente como inmoral, adoptándose contra ella las reacciones sociales correspondientes. Ello, de entrada, tiene el efecto a favorecer el propio desarrollo de la delincuencia ¹³⁶. Pero, a la vez, determina que seguramente resulte correcto el diagnóstico de los

¹³³ Cfr., por ejemplo DÍEZ RIPOLLÉS, *Exigencias sociales y política criminal*, en «Claves de Razón Práctica», 85, septiembre 1998, pp. 48 y ss., 48-49: «*El fracaso en la consolidación de una moral social civil y autónoma ha conducido a que las opiniones sociales, de modo muy extendido, equiparen los contenidos del Derecho penal con los de esa moral social poco definida, y que en consecuencia exijan a la política criminal que se pronuncie sobre aspectos conflictivos éticos que no son propiamente de su competencia.*»

¹³⁴ ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas (1930)*, en «Obras completas» (ed. P. Garagorri), Madrid, 1988, pp. 198-199.

¹³⁵ ORTEGA Y GASSET, *La rebelión*, p. 200.

¹³⁶ Como pone de relieve la denominada «teoría institucional de la anomia», una de las causas del incremento de la delincuencia es la preeminencia de la economía y la relativa impotencia y devaluación de las instituciones no económicas como la familia, la educación, la religión, etc. Cfr. MESSNER/ROSENFELD, *Crime and the American Dream*, 2.^a ed., 1997.

que piensan que es, en parte, la «liberación» de prohibiciones morales la que conduce al incremento de prohibiciones penales. Sólo que la carga que el Derecho penal sufre con tal transferencia resulta insoportable para éste y, a mi juicio, nada positiva para el conjunto de la sociedad¹³⁷. Jean-Claude GUILLEBAUD¹³⁸ lo expresa del siguiente modo: «*Cuando una sociedad pierde sus puntos de referencia, cuando los valores compartidos —y sobre todo una definición elemental del bien y el mal— se desvanecen, son reemplazados por el Código penal. Si usted habla con los magistrados, le dirán que se les está pidiendo una tarea imposible: no sólo aplicar el derecho, que es su función, sino también producir valores, para lo que no se sienten cualificados. Corresponde a la sociedad trazar la frontera entre el bien y el mal, entre lo que está permitido y lo que no lo está. En una palabra, le corresponde plantear la cuestión de lo prohibido, a lo que ha renunciado desde hace treinta años.*» Seguramente habrá que esperar para ver si la tendencia que parece manifestarse ahora —en el marco de la llamada «tercera vía»— hacia una revitalización de la sociedad civil (*Zivil-, Bürgergesellschaft*), atribuyéndole un nuevo protagonismo, fructifica en este campo.

4. En segundo lugar, en lo que hace al Derecho civil de daños, es más que discutible que éste, dada su tendencia a la objetivización de la responsabilidad, pueda expresar la reprobación que es necesario manifestar ante determinados hechos¹³⁹. Algo que resulta especialmente patente en la evolución del Derecho de daños desde el «modelo de la responsabilidad» al «modelo del seguro». Desde este modelo, en efecto, puede dudarse de que el Derecho civil esté en condiciones de garantizar dos de los aspectos, a mi juicio, fundamentales de su función político-jurídica clásica. Así, por un lado, si el daño está asegurado es casi inevitable que disminuyan los niveles de diligencia del agente; pues el montante de la indemnización habrá de afrontarlo la asegurado-

¹³⁷ La denostada «judicialización» en el fondo no es sino un correlato del fenómeno que exponemos ahora.

¹³⁸ Citado *apud* MARINA, *Crónicas*, p. 196.

¹³⁹ Cfr., ya en este sentido, VON BAR, *Geschichte*, p. 343, frente a ciertas observaciones de IHERING, y p. 344: «*Eben weil das Schuldmoment aber in der Civiljustiz zurücktritt, ist letztere auch nicht geeignet, den nothwendig auch moralischen Charakter des Rechtes für sich allein genügend zu wahren.*»

ra, siendo su repercusión individual, en el peor de los casos, la derivada de un incremento general de primas ¹⁴⁰. Luego el modelo del seguro tiene como consecuencia un decremento de la eficacia preventiva que frente a conductas individuales dañosas podría tener el Derecho civil de daños ¹⁴¹. Por otro lado, el modelo del seguro tiende a configurar montantes estandarizados de indemnización que se alejan cada vez más de garantizar a los sujetos pasivos una compensación, si no integral (cuya propia posibilidad práctica resulta cuestionable), al menos mínimamente próxima a ésta ¹⁴². Todo lo cual, por lo demás, intensifica la pérdida de contenido valorativo de la responsabilidad civil que se inicia tan pronto como ésta abandona la idea de culpa.

5. En tercer lugar, por lo que hace al Derecho administrativo, el recurso al principio de oportunidad, al que se han ido sumando la imparable burocratización y, sobre todo, la corrupción han sumido en un creciente descrédito a los instrumentos de protección específicos de este sector (ya preventivos, ya sancionatorios) ¹⁴³. Se desconfía —con mayor o menor razón, según las ocasiones— de las Administraciones públicas en las que, más

¹⁴⁰ Obsérvese cómo ello implica una «socialización» del daño individualmente causado.

¹⁴¹ Cfr. J. SIMON, *The Emergence of a Risk Society: Insurance, Law, and the State*, «Socialist Review», 95 (1987), pp. 61 y ss., 73, que subraya el papel distributivo del seguro, frente a la atribución de reproche y responsabilidad. Su conclusión (p. 75): «... modern social insurance techniques undermine deterrence by breaking the link between compensation and fault». Cfr. también, LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlin, 1991. Sobre todo ello, instructivo, ARROYO ZAPATERO, *Derecho y riesgo*, en «Iniuria. Revista de responsabilidad civil y seguro», 8, oct.-dic. 1995, pp. 57 y ss. Concluyentemente, SALVADOR CODERCH/CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar*, Madrid, 1997, p. 157: «... los estudios empíricos realizados sobre legislaciones que han pasado de un sistema de responsabilidad civil por accidentes de tráfico automovilístico a otro administrativo de seguro obligatorio al margen de toda consideración de negligencia no son —para nada— concluyentes, a favor de la hipótesis de que los segundos resulten más eficientes que los primeros desde el punto de vista de la reducción de los costes primarios y terciarios de los accidentes».

¹⁴² En efecto, si se consagra legalmente un sistema de «baremos» generales de la indemnización, con límites máximos, parece obvio que ello, por mucho que se trate de fundamentar en razones de seguridad jurídica, coarta considerablemente las funciones político-jurídicas de un Derecho civil de daños de configuración no punitiva, como es el continental.

¹⁴³ Cfr. en este sentido MARINUCCI/DOLCINI, «RIDPP», 1999, p. 804.

que medios de protección, se tiende a buscar cómplices de delitos socio-económicos de signo diverso ¹⁴⁴.

6. El resultado es desalentador. Por un lado, porque la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización ¹⁴⁵, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al Derecho penal a cargas que éste no puede soportar. Desde luego, en tanto en cuanto se mantenga un modelo más o menos análogo al clásico de garantías y reglas de imputación. Pero seguramente tampoco aunque dicho modelo se someta a fracturas que lo desnaturalicen por completo ¹⁴⁶. Pues se dan fenómenos (los llamados «macroproblemas»: grandes cuestiones socio-políticas) cuyo carácter macroscópico ¹⁴⁷, estructural o sistémico determina que, aun cuando pudiera predicarse de ellos una naturaleza globalmente «criminal», el Derecho penal no constituya —ya conceptualmente— el mecanismo adecuado para una gestión razonable de los mismos. El debate acerca de la «*Zukunftssicherung*», esto es, de la atribución al Derecho penal de la responsabilidad de proteger los intereses fundamentales de las generaciones futuras sobre la tierra es un ejemplo suficientemente ilustrativo al respecto ¹⁴⁸. Pero pueden mencionarse otros que ponen de relieve cómo, en general, se trata de desviar al Derecho penal las grandes cuestio-

¹⁴⁴ A título de mero ejemplo, bastaría aludir a la tipificación de «prevaricaciones específicas» en materia urbanística o medio-ambiental. Pero asimismo tiene que advertirse cómo la «lucha» contra la criminalidad organizada se canaliza en buena medida a través de la configuración de tipos delictivos de corrupción funcional.

¹⁴⁵ Cfr. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, «RIDPP», 1994, pp. 1228-1229. Sobre esta función del Derecho penal, cfr., de modo general, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt, 1997.

¹⁴⁶ Cfr. DAHRENDORF, *Ley y orden*, pp. 95 y ss., 104: «Una sociedad sin ligaduras es una sociedad que se enfrenta a la alternativa entre Anomia o el poder frío. Y, por supuesto, ésta no es una alternativa, pues ambas se alimentan recíprocamente.»

¹⁴⁷ PALIERO, «RIDPP», 1994, p. 1238.

¹⁴⁸ Cfr. el trabajo que, bajo este título, publicara STRATENWERTH, *Zukunftssicherung durch Strafrecht?*, «ZStW», 105 (1993), pp. 679 y ss.

nes del funcionamiento de la comunidad como tal, cuestiones que hoy por hoy ni las instituciones políticas ni los grupos sociales son capaces de resolver.

2.8. Los gestores «atípicos» de la moral («atypische Moralunternehmer»)

1. Además de los factores anteriores, no puede perderse de vista tampoco el giro de, al menos, buena parte de la criminología de izquierda. En efecto, a partir de un determinado momento se repara desde esta línea de pensamiento en que los sujetos pertenecientes a los niveles inferiores de la sociedad también son, por encima de otras consideraciones, titulares «reales» de bienes jurídicos (individuales ¹⁴⁹ o «difusos»); en que también éstos empiezan a verse a sí mismos más como víctimas potenciales que como autores potenciales. Con ello, la alianza en su día pretendida por un cierto marxismo entre delincuencia y proletariado se manifiesta absurda ¹⁵⁰. Por el contrario, desde perspectivas de izquierda se insiste en la necesidad de no olvidar las demandas de

¹⁴⁹ Resulta muy significativa la famosa frase del criminólogo británico YOUNG: «*Go and tell a worker robbed of his weeks wages or a raped woman that crime does not exist!*». Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 23 y ss.

¹⁵⁰ Se había llegado a señalar que «*la lucha de clases entre los que poseen y controlan los medios de producción y distribución y los que carecen de ellos (es) la fuente de todo delito en las sociedades capitalistas*». Cfr. la, por lo demás, muy instructiva descripción histórica del significado de la criminología radical y de los «Critical Legal Studies» en CARDARELLI/HICKS, *Radicalism in Law and Criminology: a retrospective View of Critical Legal Studies and Radical Criminology*, en «*The Journal of Criminal Law & Criminology*», 84, núm. 3, 1993, pp. 502 y ss., 519. Muy expresiva de la crisis de la denominada «criminología crítica» desde finales de los años ochenta es la relación de VAN SWAANINGEN/TAYLOR, *Rethinking critical criminology. A panel discussion*, en «*Crime, Law & Social Change*», 21 (1994), pp. 183 y ss. En especial, resulta significativa la manifestación que recogen de John Lea: «*What is left for the Left is to take rights seriously. This also implies, according to Lea, taking crime seriously, especially if crime is to be defined as the violation of human rights*» (p. 185). La extracción de nuevas consecuencias de la concepción del delito como «violación de derechos humanos» (por lo demás ya presente en estas corrientes: CARDARELLI/HICKS, «*The Journal of Criminal Law & Criminology*», 84, 1993, p. 513) me parece un cambio radical de esta línea de pensamiento.

mayor protección (y, en todo caso, de no deslegitimación de la protección existente) que surgen desde estos sectores.

2. Sin embargo, las cosas no se han detenido en este punto, sino que han ido más allá. Es en este contexto en el que ha adquirido todo su sentido la referencia a la existencia de «*atypische Moralunternehmer*», expresión con la que se designa a algunos nuevos gestores de la moral colectiva (y del recurso al Derecho penal, en lo que aquí especialmente interesa). Si tales «gestores» habían venido siendo tradicionalmente determinados estamentos burgueses-conservadores, hoy adquieren tanta o más relevancia en tal papel las asociaciones ecologistas, feministas ¹⁵¹, de consumidores, de vecinos (contra los pequeños traficantes de drogas), pacifistas (contra la propagación de ideologías violentas), antidiscriminatorias (contra ideologías racistas o sexistas, por ejemplo), o, en general, las organizaciones no gubernamentales que protestan contra la vulneración de derechos humanos en otras partes del mundo. Todas ellas encabezan la tendencia hacia una progresiva ampliación del Derecho penal en orden a la creciente protección de sus respectivos intereses ¹⁵². En este punto, no parece prestarse demasiada atención al hecho de que tales de-

¹⁵¹ Cfr., sin embargo, LARRAURI, en LARRAURI/VARONA, *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, 1995, p. 11-12, 145 y ss., 175, planteando la compatibilidad de abolicionismo y feminismo, así como criticando las tesis de SCHEERER.

¹⁵² Es imprescindible citar aquí los trabajos de SCHEERER, *Neue soziale Bewegungen und Strafrecht*, «KritJ», 1985, pp. 245 y ss.; EL MISMO, *Atypische Moralunternehmer, Kritische Kriminologie heute*, «KrimJ 1. Beiheft», 1986, pp. 133 y ss.; también K. GÜNTHER, *Natürlich sind wir für die Abschaffung des Strafrechts! Sind wir es wirklich?*, en GAMM/KIMMERLE (Hrsg.), «Vorschrift und Autonomie. Zur Zivilisationsgeschichte der Moral», Tübingen, 1989, pp. 41 y ss., 42, 46-47; LÜDERSEN, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, Frankfurt, 1989, p. 21, sobre la idea de cómo los nuevos movimientos sociales pretenden servirse del Derecho penal como medio para la consecución de sus fines; HESS, *Kriminologen als Moralunternehmer*, en BÖLLINGER/LAUTMANN (Hrsg.), «Vom Guten, das noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger», Frankfurt, 1993, pp. 329 y ss. Cfr., por lo demás, la descripción de VAN SWAANINGEN, *Critical Criminology*, pp. 170 y ss., aludiendo a la aparición de «*an increased belief in penalty*», pp. 238-239: «*a common orientation towards social defence, an alleged 'need' to correct the misguided philanthropy of preceding decades, an authoritarian populism about law and order in the mass media and in politics...*»; asimismo, PALIERO, «RIDPP», 1992, pp. 875-876, 880, 882 y ss.

mandas de criminalización, por cierto en buena medida atendidas, resulten inadecuadas, vulneratorias de principios generales del Derecho penal (así, las que se refieren a la criminalización de la pura expresión de ideas) o incluso contraproducentes¹⁵³. Es significativo que se subraye incluso la contribución que la criminología crítica —antes abanderada del abolicionismo— ha prestado a los nuevos procesos de criminalización¹⁵⁴.

3. El giro ha sido tal que quienes en su día repudiaban el Derecho penal como brazo armado de las clases poderosas contra las «subalternas» ahora reclaman precisamente más Derecho penal contra las clases poderosas. Se produce, según se ha dicho, un fenómeno de fascinación de diversas organizaciones sociales por el Derecho penal, fascinación de la que carecen todos sus equivalentes funcionales¹⁵⁵. Así,

*«ya no está en primer plano la negativa a las estructuras de poder, sino la intervención en ellas. El rechazo de los medios de poder cede ante la voluntad de servirse de ellos en el propio interés»*¹⁵⁶.

O, como de modo más preciso señala LÜDERSEN,

¹⁵³ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en «Claves de Razón Práctica», 85, septiembre 1998, p. 51: «así ocurre con el nuevo delito de acoso sexual, banderín de enganche de los partidos políticos para el feminismo y que ha logrado que actualmente las amenazas condicionadas a la realización de un comportamiento sexual reciban un tratamiento privilegiado frente a las restantes...».

¹⁵⁴ VAN SWAANINGEN, *Critical Criminology*, p. 241: «... critical criminologists sensitised new criminological themes: from sexual and family violence, corporate and environmental crime, to violations of human rights and other crimes of the state».

¹⁵⁵ K. GÜNTHER, en *Vorschrift und Autonomie*, p. 48. La SAP Sevilla (secc. 4.ª) de 12 de julio de 1993, ponente De Paúl Velasco, a propósito de su resolución absolutoria en el procedimiento por delito ecológico conocido como «caso Doñana», lo expresaba en estos términos: «La emergencia de nuevos bienes jurídicos de titularidad colectiva, la aparición de medios de ataque distintos a los tradicionales, e incluso la deseable fuerza adquirida por determinados movimientos sociales emancipatorios, provocan una especie de entusiasmo punitivo en importantes sectores de la opinión pública, y aun en conspicuos operadores jurídicos, que parecen propugnar, en vez del benemérito principio de intervención mínima, otro de "intervención máxima".»

¹⁵⁶ SCHEERER, «KrimJ Beiheft 1», pp. 139, 144.

*«aproximadamente los mismos grupos políticos por un lado —directamente o remitiéndose a la correspondiente tradición— no se cansan de afirmar la inutilidad y dañiosidad de la coacción estatal a través de la pena (o del Derecho penal), pero, por otro lado, pretenden utilizar el Derecho penal para el logro de sus fines emancipatorios»*¹⁵⁷.

Sobre este extremo, muy importante, será preciso efectuar alguna consideración en las próximas páginas.

2.9. La actitud de la izquierda política: la política criminal socialdemócrata en Europa

1. La tendencia a la que se acaba de hacer referencia tiene manifestaciones directas en la política cotidiana. En efecto, lo propio del modelo preexistente (esto es, del debate en torno a la ideología de ley y orden) era que los partidos y grupos vulgarmente calificados como «de derechas» asumieran la tesis del incremento de la seguridad a través de una mayor presión punitiva, mientras que los partidos y organizaciones «de izquierdas» defendían aparentemente la postura contraria: la de la disminución de la presión punitiva. Así, el cambio fundamental se produce cuando la socialdemocracia europea pasa a asumir, en su totali-

¹⁵⁷ LÜDERSSEN, *Neuere Tendenzen der deutschen Kriminalpolitik*, en ESER/CORNILS (Hrsg.), «Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik», Freiburg, 1987, pp. 161 y ss., 165. Cfr., en el mismo sentido, SÁEZ VALCÁRCEL, *El nuevo código: maximalismo penal*, «JD», 26, julio 1996, pp. 3 y ss., 5: «Esa paradoja política, movimientos alternativos que vinieron a confiar en el sistema penal y a propiciar su expansión, fue posible entre nosotros por el nuevo escenario que creó el ascenso de los partidos socialistas al poder en los países de la Europa del sur, y la apuesta por afirmar o imponer esos valores éticos desde arriba (...); «(...) quienes antes luchaban por la restricción del sistema ahora promueven la criminalización de nuevas conductas, alejándose de programas más respetuosos con los derechos humanos, como los que propugnaban la intervención mínima»; GARAPON, *Juez y democracia*, p. 97: «Por una curiosa inversión, estos nuevos acusadores han salido a menudo de medios de la extrema izquierda, es decir de aquellos que aún ayer iban a derribo contra toda forma de censura burguesa. Se comprende con facilidad que la extrema izquierda se encuentre en esta lucha contra las instituciones, que sin embargo ha cambiado en que esos militantes asociativos utilizan ahora la institución judicial para lograr sus fines. Esta inversión de los lugares es particularmente perturbadora, al compartir los militantes de la izquierda tradicional, espontáneamente, estas causas sin comprender que justifican un incremento de la represión.»

dad, el discurso de la seguridad. Uno de los eslóganes más populares en el congreso del *Labour Party* británico de septiembre de 1997 fue precisamente éste: «*Tough on crime, tough on the causes of crime*»¹⁵⁸. La idea rectora de la propuesta resulta bastante coherente con lo anterior: debe hacerse hincapié en la seguridad a través del Derecho penal, pues ésta favorece ante todo a los más débiles; ciertamente —se manifiesta—, mientras los ricos habitan en barrios tranquilos con seguridad privada, la delincuencia callejera amenaza sobre todo a la gente modesta que vive en los barrios más peligrosos. Esa idea de seguridad (lo que podríamos denominar «ideología de la ley y el orden en versión de izquierda») fue asumida en su día expresamente ante los medios de comunicación tanto por el entonces ministro del interior del gobierno socialista francés, CHEVÈNEMENT, como por el ministro de interior y justicia británico, el laborista STRAW¹⁵⁹, quien, denunciando el «relativismo moral» y la «cultura de la indulgencia» se declaraba, por ejemplo, partidario de la «tolerancia cero» frente a la delincuencia juvenil¹⁶⁰. En realidad, en el ámbito del Derecho penal de Inglaterra y Gales, la tendencia es muy claramente perceptible y no precisamente reciente. El lector escéptico puede acudir a comparar el tenor de la «*Criminal Justice Act*» de 1991, con la «*Criminal Justice and Public Order Act*» de 1994¹⁶¹. Lo llamativo es que el partido laborista prosiguiera la línea que habían establecido previamente los conservadores.

2. Para el caso español, y ciñéndonos al Código penal de 1995, son reveladoras las palabras de SÁEZ VALCÁRCEL:

¹⁵⁸ Expresando así los dos aspectos de la cuestión (el delito en sí como acto de libertad; y las causas sociales del delito) que pretende abordar la propuesta de la llamada «tercera vía». Cfr. su base en el texto *Safer communities, safer Britain, Labour's proposals for tough action on crime*, London, Labour Party, 1995.

¹⁵⁹ En la misma línea se movía claramente el programa de política criminal del SPD alemán para las elecciones de septiembre de 1998, en las que obtuvo la mayoría parlamentaria.

¹⁶⁰ Cfr. el documento *No More Excuses - A New Approach to Tackling Youth Crime in England and Wales*, London, 1997. Asimismo el informe de ARÉCHAGA, en «ACEPRENSA», 157/1997, 12 de noviembre de 1997, pp. 3-4.

¹⁶¹ En la que, por cierto, entre otras cosas, se incrementaba significativamente la pena impuesta a los «*squatters*» (okupas), así como también se producía un considerable incremento en las reacciones punitivas frente a los delincentes juveniles.

«(...) cuando uno se enfrenta al Código penal desde la perspectiva de los materiales legislativos previos, el proyecto del Gobierno, las enmiendas elaboradas por los grupos parlamentarios y las intervenciones de sus portavoces en la Comisión de Justicia, se sorprende ante la imposibilidad de identificar un discurso que permita calificarse, al menos, como liberal. La nota que distinguía las opciones en liza, no era que unas defendieran la intervención punitiva y otras se mostraran más propicias a su restricción, sino la diversa naturaleza de los comportamientos que pretendían castigar.

Aquéllos incidieron en los valores tradicionales, ya representados con exceso en el Código penal, mientras que las izquierdas intentaron criminalizar ofensas a los valores colectivos que estuvieron en ascenso durante la década de los ochenta: los derechos de los trabajadores y de las mujeres, la protección del medio ambiente, los intereses de las minorías, la discriminación, el racismo y los delitos de cuello blanco. Pero, su espacio de debate es el mismo. Ninguna de esas opciones puso en cuestión la prisión ni la inflación del Derecho penal» ¹⁶².

3. No es fácil aventurar explicaciones profundas sobre la evolución de la izquierda parlamentaria en materia de política criminal. Con todo, y dejando al margen argumentos populistas de puro carácter electoralista ¹⁶³, sí podría aludirse a una cierta esquizofrenia (o, más suavemente, ambivalencia) en su relación con el Derecho penal, que probablemente procede de antes del movimiento del *uso alternativo del Derecho* ¹⁶⁴, pero que se teoriza en el marco de éste. En efecto, en dicha corriente de política

¹⁶² SÁEZ VALCÁRCEL, «JD», 26, julio 1996, p. 4.

¹⁶³ Que nos remitirían a alguno de los fenómenos sociales descritos más arriba.

¹⁶⁴ Creo que desde esta perspectiva siempre se ha tenido una concepción estratégica e instrumental del Derecho, a partir de consideraciones estrictamente políticas o sociales y que, por tanto, nunca se ha dejado de proponer una aplicación desigual del mismo. Sobre las sucesivas transformaciones estratégicas cfr. SOUZA, *Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica*, «AFD», 1998, pp. 233 y ss. Esta autora (p. 255) concluye que ambas líneas de pensamiento conforman «un mismo frente de lucha de la imaginación jurídica contra la omnipotencia y prepotencia de las (i)lógicas de una sociedad guiada por los designios del capital, de poderes políticos siempre propensos a desvíos, arbitrariedades e injusticias...». Pero, según ese criterio, el garantismo no tendría por qué amparar a los económica o políticamente poderosos.

jurídica, que tuvo su momento culminante en los primeros años setenta, se sostenían simultáneamente dos discursos que, regidos seguramente por un «*leit-motiv*» de estricta «lucha de clases», revelaban un doble baremo a la hora de valorar la intervención del Derecho penal. Por un lado, se negaba legitimidad «*tout court*» al Derecho penal, partiendo de la corresponsabilidad social en la génesis del delito y de la radical inutilidad del mismo para obtener sus supuestas finalidades en una sociedad escindida. Sin embargo, por otro lado, y simultáneamente, se propugnaba el recurso al Derecho penal como mecanismo de transformación de la sociedad y de intervención contra quienes obstaculizaban el progreso de la misma hacia formas más avanzadas e igualitarias de convivencia democrática¹⁶⁵. Este modelo abonaba una utilización selectiva —y, además, antigarantista— de los instrumentos punitivos en términos opuestos a los seguidos por el Derecho penal convencional. Si a este último se le imputaba el incidir únicamente sobre los «*powerless*» y dejar de lado a los poderosos, se trataba entonces de modificar su orientación de modo que no incidiera sobre los marginados (para los que lo procedente sería el recurso a la política social) y sí en cambio sobre los «*powerful*». En este último ámbito se justificaría desde todos los puntos de vista la intervención —lo más amplia posible— del Derecho penal¹⁶⁶.

4. Pues bien, llegados aquí, es posible retomar el discurso desarrollado más arriba sobre la criminalidad de los poderosos para constatar cómo la introducción en este punto de reformas contrarias a las garantías tradicionales del Derecho penal redundaba en su propia extensión a todo el conjunto del ordenamiento punitivo. Sólo una firme persistencia en la necesidad de mante-

¹⁶⁵ Esta visión de las cosas late, según creo, todavía en PUENTE OJEA, *La Constitución española y su filosofía de la pena*, en el diario «EL MUNDO», de 28 de septiembre de 1998, pp. 4-5.

¹⁶⁶ Seguramente, esto puede expresarse de modo más general. Como señala HAFERKAMP (citado *apud* PALIERO, «RIDPP», 1992, p. 861, nota 53), «*los grupos sociales se hallan interesados de modo vital en la criminalización y en la despenalización: por una parte, para vetar los comportamientos de los pertenecientes a los otros grupos que perciben como amenaza en sus confrontaciones; por otra parte para fomentar la legalización de los comportamientos expresivos de la propia condición social y funcionales a la prosecución de los propios intereses, pero percibidos como dañosos por los otros grupos*».

ner escrupulosamente las garantías político-criminales del Estado de Derecho ¹⁶⁷ y las reglas clásicas de imputación también en la lucha contra la «antipática» o incluso «odiosa» macrocriminalidad podría evitar uno de los elementos determinantes en mayor medida de la «expansión» del Derecho penal. Pero no parece que la tendencia apunte en tal sentido. Y probablemente no sea ocioso expresar aquí que las divisiones que, en este punto, se registran en el seno de la propia doctrina jurídico-penal resultan sorprendentemente profundas. Pues ya proliferan las voces de quienes admiten la necesidad de modificar, al menos en ciertos casos, las «reglas del juego». En ello influye, sin duda, la constatación de la limitada capacidad del Derecho penal clásico de base liberal (con sus principios de taxatividad, imputación individual, presunción de inocencia, etc.) para combatir fenómenos de macrocriminalidad ¹⁶⁸. Pero quizá lo debido sea entonces asumir tales limitaciones. En este sentido, y frente a los riesgos que en este ámbito podrían encerrar propuestas del género de un «*fiat iustitia* ¹⁶⁹, *pereat mundus*», probablemente no esté de más recordar aquí las palabras de KUNZ, cuando afirma que

«Sólo los cínicos pueden aceptar que la legislación penal contra la macrocriminalidad ha traspasado ya el Rubicón de la vinculación por los principios tradicionales y puede en adelante proseguir “la lucha” contra las percibidas mega-amenazas de modo consecuente y sin atención al lastre de los formalismos del Estado de Derecho: Mediante intervención profiláctica que no espera a la producción de lesiones de derechos; mediante responsabilidad colectiva, que renuncia a la imputación individual; mediante inversión de la carga de la prueba y delitos de sospecha, que desprecian la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo; mediante la dotación de las instituciones de persecución penal con competencias análogas a las de los servicios secretos, que sólo pueden ser controladas judicialmente de modo limitado».

¹⁶⁷ En lo que insiste KUNZ, *Kriminologie*, p. 305, núm. marginal 16, p. 328 núm. marg. 11.

¹⁶⁸ KUNZ, *Kriminologie*, pp. 306-307, núm. marg. 19.

¹⁶⁹ A lo que habría que añadir la consideración acerca de qué «justicia» sería esa.

2.10. Un factor colateral: El «gerencialismo»¹⁷⁰

1. La aspiración «naïve» de eficacia en la obtención de las ansiadas seguridad y satisfacción por parte de una colectividad que se autocomprende ante todo como víctima conduce a una animadversión frente a algunos de los elementos característicos del Derecho penal clásico: el trato con valores (de entrada, con la verdad y la justicia) y la articulación de dicho trato a través de procedimientos formales. Unos y otros se interpretan como obstáculos, como problemas en sí mismos, que se oponen a una gestión eficiente de las cuestiones de seguridad. Así, desde la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, a las reglas del debido proceso y la jurisdiccionalidad, pasando por la totalidad de los conceptos de la teoría del delito, el conjunto de principios del Derecho penal se contemplan como sutilezas que se oponen a una solución real de los problemas.

2. Frente al modelo de justicia penal clásico surgen así modelos de *justicia negociada*, en los que la verdad y la justicia ocupan, si acaso, un segundo plano. La penetración de la idea de justicia negociada es muy profunda y tiene manifestaciones muy diversas, con valedores desde luego no siempre coincidentes. Así, comprende desde los pactos de inmunidad de las Fiscalías con ciertos imputados (por ejemplo, arrepentidos), hasta las diversas formas de mediación, pasando por las ya generalizadas «conformidades» entre las partes¹⁷¹. El Derecho penal aparece

¹⁷⁰ Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, pp. 174-175; ya HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal* (trad. Muñoz Conde/ Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, pp. 400 y ss., apuntando hacia una idea que, desde entonces, el propio HASSEMER ha ido subrayando en muchos trabajos posteriores.

¹⁷¹ Cfr. BARCELONA, *Postmodernidad*, p. 94: «Sería necesario reflexionar largamente acerca de la crisis de la justicia, del hecho de que se tienda cada vez más a jueces que “pactan” (con los arrepentidos, sobre la culpa y sobre la pena, etc.). Se va cada vez más hacia una justicia del caso, hacia una justicia privada, contractual (lo que es especialmente grave en el campo penal).» Y, asimismo: «La modernidad (...) ensaya una vía inédita hacia la completa desresponsabilización: la vía del artificio, del orden artificial que no nos obliga a tomar partido sobre la verdad y la justicia. El orden jurídico moderno es orden constituido, convencional, un orden desteleologizado y puesto enteramente en nuestras manos.»

así, ante todo, como mecanismo de gestión eficiente de determinados problemas, sin conexión alguna con valores.

3. Paradójicamente, este elemento de desprecio por la forma y por el fondo, que se manifiesta de modo significativo en la demanda de instrumentos expeditivos para la lucha contra la criminalidad de los poderosos, aparece igualmente en el seno de concepciones pretendidamente conducentes a la erradicación o al menos a la limitación de los efectos nocivos del Derecho y el proceso penal. Me refiero, entre otros fenómenos análogos, a las propuestas de *privatización* de los «conflictos que llamamos delitos» a través de la mediación, como manifestación de una «*justicia dulce*»¹⁷². En este punto se halla un sorprendente enlace entre unas y otras perspectivas¹⁷³. Se critica al Derecho penal público y su aplicación procesal-jurisdiccional al modo clásico como excesivamente suave o, aquí, excesivamente severo: en todo caso, ineficiente. Obsérvese cómo, en fin, lo que se pretende es eludir los estrechos corsés de los principios de igualdad y generalización para implantar una «*justicia del cadí*», que dé a cada supuesto la solución que «sea precisa», sin vinculaciones externas¹⁷⁴.

Consideraciones de ineficiencia son también las que conducen a algunos a propugnar *prisiones privadas y a policías privadas*¹⁷⁵. Las divergencias ideológicas de quienes realizan unas y

¹⁷² Muy significativo, BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation: une justice douce*, París, 1992, *passim*.

¹⁷³ Cfr. NAUCKE, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, «KritV», 1993-2, pp. 135 y ss., 139 y ss. Ciertas referencias en VAN SWAANINGEN, *Critical Criminology. Visions from Europe*, London, 1997, pp. 239, 250-251.

¹⁷⁴ Sin embargo, sólo el proceso formal puede asemejarse —por muy remotamente que sea— a una comunidad ideal de diálogo, en la que las partes se esfuerzan por la búsqueda de la validez mediante la exposición racional de argumentos. Las soluciones informales se presentan a sí mismas como expresión de una «justicia negociada». Pero, como manifiesta MARINA, *Crónicas*, pp. 167-168, «*La negociación es una variedad del trato. En ella nadie quiere encontrar la validez ni la justificación racional, sino el triunfo. Cualquiera que haya estudiado las técnicas de la negociación sabe que la primera regla es: "Procura tener una posición fuerte cuando empiezas a negociar"*».

¹⁷⁵ Cfr. en España con amplias referencias bibliográficas, sobre todo al ámbito anglosajón, SANZ DELGADO, *Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Madrid, 2000. Ya antes, las referencias de DEL ROSAL BLASCO, *Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva*

otras propuestas desformalizadoras o privatizadoras no obstan a que todas ellas tengan una raíz común: la desconfianza frente a lo público y lo formalizado y la consiguiente deslegitimación de ello.

4. La privatización y la desformalización son, por lo demás, una consecuencia seguramente ineludible de la expansión. En efecto, si el sistema del Derecho penal (en concreto, el sistema penitenciario, pero también otros aspectos de aquél) crece, y el sector público —que adicionalmente se halla en retroceso— no alcanza para afrontar su gestión, entonces parece ineludible el recurso a instancias privadas¹⁷⁶. Ello se halla sin duda en la misma línea que el recurso cada vez más frecuente a criterios informales o, al menos, de oportunidad para tratar de hacer frente al colapso de los tribunales penales¹⁷⁷ en sociedades como las nuestras, de-moralizadas al tiempo que «judicializadas». Sólo que todo ello conduce a un vaciamiento del Derecho del contenido que le es propio (de su pretensión de validez), reduciéndolo a una pura facticidad administrativa-ejecutiva.

5. Los fenómenos de desformalización y privatización se han criticado clásicamente desde la perspectiva de la *disminución de garantías* que pueden conllevar. Así, se alude a los déficits de legalidad o de imparcialidad que generan, para oponerse a quienes los defienden desde perspectivas de eficiencia en la gestión de los problemas. Suscribiendo plenamente esta línea¹⁷⁸, desearía aludir de modo adicional a la cuestión desde la perspectiva de la propia *capacidad preventiva del sistema*. A partir de la aceptación de la existencia de una «*präventive Wirkung des Nicht-wissens*» (esto es, del efecto preventivo de la ignorancia), según la tantas veces citada obra de POPITZ¹⁷⁹, es una convicción

concepción sobre la ejecución penal, «ADPCP», 1990, pp. 557 y ss.; LARRAURI PIJOAN, *Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada*, en «Estudios penales y criminológicos», XIV, Santiago de Compostela, 1991, pp. 177 y ss.

¹⁷⁶ Cfr. SANZ DELGADO, *Las prisiones privadas*, pp. 147 y ss.

¹⁷⁷ Cfr. LUDWIG-MAYERHOFER, *Das Strafrecht im Zeitalter seiner administrativen Rationalisierung. Kritik der informalen Justiz*, Frankfurt/New York, 1998.

¹⁷⁸ A la que habría que añadir la pérdida, ya aludida, de la fundamental vinculación del Derecho penal con consideraciones de verdad y de justicia.

¹⁷⁹ POPITZ, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe*, Tübingen, 1968, *passim*.

bastante general la de que buena parte de la eficacia preventiva del Derecho penal se asienta en el desconocimiento por parte de la sociedad de los concretos mecanismos a través de los cuales el Estado reacciona contra el delito. Si, por el contrario, se conociera al detalle el modo selectivo en que en definitiva se persigue el delito, las limitaciones del enjuiciamiento, o el modo de ejecución de las sanciones, las cosas podrían ser muy diferentes. Puede, pues, afirmarse que el modelo público de Derecho penal se encuentra probablemente —y además, debe estarlo siempre para conseguir aproximarse al ideal de reducción máxima de la violencia social global— en el límite de su eficacia preventivo-integradora ¹⁸⁰. Pues bien, mi opinión es que logrará mantener tal eficacia precisamente en tanto en cuanto se mantenga *público, formalizado*, en la medida en que el poder judicial mantenga una distancia respecto a las tensiones sociales, en tanto se respete un conjunto de principios generales que lo alejen de una aplicación arbitraria. De lo contrario, el mantenimiento de la misma —como es sabido, modesta, relativa, pero innegable— capacidad preventiva del sistema exigirá reacciones fácticamente mucho más severas. Probablemente es ocioso apuntar que la evolución de los acontecimientos nos está conduciendo de modo decidido a esto segundo.

5. Suscribo la tesis que sostiene que buena parte de la dimensión preventiva del Derecho penal radica en su significado comunicativo ¹⁸¹. Pues bien, en contextos en los que la certeza y la propia severidad del castigo pueden hallarse en tela de juicio, la dimensión *pública* del Derecho penal, la *sacralidad* que se le asocia, la *distancia* que generan las *formas rígidas* (lenguaje, vestuario, escenario) con respecto a la cotidianidad constituyen un importante factor de prevención. En concreto, un factor que permite el mantenimiento de los niveles tanto de prevención di-

¹⁸⁰ El reto del Derecho penal es, precisamente, situarse en el límite de coacción —estatal— formal mínimamente necesario para contener razonablemente la violencia social informal (expresada en delitos y en reacciones informales a los mismos).

¹⁸¹ Sobre dicho impacto comunicativo, cfr. últimamente BUSSMANN, *Variation, Selection and Stabilisation: An Evolutionary Theory of Crime and Control*, en KARSTEDT/BUSSMANN, «Social Dynamics of Crime and Control. New Theories for a World in Transition», Oxford-Portland (Or.), 2000, pp. 243 y ss., 250.

suasoria, como de contención de reacciones informales como, en fin, de prevención de integración, sin necesidad de aumentar el sufrimiento efectivo de los sujetos afectados por la intervención del Derecho penal ¹⁸².

6. Se ha afirmado que

«El mundo judicial es un mundo frío, solemne y apartado de la vida cotidiana. La comunicación en él es la contraria de la de los medios. Las partes están lejos del juez y han de hablar en público en un lugar impresionante. La comunicación del proceso es frustrante: todo en él es formal y por tanto artificial. Parece estar en las antípodas de la actual ideología de una comunicación directa, instauradora de una especie de comunión efusiva. La artificialidad de la audiencia es, sin embargo, condición de la verdad convencional de la democracia. Las formas del proceso parecen insuperables, como escenografía del Otro, de la democracia por una parte y por otra del marco para el debate.

Este espacio vacío de la sala de audiencias manifiesta la distancia fundadora tanto del sujeto como de la comunidad política. La función política del espacio judicial es instaurar una distancia entre dentro y fuera, entre lo privado y lo público, entre el sujeto de carne y hueso y el sujeto de derecho» ¹⁸³.

Ello es, a mi entender, desde luego positivo. Su rechazo, por contra, un elemento potenciador de la expansión de las reacciones punitivas. En efecto, en tanto en cuanto se reaccione contra el delito de modo impecablemente formal será posible ir reduciendo progresivamente el contenido de la reacción en sí; ello, hasta el día, en un futuro lejano, en que la pura forma, la mera declaración simbólica de la comisión de un hecho delictivo, surta el efecto preventivo perseguido ¹⁸⁴.

¹⁸² En efecto, la función de comunicación no se asocia de antemano a ningún nivel concreto de punición. Cfr., por lo demás, GARAPON, *Juez y democracia*, p. 80: «la finalidad de la justicia es reparar una perturbación profunda "de la conciencia colectiva", hubiese dicho Durkheim, e interrumpir el ciclo de la venganza mediante el espectáculo catártico de una violencia deliberada y legítima».

¹⁸³ GARAPON, *Juez y democracia*, p. 197.

¹⁸⁴ En esta progresiva reducción de los contenidos sancionatorios del Derecho penal desempeña un papel importante también el hecho de que en la socie-

Porque, como se ha dicho,

*«antes incluso de su función de autorizar la violencia legítima, la justicia es una palabra, y el juicio es un decir público (...) el momento del juicio se basta a sí mismo para vincular y permitir que la vida continúe. Cuanto más de cerca afecta el crimen al orden simbólico, más esencial será ese decir»*¹⁸⁵.

7. En este contexto, la privatización y, más en general, la desformalización, la renuncia a la dimensión de igualdad y generalidad, de distancia e imparcialidad en favor de soluciones «de emergencia» devuelven las reacciones contra el delito al ámbito de la cotidianidad. Con ello, les privan de la sacralización tradicionalmente propia de lo público, de su contenido simbólico¹⁸⁶, las deslegitiman y conducen a una disminución de eficacia preventiva, que puede requerir, como compensación, un incremento de la sanción en su sentido fáctico¹⁸⁷.

dad se atribuya cada vez mayor valor a bienes menos trascendentes y, desde luego, menos personales; o más alejados de lo «personal».

¹⁸⁵ GARAPON, *Juez y democracia*, p. 171.

¹⁸⁶ Cfr., para el caso de la privatización de las prisiones, SANZ DELGADO, *Las prisiones privadas*, p. 285.

¹⁸⁷ De ahí que deba contemplarse, de nuevo —y por otro motivo— como muy negativa la profunda injerencia de los medios de comunicación en las cuestiones de aplicación de la justicia. «Los medios —escribe GARAPON, *Juez y democracia*, p. 81— *descalifican las mediaciones institucionales de dos maneras en apariencia opuestas: con una desconfianza sistemática o, por el contrario, manteniendo con ellas una peligrosa proximidad. Estos dos mecanismos proceden en realidad de una misma disfunción. Se trate de la sospecha o de la fusión, lo que se plantea en cada caso es una perturbación de la distancia*». Así, la televisión provoca que «*todo queda desacralizado menos ella, que se presenta, por el contrario, como el nuevo demiurgo*» (p. 91).

Ello supone, por lo demás, una errónea concepción de la democracia: pues en la democracia la transparencia no es de los hombres, sino de los procedimientos (p. 83).

3. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL. MULTIPLICADORES DE LA EXPANSIÓN

3.1. Introducción

1. Los aspectos comentados hasta aquí sufren un espectacular impulso debido a dos fenómenos que se muestran como típicos de las sociedades postindustriales: la globalización económica y la integración supranacional. En efecto, las peculiares exigencias de la reacción jurídico-penal a la delincuencia propia de uno y otro marco parecen capaces de acentuar sustancialmente las tendencias, que, como se dijo, se hallan patentes en los ordenamientos jurídicos nacionales, hacia una demolición del edificio conceptual de la teoría del delito, así como del constituido por las garantías formales y materiales del Derecho penal —y del Derecho procesal penal—¹⁸⁸.

2. Mi pronóstico es, en efecto, que el Derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado¹⁸⁹, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación¹⁹⁰ y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales. En este punto, por tanto, el Derecho penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra la

¹⁸⁸ Cfr. DANNECKER, *Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, «JZ», 1996, pp. 869 y ss., 871, 873.

¹⁸⁹ En este sentido, ROXIN, en *Dogmática penal*, p. 446.

¹⁹⁰ En contra, TIEDEMANN, *Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung*, en «Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag», München, 1998, pp. 411 ss., 433-434, quien sostiene que la integración ha de conducir a la limitación de la punibilidad que se deriva de las construcciones de la Parte General de raigambre alemana.

criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción ¹⁹¹.

3. Esta hipótesis se basa en algunas constataciones básicas. Por un lado, la globalización dirige al Derecho penal demandas fundamentalmente *prácticas*, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad ¹⁹². Expresado de otro modo, en este punto la reflexión científica no surge como producto de una aspiración intelectual de unidad o de perfección teórica ¹⁹³. Más bien, se trata de responder a exigencias del poder político o de las instancias de aplicación judicial del Derecho, impotentes en la lucha de los ordenamientos nacionales contra la criminalidad transnacional. Por ello, no se trata aquí en primera instancia de discutir las condiciones de posibilidad de una ciencia supranacional del Derecho penal, cuanto de construir concretas respuestas jurídico-penales supranacionales. A la ciencia se le pide simplemente disponer las bases de tales respuestas. Pues bien, esta situación es esencialmente incompatible con la *preocupación sistemática* y, en particular, con el manejo de un sistema —como el de la teoría del delito— al que la vocación distintiva y garantista ha hecho significativamente complejo ¹⁹⁴.

¹⁹¹ De acuerdo con esta valoración, ARZT, *Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG*, «ZStW», 111 (1999), pp. 758 y ss., 766 y ss.

¹⁹² Así, expresamente, para la política criminal de la Unión Europea, VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, «JZ», 1995, pp. 331 y ss., 336; también, DANNECKER, «JZ», 1996, p. 873.

¹⁹³ A propósito del Derecho penal de la integración europea, lo señala con claridad PERRON, *Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?*, en «Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag», München, 1998, pp. 227 y ss., 246: «*Motor der europäischen Rechtseinheit ist nicht die romantische Rückbesinnung auf das gemeinsame Kulturgut, sondern die Einsicht in die Notwendigkeiten der Globalisierung der Wirtschaft*»; «*Die Anforderungen an das europäische Strafrecht sind daher eminent praktischer Natur*».

¹⁹⁴ Aludiendo, por ejemplo, a la construcción alemana de las categorías del injusto y de la culpabilidad, PERRON, «Lenckner-FS», p. 235, aunque insistiendo en la necesidad de esta diferenciación en el plano supranacional, dada la importancia del manejo del concepto del hecho antijurídico no culpable (pp. 241, 242), frente a lo que ocurre, por ejemplo, en Inglaterra. En cambio, TIEDEMANN, «Lenckner-FS», pp. 423-424, señala que la distinción entre antijuricidad y culpabilidad es innecesaria para la formulación de reglas y, para la simplificación del Derecho desde perspectivas procesales-prácticas (teniendo en cuenta, además, el sistema de jurado), perfectamente prescindible.

4. En segundo lugar, la delincuencia de la globalización es *económica*, en sentido amplio (o, en todo caso, lucrativa, aunque se pongan en peligro otros bienes jurídicos)¹⁹⁵. Ello significa que la reflexión jurídico-penal tiene, por primera vez, como objeto esencial de estudio delitos claramente diversos del paradigma clásico (el homicidio o la delincuencia patrimonial tradicional). Se trata de delitos calificados criminológicamente como «*crimes of the powerful*»; de delitos que tienen una regulación legal insuficientemente asentada; y de delitos cuya dogmática se halla parcialmente pendiente de elaboración. Todo lo cual ha de redundar en una configuración de los mismos sobre bases significativamente diversas de las del Derecho penal clásico (de la delincuencia pasional o de los «*crimes of the powerless*»).

5. En tercer lugar, la exigencia de dar respuesta a la globalización y su delincuencia se concibe, en general, en términos *punitivistas*, esto es, de evitación de hipotéticas lagunas, así como de rearme jurídico-penal frente a modelos de delincuencia que crean una fuerte sensación de inseguridad no sólo a los individuos¹⁹⁶, sino también —y de modo muy especial— a los propios Estados. Si a esto se añade el evidente déficit de ejecución (*Vollzugsdefizit*) de la normativa penal en estos ámbitos, dada la mag-

¹⁹⁵ En este sentido, para el Derecho penal de la unificación europea, PALIERO, *Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht Italien*, «ZStW», 110 (1998), pp. 417 y ss., 420. Sobre otros aspectos de la globalización y la delincuencia, en particular los flujos migratorios, HESS, *Die Zukunft des Verbrechens*, «KritJ», 1998, pp. 145 y ss.

¹⁹⁶ En realidad, es discutible que la macrocriminalidad organizada (paradigmáticamente, el gran narcotráfico, el blanqueo de capitales, el tráfico de armas, etc.) sea, *per se*, fuente de inseguridad para el ciudadano individual e incluso objeto de la preocupación del mismo. Éste, en general, carece de perspectiva sobre la macrocriminalidad, la cual sólo le alcanza de modo muy indirecto como sujeto pasivo. Sin duda, le preocupa más —generándole mayor inseguridad— la criminalidad callejera masificada (más o menos violenta), entre la que se cuenta desde luego la criminalidad patrimonial organizada de pequeña y mediana gravedad. Aunque también es cierto que recibe, a través de los medios de comunicación, los mensajes relativos a la criminalidad organizada y, asimismo, experimenta directamente las consecuencias marginales de dicha macrocriminalidad (el pequeño narcotráfico y la violencia asociada al consumo de drogas, los ajustes de cuentas entre bandas, entre otros muchos). Sea como fuere, la superposición del interés individual en combatir la criminalidad callejera masificada unido al interés estatal en combatir la criminalidad organizada establecen el perfecto caldo de cultivo de la expansión.

nitudo de la tarea asumida, parece razonable pensar en que la menor *certainty* de la consecuencia jurídico-penal (o, en otras palabras, el inevitable carácter *selectivo* de la represión) se vea compensado con una mayor *severity* de la misma (esto es, con un reforzamiento de los aspectos *simbólicos* de la sanción).

6. Por fin, en cuarto lugar, en la respuesta a la delincuencia transnacional no parece posible que el Derecho penal de la globalización prescindiera de la tradición jurídico-penal anglosajona (del *common law*), significativamente distinta de la continental europea¹⁹⁷. En efecto, en el Derecho penal de la integración europea parece impensable una imposición lineal de la tradición jurídica alemana que nos resulta más próxima, ignorando las perspectivas británicas (y también las francesas)¹⁹⁸. En una respuesta global a la delincuencia mundial, parece asimismo imposible prescindir de los países anglófonos y, por tanto, de su Derecho¹⁹⁹.

7. Si este elemento se superpone a los anteriores, parece razonable partir de la idea de que en cada una de las materias debatidas en orden a su configuración «global» tienda a imponerse la solución más sencilla²⁰⁰ y, con ello, probablemente también más laxa. En tal extremo, no parece que haya de influir sólo la mentalidad punitivista o defensorista con la que se plantea la globalización del Derecho penal. También debe contarse con las resistencias psicológicas de cada cultura (o variante cultural) jurídico-penal a renunciar a instrumentos represivos asentados en la

¹⁹⁷ Para quienes siguen pensando que las divergencias no son tantas es aconsejable la lectura de la clarificadora descripción de ASHWORTH, *Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Länderbericht England*, «ZStW», 110 (1998), pp. 461 y ss., 472.

¹⁹⁸ Más orientada al Derecho procesal la anglosajona; más caracterizada por el legalismo la francesa. Ambas, menos preocupadas por los aspectos sistemáticos de las reglas de imputación.

¹⁹⁹ Lo advierte con razón PERRON, «Lenckner-FS», p. 228; asimismo ARZT, «ZStW», 111 (1999), p. 768-770, identificando internacionalización con «americanización» y ésta, con un empeoramiento desde perspectivas de Estado de Derecho.

²⁰⁰ PERRON, «Lenckner-FS», p. 239: «... der ohnehin unvermeidliche Kompromiß (könnte) auch zugunsten einer noch einfacheren, wesentlich pragmatischeren Anordnung der Strafbarkeitsvoraussetzungen getroffen werden (...), wie sie beispielsweise in Frankreich oder England üblich ist».

misma ²⁰¹. El riesgo que con todo ello se asume es evidente: descontextualizada una determinada solución de Derecho sustantivo de su marco procesal e institucional, es muy posible que el Derecho penal global resulte en conjunto más represivo que cualquiera de los sistemas que hayan contribuido a su génesis ²⁰².

3.2. Globalización económica, integración supranacional y delincuencia

1. La «globalización» económica —como salto cualitativo de la internacionalización— es, como antes se indicaba, una de las características definitorias de los modelos sociales postindustriales. En esa medida, se trata, obviamente, de un fenómeno, en principio, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados. Cuestión distinta es que, a partir de esta consideración, pueda tenerse en cuenta, junto a la globalización de la economía, otro importante fenómeno, cual es el de la globalización de las comunicaciones, como consecuencia de las innovaciones técnicas. Pero, en última instancia, la globalización de las comunicaciones no es sino un correlato de la globalización de la economía, que hace preciso abaratar los costes de transacción (y requiere, por tanto, esa mayor rapidez de comunicaciones). Por su parte, también la *integración* es básicamente una noción económica. La integra-

²⁰¹ Como señala ARZT, «ZStW», 111 (1999), p. 769: «*Strafbarkeitsausdehnung ist der Weg des geringsten Widerstands*».

²⁰² De nuevo aquí he de discrepar de TIEDEMANN, «Lenckner-FS», p. 433. Este autor advierte la ausencia de construcciones y finuras sistemáticas en Francia e Inglaterra, si bien apunta que en la primera ello se suple con una orientación a la vez práctica y legalista-positivista, mientras que en la segunda el mecanismo de compensación es la unidad del pensamiento sustantivo y procesal. Pero, aunque tales compensaciones fueran suficientes —lo que debe valorarse—, lo cierto es que parece difícil que se consiga, en un Derecho penal de la integración, respetar la unidad orgánica que una determinada institución tiene en su país de origen, de modo que lo esperable es que las transacciones y compromisos redunden en la asunción de aspectos parciales que podrían tener el efecto que se apunta en el texto. Como apunta, por lo demás, PIETH, *Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Kriminalität*, «ZStW», 109 (1997), pp. 756 y ss., 758, armonización del Derecho penal significa con frecuencia *expansión* del Derecho penal.

ción aparece inicialmente guiada por la idea de conseguir un mercado común de varios países, con libre tráfico de personas, capitales, servicios y mercancías y la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas y otros obstáculos al libre cambio. La integración regional no es, pues, sino un aspecto de la general globalización, que da cuenta de una especial intensidad de las relaciones ²⁰³.

2. Los fenómenos de la globalización económica y la integración supranacional tienen un doble efecto sobre la delincuencia. Por un lado —aunque esto interesa aquí en menor medida— dan lugar a que determinadas conductas tradicionalmente contempladas como delictivas, deban dejar de serlo, pues lo contrario se convertiría en un obstáculo a las propias finalidades perseguidas con la globalización y la integración supranacional. En efecto, conductas vulneratorias de barreras y controles estatales a la libre circulación pasan de ser punibles a no serlo. Un ejemplo reciente es el de la normativa penal española en materia de transacciones económicas con el exterior que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró inaplicable en el año 1995 ²⁰⁴.

3. Pero, por otro lado, los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas. Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto —criminalidad arancelaria—, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de la integración. Por lo demás, genera la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico ²⁰⁵. Criminalidad organizada, criminalidad in-

²⁰³ PIETH, «ZStW», 109 (1997), p. 756.

²⁰⁴ En sentencias de 23 de febrero (asunto *Bordessa*) y de 14 de diciembre de 1995 (asunto *Sanz de Lera*).

²⁰⁵ Cfr. la alusión a una «*Weltrisikogesellschaft*» (sociedad mundial del riesgo) en BECK, *Was ist Globalisierung?*, 3ª ed., Frankfurt, 1997, pp. 73 y ss., 168 y ss.

ternacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización ²⁰⁶.

4. En efecto, desde el punto de vista estructural, las características más significativas de la criminalidad de la globalización son dos. Por un lado, se trata de una criminalidad, en sentido amplio, *organizada*. Es decir, que en ella intervienen colectivos de personas estructurados jerárquicamente, ya sea en las empresas, ya incluso en la forma estricta de la organización criminal. La disociación que ello produce entre ejecución material directa y responsabilidad determina, asimismo, que el resultado lesivo pueda aparecer significativamente *separado, tanto en el espacio como en el tiempo*, de la acción de los sujetos más relevantes en el plan delictivo. Desde el punto de vista material, la criminalidad de la globalización es criminalidad de sujetos poderosos, caracterizada por la magnitud de sus efectos, normalmente económicos, pero también políticos y sociales. Su capacidad de desestabilización general de los mercados así como de corrupción de funcionarios y gobernantes son rasgos asimismo notables ²⁰⁷.

3.3. La Política criminal frente a la delincuencia de la globalización

1. Frente a la naturaleza económica de los fenómenos de la globalización y la integración, el Derecho penal es, obviamente, un producto político y, en particular, un producto de los Estados nacionales del siglo XIX, que adquiere su plasmación última en las codificaciones respectivas ²⁰⁸. Así las cosas, asistimos a la ca-

²⁰⁶ Cfr. PEARCE/WOODINIS (ed.), *Global Crime Connections. Dynamics and Control*, Houndmills, etc., 1993; RYAN/RUSH (ed.), *Understanding Organized Crime in Global Perspective. A Reader*, Thousand Oaks/London/New Delhi, 1997.

²⁰⁷ Sobre la importancia de la corrupción internacional de funcionarios públicos y los esfuerzos por combatirla, cfr. la detallada exposición de PIETH, «ZStW», 109 (1997), pp. 758 y ss.

²⁰⁸ Sobre el debilitamiento del Estado frente a la delincuencia de la globalización, HESS, «KritJ», 1998, p. 153; pero al mismo tiempo, sobre el endureci-

racterización del modo en que desde un Derecho nacional, que aparece como el último bastión de la soberanía nacional ²⁰⁹, se afronta un problema transnacional. A mayor abundamiento, los Derechos nacionales sólo en ocasiones muestran similitudes, de modo que en muchos casos expresan más bien importantes divergencias culturales o de tradiciones jurídicas. Ello sitúa cualquier abordaje conjunto del problema de la criminalidad de la globalización ante importantes dificultades adicionales ²¹⁰.

3.3.1. LAS VÍAS DE CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN ²¹¹

1. El objetivo fundamental del Derecho penal de la globalización es, como se ha indicado al principio, eminentemente práctico. Se trata de proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica a la delincuencia transnacional, que evite la conformación de «*paraísos jurídico-penales*». La existencia de tales «*paraísos*» resulta especialmente disfuncional cuando se trata de combatir una modalidad de delincuencia, en la que el lugar y el momento de la intervención de los principales responsables de las organizaciones pueden resultar perfectamente disponibles ²¹². Ahora bien, la obtención de tal respuesta tendencialmente uniforme no es fácil. De entrada, podría pensarse en una suficiencia de los procesos de armonización de legislaciones en los preceptos correspondientes ²¹³ (de los que la integración

miento general de la Política criminal en términos de hacer frente a la inseguridad y mostrar efectos simbólicos (pp. 155-156).

²⁰⁹ Precisamente en esta cuestión es donde comúnmente se sitúa el mayor obstáculo a la unificación. Cfr., por ejemplo, PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del Diritto penale europeo*, «RTDPE», 6, 1993, pp. 199 y ss., 203.

²¹⁰ NELKEN, *The Postmodern Frontiers of Law: Regionalism, Globalisation and Crime*, en «Rechtstheorie, Beiheft 19 (Consequences of Modernity in Contemporary Legal Theory)», 1998, pp. 123 y ss., 126 y ss.

²¹¹ Cfr., para el caso europeo, DELMAS-MARTY, *Vers un Droit pénal européen en commun?*, en «APC», 19, 1997, pp. 9 y ss., 12 y ss.; PAGLIARO, «RTDPE», 6, 1993, pp. 204 y ss.

²¹² Cfr., por ejemplo, FOFFANI, *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, «RTDPE», 1999, pp. 65 y ss., 86, donde sostiene la europeización del Derecho penal económico con el fin de evitar que la desigual distribución del «riesgo penal» constituya un factor perturbador de la competencia.

²¹³ En donde desempeñan un importante papel los fenómenos de «exporta-

européa ofrece ya algunos ejemplos) ²¹⁴. Sin embargo, ello, con ser necesario e importante, no resulta suficiente ²¹⁵. Es preciso, además, homogeneizar las reglas legales de la Parte General que determinan esencialmente la aplicación que haya de darse a tales preceptos específicos ²¹⁶. Es más, seguramente lo anterior también resulta insuficiente si no se trabaja de modo simultáneo en una construcción supranacional relativamente homogénea del sistema del Derecho penal, de los conceptos y categorías de la teoría jurídica del delito, así como de los principios y garantías político-criminales fundamentales ²¹⁷.

2. Aquí surgen dificultades muy relevantes. Por un lado, ni la asimilación, ni la armonización legislativas garantizan en ningún caso la homogeneidad de las respuestas, aparte de plantear dificultades de índole constitucional ²¹⁸. Ello ni siquiera se garantiza con la adopción de tratados de unificación sectorial del

ción» e «importación» jurídica: cfr. VON MÜNCH, *Rechtsexport und Rechtsimport*, «NJW», 1994, pp. 3145 y ss.

²¹⁴ Cfr. KÜHL, *Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, «ZStW», 109 (1997), pp. 777 y ss., 784, aludiendo a los conocidos ejemplos del blanqueo de capitales, la sanción del «insider trading», la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y, en fin, la asimilación del tratamiento de la corrupción de funcionarios comunitarios al de la propia de los funcionarios nacionales.

²¹⁵ Se trataría con ello de superar, o al menos complementar, el método comparatista con el de un discurso con pretensiones unitarias. Cfr. las observaciones de COURAKIS, *Struktur- und Auslegungsaspekte des angelsächsischen Strafrechts*, «GA», 1981, pp. 533 y ss., 533. Sobre el origen del método del «Derecho comparado» en el fenómeno codificador que pone fin al predominio del «Ius Commune», PERRON, *Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, en «ZStW», 109 (1997), pp. 281 y ss., 284-285.

²¹⁶ Vid. el importante esfuerzo constructivo de TIEDEMANN, *Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts*, en «FS für Jescheck», II, Berlin, 1988, pp. 1411 y ss.; así como de sus discípulos VOGEL, «JZ», 1995, pp. 331 y ss.; y DANNECKER, «JZ», 1996, pp. 869 y ss.

²¹⁷ A estos dos aspectos aluden KÜHL, «ZStW», 109 (1997), p. 784; PERRON, «Lenckner-FS», pp. 227-228. Por supuesto, ello no quiere decir que la configuración de un modelo dogmático unitario sea suficiente [crítico, PERRON, «ZStW», 109 (1997), p. 300], pues los aspectos prácticos y de funcionamiento del sistema penal en su conjunto desempeñan un papel esencial si de lo que se trata es de obtener una justicia penal supranacional. Pero desde luego, el modelo dogmático constituye un aspecto fundamental.

²¹⁸ Por ejemplo, en relación con los mandatos de criminalización, discutidos ya desde hace tiempo en el marco de la Unión Europea.

Derecho penal, que no pueden abordar su aplicación uniforme por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. En fin, la atribución del *ius puniendi*, tanto en su dimensión legislativa como jurisdiccional²¹⁹, a instancias supranacionales tropieza, al menos por el momento, con los *déficits democráticos* de las instituciones surgidas de los procesos de integración, cuanto más si se trata de otro tipo de instancias supranacionales. En la medida en que las penas que se impongan sean privativas de libertad (no tanto si se trata de penas pecuniarias o de penas privativas de derechos) no parece posible hoy por hoy atribuir a órganos de instituciones supranacionales el ejercicio del *ius puniendi* contra la delincuencia de la globalización.

3. Por tanto, parece que lo más probable será la adopción de tratados de uniformización, también en temas de Parte General²²⁰, acompañados de esfuerzos por garantizar *de facto* una aplicación lo más homogénea posible de los mismos.

3.3.2. LA DOGMÁTICA FRENTE A LA DELINCUENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN

1. El Derecho penal de la globalización no es, sin embargo, *todo* el Derecho penal. Como se indicó al inicio, se concentra en la delincuencia económica u organizada y en modalidades delictivas conexas con éstas. De ahí que se produzca un cambio significativo en cuanto al modelo de delito que sirve de referencia a la construcción dogmática: En lugar del homicidio del autor individual se trata, por ejemplo, de abordar actos de corrupción realizados por una empresa que, a su vez, comete delitos económicos. A partir de tal constatación, se produce una importante disyuntiva: o bien se acomete una *sectorialización* de las reglas de la Parte General del Derecho penal²²¹, o bien se asume que,

²¹⁹ Esta es la línea del llamado *Corpus Iuris* (Delmas Marty, dir.), París, 1997, germen de un Código penal modelo para la Unión Europea. Cfr. el documentado comentario de CHOCLÁN MONTALVO, *Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El Corpus Iuris europeo (I y II)*, en «La Ley. Revista jurídica española», núms. 4475 y 4476, lunes 9 de febrero y martes 10 de febrero de 1998.

²²⁰ Así también VOGEL, «JZ», 1995, p. 334.

²²¹ En favor de la sectorialización, TIEDEMANN, «Lenckner-FS», p. 419.

debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas por las que se han venido rigiendo. Lo primero, que vendría a configurar lo que de modo gráfico puede expresarse como «*Derecho penal de dos velocidades*» (vid. *infra*), significa en realidad la renuncia a la teoría del delito como teoría general y uniforme del ilícito penal (y, en esa medida, aparentemente un retroceso histórico); pero lo segundo, por su parte, supone la desactivación del sistema general de reglas configurado, con una más que obvia vocación garantista, a partir de la constatación de la gravedad de las consecuencias jurídico-penales, en particular por referencia al homicidio. Planteada así la disyuntiva, debe a mi juicio optarse matizadamente por lo primero, como trataré de exponer al final de este texto.

2. En todo caso, la homogeneización de las reglas legales de la Parte General y de los propios criterios dogmáticos de imputación en un plano global podría, por lo demás, pugnar en teoría con la naturaleza «*cultural*» de la dogmática. En efecto, por mi parte, comparto la convicción, profundamente arraigada entre los penalistas²²², del carácter supranacional de la ciencia del Derecho penal. Ocurre, sin embargo, que, como es sabido, dicha convicción se había asentado durante largo tiempo en la creencia acerca de que el Derecho penal se hace supranacional por su vinculación con determinadas estructuras lógico-objetivas (así, las de la acción, de la culpabilidad o de la autoría²²³) de las que se derivaría el conjunto del sistema dogmático de modo deductivo-axiomático²²⁴. Ello determinaría que nuestra ciencia fuera no sólo transnacional, sino, más aún, *global*, universal, desvinculada de referencias espacio-temporales, independiente de culturas y sistemas de valores. Modernamente, en cambio, se rechaza por muchos la posibilidad de construir de *modo completo* el sistema

²²² Al «sueño» de VON LISZT con una ciencia penal universal alude PERRON, «ZStW», 109 (1997), p. 282, nota 6. El tema de la *Strafrechtlehrertagung* (jornadas anuales de penalistas de lengua alemana) de 1997 fue, asimismo, el de la «*Internationalisierung des Strafrechts*».

²²³ Finalidad, poder actuar de otro modo, dominio final del hecho, respectivamente.

²²⁴ Así en ARMIN KAUFMANN, *Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft*, en «*Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*», Tokio, 1985, pp. 100 y ss.

dogmático del Derecho penal sobre la única base de las verdades —supuestamente permanentes e inmutables— inherentes a las estructuras lógico-objetivas. De este modo, sin negar la importante función de límite que tiene la realidad del ser²²⁵ —en particular el concepto de persona y los derechos que le son inalienables—, a la que obviamente no puede oponerse la construcción dogmática, se tiende de modo creciente a construir el sistema, en el seno de un marco ontológico que se estima bastante amplio²²⁶, sobre la base de conceptos normativos. Éstos adquirirían su contenido concreto desde perspectivas teleológicas, conformadas a partir de las finalidades político-criminales del Derecho penal. Unas finalidades político-criminales que no se reducen a meras consideraciones utilitaristas-sociales de eficiencia empírica sino que comprenden de modo esencial consideraciones valorativas específicas que se tratan de derivar de un principio de respeto a la dignidad humana y a las garantías fundamentales del individuo (en definitiva, son *culturales*)²²⁷.

3. De la relación dialéctica de lo uno y lo otro han de surgir, sin duda, enunciados valorativos concretos, cuya aptitud para dotar de contenido a las categorías sistemáticas debe quedar fuera de duda²²⁸. En efecto, la adopción de esta perspectiva puede permitir dotar al sistema del Derecho penal de un innegable carácter supranacional, si se toma como punto central de referencia

²²⁵ De nuevo sobre ello, KÜHL, «ZStW», 109 (1997), p. 787.

²²⁶ Sobre la reducción del Derecho natural a una serie de principios generales, PERRON, «ZStW», 109 (1997), p. 283.

²²⁷ Cfr. cómo se observa que es éste el punto de vista desde el que se trata de construir una aproximación común a los problemas en FLETCHER, *Criminal Theory as an International Discipline*, en ESER/FLETCHER (Hrsg.), «Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven», II, Freiburg, 1988, pp. 1595 y ss., 1621: «*The most significant consequence of the conference was the recognition that we share a common discipline. Both German and American thinkers, it turns out, are committed to systematic as well as to pragmatic analysis. It may be that many Americans are discovering the virtues of systematic thought as many German scholars are finding new insights in pragmatic, case analysis. The Germans may be importing Bentham, and we, Kant and Hegel. If we sense that we are becoming one intellectual community, we can only be confident that the discussions of the future will be even deeper and more searching.*»

²²⁸ Cfr. al respecto SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 103-178.

la comunidad cultural y de valores que subyace a las constituciones occidentales actuales²²⁹. Mas ello implica un factor de *relativización*. Una ciencia del Derecho penal basada exclusivamente en las estructuras lógico-objetivas, o que se limite a construir el sistema de problemas o de estructuras de imputación²³⁰, puede ser *plenamente* universal. En cambio, una ciencia penal de rasgos teleológico-valorativos, si bien puede ser supranacional, independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales, no puede independizarse de las culturas, de los sistemas de representaciones valorativas: tiene, por tanto, obvios condicionantes espacio-temporales²³¹. Por poner un ejemplo evidente, difícilmente se llegará a un acuerdo valorativo *completo*, en cuanto a la atribución de finalidades político-criminales al Derecho penal, y por tanto tampoco en cuanto a la concreta atribución de contenido a las categorías y conceptos del sistema dogmático, entre el mundo occidental, el mundo islámico y el del extremo

²²⁹ ROXIN, «Strafrecht AT», I, 3.^a ed., München, 1997, § 7 V, núm. marg. 84, nota 76: «Desde luego, la vigencia general de las perspectivas de la dogmática penal, más allá de las fronteras de los estados nacionales, se asienta menos en datos ónticos o lógico-objetivos que en el consenso obtenido en el intercambio internacional de opiniones acerca de las finalidades rectoras de la Política criminal, así como en la discusión común de las diversas posibilidades de solución de los problemas. Que distintos ordenamientos jurídicos adopten, llegado el caso, decisiones valorativas divergentes, no impide la crítica de estas soluciones a partir del estado del conocimiento alcanzado en el plano internacional sobre la dogmática jurídica penal.»

²³⁰ No puede ignorarse, en efecto, que existe otra vía metodológica distinta de la de las estructuras lógico-objetivas desde la cual la ciencia del Derecho penal se hace auténticamente universal. Se trata de la propuesta de HRUSCHKA de centrarse en la conformación del sistema de casos problemáticos y de estructuras de imputación, dejando para un nivel secundario, y de discutible estatuto científico, el tema de las respuestas a los problemas, esto es, en suma, el tratamiento valorativo de las estructuras de imputación. Cfr. HRUSCHKA, *Das Strafrecht neu durchdenken ! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law*, «GA», 1981, pp. 237 y ss.; EL MISMO, *Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?*, «JZ», 1985, pp. 1 y ss. También, del mismo autor, la «Vorbemerkung» de las dos ediciones de su *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin, 1983 (1.^a) y 1988 (2.^a).

²³¹ En contra, aunque obviamente partiendo de una concepción según la cual la teoría del delito no es un producto teleológico-valorativo, sino puramente ontológico, HIRSCH, *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft ?*, en «FS für G. Spindel», Berlin, 1992, pp. 43 y ss., 50-51, 53: «... las diferencias culturales no tienen influencia alguna en el ámbito en el que se trata de la elaboración científica de las doctrinas generales del delito.»

oriente ²³². En efecto, la relación entre razonamiento de principios y razonamiento utilitarista, así como la articulación de la relación individuo-sociedad, entre otras cuestiones, tienen lugar en unos y otros ámbitos culturales de modo sustancialmente distinto ²³³. De ahí que, desde este punto de vista, la labor de la ciencia penal *no sólo* discurrirá en el marco generado por las *estructuras ontológicas* y en el que establece, en virtud del principio de legalidad, el respectivo *Derecho positivo nacional* ²³⁴, sino que se verá evidentemente limitada por los condicionantes que establece un determinado *horizonte valorativo común*. Así las cosas, el penalista podrá dedicarse, sin marco alguno que le constriña, a elaborar de modo universal las estructuras lógico-objetivas que pueden condicionar —a mi juicio, de modo no determinante hasta el mínimo detalle— la ulterior construcción doctrinal. De la misma manera, y en idénticos términos, a elaborar los sistemas de problemas y las estructuras formales de imputación. Cuando pretenda, sin embargo, construir el *concreto sistema de proposiciones (de soluciones a los problemas) en el que se expresan los contenidos últimos de la dogmática como disciplina práctica*, ha de moverse en un contexto valorativo determinado (además de los obvios marcos, antes indicados, del plano ontológico y del

²³² La importancia de la diversidad de las representaciones valorativas, con concreta referencia al extremo oriente, la subraya COURAKIS, «GA», 1981, pp. 534-535.

²³³ Por eso es discutible que se pueda afirmar, en términos categóricos, como ahora algunos hacen, que el mundo se ha globalizado no sólo en la economía, el comercio o las comunicaciones, sino también en *consideraciones humanitarias básicas*. En su polémico y trascendente trabajo *The Clash of Civilizations*, publicado en la revista «Foreign Affairs», Summer, 1993, pp. 22 y ss., 25, señala el profesor Samuel P. HUNTINGTON que «*las personas de diferentes civilizaciones tienen puntos de vista diversos sobre las relaciones entre Dios y el hombre, el individuo y el grupo, el ciudadano y el Estado, padres e hijos, marido y mujer, así como perspectivas distintas sobre la importancia relativa de derechos y responsabilidades, libertad y autoridad, igualdad y jerarquía*». Cfr., de modo extenso, HUNTINGTON, *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, 1997. En este punto, y en relación con el Derecho penal, no es irrelevante que varios países, como la India o China, planteen «excepciones culturales» a la instauración, por ejemplo, de regulaciones internacionales básicas en materia de Derechos humanos o, en concreto, de un Tribunal Penal Internacional.

²³⁴ Un marco, éste, que en la construcción conceptual de la teoría del delito resulta especialmente amplio y flexible.

Derecho positivo). A partir de ahí, la cuestión radica en determinar quiénes pueden llegar a compartir un «contexto valorativo» de configuración dada. A reserva de estudios más concretos al respecto, me inclino por recurrir al término ambiguo de «lo occidental» para designar a la comunidad de sujetos en la que nos hallamos comprendidos²³⁵. Ello, con las obligadas matizaciones de que, en primer lugar, lo occidental no es una referencia estática, sino dinámica, en la medida en que su significado varía con el tiempo²³⁶ y su extensión espacial también puede ser variable. Y, en segundo lugar, que el establecimiento de un marco valorativo común no implica la pretensión de una construcción definitiva (cerrada) del sistema, sino que, por el contrario, debe aceptarse de antemano la existencia presente y futura en el seno de dicho marco de *discrepancias culturales relativas*²³⁷, de configuración *técnica y práctica* del sistema del Derecho penal²³⁸, así como,

²³⁵ Dicho término, ciertamente, es susceptible, a mi juicio, de comprender no sólo el occidente europeo sino también los países eslavos del Este de Europa, así como los países americanos (del norte, centro y sur de América). Ello supone adoptar una postura distinta a la de HUNTINGTON, para quien la civilización occidental se contrapone no sólo a las orientales (confuciana, japonesa, hindú), la islámica y la africana, sino también a la eslavo-ortodoxa y a la «latino-americana». La razón de acoger este punto de vista es la existencia de innegables vínculos en los valores sobre los que se asientan las estructuras estatales vigentes —o las que se aspiran a construir—, así como la evidente base cristiana de las culturas de todos estos pueblos. De todos modos ello no conlleva olvidar la existencia de posibles divergencias relativas en el seno de «lo occidental» por razón de peculiaridades culturales. Pero son divergencias en el seno de un sistema cuyos trazos generales se comparten. Lo mismo sucede con las diferencias ideológicas, que obviamente también incidirán en aspectos concretos de la configuración de las categorías dogmáticas, contra lo que pretende HIRSCH, «Spendel-FS», p. 53, para quien se trata de «la búsqueda de soluciones materialmente correctas de modo general, sin que las valoraciones ideológicas desempeñaran papel alguno en ello».

²³⁶ Para expresarlo podemos acudir a la interesante noción de «Zeitgeist». Sobre el influjo de tal «espíritu del tiempo» en la conciencia jurídica y social así como en el sentimiento jurídico, con una interesante exposición esquemática sobre los cambios producidos (en el ámbito occidental) en los últimos años, cfr. WÜRTEMBERGER, *Zeitgeist und Recht*, 2.^a ed., Tübingen, 1991, pp. 105 y ss.

²³⁷ Un ejemplo sencillo, que cita WÜRTEMBERGER, *Zeitgeist*, pp. 108 y ss., es el de la distinta actitud de los ciudadanos alemanes y norteamericanos en torno a la noción de Estado social, a pesar de que, como él constata, se advierten aproximaciones relativas en los últimos años.

²³⁸ Es muy revelador el estudio relatado por PERRON, «ZStW», 109 (1997), pp. 291 y ss., sobre el diverso modo de resolver técnicamente un caso típico de

obviamente, *ideológicas y científicas*. Más bien se trata de establecer una referencia negativa según la cual no podrían participar en la trabajosa construcción de esa ciencia común quienes no participaran del mismo horizonte valorativo asimismo común ²³⁹.

4. Es evidente, desde luego, que este modelo constructivo plantea no pocos obstáculos derivados de la dificultad tanto de la determinación de los presupuestos valorativos de referencia ²⁴⁰, como de las condiciones de su puesta en común para los diversos países. Así se explica que las primeras críticas a tal modo de proceder se hayan centrado en la inseguridad de un sistema centrado en consideraciones valorativas de este género, e incluso en su menor científicidad (!). Sin embargo, ello es perfectamente rebatible. Como claramente lo es la afirmación ²⁴¹ de que el sistema teleológico tiene un carácter nacional (por su vinculación a un determinado ordenamiento constitucional) que se opone frontalmente a las pretensiones transnacionales de la dogmática ²⁴². Creo, precisamente, que es virtud de las obras de la dogmática de signo normativista la de poner de relieve cómo ese carácter transnacional, y sin embargo valorativo, es posible en los países que

homicidio bajo el «*battered woman syndrome*» (síndrome de la mujer apaleada) en ocho países de la Europa occidental y en Estados Unidos. Si bien, existía una coincidencia en el sentido de imponer una pena de gravedad intermedia.

²³⁹ De la necesidad, con todo, de establecer unos mínimos comunes a todas las culturas me he ocupado con algún detalle más en mi ponencia SILVA SÁNCHEZ, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal*, en el seminario internacional «Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Francfort», Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 13-15 de abril de 2000 (en prensa).

²⁴⁰ A partir de declaraciones muy genéricas o de modelos culturales relativamente difusos.

²⁴¹ Que encontramos en HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, en «Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln», Köln, 1988, pp. 399 y ss., 416; proponiendo también como única posibilidad de modelo transnacional del sistema del Derecho penal el supuestamente asentado en realidades ontológicas, KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990, pp. 34 y ss., 44 y ss.; de nuevo HIRSCH, «Spendel-FS», pp. 44, 49.

²⁴² Cfr. el intento de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, pp. 43 y ss., de construir la resolución de los conflictos de intereses que plantean las situaciones de necesidad mediante principios operativos de segundo nivel, derivados de las ideas rectoras de libertad y solidaridad, subrayando el carácter transnacional de tal ordenación (p. 44, nota 32).

pertencen a un mismo ámbito de cultura: la occidental, en nuestro caso ²⁴³.

5. En lo que aquí interesa, sin embargo, y teniendo en cuenta el señalado carácter sectorial (básicamente económico-empresarial) de la delincuencia propia de la globalización, conviene poner de relieve que las diferencias culturales son seguramente muy inferiores a lo que se suscitaría en relación con situaciones en las que los conceptos de persona y sociedad se vieran más implicados. Así las cosas, el problema no se deriva tanto de la contraposición de modelos culturales, entendidos como «conjunto de representaciones valorativas sobre la persona y la sociedad», cuanto de la diversidad de tradiciones jurídicas ²⁴⁴. Éstas, en la materia que aquí interesa, se manifiestan en la contraposición de una tradición jurídica continental de importante influencia alemana (países de lengua alemana, Europa de Este, Italia, España, Portugal, Iberoamérica, etc.), la tradición francesa y la tradición del *common law* ²⁴⁵.

6. Sin ánimo de exhaustividad alguna, pueden mencionarse las siguientes cuestiones como características de la dogmática de la globalización, en la que las cuestiones probatorias adquieren por otro lado una trascendencia excepcional. La *imputación objetiva* tiende a perder —ya en los Derechos nacionales— su vinculación con relaciones de *necesidad* con arreglo a leyes físico-naturales. En su lugar, se plantea la suficiencia de relaciones de

²⁴³ Cfr. también en este sentido SCHÜNEMANN, *La Política Criminal y el Sistema del Derecho penal* (trad. Martínez Escamilla), «ADPCP», 1991, pp. 693 y ss., pp. 712-714: «... ha de constatarse actualmente, por lo menos en las sociedades occidentales, una nivelación rasante de las decisiones fundamentales y convicciones básicas político-criminales (...). A causa de esta comunidad en las convicciones básicas político-criminales incluso hoy me parecen más favorables que antaño las perspectivas de nivelación de los ordenamientos jurídicos nacionales así como de los sistemas jurídico-penales». Lo que incluiría a los países anglosajones, en los que SCHÜNEMANN detecta tanto una aproximación a modelos sistemáticos como la creciente acogida de criterios político-criminales característicos de la prevención de integración.

²⁴⁴ Cfr. asimismo GRASSO, *Les perspectives de formation d'un Droit pénal de l'Union Européenne*, «APC», 18, 1996, pp. 7 y ss., 31 y ss.

²⁴⁵ Sobre las características de la divergencia entre la tradición jurídica continental y la del «*common law*», cfr. la ponencia citada *supra* SILVA SÁNCHEZ, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal* (en prensa).

probabilidad o, incluso, directamente de puras relaciones (normativas) de sentido. Esta tendencia, que en sí es probablemente correcta, puede adquirir sin embargo un importante sesgo antigantista en la medida en que se asiente la propuesta de algunos autores de proceder a una *inversión de la carga de la prueba* en este punto (por ejemplo, entre otras, en materia de medio ambiente).

7. La responsabilidad en *comisión por omisión*, sometida en nuestro ámbito a precisas exigencias con vocación de aplicación restrictiva (sobre la base de la idea de la identidad estructural en el plano normativo con la comisión activa), se está transformando al aplicarse al ámbito de los delitos de empresa o de estructuras organizadas (como infracción del deber de vigilancia). Existe la posibilidad cierta de que —en el marco de un Derecho penal global— se acabe asimilando a las figuras, mucho más laxas, de la «*vicarious liability*» anglosajona o la «*responsabilité du fait d'autrui*» francesa²⁴⁶. Algo parecido puede suceder en la imputación subjetiva, donde la trabajosa distinción entre dolo eventual y culpa consciente puede difuminarse en la amplia figura de la *recklessness*²⁴⁷.

8. En el ámbito de las formas de intervención en el delito, tienden a imponerse fórmulas de *no distinción entre autoría y participación*; algo que ya se advierte en el plano de la pura tipificación si se examinan los tipos de delito en materia de tráfico de estupefacientes o de blanqueo de capitales²⁴⁸.

²⁴⁶ Entendiendo, sin embargo, que estas figuras, anglosajona y francesa, respectivamente, constituyen la correspondencia de la autoría en comisión por omisión, TIEDEMANN, «Lenckner-FS», p. 431.

²⁴⁷ En efecto, conviene no ignorar la existencia de una distinción entre «*subjective recklessness*» y «*objective recklessness*». Mientras que la primera se halla en el límite de la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente, la segunda se sitúa en el contexto de la culpa inconsciente (como forma cualificada de la misma). De modo que su adopción configura la discusión sobre la imputación subjetiva en términos radicalmente distintos. Cfr. la descripción en PERRON, *Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, en «Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag», Baden-Baden, 1998, pp. 145 y ss., 151-152.

²⁴⁸ Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, p. 35. Otros temas, incluyendo mención a los sistemas sancionatorios, en PAGLIARO, «RTDPE», 6, 1993, pp. 202-203.

9. Por otro lado, la tendencia a examinar las eximentes en términos procesales como «*defences*» (al modo anglosajón) conduce a que las causas de justificación y de exculpación se conciben como elementos que no sólo deben ser razonablemente alegados, sino incluso probados por el imputado²⁴⁹. Ello, a partir de la idea de que la acusación sólo debe probar la tipicidad, y no la antijuricidad ni la culpabilidad, pues las eximentes (causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad) deben ser probadas por quien las alega en su defensa.

3.3.3. LOS PRINCIPIOS POLÍTICO-CRIMINALES EN EL DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN

1. Como hemos indicado, el paradigma del Derecho penal clásico es el homicidio de un autor individual. No resulta aventurado sostener que la mayor parte de las garantías clásicas del Derecho penal adquieren su fundamento en esta constatación. El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada (tráfico de armas, mujeres o niños). La delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación «*excepcional*», a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene. Sucede, aquí, por tanto, algo similar a lo reflejado sumariamente en cuanto a las reglas dogmáticas de imputación.

2. A título, de nuevo, puramente ejemplificativo, aludiremos a algunos aspectos de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad. En cuanto al primero, no me detendré en si puede estimarse que el mismo —en su concepción continental— tiene un equivalente funcional en la regla «*stare decisis*» (o

²⁴⁹ Así ocurre en Francia, Inglaterra, e incluso en España y en la jurisprudencia tradicional italiana. Ello le lleva a TIEDEMANN, «Lenckner-FS», p. 433, aparentemente, a partir de la afirmación de lo excepcional de la solución alemana contraria, a proponer su abandono (!!).

de vinculación por el precedente) del ámbito anglosajón; aunque sí manifestaré que ello no es tan evidente como algunos afirman²⁵⁰. Más relevante es, a mi juicio, el manifiesto abandono del *mandato de determinación* en los tipos que, con toda probabilidad, pasarán a configurar el Derecho penal de la criminalidad transnacional²⁵¹.

3. En el plano procesal, la configuración del Derecho penal de la globalización como un instrumento represivo que da respuesta a exigencias de la política determina que el conflicto entre los sistemas orientados al principio de legalidad procesal y a la búsqueda (tendencial) de la verdad material y aquellos en los que rigen de modo general el principio de oportunidad, la posibilidad de acuerdos y, en fin, criterios dispositivos, presumiblemente acabe inclinándose del lado de estos últimos²⁵².

4. En cuanto al principio de culpabilidad, en primer lugar, es cierto que existe en el plano internacional un consenso en cuanto a la admisión de la relevancia del error de prohibición. Pero también que esto, pese a su importancia, no es lo decisivo; por contra, lo determinante es qué se entiende por error (frente a conocimiento) y cuál es el baremo de la evitabilidad. Por otro lado, está clara la acogida en el Derecho penal de la globalización de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, lo que no deja de ser discutido desde perspectivas de culpabilidad²⁵³. En tercer lugar, parece evidente la dificultad de

²⁵⁰ Quizá, por ejemplo, PAGLIARO, «RTDPE», 6, 1993, pp. 200-201. Cfr., en el sentido del texto, la descripción de ASHWORTH, «ZStW», 110 (1998), pp. 464-465.

²⁵¹ Sobre el hecho de que una concepción demasiado estricta del mandato de determinación puede oponerse a las exigencias de efectividad y practicabilidad del Derecho de la integración (por ejemplo, en la materia de los actos realizados en fraude de ley), VOGEL, «JZ», 1995, p. 338.

²⁵² HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 36. Plantea la cuestión, aunque sin efectuar pronósticos, PERRON, «Lenckner-FS», p. 245.

Tampoco en lo que se refiere a la relevancia del testimonio de coimputados, así como a la validez del empleo de confidentes, parece que el Derecho penal de la globalización esté en condiciones de desviarse de lo que es ya tendencia consolidada en los diferentes ordenamientos nacionales.

²⁵³ En todo caso, una vez admitida «*in genere*» la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos cometidos por individuos integrados en su estructura, debe insistirse en que es preciso determinar con claridad cuál es el

rechazar figuras que implican una presunción de culpabilidad, pero que se hallan absolutamente arraigadas en sus tradiciones jurídicas de origen, como la «*strict liability*» o las «*infractions matérielles*»²⁵⁴.

5. Por fin, el principio de proporcionalidad no deja de verse comprometido por la sanción penal de conductas meramente imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos (así, por ejemplo, en el caso del blanqueo de capitales). Asimismo, por la evidente proliferación de tipos de peligro muchas veces *standard*, tanto imputados en comisión activa, como en comisión por omisión.

6. En suma, pues, la asignación al Derecho penal de papeles relevantes en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional implica una flexibilización de categorías y relativización de principios: abona la tendencia general hacia la expansión²⁵⁵.

círculo de personas físicas integradas en dicha estructura, cuyas acciones desencadenan la responsabilidad de la persona jurídica. Además, es preciso determinar cómo se construye la imputación subjetiva de la persona jurídica en caso de actuaciones de órganos colegiados, en las que unos miembros obran con dolo y otros no; si cabe una suma de conocimientos individuales, cada uno por sí mismo insuficiente, para conformar el dolo de la empresa; si causas de exclusión de la responsabilidad concurrentes en el miembro de la empresa pueden beneficiar a ésta o no; etc. Alude a ello VOGEL, «JZ», 1995, p. 341.

²⁵⁴ En efecto: es sabido que en Francia e Inglaterra se acoge la existencia de «*infractions matérielles*» o bien ilícitos de «*strict liability*», lo que, desde nuestra perspectiva constituye una vulneración del principio de culpabilidad. Cfr. ASHWORTH, «ZStW», 110 (1998), pp. 467 y ss. Pues bien, incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las admite en tanto en cuanto se configuren como presunciones *iuris tantum* de culpabilidad (esto es, procesalmente rebatibles). Cfr. sobre ello TIEDEMANN, «Lenckner-FS», pp. 428-429. Pero es evidente que ello desnaturaliza nuestra concepción sustantivo-procesal del principio de culpabilidad, al igual que podría afirmarse a propósito de la responsabilidad por hecho de otro, etc. Sin ánimo de abundar en instituciones que estimamos vulneratorias del principio de culpabilidad en la doctrina continental actual, a las mencionadas puede añadirse la «*constructive liability*» (equivalente al *versari in re illicita*): ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 2.^a ed., Oxford, 1995, pp. 85-86, aunque estimándola restringida a delitos dolosos contra la vida o integridad.

²⁵⁵ Expansión que, además, se trata de garantizar frente a quienes no la adopten mediante la progresiva modificación de los criterios de aplicación de la ley penal en el espacio. En este sentido, y en concreto para la delincuencia eco-

nómica que es la que en este momento interesa, se asiste a una importante crisis del principio de territorialidad, frente al cual se pretende abrir nuevos ámbitos de incidencia al principio de protección y al de justicia universal. De este modo, las legislaciones más intervencionistas tienden, además, a aplicarse de modo extraterritorial.

4. LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL ANTE LOS ASPECTOS SOCIO-CULTURALES Y POLÍTICOS DE LA GLOBALIZACIÓN

4.1. Planteamiento

En lo anterior se ha tratado de examinar la incidencia de la globalización económica sobre el Derecho penal, teniendo en cuenta ante todo la macrocriminalidad o criminalidad organizada. Ahora bien, la globalización, como se ha indicado, no se reduce a su influencia sobre la proliferación de formas de criminalidad organizada. En este sentido, conviene no olvidar otros aspectos de gran trascendencia que también se deben a los procesos de concentración e integración propios de la globalización ²⁵⁶. Así, por ejemplo, el incremento de bolsas de marginalidad en las sociedades occidentales, los movimientos migratorios y la conformación de aquéllas como sociedades crecientemente multiculturales; la globalización de las comunicaciones y, con ello, en amplia medida también de la cultura; y la propia globalización de la política; entre otros ²⁵⁷.

²⁵⁶ Según han dado cuenta diversos medios de comunicación, el Consejo Nacional de Inteligencia de los Estados Unidos pronostica que la globalización limitará de forma dramática el tradicional poder de gobiernos y Estados para regular flujos de todo tipo (emigrantes, armas, drogas, información, tecnología y enfermedades) a través de sus fronteras, así como la erosión irresistible de figuras jurídicas como las de «pertenencia» o «nacionalidad».

²⁵⁷ Cfr. HASSEMER, *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts*, en HÖFFE, «Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch», Frankfurt, 1999, pp. 157 y ss., 158.

4.2. Globalización y cambios en la estructura social

1. La globalización como fenómeno económico no se limita, efectivamente, a producir o facilitar la actuación de la macrocriminalidad. También incide sobre la microcriminalidad, en tanto que criminalidad de masas ²⁵⁸. Así, los movimientos de capital y de mano de obra que se derivan de la globalización de la economía determinan la aparición en occidente de capas de subproletariado, de las que puede proceder un incremento de la delincuencia patrimonial de pequeña y mediana entidad. Para una más precisa caracterización de este fenómeno procede, probablemente, efectuar un breve excurso histórico.

2. Como es sabido, en el último tercio del siglo XIX tuvo lugar en Europa un fenómeno que había de modificar sustancialmente el concepto hasta entonces vigente del Derecho penal. Como consecuencia de la industrialización, se produjo un movimiento masivo de emigración del campo hacia las ciudades. Sin embargo, ni las estructuras urbanas ni las propias industrias estaban preparadas para el alud humano que se volcó sobre ellas. Así, por un lado, la proletarianización del campesinado inmigrado provocó la pérdida por parte de éste de buena parte de los elementos de integración e inhibición de conductas delictivas (socialización, identificación con el medio, religión) que poseía en su lugar de procedencia. Por otro lado, las vicisitudes laborales contribuyeron a que muchos inmigrantes quedaran en la marginalidad y se dedicaran a la delincuencia de modo reiterado. De modo concreto, a la delincuencia patrimonial.

3. En este contexto, la concepción clásica de la pena, desvinculada de «fines» y orientada tan sólo a la retribución de la culpabilidad por el hecho, se reveló insuficiente. Se hacía precisa una construcción de la sanción penal que afrontara el cumplimiento de fines empíricos con respecto al sujeto que había delin-

²⁵⁸ Lo pone de relieve HESS, *Die Zukunft des Verbrechens*, «KritJ», 1998, pp. 145 y ss., 147: «La globalización rebajará el standard de vida de amplias capas de la población e incrementará la población de la pobreza de modo adicional por la inmigración. Con los conflictos resultantes de ello crecerán tanto la criminalidad como el punitivismo.»

quido. Así, se desarrolló la concepción de la «pena funcional» en términos preventivo-especiales (*Zweckstrafe*). Ésta, por su parte, tenía tres manifestaciones: como medio de intimidación individual se dirigía al delincuente ocasional; como instrumento de resocialización, al delincuente reiterado corregible; y, en fin, como mecanismo de inocuización, al delincuente de estado incorregible. Con ello se sentaban las bases para las *medidas de seguridad* que, en realidad, tenían la vocación de sustituir a las penas tomando como punto de referencia no la culpabilidad sino la peligrosidad del delincuente.

4. Ciertamente, las décadas posteriores —sobre todo tras la segunda guerra mundial— pusieron de relieve que no sólo no desaparecían las penas, sino que, asimismo, de la teoría de la prevención especial construida a finales del siglo XIX tan sólo quedaba la idea de la orientación resocializadora de la ejecución de las penas y las medidas de seguridad. El texto constitucional español es una clara manifestación de tal estado de cosas. Sin embargo, diversas circunstancias han propiciado que en los últimos años tenga lugar un replanteamiento de la cuestión. En efecto, en Europa se vuelve a asistir a un fenómeno migratorio tan importante como el de finales del siglo XIX o incluso más trascendente. Más trascendente porque no se trata de un movimiento interno a los Estados nacionales, sino que procede de países extranjeros, en concreto de países no miembros de la Unión Europea (extracomunitarios), siendo así que, además, muchos de los emigrantes carecen de permiso de residencia en el país correspondiente. Por otro lado, porque se trata de personas pertenecientes a otras culturas distintas de la occidental, lo que genera un factor de conflicto adicional.

5. En el momento actual, cabe afirmar que, en mayor o menor medida según los países, el fenómeno de la criminalidad (en general, patrimonial) de sujetos extracomunitarios, que operan de modo más o menos estructurado, pero en general en grupos o bandas, empieza a ser común a las diversas naciones europeas. Se trata, por tanto, de una criminalidad que raramente es ocasional, manifestándose más bien en términos que oscilan entre la «habitualidad» y la «profesionalidad». Constituye, en definitiva, ya en este momento, un problema

estructural de las diversas sociedades de la Unión Europea. No debe olvidarse, por lo demás, que esta situación coincide en el tiempo con la aparición de dudas en los ciudadanos europeos acerca de la supervivencia del modelo de «Estado de prestaciones» o «Estado del bienestar». Que surge en años en los que, además, como se ha indicado, se aprecia una elevadísima sensibilidad al riesgo y una obsesión por la seguridad en nuestras sociedades. Así como, en fin, que también concurre con un creciente desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora del Estado sobre el delincuente.

6. Como resulta evidente, esta criminalidad no se diferencia sustancialmente de la criminalidad tradicional. Pero su intensidad y su extensión se ven incrementadas por la marginalidad que se genera en quienes, dentro de las sociedades postindustriales, viven al margen de relaciones laborales estables ²⁵⁹. Y, asimismo, por los choques sociales y culturales que la inmigración produce entre las capas inferiores de la sociedad receptora y los grupos inmigrantes ²⁶⁰. No parece haber lugar a dudas acerca de que esto —proyectado sobre las consideraciones generales efectuadas al inicio acerca de la autocomprensión del ciudadano de las sociedades contemporáneas— redunde en demandas de una más intensa intervención del Derecho penal y abona el punitivismo como forma específica de expansión.

7. Por lo demás, la inmigración de personas procedentes de países pertenecientes a otros ámbitos socio-culturales que acceden a la Europa del bienestar en busca de una mejora de sus condiciones vitales genera entre nosotros sociedades plu-

²⁵⁹ El desempleo estructural y el fenómeno de la creciente marginalización de grupos sociales se vincula por muchos a la globalización: cfr. SILVA FRANCO, *Um prognóstico ousado. As perspectivas do Direito penal por volta do ano 2010*, en MESSUTTI (dir.), «Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio», Montevideo, 1998, pp.13 y ss., 17, citando a ZAFFARONI.

²⁶⁰ HESS, «Kritik», 1998, p. 154: la energía de la frustración (de los receptores) se canaliza en un punitivismo agresivo, que «*sich allerdings auch noch aus anderen Quellen speist: aus eigener Opfererfahrung, aus sekundärer Information über die tatsächlich ansteigende Kriminalität, aus der dramatischen Art und Weise, wie diese Informationen in den Medien dargeboten wird, und schliesslich vor allem auch aus dem Ärger über den wachsenden Aufwand, der zum Schutz gegen Kriminalität geboten scheint oder ist*».

riéticas y multiculturales. En ellas se manifiesta, seguramente, de modo muy claro la tensión entre integración y atomización, entre homogeneización y diversificación. Las sociedades postindustriales, en efecto, tienden a la integración supranacional, pero se atomizan en su interior; sufren un proceso creciente de desvertebración. Por otro lado, las formas de vida son cada vez más homogéneas ²⁶¹; pero existen serios indicios de que, en tensión con lo anterior, los grupos humanos tienden a asirse a ciertos elementos culturales tradicionales ²⁶². La tensión entre integración y atomización, homogeneización y diversidad o multiculturalidad, es desde luego criminógena: produce violencia.

8. Dicha violencia no es, ciertamente, unilateral. En realidad, como ya se indicó al comienzo de estas páginas, es discutible que pueda afirmarse de modo general y en términos empíricos que los «extranjeros (extracomunitarios)» delinquen en proporción superior a aquella en que lo hacen los nacionales de los países europeos ²⁶³. Ahora bien, seguramente sí debe admitirse que los delitos cometidos por inmigrantes se ven más ²⁶⁴; lo que también determina que los medios de comunicación les dediquen más atención y, por lo mismo, les den más difusión. Pero, sentado esto, también será difícil negar entonces que tales delitos pueden despertar una mayor necesidad social de estabilización de la norma que vulneran. Y el incremento de penas que de ello puede resultar hallará apoyo, asimismo, en la constatación de una disminución de los términos del acuerdo social que es característica de las sociedades multiculturales ²⁶⁵. Sea como fuere, la po-

²⁶¹ Irónicamente, no pocos sociólogos aluden al fenómeno con la expresión «*macdonaldización*».

²⁶² Así, a una «religión sociológica», por ejemplo. Lo cual podría interpretarse en el sentido de búsqueda de la seguridad que la aceleración de las formas de vida pone en peligro.

²⁶³ Aludiendo al efecto criminógeno de la desintegración cultural inherente a la emigración, HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt, 1999, p. 16.

²⁶⁴ Así, KERSTEN, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Kulturwissenschaftliche und kriminalsoziologische Anmerkungen*, en HÖFFE, «Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?», p. 141.

²⁶⁵ En efecto, la pena es, según entiendo, un sustitutivo funcional del asentimiento o acuerdo social en cuanto a la norma. Así, cuando disminuye el grado

lítica criminal oficial de los diversos Estados parece tender, a marchas forzadas, a aplicar también aquí el criterio de «tolerancia cero». Así, por ejemplo, es seguramente una manifestación de tal tolerancia cero la posibilidad de acordar la expulsión —como forma de «inocuidación» más barata— tan pronto como el extranjero adquiera la condición de imputado en un procedimiento penal.

9. En este estado de cosas, la cuestión es si el Derecho penal puede proceder, al tratar los delitos en que se expresa la criminalidad de los inmigrantes, con la sutileza que es propia de la teoría de las normas y del delito ²⁶⁶. El tema se suscita en particular cuando se trata de ilícitos (coacciones, lesiones, etc.) vinculados con el contexto cultural del país de origen, o, expresado de otro modo, con la ley, la costumbre o la convicción social o religiosa que obligan *personalmente* al sujeto y le enfrentan a la norma de vigencia *territorial* en Europa ²⁶⁷. De entrada, podría pensarse que el inmigrante, en tanto que extranjero sin derecho a voto, que por ello mismo no ha podido contribuir a la génesis de la norma jurídico-penal (ni de ninguna otra similar en su país de origen), no puede ser sujeto a la vigencia de una norma que le es ajena como persona en Derecho. Es decir, que en tales casos se produciría una suerte de excepción personal al principio de territorialidad. Sin embargo, parece claro que en una sociedad con importante presencia de inmigración la crisis de la vigencia de la norma que ello implicaría no sería fácil de asumir. De modo que, por razones funcionales ²⁶⁸, de entrada se toma como sujeto del Derecho penal —destinatario de la norma— a quien no es sujeto del derecho de sufragio.

de acuerdo o asentimiento social, la tendencia será al incremento de penas, a fin de aislar la infracción (el disentimiento) y evitar que éste se generalice aún más.

²⁶⁶ HÖFFE, «Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?», pp. 11, 13, 42, plantea concretamente la cuestión de si se puede castigar a un inmigrante por la realización de un hecho que en su país de origen no es delito.

²⁶⁷ Cfr. de modo general HASSEMER, *Interkulturelles Strafrecht*, en «Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag», Berlin, 1998, pp. 101 y ss., 104 y ss.

²⁶⁸ Y seguramente también por estimar que el contenido de la norma en cuestión goza de una legitimación material propia que justifica su imposición al extranjero procedente de una cultura en la que —indebidamente, según se entiende— no se la reconoce.

10. Ahora bien, incluso admitido esto último, lo cierto es que la teoría del delito dispondría de soluciones para, sin comprometer de modo irreparable la vigencia territorial de la norma estatal, atender al conflicto en que se ha producido la actuación del sujeto (básicamente, la exculpación y el error de prohibición)²⁶⁹. Pero, por los mismos motivos antes reseñados, es discutible que el recurso explícito y general a tales expedientes en los casos en que el delito viene respaldado por una cultura divergente no provocara quiebras insostenibles de la confianza general en el sistema²⁷⁰. De ahí que, de nuevo, pueda llegar a pronosticarse —con las reservas obvias en este tipo de juicios— que el Derecho penal de las sociedades multiculturales no sólo tenderá a ser más represivo para suplir los déficits de asentimiento social, sino que, probablemente, se mostrará reacio a excluir la concurrencia de los presupuestos de la imputación de la culpabilidad por razones culturalistas.

4.3. La globalización política y cultural y el Derecho penal

1. La globalización política y cultural provoca, como ya se ha indicado más arriba, una tendencia hacia la *universalización* del Derecho, también del Derecho penal. La tendencia hacia la universalización es, sin embargo, en principio neutra. Quiere indicarse con ello que podría tener como efecto la progresiva desaparición de ciertos tipos o sanciones penales existentes en unos países; o bien, la eliminación de las barreras de punición existentes en otros. Es decir: la tendencia hacia la universaliza-

²⁶⁹ Cfr. HASSEMER, en HÖFFE, «Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?», pp. 162 y ss.; EL MISMO, «FS f. Wolff», pp. 108 y ss., distinguiendo entre la exclusión de la antijuricidad y de la culpabilidad. De modo concreto sobre el error de prohibición, cfr. LAUBENTHAL/BAIER, *Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung*, «GA», 2000, pp. 205 y ss., 216, 218-219, pronosticando una mayor incidencia de casos de error de prohibición culturalmente condicionado y sosteniendo la tesis de que éstos se apreciaran, si bien como vencibles (p. 220).

²⁷⁰ Para el caso de una aplicación masiva del error de prohibición lo advierte HASSEMER, «FS f. Wolff», p. 109.

ción y a la mayor homogeneización cultural podría tener expresión en una mayor restricción o en una mayor expansión del Derecho penal.

2. Sin embargo, la globalización política se está manifestando, de momento, sólo en intentos de proceder a una aplicación extraterritorial de leyes estatales, con el fin de estimar irrelevantes las disposiciones de exención o extinción de responsabilidad penal dictadas por los Estados en cuyo territorio se cometió el delito. Ciertamente, al igual que con la criminalidad organizada, se trata aquí de la pretensión de que la vocación protectora de derechos fundamentales del Derecho penal frente a los crímenes de los poderosos no tenga barreras infranqueables en la idea de soberanía estatal. Pero debe subrayarse que este principio sólo se lleva a la práctica cuando se trata de castigar lo que el Estado en cuyo territorio se cometieron los hechos ha decidido dejar impune (en virtud, por ejemplo, de leyes que, por razones político-sociales, declaran inexistente o extinta una determinada responsabilidad)²⁷¹. Es decir, recurriendo al Derecho penal. No parece, en cambio, que los Estados insistan en el referido principio cuando el tema es excluir de la sanción penal a hechos que el Estado del territorio donde se cometieron quiere castigar y cuya sanción, sin embargo, vulnera derechos fundamentales; aquí rige todavía un claro relativismo cultural, seguramente en parte forzado por las circunstancias²⁷², que realmente hacen difícil que unos Estados impidan la aplicación de normas penales de otros Estados con las que se vulneran o restringen derechos humanos bási-

²⁷¹ Ya sean determinadas formas de prostitución infantil, o bien mutilaciones genitales femeninas, ya, en otro orden de cosas, formas de delincuencia a través de aparatos estatales.

²⁷² Pero que ha tenido apoyo en cierta opinión contraria al etnocentrismo, que criticaba irónicamente FINKIELKRAUT, *La derrota del pensamiento* (trad. Jordá), Barcelona, 1988, pp. 109-110, en los siguientes términos: «¿Que en una determinada cultura se infligen castigos corporales a los delincuentes, la mujer estéril es repudiada y la mujer adúltera condenada a muerte, el testimonio de un hombre vale como el de dos mujeres, la hermana sólo obtiene la mitad de los derechos sucesorios entregados a su hermano, se practica la escisión, los matrimonios mixtos están prohibidos y la poligamia autorizada? Pues bien, el amor al prójimo ordena expresamente el respeto de esas costumbres. El sirvo debe poder gozar del knut: privarle de él significaría mutilar su ser, atentar contra su dignidad humana, en suma dar muestras de racismo.»

cos ²⁷³. De nuevo se observa que, incluso en este ámbito, la tendencia a la universalización favorece hoy por hoy —al llevarse a cabo de modo parcial— un pronóstico global más de expansión que de restricción del Derecho penal.

²⁷³ La única vía aquí, al margen de la obvia de denegar la extradición en los casos en que se solicitare por parte del Estado cuyas leyes penales vulneran derechos humanos, sería —otra vez— sancionar a los gobernantes de dicho Estado. Con lo que de nuevo estaríamos en una universalización expansiva del Derecho penal.

5. EXCURSO: SOBRE LA LIMITADA INFLUENCIA EN ESTE PUNTO DE CIERTAS CONSTRUCCIONES TEÓRICAS

1. Más arriba aludíamos a la existencia de una cierta opinión que tiende a atribuir la innegable expansión del Derecho penal exclusivamente a una suerte de perversidad estatal. Las páginas anteriores han tratado de poner de relieve que, sin que quepa negar que el recurso al Derecho penal, en ocasiones, puede constituir un expediente fácil al que los poderes públicos recurren para hacer frente a problemas sociales de hondo calado que no pueden o no quieren resolver de otro modo, se dan elementos trascendentes, con mucho, a aquella opinión. Por tanto, siendo posibles en varios casos reacciones distintas a la penal o reacciones penales de menor intensidad, lo que parece innegable es que la autocomprensión de la sociedad en que vivimos dirige demandas significativas de intervención punitiva al Derecho del Estado. Que estas demandas en ocasiones respondan a fenómenos de psicología social sin base «real» no es en este punto tan decisivo. Sí lo es, en cambio, que todo ello coloca al Derecho penal en una posición singular. Por un lado, debe aportar respuestas funcionales, esto es, que no obstan al funcionamiento de la sociedad tal como ésta se autocomprende, evitando estallidos disfuncionales. Sin embargo, por otro lado, ello no implica que el Derecho penal deba convertirse en el abanderado de las demandas sociales más coyunturales, superficiales, o meramente verbalizadas. Por el contrario, es en este punto en el que la concepción de un Derecho penal funcional ha de hacerse compatible con una vocación lo más restrictiva posible de la intervención punitiva. Para ello, se trataría, en efecto, de proteger penalmente sólo aquellas expectativas esenciales (asociadas al núcleo de la identidad normativa de la sociedad) cuya desprotección penal daría lugar a reacciones disfuncionales y en la medida en que exista el riesgo de que así sea. No resulta incoherente, por tanto, la defensa de un

Derecho penal funcional y la de un Derecho penal con vocación autorre restrictiva ²⁷⁴.

2. Ello nos conduce a desmentir otra de las frecuentes atribuciones de «culpabilidad» con respecto a la expansión del Derecho penal que hemos tratado de caracterizar. Ciertamente, la importante crítica doctrinal dirigida a la propuesta que entiende que la misión del Derecho penal es el «aseguramiento de la vigencia de las normas» se plantea por no pocos como si ésta fuera el factor determinante de una concepción maximalista y carente de límites para el Derecho penal, como la que tiende a plasmarse en nuestros días en la legislación de los diversos Estados ²⁷⁵. Con ello, sin embargo, se ocultan algunos datos elementales: así, que la dominante teoría del Derecho penal de protección de bienes jurídicos surgió en el siglo XIX con vocación ampliadora frente a la teoría de un derecho penal protector exclusivamente de derechos subjetivos (así, en su iniciador BIRNBAUM); que, pese al inicial rechazo, la teoría del bien jurídico fue incluso asumida por los penalistas nacionalsocialistas de la *escuela de Kiel*; que no es posible controlar ley penal alguna desde la perspectiva de una hipotética vulneración del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ²⁷⁶, sino sólo (y a lo sumo) desde el principio de proporcionalidad. Y que a nadie se le ha ocurrido afirmar que este principio no rija a la hora de determinar las normas cuya vigencia debe asegurarse a través del Derecho penal. En suma, aquí no se niega que la persistencia en

²⁷⁴ Cfr. JAKOBS, *Norma*, p. 44: «... el funcionalismo jurídico-penal está en perfectas condiciones para distinguir entre normas funcionales y normas intervencionistas»; asimismo, en p. 49, sobre la ilegitimidad de determinados delitos de peligro abstracto.

²⁷⁵ A la recíproca, LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlagen einer funktionalen Revision*, Köln, etc., 1999, pp. 182-183, nota 45, interpreta que la causa del crecimiento desaforado del Derecho penal que se manifiesta en las sucesivas leyes de lucha contra determinados fenómenos delictivos (*Kampfgesetze*) se halla precisamente en la disolución, propia de las teorías preventivas clásicas, de la diferencia entre Derecho policial y Derecho penal, así como en la instrumentalización del Derecho penal para obtener genuinos fines de Derecho policial.

²⁷⁶ Pues, una vez creado un precepto penal, en general ha costado poco definir cuál es el bien jurídico protegido por la misma. La expeditiva labor de la doctrina española respecto a los nuevos tipos del Código penal de 1995 constituye un ejemplo especialmente próximo al respecto...

la afirmación de que el Derecho penal debe proteger exclusivamente bienes jurídicos puede manifestar una cierta actitud de los autores ²⁷⁷ proclive a la permanente revisión de los presupuestos de la ampliación del círculo de objetos de protección del Derecho penal. Pero sí se insiste en que no cabe asignar a la idea de bien jurídico una trascendencia que, desde luego, no alcanza el concepto tal como se ha producido su desarrollo histórico ²⁷⁸ y tal como es su configuración actual.

3. En realidad, la propuesta que asigna al Derecho penal la función de estabilización de la vigencia de las normas esenciales no incide tanto en el «alcance» de aquél, como en el modo de entender la misión (el modo de operar) del mismo en el ámbito que previamente se defina como el suyo propio ²⁷⁹. Así, la referida doctrina no obliga siquiera necesariamente a prescindir de la idea del bien jurídico entendido como teoría del contenido (de la legitimación) material de las normas cuya infracción requiere la imposición de una pena ²⁸⁰. Es cierto que impone una perspectiva relativista, pues hace depender el contenido de esas normas de la configuración concreta de la sociedad de que se trate y, por tanto, excluye la introducción de criterios con validez universal

²⁷⁷ Pero poco más que una actitud.

²⁷⁸ Sobre la relatividad del mismo, TIEDEMANN, *Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie in der Bundesrepublik Deutschland*, «JZ», 1980, p. 489 ss., 490: «... que los bienes jurídicos sólo son valores relativos, concretamente dependientes del respectivo sistema de dominación (unidades funcionales) y que, consiguientemente, los efectos disfuncionales (socialmente dañosos) son diversos en función del sistema global respectivo, no sólo se ha convertido en un conocimiento de la dogmática penal, sino que también para el enjuiciamiento del merecimiento y necesidad de pena del comportamiento humano, esto es, para la política jurídico-penal y la reforma del Derecho penal, alcanza un significado directamente fundamental».

²⁷⁹ Un ámbito cuya determinación es, como el propio JAKOBS reconoce, derivada de la adopción de un determinado punto de partida político: cfr. últimamente, JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* (trad. Cancio Meliá), en JAKOBS/CANCIO, «El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho penal», Lima, 2000, pp. 43 y ss., 56.

²⁸⁰ Aunque en el planteamiento de JAKOBS, ello sea cierto sólo para una parte de las normas penales. Cfr. la convincente exposición y matizada crítica de PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, en JAKOBS, «Estudios de Derecho penal» (trad. Peñaranda/Suárez/Cancio), Madrid, 1997, pp. 36-39.

y atemporal ²⁸¹ (que, por otro lado, tampoco está en condiciones de aportar la doctrina del bien jurídico) ²⁸². Pero, sentado lo anterior, en la medida en que señala que la determinación de las normas protegibles —y la concreción de los procesos de criminalización— es de competencia exclusiva de la política jurídica, no puede atribuírsele una orientación consustancialmente «reaccionaria», ni «estática», ni «conservadora» ²⁸³.

4. A la perspectiva anterior no puede objetársele, en efecto, la carencia de fuerza crítica, fuerza crítica que —como antes se indicaba— tampoco ha caracterizado especialmente, en la práctica, al concepto de bien jurídico. En efecto, la misma parte de que al Derecho penal no le compete —ni tampoco posee la fuerza para ello— transformar los principios de organización de la sociedad; por eso se rechaza muy mayoritariamente la denominada *función promocional* del mismo. Más bien, sucede que el Derecho penal refleja el orden social, de modo que su legitimación deriva de la legitimidad de las normas cuya vigencia asegura. Otro Derecho penal distinto, necesariamente disfuncional, sencillamente no sería viable. Lo que sí es posible y deseable es que, dentro del marco de lo que no resulte disfuncional al sistema (marco cuyo abandono sería, por lo demás, el germen de la desaparición del modelo jurídico-penal existente y su sustitución por otro funcional al sistema social), desde el Derecho penal se introduzcan los máximos elementos de racionalidad ²⁸⁴. Ello

²⁸¹ Un punto éste en el que sí sería plausible dirigir una crítica a tal modelo, en la medida en que no reconoce criterio de legitimidad/ilegitimidad alguno trascendente al sistema de que se trate, ni siquiera a partir de los derechos fundamentales de la persona.

²⁸² MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt, 1994, pp. 145-146: «La configuración de la sanción, su severidad así como, en general, la necesidad de tener que reaccionar con una pena y no permitir el recurso a otros mecanismos de procesamiento, deben determinarse a partir de la concreta configuración de la sociedad, esto es, "sie sind Produkt der normativen Verständigung" in einer konkreten Gesellschaft und damit abhängig von der normativen Kriterien der Identität dieser Gesellschaft.»

²⁸³ A lo que cabría añadir que, en un momento en que lo *dinámico* es la expansión de la legislación penal y la motorización de los procesos de criminalización, probablemente el mantenimiento del orden punitivo preexistente sea la mejor de las opciones.

²⁸⁴ Creo que se mueven en una línea próxima PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, en JAKOBS, *Estudios*, pp. 37 y ss.

conducirá no sólo a la deslegitimación de las normas contenidas en el ordenamiento jurídico-penal positivo que no respondan, ya por defecto, ya por exceso, a las necesidades que surgen de la autocomprensión social ²⁸⁵, sino, más aún, a la discusión acerca de la mayor o menor legitimación de unas opciones normativas frente a otras, todas ellas incluidas en el marco de lo «no disfuncional». Un extremo éste sobre el que, según entiendo, sí es cierto que desde el funcionalismo no se ha profundizado todo lo que sería preciso.

5. Sentado todo lo anterior, debe añadirse que, a mi entender, la adopción de la teoría que cifra en la protección de la vigencia de las normas la función del Derecho penal no dispensa del esfuerzo en pro de una legitimación material de la protección, asociada a consecuencias jurídico-penales, de dichas normas. Pero, en este punto, los problemas que afectan a la propuesta de JAKOBS lo hacen en medida no muy distinta a aquella en que inciden sobre la teoría dominante acerca del bien jurídico como objeto de protección del Derecho penal. Tales problemas son, en primer lugar, la indefinición del criterio en virtud del cual se determina que ciertas normas pertenecen al *núcleo de la identidad normativa* de la sociedad (esto es, en la otra terminología, la indefinición acerca de cuáles sean los bienes precisamente *jurídico-penales*). En segundo lugar, la indeterminación de los elementos que han de concurrir en una conducta dada para *desestabilizar* tales normas (esto es, la inconcreción de la teoría de la protección *fragmentaria*). Y, en tercer lugar, la ausencia de un criterio claro acerca de por qué hay que responder frente a tal desestabilización (lesión) precisamente con una *pena concreta* (que, asimismo, afecta por igual a ambas propuestas).

6. Desde la perspectiva del delito como lesión de la vigencia de la norma, la búsqueda de los criterios nucleares de identidad de la sociedad que se plasmarían en las expectativas normativas esenciales, así como de los criterios de su tangibilidad mediante conductas concretas, acaba proyectándose sobre la

²⁸⁵ MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt, 1994, p. 167: «Die materielle Legitimation von Straftatbeständen bedeutet eine Aktualisierung der Identitätskriterien der konkreten Gesellschaft.»

Constitución política del sistema social de que se trate ²⁸⁶. Ello es materialmente satisfactorio y, además, concuerda con el dato formal-práctico de que, en los sistemas del constitucionalismo moderno, sólo pueden impugnarse preceptos penales cuando resultan inconstitucionales por defecto o por exceso ²⁸⁷. Si no se da ni lo uno ni lo otro, nos hallamos en el marco de la política criminal defendible, más o menos plausible, pero en todo caso no radicalmente impugnable. Que esto no sea demasiado preciso o que no ofrezca argumentos concretos sobre cuáles son las expectativas normativas que deben ser aseguradas recurriendo a la pena y no mediante otros medios ²⁸⁸, no es, en realidad, un *déficit* específico de esta propuesta, sino que, de nuevo, podría atribuirse a todas las teorías de la incriminación distintas de una radicalmente personalista del bien jurídico, que sólo permitiera la protección penal (al menos con penas privativas de libertad) de los bienes *personales* esenciales, y de una concepción de la ofensividad estrechamente ligada al «*harm principle*».

7. Así las cosas, parece que la objeción fundamental que cabría dirigir a JAKOBS se centra en que, ante una determinada norma cuya vigencia se protege en una ley penal, su propuesta dispensa del esfuerzo de búsqueda de un *bien* (realidad valorada positivamente) jurídico-penal que la respalde; o que su modelo facilita la afirmación de que una determinada conducta ha pue-

²⁸⁶ MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 167: «La cuestión acerca de la legitimación de determinadas normas jurídico-penales se refiere a los principios constitucionales como criterios normativos jurificables de la identidad de una concreta sociedad, sean éstos principios simplemente postulados o ya institucionalizados.» Conviene indicar que esto no significa la adopción de la teoría del «anclaje constitucional de los bienes jurídicos» (BRICOLA), que ya ha sido superada por su propia vaguedad o incapacidad explicativa; en efecto, junto al catálogo de derechos fundamentales, serían determinantes en este punto los criterios organizativos esenciales.

²⁸⁷ Por eso no estoy de acuerdo con la conclusión de MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 205, de que la función del bien jurídico en la concepción expresada es exclusivamente dogmática y no crítica, político-criminal. Es cierto que MÜSSIG parece utilizar el término *dogmática* en el sentido de *interna al sistema jurídico* y, por tanto, ello valdría para una teoría constitucional. Pero tal terminología no concuerda con la comprensión usual de la cuestión entre nosotros. No en vano, una de las más relevantes teorías críticas del bien jurídico ha sido la de orientación constitucionalista.

²⁸⁸ Y por qué.

to en cuestión la norma, frente a lo que sería necesario constatar para afirmar la lesión o puesta en peligro relevante del correspondiente bien. Pero ni lo uno ni lo otro parece suficiente para una atribución de corresponsabilidad en la expansión del Derecho penal. Es cierto que la determinación de lo que pertenece al núcleo de la identidad normativa de una determinada sociedad no es evidente sin más ²⁸⁹: aquí cabe, pues, incluso en el marco de perspectivas funcionalistas, un debate jurídico-político, no en último lugar porque la identidad normativa de una sociedad ni es estática ni pacífica ni única, sino dinámica, enfrentada y plural. De modo que surgirá siempre el debate acerca de si la respuesta elegida por el legislador —la del Derecho penal— como medio de estabilización de una determinada norma es correcta o no. Por otro lado, tampoco es evidente que una conducta dada desestabilice la norma en cuestión, haciéndose acreedora de una pena: aquí la discusión habría de abarcar, por ejemplo, casos como los de tentativa inidónea (en sus diversas variantes), las infracciones de muy escasa entidad (así, los casos de bagatela en los delitos patrimoniales) o los ilícitos de acumulación o repetición ²⁹⁰. En fin, resulta asimismo cuestionable que sólo una concreta opción punitiva —la precisamente elegida por el legislador— cumpla la función de esa estabilización pretendida; si la identidad normativa es dinámica, plural y enfrentada, se plantearán inmediatamente opciones alternativas de tipificación y sanción penal. Con lo anterior quiere decirse, por tanto, que la discusión político-criminal sobre lo que pertenece al núcleo de la identidad normativa de una determinada sociedad (en cambio permanente), la discu-

²⁸⁹ Por cierto que la falta de un estudio profundo sobre los elementos de la identidad normativa de la sociedad y, en concreto, de lo que es nuclear en la misma y lo que no lo es, me parece un importante déficit que, hasta la fecha, sigue lastrando la teoría del Derecho penal de JAKOBS.

²⁹⁰ En relación con este punto, podría parecer que, dada una determinada conducta, resulta más fácil sostener que la misma pone en cuestión la vigencia de la norma (que afecta a la confianza de la población en la misma como criterio de orientación vinculante), que afirmar que la misma lesiona o pone en peligro un bien jurídico. En otras palabras, podría pensarse que, si la referencia es la vigencia de la norma, hechos con menos consistencia objetiva o menor entidad cuantitativa pueden estimarse desestabilizadores cuando, desde la perspectiva del bien jurídico, cabría negar su «ofensividad» (lesividad o peligrosidad). Sin embargo, la realidad es que la teoría de la protección fragmentaria de bienes jurídicos no ha sido, en este punto, tampoco especialmente «crítica».

sión acerca de los presupuestos de la desestabilización de dicho núcleo, así como sobre lo necesario para la estabilización de las normas que lo integran, se halla absolutamente abierta. Quizá se halle entonces en el «debe» de JAKOBS el rechazo de cualquier criterio complementario del de la «funcionalidad» (y que sería operativo en el marco de lo «no disfuncional») como rector del debate sobre la legitimación de las normas y de las reacciones a su desestabilización. Pero esto tiene una entidad relativamente escasa para esa atribución de «*responsabilidad científica*» que ha venido siendo un lugar común. Por lo demás, significativamente, las posiciones concretas de JAKOBS en cuanto al alcance del Derecho penal, de los delitos y de las reacciones frente a éstos no resultan sustancialmente distintas de las de otros autores que permanecen vinculados a una visión clásica del delito como «lesión de un bien jurídico»²⁹¹. Incluso resultan menos extensivas en algunos puntos.

8. Así, en última instancia, esta perspectiva debería discutirse ante todo desde la óptica de una concepción universalista-ontológica acerca del bien jurídico-penal y de aquello que, por el contrario, de ningún modo podría constituir objeto de protección penal. Ésta es, en todo caso, la crítica que, junto con las matizaciones anteriores, aquí se suscribe²⁹². Pero parece claro que, al menos en el marco de los procesos actuales de criminalización en occidente, la discusión se encuentra de momento en un ámbito de disposición estrictamente normativo que no se ve afectado por tales conceptos-límite. En cualquier caso, lo anterior debe haber permitido constatar que la percepción crítica del proceso de expansión del Derecho penal no resulta en absoluto incompatible con la defensa de un modelo funcional del Derecho penal. Muy al contrario, a las consideraciones efectuadas debe añadirse, para concluir, que dicho modelo abre la puerta a consideraciones críticas sobre la posibilidad de una disfuncionalidad por exceso de punición que no son, desde luego, menospreciables.

²⁹¹ Esto es así porque la teoría moderna de la afectación de un bien jurídico se ha distanciado radicalmente del modelo liberal asociado al «*harm principle*» (principio del daño).

²⁹² Pero la misma incide más bien sobre la creciente desprotección jurídico-penal de los derechos fundamentales de la persona, cuyo concepto sufre una reelaboración asentada exclusivamente sobre los intereses de la economía.

6. CAMBIOS DE PERSPECTIVA: LA «ADMINISTRATIVIZACIÓN» DEL DERECHO PENAL ²⁹³

6.1. Introducción

1. El conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos reseñados en los apartados anteriores está teniendo en el Derecho penal un cúmulo de efectos, que configuran lo que hemos dado en llamar «expansión». A algunas de las manifestaciones de la «expansión» ya se ha hecho alusión ejemplificativa más arriba: así, a la flexibilización de los principios político-criminales o de las reglas de imputación. En otras manifestaciones, en particular las relativas al incremento y ampliación de las sanciones, no nos detendremos aquí especialmente ²⁹⁴.

2. Como es sabido, sin embargo, la modificación de la propia estructura y del contenido material de los tipos penales es la primera expresión de ello. Así, la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo «delito de lesión de bienes individuales» al modelo «delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales», pasando por todas las modalidades intermedias ²⁹⁵. Los legislado-

²⁹³ Cfr. PALAZZO, *Legislazione penale*, en BONGIOVANNI/TRANFAGLIA (ed.), «Dizionario storico dell'Italia unita», Roma/Bari, 1996, p. 30.

²⁹⁴ Pese a que es innegable que la evolución histórica del Derecho penal se define por una progresiva disminución del rigor de las sanciones que impone, en la sociedad de la inseguridad se observa, de modo quizá pasajero, pero en todo caso claramente perceptible, una orientación hacia el incremento de las sanciones y, asimismo, a su ejecución rigurosa. La misma inseguridad determina, aparentemente, el definitivo abandono de tesis resocializadoras y la primacía de los aspectos de prevención especial negativa, esto es, de intimidación individual e incoincubación. Todo ello, en un contexto defensivo, expresión del claro asentamiento de políticas de «ley y orden».

²⁹⁵ Sobre la evolución, con un juicio positivo, SCHÜNEMANN, *Consideracio-*

res, por razones como las expuestas, han promulgado y promulgan numerosas nuevas leyes penales y las respectivas *rationes legis*, que obviamente no dejan de guardar relación —al menos indirecta— con el *contexto* o con las condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales más clásicos, son ascendidas de modo inmediato a la condición de bienes penalmente protegibles (dado que están protegidos). Así, junto a los delitos clásicos, aparecen otros muchos, en el ámbito socio-económico de modo singular, que en poco recuerdan a aquéllos. En este punto, la doctrina tradicional del bien jurídico pone de relieve —según se señalaba más arriba— cómo, a diferencia de lo sucedido en los procesos de despenalización de los años sesenta y setenta, su capacidad crítica en el marco de procesos de criminalización como los que caracterizan el presente —y seguramente el futuro— resulta sumamente débil ²⁹⁶.

3. La protección penal del medio ambiente es uno de los ejemplos más claros de esta tendencia. En efecto, probablemente pocos negarán que la salvaguarda del medio ambiente debe constituir uno de los principios organizativos fundamentales de nuestra civilización, si no el básico ²⁹⁷. Ciertamente, el medio ambiente constituye el «contexto» por antonomasia de bienes personales del máximo valor. Por tanto, el Ordenamiento Jurídico en su conjunto tiene ante sí un reto esencial, en la línea de garantizar lo que algunos caracterizan como «desarrollo sostenible». Sin embargo, resulta temerario situar al Derecho penal en la vanguardia de la «gestión» del problema ecológico en su globalidad ²⁹⁸. Ello, aunque se reitere, por algunos, la necesaria con-

nes críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana (trad. Cancio Meliá), Bogotá, 1996, pp. 28 y ss.

²⁹⁶ Es muy clara la caracterización de MOCCIA, *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales* (trad. Ragués), en SILVA SÁNCHEZ (ed.), «Política criminal y nuevo Derecho penal», Barcelona, 1997, pp. 113 y ss.

²⁹⁷ Según la frase de Al Gore, citado por Ulrich BECK, *Die Erfindung des Politischen*, Frankfurt, 1993, pp. 144-145: «Menschheitsprojekt der Rettung der Umwelt».

²⁹⁸ Como pone de relieve SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, München, 1994, pp. 200 y ss., es discutible que una ética y un Derecho orientados a la idea de libertad y autonomía sean capaces de garantizar los intereses ecológicos de las generaciones presentes y futuras. Y sin embargo, no puede por menos de reco-

textualización del medio ambiente, esto es, la idea de que el medio ambiente no se puede proteger penalmente por sí mismo, sino sólo en tanto que condición necesaria para el desarrollo de la vida humana ²⁹⁹. Pues al final ha devenido mayoritaria la tesis de que en éste, como otros bienes supraindividuales, la referencia a los intereses individuales que se ven contextualizados por aquéllos es mera *ratio legis* no sujeta a comprobación en el caso concreto al aplicar el tipo. En otras palabras, lo protegido es sencillamente el contexto ³⁰⁰, con lo que se asienta progresivamente la tendencia a provocar la intervención del Derecho penal tan pronto como se afecta un cierto ecosistema en términos que superan los *standards* administrativos establecidos.

4. En efecto, esta orientación a la protección de *contextos* cada vez más genéricos (en el espacio y en el tiempo) del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, lleva al Derecho penal a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente contempladas, son, por el contrario, de «intensidad baja». Con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal, que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha «administrativizado» ³⁰¹. Veamos qué se quiere indicar con tal expresión.

nocer que en el caso del Derecho penal la fundamentación en la responsabilidad individual es inevitable.

²⁹⁹ El bien jurídico medio ambiente se entiende, así, como el conjunto de fundamentos naturales elementales de la vida del hombre: STEINDORF, en JESCHECK/RUSS/WILLMS (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10.^a ed., tomo 7.º, Berlin/New York, 1988, núm. marg. 9, previo al parágrafo 324. Como sostiene Arth KAUFMANN, *Gibt es Rechte der Natur?*, en «Festschrift für G. Spindel zum 70. Geburtstag», Berlin-New York, 1992, pp. 59 y ss., 72-73, el tema no es de derechos de la naturaleza, sino de deberes de los hombres frente a ella, «*um Sorge des menschen um die Natur, das heißt die Sorge um sich selbst, die Sorge um die Menschen, die nach uns kommen werden...*».

³⁰⁰ La tendencia a «establecer ámbitos de protección que se configuran como *entornos* del que originariamente justifica la regulación jurídica de que se trata» en la legislación administrativa sectorial la subraya ESTEVE PARDO, *Técnica, Riesgo y Derecho*, p. 78 (la cursiva es mía).

³⁰¹ Alude críticamente a la «administrativización» del Derecho penal MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del «Ius puniendi»*, en «Es-

5. Como es sabido, las tesis clásicas (o del *aliud*) distinguían entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuyendo al primero el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro³⁰². Posteriormente, sin embargo, fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante la tesis de la diferenciación meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual lo característico de este último es un menor contenido de injusto.

Como resumen de este punto de vista puede citarse a WELZEL³⁰³, cuando señala:

«A partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyen-

studios penales y criminológicos», XIV, Santiago de Compostela, 1991, pp. 203 y ss., 213, como expresión de una primacía excesiva de las perspectivas de orden colectivo por encima de la grave afectación individual. Ya en MIR PUIG, *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Homenaje al Prof. Sainz Cantero», 12, 1987, tomo I, pp. 243 y ss., 248-249, reivindicando una diferencia cualitativa para la regulación penal que la distancie del intervencionismo estatal que se expresa en la legislación administrativa. Ambos trabajos se contienen en MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 151 y ss., 159 y ss.

³⁰² Así, GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, 1902, pp. 539 y ss., 548, 576, para quien al Derecho penal le compete la protección de bienes individuales, mientras que a la Administración le corresponde asegurar bienes colectivos, el bienestar colectivo; Erik WOLF, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, «Festschrift für R. v. Frank zum 70. Geburtstag», tomo II, Tübingen, 1930, pp. 516 y ss., 525, 565; también Eberhard SCHMIDT, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, 1950, pp. 20 y ss. Actualmente, por ejemplo, KINDHÄUSER, *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico*, en «Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann», Madrid, 1995, pp. 441 y ss., 442, donde alude a la idea de reproche, así como a la pena, en tanto que expresión de un fracaso personal, como criterios de diferenciación.

³⁰³ WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, «JZ», 1956, pp. 238 y ss., 240. Cfr. en nuestra jurisprudencia reciente la STS, 3.ª, secc. 5.ª, de 9 de abril de 1996 (La Ley 6926): «La teoría general del ilícito, como supraconcepto comprensivo tanto del penal como del administrativo, establece que la potestad sancionadora de la Administración ha de ejercitarse ajustándose a los principios esenciales inspiradores del orden penal, ya que dicha potestad tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción administrativa y pena.»

do, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas (Ordnungswidrigkeiten) están (...) vinculadas con ella.»

6. La perspectiva que se centra sólo en el injusto y su conformación para distinguir el ámbito de lo penal y lo administrativo es, a mi juicio, errónea. Por eso era errónea la teoría clásica de base ética. Pero también resulta incompleta la moderna teoría de la diferenciación (meramente) cuantitativa. En efecto, lo decisivo de la referida diferenciación no es (sólo) la configuración del injusto, sino los criterios desde los que se contempla, los criterios de imputación de ese injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanciones al mismo. A este respecto, es evidente que el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, como lo es la imposibilidad de que la Administración imponga sanciones privativas de libertad. Tales garantías especiales, que rodean lo penal y que tienen que ver con la repercusión comunicativo-simbólica de la afirmación de que concurre una «infracción penal», más bien abonan la idea de que procede introducir una perspectiva de diferenciación cualitativa que ha de tener reflejo, ante todo, en la forma de entender la lesividad de una y otra clase de infracciones y en los criterios utilizados para su imputación.

7. Como se verá, lo decisivo aquí vuelve a ser el criterio teleológico: la finalidad que persiguen, respectivamente, el Derecho penal y el administrativo sancionador. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad).

8. Por este motivo, quizá proceda, en suma, introducir algún género de diferenciación cualitativa entre Derecho penal y

Derecho administrativo sancionador³⁰⁴. Como se ha indicado, el Derecho administrativo sancionador es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración. Así, cabría afirmar que es el Derecho sancionador de conductas perturbadoras de modelos sectoriales de gestión. Su interés reside en la globalidad del modelo, en el sector en su integridad, y por eso tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales. No se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las «grandes cifras»; el «problema estructural» o «sistémico»)³⁰⁵.

9. Precisamente por ser ésta su perspectiva propia, el Derecho administrativo sancionador no precisa, para sancionar, que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello *tampoco es necesario un análisis de lesividad* en el caso concreto. Del mismo modo, tampoco parece haber reparos para aceptar que el Derecho administrativo sancionador no se rija por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino por *puros criterios de oportunidad*. Lo que es necesario, más bien, es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado.

10. En esta medida, el Derecho administrativo sancionador es esencialmente el Derecho del *daño acumulativo* o, también, del daño derivado de la *repetición*, que exige de una valoración del

³⁰⁴ En una línea próxima se ha manifestado TORÍO LÓPEZ, *Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)*, en «Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría», tomo III, Madrid, 1991, pp. 2529 y ss., 2536: las diferencias entre injusto penal y administrativo no son ópticas, ni tampoco meramente cuantitativas: son histórico-culturales, esto es, valorativas.

³⁰⁵ Seguramente, se mueve en una línea próxima la construcción de E. A. WOLFF, *Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen*, en HASSEMER (Hrsg.), «Strafrechtspolital», Frankfurt, 1987, pp. 137 y ss., 157, 218: «*bei den Ordnungswidrigkeiten geht es nicht mehr um das Verhältnis des Einen zum Anderen in ihren Beziehungen zur bürgerlichen Gesellschaft, sondern es geht um das Verhältnis zur staatlich verbundenen Gemeinschaft*». Cfr. asimismo KÖHLER, *Strafrecht AT*, Berlin, 1997, pp. 30 y ss.

hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estimara lícito. En otras palabras, la pregunta clave es

«¿qué pasaría si todos los intervinientes en este sector de actividad realizaran la conducta X cuando existe, además, una seria probabilidad de que muchos de ellos lo hagan, de ser estimada lícita?».

Naturalmente, tal pregunta (puramente genérica, estadística) adquiere todo su sentido desde perspectivas de gestión de un determinado sector, sea éste el del tráfico rodado, el de la posesión de armas de fuego o el de la evacuación de los residuos. Pero es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho penal, una sanción *ex iniuria tertii*. No hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta: ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente, constatable en la conducta en virtud de un juicio *ex ante* ³⁰⁶. Simplemente, peligro presunto, peligro estadístico o —todavía mejor— peligro global ³⁰⁷.

11. Esta diferencia es sustancial, y explica, en primer lugar, que la tipificación de infracciones administrativas, aunque pretenda ciertamente cumplir funciones de protección social —y de hecho las cumpla desde esa perspectiva global, macroeconómica o macrosocial— muchas veces sólo adquiera dicho tono material si las infracciones se contemplan en conjunto. En cambio, contempladas una a una resultan, ciertamente, formales, esto es, mu-

³⁰⁶ Por eso, TORÍO LÓPEZ, «Homenaje al Prof. García de Enterría», III, p. 2539, considera que es necesario proceder a una valoración sobre el merecimiento de pena o sólo de sanción administrativa de un determinado hecho. Para ello (p. 2541) propone recurrir al criterio (dinámico e histórico-cultural) del significado del bien jurídico, así como —lo que estimo mucho más discutible— al de la significación ético-social de la infracción.

³⁰⁷ De ahí que tenga razón TORÍO LÓPEZ, «Homenaje al Prof. García de Enterría», III, p. 2542, cuando propone la descriminalización de los delitos de peligro abstracto, en los que se hace abstracción del peligro, siendo éste un dato meramente estadístico.

chas veces ni siquiera de peligro abstracto, sino de mero peligro global, estadístico, presunto, etc.

12. Lo anterior puede ilustrarse con múltiples ejemplos:

a) El límite de la infracción administrativa en materia de tráfico rodado es de 0,5 mg de alcohol por litro de sangre, según la normativa española. Obviamente, dicho límite, o incluso uno inferior, pueden tener todo su sentido desde perspectivas globales de ordenación del sector, desde perspectivas estadísticas. Desde luego, una mayoría de personas representan un peligro para la circulación si su sangre muestra dicho contenido de alcohol. Más aún, en términos de gestión administrativa del riesgo de la circulación —reducción de las enormes cifras anuales de muertes en carretera— puede tener incluso sentido el límite absoluto de 0 mg de alcohol por litro de sangre, cuya superación conduciría a la infracción administrativa. Ahora bien, tal criterio por sí solo no es operativo en el ámbito jurídico-penal. Pues ahí no interesa el aspecto estadístico, sino si la persona cuya conducta estamos enjuiciando puso realmente en peligro bienes jurídicos o no. Y aquí la apreciación estadística puede sólo constituir una presunción *contra reo*, en la que, en principio, no se da base suficiente para la imputación.

b) Un segundo ejemplo lo podemos hallar en el ámbito tributario. Una sola defraudación tributaria, aunque sea de más de 15 millones de pesetas (caso español) —que es lo que se juzga en el ámbito penal— no pone realmente en peligro relevante el bien jurídico, ya se entienda éste en el sentido del patrimonio de la Hacienda pública, ya en el de las funciones de los tributos. Lo peligroso sería aquí el efecto sumativo. Luego entonces no es la conducta individual la lesiva, sino su acumulación y globalización. Desde perspectivas de lesividad concreta, no hay base para la intervención penal, aunque el significado global, sectorial del «género» de conductas puede justificar claramente la intervención del Derecho administrativo (y eso, a partir de una defraudación de poca entidad, que, multiplicada por el número de los contribuyentes, podría ya empezar a tener un enorme significado: así, un fraude por contribuyente de diez mil pesetas, multiplicado por unos 25 millones de contribuyentes daría la enorme cifra global de 250.000 millones de pesetas). Lo que implica que, ob-

viamente, el fraude de sólo 10.000 pesetas deba ser estimado ilícito administrativo y sancionado ³⁰⁸.

c) Un tercer ejemplo se puede advertir en el terreno medio-ambiental. Los vertidos de una empresa —de una sola— por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa no tienen por qué poner en peligro —por ellos solos— el equilibrio de los sistemas naturales. Si sólo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medio-ambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esa medida, es lógico que desde la perspectiva global del Derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría —tiene— un inadmisibles efecto lesivo. Pero, de nuevo, no resulta justificada la sanción penal de la conducta aislada que, por sí sola, no pone realmente en peligro el bien jurídico que se afirma proteger.

d) Un cuarto ejemplo, en materia de estupefacientes, podría venir dado por los casos en que la cantidad con la que se trafica no tiene, por sí misma, entidad para poner en peligro la salud pública (¡Por eso tiene sentido distinguir entre el pequeño traficante y el gran traficante!). Aquí también lo decisivo para la sanción sería la protección de un determinado modelo de gestión de la salud pública y no el desvalor de la acción aisladamente considerada.

f) En fin, cabría aludir, como quinto ejemplo, al del blanqueo de capitales como delito contra el orden económico. Pues un hecho de blanqueo que ponga, por sí solo, en peligro el orden económico ha de referirse a enormes cantidades de dinero; y ese hecho sólo lo pueden cometer los jefes de las bandas de delincuencia organizada. Ahora bien, los actos de blanqueo de menor entidad, que aisladamente no ponen en peligro el orden económico, contemplados en su conjunto sí constituyen una importan-

³⁰⁸ Obviamente, resulta ocioso indicar que, en materia tributaria, el hecho de que una lesividad relevante se derive sólo de la acumulación de acciones individuales no ha sido obstáculo para la incriminación de las defraudaciones de más de 15 millones de pesetas.

te perturbación del sistema económico. Y es esto lo que justificaría quizá su sanción administrativa; pero no su sanción penal.

Los ejemplos, como puede advertirse, podrían menudear.

13. Pues bien, puede afirmarse que es una característica del Derecho penal de las sociedades postindustriales el asumir, en amplia medida, tal forma de razonar, la de la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo³⁰⁹. Es esto lo que se quiere indicar cuando se alude al proceso de «administrativización» en que, a nuestro juicio, se halla inmerso el Derecho penal. Ello podría llevarse incluso más lejos: así, no sólo en cuanto a afirmar que el Derecho penal asume el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, sino que incluso, a partir de ahí, se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales.

14. La progresiva transformación del Derecho penal, en las modernas sociedades de comportamientos masivos, en un elemento más del Derecho de gestión es, a partir de lo anterior, bastante clara. Parece claro que, también para el Derecho penal, lo decisivo empieza a ser el problema de las grandes cifras y no la dimensión de lesividad del comportamiento individual³¹⁰.

³⁰⁹ Cfr. SEELMANN, *Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit. Zielkonflikte bei der Akzessorietät des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten*, en ORSI/SEELMANN/SCHMID/STEINWORTH (Hrsg.), «Gerechtigkeit», Frankfurt, 1993, pp. 109 y ss., 120, quien, refiriéndose a la praxis de los delitos contra el medio ambiente en Alemania, señala que «también para los tribunales parece estar claro que aquí se trata más de una dirección estatal de la economía que de una atribución individual de culpabilidad».

³¹⁰ Muy interesantes en este sentido son las apreciaciones de NAUCKE, *Konturen eines nach-präventiven Strafrecht*, «KritV», 3/1999, pp. 336 y ss., 346, sobre el delito de fuga tras un accidente de circulación (§ 142 StGB) como contribución a la mejora de la posición jurídico-civil del lesionado y, con ello, a la minoración de las consecuencias lesivas del tráfico viario peligroso que, por lo demás, se desea mantener; o del hurto en grandes almacenes, como medio de contribuir al mantenimiento del modelo de compra en autoservicio.

6.2. Más que una anécdota: el paradigma de los «Kumulationsdelikte» (o delitos de acumulación)

1. El paradigma de lo anterior es la difusión de la tesis que entiende que es posible sancionar *penalmente* una conducta individual aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta —*per se* no lesiva— se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico³¹¹. Son éstos los llamados «delitos cumulativos (o acumulativos)» (*Kumulationsdelikte, accumulative harms*), cuya relevancia penal se pretende asentar en la adopción de una perspectiva aparentemente ajena al modo de pensar del penalista: *What if everybody did it?*³¹². ¿Qué ocurriría si todos hicieran lo mismo? Pues se trata de casos en que la conducta individualmente considerada no muestra un riesgo relevante (es «*harmless*»), mientras que, por otro lado, se admite que «*general performance would be harmful*»³¹³ y que dicha realización por una pluralidad de personas no constituye simplemente una hipótesis, sino que es una realidad actual o inminente.

³¹¹ KUHLEN, *Umweltstrafrecht -auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, «ZStW», 105 (1993), pp. 697 y ss., 716: por ello es preciso considerar la contaminación de aguas como «Kumulationstatbestand», «... *der auch für sich genommen ungefährliche Einzelhandlungen deshalb erfaßt, weil ohne ein sanktionsbewehrtes Verbot derartiger Handlungen damit zu rechnen wäre, daß sie in großer Zahl vorgenommen würden und dann eine Störung geschützter Gewässerfunktionen zur Folge hätten*». Es preciso distinguir los delitos de acumulación (Kumulationsdelikte) de los casos de «causalidad cumulativa»: en efecto, en los primeros no se requiere la constatación de la efectiva acumulación de cursos causales como contribuciones al mismo daño concreto, sino que se trata de una contemplación —como se ha subrayado antes— absolutamente «global».

³¹² FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*. Volume One. «Harm to Others». Oxford. 1984. pp. 225 y ss.

³¹³ Favorable a la prohibición FEINBERG, «Harm to Others», p. 226. siempre que se constate empíricamente la disposición de una mayoría de personas a realizar tal conducta, o incluso aunque muchos se retraigan de realizarla, a pesar de tener interés en ella, por escrúpulo moral o espíritu cívico. También lo acepta en principio ASHWORTH, *Principles*, 2.ª ed., p. 53.

2. Esta concepción, relativamente conocida en las diversas culturas jurídicas, ha sido desarrollada últimamente por Lothar KUHLEN, cuya fundamentación, más allá del concreto tipo penal del Código alemán sobre el que se proyecta, merece consideración. En efecto, este autor parte, en su análisis del § 324 StGB (delito de contaminación de aguas, *Gewässerverunreinigung*), de que hay que subsumir en el tipo determinados actos concretos, aunque éstos, contemplados en sí mismos, no pongan en peligro ni siquiera abstracto el bien jurídico protegido³¹⁴. En la medida en que la *acumulación* de tales actos concretos sí tiene capacidad de producir consecuencias lesivas, entiende que debe sostenerse no sólo su tipicidad formal, sino la propia tipicidad material. En cualquier caso, es importante, para la exacta comprensión de su punto de vista, poner de relieve que, en la concepción de KUHLEN —tal como manifiesta en su réplica a las críticas dirigidas a su opinión— la *acumulación* no aparece como un elemento hipotético de los «*Kumulationsdelikte*», sino que es un elemento real (esto es, se cuenta de antemano con la realización actual o inminente de hechos similares por una múltiple pluralidad de sujetos)³¹⁵.

3. Las objeciones fundamentales dirigidas contra el planteamiento son seguramente conocidas: por un lado, que se vulnera el principio de *culpabilidad*, al fundamentarse la sanción *ex iniuria tertii*; por otro lado, que se trata en estos casos de «grandes riesgos», los cuales no pueden contemplarse como problemas de un actuar individual, sino sólo como problemas sistémicos, que no cabe reconducir equitativamente a acciones de personas. En

³¹⁴ KUHLEN, «ZStW», 105 (1993), p. 715: «*Daß etwa die Einleitung von Haushaltabwässern in einen Fluß dessen Funktion als Lebensgrundlage für Menschen, Tiere oder Pflanzen beeinträchtigen könnte, ist praktisch ausgeschlossen; die Handlung ist also nicht einmal generell oder abstrakt geeignet, eine Störung von Gewässerfunktionen herbeizuführen.*»

³¹⁵ KUHLEN, «ZStW», 105 (1993), p. 716 nota 91. Cfr. ya KUHLEN, *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung* (§ 324 StGB), «GA», 1986, pp. 389 y ss., 399: «*Ein Kumulationstatbestand fordert nicht, daß eine einzelne Handlung zu einer Verletzung oder Gefährdung führt, sondern nur, daß die Einzelhandlung zu einer Art von Handlungen gehört, die, wenn sie in großer Zahl vorgenommen würden, eine Verletzung oder Gefährdung herbeiführen würden*»; «*Erst wenn derartige Einzelhandlungen in großer Zahl vorgenommen werden, entsteht eine ökologische Gefährdung*».

definitiva, que no hay una lesión (o peligro) para el bien jurídico atribuible personalmente a la conducta del sujeto concreto, con lo que la sanción penal vulneraría el principio de proporcionalidad³¹⁶. En fin, que de nuevo parece advertirse una fijación del Derecho penal con los ilícitos de menor entidad, mientras que los ilícitos concretos de naturaleza auténticamente criminal por su mayor entidad escapan a su acción.

5. La réplica de KUHLEN a tales objeciones es evasiva, aunque contundente: se trata de «*realizar una contribución a la solución de grandes problemas mediante la prohibición bajo amenaza de sanción de acciones, que más bien prestan pequeñas contribuciones a la constitución de estos problemas*»³¹⁷. Como puede advertirse, la frase resulta ciertamente afortunada. Sólo que de ella en absoluto puede desprenderse que la *contribución* le deba corresponder como regla al Derecho penal, salvo en aquellos casos en que la conducta aisladamente contemplada constituya ya, de por sí, un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico de que se trate. Expresado de otro modo, los problemas de las «*grandes cifras*» raramente pueden ser estimados problemas para los que la protección penal sea adecuada. Este extremo es visto de otro modo por KUHLEN, para quien los problemas medio-ambientales se mostrarán en el futuro precisamente ante todo como problemas de grandes cifras, derivados de la industrialización y el crecimiento de la población. De ahí que estime que el Derecho penal, introduciendo costes que superen los beneficios de la acción individual, puede ser un instrumento *adecuado y necesario*³¹⁸. En cuanto a la *proporcionalidad* del recurso a tal mecanismo, el problema no le merece especial discusión, a la vista de la trascendencia extraordinaria que le corresponde al mantenimiento de nuestras condiciones naturales

³¹⁶ Crítico, desde la perspectiva del concepto personal de bien jurídico, HASSEMER, en NEUMANN/SCHILD (Gesamtred.), *Nomos Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995, núm. marg. 280, previo al § 1. Detalladamente, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, pp. 141 y ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, pp. 249, 366, 371; también KINDHÄUSER, *LH-Tiedemann*, p. 446, indicando que vulnera el principio de culpabilidad fundar la lesividad de un hecho partiendo de que una masiva realización del mismo impediría el funcionamiento del sistema (se sirve del ejemplo de la estafa de crédito).

³¹⁷ KUHLEN, «ZStW», 105 (1993), p. 720.

³¹⁸ KUHLEN, «GA», 1986, pp. 402-403.

de vida ³¹⁹. Sin embargo —de nuevo— ésa no es la cuestión: los términos de comparación en el juicio de proporcionalidad son la pena que se impone y el contenido de riesgo propio de la conducta (obvio es decirlo: aisladamente considerada) de quien recibe esa pena. Pues la pena no se «distribuye» entre el conjunto de aportaciones individuales, sino que se asigna precisamente a cada sujeto por separado ³²⁰.

6. Por todo ello, ninguna de las manifestaciones efectuadas desvirtúa, a mi entender, las objeciones que a tal planteamiento (que, por lo demás, tiene una clara vocación de generalización a todos los sectores del nuevo Derecho penal) se le han dirigido —al menos a la vista del modelo clásico de imputación jurídico-penal—. Como tampoco las puede desvirtuar una pretendida equiparación de los delitos de acumulación con la estructura dog-

³¹⁹ KUHLEN, «GA», 1986, p. 404, nota 71: sentada la necesidad y la adecuación, «das dritte Element des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die Proportionalität oder Verhältnismässigkeit im engeren Sinn, wirkt angesichts der überragenden Bedeutung, die man dem Schutz unserer natürlichen Lebensgrundlagen zusprechen muß (...) keine Schwierigkeiten auf». Cfr. también BOTTKE, *Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas*, en «LH-Tiedemann», pp. 637 y ss., 641, 645-646, indicando que es cierto que una estafa de crédito o de inversión aislada no lesiona ni pone en peligro el sistema crediticio, pero que «el hecho de que un único comportamiento (...) no paralice todavía las condiciones de funcionamiento o el subsistema de la economía de mercado» no se opone a la criminalización del mismo. A su juicio, también aquí —en el ámbito de la economía financiera— bastaría con el argumento de la generalidad o de la masificación.

³²⁰ Lo anterior no pretende afirmar que la acumulación carezca de sentido alguno para el Derecho penal. Es cierto que en estos casos cabe tener en cuenta el hecho de que las aportaciones, irrelevantes por separado, pueden ser en su conjunto relevantemente lesivas. Pero en ningún caso puede eludirse aquí la confrontación con el principio de proporcionalidad. Así, la magnitud del problema global no puede nunca justificar la imposición de una pena grave a sujetos individuales, cuando las aportaciones de éstos son, por separado, nimias. El sector del ordenamiento que, por sus características, mejor se adapta a casos de esta configuración, es el Derecho administrativo. Si se pretende que el Derecho penal mantenga, por razones comunicativas, esa función que ya ha asumido y que en puridad no le corresponde, debe tenerse claro que no cabe integrarla en el Derecho penal nuclear de la pena privativa de libertad, sino, en todo caso, en un Derecho penal de frontera, que al admitir hechos de esas características se mostraría como ampliamente flexibilizado, y que no podría imponer penas de prisión. Sobre esto *vid. infra*.

mática de la *autoría accesoria*. En efecto, según esta perspectiva, el que realiza una conducta a sabiendas de que ésta, acumulada a otras, resulta peligrosa respondería del mismo modo en que lo hace un autor accesorio. Sin embargo, dejando aparte el hecho de que la estructura de la autoría accesoria no está en absoluto exenta de dificultades dogmáticas³²¹, creo posible sostener que existen diferencias sustanciales entre una y otra. Por mencionar sólo una, en los casos de autoría accesoria estamos ante un único hecho, que se proyecta sobre un determinado objeto de la acción. En los casos de delitos de acumulación, en cambio, no se puede hablar de un único hecho sobre el que se proyectan varias aportaciones, sino de una pluralidad de hechos que constituyen un fenómeno global. La dispersión en el espacio y en el tiempo de las conductas integradas en la relación de acumulación impide hablar razonablemente de un único hecho y de un único riesgo al que se habría contribuido. Así, en los casos de acumulación nos hallamos ante una especie de autoría accesoria universal de un hecho global y permanente... imposible de abarcar como tal en los límites de un proceso penal. Lo decisivo en ellos es el fenómeno del comportamiento masivo, que no tiene que ver con la autoría accesoria.

7. En este orden de cosas, no resulta irrelevante que uno de los principales difusores en los últimos tiempos de la categoría de los *Kumulationsdelikte* acabe reconociendo significativamente que *de lege ferenda* sería conveniente que determinadas modalidades de contaminación de aguas del § 324 StGB —el tipo fundamentalmente estudiado por él como manifestación del principio acumulativo— se contemplaran como infracciones administrativas (así, la «*Einleitung der Haushaltabwässer*») ³²². Pero debe subrayarse que, en el momento actual, los Códigos y leyes penales de todos los países están plagados de delitos regi-

³²¹ En concreto resulta cuestionable la calificación de la autoría accesoria como autoría del hecho, pese a que, al no darse los presupuestos de la imputación recíproca propia de la coautoría, es imposible atribuir a un autor accesorio la conducta de otro.

³²² KUHLEN, «GA», 1986, p. 408: «*Die de lege ferenda praktisch vordringlichste Frage lautet, ob es nicht dem Unrechtsgehalt bloßer Kumulationsbeiträge zur Gewässerverschmutzung angemessener wäre, derartige Beiträge zu Ordnungswidrigkeiten herabzustufen.*»

dos por la lógica de la acumulación ³²³. Ahora bien, ésta, que constituye seguramente un desarrollo coherente del proceso expansivo del Derecho penal, desde luego no puede admitirse si de lo que se trata es de imponer penas privativas de libertad ³²⁴.

6.3. La protección penal del «Estado de la prevención» ³²⁵

1. La mentalidad «administrativizada» del Derecho penal de nuevo cuño se manifiesta también en otros ámbitos. Muy singularmente, en la inclusión entre sus objetos de protección de la actividad administrativa en sí misma considerada. En efecto, en el ámbito de los procesos económicos de la globalización, la privatización y la desregulación, el Estado, cuya presencia directa en la economía como sujeto productor de bienes o servicios (sector público) se ha reducido considerablemente, al igual que asimismo se va reduciendo su dimensión prestacional, ha recuperado la idea decimonónica de «policía», cuyo objeto, además, se ve considerablemente ampliado. Es el modelo de Estado que algunos denominan «*regulatory State*», y que aparecería como sucesor del Estado policial liberal y del Estado intervencionista keynesiano. Dejando aparte otras características que aquí no interesan, el caso es que, en este modelo de Estado, y en deter-

³²³ Consideraciones similares habría que efectuar a propósito de la lógica de la repetición o la reiteración, o la generalización, que preside buena parte de los «delitos de tenencia». De nuevo aquí el argumento es que, si bien es cierto que la conducta aislada no es relevantemente peligrosa, resulta que las grandes cifras ponen de relieve que la reiteración o generalización de la misma se halla en relación con la producción de resultados lesivos.

³²⁴ Con todo, según sugeríamos más arriba, es evidente que la lógica de la acumulación no sólo se suscita a propósito de los nuevos riesgos, sino en delitos bastante más tradicionales (así, en materia fiscal). Se halla, por tanto, bastante más arraigada de lo que a primera vista podría parecer, pues normalmente aparece oculta tras consideraciones formalistas de infracción de deberes.

³²⁵ Sobre todo lo que sigue, con detalle, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Hacia el Derecho penal del «Estado de la Prevención». Artículo 294 CP, protección penal de procedimientos administrativos de inspección y evolución de la Política criminal*, ponencia presentada al «II Convegno italo-spagnolo di Diritto penale commerciale. La tutela penale dell'informazione societaria», Pavia 21-23 de septiembre de 2000 (pendiente de publicación).

minados sectores especialmente propensos a la génesis de riesgos importantes para bienes personales o patrimoniales, la prevención comunicativa o contrafáctica (conminación con sanciones penales o administrativas para quien cree el riesgo) no parece suficiente, si no se ve complementada con algún refuerzo cognitivo ³²⁶, es decir, si no se procura el control permanente de las actividades lícitas pero peligrosas ³²⁷ (en tanto que espacios que se definen como de «libertad condicionada»).

2. Dicho refuerzo cognitivo está constituido por las diversas vías de control administrativo preventivo (por ejemplo, los procedimientos de autorización o licencia), entre las que desempeña un papel esencial la actuación preventivo-policial, de vigilancia o inspección. Los aparatos estatales aparecen, así, conformando en buena medida lo que se conoce ya como un Estado «de la prevención», un Estado «vigilante» ³²⁸; un Estado que asume nuevas funciones de inspección y vigilancia ³²⁹, que hace permanentemente acopio de información que pueda resultar relevante ³³⁰.

³²⁶ La necesidad de que las reacciones contrafácticas del Estado vayan acompañadas de refuerzos cognitivos para ser verdaderamente eficaces la ha ido subrayando de modo creciente JAKOBS. Cfr. su texto mecanografiado «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor der Herausforderungen der Gegenwart», 1999.

³²⁷ A «libertades peligrosas» se alude en el texto de BECK/ BECK/GERNSHEIM (Hrsg.), *Riskante Freiheiten - Zur Individualisierung von Lebensformen in der Moderne*, Frankfurt, 1994.

³²⁸ Cfr. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Madrid, 2000, *passim*, y pp. 25 y ss., 26: «En el umbral del siglo XXI la función inspectora del Estado y su poder de vigilancia se potencian, debido al crecimiento del Estado que estimulan los avances tecnológicos y los cada vez mayores niveles de riesgo y complejidad del sistema social.» Y p. 27: «... en una sociedad donde el conocimiento es el verdadero poder, un Estado computerizado no puede funcionar sin datos, por lo que debe volverse indiscreto, vigilando a los ciudadanos y a las organizaciones».

³²⁹ Aunque a su vez estas funciones se deleguen en no pocas ocasiones en empresas privadas. Cfr. ESTEVE PARDO, *Técnica*, *passim*, en especial pp. 77 y ss.

³³⁰ Sobre la idea de la «sociedad de la vigilancia», que hace hincapié, más bien, en la restricción de derechos derivada del acopio de datos relativos a la esfera personal y del control permanente que entidades públicas y privadas ejercen sobre los individuos, cfr. LYON, *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de la vigilancia* (trad. Alborés), Madrid, 1995, *passim*.

3. En este marco, sin embargo, resulta que el mecanismo cognitivo de protección pasa a ser protegido de las posibles interferencias mediante otro mecanismo comunicativo/contrafáctico³³¹. Así, la actuación sin licencia o la obstaculización de los procedimientos de inspección se definen como infracciones, a cuya comisión se asocian sanciones penales o administrativas; de este modo, el eje del sistema vuelve a ser la prevención comunicativa, eso sí, sustancialmente más alejada del momento de lesión³³².

4. La «sociedad del riesgo» o «de la inseguridad» conduce, pues, inexorablemente al «Estado vigilante» o «Estado de la prevención»³³³. Y los procesos de privatización y de liberalización de la economía, en los que nos hallamos inmersos, acentúan esta tendencia³³⁴. En este contexto policial-preventivo, la barrera de intervención del Estado en las esferas jurídicas de los ciudadanos se adelanta de modo sustancial. En efecto, las intervenciones de inspección (supervisoras, de control) pueden ser puramente «rutinarias»: en realidad, para iniciar una inspección no tiene por

³³¹ Obsérvese el caso de la actuación clandestina en el tipo cualificado del delito contra el medio ambiente (art. 326), pero también el tipo básico del delito urbanístico (art. 319) o el tráfico con productos peligrosos (art. 359).

³³² Así sucede con las infracciones por actuación sin autorización, que, o se interpretan como actuaciones sin disponer de los presupuestos materiales de la autorización, o se convierten en ilícitos formales, a los que resulta injustificado asociar una sanción penal de privación de libertad.

³³³ Cfr. el trabajo pionero de DENNINGER, *Der Präventionsstaat*, «KritJ», 1988, p. 1 y ss. Asimismo, BARATTA/WAGNER, *Risque, sécurité et démocratie*, «DS», 1994, vol. 18, núm. 3, pp. 331 y ss., 332: «*La société du risque entraîne avec elle l'État de prévention (Erhard Denninger). Il faut souligner que l'État de prévention et de sécurité est caractérisé par la tendance à la production normative et par des mécanismes décisionnels qui se réorganisent sans cesse comme réaction à une situation d'état d'urgence structurel. Le danger qui en résulte, savoir la mise en place de limitations inacceptables des libertés civiles par un pouvoir incontrôlé, par des agences étatiques de contrôle, est aussi un aspect central de la civilisation du risque.*»

³³⁴ RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, p. 28: «... la intensidad de la función inspectora está en función del reparto de responsabilidades entre el poder público y los sujetos privados: si el poder público asume la prestación directa de numerosos servicios a los ciudadanos, es él mismo el responsable de su correcta ejecución, mientras que si es la sociedad, o la economía privada, la encargada de la realización de los servicios básicos para la comunidad, la necesidad de servicios administrativos de inspección es mayor».

qué justificarse la existencia de indicios concretos de peligro para el orden administrativo-policial. El procedimiento de inspección —intensificando todavía más el principio rector que se expresa en el procedimiento sancionador de infracciones administrativas formales— aparece entonces claramente presidido por un criterio «gerencial» en relación con los riesgos (*Risikomanagement*).

5. La distancia existente entre ese procedimiento de inspección, que puede incoarse de modo perfectamente rutinario, siguiendo criterios aleatorios u otros (actuariales) sobre la gestión de los riesgos, y los bienes jurídicos en última instancia merecedores de protección es enorme. Así, al menos pueden determinarse cuatro fases en el alejamiento progresivo con respecto a los objetos de protección:

En la *primera*, la pretensión de evitación de la lesión de un interés personal o patrimonial da lugar a la descripción de conductas lesivas, concretamente peligrosas o incluso abstractamente peligrosas para los mismos. Éste ha venido siendo el ámbito de la progresiva extensión del Derecho penal.

En la *segunda*, se caracteriza el entorno típico de tales conductas peligrosas mediante la descripción de contextos en los que, genéricamente, se podrían producir los referidos comportamientos; a estos contextos se pueden reconducir buena parte de los denominados bienes colectivos. La lesión o puesta en peligro concreto e incluso abstracto de estos contextos típicos es, en ocasiones, objeto de protección administrativa y, de modo crecientemente importante, también de protección penal.

En la *tercera* fase, se trata de establecer unos indicadores (indicios) de los que cabría derivar hipotéticamente la posible concurrencia de riesgos para uno de esos contextos típicos, ya por una acción aislada ya, en todo caso, por la acumulación de las conductas de quienes operan en un determinado sector de actividad. Dichos indicadores son los que suele establecer la normativa administrativa como presupuestos de la aplicación de aquellas de sus sanciones que no se hallan vinculadas a peligros reales (ni abstractos ni concretos), sino a peligros presuntos o formales³³⁵.

³³⁵ A mi entender, es en este punto en el que se sitúa toda la tendencia del

A esta situación de peligro formal o presunto podemos denominarla también vulneración del «orden de policía» y a ella se conectan los procedimientos administrativos sancionadores de infracciones formales. La apreciación de indicios de que concurren algunos de tales indicadores permitiría a la Administración iniciar un procedimiento sancionador.

Por fin, en la *cuarta* fase, aunque no exista sospecha concreta alguna sobre la concurrencia de los referidos indicadores, se puede iniciar el procedimiento administrativo de inspección.

6. La cuestión es si la perturbación del correcto funcionamiento de la supervisión o inspección estatal constituye, en sí misma, lesión o puesta en peligro relevante de un bien jurídico-penal, o, en otros términos, si constituye la desautorización de una norma que pertenece al núcleo de la identidad normativa de la sociedad actual ³³⁶. Pues bien, prácticamente todo el mundo

Derecho penal a tipificar las afectaciones de los llamados «bienes con función representativa». Debe subrayarse que la doctrina que trata de fundamentar la legitimidad de sancionar penalmente tales ilícitos admite explícitamente que en estos supuestos no es posible exigir la presencia en todo caso de una lesión ni de un peligro para el bien colectivo (bien representado), sino que tales lesiones y peligros sólo resultarían de una repetición o acumulación de conductas procedentes de sujetos diversos. De modo que lo lesionado es sólo el bien «representante», pero no puede dejar de suscitarse la pregunta acerca de qué bien es éste (que no es ni individual, ni colectivo). Cfr. sobre todo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social*, Madrid, 1995, p. 25; EL MISMO, *El bien jurídico protegido en el delito de defraudación tributaria*, en «Estudios penales y criminológicos», XVIII, Santiago de Compostela, 1995, pp. 123 y ss., 169 y ss.; EL MISMO, *Derecho penal económico. Parte General*, Valencia, 1998, pp. 98 y ss. Cfr. ya antes la exposición general de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 300 y ss. Por tanto, la cuestión de la legitimidad de la protección de los bienes con función representativa no es otra que la de la legitimación de la represión de conductas que ni lesionan ni ponen en peligro por sí solas bienes jurídicos individuales ni colectivos.

³³⁶ Cfr. JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en sus «Estudios de Derecho penal» (trad. Peñaranda/Suárez/Cancio), Madrid, 1997, pp. 293 y ss., p. 310. JAKOBS sitúa estos casos en lo que denomina hipótesis de responsabilidad por el peligro de un comportamiento futuro. En ellos, se exige al sujeto renunciar a un fragmento de su privacidad y permitir la comprobación pública del mismo. El ejemplo que pone es muy expresivo: «quien elabora productos alimenticios para el público comercio tiene que permitir que se controle si ello acaece con materiales aptos para el tráfico y en condiciones higiénicas».

admite, de modo expreso o implícito, que en estos casos el peligro abstracto para un bien jurídico-penal de los llamados colectivos sólo resultaría, de nuevo, de la acumulación (reiteración y generalización de conductas) ³³⁷. Así que, consecuentemente, habría que concluir que cada perturbación aislada de la actuación inspectora constituye un ilícito de desobediencia que no debería dar lugar a penas privativas de libertad ³³⁸. Pero es un hecho que los diferentes ordenamientos jurídicos van incorporando tipos que responden a esta estructura; y que las sanciones con las que se conmina la realización del tipo delictivo son, pese a todo, privativas de libertad.

6.4. La gestión de los riesgos de origen personal y la inoquización en el Derecho penal actual ³³⁹

1. Si el delito se contempla como un riesgo social, es razonable que, al afrontarlo, se tengan en cuenta criterios seguidos para la gestión de otros riesgos. En particular, resulta coherente

³³⁷ Cfr., sin embargo, DOLCINI, *Principi costituzionali e Diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, «RIDPP», 1999, pp. 10 y ss., 18. Este autor, en efecto, constata, como ya se ha señalado aquí, que «la presenza nell'ordinamento di attività giuridicamente regolate, che rappresentano l'esercizio delle funzioni di enti o organi pubblici, è cresciuta negli ultimi decenni, e verosimilmente è destinata a crescere ulteriormente in futuro: il governo di processi economici sempre più complessi ha comportato la creazione di nuovi enti e l'attribuzione di nuovi compiti di controllo a enti preesistenti, con frequente ricorso a la sanzione penale per reprimere comportamenti che impediscono o ostacolano l'esercizio di quelle funzioni». Pero, a continuación, sentencia que aquí «di null'altro si tratta che della tutela di nuovi beni, strutturalmente identica a beni classici, contro comportamenti dannosi o pericolosi». Añadiendo que la «gente per bene» (gente bien) no puede encontrar en la idea del delito como lesión de un bien jurídico una cobertura de sus pretensiones de librarse del impacto del Derecho penal.

³³⁸ Cfr. KINDHÄUSER, «LH-Tiedemann», p. 452, donde señala que la protección de las reglamentaciones que configuran el orden de la economía, cuando no tiene lugar ninguna intromisión en esferas de libertad garantizadas, puede acometerse perfectamente con sanciones severas de multa o de inhabilitación, pero sin la reprobación ético-jurídica que expresa un «fracaso personal» (pena criminal).

³³⁹ Cfr. sobre esto, con más detalle, SILVA SÁNCHEZ, *El retorno de la inoquización*, en «Libro-Homenaje al Prof. Barbero Santos», 2001, pp. 683 y ss. (en prensa).

con tal representación recurrir a criterios de prevención cognitiva. Sin embargo, el Derecho penal, en la medida en que incorpora mecanismos de aseguramiento cognitivo, encaminados a neutralizar fácticamente (y no comunicativamente) el fenómeno delictivo, se «administrativiza». Ésta es, pues, una tercera dimensión³⁴⁰ de la administrativización del Derecho penal: el redescubrimiento de la inocuización.

2. La vinculación de la idea de inocuización con el positivismo criminológico³⁴¹ había determinado su práctico abandono en la teoría de los fines del Derecho penal del último medio siglo. Frente a ello, como es sabido, la inocuización (*incapacitation*) nunca estuvo fuera de la discusión norteamericana en relación con los fines de la pena. Muy al contrario, al tratarse allí de un debate en el que la ponderación de costes y beneficios económicos ha desempeñado siempre un papel relevante, también ha subsistido la disposición a considerar argumentos que justificaran la utilidad de la inocuización de determinados grupos de delincuentes. En las últimas décadas, esta tendencia ha experimentado un auge considerable, a partir de dos fenómenos: uno, legislativo, la proliferación de las leyes «*three strikes*»³⁴²; el

³⁴⁰ Una cuarta dimensión, en la que aquí no nos detendremos, viene dada por la proliferación de soluciones de autorregulación, que se presentan como alternativa eficiente a la estricta legalidad y a la jurisdiccionalidad (mediación, negociación). Éstas, que configuran una «Administración» de «Justicia» penal sin Derecho penal, constituyen, como se señalara más arriba, una muy clara manifestación de un Derecho de gestión de problemas. Probablemente, el tema de la cada vez más amplia remisión de las normas jurídicas a reglas técnicas emanadas de los propios sectores socio-económicos afectados por un determinado problema deba inscribirse en un marco próximo.

³⁴¹ Como es sabido, en VON LISZT constituía uno de los tres fines de la «pena funcional» en términos preventivo-especiales (*Zweckstrafe*): la intimidación individual se dirige al delincuente ocasional; la resocialización, al delincuente reiterado corregible; y la inocuización, al delincuente de estado incorregible. Cfr., por ejemplo, VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), en «Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze», I, Berlin, 1905, pp. 126 y ss., 164 y ss., 166 y ss., con palabras durísimas: «*Wie ein krankes Glied den ganzen Organismus vergiftet, so frisst der Krebschaden des rapid zunehmenden Gewohnheitsverbrechertums sich immer tiefer in unser soziales Leben.*» Por tanto: «*Gegen die unverbesserlichen muss die Gesellschaft sich schützen; und da wir köpfen und hängen nicht wollen und deportieren nicht können, so bleibt nur die Einsperrung auf Lebenszeit (bezw. auf unbestimmte Zeit).*»

³⁴² Sobre las leyes «*three strikes*» en Estados Unidos, que incorporan el co-

otro, doctrinal, la difusión de las teorías de la inocuización selectiva (*selective incapacitation*)³⁴³. Pues bien, ésta es, como los fenómenos comentados en páginas anteriores, la manifestación de una visión «administrativizada» de la intervención del Derecho penal.

3. La premisa mayor de la teoría de la inocuización selectiva es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes (*high risk offenders*), respecto de los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de hechos delictivos y predecir, sobre la base de criterios estadísticos, que lo seguirán siendo. De este modo, se entiende que la inocuización de los mismos —esto es, su retención en prisión el máximo tiempo posible— conseguiría una radical reducción del número de hechos delictivos y, con ello, importantes beneficios al menor coste. Expresado en términos contables: recluir dos años a cinco delincuentes cuya tasa predecible de delincuencia es de cuatro delitos por año, «ahorra» a la sociedad 40 delitos y le cuesta diez años de prisión. En cambio, si ese mismo coste de diez años de prisión se emplea en recluir cinco años a dos delincuentes cuya tasa predecible de delincuencia es de 20 delitos por año, el «ahorro» social es de 200 delitos; y así sucesivamente. De admitir la corrección del anterior «*modus operandi*», la «*selective incapacitation*» mostraría significativas ventajas económicas frente a la indiscriminada, o ciega, «*general incapacitation*»³⁴⁴.

nocido principio «*three strikes and you're out*», cfr., de modo general, ROTMAN, *El concepto de prevención del delito*, «AP», 43/1998, pp. 839 y ss., 854 y ss.; GRASBERGER, «*Three Strikes and You Are Out*». *Zu neuen Strafzumessungsansätzen bei Wiederholungstätern*, «ZStW», 110 (1998), pp. 796 y ss.

³⁴³ Cfr. GREENWOOD/ABRAHAMSE, *Selective Incapacitation*. Santa Mónica, 1982; un resumen de los criterios de GREENWOOD puede hallarse en VON HIRSCH/ASHWORTH (ed.), *Principled Sentencing*, Boston, 1992, p. 163, nota 5.

³⁴⁴ Evidentemente, la teoría de la inocuización selectiva plantea —como, en general, las tesis inocuizadoras— problemas de fundamentación empírica, por un lado, y de legitimación axiológica (proporcionalidad), por el otro. Sobre el debate al respecto, cfr. BLACKMORE/WELSH, *Selective Incapacitation: Sentencing According to Risk*, en «*Crime & Delinquency*», October 1983, pp. 504 y ss.; también, los trabajos de WILSON, VON HIRSCH y TONRY, en VON HIRSCH/ASHWORTH (ed.), *Principled Sentencing*, pp. 148 y ss., 158 y ss., 165 y ss. En lengua castellana, es excelente el análisis de OTTAVIANO, «*Selective Incapacitation*». *El retorno de la inocuización al pensamiento penal norteamericano contemporáneo*, «*Prudentia Iuris*» (Revista de la Facultad de Derecho y Cien-

4. De este modo, la inocuización del delincuente, si es que alguna vez abandonó la discusión norteamericana, lo que —como se ha indicado— es más que dudoso, ha vuelto a situarse en el centro de la discusión político-criminal de aquella cultura jurídica. A los fines aquí pretendidos, no es necesario profundizar en los aspectos que distinguen la orientación contemporánea a la inocuización de la que tuvo lugar en los Estados Unidos a principios de siglo. Debe bastar, por contra, con subrayar que el método de la predicción de peligrosidad para determinar los sujetos que, precisamente, deben ser inocuizados ha cambiado radicalmente ³⁴⁵.

5. Esta cuestión, ciertamente, ha de ser objeto de un comentario detallado, pues en ella se manifiesta con claridad la medida de la administrativización del Derecho penal en este ámbito. En efecto, a la hora de adoptar consecuencias jurídicas inocuizadoras, los métodos predictivos basados en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad han sido sustituidos por otros de naturaleza actuaria (*actuarial justice*), de modo que el delito pasa a ser abordado con las mismas técnicas probabilísticas y cuantitativas que, en el ámbito de los seguros, por ejemplo, se utilizan para la gestión de riesgos. Ello supone recurrir al método estadístico, tomando como base determinados indicadores, cuya cuantificación es el punto de partida para emitir pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos (*low risk offenders, medium risk offenders, high risk offenders*), sin necesidad de entrar en estudios de la psicología del individuo concreto (diagnóstico y pronóstico clínico). Esta ideología «gerencial» es, seguramente, la característica más llamativa de la «*New Penology*» norteamericana ³⁴⁶, también denominada

cias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina «Santa María de los Buenos Aires»), 49, mayo 1999, pp. 137 y ss., especialmente 150 y ss., 154-155.

³⁴⁵ Cfr. PRATT, *Dangerousness, Risk and Technologies of Power*, en «*Australian and New Zealand Journal of Criminology*», 28, 1995, pp. 3 y ss.; EL MISMO, *Governing the Dangerous: an Historical Overview of Dangerous Offender Legislation*, en «*Social & Legal Studies*», 5 (1996), pp. 21 y ss.

³⁴⁶ Sobre esta noción existe ya una muy extensa bibliografía. Cfr., por ejemplo, REICHMAN, *Managing Crime Risks: Toward an Insurance Based Model of Social Control*, en «*Research in Law, Deviance and Social Control*», 8, 1986, pp. 151 y ss.; FEELEY/SIMON, *The New Penology: Notes on the Emerging Stra-*

—gráficamente— «*managerial or administrative criminology*», que lenta pero inexorablemente se va difundiendo por el continente europeo³⁴⁷.

6. Sea como fuere, mi opinión es que el fenómeno no es casual. Por el contrario, el «*retorno de la inocuización*» se halla en perfecta sintonía con la evolución ideológica general de la Política criminal; y no sólo de la Política criminal norteamericana. En dicha evolución cabe advertir varios elementos determinantes. Así, a mero título de ejemplo, por un lado, el creciente desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora del Estado sobre el delincuente³⁴⁸. Y

tegy of Corrections and Its Implications, «*Criminology*», vol. 30, núm. 4, 1992, pp. 449 y ss.; FEELEY/SIMON, *Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law*, en NELKEN (ed.), «*The Futures of Criminology*», London, 1994, pp. 173 y ss.; OTTAVIANO, «*Prudentia Iuris*», 49, pp. 146-147.

La visión crítica de esta corriente subraya que la misma no muestra interés por las causas (individuales o sociales) del delito y sí únicamente por su control al menor coste posible. Así, se indica (BECKETT, *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*, New York/Oxford, 1997, p. 103) que «*This approach has been called "managerial" or "administrative" criminology, the "check 'em out" approach, and, most simply, the "new penology". Advocates of the new penology profess no ideological affiliation, but see themselves as planners and system engineers seeking to implement crime control politics aimed at the efficient management (rather than elimination or reduction) of criminal behavior.*».

³⁴⁷ El diario «EL MUNDO» del 11 de diciembre de 2000, en su edición de Cataluña, contiene unas declaraciones del alcalde socialista de Barcelona, Joan Clos, en las que éste insiste en que los pequeños delitos que provocan alarma social en la ciudad «*los cometen un grupo de unas 400 personas, 100 de las cuales son menores, que tras ser detenidos son puestos en libertad*». A ello añade que se trata de «*delinquentes habituales que se dedican a este modo de vida*» y que la legislación española «*no da una respuesta adecuada a este tipo de delincuencia*».

³⁴⁸ Un desencanto que es ideológico, pero no sólo ideológico. Quiere indicarse con ello que también es posible que influya la voluntad de reducir las inversiones en tratamientos de resocialización (lo que explica, por ejemplo, el que nunca llegaran a implantarse en Alemania los establecimientos de terapia social previstos en la reforma penal de aquel país de los años sesenta y setenta). Tal reducción de inversión en el ámbito penitenciario es coherente con la reducción del gasto público propia de la crisis de los Estados del bienestar. Claro es que se pensará que la inversión en resocialización es eficiente, en el sentido de que, al menos a medio plazo, reduce los costes sociales derivados de la comisión de delitos. Pero los análisis a medio plazo no siempre son propios de la política de gestión de la crisis, a la que asistimos.

por otro lado, la elevadísima sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales³⁴⁹. De este modo, parece estar sentada la base ideológica de los planteamientos inocuizadores.

7. El retorno de la inocuización se está manifestando en instituciones muy diversas. La más notable es, seguramente, la adopción de medidas de seguridad (privativas de libertad o consistentes en una libertad vigilada), que se imponen una vez cumplida la pena ajustada a la culpabilidad del sujeto y que pueden llegar a durar toda la vida del condenado. La regulación norteamericana sobre las consecuencias jurídicas aplicables a los delincuentes sexuales violentos y peligrosos es un buen ejemplo de esta tendencia; pero también el Derecho alemán contiene, desde 1998, una buena expresión de este tipo de consecuencias jurídicas para delincuentes sexuales violentos³⁵⁰. Con todo, junto a ésta, van apareciendo otras muchas instituciones. De entre ellas, una de las más llamativas es la publicación de listas de *ex*-delincuentes, regulada en Estados Unidos para el caso de los delincuentes sexuales y cuya introducción, incluso en términos mucho más generales, empieza a proponerse por no pocos en Europa³⁵¹.

³⁴⁹ En la fijación de la frontera de los riesgos asumibles por el individuo y la sociedad, el principio de inocuización se manifiesta como el contrapunto del principio de resocialización. Este último supone un incremento del riesgo socialmente asumido más allá de lo prescrito por el principio de culpabilidad. No es expresión de un Derecho penal neutro, sino de un Derecho penal de prestaciones, del bienestar. En cambio, el principio de inocuización sigue el criterio opuesto: la frontera se fija de modo que supone un incremento del riesgo asumido por el individuo penado más allá de lo prescrito por el principio de culpabilidad.

³⁵⁰ Cfr., de modo detallado SILVA SÁNCHEZ, «Libro-Homenaje al Prof. Barbero Santos», pp. 683 y ss. En España el debate sobre esta cuestión se ha empezado a plantear más bien en el ámbito de los delincuentes terroristas. Así, el presidente del Consejo General del Poder Judicial se mostraba partidario de la imposición de medidas de seguridad posteriores al cumplimiento de la pena para los terroristas que se acredite que no están reinsertados («EL MUNDO», 15 de noviembre de 2000).

³⁵¹ Cfr. el informe del *Home Office* británico, «Managing dangerous people with severe personality disorder. Proposals for Policy Development», <http://www.homeoffice.gov.uk/cpd.persdis.html>, citado *apud* RAGUÉS I VALLÈS, Proyecto docente, Barcelona, 2000, inédito. Como señala H. J. ALBRECHT, *Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform*, «ZStW», 111 (1999), pp. 863 y ss., 865, «la legislación penal sexual podría, así, ser expresión también de una re-

8. El verano y el otoño del año 2000 fueron especialmente prolivos en acontecimientos marcados por esta idea. Así, en Gran Bretaña, si bien el gobierno rechazó promover la llamada «*Sarah's Law*», que permitiría el conocimiento público de las listas de pederastas que posee la policía, el periódico *News of the World* procedió a publicar tal relación. Y algunas policías locales han seguido iniciativas parecidas. Por su parte, el semanario luxemburgués *L'Investigateur*, en su edición de mediados de agosto de 2000, también procedió a publicar una lista de pederastas belgas. En España, el debate más reciente giraba en torno a la pretensión de la Asociación de Defensa del Paciente de publicar en Internet las listas con los nombres de los médicos condenados por negligencia; y, sobre todo, en torno a la pretensión del presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de hacer otro tanto con los nombres de los sujetos condenados por haber realizado actos de violencia doméstica ³⁵².

9. La idea de inocuización se plasma, además, en la tendencia creciente a adoptar medidas previas a la condena, ya cautelares, ya estrictamente preventivas (predelictuales, en la terminología más clásica). La expulsión de los extranjeros sin necesidad de que medie condena alguna se enmarca, a mi juicio, en esta corriente general en la que al Derecho penal, además de la imputación de culpabilidad por el hecho cometido, parece corresponderle, en medida determinante, la gestión administrativa del delito como riesgo social.

ordenación de los intereses de la colectividad, el autor y la víctima o, con otras palabras, ni más ni menos que la expresión de una reordenación de la sintonía entre intereses por la seguridad e intereses por la libertad, en la que la seguridad se convierte claramente en dominante».

³⁵² Cfr. una amplia referencia al debate en «EL PAÍS», 14 de octubre de 2000, p. 28, con el artículo —contrario a tal iniciativa— de PÉREZ TRIVIÑO, *Las medidas avergonzantes y la dignidad humana*; y en «EL PAÍS» (edición internacional), 17 de octubre de 2000, p. 23, con el artículo favorable de VARELA PORTELA, *La publicidad de la condena*.

7. LA IMPOSIBILIDAD DE «VOLVER» AL VIEJO Y BUEN DERECHO PENAL LIBERAL («GUTES, ALTES LIBERALES STRAFRECHT»)

7.1. Planteamiento

1. Frente a los fenómenos que se han ido constatando y que redundan en una progresiva expansión del Derecho penal, hay quien aboga por una vuelta al Derecho penal liberal, un Derecho ceñido a la protección de los bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de garantía. La intención que guía tal propuesta es, sin duda, la de recuperar su configuración como un Derecho estricto de garantía de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Sin embargo, como se ha dicho por otros, en esa pretensión se dan elementos no sólo anacrónicos, sino precisamente ucrónicos. En efecto, el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. La verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días.

2. Otros, sin llegar a proponer una radical reducción del Derecho penal a la protección de la vida, la salud, la libertad y el patrimonio, sí parecen sugerir que la mayor parte del fenómeno expansivo del Derecho penal habría de ser, sin más, reconducido al Derecho administrativo sancionador ³⁵³. En realidad, todo lo

³⁵³ Creo entender que es esto lo que, en la línea de la doctrina tradicional, acaba proponiendo GÓMEZ TOMILLO, *Consideraciones en torno al campo límite*

expuesto a lo largo de las páginas anteriores podría interpretarse como una argumentación orientada en este sentido. Y así sería si nos mantuviéramos en un plano abstracto-teórico, sin referencias sociales, espaciales y temporales, concretas. Pero resulta — conviene no olvidarlo para interpretar lo que sigue en sus exactos términos— que, en el momento actual, el Derecho penal vigente en la mayoría de los países de nuestro entorno propicia la conminación con penas de prisión de gravedad media en supuestos de hecho «administrativizados», con reglas de imputación de rigidez decreciente y en el marco de principios político-criminales flexibilizados. Y la tendencia es a proseguir en esta línea, en términos corregidos y aumentados. En este contexto, debe admitirse que proponer la «devolución» al Derecho administrativo de todo el «nuevo» Derecho penal es, sin duda, una postura loable desde perspectivas academicistas. Pero que elude afrontar las razones por las que se ha producido esa inflación penal así como buscar soluciones que, atendiéndolas, muestren la máxima racionalidad posible. De ahí que lo que sigue se sitúe, ciertamente con alguna resignación³⁵⁴, en una propuesta más realista o, si se quiere, posibilista acerca de la medida en que, desde un Derecho penal con vocación racionalizadora, han de acogerse las demandas sociales de protección precisamente «penal». En lo que sigue, se exponen los rasgos esenciales.

3. El punto de partida que adopto es la directa relación existente entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación. En efecto, estimo posible sostener la idea de que *la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación*

entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, «Actualidad penal», tomo 2000-1, pp. 69 y ss., 87.

³⁵⁴ Tomo la palabra del juicio que mi posición le merece a CANCIO MELIÁ, *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, en JAKOBS/CANCIO, «El sistema funcionalista del Derecho penal», Lima, 2000, pp. 17 y ss., 17, nota 1. Próximo VAN WEEZEL, en su recensión a la primera edición de «La expansión del Derecho penal», *Revista chilena de Derecho*, vol. 26, 1999, pp. 783 y ss., 787, indicando que «... el núcleo de la propuesta se halla inevitablemente condicionado por una conjetura política, la de que no será posible interponer una limitación más enérgica a la expansión “modernizadora” mediante el fortalecimiento de otras instancias de protección, respecto de las cuales el Derecho penal no debiera perder su carácter subsidiario».

*del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología*³⁵⁵. Expresado de otro modo: ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías³⁵⁶, ni en todo el sistema del Derecho sancionatorio tiene por qué haber las mismas garantías³⁵⁷, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas (también en el seno del propio sistema del Derecho penal en sentido estricto)³⁵⁸. En esta línea, la minucio-

³⁵⁵ De modo general, a propósito del Derecho penal, MOCCIA, *Il Diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 19: «En efecto, es precisamente porque con la pena se puede incidir en derechos fundamentales del individuo por lo que se dedica un cuidado particular a la definición de los presupuestos de su aplicación, sea en fase general y abstracta —la previsión legislativa—, sea en fase individual y concreta —el juicio individual—.»

³⁵⁶ Esto se manifiesta con gran claridad en las reglas de valoración de la prueba en el Derecho norteamericano. A este respecto rige en Derecho penal la fórmula, más garantista, «*beyond a reasonable doubt*», que requiere una plena convicción del Tribunal más allá de toda duda razonable. En el proceso civil, en cambio, basta con la «*preponderance of the evidence*», esto es, con una mayor probabilidad de que las cosas hayan sido de un determinado modo. En el Derecho civil de los «*punitive damages*», por su parte, las reglas son vacilantes, como por otro lado se corresponde con la peculiaridad de la institución.

³⁵⁷ El trabajo esencial en España sobre este punto es de CID MOLINÉ, *Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)*, «RAP», 140, mayo-agosto 1996, pp. 131 y ss., en especial 141 y ss. Ya antes próximo a esta línea DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, Milano, 1993, pp. 361-362, distinguiendo, sin embargo, básicamente entre delitos de lesión y peligro concreto, y delitos de peligro abstracto. Respecto de estos últimos propone el recurso a sanciones no privativas de libertad, ni siquiera pecuniarias. Sobre la idea de la necesaria «diferenciación» interna de un sistema penal moderno, cfr. también DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «constituente» per la riforma del codice*, en DONINI (ed.), «La riforma della legislazione penale complementare. Studi di Diritto comparato», Padova, 2000, pp. 3 y ss., 52 y ss., 56 y ss. Entre los clásicos se halla esta idea, por ejemplo, en VON BAR, *Geschichte*, pp. 350-351.

³⁵⁸ No entiendo el sentido de la objeción de GÓMEZ TOMILLO, *Actualidad penal*, tomo 2000-1, pp. 84-85, relativa a que está injustificado ser «*restrictivo en lo más necesitado o merecedor de pena y expansivo en lo menos*». De lo que se trata, sin más, es de que cuando hay que determinar si alguien ha cometido un delito muy grave, de modo que la pena a imponer es, asimismo, muy grave, el sentido común conduce a hilar más fino en la subsunción, la imputación y la prueba que si se trata de una infracción leve conminada con una multa. Y respecto a esto, que «es» así, en absoluto resulta irrazonable sostener también que «deba ser» así.

sidad propia de la dogmática del delito así como la rigidez de los principios de garantía tradicionalmente vigentes en Derecho penal se hallarían en relación con el hecho de que sus consecuencias jurídicas fueron tradicionalmente las penas de muerte y corporales, y aun hoy una pena tan íntimamente vinculada al ser —y no al estar o al tener— de la persona como es la privativa de libertad ³⁵⁹. Sentado esto, también puede procederse a matizar otra cuestión: seguramente, el problema no es tanto la expansión del Derecho penal en general, sino específicamente la expansión del Derecho penal de la pena privativa de libertad ³⁶⁰. Es esta última la que debe realmente ser contenida ³⁶¹.

³⁵⁹ A propósito de los alegatos en pro de la vuelta al «buen y viejo» Derecho penal liberal, lo indica con precisión LÜDERSSEN, *Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?*, en BÖLLINGER/LAUTMANN (Hrsg.), «Vom Guten, das noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger», Frankfurt, 1993, pp. 268 y ss., p. 271-272. En concreto, señala este autor que la pretensión de tal retorno constituye una utopía; pues el Derecho penal que se pretende habría de tener las propiedades positivas del Derecho penal de tiempos pretéritos (determinación, imputación individual), pero ninguna de sus características negativas (en particular, la extrema dureza de las sanciones). Concluyendo que el Derecho penal que por algunos se propone hoy no es siquiera concebible, pues la «autolimitación» del Derecho penal clásico era el contrapunto lógico de la dureza y autoritarismo de aquél. En contra del punto de vista acogido en el texto se muestra ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Pamplona, 2000, p. 204, para quien las garantías especiales no tienen que ver con la privación de libertad, sino con la voluntad de limitar el *ius puniendi* en todas sus manifestaciones; en tal sentido, entiende (p. 202) que deben asimilarse las garantías del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador.

³⁶⁰ Próximo, EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e «mediazione»*, en PICOTTI (ed.), «La mediazione nel sistema penale minorile», Padova, 1998, pp. 61 y ss., 78-79: «Fermo restando l'orientamento inteso a limitare l'area del penalmente significativo, essenziale, tuttavia, non appare tanto la questione di principio se un determinato illecito sia o meno inquadrabile nell'orbita penalistica, bensì il fatto che —lungi dall'essere dilatata— venga circoscritta il più possibile la comminazione della pena detentiva...».

³⁶¹ GÓMEZ TOMILLO, «Actualidad penal», 2000-1, p. 83, objeta que hay penas tan graves o más que la privativa de libertad (las inhabilitaciones, la expulsión, incluso algunas multas). Las preferencias psicológico-individuales siempre son discutibles. Pero, en términos del sistema normativo, esa consideración no se sostiene: baste con aludir a la copiosísima literatura sobre la prisión como institución total para desmentir esa idea. Por lo demás, el artículo 25.3 de la Constitución sustrae a la Administración sólo la posibilidad de imponer sancio-

3. En efecto, la disminución de garantías y de «rigor» dogmático podrían explicarse (e incluso legitimarse) en el Derecho penal contemporáneo si ello fuera el correlato de la generalización de sanciones pecuniarias o privativas de derechos, o —más aún— de la «reparación penal» (en los casos en que ésta pudiera acogerse) en lugar de las penas privativas de libertad ³⁶². En realidad, ello no tendría por qué preocupar pues no sería sino manifestación del mismo fenómeno que explica que la dogmática en el *Ordnungswidrigkeitenrecht* (Derecho de las infracciones de orden; Derecho penal administrativo alemán) sea más flexible o que, en todo caso, en el Derecho administrativo sancionador español no se den los criterios de imputación y principios de garantía que reivindicamos para el núcleo del Derecho penal, o no en la misma medida. En esta línea, como es obvio, un sistema jurídico que prescindiera por completo de la sanción —incluso de la pecuniaria—, como es lo característico del sistema de la responsabilidad civil, puramente reparatorio, podría reducir al mínimo las exigencias de garantía político-jurídicas. Ahora bien, obsérvese que tan pronto como el Derecho civil asume elementos punitivos (como ocurre en el *tort law*, el Derecho de daños anglosajón, con los *punitive damages*) se admite que también éste habría de empezar a tener más garantías así como ser más riguroso a la hora de efectuar juicios de imputación ³⁶³.

4. La clave radica, pues, en admitir esta gradualidad de la vigencia de las reglas de imputación y de los principios de garantía en el propio seno del Derecho penal, en función del concreto modelo sancionatorio que éste acabe asumiendo. Una idea, ésta, que tiene muchos puntos de contacto con la propuesta, ciertamente todavía muy imprecisa ³⁶⁴, efectuada por HASSEMER y

nes que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. A lo que habrá que atribuir algún significado.

³⁶² Es, con todo, cierto que ha existido una tendencia al progresivo abandono de la pena privativa de libertad. Que tal tendencia proseguirá es el pronóstico de ROXIN, en *Dogmática penal*, p. 452.

³⁶³ Creo que el no haber advertido este aspecto es lo que determina que MARINUCCI/DOLCINI, «RIDPP», 1999, p. 812, estimen preocupante la disminución de garantías con la que HASSEMER caracteriza su «Derecho de intervención» (*vid. infra*).

³⁶⁴ En efecto, hay que precisar exactamente cuál habría de ser el contenido y cuál la configuración de tal *Interventionsrecht*. Para LÜDERSSEN, en *Kriminal-*

otros, de construir un «*Interventionsrecht*» (Derecho de la Intervención), entre el Derecho penal nuclear y el «*Recht der Ordnungswidrigkeiten*», entre el Derecho civil y el público, para ilícitos en materia de drogas, económicos, ecológicos, etc. Dicho Derecho sería menos pretencioso en cuanto a las garantías materiales y procesales, pero, a la vez, dispondría de sanciones menos intensas que las penales tradicionales³⁶⁵. Muy expresiva es, al respecto, la siguiente frase del propio HASSEMER:

«Para combatir las formas modernas de causación de daños, debería pensarse en la construcción de un sistema jurídico, que tenga elementos absolutamente penales (poenale), pero que esté orientado en términos estrictamente preventivos y, en todo caso, renuncie al reproche personal y a la imposición de penas privativas de libertad. Una clase de Derecho de intervención así configurada podría integrar formas de imputación colectiva»³⁶⁶.

5. En mi opinión, con todo, y aparentemente a diferencia de la propuesta del «Derecho de la intervención», no habría ningun-

wissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger, p. 274, se trataría de un Derecho no punitivo orientado a la reparación y, de ser necesario, a la resocialización (incluida la evitación de la desocialización). Pero sigue dejando abierta la cuestión de si no sería mejor ceder espacios, con las correspondientes modificaciones procesales, al Derecho privado y al Derecho administrativo y, viceversa, si ello no representaría un incremento global del «control social».

³⁶⁵ HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, «ZRP», 1992, pp. 378 ss., 383 (versión española: *Crisis y características del moderno Derecho penal* —trad. Muñoz Conde—, «Actualidad penal», 43, 1993, pp. 635 y ss.). Asimismo, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, pp. 41 y ss. Sobre la graduación de las garantías constitucionales, en particular el mandato de determinación, en función de la gravedad de las consecuencias jurídicas, cfr. también, con cita de reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional alemán, TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg, 1991, p. 46.

³⁶⁶ HASSEMER, *Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht*, en «Festschrift für Günter Berman», Baden-Baden, 1997, pp. 175 y ss., 188. Conviene subrayar que, para HASSEMER, el Derecho de intervención habría de recoger preceptos que, en la actualidad, se hallan en el Derecho penal. No se trata, pues, de ampliar la intervención punitiva del Estado, sino de reducirla. Una pretensión que es común a mi propuesta. Otros autores, en cambio (creo que es el caso de MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico*. PG, Valencia, 1998, p. 29) parecen acoger la idea de Derecho de intervención pero para ilícitos que todavía ahora están fuera del Derecho penal. Lo que determina que el contenido de su posición resulte absolutamente diverso.

na dificultad para admitir ese modelo de menor intensidad garantística *dentro* del Derecho penal, siempre y cuando —eso sí— las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran de prisión ³⁶⁷. La opción político-jurídica por el Derecho penal sigue teniendo, en efecto, ventajas relevantes, no vinculadas necesariamente a la dureza fáctica de la sanción. Frente al Derecho civil compensatorio, el Derecho penal aporta la dimensión sancionatoria, así como la fuerza del mecanismo público de persecución de infracciones; algo que le atribuye una dimensión comunicativa superior, incluso de modo independiente a la conexión ético-social tradicionalmente inherente a todos sus ilícitos ³⁶⁸. Frente al Derecho administrativo, y por tanto dentro del ámbito de lo sancionatorio, el Derecho penal aporta su mayor neutralidad respecto a la política, así como la imparcialidad propia de lo jurisdiccional. Ello hace más difícil para el infractor la utilización de las *técnicas de neutralización* del juicio de desvalor (reproches de parcialidad, politización) de que aquél se sirve con frecuencia frente a la actividad sancionadora de las Administraciones públicas ³⁶⁹.

6. La conclusión de todo lo anterior —y de lo que se ha examinado en capítulos precedentes— es una constatación fun-

³⁶⁷ Cfr., próximo a las ideas que subyacen a este punto de vista, FRISCH, *An den Grenzen des Strafrechts*, en «Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels zum 70. Geburtstag», Heidelberg, 1993, pp. 69 y ss., 81, indicando que el ámbito de lo punible depende de qué se asocie a la idea de pena: «*Legt man in diese Sanktion viel an Gewicht, wird der Kreis des Strafbaeren enger; vedünnt man sie zum bloßen Rechteingriff wegen eines Fehlverhaltens, kann man sie auch reichlich einsetzen -die Sanktion unterscheidet sich dann nicht mehr wesentlich von einer schlichten Geldbuße. Wer Klarheit über die Grenzen der Strafbarkeit haben will, muß sich dementsprechend zunächst klar werden über das, was er mit Strafe verbindet -vielleicht auch verbinden muß.*»

³⁶⁸ En este punto, el juicio podría variar si en nuestro sistema existiera un Derecho civil de «*punitive damages*», pues está claro que los denominados «*punies*» tienen una función sancionatoria-preventiva. A la vez, parece que los mismos cumplen una función de incentivar la persecución privada de los hechos dañosos, al permitir la obtención de importantes montantes de dinero más allá de la compensación del daño, con los que, entre otras cosas, hacer frente a los importantes costes de la defensa jurídica de los propios intereses.

³⁶⁹ Escéptico, como aquí, en relación con la posibilidad de que el Derecho administrativo sancionador pudiera acoger la «devolución» del nuevo Derecho penal, DONINI, en *La riforma*, p. 40.

damental. Por un lado, que como se ha ido viendo, resultará difícil frenar una cierta expansión del Derecho penal, dada la configuración y aspiraciones de las sociedades actuales. Por otro lado, que la teoría del delito clásica y las instituciones procesales que son reflejo a su vez de la correspondiente vocación político-criminal de garantía propia del Derecho nuclear de la pena de prisión no tendrían que expresar idéntica medida de exigencia en un Derecho penal moderno con vocación intervencionista y «reglamentadora» basado, por ejemplo, en las penas pecuniarias y privativas de derechos, así como tampoco en un eventual Derecho penal de la reparación. A todo ello puede hacerse frente desde una configuración dualista del sistema del Derecho penal, con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles.

7. El significado exacto de tal propuesta puede advertirse si se tiene en cuenta que los delitos —muy especialmente socioeconómicos—, en los que se manifiesta la expansión del Derecho penal siguen siendo delitos sancionados en los Códigos con penas privativas de libertad, en ocasiones de duración importante, en los que sin embargo los principios político-criminales sufren una acelerada pérdida de rigor. Si nos atenemos al modelo sugerido, sólo hay dos opciones: la primera, que tales delitos se integren en el núcleo del Derecho penal, con las máximas garantías (en lo relativo a la legalidad, la proporcionalidad, la lesividad, la prueba, etc.) y las más rigurosas reglas de imputación (de la imputación objetiva, la autoría, la comisión por omisión, etc.)³⁷⁰; y la segunda, que se mantenga la línea de relativización de principios de garantía que ya hoy está acompañando a tales delitos, en cuyo caso debería renunciarse en ellos a la conminación con penas de prisión que ahora existe.

8. En definitiva, por tanto, la propuesta que se contiene en estas páginas parte de la constatación de una *realidad* respecto de la cual se estima imposible la vuelta atrás. Esta realidad es la

³⁷⁰ Aparentemente, se inclinaría por esta primera opción ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación*, p. 203, para quien se trata de que «los poderosos» sean sometidos a penas privativas de libertad, aunque con las «máximas garantías». Pero a continuación subraya que puede ser necesaria la «flexibilización» o «adaptación» de los principios a las nuevas formas de criminalidad (p. 205).

expansión del Derecho penal y la coexistencia, por tanto, de «varios Derechos penales distintos»³⁷¹, con estructuras típicas, reglas de imputación, principios procesales y sanciones sustancialmente diversas. A partir de la referida constatación, se postula una opción matizada. Estimando improbable (quizá imposible) un movimiento de despenalización, sí se propone *que las sanciones penales que se impongan allí donde se han flexibilizado las garantías no sean penas de prisión*. Ello tiene dos consecuencias. Por un lado, ciertamente, admitir las penas no privativas de libertad, como mal menor dadas las circunstancias, respecto a infracciones en las que se han flexibilizado los presupuestos de atribución de responsabilidad. Pero sobre todo, exigir que allí donde se imponen penas de prisión, y especialmente penas de prisión de larga duración, se mantenga todo el rigor de los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad.

7.2. Contra la consolidación de un único «Derecho penal moderno»

1. Lo anterior pretende sentar la premisa mayor de una línea de pensamiento opuesta a la tendencia que conduce a la plena «modernización» del Derecho penal³⁷². Una modernización caracterizada —no se olvide— por la expansión y por la flexibilización de los principios político-criminales y reglas de imputación *también en el Derecho penal de las penas privativas de libertad*. No se trata de volver a un Derecho penal liberal que nunca existió en los términos en que ahora se representa, pero tampoco de aceptar sin reparos el proceso de desnaturalización del sistema de garantías del Derecho penal. Oponerse a la «modernización», por lo demás, en absoluto equivale a propugnar un «Derecho penal de clases»³⁷³ en el que el ladrón convencional

³⁷¹ Una posible caracterización del «*mehrspuriges Strafrecht*» en NAUCKE, «*KritV*», 3/1999, pp. 352-353, con la conclusión un tanto radical de que «*el Derecho penal consta de ámbitos parciales que no guardan relación alguna unos con otros*».

³⁷² El término «modernización» se utiliza aquí en el sentido de HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, pp. 22 y ss.

³⁷³ Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT*, I, 3.^a ed., p. 21, núm. marg. 30.

siga sufriendo una pena, mientras que el delincuente económico o ecológico quedaría al margen del Derecho penal. Concretamente, una oposición a la «modernización» íntegra del Derecho penal no tiene por qué ser merecedora del reproche de atavismo que dirige SCHÜNEMANN a quienes sitúan los delitos contra el patrimonio en el núcleo duro del Derecho penal, mientras que pretenden remitir los hechos lesivos del medio ambiente «en un momento de constante sobreexplotación de los recursos naturales» al ámbito de las infracciones administrativas³⁷⁴. Según entiendo, no se trata de distinguir —ni me parece que nadie lo haya pretendido— según sujetos, sino según hechos y según consecuencias jurídicas. Sobre el significado relativo de los «hechos» —previo a la distinción entre los mismos, a la imposición de consecuencias jurídicas, y a la decisión sobre el régimen aplicable— puede y debe discutirse, obviamente, como ocurre siempre que están en juego valoraciones sociales. Sin embargo, una vez traspasado el filtro anterior, resulta más que clara la necesidad de distinguir los diversos regímenes en función de cuáles sean las consecuencias jurídicas que se decida imponer, pese a su común carácter jurídico-penal.

2. En efecto, seguramente es necesario reiterar que el Derecho penal, dentro de su unidad sustancial, contiene dos grandes bloques de ilícitos. El primero, el de los conminados con penas de prisión. El segundo, el de los que se vinculan a otro género de sanciones. Sentado esto, no parece que exista razón alguna para que el Derecho penal de la pena de prisión deba alejarse del modelo liberal en cuanto a reglas de imputación y garantías político-criminales. La gran trascendencia de la sanción más bien abona la tesis contraria. Ahora bien, también es cierto, como se ha indicado, que la demanda social de protección a través del Derecho penal probablemente no se vería resuelta de un modo funcional con un Derecho penal reducido a su núcleo duro. La ordenada respuesta a la demanda punitiva debe, pues, seguramente resolverse a través de una ampliación del Derecho penal en orden a la protección de intereses que no pertenecían a su ámbito clásico de aplicación. A su vez, es más que probable que tal ex-

³⁷⁴ SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas*, p. 23. Cfr. también en este sentido, MARINUCCI/DOLCINI, «RIDPP», 1999, pp. 814 y ss.

pansión flexibilice reglas de imputación y principios de garantía; pues, dada la naturaleza de los intereses objeto de protección, dicha tutela sería prácticamente imposible en el marco de reglas y principios clásicos. Todo ello no se cuestiona sustancialmente, siempre que tenga lugar en el marco general de lo necesario en términos de prevención de integración y de mantenimiento del máximo nivel de garantías posible en cada caso. Sí se pretende subrayar, en cambio, que *esa ampliación del Derecho penal —de la que se parte como dato constatado— no puede basar su requerida fuerza comunicativa en la imposición de penas de prisión.*

7.3. ¿Derecho penal de dos velocidades? Un punto de partida: el mantenimiento de garantías cualificadas en caso de conminación con penas privativas de libertad

1. Lo específico del Derecho penal vigente en nuestro ámbito cultural es, sin duda, la sanción de privación de libertad³⁷⁵. En efecto, éste es el único tipo de sanción que no puede imponer la Administración (al menos en el sistema español). Ello, naturalmente, dejando al margen el significado simbólico-comunicativo que tiene la intervención de los tribunales penales (y que en principio se mantendría incluso aunque la consecuencia jurídica impuesta fuera una muy distinta de aquélla, como por ejemplo la reparación)³⁷⁶. Por eso, cabría que en un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impusieran penas

³⁷⁵ Ello, aunque dicha sanción se ejecute efectivamente en un número limitado de casos, por la existencia de figuras de suspensión o sustitución.

³⁷⁶ Seguramente, tal fuerza expresiva-comunicativa está relacionada con el viejo Derecho penal nuclear (vinculado a penas de muerte, corporales o de cárcel) y a su referencia a un mínimo ético. Ambos aspectos faltarían en múltiples infracciones del moderno Derecho penal socio-económico. Sin embargo, habida cuenta de la ósmosis existente entre ambos grupos de infracciones en tanto que sometidas a la misma jurisdicción, podría confiarse en el mantenimiento de una relevante capacidad comunicativa, aun en el caso de que las penas que se impusieran fueran —en los delitos económicos en los que se flexibilicen las reglas de imputación o los principios de garantía— distintas de la pena privativa de libertad. Aunque ciertamente tal fuerza comunicativa no fuera de la misma intensidad que la que es propia de la prisión.

más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) se flexibilizaran los criterios de imputación y las garantías político-criminales. La característica esencial de dicho sector seguiría siendo la judicialización (y la consiguiente máxima imparcialidad), a la vez que el mantenimiento del significado «penal» de los injustos y de las sanciones, sin que éstas, con todo, tuvieran la repercusión personal de la pena de prisión ³⁷⁷.

2. El conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (convertido en un indeseable *soft law*) y un Derecho penal mínimo y rígido —seguramente imposible— debe hallar así una solución en el «punto medio» de la configuración dualista ³⁷⁸. En efecto, no parece que la sociedad actual esté dispuesta a admitir un Derecho penal orientado al paradigma del «Derecho penal mínimo». Pero ello no significa que la situación nos aboque a un modelo de Derecho penal máximo. La función racionalizadora del Estado sobre la demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado, funcional y, por otro lado, suficientemente garantista. Así, se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión ³⁷⁹. Por contra, a propósito del Derecho penal económico, por ejemplo, cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de la autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc.) como también de los principios político-criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación ³⁸⁰ o el principio de culpabilidad). Tales principios son susceptibles, en efecto, de una acogida gradual y, al igual que sucede hoy entre el Derecho penal y el

³⁷⁷ Cfr. DONINI, en *La riforma*, pp. 39 y ss., con referencias.

³⁷⁸ La separación de ámbitos es, probablemente, como señalan HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 44, la única forma de impedir que la «modernización» acabe por apoderarse poco a poco de todos los ámbitos del Derecho penal clásico.

³⁷⁹ Muy próximo, CID MOLINÉ, «RAP», 140, p. 144. También, según creo, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 44.

³⁸⁰ Que estos principios admiten una gradualidad lo pone de relieve la diferente taxatividad de unos y otros tipos penales, el diverso alcance de las remisiones normativas, el mayor o menor recurso a elementos valorativos, etc.

Derecho administrativo sancionador, no tendrían por qué ser integrados en idéntica medida en los dos niveles de Derecho penal, con o sin penas de prisión.

3. Ahora bien, sentado lo anterior, debe insistirse en que, hoy por hoy, también los nuevos delitos socio-económicos tienen asignadas en nuestros cuerpos legales penas de prisión (y no precisamente leves); asimismo, que resulta una incógnita el pronosticar la fuerza comunicativa (de definición y estigmatización) de un submodelo de Derecho penal en el que se excluyan las penas de prisión. En relación con lo primero, debe significarse que, en tanto en cuanto los delitos socio-económicos tengan asignadas penas de prisión, no cabe sino estimarlos incursos en el núcleo duro del Derecho penal y rechazar en línea de principio *cualquier* intento de flexibilizar en este ámbito reglas de imputación o principios de garantía. En cuanto a lo segundo, probablemente sea lo cierto que la fuerza definitoria del Derecho penal proviene de su clásica incidencia personal, y no sólo patrimonial, así como de la asociación de sus ilícitos a los hechos más reprochables en términos ético-sociales. En este punto no cabe negar taxativamente la posibilidad de que la distancia de ilícitos y sanciones vaya produciendo también una mayor facilidad de neutralización de la imputación penal en los casos ajenos al núcleo. Pero ello es una hipótesis de futuro con la que no cabe descalificar un presente en el que la fuerza comunicativa del Derecho penal, aunque no lleve aparejada la pena de prisión, parece firme.

4. Para resumir, puede afirmarse que, en la medida en que la sanción sea de prisión, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez, procedería —precisamente por lo dicho— mantener un claro sistema de imputación individual (personal). Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea de prisión, sino privativa de derechos o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal; y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente personal. La ausencia de penas «corporales» permitiría flexibilizar el modelo de imputación ³⁸¹.

³⁸¹ En sentido similar, EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e «mediazione»*, en PICOTTI (ed.), «La mediazione nel sistema penale minorile», Padova.

Con todo, para dotar de sentido a este nivel sí sería importante que la sanción se impusiera por una instancia judicial penal, de modo que retuviera (en la medida de lo posible) los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólico-comunicativa propios del Derecho penal.

5. En conclusión, puede afirmarse que ciertamente existe, como se indicara al principio, un espacio de expansión razonable del Derecho penal. El espacio de la *expansión razonable* del Derecho penal de la pena de prisión viene dado por la existencia de conductas que, por sí solas, lesionan o ponen en peligro real un bien individual; eventualmente, cabe admitir lo mismo a propósito de bienes supraindividuales, siempre que sea la conducta del concreto sujeto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real ³⁸². En este ámbito, además, la razonabilidad de la expansión requeriría la plena salvaguarda de todos los criterios clásicos de imputación y principios de garantía. Al margen de lo anterior, puede admitirse *resignadamente* ³⁸³ la expansión —ya producida— del Derecho penal a ilícitos de acumulación o peligro presunto, esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales (e incluso supraindividuales, si es que éstos se conciben con un mínimo rigor). Pero la admisión de la *razonabilidad* de esta segunda expansión, que viene acompañada de los rasgos de flexibilización reiteradamente aludidos, exigiría ineludiblemente que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión. En la medida en que esta exigencia no es respetada por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, por el momento, la expansión del Derecho penal carece, en mi opinión, de la requerida razonabilidad político-jurídica.

1998, pp. 61 y ss., 79: «... può essere che ragioni di garanzia del cittadino recepite in modo particolarmente intenso nelle procedure tipiche del sistema penale, nonché esigenze di speciale autonomia e imparzialità dell'organo deputato a giudicare in determinate materie o, in genere, esigenze di prevenzione generale, rendano opportuna -anche in aree estranee al suo nucleo originario- la competenza del diritto (e della magistratura) penale».

³⁸² Esto es, sin efectuar análisis alguno de acumulación o repetición.

³⁸³ Y por las razones *supra* señaladas.

8. ¿TERCERA VELOCIDAD DEL DERECHO PENAL? SOBRE EL «DERECHO PENAL DEL ENEMIGO»

1. En lo anterior han quedado caracterizadas las que, a mi juicio, serían las «dos velocidades» del Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal «de la cárcel», en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una «tercera velocidad» del Derecho penal, en la que el *Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales*.

2. Como puede fácilmente derivarse de lo expuesto en páginas anteriores, un Derecho penal de la «tercera velocidad» *existe* ya, en amplia medida, en el Derecho penal socio-económico. Y, como puede también desprenderse de lo manifestado más arriba, mi punto de vista es que, en este caso, su ámbito debe reconducirse ya a la primera, ya a la segunda velocidad mencionadas. Ahora bien ¿significa esto que no debe quedar espacio alguno para un Derecho penal de *tercera velocidad*? Esto es ya más discutible, si tenemos en cuenta la existencia, al menos, de fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado. Sin negar que la «tercera velocidad» del Derecho penal describe un ámbito que debería ser deseablemente reducido a la mínima expresión, aquí se acogerá con reservas la opinión de que la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del

Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos *excepcionales* y por tiempo limitado, inevitable.

3. La cuestión anterior guarda una estrecha relación con el denominado, desde la difusión de esta terminología por JAKOBS, «Derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*)³⁸⁴, que se contrapone al de los ciudadanos (*Bürgerstrafrecht*)³⁸⁵. Si nos atenemos a la definición de este autor, el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según JAKOBS, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales³⁸⁶.

4. Ahora bien, si lo característico del «enemigo» es el abandono duradero del Derecho y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta, entonces parecería que el modo de afrontarlo sería el recurso a medios de aseguramiento cognitivo que no tendrían la naturaleza de penas. El tránsito del «ciudadano» al «enemigo» se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructu-

³⁸⁴ Cfr. su artículo *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico* —1985— (trad. Peñaranda), en «Estudios», pp. 293 y ss., 298, donde ya caracteriza al Derecho penal de enemigos como uno que optimiza la protección de bienes jurídicos, mientras que el de ciudadanos optimiza las esferas de libertad. Comentarios a dicho texto en KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt, 1989, pp. 177 y ss.

³⁸⁵ Derecho penal de ciudadanos, al que, en el planteamiento aquí propuesto, pertenecen la primera y la segunda velocidad.

³⁸⁶ Cfr. el manuscrito de JAKOBS, *Die Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*. Asimismo, la descripción y las observaciones críticas de SCHULZ, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum «Feindstrafrecht»*, «ZStW», 112 (2000), pp. 653 y ss., 659 y ss.

radas. Y en este tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad³⁸⁷, a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo. El Derecho del enemigo —cabría pensar— sería, entonces, ante todo el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos³⁸⁸. Ello, aunque tales medidas se mostraran en ocasiones bajo la apariencia formal de penas. Expresado de otro modo, no habría un Derecho «*penal*», en sentido estricto, de enemigos.

5. Sin embargo, probablemente el ámbito de los «enemigos», caracterizado hasta ahora por la ausencia de la «seguridad cognitiva mínima» de las conductas, muestra además en algunos casos una dimensión adicional, complementaria, de negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia. A la vez, en casos de esta naturaleza (criminalidad de Estado³⁸⁹, terrorismo, criminalidad organizada) surgen dificultades adicionales de persecución y prueba. De ahí que, en estos ámbitos, en los que la conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma en concreto, sino todo el Derecho como tal, pueda plantearse la cuestión del incremento de penas de prisión, a la vez que la de la relativización de las garantías sustantivas y procesales. Ahora bien, en todo caso, conviene subra-

³⁸⁷ Cfr. DENCKER, *Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? -Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung-*, «StV», 1988, pp. 262 y ss., 263. subrayando este aspecto, e identificando consiguientemente «Feindstrafrecht» y «Gefährlichkeitsstrafrecht»: «... es geht nicht in erster Linie um die Ahndung einer vorwerfbaren Sozialschadensverursachung, sondern um vorbeugende Ausschaltung der Gefahrenquelle, die der so als gefährlich definierte Mensch darstellt» (p. 264).

³⁸⁸ En realidad, las medidas de seguridad para delinquentes imputables peligrosos (en concreto, para los habituales) surgen para hacer frente, en la terminología de VON LISZT, a los «enemigos fundamentales del orden social». El Derecho penal del enemigo no es, por tanto, algo nuevo, sino, por el contrario, ya muy patente en el primer tercio del siglo XX. Cfr. la clara exposición de MUÑOZ CONDE, *Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar*, «Doxa», 15-16 (1994), pp. 1025 y ss., 1031 y ss.

³⁸⁹ NAUCKE, *Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität*, «Festschrift für G. Bemmman», Baden-Baden, 1997, pp. 74 y ss., 81 y ss., defiende la existencia de un Derecho penal de enemigos para la criminalidad de Estado o de Gobierno, en el que no rijan los principios de legalidad o irretroactividad.

yar que el Derecho penal de la tercera velocidad no puede manifestarse sino como el instrumento de abordaje de hechos «de emergencia»³⁹⁰, siendo expresión de una especie de «Derecho de guerra»³⁹¹ en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción.

6. Constatada la existencia real de un Derecho penal de tales características —sobre lo que no parece que pueda plantearse duda alguna—, la discusión fundamental versa sobre la legitimidad del mismo. Ciertamente ésta habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia³⁹², en un marco de emergencia. Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo «Derecho» o es ya, por el contrario, un «no-Derecho», una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos «excluidos». Tratándose de reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves, que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho penal «de la normalidad»³⁹³, seguramente cabría admitir que, aunque en el caso del Derecho penal de la tercera velocidad nos hallemos ante un «mal»³⁹⁴, éste pueda ser el «mal menor». Pero es evidente que esta justificación obliga a una revisión permanente y especialmente intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulaciones de esa índole. Pues bien, en mi opinión eso no está sucediendo, sino que los Estados, por el contrario, van acogiendo con

³⁹⁰ Cfr. el análisis crítico de FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 820 y ss., 828 y ss.

³⁹¹ A este respecto, no deja de ser gráfico que algún autor haya puesto de manifiesto que la criminalidad organizada ha pasado a desempeñar en nuestras sociedades occidentales el papel que durante las décadas de la llamada «guerra fría» representó el Pacto de Varsovia. Cfr. HANSEN, *Eine Wiederkehr des «Leviathan»?* *Starker Staat und neue Sicherheitsgesellschaft*, «KritJ», 1999, pp. 231 y ss., 239.

³⁹² Cfr. DENCKER, «StV», 1988, p. 266.

³⁹³ SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik für Menschen*, Frankfurt, 1991, p. 240: «Wie in aller Welt ist zu gewährleisten, daß der Einsatz der scharfen Methoden auch wirklich nur den bösen «Feind» trifft?»

³⁹⁴ Todo el Derecho penal es un mal, pero aquí, por las especiales características del fenómeno, debería resaltarse esta dimensión de «mal».

comodidad la lógica, que MOCCIA criticara con agudeza ³⁹⁵, de la «perenne emergencia». A la vista de dicha tendencia, no creo que sea del todo aventurado pronosticar que el círculo del Derecho penal de los «enemigos» tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer.

³⁹⁵ Cfr. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2.ª ed., Napoli, 1997, *passim*.