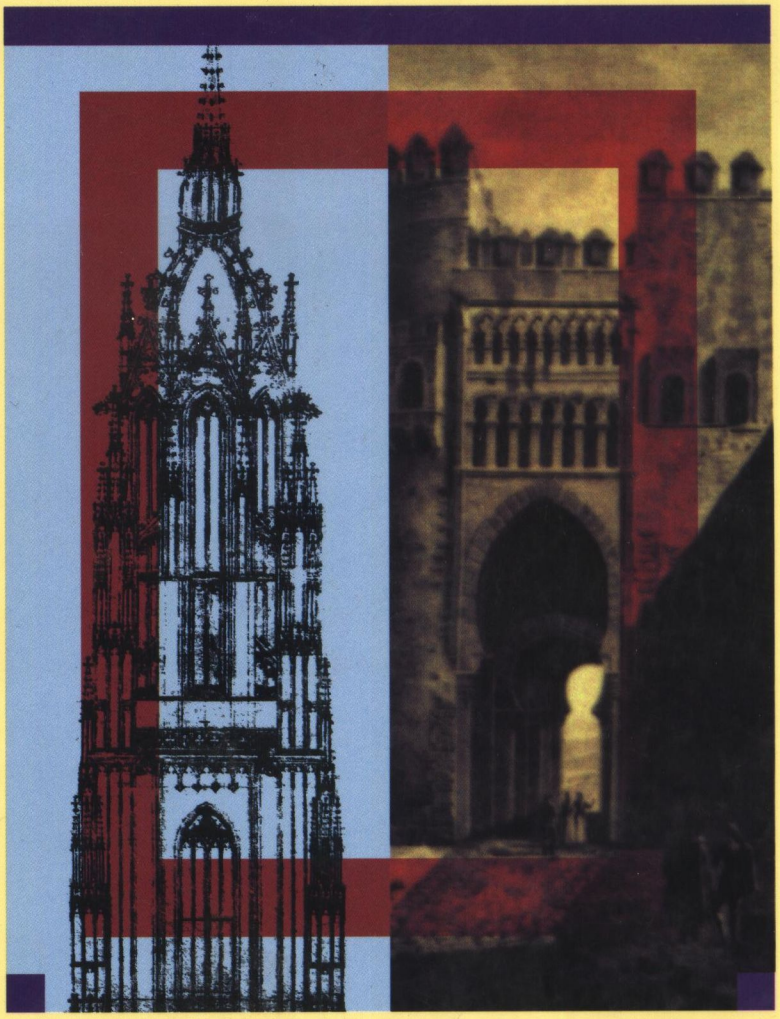
Esta es una copia privada hecha sólo para fines educativos.

PROHIBIDA SU VENTA



CRÍTICA Y JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL CAMBIO DE SIGLO

Coordinadores:
Luis Arroyo Zapatero
Ulfrid Neumann
Adán Nieto Martín

COLECCIÓN
ESTUDIOS

CRÍTICA Y JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL CAMBIO DE SIGLO

El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt

CRÍTICA Y JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL CAMBIO DE SIGLO

El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt

Coordinadores:

Luis Arroyo Zapatero
Ulfrid Neumann
Adán Nieto Martín

Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha
Cuenca, 2003

CRÍTICA y justificación del derecho penal en el cambio de siglo : el análisis crítico de la escuela de Frankfurt / coordinadores, Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín.– Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003
320 p.; 24 cm.- (Estudios ; 91)
ISBN 84-8427-259-1
Actas del Congreso «Crítica y justificación del Derecho penal», celebrado en Toledo los días 13-16 de abril de 2000
1. Derecho penal – Congresos y asambleas 2. Escuela de sociología de Frankfurt – Congresos y asambleas I. Arroyo Zapatero, Luis, coord. II. Neumann, Ulfrid, coord. III. Nieto Martín, Adán, coord. IV. Universidad de Castilla-La Mancha, ed. V. Serie
343:316.257(063)

Esta edición es propiedad de EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA - LA MANCHA y no se puede copiar, fotocopiar, reproducir, traducir o convertir a cualquier medio impreso, electrónico o legible por máquina, enteramente o en parte, sin su previo consentimiento.

© de los textos: sus autores.
© de la edición: Universidad de Castilla - La Mancha.

Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha .
Director: Pedro C. Cerrillo.
Colección ESTUDIOS nº 91.
1ª ed. Tirada: 500 ejemplares

Diseño de la colección: García Jiménez
Diseño de la cubierta: C.I.D.I. (Universidad de Castilla-La Mancha)

I.S.B.N.: 84-8427-259-1
D.L.: CU-201-2003
Realiza Río Henares. S.L
Preimpresión: Río Henares, S.L.
Impreso en España - *Printed in Spain*

ÍNDICE

Presentación

Winfried HASSEMER 11

Luigi STORTONI 13

Luis ARROYO ZAPATERO 17

Ciencia y Política del Derecho penal

Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho penal
Jesús María SILVA SÁNCHEZ 25

Dogmática penal y política criminal desde una perspectiva europea
Vincenzo MILITELLO 41

La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico
Massimo DONNINI 69

La influencia de las Ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de intereses penales
Guillermo PORTILLA CONTRERAS 99

Justificación de la pena

Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena
Andrew VON HIRSCH 125

El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena
José Luis DÍEZ RIPOLLÉS 147

¿Qué justificación para la pena? Las modernas instancias de la política criminal entre la crisis de los paradigmas preventivos y los desencantos científicos
Fausto GIUNTA 173

Alternativas al Derecho penal

Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias?
Mercedes GARCÍA ARÁN 191

Alternativas al Derecho penal
Ulfrid NEUMANN 201

Alternativas al Derecho penal
Juan Carlos CARBONELL MATEU 215

Futuro del Derecho penal

El Derecho penal del futuro
Lothar KUHLEN 225

El futuro del Derecho penal
Nicola MAZZACUVA 231

Sociedad de riesgos y Derecho penal

Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo
Gonzalo QUINTERO OLIVARES 241

Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo (Perspectivas más allá del Derecho penal)
Félix HERZOG 249

Sociedad del riesgo y derecho penal
Cornelius PRITTWITZ 259

Derecho penal y riesgos tecnológicos
Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ 289

Conclusiones finales

Francisco MUÑOZ CONDE 301
Francesco PALAZZO 307
Claus ROXIN 317

PRESENTACIÓN

Prof. Dr. Dr. h. c. Winfried Hassemer*
Universidad de Frankfurt

Hemos preparado estas jornadas durante mucho tiempo y a su vez la preparación tuvo una larga fase preliminar. Mis primeros contactos con la Ciencia penal española se remontan al tiempo en que acababa de romper las cadenas del derecho penal franquista. En aquel momento los jóvenes penalistas españoles buscaron contactos con un modo y forma de abordar el derecho penal que superara las estrictas cuestiones dogmáticas y estuviera dotado de fundamentos procedentes de las Ciencias sociales y del Derecho constitucional. Estos contactos los encontraron sobre todo en los colegas de Frankfurt y de ellos surgieron pronto animados encuentros científicos tanto en España como en Alemania, de los que existe en buena medida constancia bibliográfica. Por ello este planeado viaje a Toledo de los colegas de Frankfurt, representa algo así como un retorno a las fuentes. Tampoco es casualidad que a estas Jornadas asista un elenco de penalistas italianos. Los contactos con Italia también fueron siempre importantes para nosotros y han conducido igualmente a publicaciones conjuntas.

La idea concreta de presentar a la «Escuela de Frankfurt» en un marco científico cualificado arranca de un intercambio de cartas con Klaus Lüderssen hará un par de años. El proyecto era evidenciar por primera y, al mismo tiempo, por última vez la *Frankfurter Schule*. Aunque siempre hemos negado el sentimiento de pertenecer a una escuela, cosa que algunos hoy todavía hacen, ello no ha impedido que los colegas extranjeros hablen de ella e igualmente que en el Tratado de Parte General de Claus Roxin se mencione a la Escuala de Frankfurt. Estas «experiencias» si bien no han hecho sucumbir nuestra resistencia si que la han reblandecido. Y aquí estamos, en Toledo, para discutir si hay una Escuela de Frankfurt y de qué se ocupa.

En Frankfurt obviamente hemos hablado mucho sobre qué es lo que realmente nos une. Visto desde fuera es seguramente el Seminario que, desde mitad de los años setenta, celebramos cada jueves con nuestras colaboradoras y colaboradores. Los viajes y la participación en discusiones tanto en Alemania como en el extranjero, también nos han reagrupado a algunos con frecuencia y proporcionado discusiones especialmente intensas, experiencia ésta que seguro han tenido otros colegas. La intensidad de nuestros desencuentros

---

* Trad. Adán Nieto Martín. UCLM

dialécticos, algo que traemos de Frankfurt, ha impresionado en ocasiones a otros colegas hasta el punto de preguntarse, cuando discutimos tan acaloradamente, qué tenemos en Frankfurt unos contra otros.

Desde dentro, tengo la impresión de que existen dos particularidades que diferencian nuestra forma de ocuparnos de la Ciencia del derecho penal de otros métodos científicos.

Por un lado, la introducción en el Derecho penal de saberes vecinos, algo que para nosotros siempre ha resultado evidente y que comenzó con una afortunada política de «ocupaciones» en el departamento de Frankfurt, que se preocupó porque al lado de la dogmática del derecho material y formal, estuvieran presentes, según el interés, la historia y la teoría del derecho penal, la psicología, el psicoanálisis y las Ciencias sociales. Siempre estuvo también fuera de toda discusión que no resulta suficiente con ocuparse de estas ciencias próximas y adicionarlas a los conocimientos de Derecho penal, sino que se trataba de integrarlas. Con este fin hemos efectuado muchos esfuerzos que seguimos realizando bajo formas distintas.

La segunda característica de la Escuela de Frankfurt es la profunda convicción de que se ha de ser extremadamente cauteloso con la política interior que se efectúa a través de los instrumentos penales. Forman parte de nuestras tradiciones científicas principios como que el derecho penal debe considerarse la última ratio, que ha de preservar su carácter fragmentario y que otros ámbitos jurídicos deben utilizarse conjuntamente con el derecho penal para la protección de bienes jurídicos.

A lo largo de los años, ambas tradiciones, la más amplia definición del ámbito de dominio del «Derecho penal» y la reserva en la utilización de los instrumentos jurídico penales, nos han acompañado en nuevos escenarios y proporcionado nuevas iluminaciones. Lo cual resultaba obligado, pues se trata de principios al mismo tiempo fundamentales y políticos. Es mi convencimiento personal que estos deben continuar vigentes. Habrá que discutir en estas jornadas, cuáles son sus claves actuales.

Con lo anterior probablemente se ha evidenciado si realmente existe algo así como un «Derecho penal frankfurtiano». Con toda seguridad podríamos indicar al respecto que hay tres «Escuelas de Frankfurt»: la filosófica, la de los caricaturistas y, en Frankfurt del Oder, la de los boxeadores. Veamos hasta donde llegamos.

Prof. Dr. Luigi Stortoni*
Universidad de Bolonia

1. Es verdaderamente oportuno, en el umbral del 2000, replantearse los interrogantes de fondo del Derecho penal para verificar de nuevo su papel y su razón de ser.

No es sólo una sensación el hecho de que los cambios lentos pero inexorables tienen lugar sin que se obtenga una percepción completa de ello. Efectivamente, cuando estos cambios afectan precisamente a la justificación del instrumento penal, entonces inciden en las relaciones del Derecho penal con la política criminal por un lado y con la ciencia penal y las ciencias sociales por el otro, y la propia función de la pena entra en crisis poniéndose en cuestión su propia superación, y en consecuencia, también la obsolescencia del propio Derecho penal.

Este congreso está dedicado precisamente a este tipo de problemas y se articulará en distintos temas que se debatirán en sesiones específicas.

2. A pesar de que la observación de la situación actual de los diversos sistemas penales –sobre todo de los europeos– no ofrece un cuadro homogéneo, si que permite, a mi modo de ver, individualizar algunos datos comunes que me parecen relevantes en relación con nuestro tema. Si bien de modo aproximativo y con inevitable imprecisión, creo que se pueden detectar algunas contradicciones que podrían esquematizarse del siguiente modo:

a) En el ámbito del Derecho positivo, se puede advertir una tendencia a la ampliación del área de la incriminación sin que le siga un aumento real de la represión efectiva. Es decir, a la hipertrofia del sistema penal no le sigue una mayor eficiencia del instrumento penal, sino que, al contrario, la relación entre los dos factores tiende a invertirse.
b) Consecuentemente, la pena privativa de libertad constituye cada vez más una amenaza incumplida.
c) La legislación penal y la política criminal tienden a no tener en cuenta las ciencias sociales y los resultados de las investigaciones criminológicas.
d) La jurisprudencia y la doctrina tienden cada vez más a separar sus caminos y a ser recíprocamente impermeables.

---

* Trad. María José Pifarré Moner. Universidad Pablo de Olavide.

Es necesario afrontar y explicar estas contradicciones; limitarse a hablar de esquizofrenia del sistema, además de ser estéril, cierra toda perspectiva. Ésta es –creo– la problemática que está sobre la mesa y que deberemos afrontar.

Esta sede introductoria no es la adecuada para desarrollar análisis ni para intentar dar respuestas; por lo tanto, haré sólo algunas brevísimas observaciones en clave interrogativa y problemática. Siguiendo la misma línea esquemática y con referencia a las «contradicciones» antes mencionadas:

a) Me pregunto si el hecho de que se esté extendiendo una penalización eminentemente *formal* en lugar de *efectiva* no es síntoma de una mutación en la función del Derecho penal, de una tendencia a transferir desde el plano *coercitivo* al *simbólico* las funciones de control social que éste ejerce, al menos respecto a aquellos sectores del sistema que no conciernen a su núcleo histórico y/o natural y/o clásico, pero que –no casualmente– son los afectados por el fenómeno de la «panpenalización».

   El Derecho penal ya no debe (o ya no debe únicamente) castigar, sino *infundir confianza* en la colectividad e incluso *educarla*; siendo así, estas funciones de *tranquilización* y de *pedagogía* no pueden más que provocar una extensión del ámbito que debe ser cubierto por el Derecho penal.

   Si el Derecho penal debe orientar los comportamientos personales y sociales conforme a valores, no podrá limitarse a reprimir los hechos dañosos para la convivencia civil. De ello se deriva, por un lado, que no podrá ser *«mínimo»* y además, por el otro, que para satisfacer esas exigencias puede no ser *«efectivo»*.

   La novedad, sin embargo, no es tanta ni se encuentra sólo en esto: desde siempre, si bien de modo subrepticio y negado –y ciertamente en una medida más contenida– el Derecho penal ha desempeñado *también* estas funciones. Lo que hoy se puede observar es una tendencia a descubrir este dato y a reivindicar abiertamente su legitimidad.

   La misma conclusión se puede extraer del tenor de los textos legales, a menudo *expositivos* en lugar de *preceptivos*, y de las exposiciones de motivos que los acompañan. Asimismo, la propia doctrina no se limita a constatar este dato sino que además tiende a aceptarlo y a legitimarlo.

b) Si esta hipótesis tiene realmente alguna base, podrá iluminar también la segunda cuestión, que es la que concierne a la crisis de la pena privativa de libertad. En un Derecho penal simbólico, o mejor dicho, en los sectores del sistema penal que revisten tal carácter, la

pena privativa de libertad es necesaria como previsión abstracta pero no lo es en su efectiva aplicación. La prevención general se realiza con la amenaza y con el efecto estigmatizante de «lo penal».

Se trata de una «pena privativa de libertad abstracta» que otorga la calificación de «penal» al hecho, que así tiene la capacidad de etiquetar potencialmente al sujeto. Es aquí donde se encuentra su efecto disuasorio, que hace que la pena efectiva sea cada vez menos necesaria.

c) El propio alejamiento progresivo entre la legislación penal y las ciencias sociales y criminológicas se hace quizá más fácilmente comprensible en este mismo contexto. La interrelación entre estos datos y la posterior aplicación de las aportaciones de las ciencias sociales a la política legislativa tienen como objetivo precisamente la calidad y la eficiencia del sistema; sin embargo, ésta última pierde su razón de ser en un Derecho penal simbólico. En otras palabras y con una consciente simplicidad: si el objetivo es la efectiva represión del crimen, el conocimiento de este fenómeno es esencial; si, por el contrario, la finalidad es la de infundir confianza y educar, los datos de referencia deberán ser otros diferentes que sean homogéneos a estas funciones.

d) De ahí la posible crisis de la ciencia penal y de sus relaciones con la jurisprudencia. La ciencia penal, como hermenéutica y como dogmática, es un instrumento de interpretación y racionalización del sistema y por naturaleza propia tiende a buscar su mejor funcionamiento. Allí donde su objetivo sea distinto será inevitable su crisis y/o su «reconversión».

De este modo, el camino de la ciencia penal puede separase del de la jurisprudencia, la cual, debiendo satisfacer las expectativas que las nuevas funciones del Derecho penal le imponen no pretenderá tanto garantizar la mejor aplicación de éste como la ejemplaridad de sus pronunciamientos.

3. La realidad es sin embargo mucho más compleja; las inevitablemente resumidas observaciones que hasta aquí he formulado tienen que ser a su vez confrontadas con otros datos que parecen ser de signo contrario. Principalmente el hecho de que, a pesar de todo lo dicho, las cárceles están muy lejos de estar vacías.

¿Cómo se puede conciliar este dato con las hipótesis antes formuladas? ¿Revela esto que son infundadas o bien se puede afirmar que puede haber una explicación que nos muestre que esta contradicción es sólo aparente?

Se podría llegar quizas a una explicación analizando la composición de la población carcelaria, compuesta (porcentualmente) en su mayor parte por autores de delitos de modesta entidad relacionados con la droga y de delitos

contra el patrimonio siempre conexos a la tóxicodependencia, y teniendo en cuenta que los detenidos, además, son en gran parte extracomunitarios. Indudablemente, en estos sectores de desviación, la represión penal pretende ser efectiva.

4. Nos queda todavía el momento valorativo: es necesario preguntarse si esta situación es satisfactoria o si, por el contrario, pone de relieve vicios que no quedan adecuadamente compensados por las ventajas correspondientes.

A este respecto, me parece difícilmente discutible que el balance costes-beneficios de un modelo de Derecho penal que por abreviar llamaré «simbólico» es más bien negativo, y ello desde varios puntos de vista: en primer lugar y en un plano, por así decirlo, general y ético, porque confía al Derecho penal y por tanto a un instrumento coercitivo una misión pedagógica que contradice la naturaleza de ese instrumento, situándolo más en una lógica autoritaria que en una tolerante y democrática. Por otro lado, es bien sabido que las normas penales inspiradas en un modelo de este tipo y dirigidas a secundar sus fines tienden inexorablemente a perder en concreción y taxatividad con grave peligro para la libertad del ciudadano.

El Estado democrático de Derecho debe por tanto reconducir el Derecho penal a su cauce natural para satisfacer así la exigencia de tutela efectiva de las reglas de la convivencia civil, garantizando al mismo tiempo los derechos del ciudadano frente a la intervención penal del Estado.

5. Las decisiones –en algunos aspectos radicales– que es necesario tomar para el futuro deberán ser aún más claras teniendo en cuenta el actual contexto histórico de Europa.

En el momento en que avanzamos hacia un Derecho penal europeo –y utilizo este término del modo más genérico posible, sin entrar en la amplia temática que le subyace y sobre la cual ya discutimos precisamente aquí en Toledo hace dos años–, es especialmente importante que sea clara la opción que se tome, tanto en cuanto al modelo que se pretenda proponer a nivel europeo a cada uno de los ordenamientos estatales, como en cuanto a un eventual –y no podemos saber hasta qué punto utópico– código penal europeo.

Por desgracia –y con ello expongo sólo mi propia valoración personal– no parece infundado que la lectura de los textos normativos penales comunitarios, a menudo poco taxativos y ricos precisamente en aquellos modelos «simbólicos» a los que me he referido, suscite algún motivo de preocupación. Por ello, la reflexión que en este congreso nos proponemos efectuar para el futuro y para el Derecho penal del tercer milenio en el que ya hemos entrado es más importante que nunca.

Luis Arroyo
Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha
Presidente de la Societé Internationale de Defense Sociale

El origen de la amistad personal y científica de Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde se pierde en la noche de los tiempos –por lo menos de nuestros tiempos– y ha dado luz a intercambios científicos y personales, a publicaciones conjuntas, a traducciones y a textos recreados. Ha dado lugar también a la idea de este simposio, cuyo subtítulo es tan significativo como el propio título: Crítica y justificación del Derecho penal, por una parte, y análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, por otra.

La idea era tanto más conveniente cuanto la dinámica natural del calendario está provocando encuentros con el cambio de milenio por motivo. Para nosotros, este cambio de milenio no es motivo, sino mera ocasión para una reflexión sobre la situación del Derecho y de la Ciencia del Derecho penal en un momento muy cualificado de su evolución, al que luego me referiré.

La idea de Hassemer y Muñoz Conde necesitaba tan sólo un instrumento doloso, que espero sea también cualificado, y aquí estamos para ello los penalistas de la Universidad de Castilla-La Mancha, para servirles a ustedes en Toledo.

Los congregados como intervinientes constituyen una buena selección de los penalistas alemanes, italianos y españoles de este tiempo, que auguran éxito a nuestra reflexión, que hemos nucleado en torno a temas clásicos y desde una preocupación común: la llamada escuela de Frankfurt.

Se dice que la Escuela de Frankfurt no existe. No importa, en Toledo estamos acostumbrados a cultivar una escuela que ni existe ni existió: la Escuela de Traductores de Toledo. En efecto, no hubo nunca un lugar preciso, ni unos protagonistas organizados conforme a principios filológicos y académicos homogéneos. Pero existieron los traductores, y operaron durante doscientos años en esta ciudad sin más vínculo que la persona del Arzobispo y del Rey, sobre todo Alfonso X el Sabio; "Deutscher Kaiser".

Los manuscritos traducidos en Toledo sí fueron una viva realidad y el saber clásico de Roma y Grecia, que había desaparecido del suelo europeo, empujado hacia el espacio de los persas sasámidas. Recorrió todo el norte de África y regresó a Europa a través de Córdoba y Toledo, y en Toledo –de la mano de aquellos equipos conjuntos de árabes, judíos y cristianos, reconstruyeron el saber que consideramos la esencia diferencial de Europa, y así los textos latinos de Platón y Aristóteles que enardecieron a Abelardo y Eloisa en

los albores de la Universidad de París fueron textos compuestos en Toledo. La Escuela de Traductores no existió como tal, pero sí los traductores y su obra. Gonzalo Menéndez Pidal nos ha dicho que lo que sí existió de la Escuela de Traductores fue un "estilo" de trabajo filológico. Creo que esto es lo que ocurre también con la Escuela de Frankfurt: es un estilo de trabajo y de enfoque del Derecho penal, del delito y del quehacer científico, un estilo presidido por vicisitudes toledanas como la tolerancia y la libertad de pensamiento y por la virtud de la libre asunción del riesgo científico, siempre en la dirección del progreso social.

De lo que digo es buen ejemplo la convivencia, amistad y trabajo innovador de los tres *senior* de Frankfurt: Naucke, Lüdderssen y Hassemer. Clasicismo, reforma y revolución son cualidades que se pueden atribuir a los tres, si bien cada uno las protagoniza de forma diferenciada. Tenemos otros *senior*: Muñoz Conde, Stratenwert, Marinucci, Palazzo, Gonzalo Quintero, todos ellos, franfurtianos o no, presididos por el *senior* a quien todos respetamos como el maestro más cualificado de la renovación del Derecho penal de la segunda mitad del siglo XX, el profesor Claus Roxin.

Los demás son de otra generación. Ortega y Gasset, gran aficionado a Toledo, decía que 15 años son los que suelen separar una generación cultural o intelectual de otra. Pues bien los demás acompañantes a este Seminario se caracterizan por el hecho de que cuando a fines de los 70 llegaron a Alemania a estudiar sus doctorados, Roxín, Naucke, Stratenwert, Hassemer, etc., eran ya libros sólidamente encuadernados y hemos tenido así el privilegio de aprender de la mejor y más numerosa generación de penalistas alemanes. Y para nosotros ha sido un privilegio personal e intelectual disfrutar de ella. Sólo espero que al positivo valor de esta conducta (*positiven Handlungswert*) le siga también un positivo valor del resultado (*Erfolwert*).

He dicho antes que el momento del calendario coincide con un momento material, una situación del derecho penal cuya sostenibilidad se discute, sobre todo desde Frankfurt, lugar donde incluso se combate ferozmente el Derecho penal actual, al que se des-califica como "moderno".

Efectivamente, la situación del Derecho penal es prerrevolucionaria respecto de un Derecho penal clásico, si por tal entendemos el Derecho penal acuñado durante el siglo XX, en especial tras la segunda guerra mundial y hasta finales de los 80. El Derecho penal se depuró conforme a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales sin perjuicio de los espacios excepcionales de legislación, de emergencia, ligados fundamentalmente al terrorismo. La Dogmática Jurídica, el gran instrumento de la seguridad jurídica y de las garantías y del respeto a la ley en la aplicación de la justicia penal se abrió metodológicamente a las necesidades y objetivos de la política criminal, lo que, a su vez, favoreció el protagonismo de las ciencias sociales en la aplica-

ción de la justicia penal y en la construcción de la crítica y del sistema. Los excesos del mito de la resocialización o del *labelling aproach* fueron depurados y lo mejor de ellos digeridos por el sistema.

Y cuando creíamos que habíamos llegado al final de la Historia, en el sentido de Fukuyama, nos encontramos ante o sobre un suelo nuevo y ante nuevos enfoques metodológicos.

El enfoque metodológico nuevo es sin duda el funcionalismo penal, que creo que es el enfoque penal más consecuente con la ideología del fin de la historia y con su arrogante creencia de que los valores ya están asentados y garantizados.

El nuevo suelo es también realmente nuevo frente a la singularidad excepcional de las leyes e institutos de emergencia –pervivan más o menos tiempo en la legislación–, pues se abren paso nuevas formas de criminalidad de difícil aprensión o manejo por las categorías dogmáticas clásicas, como es todo el fenómeno de la criminalidad organizada.

Por otra parte, el suelo penal se ha extendido a nuevas y numerosas zonas tradicionalmente libres de Derecho penal. La delincuencia económica es el ejemplo más evidente y de mayor dimensión.

Por último, el fenómeno de la Unión Europea ha puesto sobre la mesa del legislador europeo y de los legisladores nacionales la posiblemente inevitable tarea de construir un Derecho penal europeo, que comienza de momento con el derecho penal económico, que reclama su propia parte general y renovadas categorías dogmáticas, pero que sitúa a los penalistas ante el vértigo de un Derecho penal intercultural.

Ante esta situación caben dos opciones básicas: o levantar trincheras contra el "moderno" Derecho penal, o intentar montar y conducir ese caballo nervioso de los modernos fenómenos materiales que impulsan el sistema penal.

Yo soy de los que creen que la guerra de trincheras siempre se pierde y prefiero correr el riesgo de montar el brisco caballo del moderno Derecho penal.

Y por otra parte, ahora que por lo menos en España comienzan –y de la mano del moderno Derecho penal– a visitar las cárceles los que quedaban exentos de la imperiosa majestad del *ius puriendi* y comienzan a encontrarse en ellas con los que viven bajo los puentes, yo no me quiero perder el espectáculo de ese moderno Derecho penal.

Puede decirse de otra manera menos personal: en un tiempo en que la economía y el crimen se globalizan yo creo que también debe globalizarse el Derecho penal, y me gustaría acompañar esa globalización con el bagaje de principios fundamentales y sus categorías dogmáticas que constituyen nuestro patrimonio político y cultural.

Pero todo esto es lo que será nuestro tema de discusión. Les deseo una feliz y fructífera estancia en Toledo y en nuestra Universidad.

Adenda en vísperas de una guerra

Al tiempo de corregir las últimas pruebas de este libro, en marzo de 2003, nos encontramos en vísperas de una guerra ilegal e injusta, declarada por el país más poderoso de la tierra, inspirada en un fundamentalismo de los intereses económicos y geoestratégicos de la misma, con ruptura del orden jurídico internacional del que nos dotamos los pueblos del mundo tras la II Guerra Mundial, con daños colaterales de efectos conocidos, como la crisis de la Unión Europea, y otros sólo intuidos e incalculables. El aparato conceptual ideológico de los señores de la guerra se ha revestido del lenguaje del Derecho penal, entre la legítima defensa, el estado de necesidad y la pena retributiva y las medidas de seguridad. Todo ello previamente elaborado, pero aflorado con motivo y ocasión del crimen del 11 de septiembre de 2001, pero ya con el caldo de cultivo de una política criminal bien acuñada de "tolerancia cero", encarnada precisamente por el alcalde de la Ciudad de Nueva York, Rudolph Giuliani, el mismo que recientemente se ha ofrecido al Presidente de Estados Unidos para, en el caso de que Bin Laden llegue a ser prendido, ejecutar sobre él y con sus propias manos la pena de muerte, para dar así ejemplo a todos.

Todo ello se ha acompañado de la construcción y de un Derecho penal ultra militar, de la invención en Guantánamo de un sistema penitenciario sin proceso y sin derechos, de la recuperación, incluso legislativa, de la autorización para matar al margen de cualquier proceso.

A su vez, en toda Europa, los fenómenos migratorios han sido ocasión para que afloren los sentimientos racistas y xenófobos en la esfera política y electoral, provocando reacciones legislativas inspiradas en el falso paradigma de la relación entre inmigración e incremento de la criminalidad. Lo que unido a la preocupación por las nuevas formas del terrorismo internacional ha dado lugar a espectaculares reformas penales, que representan profundos saltos atrás en el progreso jurídico penal.

En España, a caballo de la pervivencia del Terrorismo de ETA y de la incompetencia política y policial para acabar con él, estimulada por fracasos políticos de otros órdenes, se lleva a cabo en estos meses una contrarreforma penal de resultados materiales bien graves, además de con efectos simbólicos, y a la vez que se reinventa la cadena perpetua se suprimen los beneficios penitenciarios hasta hacer irreconocible el Derecho penal y penitenciario de la resocialización. Lo que me resulta más lacerante es la expresión gubernamental de que "en España resulta muy barato matar", que desconoce o encubre que la visualización social de la pronta libertad provisional de conducta de graves crímenes no es fruto del inexistente espíritu de tolerancia del Código de 1995,

sino de un sistema de "redención de penas por el trabajo" que tiene su origen en los trabajos a los que se forzó a decenas de miles de derrotados tras la guerra civil. Todo un despropósito y una impostura.

Pero no es mi propósito en estas líneas levantar muros para las lamentaciones, sino proclamar como penalistas que somos herederos y cultivadores de un patrimonio cultural y político, fruto del sufrimiento humano y de los esfuerzos acumulados durante generaciones para contribuir científica y legislativamente con un orden jurídico cuyos contenidos podemos identificar de modo sintético en los términos de un derecho penal liberal y de la resocialización. Su formulación como Derecho penal clásico o moderno es bien legítima. Pero el Derecho penal *posmoderno* que se nos impone no es siquiera Derecho penal, es el infierno de Dante, estadios primitivos de la evolución social: "conmoción y espanto".

Y, concluyo, la defensa del Derecho penal liberal y de la resocialización, lo que se ha denominado Derecho penal propio del estadio civilizatorio del Estado Liberal y democrático de Derecho, no es sólo tarea técnica y científica frente a retrocesos políticos y legislativos, es sobre todo una tarea de construcción y afirmación cultural, que los europeos debemos proyectar sobre el mundo entero, so pena de que a los adversarios del progreso jurídico se añadan los que levantan y constituyen nuevas y valiosas instituciones con desconocimiento de esa cultura jurídica y penal, forjada en la reflexión científica y política desde la obra y el tiempo de Beccaria y los filósofos de la Ilustración, por personalidades como Franz von Lizst, maestro de todos y sus seguidores y por las Asociaciones científicas que nacieron o se desarrollaron con su ejemplo e impulso, como la Asociation Internationale de Droit penal o la Societé Internationale de Defense Sociale. O sea, hemos de esforzarnos con táctica y estrategia para proyectar el patrimonio cultural que representamos tanto sobre la construcción penal de la Unión Europea como en el diseño y elaboración científica de lo que constituye en este tiempo el único motivo de alegría y esperanza: la creación del Tribunal Penal Internacional.

CIENCIA Y POLÍTICA DEL DERECHO PENAL

RETOS CIENTÍFICOS Y RETOS POLÍTICOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez
Universidad Pompeu Fabra

I. INTRODUCCIÓN

La ciencia del Derecho penal contemporánea tiene ante sí, como es sabido, dos retos fundamentales. Por un lado, debe hacer frente al fenómeno de la *internacionalización* y uniformización del Derecho penal. Por otro lado, ha de afrontar una legislación y una aplicación judicial del Derecho que tienden al *intervencionismo* y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas.El primero es, aparentemente, un reto ante todo *científico*, en el que, junto a la cuestión del carácter nacional o no de la dogmática, se ven implicadas también otras tan significativas como su naturaleza de disciplina sistemático-estructural. Pero tiene asimismo algunas *connotaciones políticas*, que deben ponerse de relieve y analizarse. El segundo es, por contra, un reto en principio *político*: se trata de valorar la praxis político-criminal intervencionista y de tomar posición ante ella. Pero, asimismo, tiene importantes *connotaciones científicas*: relativas a la neutralidad de la dogmática; al modo de configurarse su método; y a las distintas formas de articulación de una teoría de la política criminal.

II. DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL EN LA ERA DE LA INTERNACIONALIZACIÓN

Superadas las premisas básicas de la dogmática positivista, hoy se comparte por muchos la tesis de que la ciencia por antonomasia del Derecho penal, la dogmática, no tiene por objeto un Derecho positivo dado y, por tanto, no es una disciplina «nacional»[1]. Por otro lado, y dada la naturaleza valorativa de la Política criminal, no parece que quepa discutir seriamente la supranacionalidad

1 Cfr. *Silva Sánchez*, Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho penal, en Schünemann/Figueiredo Dias (coords.)/Silva Sánchez (edic. esp.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin, Barcelona 1995, pp. 11 y ss., con referencias; *El mismo*, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid 1999, pp. 75 y ss. Por su parte, *Bacigalupo*, La ciencia europea del Derecho penal, Revista de Ciencias penales, vol. 2, nº 1, enero-junio de 1999, pp. 9 y ss., 12 , entiende que sigue siendo aceptada de modo general la tesis positivista –que él, obviamente, no comparte– de que la ciencia del Derecho penal es nacional: de que a cada código penal o derecho penal nacional le corresponde una ciencia.

de toda teoría político-criminal. En este sentido, vale la expresión, reiteradamente citada, de Pascal, acerca de que no es posible que lo que es verdad a un lado de los pirineos deje de serlo al otro[2].

Sin embargo, la *supranacionalidad* de la ciencia del Derecho penal, de la dogmática y de la Política criminal, no debe identificarse con la *supraculturalidad*. Como es sabido, esta identificación es la que tienden a afirmar las importantes corrientes doctrinales que han fundamentado el carácter supranacional de la dogmática en su referencia a objetos «permanentes»[3] en el espacio y en el tiempo: las estructuras lógico-objetivas, muy especialmente, o también las estructuras de imputación[4]. Sin embargo, parece que han de prevalecer las razones que conducen a negarla.

En efecto, es cierto que en la dogmática del Derecho penal existen elementos ontológicos, y estructurales, cuyo *status* es cuasi-lógico o, en todo caso, valorativamente neutro; frente a tales aspectos no cabe oponer «excepciones culturales». Pero también es verdad que la dogmática, en la representación más generalizada de la misma, no se reduce a los aspectos lógico-estructurales, sino que entra en cuestiones de contenido[5], de las que es imposible excluir la valoración o, en todo caso, su vinculación a una determinada forma de ver el mundo[6].

Aun constatado lo anterior, sin embargo, la uniformización de la ciencia del Derecho penal en un plano supranacional no deja de ser un objetivo posible. Se trata, por servirnos de una expresión que parece haber hecho fortuna[7],

---

2 Cfr. la referencia de Hruschka a Pascal en *Silva Sánchez*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992, pp. 108 nota 318.

3 *Welzel*, Vom Bleibendem und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft (1964), en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin/New York 1975, pp. 345 y ss.

4 Sobre estas últimas, *Hruschka*, Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein? JZ 1985, pp. 1 y ss., entre otras obras del mismo autor.

5 Sobre la absoluta necesidad de proceder a ello para asistir a los órganos de decisión jurídica, cfr. *Nino*, Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito, Buenos Aires 1980, p. 14.

6 Cfr. *Schünemann*, La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo, en Schünemann (ed.), El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales (trad. Silva Sánchez), Madrid 1991, pp. 147 y ss., 154 y ss., con interesantes consideraciones sobre las estructuras de las diversas lenguas, así como sobre la idea de que las lenguas que comparten una determinada estructura reflejan, a su vez, una visión común del mundo.

7 Cfr. *Fletcher*, Conceptos básicos de Derecho penal (trad. Muñoz Conde), Valencia 1997, p. 19: «hay un conjunto de distinciones que constituyen la 'estructura profunda' de todos los sistemas de Derecho penal. Son, por así decir, la 'gramática universal del Derecho penal'. Y lo mismo que Noam Chomsky desarrolló una gramática universal capaz de servir de base a todos los idiomas del mundo, también aquí se puede, a través de las doce distinciones antes expuestas, fundamentar una gramática universal del Derecho penal»; *Muñoz Conde*, en Prólogo al referido libro, p. 14; *El mismo*, Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal, Revista penal 5, enero 2000, pp. 44 y ss. , utilizando la expresión de «gramática internacional». Sin embargo, Muñoz Conde parece escéptico (pp. 45 y ss)en cuanto a que la dogmática de origen alemán pueda constituir la base de esa gramática internacional. Entre otras cosas, por su tradicional alejamiento de la legislación y la jurisprudencia. Una crítica profunda a ese alejamiento formula *Naucke*, Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis (1972), en Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, Frankfurt 1999, pp. 58 y ss.

de superar, mediante el análisis técnico, los aspectos superficiales de cada estructuración nacional de la materia del Derecho penal, para hallar la «gramática internacional» (¿«universal»?) común a todas ellas. Ahora bien, la referida «gramática universal» tendrá aspectos *sintácticos*, en los que quizá quepa obtener una uniformización más general (en los aspectos estructurales más abstractos) pero también aspectos *semánticos*, en los que ello sólo será posible sobre la base de la existencia de reglas análogas de atribución de sentido. Por ello, cabe formular serias reservas frente a las posibilidades de una uniformización «supracultural» de la ciencia del Derecho penal entre países que no comparten siquiera un horizonte valorativo común.

En realidad, el actual fenómeno de internacionalización y uniformización de la ciencia del Derecho penal se mueve en estos parámetros. Respecto a países pertenecientes a culturas no occidentales, no se plantea siquiera la cuestión de la uniformización de la dogmática ni de la teoría de la Política criminal. Se trata más bien, hoy por hoy, de que en su praxis político-criminal se respeten ciertos límites que, en nuestra representación, se asocian a la vigencia objetiva de derechos humanos fundamentales; aunque no puede negarse que en ciertos ámbitos se contempla tal pretensión como manifestación de imperialismo cultural o eurocentrismo[8]. La discusión sobre la uniformización de la dogmática, por tanto, sólo se plantea seriamente entre países –los occidentales, más aún, por el momento: los integrados en la Unión Europea– que comparten desde luego un horizonte valorativo común.

Pues bien, el referido doble nivel en cuanto a la uniformización de la ciencia del Derecho penal da lugar a dos problemas: uno abiertamente político; el otro, predominantemente científico, aunque con algún indudable aspecto político que trataré de subrayar.

El problema político, pero también filosófico, se suscita, desde luego, cuando se trata de aludir a la posibilidad o no de un «Derecho penal supracultural o intercultural» [9]; donde, en realidad, debe leerse, de modo más exacto, una teoría de la política criminal supracultural o intercultural. En este punto, el objeto de discusión es, de nuevo, doble: por un lado, si es efectivamente posible ese mínimo común de la política criminal, indisponible, frente a las preten-

8 Sobre el carácter universal y no «cultural europeo» de los derechos humanos fundamentales, *Höffe*, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch, Frankfurt 1999, p. 56, citando a Etzioni: «Individual rights do not reflect a Western value (even if historically they arose in the West) but a global value that lays claims on all people», con más referencias.

9 La pregunta puede reformularse del modo gráfico en que la expresa *Höffe*, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, p. 7: «Gibt es ein Strafrecht, gleichermaben gültig für Schwarze und Weibe, für Juden, Christen, Moslems und Buddhisten, für Börsenmakler und Reisbauern, für DDR-Grenzsoldaten samt ihren Vorgesetzten, für serbische Militärs und afghanische Mudjahedin?» (¿Existe un Derecho penal válido por igual para blancos y negros, judíos, cristianos, musulmanes y budistas, para agentes de bolsa y cultivadores de arroz, para guardias fronterizos de la República Democrática alemana y sus superiores, militares serbios y mujaidines afganos?).

siones relativistas de los enfoques culturalistas; y, por otro lado, cuál habría de ser su alcance. Si éste habría de comprender, por ejemplo, la supresión de las penas corporales, la despenalización de conductas expresivas de libertades básicas o la imposibilidad de eximir de pena a las conductas gravemente lesivas de bienes jurídicos fundamentales.

En este punto, querría expresar mi adhesión al planteamiento de que en la Política criminal existe un mínimo común universal, de protección y de garantías, que se vincula a la naturaleza de la persona[10]. Ello, por mucho que, en lo restante –que es la casi totalidad de la materia–, se acepte la relatividad socio-cultural de la Política criminal que se expresa en un determinado Derecho penal como instrumento funcional de estabilización de un concreto sistema social.

El reto que con todo esto asume el Derecho penal es de una gran profundidad: filosófica, porque en ello está en juego el concepto que se tenga acerca de la naturaleza de la persona y la dignidad que le es inherente; y política, porque, en la práctica, ello implica legitimar procedimientos de justicia universal así como la injerencia en otras sociedades. Pues bien, la postura que aquí se comparte es que es legítima la introducción, incluso en su caso por la vía de la imposición, de soluciones disfuncionales a un determinado sistema socio-político, cuando la Política criminal de éste afecta al núcleo de la dignidad de la persona[11]. Con ello, se pone de relieve, por lo demás, la envergadura

10 Cfr. en idéntico sentido *Höffe*, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, p. 107: «Nicht schlechthin, aber soweit sich die strafrechtlichen Delikte mit allgemeinmenschlichen, des näheren mit menschenrechtlichen Argumenten begründen lassen –und dies trifft auf viele Delikte generell zu, auf die in liberalen Strafrechtsordnungen noch besonders–, ist eine kulturübergreifende Strafbefügnis, ein interkulturelles Strafrecht, zweifelsohne gegeben». También, *Rössner*, Kriminalrecht als unverzichtbare Kontrollinstitution, Kommentar, en Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht, pp. 121 y ss., 125, 137. En cambio, sustancialmente más relativista y pesimista, *Hassemer*, Interkulturelles Strafrecht, en Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag, Berlin/ Heidelberg 1998, pp. 101 y ss., 102, 103, 105, 116; *El mismo*, Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts, en Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, pp. 157 y ss., 172, aunque reconociendo (p. 178) que el gran valor que se derivaría de la construcción de un Derecho penal intercultural sería la generalización de los derechos humanos. Cfr., ya antes, *Hassemer*, Unverfügbares im Strafprozeb, en Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt 1988, pp. 183 y ss. Hassemer pone claramente de relieve que la idea de «indisponibilidad» es propia de toda fundamentación iusnaturalista del Derecho y, aunque se distancia de éstas en tanto en cuanto expresivas de una inmutabilidad en el tiempo y en el espacio, también pone de relieve que, en un Derecho de intervención (*Eingriffsrecht*), como es el Derecho penal, no se puede dejar de lado la idea de la indisponibilidad (p. 192). En este sentido, el propio Hassemer señala que «nicht die Idee eines überpositiven Rechts ist verschwunden, sondern nur die Erwartung von dessen überzeitlicher und überkultureller Geltung» (no ha desaparecido la idea de un Derecho suprapositivo, sino sólo la esperanza de su vigencia supratemporal y supracultural».

11 Soy, en efecto, consciente de que ello implica admitir que dicho mínimo debe imponerse, eventualmente desde fuera del sistema, aunque sea disfuncional para el mismo y dicha imposición implique la transformación de aquél.

del problema conceptual que es preciso asumir: la determinación de tal núcleo resistente a los relativismos culturales.

Por su parte, el problema científico antes enunciado surge cuando se trata de proceder a la uniformización de la proyección jurídico-penal del horizonte valorativo común entre los países que lo comparten. A ese respecto, la búsqueda de la gramática internacional resulta factible en el seno de la misma tradición jurídica: así, por ejemplo, entre países como España, Francia, Italia o Alemania[12]. Y ello, por mucho que en el caso francés puedan surgir importantes dificultades. Sin embargo, las cosas no son del mismo modo cuando se trata de la uniformización de tradiciones jurídicas distintas: en concreto, de la tradición jurídica continental y la del «*common law*».

Al respecto, es manifiesto que en este ámbito existen *reglas de imputación* paralelas a las que se han ido construyendo en nuestra tradición: que los problemas son los mismos y las soluciones, si bien desde luego no idénticas, sí parecidas[13]. Pero no me parece que esto sea lo esencial. Una discusión orientada a la uniformización que sólo tuviera en cuenta las similitudes entre la *recklessness* y el dolo eventual, entre las causas de exculpación y las *excuses* o entre la tentativa y la figura del *attempt* habría fracasado antes de empezar.

Así, al menos deben efectuarse tres consideraciones: En primer lugar, que las reglas de imputación del Derecho penal anglosajón no se integran en nada parecido al «sistema estructurado de la teoría del delito». En segundo lugar, que las reglas de imputación análogas a las que en nuestro modelo estructuramos en la teoría del delito no aparecen radicalmente separadas –a diferencia de lo que aquí ocurre– de las instituciones constitucionales, procesales y de la determinación de la pena. Y, en tercer lugar –por no añadir ahora otras consideraciones que sería posible sin duda tener también en cuenta– que el modo de proceder de quien se sirve de tales instituciones (el juez del *common law*) es un sujeto con un «*modus operandi*» radicalmente distinto al que es propio del juez continental en modelos de Derecho codificado. Esto último seguramente tiene que ver también con la diferente legitimación desde la que uno y otro obran.

a) En el Derecho anglosajón no existe un sistema estructurado de la teoría del delito, sino que los conceptos y las reglas de imputación se integran en un contexto de relación dinámico y abierto –mucho más abierto que cual-

12 Es en éstos, y en otros como Austria, en los que se centra *Bacigalupo*, Revista de Ciencias penales, vol. 2, nº 1, enero-junio de 1999, pp. 9 y ss., 15 y ss., 19, 22, concluyendo que «en todo caso, esta comunidad de la cultura penal es un argumento decisivo para afirmar la existencia de una ciencia jurídico-penal europea, dentro de la cual se desarrollan distintas concepciones metodológicas».

13 Lo ha puesto de relieve entre nosotros *Melero Merino*, Codificación e interpretación judicial en el Derecho penal (Introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano), ADPCP 1994, fascículo II, pp. 81 y ss.

quier sistema abierto que los continentales podamos desarrollar–[14]. Ello quiere significar que, desde luego, en el ámbito anglosajón, la elaboración doctrinal del Derecho penal no es, desde luego, tópica; pero tampoco es sistemático-estructural. Como señala Nino a propósito del Derecho inglés, se trata de «postulados *ad hoc* para el tratamiento de clases específicas de casos, sin combinarlos en una teoría normativa general»[15].

Por tanto, la confrontación de nuestra teoría de la imputación con la del *common law* parece que ha de conducir, en primer lugar, a un nuevo[16] replanteamiento del sentido del pensamiento sistemático-estructural: ¿Puede seguir sosteniéndose que la concepción sistemático-estructural de la imputación –la concepción de la misma como una teoría estructurada en lugar de como una mera adición de reglas– es superior a otras perspectivas?

No me cabe duda de que, desde un punto de vista de conocimiento de la materia, el planteamiento de la imputación como una teoría sistemático-estructural arroja resultados superiores a los que se puedan obtener con enfoques menos sistemáticos o, directamente, asistemáticos[17]. Asimismo, en términos prácticos, parece que puede afirmarse la mayor seguridad y precisión de una imputación de responsabilidad sobre la base de reglas estructuradas en una teoría[18].

Ahora bien, una cosa es la teoría del sistema estructurado de la imputación en el Derecho penal y otra su práctica, su realidad. Así, la concurrencia en el tiempo de varias opciones sistemáticas, que desde luego se da en nuestros

14 Cfr. una contraposición de los dos modos de razonamiento: el que denomina «*flat*», basado en la razonabilidad, y el denominado «*estructured*», en el trabajo clásico de *Fletcher*, The Right and the Reasonable, reproducido en Eser/ Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven, I, Freiburg 1987, pp. 67 y ss., 70 y ss. (existe traducción al español: *Fletcher*, El derecho y lo razonable. Ensayos de Derecho penal –trad. Donna/Barbero–, Buenos Aires 1997). En realidad, no se puede afirmar que, en el Derecho anglosajón, las reglas no se integren en un sistema y tengan, por tanto, funciones sistémicas (en el marco del «criminal law enforcement system»). Lo que ocurre es que, integradas en el sistema (y con relaciones sistémicas entre sí) no se integran en una estructura que las abarque, con lo que no tienen relaciones estructurales.

15 *Nino*, Los límites, p. 193, característica de lo que él llama enfoque intuicionista, contrapuesto al conceptualismo continental. Con todo, es posible que esta afirmación hubiera de ser matizada, pues lo cierto es que existen ciertos principios comunes a las reglas de imputación del «common law».

16 El primer replanteamiento del sentido del pensamiento sistemático en Derecho penal es debido, como se sabe, a *Roxin*, Política criminal y sistema del Derecho penal (trad. Muñoz Conde), Barcelona 1972, y obras sucesivas, propugnándose el mantenimiento del sistema clásico, si bien abriéndolo a las finalidades de la Política criminal.

17 Cfr. *Schünemann*, Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal, en Schünemann (ed.), El sistema moderno, pp. 31 y ss.

18 Cfr. *Fletcher*, en Rechtfertigung und Entschuldigung, p. 75: «Desde luego, la adición sin fin de modificadores (*scil.* como razonablemente o sustancialmente) sacrifica tanto la aparente precisión como el carácter aparentemente absoluto de la regla establecida. Pero un sofisticado jurista americano respondería presumiblemente que tales aparentes virtudes del Derecho alemán son ilusorias y que es mejor trabajar con reglas legales vagas y calificadas, pero al menos no engañosas».

días, provoca un eclecticismo doctrinal de grados diversos que, al final, no se diferencia demasiado de la ausencia de un sistema mínimamente estructurado[19]. Más aún, muchas veces revela la propia ausencia incluso de un concepto. Por lo demás, es, asimismo, constatable que la Jurisprudencia no efectúa planteamientos directamente sistemático-estructurales de los problemas que suscitan los casos[20]. Al contrario, toma reglas de procedencia diversa en función de las necesidades de cada caso, sin que aquéllas guarden una mínima coherencia unas con otras. En este punto, una investigación de gran interés sería desde luego la consistente en determinar, por ejemplo, cuál es el sistema real de la imputación de responsabilidad penal en la Jurisprudencia española. Y, a partir de ahí, analizar si la Jurisprudencia española –continental, en general– es más segura e igualitaria que la anglosajona: si la existencia de un sistema estructurado, del que en su caso puede hacerse uso, produce en este sentido efectos beneficiosos frente al modelo alternativo.

Constatado lo anterior, en la medida en que la dogmática no sólo tiene pretensiones cognitivas[21], sino también pretensiones prácticas, parece claro, de entrada, que no puede optar por sistemas cerrados axiomáticos, ni tampoco por enfoques conceptualistas[22]. La interrelación estructural de unas reglas con otras[23] sobre la base de criterios de coherencia interna no debe, pues, reconducirse necesariamente a modelos deductivos.

De hecho, desde las aportaciones de Roxin parece haberse asumido muy mayoritariamente que la dogmática de la teoría del delito debe tratar de eludir el apriorismo y abrirse a la argumentación político-criminal, esto es, a la consideración de su contribución a la consecución, en general y en cada caso, de las finalidades propias del Derecho penal. A estas alturas, sí parece posible

19 Cfr. *Schünemann, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* (trad. Cancio Meliá), Bogotá 1996, pp. 48 y ss., concluyendo (p. 52) que «los tribunales, en cierto sentido, pueden escoger libremente el resultado material que les convenga, pues para cualquier resultado podrán aducir algún apoyo en la bibliografía».

20 *Schünemann, Consideraciones críticas*, p. 52: «...la jurisprudencia siempre invoca sólo en atención a un resultado concreto una postura concreta, pero no asume el contexto de deducción de esa postura individual en su conjunto produciendo finalmente tan sólo resultados carentes de deducción sistemática, es decir, una típica justicia de cadí sin verdadero fundamento científico- jurídico».

21 A las propias pretensiones cognitivas de la ciencia del Derecho, y atendida la peculiaridad de su objeto, tampoco se les sirve correctamente con el instrumento representado por un sistema axiomático. Cfr. *Schünemann*, en *El sistema moderno*, pp. 35 y ss., poniendo de relieve que los sistemas axiomáticos sólo son posibles con objetos de reducida complejidad y no sujetos a variaciones históricas.

22 El conceptualismo de los sistemas más clásicos de la teoría del delito continental es la base para la crítica que, de los mismos, efectúa *Nino, Los límites*, p. 64 y ss.

23 La identificación del razonamiento sistemático con la interrelación de las diversas reglas y principios puede advertirse en *Fletcher*, Criminal Theory as an International Discipline, en Eser/ Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven, II, Freiburg 1988, pp. 1595 y ss., 1615 y ss., quien se inclina por un planteamiento que, en todo caso, permita el control recíproco de la red de reglas y principios, por un lado, y las intuiciones acerca del caso concreto, por el otro.

advertir que sólo en la medida en que esto prosiga, esto es, en tanto en cuanto el sistema estructurado continúe aproximándose a la práctica, podrá evitarse la tacha de la «*folgenlose Dogmatik*», que últimamente preocupa, y con razón, a la doctrina[24] y que podría conducir a la efectiva irrelevancia del razonamiento sistemático.

A fin de que tal aproximación a la realidad pueda tener lugar de modo progresivo, considero particularmente necesario corregir en algunos puntos el método sistemático al uso, prescindiendo, por ejemplo, de basarlo en conceptos rígidamente clasificatorios. Como señalara en su día Radbruch de modo incontestable: «Allí donde la vida sólo muestra un 'más o menos', el concepto exige una decisión: 'o esto o lo otro'» [25]. Es eso lo que determina que, en la solución del caso, de modo no infrecuente se tienda a abandonar el concepto. Esta propuesta, que tiene precisamente su origen en Derecho penal en la crítica de los neokantianos al modelo básicamente clasificatorio preexistente[26], entronca con algunas de las corrientes de pensamiento más dinámicas en nuestros días.

Reorientado en estos términos, en los ya apuntados por Roxin y sus discípulos, y en los que más adelante se comenta, el sistema estructurado del delito puede estar en condiciones de afrontar alguna de las críticas tradicionalmente vertidas contra él. Por ejemplo, la existencia de casos límite[27] que se resisten a una estructuración binaria (0-1) no constituye una objeción contra el sistema estructurado, sino sencillamente la constatación de que la realidad no puede ser sometida a una clasificación rígida. De desarrollarse así las cosas, junto con las que se indican más adelante, la teoría del delito de origen alemán podría seguir constituyendo, a mi entender, el fundamento de la gramática occidental del Derecho penal.

b) En otro orden de cosas, debe reconocerse que el sistema de la teoría del delito es, en su estado actual, un sistema incompleto. En efecto, no integra la totalidad de las reglas que, de uno u otro modo, influyen sobre la atribución de responsabilidad al sujeto. En particular, no ha conseguido hasta el momento la integración de los factores constitucionales, procesales y de determinación de la pena que conforman, por su parte, reglas adicionales de imputación. En este sentido, por tanto, incumple de modo muy particular su misión de orientación de la práctica[28] y, por ello mismo, se halla distante de los planteamientos anglosajones, más orientados a la resolución del caso.

---

24 *Schünemann*, *Consideraciones críticas*, pp. 48 y ss.; cfr. también *Muñoz Conde*, *Revista penal* nº 5, pp. 46 y ss.

25 *Radbruch*, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, en *Revue Internationale de la Théorie du Droit* / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, XII, 1938, pp. 46 y ss., 46.

26 Además de la cita de Radbruch, cfr. *Grünhut*, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1926.

27 A la que alude *Fletcher*, Criminal Theory, p. 1615.

28 Cfr. *Naucke*, en Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, pp. 58 y ss., 86 y ss., abogando por la ampliación del objeto tradicional de la dogmática.

Pues bien, en la medida en que en la práctica judicial, y también en la doctrina penal anglosajona, más orientada a aquélla, las reglas de imputación en el sentido estricto de la dogmática clásica no aparecen claramente escindidas de reglas procesales, constitucionales y de medición de la pena con gran incidencia en el *quid* y el *quantum* de la atribución de responsabilidad, parece claro que la única opción razonable para quienes desean mantener el sistema estructurado de la teoría del delito, en lugar de abandonarlo, no puede ser sino precisamente la ampliación del objeto del mismo. Este es el reto que, desde hace ya algunos años, han asumido algunos autores, de entre los cuales quiero destacar aquí a Wolter[29].

Este «sistema global del Derecho penal», caracterizado en buena medida –aunque desde luego no sólo– por la elaboración e integración de las instituciones que se hallan tras la culpabilidad, pretende conseguir una mayor vinculación con la práctica, así como con las nuevas figuras del Derecho positivo[30]. En este sentido se encuentra, en mi opinión, en mejores condiciones de afrontar algunas de las críticas que, desde el lado anglosajón, se le podían dirigir al enfoque abstracto-conceptualista de la dogmática del «delito» en sentido clásico.

c)En todo caso, el mantenimiento del sistema estructurado, de la teoría, como modo de abordar la imputación de responsabilidad debe tomar en consideración el diferente modo en que el juez continental y el juez anglosajón se sirven de las reglas que lo integran. Un *modus operandi* que, seguramente, también tiene que ver con la diversa autocomprensión de uno y otro, así como con sus diversas fuentes de legitimación: la derivación de la ley (clásicamente la subsunción silogística), en el caso del juez continental; la razonabilidad de la resolución del conflicto, en el caso del juez anglosajón.

Si no me equivoco, las reglas de imputación se muestran, para el juez anglosajón[31], como instrumentos provisionales, limitados, para aproximarse

29 Cfr. ya *Wolter*, «Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho penal» (trad. Baldó Lavilla), en Schünemann/Figueiredo Dias (coords.)/ Silva Sánchez (edic. esp.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona 1995, pp. 37 y ss., 69 y ss. Asimismo, *Wolter*, «Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad» (trad. Paredes Castañón) –1995–, en Luzón Peña/ Mir Puig (edit.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid 1999, pp. 1 y ss; en fin, *Wolter*, Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlubgründen, Verfahreneinstellungen, Absehen und Mildern von Strafe –Strukturen eines ganzheitlichen Straftat–, Strafprozes– und Strafzumessungssystems, en Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeb im gesamten Strafrechtssystem, Heidelberg 1996, pp. 1 y ss. Cfr., por lo demás, siguiendo estas consideraciones en España, *Asúa Batarrita*, «Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional», en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada 2000, pp. 221 y ss.

30 Cfr. la valoración altamente positiva que efectúa Naucke, Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht, GA 1998, pp. 263 y ss., en su recensión del libro editado por Wolter y Freund.

31 Que ha tenido mucho que ver con su elaboración: Nino, *Los límites*, p. 102.

razonablemente a una solución justa del caso, en la que se tengan en cuenta los diferentes intereses enfrentados. En el juez continental las categorías, subcategorías y reglas del sistema tradicional del delito aparecen, en cambio, ante todo como una técnica de justificación de decisiones, cuyo contexto de descubrimiento puede haberse producido de otro modo, presentándolas como derivación correcta de la ley o de otras premisas generales.

Así, la inversión de la forma lógica de las sentencias que caracteriza a nuestra jurisprudencia no sería sino una manifestación más de cómo, en realidad, el sistema se muestra muchas veces ante todo como un obstáculo que el juez se siente obligado a salvar tras haber adoptado una resolución de modo intuitivo, directamente a partir de la ley y los hechos, y no tanto como un conjunto de instrumentos aptos para buscar esa resolución.

Es cierto que probablemente las cosas están cambiando en este punto. La pérdida de taxatividad y las deficiencias técnicas de muchos textos legales, así como la creciente complejidad de los problemas conduce seguramente a que el juez continental tienda a servirse de las reglas de imputación ya en el contexto de descubrimiento; al mismo tiempo, parece que la ya larga marcha hacia la codificación (al menos parcial) de los sistemas penales del *common law* debe producir también ciertos cambios en la autocomprensión y el modo de operar del juez de aquella tradición jurídica.

Pero, en cualquier caso, se vuelve a poner de relieve que sólo un sistema abierto, flexible, puede orientar la actividad judicial. Y que, por ello mismo, sólo un sistema que, sin perder la coherencia interna, las relaciones estructurales de sus elementos, admita su progresiva modificación en función de los cambios de su objeto y de las necesidades aplicativas, puede constituir un marco de consenso mínimo entre el modelo continental y el anglosajón. En definitiva, cabría concluir que el sistema estructurado del delito de tradición alemana podrá subsistir también como referencia para la cultura jurídica anglosajona en la medida en que consiga serlo para la aplicación del Derecho que tiene lugar en su propio ámbito[32].

3. LA DOGMÁTICA Y LA TEORÍA DE LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE AL INTERVENCIONISMO DE LA LEGISLACIÓN PENAL Y SU APLICACIÓN JUDICIAL

Para un importante sector doctrinal, el intervencionismo creciente de la legislación y de la aplicación judicial del Derecho penal no constituye un

32 Creo que es ésta una conclusión próxima a la que alcanza *Naucke*, en Gesetzlichkeit, pp. 94-95: «Die Strafrechtswissenschaft sollte sich in grobem Umfange auf das Vergängliche, auf die Wertung im zeitbedingten Konflikt, auf das aus ihnen Sicht Zufällige und Willkürliche einlassen», aunque parece que él entiende que ello no será posible hacerlo de modo dogmático (p. 86 y ss.).

reto para la ciencia. Al contrario, se trata de la consecuencia de una «praxis política sin ciencia». Por tanto, parece que la única actitud científicamente posible sería, sin más, la crítica externa y total. A mi juicio, sin embargo, la propia existencia de tales manifestaciones pone de relieve que aquí se manifiesta un importante reto científico previo. En efecto, la constatación de la existencia de planteamientos de esta naturaleza obliga a analizar, de entrada, si acaso importantes sectores de la doctrina del Derecho penal no estarán procediendo –de nuevo– a un alejamiento del método vinculado a la política criminal en favor de métodos de orientación fundamentalmente filosófica o de teoría de la sociedad.

Ello tiene una repercusión central: pone de relieve que hay que continuar discutiendo cuál debe ser el método adecuado en la dogmática del Derecho penal, si uno con vocación filosófica u otro que parta de una referencia básica a la política criminal. Y a la vez, muestra una clara connotación política: pues obliga a tomar posición en cuanto a la cuestión de cuál es el marco de las políticas criminales discutibles y si, en concreto, todos o, al menos, algunos aspectos de la actual legislación y aplicación judicial del Derecho entran dentro del ámbito de lo discutible; y con arreglo a qué criterios metodológicos es posible valorar las distintas propuestas político-criminales.

La praxis político-criminal de «lucha contra el delito» (*Verbrechensbekämpfung*), que preside la evolución de la legislación y de la aplicación judicial del Derecho penal en los diversos países, suscita, en efecto, reacciones contrapuestas. Para un sector, detrás de la evolución del Derecho penal no se hallaría ninguna teoría de la política criminal ni ninguna dogmática; ninguna racionalidad defendible. Tan sólo una política populista, orientada a la obtención y el mantenimiento del poder, así como a otras intenciones pragmáticas a corto plazo. Es en este sentido en el que se ha afirmado que una de las características de la referida evolución es la «tendencia a quitarle significación a la ciencia en la política y práctica del Derecho penal»[33].

Con ello, en efecto, parece querer indicarse que la política práctica del Derecho penal[34] responde exclusivamente a consideraciones de cierto pragmatismo inmediato sin el más mínimo apoyo en teoría alguna –ni principialista, ni utilitarista o consecuencialista, ni mixta– de la política crimi-

33 *Hassemer*, «La ciencia jurídico-penal en la República Federal alemana» (trad. Hormazábal), *ADPCP* 1993, pp. 35 y ss., 68.

34 Para *Hassemer* existen no sólo la política criminal teórica y la praxis de la política criminal, sino también una teoría de nivel medio, cuya misión sería analizar y valorar los cambios del Derecho penal desde un punto de vista histórico y político. Ésta podría calificarse como teoría de la reforma del Derecho penal, correspondiéndole la denominación de teoría de la Política criminal históricamente relativizada o bien, teoría de la política del Derecho penal (Theorie der Strafrechtspolitik). Cfr. *Hassemer*, en El mismo (Hrsg.), Strafrechtspolitik, Frankfurt 1987, p. 10.

nal o de la política del Derecho penal. Así, se tiende a contraponer la «política criminal ilustrada» –científica– (*aufgeklärte Kriminalpolitik*) y la política criminal real. La primera estaría comprometida con la observancia de los derechos humanos y los estándares del Estado de Derecho, a la vez que comprobaría según baremos racionales las condiciones reales de aplicación del Derecho penal y sus consecuencias. Sería «científica» en toda la extensión de la palabra[35]. La segunda, en cambio, se habría liberado de tales cadenas para iniciar una cruzada contra el mal (*Kampf gegen das Böse*)[36]. Sería, sin más, acientífica.

Para esta postura, aparentemente, la política criminal oficial no persigue ninguno de los fines materiales de legitimación a los que se afirma servir. Eso sí, se pretendería con ella un fin instrumental: la obtención y mantenimiento del poder[37], para lo que se trataría incluso de provocar el incremento de los miedos sociales ante la criminalidad y los delincuentes[38].

Este planteamiento, que reconoce como única teoría posible del Derecho penal la que se manifiesta en la adopción de las premisas ideológicas liberales, en concreto kantianas, o, alternativamente, supuestas derivaciones valorativas jurídico-penales de ciertos resultados obtenidos por las ciencias empíricas del comportamiento individual, no es, sin embargo, el único científicamente posible. Es sabido que, desde otras perspectivas, se parte, por el contrario, de una presunción de legitimidad de la praxis político-criminal legislativa y aplicativa en términos de funcionalidad; ello, aunque se esté dispuesto a admitir la existencia de regulaciones disfuncionales.

Así, en la concepción de *Jakobs* a la dogmática le corresponde básicamente la tarea de sistematización de las reglas de imputación existentes en un determinado ordenamiento practicado, sin pretensiones político-criminales trascendentes[39]. De manera que, desde su perspectiva, la nueva legislación inter-

35 Debe subrayarse, con todo, que, como señala *Mir Puig* «...la Política criminal puede adoptar diversas orientaciones. La opción por una u otra política criminal no puede ser una decisión dotada de validez científica, ni siquiera en el sentido 'débil' en que cabe utilizar este concepto en el ámbito de la teoría jurídica. Dicha opción es una elección política». Cfr. *Mir Puig*, Laudatio a Claus Roxin, en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona 1997, pp. 31 y ss., 33, optando por la orientación a la Constitución como criterio rector.

36 Cfr. *Nestler*, Einleitung, en Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse ?, Band V: Lernprozesse im Vergleich der Kulturen, Baden-Baden 1998, p. 11.

37 *Nestler*, Ibídem: «...diese Kriminalpolitik verfolgt mit dem Strafrecht keine materialen Ziele, sondern sie produziert und beutet die Furcht und den Abscheu vor den Aubenseitern der Gesellschaft aus, um politische Unterstützung zu produzieren. Kriminalpolitik wird zum Mittel der Demonstration der moralischen Gesundheit der Gesellschaft, dient nur noch einer Legitimation der politischen Herrschaft mit Blick auf die nächsten Wahlen, die auf dem Rücken der Aubenseiter mit drakonischen Strafen hergestellt wird». Similar, para el caso de la política criminal de ley y orden en Estados Unidos e Inglaterra, *von Hirsch*, Law and Order: Die Politik der Ressentiments, en Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Band V: Lernprozesse im Vergleich der Kulturen, Baden-Baden 1998, pp. 31 y ss., 34, 37.

38 *von Hirsch*, en Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik, V, p. 34.

39 Cfr. sobre este extremo *Suárez González/ Cancio Meliá*, Estudio preliminar, pp. 79-80, en *Jakobs*, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Madrid 1996.

vencionista y la jurisprudencia que la acompaña constituirían, ante todo, un reto científico. Pues se trataría de descubrir las reglas de atribución de responsabilidad subyacentes al modelo que se genera y sistematizarlas[40].

Para algunos, ello es una «capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia»[41]. Y, en efecto, un planteamiento así corresponde a una valoración divergente acerca de las posibilidades políticas de la dogmática y, en consecuencia, acerca del papel de la dogmática en los procesos de cambio jurídico y político.

A este respecto, Jakobs entiende que «si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una ultima ratio. La decisión de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la ciencia del Derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores»[42].

Este planteamiento parte, sin embargo, de una neutralidad de la dogmática que, a mi entender, no se corresponde ni con la autocomprensión de los dogmáticos, ni con la visión que de la ciencia jurídico-penal tiene la propia sociedad. En efecto, está claro que existen materias en las que se puede partir

40 Cfr. *Jakobs*, Die Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (mecanografiado inédito), 1999, p. 1: «vielmehr mub die Wissenschaft das Selbstverständnis der Gesellschaft mit dem Bemühen zur Kenntnis nehmen, es zu verstehen»; además, pp. 9 y ss. en relación con los comportamientos masivos (*Massenverhalten*), así como con los supuestos de adición de daños (*Schadenssummierung*). Dado que éstos, según la dogmática clásica, son casos de autoría accesoria y esa solución no parece adecuada al fenómeno, se trataría de elaborar una dogmática de la sociedad de masas (*Massenhaftes Verhalten und Zurechnung*): «...es geht nicht an, weiterhin von den spezifischen Problemen einer Massengesellschaft die Augen zu verschlieben und so zu tun, als seien die einzelnen nur einzelne und nicht Teile einer Masse» [Existe versión española –La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente, (trad. Manso Porto)–, publicada en Consejo General del Poder Judicial/ Xunta de Galicia, Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999, Estudios de Derecho judicial 20, pp. 121 y ss.; aquí se ha optado por citar el mecanografiado original alemán].

Especialmente interesante es el inicio de la teorización de un «Derecho penal del enemigo» (pp. 15 y ss.), en el que los elementos de seguridad cognitiva tendrían –a diferencia de lo que sucede en el llamado Derecho penal de ciudadanos– un papel central. La noción de «Derecho penal del enemigo» ya aparece en Jakobs, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» (trad. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, pp. 293 y ss., 298, 322 y ss.

41 *Schünemann*, Consideraciones críticas, p. 14.

42 *Jakobs*, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Cancio/ Feijóo), Madrid 1996, pp. 40-41.

de dicha neutralidad (así, el descubrimiento de estructuras); del mismo modo que se puede concluir taxativamente que es positivo que se avance por este camino y que los espacios de neutralidad crezcan. Pero en otros ámbitos la dogmática tiene una abierta vinculación con la política criminal: en este sentido, es política.

Ello no quiere decir que a la dogmática le correspondan funciones concretas de promoción o contención del cambio social, a través de sostener soluciones disfuncionales: ni ello le compete, ni tampoco podría llevarlo a cabo seguramente. Ahora bien, en el marco de una sociedad dada, la sistematización de las reglas de imputación y la determinación de su contenido, incluso la efectuada desde perspectivas funcionales, no tiene por qué plasmarse en un único modelo[43]. Más allá de la lógica «objetiva» de la evolución social, si es que ésta existe, se dan principios enfrentados, juegos de mayorías y minorías, conflictos de intereses. Cabe advertir la presencia de quienes siguen vinculados al anterior estado de cosas, ya superado, de quienes sostienen el *statu quo* que mayoritariamente se está configurando y quienes incluso propugnan uno nuevo.

Pues bien, de ser lo anterior correcto, la dogmática del Derecho penal, incluso la dogmática funcional del Derecho penal, tendría posibilidades distintas de elaborar una determinada institución. De modo que cabría que la dogmática incorporara perfectamente diversas racionalidades «no disfuncionales» que se tradujeran en propuestas distintas de solución de un determinado problema.

Por lo demás, existe también aquí una diversa actitud ante la Política criminal. Para Jakobs, una determinada praxis político-criminal sólo puede criticarse si es abiertamente disfuncional, es decir, si pretende ocuparse de la estabilización de normas que no pertenecen al núcleo de la identidad normativa de una determinada sociedad o si no resulta apta para la estabilización de las normas que realmente sí pertenecen al referido núcleo.

Ahora bien, la determinación de lo que pertenece al núcleo de la identidad normativa de una determinada sociedad no es evidente[44]: aquí cabe, pues, incluso dentro del funcionalismo, 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

43 Por ejemplo, es evidente que, incluso en el marco de la legislación vigente sobre drogas o terrorismo, cabe construir reglas de imputación sustancialmente distintas, en función de que se parta de su excepcionalidad o se trate de reconducirla al modelo común de atribución de responsabilidad.

44 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.

no[45]. Por otro lado, tampoco es evidente 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 plantearan 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) así como la discusión acerca de lo necesario para la estabilización de las normas que pertenecen a dicho núcleo es absolutamente abierta. Y no puede negarse la repercusión de esta discusión sobre la dogmática, en la medida en que ésta constituye el vehículo a través del cual, imputando responsabilidad y sancionando a un determinado sujeto, tiene lugar la referida estabilización. Creo, pues, en fin, que tampoco la dogmática funcionalista puede prescindir de consideraciones políticas.

Así, parece que la opción crítica, para la cual la praxis político-criminal y legislativa no admiten un abordaje científico, de modo que debe permanecerse en una crítica extrasistemática, sin dogmática y sin matizaciones político-criminales, y la opción funcionalista, para la que esa praxis responde ex definitione a la lógica de la evolución social, debiendo procederse a la sistematización neutra de sus reglas de imputación y criticándola sólo en los casos de abierta y manifiesta disfuncionalidad, no son las únicas posibles.

Hay, desde luego, lugar para la crítica político-criminal. En este sentido, puede compartirse la opinión de que la legislación que se está desarrollando al margen del Derecho penal nuclear es muchas veces poco satisfactoria, faltándole al legislador asesoramiento de política legislativa y de dogmática jurídico-penal[46]. En particular, es éste un buen campo en el que proceder, más que a una crítica ideológica apriorística, a articular críticas sobre la base de criterios de eficacia relativa del instrumento penal escogido y de otros alternativos al mismo.

Pero asimismo resulta evidente que el trabajo dogmático puede resultar imprescindible para conseguir reconducir los nuevos fenómenos legislativos y jurisprudenciales a conceptos claros, seguros y generalizables.

En realidad, los planteamientos extremos acaban poniendo de relieve una suerte de doble escepticismo. En el caso de unos, el escepticismo se proyecta sobre la capacidad de la dogmática para introducir cierta medida de racionalidad político-criminal en un determinado ámbito[47]. Ello, olvidando, a mi juicio, que la teoría de la interpretación y las reglas de imputación son, como antes se ha indicado, el vehículo a través del cual el programa del legislador incide realmen-

45 Así, por ejemplo, la supuesta configuración de un Derecho penal de enemigos, sobre cuya adecuación funcional Jakobs apenas indica nada, salvo en lo relativo al enemigo interno o corruptor (que ataca a la seguridad de las valoraciones): *Jakobs*, Die Strafrechtswissenschaft, p. 17.

46 Cfr. *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute (mecanografiado inédito), 1999, p. 25.

47 *Roxin*, Kriminalpolitik (mecanografiado inédito), p. 27, habla concretamente de que aquí se da una «unterschiedliche Einschätzung der Leistungsfähigkeit unserer Strafrechtsdogmatik».

te en la esfera de libertad de los ciudadanos. En el caso de los otros, el escepticismo incide sobre la posibilidad – la necesidad– de que la dimensión de valor del Derecho penal se proyecte sobre la Política criminal y, más allá, también sobre la dogmática. Pero en la política criminal y en la dogmática se trata de la relación entre las esferas jurídicas de los ciudadanos y eso, aunque pueda venir determinado en parte por la cristalización de una cierta tradición histórica, implica necesariamente introducir criterios –opciones– de valor.

Algunas razones de ese escepticismo pueden provenir de la vinculación de la ciencia del Derecho penal con la filosofía. En efecto, los dos planteamientos reseñados responden, en la base, a concepciones filosóficas (o de teoría de la sociedad) globales y, como tales, no flexibles. Así, si bien puede ser cierto que, al menos en parte, asistimos a manifestaciones de una política sin «ciencia», no es descabellado afirmar que, en cierta medida, en el planteamiento de muchos autores parece proponerse que la teoría del Derecho penal abandone el terreno inseguro de la política criminal concreta (que sea una ciencia sin política) para refugiarse en el apriorismo y la abstracción de determinadas filosofías o teorías globales de la sociedad.

Idealismo[48] y funcionalismo[49], en particular, constituyen, por tanto, en sus manifestaciones radicales, dos modos de hacer ciencia del Derecho penal sin política, desde la filosofía o desde la teoría de la sociedad. Y, en esa misma línea, dos concepciones de la ciencia del Derecho penal desde las que resulta difícil influir sobre la política concreta. El idealismo, porque parte de negar la relevancia de algunos de los problemas reales (o vividos como reales) que surgen en las sociedades complejas. El funcionalismo, porque niega la posibilidad de soluciones alternativas incluso situados en el marco de aquello en lo que, a su juicio, cristaliza la dinámica social.

Frente a las manifestaciones radicales de una y otra propuesta, entiendo que desde la teoría de la política criminal y desde la dogmática deben asumirse las nuevas tendencias de la praxis legislativa y judicial, en el marco social en que se producen, como un reto político y también como un reto científico. Político, porque desde luego no todo lo que sucede en la referida praxis merece una idéntica descalificación global y es preciso sentar las bases de una aproximación diferenciadora a la misma[50]. Científico, porque la teorización de las referidas tendencias y su reconducción, en la medida en que proceda, al sistema común de la teoría del delito habría de ser la muestra de la efectiva flexibilidad –y viabilidad– del propugnado sistema abierto.

48 Con significativas vinculaciones con la filosofía kantiana.

49 Que en su concreción jurídico-penal ha ido entroncando de modo cada vez más patente con la filosofía de Hegel.

50 Cfr., por ejemplo, la aproximación de Arroyo Zapatero, «Derecho penal económico y Constitución», en *Revista Penal* nº 1, julio 1997, pp. 1 y ss.

DOGMÁTICA PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL EN PERSPECTIVA EUROPEA

Prof. Vincenzo Militello*
Universidad de Palermo

I. INTRODUCCIÓN

1. La reflexión sobre las relaciones entre Ciencia del Derecho penal y política criminal a caballo entre los siglos XX y XXI se muestra tan difícil como al mismo tiempo necesaria. Difícil tanto a causa de la complejidad que las dos disciplinas han asumido progresivamente en el transcurso del siglo XX, como de la pluralidad de significados y de funciones que caracteriza la complejidad de sus relaciones recíprocas a la sombra del nuevo siglo. Lo que pone también de manifiesto la importancia de una aclaración previa a este punto, con el fin de verificar la legitimación de un sistema que confía a la pena la respuesta a los conflictos sociales, respuesta que continua siendo en la actualidad la mas incisiva para los ciudadanos. Pero incluso quien quisiera afrontar apresuradamente la cuestión objeto de nuestro encuentro –*«Critica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo»*– deteniéndose en el mero dato fáctico de la permanencia de tal forma de control social en la actualidad y en probables escenarios próximos, debe reconocer que la sociedad de las nuevas tecnologías incide profundamente sobre los términos del problema penal. Pues los cambios que esta conlleva que no pueden resultar indiferentes ni para la ciencia del Derecho penal, ni mucho menos para la Política criminal.

A continuación, el término dogmática penal se utilizará como sinónimo del de ciencia del Derecho penal y el de política del Derecho penal como sinónimo de política criminal. Otros usos diferentes y más específicos son ciertamente concebibles, pero los elegidos tienen la ventaja de remitirnos al pensamiento europeo tradicional, el cual liga a los juristas españoles, alemanes e italianos reunidos en la presente ocasión. Se evidencia así que la cuestión de fondo se sitúa en una dimensión que no queda confinada al particular ordenamiento de procedencia, sino que se proyecta, sobre todo, en una escala supranacional y más concretamente europea. Esta perspectiva, que será objeto posteriormente de un análisis más detenido, induce ya a dejar de lado otras posibles –y no menos interesantes– claves de lectura de la relación entre ciencia y política del Derecho penal: tanto aquella dirigida a profundizar las rela-

* Trad. RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Ángel. UCLM.

ciones entre practica y teoría del Derecho penal, como aquella que frente a un sistema cerrado y formalmente exento de contradicciones lógicas contrapone un sistema abierto a valoraciones diferenciadas, en cuanto fundado sobre la pluralidad de los sujetos y de las formas de creación, interpretación y valoración de las normas.

Para orientarse en una materia tan amplia, se seguirá un recorrido que identifica algunos posicionamientos característicos según una progresión ideal. Como en toda esquematización convencional, también ésta ha de afrontar de forma no exhaustiva todo un complejo ramificado de posiciones y soluciones; pues sería inútil pretender una exhaustiva reconstrucción de dicho objeto dentro de los límites a los que ha de ceñirse la presente contribución.

El punto de partida viene dado por el largo periodo de clara separación entre Derecho penal y Política criminal: situación de la cual serán evidenciados los inconvenientes más sobresalientes –dejando de lado los innegables resultados en relación a la confusa situación metodológica precedente– (*infra* II). En este sentido se abordarán algunas reacciones de apertura de la dogmática penal, referentes tanto al *output* como al *imput* del sistema: en las primeras se sitúan aquellas que han incidido especialmente sobre las consecuencias a las que se orienta el ordenamiento penal, señalando por tanto la aportación de la Política criminal ya en sede de construcción dogmática; las segundas comprenden los intentos de ampliar los confines de validez del núcleo del sistema penal, considerando que la teoría del delito no está condicionada por las cambiantes decisiones del legislador, sino únicamente por la naturaleza de la materia a regular, revitalizando con ello un planteamiento ontológico (*infra* III). Se dirigirá después nuestra atención a las exigencias de asegurar en el futuro próximo un diálogo entre las dos disciplinas asumiendo como banco de pruebas algunos ámbitos de aplicación a nivel europeo que se muestran como especialmente significativos (*infra* IV). En ese punto, el material tomado en consideración, será, aún no siendo exhaustivo dado la amplitud de la cuestión, al menos suficiente para un balance sobre las tareas del Derecho penal y sobre los objetivos de la Política criminal. Una valoración a formular en la perspectiva de una penalista europeo que no acepte abdicar ante el desafío que plantea la moderna complejidad respecto a las cuestiones de fondo de la propia disciplina (*infra* V).

II. EL PUNTO DE PARTIDA, O LO QUE ES LO MISMO, LA INACEPTABLE SEPARACIÓN

2.1. El cuadro de las relaciones entre el Derecho penal, su elaboración teórica y las elecciones de Política criminal fue definido en la primera parte del siglo XX. El reconocimiento de un estatuto autónomo de las dos discipli-

nas y la consiguiente aceptación de una rígida línea divisoria puso fin a un prolongado periodo de incertidumbre metodológica de fondo.

Desde este momento, como si se tratara de redes paralelas carentes de cualquier tipo de conexión lógica, la dogmática penal, dedicada a la evaluación conceptual de los requisitos del delito definidos por las normas vigentes se desarrolla de modo diferente a la política criminal, entendida como el conjunto de las estrategias dirigidas a prevenir la comisión de los delitos. La primera se ocupa de conocer el derecho positivo y de aquilatar los distintos conceptos jurídicos con el fin de conseguir una aplicación más segura del derecho. La segunda analiza las necesidades de tutela existentes en la sociedad con el fin de reformar la normativa vigente.

Retrospectivamente, cualquier balance no puede obviar un dato de fondo: la competencia del penalista sobre ambos ámbitos, aún siendo inicialmente afirmada como línea de principio[1] no tardó en rebelarse como ilusoria. Las pretensiones de no querer restringir «los confines de la cultura del penalista»[2] quedaron en vagas intenciones; de hecho, el *tecnicismo* jugó a favor de una formalización de la investigación jurídica y terminó por descuidar todo dato de la vida real que no fuese reflejo de la formulación positiva de la norma.

Un resultado difícilmente comprensible para quien no perciba que las mayores ventajas de la posición técnico-jurídica implican al mismo tiempo sus mayores limitaciones o al menos están inextinguiblemente conexas: esta concepción maximiza las garantías de legalidad penal y la absoluta «majestad» de una pena «libre de objetivos»[3]. El modelo de Derecho penal al cual se adapta es el liberal, que aspira a tutelar al ciudadano, víctima o autor. Este objetivo se consigue mediante el recurso a un edificio teórico de tipo formal-idealístico, construido según un procedimiento conceptual donde inducción y deducción se integran mutuamente.

Los principios fundamentales del Derecho penal son elaborados a partir de sucesivas abstracciones normativas, y a su vez representan las «columnas de Hércules», insuperables en sede aplicativa[4].

---

1 Para tal afirmación por ejemplo: ROCCO, *Il problema ed il método de la scienza del diritto penale* (1910), en *Opere Giuridiche*, III, Roma 1933. p. 263s., 289-294. La síntesis de Rocco no sólo penetró también en el ordenamiento positivista– v.ed es. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, (1952) II.ed. I,p. 7 s.– si no que ha dominado durante mucho tiempo el escenario teórico: en términos análogos todavía, por ejemplo GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid 1999, p.13, 32 s.

2 ROCCO, *op.cit.nt.* 1, *p.*294 *nt.* 2.

3 Cfr. MAURACH *Deutsches Strafrecht, AT, Karlsruhe 1971, p.77.*

4 Sobre la función explicativa y racionalizadora del derecho positivo, que es propia de la dogmática tradicional cfr. NAUCKE, *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre*, Wiesbaden 1979, p.33. Sobre la contribución de la dogmática al funcionamiento del Estado de Derecho, infra par. 5.

Esta forma de proceder aunque incrementa la «objetividad» de la represión penal deja en segundo plano cualquier cuestión relativa a la necesidad de recurrir a la pena ante la lesión de bienes socialmente relevantes.

La pureza de la perspectiva idealista que impregnó las teorías penales en la primera parte de nuestro siglo –no exclusivo, por lo demás, del terreno penal[5], ni limitado al siglo XX en sus ascendencias teóricas[6]–, fue puesta en crisis por las experiencias de los sistemas penales en los estados totalitarios. Hasta tal punto trágicas que en Alemania «a partir de 1945 ninguna jurisprudencia ni ninguna dogmática podía volver a ser como antes»[7]. Y aún con las debidas diferencias, también en la doctrina jurídica italiana de la segunda mitad del *novecento* se difunde una actitud de «revuelta contra el formalismo jurídico»[8]. En la última fase del paradigma «deductivo-idealístico» conexo al tecnicismo jurídico, los puntos menos consistentes fueron seguramente los tres que a continuación se examinan.

2.2. a) El replegarse de la reflexión teórica sobre el material normativo vigente en un determinado ordenamiento positivo implica una primera consecuencia: una Ciencia del Derecho penal que limita de tal manera su propio campo de observación se autocondena a una clausura nacionalista. El horizonte jurídico queda marcado por el ámbito de aplicación de las normas vigentes[9]; las construcciones conceptuales elaboradas en sistemas positivos diversos son consideradas, salvo raras excepciones, con una desconfianza de fondo, en cuanto legitimadas por el material normativo precedente, más que por la racionalidad político-criminal de las soluciones a que llevan. Recíprocamente, se asigna un rol subordinado a la comparación, tanto sincrónica, como diacrónica, que es sustancialmente expulsada de la dogmática penal y relegada al espacio de las disciplinas *latu sensu* culturales, pero no jurídicas.

---

5 Cfr. por ejemplo, PARESCE, *Dogmatica giuridica*, *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano 1964, p. 678 s.

6 Para una completa afirmación nos podemos remontar ya a la concepción Kantiana de la ley penal como «imperativo categórico», en el cual la pena no debe perseguir ninguna utilidad social , «si no se quiere malvender por cualquier precio» la Justicia: cfr. KANT, *Metaphisik der Sitten*, 1797, *Das Staatsrecht*, § 49 Allgemeine Ammerkung E 1. También en HEGEL se encuentra una oposición a las concepciones utilitaristas: cfr. sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, par. 97 s. a añadidas al par. 99.

7 HASSEMER, *Strafrechtswissenschaft in der BRD*, en SIMON (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt 1994, p. 259.

8 BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino 1977, p. 79.

9 Tal anclaje nacional aseguraría, aun más, el carácter de conocimiento empírico de la dogmática, que por lo demás sería sólo ciencia formal y abstracta: así GRISPIGNI, *op.cit. nt. 1*, p. 10 s. y recientemente POTACS, *Rechtsdogmatik als Empirische Wissenschaft, Rechtstheorie* 1994, p. 191 s. Se desvela así la conexión entre el aspecto examinado y el segundo elemento, señalado a continuación en el texto, concerniente a la insuficiente atención prestada a los contenidos materiales de los distintos institutos regulados.

A su vez, el desvalorar la comparación como instrumento en el arsenal del jurista conduce a reforzar la ya referida clausura nacionalista de la Ciencia penal. De ello se deriva una prolongada falta de conocimiento en ésta última de las posibilidades y de los límites de la aportación comparada para su propio desarrollo[10]. El proceso degeneró en un círculo vicioso: una vez confinada en una suerte de mundo de las ideas del jurista, la comparación corre el peligro de quedar reducida a un mero enciclopedismo y es también incapaz de proponerse como elemento de contraposición y estímulo crítico para la elaboración dogmática.

b) En segundo lugar, el prestar una atención preferente al mundo de las normas induce a perder de vista el papel que la materia regulada juega en sede de elaboración dogmática. De hecho, la más importante objeción a la escuela clásica de Derecho penal –el institucionalizar la noción de delito olvidando, sin embargo, al autor «en carne y hueso»– plantea un problema todavía más arduo: la relación entre normativismo y naturalismo que, también para el método técnico-jurídico, permanece como un dilema no resuelto.

Causalidad, culpabilidad, conducta humana, aflictividad de las sanciones penales, son todos pilares del edificio conceptual penalista que comportan construcciones diferentes según las características constitutivas atribuidas a los hechos respectivamente considerados. Las formulaciones normativas reflejan determinadas representaciones de contenidos materiales como fundamento de los distintos institutos y quedan, por lo tanto, subordinadas al desgaste provocado por el paso del tiempo conforme emergen nuevos paradigmas extrajurídicos. El proceso de envejecimiento de los textos positivos comporta, además, inevitables tensiones para una dogmática que ha sido elaborada exclusivamente con relación a estos.

c) Entra también en crisis, finalmente, el esfuerzo por vincular la faz del sistema penal a los trazos característicos delineados por el compromiso liberal entre garantía del autor del delito y tutela de la víctima. El surgir de una dimensión colectiva de ambos protagonistas del ilícito resulta difícilmente encuadrable en una dogmática fundada sobre una perspectiva idealística-deductiva. Más inadecuada se muestra la idea rectora de un Derecho penal que, para erigir una barrera insuperable ante la política criminal, se funde sobre una dogmática penal anclada a un «modelo bipolar del delito». En éste, el autor del delito y su víctima son sujetos individuales cuyo *trait d´union* es una conducta del primero que conlleva una ofensa para el segundo. Sobre el primer aspecto, junto al autor individual quedan los sujetos colectivos tanto en el ámbito de la actividad ordinariamente legal (piénsese en el relieve asumido en la actividad eco-

10 En el mismo encuentro de Toledo he comprobado una convergancia sobre este punto con la exposición de DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, p. 2 (del ejemplar mecanografiado).

nómica por los grupos de sociedad), como en aquel otro de las actividades programaticamente ilegales (por ejemplo, la criminalidad terrorista y organizada)[11]. Y también en sede de exclusión de la responsabilidad emergen nuevas consideraciones materiales tanto en relación al conocimiento de la víctima respecto a los riesgos a los cuales se expone en la sociedad contemporánea, como respecto a la relevancia de la intervención de terceras personas en la determinación del contenido ofensivo[12].

Paralelamente, la aceptación tradicional del bien jurídico manifiesta una creciente incapacidad a desempeñar el propio rol de límite a la incriminación. Las razones sostenidas a favor de la intervención penal en la sociedad compleja, del riesgo, de la información, de la nueva economía, se revelan irreconducibles a la lógica que mantiene la categoría liberal del bien jurídico. Una lógica en sí coherente, pero puesta en crisis por las transformaciones tanto de los objetos de tutela, como de sus titulares: aquella lógica quedaba de hecho anclada a una idea de bien material y aferrable que se muestra como reductiva en la sociedad contemporánea, en la cual múltiples intereses no son incorporados a ningún bien físico, pero no por ello aparecen como menos necesitados de tutela, incluso penal. Por otra parte, la concepción tradicional del bien jurídico quedaba modelada sobre el singular individuo, y no sobre la colectividad indeterminada de sujetos; como tal ésta difícilmente puede delimitar el ámbito de tutela concedido a las ofensas de intereses supraindividuales difusos en la sociedad contemporánea[13].

Sería erróneo negar el valor que la impostación liberal, hecha a medida de la consideración del individuo, mantiene respecto al conjunto complexivo del sistema penal, como ha quedado confirmado de manera incontestable por las trágicas experiencias de los totalitarismos en la primera mitad del siglo XX. El significado de aquella misma impostación peligra, en cualquier caso,

---

11 Lo amplio de las transformaciones señaladas en el texto induce a remitir a precedentes investigaciones para su ulterior desarrollo: cfr. MILITELLO, *Attivitá del grupo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, en riv. trim. dir. Econ., 1998, p. 367 s. (ed. esp. *La responsabilidad penal en los grupos de empresas: la experiencia italiana*, en actos del *I Congreso hispano-italiano de derecho penal economico, Universidade da Coruña Colleccion: cursos, congresos, simposios*, n.45 1998, p. 28 s.); y respectivamente ID., *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, en ID. ED AL. (cur.), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano-Freiburg 2000, p. 11 s. (ed it. ID., Europäische Einsatz und organisierte Kriminalitäat, ID. ED AL. (Hrsg.), *Organisierte Kriminalitäat al transnationales Phänomen*, Freiburg 2000, p. 8).

12 Piénsese en la relevancia de la autodeterminación de la víctima respecto a los casos de fallecimiento derivados de la toma de sustancias estupefacientes: cfr. MILITELLO, *Responsabilitá penali per morte o lesioni da stupefacenti*, en INSOLERA (coord.), *Le sostanze stupefacenti*, Torino 1998, 37-77. En cambio, sobre los casos de exclusioón de la responsabilidad debidos a la intervención de un tercero, me remito a ID., *Rechtfertigung, Entschuldigung oder sosntige Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, en ESER Ed AL. (Hrsg.), *Einzelnverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Freiburg 1998, p. 261 s.

13 Sobre los aspectos señalados cfr. p. ejem. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di penalizzazione*, en *riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 462 s.

con quedar minorado cuando el sistema penal no llega a contrastar adecuadamente las ofensas a la colectividad misma de los sujetos. Se corre así el riesgo de vanificar, en medida, creciente, la misma razón de ser por la cual la sociedad recurre al instrumento penal: la tutela de las potenciales víctimas. La atención a la garantía individual y la eficacia del sistema penal deben por lo tanto permanecer como dos aspectos inescindibles del trabajo intelectual del penalista, que aspire a incidir sobre el derecho vivo.

III. EL PRESENTE, O LO QUE ES LO MISMO, LA IMPOSIBLE IDENTIFICACIÓN

3. Quien intente poner de relieve las vías a través de las cuales la doctrina penal de la segunda mitad del siglo XX se ha empeñado en superar las dificultades, no resueltas, contenidas en el método idealista y técnico-jurídico, no tardará en individuar un punto clave común. Éste consiste en el peso específico atribuido a la axiología tanto en la actividad interpretativa, como en sede de elaboración dogmática. La apertura a los valores de la sociedad revitaliza aquellas normas penales que la pureza del método deductivo-idealístico corría el riesgo de reducir a esquemas inertes. Una vez superadas las rígidas barreras metodológicas erigidas en el pasado, las puertas han quedado abiertas a una pluralidad de posibles perspectivas en la búsqueda de los caracteres de la dogmática penal y en la definición de su relación con la política criminal. Entre los múltiples recorridos teóricos reconducibles al género axiológico, analizaré a continuación tres de los más significativos.

3.1. El primero es aquel que le da la vuelta la precedente impostación idealístico-deductiva, para propugnar una orientada a las consecuencias y por lo tanto de tipo empírico-inductivo. A tal paradigma se puede reconducir la presente invitación a repensar la dogmática penal a partir de las exigencias político-criminales. Ésta reúne y da voz orgánica a inquietudes zigzagueantes de la doctrina penal expresados en distintos países, cuando menos, a partir de los años 60, y que en Alemania, en particular, habían chocado frontalmente con la opuesta posición idealista en aquel campo de batalla político-criminal que siempre representa toda codificación penal. Así, la llamada a considerar los objetivos de la pena en la construcción de los institutos dogmáticos pone en crisis certezas consolidadas. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad cesan de ser esquemas teóricos indistintos sobre el plano de las respectivas funciones y descubren las respectivas, distintas, certezas político-criminales. Las clasificaciones abstractas y las relaciones formales entre conceptos son verificadas a la luz de las elecciones de valor político-criminales recabables en el ordenamiento. Al mismo tiempo, la construcción teórica considera los contenidos sustanciales de las conductas penalmente relevantes. El intento programático

es aquel de adecuar la dogmática al objetivo del entero sistema penal, es decir, aquel de prevenir las ofensas a bienes jurídicos, sin por ello renunciar a un cuadro de certeza del derecho[14].

El equilibrio de tal síntesis unitaria entre ciencia y política del Derecho penal resulta todavía precario. Y ello ya en relación con los singulares capítulos de la teoría del delito: ejemplares a este respecto son las difíciles relaciones entre culpabilidad y exigencias preventivas, las cuales oscilan entre posiciones de límite y fundamento recíproco y rinden así inciertas las consecuencias penales para el autor de un delito. Más en general, resulta problemático el desarrollo de conjunto asumido por la política de los bienes jurídicos en las sociedades occidentales contemporáneas, en las que la penalización misma es reclamada ante la necesidad de tutelar adecuadamente zonas siempre más amplias de actividad. En pocas palabras, la emersión del fin sobre el escenario normativo corre el riesgo de transformarse en tiranía y superar los límites ya alcanzados desde la tradición dogmática de matriz liberal[15].

La llamada a la consideracion de las funciones político-criminales del Derecho penal no ha comportado, por lo demás, una superación del enraizado prejuicio nacionalista en la elaboración teórica. Las soluciones normativas y teóricas de otros sistemas siguen resultando prevalentemente extrañas incluso a las consideraciones dogmáticas que pretenden tomar en cuenta las exigencias de política criminal. De tal modo que, no obstante las distintas declaraciones de distanciamiento, el cambio de método se revela como sólo parcial en tanto que éste continúa descuidando las aportaciones de la comparación para el arsenal del penalista[16].

14 Para una más madura formulación de cuanto ha sido afirmado por ROXIN desde *Kriminalpolitik und Strafrechtsystem* de 1970, cfr. ID., *Strafrecht* AT I, Munchen 1997, § 7 n. 51 s., p. 167 s. No se olvida que fue más amplio el frente de los autores que en los años setenta señalaron con variedad de acentos, pero siempre con vigor, la exigencia de una sistemática teleologica: cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Lehrbuch* A.T., ed. 2, Tübingen, 1975, p. 52 s. 139. También JAKOBS, con particular referencia a la culpabilidad, *SCHULD und Prävention*, Tübingen 1976 y en términos más generales, ID., *Strafrecht A.T.*, Berlin-New York, 1991, ed. 2., p. V s.

15 Que las impostaciones teleológicas comportasen un debilitamiento de la ordinaria aplicación del derecho y en el carácter general de la teoría del delito fue tempranamente señalado por NAUCKE, *op. cit.* Nt. 4, p. 18.

16 Es el más destacado autor de la escuela de la dogmática improntada hacia la «racionalidad de objetivo», el que reconoce que la teoría del delito constituye «un bien de exportación de la doctrina alemana»: ROXIN, *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, en ESER ED AL. (HRSG.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendewende*, München 2000, 37, el cual retoma una afortunada expresión de SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, en ID. (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin 1984, p. 1. Que tal escuela –quizas también para desmentir con la fuerza de los hechos el dato de como esta habría puesto en peligro la difusión internacional de la doctrina alemana (HIRSCH, 25 *Jahre Entwichklung des Strafrechts*, en *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland*, München, 1993, p. 50 y las otras contribuciones cfr. infra par. 3.3)– haya concebido el diálogo internacional en términos de discusión sobre los propios asuntos dogmáticos se ha puesto de manifiesto en distintos encuentros: ejemplar la impostación del simposio de Coimbra sobre los fundamentos de un Derecho penal europeo (expresada claramente en el prólogo: SCHÜNEMANN/DE

3.2. Un ulterior esfuerzo de conjugar la superación del formalismo con las exigencias de contención del ámbito de lo penalmente relevante lo constituye el punto de equilibrio más avanzado alcanzado entre el teleologismo y el anclaje a fuentes que pertenezcan siempre al ordenamiento positivo. La conexión entre dogmática y política criminal se realiza en tal orden de ideas a escala constitucional donde se recoge la tabla de los valores fundamentales de la sociedad. El anclaje constitucional se transforma en programa político-criminal: los bienes jurídicos constitucionales delimitan una materia penal que era ya desbordante en el momento de la primera formulación teórica, ya en los primeros años setenta[17].

La recuperación en perspectiva constitucional de la función limitadora de la categoría del bien jurídico, se revela, sin embargo, cuando menos engañosa. La evolución de las sociedades contemporáneas no ha tardado en alcanzar estadios no previsibles en el momento en que vieron la luz las cartas

---

FIGUEREIDO DIAZ [Hrsg.], Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra–Symposium für Claus Roxin, Köln et al. 1995, specie p. V) y la afirmación –en el transcurso de un Convenio en Madrid entre estudiosos españoles y alemanes– que la «teoría funcional de la acción y de la imputación de Roxin es capaz de fundar una nueva dogmática internacional del derecho penal»(WOLTER, Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER [Hrsg.], Internazionale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, Heidelberg 1995, p. 24). La influencia de la doctrina alemana sobre la de los demás países viene por lo demás reconocida también por los observadores extranjeros: últimamente MUÑOZ CONDE, *Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal*, en *Revista penal*, 2000, 45 (ed. Alem. *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik? Kommentar*, en ESER ET AL. [Hrsg.], *op. cit.* P. 199).

Hay, quizás, en tal situación una causa no secundaria de la falta de un parejo desarrollo del rol de la comparación en el mismo ambiente alemán, que considerada en su complejidad –y por lo tanto más allá de singulares, por cuanto luminosas, excepciones– le ha en cambio otorgado un rol marginal (como ha reconocido lúcidamente HASSEMER, *Das Selbstvertändnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*, en ESER ET AL [Hrsg], *op. cit.*, p. 22 s. y denunciado en términos descarnados por FLETCHER, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung*, en ESER ET AL [Hrsg], *op. cit.*, p. 239 s. el cual no ha dudado de hablar de «provincianismo autoconsciente» de la doctrina alemana frente a los «estados generales» de esta última celebrados en Berlín en octubre de 1999).

17 En especial, BRICOLA, voz *Teoria del reato*, en *Noviss. Dig. It.*, Torino 1973, vol. XIX, c. 7 s.; y también, por el contraste con las otras impostaciones teleológicas, ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale, Riv. it. dir. proc. pen*. 1988, p. 3 s. Respecto a su significado político-criminal la teoría referida ha recibido una atención en todo caso limitada en el debate penal internacional. En particular en la doctrina de lengua alemana, también a la luz de la perspectiva señalada en la nota precedente, Vid. TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg 1991, p. 4 s. Particularmente grave el rol marginal atribuido en la amplia habilitación de LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996 y todavía más la falta de cualquier referencia en la monografía austríaca de LEWISCH, *Verfassung und Strafrecht*, Wien 1993, p. 385. Amplios reconocimientos se encuentran, en cualquier caso, en el volumen en memoria del maestro boloñes: CANESTRARI (cur.), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino 1998 (cfr. sobre todo la crítica puntual de JESCHECK, Franco Bricola e la sua opera vista dalla Germania, p. 14-15; y también ARROYO ZAPATERO, *I delitti contro l' ordine socio economico nel nuovo codice penale del 1995*, p. 123; DE FIGUEIREDO DIAS, *Sullo stato die rapporti fra politica criminale e dogmatica giuridico-penale*, p. 217; MAIWALD, *Criteri guida per una teoria generale del reato*, p. 233).

constitucionales hoy vigentes en la mayoría de los Estados Europeos. Tal fenómeno hace emerger, así, la más general problemática dogmática de la noción misma de bien jurídico[18]; en particular, se evidencia el dato de que esas Constituciones nada pueden decir en cuanto al merecimiento de pena por parte de comportamientos que agreden bienes totalmente nuevos o que, cuando menos, crean nuevas modalidades ofensivas a bienes ya existentes. La revolución informática, la difusión de sustancias estupefacientes, las manipulaciones genéticas y gran parte de la materia del transplante de órganos, el irrumpir del SIDA, etc., representan otros tantos campos problemáticos: en cada uno de ellos los dados de la intervención penal no se juegan sobre la mesa del mero reconocimiento constitucional de los bienes puestos en juego en cada ocasión, sino que reclaman o bien ulteriores ponderaciones entre los intereses en juego, o bien la puesta en práctica de técnicas de tutela adecuadas a las características de las respectivas ofensas[19].

Las dificultades a cuyo encuentro sale la perspectiva constitucional de la ciencia penal integrada se reflejan en un punto significativo: más que a una acepción fuerte del vínculo superior impuesto a la actividad del legislador penal, se queda obligado a propugnar una versión débil. En la Carta Constitucional no sólo se reconoce la legitimidad de todos los bienes reconocidos, siquiera sea implícitamente, sino que se reconduce a ésta una serie de principios de política criminal, como por ejemplo en tema de ofensividad, fragmentariedad y subsidiaridad. El ideal de la intangibilidad constitucional cede así el paso a un recurso a instrumentos, como los principios de política criminal, caracterizados de una inevitable porosidad y adaptabilidad a las características del ordenamiento en el que deben operar, aun siendo en grado de estimular indefinidamente una progresiva evolución[20].

Más allá de tal paradoja, la perspectiva constitucional representa un terreno fértil para abrir, finalmente, la dogmática penal a un contraste com-

18 Una problemática no superada a pesar de las energías dedicadas a la clarificación de la noción: cfr. entre lo más reciente la cuidada reseña crítica de STRATENWERTH, *Zum Begriff des «Rechtsgut»*, en ESER ED AL. (Hrsg.), FS- Lenckner, München 1998, p. 377 s., el cual concluye considerando insolucionable el problema de llegar a dar una definición de bien jurídico (388).

19 Cfr. en general PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. P. G., Milano 2000, ed. 7, p. 234; DONINI, voz *Teoria del reato*, en Digesto pen, 1999, p. 268 s.; y para una ejemplificación MILITELLO, *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni, Riv. trim. dir. pen. econ.* 1992, p. 365 s.

20 Se habla así, de retomar en la Constitución el fundamento de «directivas programáticas de tutela potencialmente vinculante»: FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come problema di politica criminale*, en STILE (cur.), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli 1985, p. 11. S., 35. Sobre la imposibilidad de recabar de la constitución alemana la precisa formulación de la norma de conducta contenida en un tipo penal y el consecuente reconocimiento de un amplio ámbito de discrecionalidad al legislador v. también LAGODNY, *op. cit.* Nt. 17 p. 271 s., 274, que paralelamente entiende infructuoso el punto de vista del bien jurídico respecto al problema de la tutela de los derechos fundamentales: p. 294. Análogas conclusiones expresa también FIANDACA, *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, en CANESTRARI (cur), op. cit. nt. 17, p. 54.

parado: en el plano de normas fundamentales es más fácil encontrar correspondencias significativas, al menos en el vasto círculo de ordenamientos de tradición occidental. Los principios penales así recabados, aunque positivamente fundados, tienen, sin embargo, un alcance no contingente, lo que facilita la comparación entre las plasmaciones que esos principios han recibido en los singulares sistemas penales. Pero aún así, por otro lado, la propia teoría constitucional de los bienes jurídicos no trae el beneficio que se podría pensar a primera vista.

Llegados a este punto hemos de recordar el dato de como la amplia comunidad de las tradiciones constitucionales en los estados de la Unión Europea ha influido sobre la reciente aprobación de una «Carta de los Derechos Fundamentales»[21]. El importante documento no tiene la validez formal de una constitución, pero expresa, en cualquier caso, un núcleo cuando menos de asunción de un compromiso político en la entera Unión Europea. Se replantea de nuevo así, en términos actualizados, el interrogante de fondo de la perspectiva constitucional del Derecho penal y de sus confines. La Carta –además de afirmar algunos importantes puntos firmes en materia penal: legalidad y proporcionalidad entre el delito y la pena, prohibición de la pena de muerte, de la tortura, de penas inhumanas, prohibición de *bis in idem*– reconoce a los ciudadanos de la Unión Europea numerosos derechos fundamentales: a la vida, a la libertad, a la seguridad, al domicilio, al respeto de la vida privada, a la privacidad de las comunicaciones, a la protección de los datos personales, a la propiedad privada (art. 1-19). Es fácil observar que actualmente tales derechos, aún donde no estén presentes en las fuentes constitucionales de los singulares estados miembros, son tutelados de distintas maneras por éstos basándose en sus respectivas valoraciones respecto a la oportunidad de recurrir a los elementos penales para asegurar una tutela adecuada de los mismos. Los confines de la tutela penal no son, por lo tanto, fijados por la relevancia de tales derechos fundamentales – tan fuera de discusión, de hecho, como para ser merecedores de su mención en la Carta europea– sino siempre por la diferenciada valoración político-criminal de los distintos legisladores nacionales. Si parece posible, por otra parte, marcarle al nuevo documento supranacional un vínculo de tutela penal a favor de algunos derechos fundamentales: tal perspectiva no sólo no concuerda con la tradicional función de los derechos fundamentales

21 La voluntad de redactar una Carta de los derechos fundamentales ha sido afirmada por el Consejo europeo de Köln de junio de 1999 y precisada sobre el plano organizativo en la reunión especial del Consejo dedicada a la Justicia (Tampere, 15-16 octubre 1999). La carta ha sido finalmente aprobada en el Consejo de Niza de diciembre de 2000. Para una reconstrucción de los trabajos preparatorios cfr. ALBER/ WIDMEIER, *Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungenn auf die Rechtsprechung, Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2000, p. 497. Sobre las relaciones entre el nuevo documento y los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, v. ZULEEG, *Zum Verhäalnis nationaler und europäischer Grundrechte*, ivi, p. 511.

como instrumentos de defensa (*Abwehrrechte*) del ciudadano en contra de los abusos estatales[22], sino también, y más específicamente, desmentiría la función limitadora con la cual ha surgido la aquí recordada teoría de los bienes jurídico-constitucionales.

3.3. La señalada constatación en el ámbito de la comparación pone de relieve el punto de partida que nos permite considerar un distinto recorrido a través del cual el axiologismo penetra en la dogmática penal y rediseña la relación con la política criminal. Nos referimos esta vez a una concepción del delito derivada esencialmente de nociones ontológicas del ser y del pensamiento y, en cuanto tales, válida más allá de particulares coordenadas espacio-temporales. Una teoría en la cual el tradicional atributo de «general» es entendido propiamente como expresión de (o mejor, como aspiración a) una validez potencialmente universal y ahistórica[23]. Quien recientemente ha reafirmado la validez de tal concepción no es ciertamente tan ingenuo como para cerrar simplemente los ojos frente a las divergencias de los distintos ordenamientos penales, ni mucho menos a respectivas elaboraciones teóricas; sino que se ha tratado de reconducirlas sólo a una casual, y no relevante, mayor o menor distancia respecto de una escala de progresión ideal en el reconocimiento de los esquemas previamente dados. De tal modo, nada se opondría a la posibilidad, en línea de principio, de plantear la dogmática penal como disciplina por naturaleza propia «internacional»[24], o mejor «independiente» de los contextos nacionales[25] y por lo tanto, recurriendo a una fórmula en boga, «transnacional»[26].

En la más coherente formulación teórica, la elaboración conceptual en materia penal es considerada compatible sólo con juicios de veracidad/falsedad, anclados en una «naturaleza de las cosas» que puede ser respetada o traicionada pero no diversamente valorada en el contexto de un abanico de alternativas todas potencialmente legítimas por igual. Serían, en consecuencia, inadmisibles –precedentemente, al menos, respecto a la parte general y

22 Para tal función cfr. por último MANSSEN, *Grundrechte*, München 2000, p. 11.

23 Así, por ejemplo, NAUCKE, *op. cit. nt 4*, p. 13-14 (y nt. 6), el cual diferencia entre una teoría del delito verdaderamente general, desvinculada de un derecho nacional, y sus mutables manifestaciones en los singulares ordenamientos (p. 20).

24 Así expresamente FLETCHER, *Criminal Theory as a International Discipline*, en ESER/FLETCHER (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung – Justifications and Excuse. Rechtsvergleichende Perspektiven – Comparative Perspectives, Freiburg, vol. I, Freiburg 1987, p. 1597. La fórmula recurre también en WOLTER, *Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in Europäischen Strafrechtsystem*, en SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Starfrechts*, Köln et al. 1995, p. 31; v. también el volumen a cargo de GIMBERNAT ED AL. (Hrsg.), *op. cit. nt.* 15.

25 También aquí una fórmula esculpida en un título: HIRSCH, *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?* en SEEBODE (Hrsg.), FS – Spendel, Berlin – New York 1992, p. 43. Un eco en PERRÓN, *Sind die Nationalen Grenzen des Strafrechts überdwindbar?*, ZStW 1997, p. 281.

26 Etiqueta cada vez más empleada en el debate político-criminal con referencia a fenomenos como aquel de la criminalidad organizada: cfr. la Convención de las Naciones Unidas destinada propiamente a la criminalidad organizada transnacional, y abierta a la firma en Palermo en Diciembre de 2000. Indicativo resulta también el nacimiento de revistas *ad hoc*, como Transnational Organized Crime, London, desde 1995.

respecto a grandes sectores de la parte especial– diferenciaciones dogmáticas, formuladas en relación con las específicas valoraciones operadas por los singulares contextos normativos o en cualquier caso influidos por las particularidades culturales presentes en los distintos ordenamientos[27]. Variables pueden ser, en cambio, las específicas políticas criminales, que cada ordenamiento es libre de perseguir con plena autonomía. Sólo así se podría garantizar que la «ciencia» no se degrade a un mero producto ocasional del «trazado penal del legislador»[28], y, sobre todo, el que ésta ocupe un puesto junto a las otras disciplinas científicas, por naturaleza propia internacionales[29].

La conexión así operada entre viejo y nuevo es indudablemente sugestiva: la teoría en examen trata de dar respuesta al viejo debate sobre el *status* científico atribuible en general a las disciplinas jurídicas, la teoría en examen trata de dar respuesta al más allá que en relación a singulares problemas penales[30], proyectando la entera teoría del delito, es decir «el corazón» del derecho penal clásico y de la dogmática conexa, en una órbita caracterizada por una internacionalización y cientificidad, características éstas típicas de la «modernidad»[31].

La apertura hacia las perspectivas más recientes sobre «el Derecho Penal moderno»[32] no puede hacer descuidar las raíces teóricas procedentes de una dogmática penal supranacional y unitaria. Es fácil observar como tales concepciones lleven a la extrema, pero coherente, consecuencia de la fundamental idea welzeliana de la preexistencia al derecho positivo de estructuras

27 Para una formulación más profunda Vid. HIRSCH, *op. cit. nt.* 25, specie p. 46 s., 55.; precedentemente también ID., *Die EntwicKlung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlinger Sicht*, en HIRSCH/WEIGEND (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlin 1989, p. 74; y, (lapidariamente), ID., *Die Stellung von rechtfertigung und Entschuldigung in Strafrechtssystem*, en ESER/PERRON (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung* III, Freiburg i. Br. 1991, p. 54 (trad. it. de FORNASARI, *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema del reato, Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 785).

28 La remisión al conocido paso de Kirchmann puesto como *incipit* del estudio de HIRSCH, op. cit. nt. 25, p.43, está en perfecta continuidad ideal con aquel análogo operado por WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, en H. KAUFMANN ED AL. (Hrsg.), *Erinnerungsgabe für Max Grünhut*, Marburg 1965, p. 189-190, para defender el ontologismo finalista contra la objeción que señala la libertad del legislador en las propias construcciones conceptuales y normativas. Sobre la conexión con la impostación welzeliana v. más adelante en el texto.

29 Para un expreso paralelismo con la medicina todavía HIRSCH, *op. cit.* nt. 25, p. 45.

30 Por ejemplo, la disputa en tema de acción se ha resentido de la preocupación de fondo en mérito a la «cientificidad» del Derecho penal: cfr. NAUCKE, *op. cit.nt.* 4, p. 16.

31 La tendencia a la internacionalización como carácter de la modernidad queda destacada entre las contribuciones penales, por SIEBER, *Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, Juristenzeitung* 1997, p. 369.

32 A partir de la contribución de HASSEMER, *Kennzeichen und Krisis des modernen Strafrechts, Zeit für Recthspolitik* 1992, p. 318. Una aguda desmitificación del contrapuesto modelo de un derecho penal de "los buenos viejos tiempos" en PADOVANI, *Spunti polemici e digressioni sparse sulla codificazione penale*, en CANESTRARI (cur.), *op. cit.* nt. 17, p. 96 s. Contra una acentuación de las diferencias entre las dos épocas penales y sus respectivos presupuestos teóricos v. también SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, Goltdammer' s Archiv* 1995, p. 204, 218.

ontológicas, que la dogmática debe individuar y que el legislador no puede sino respetar[33]. El eterno regreso del paradigma ontológico no alcanza, sin embargo, a deslegitimar la primacía de las fuentes normativas respecto a la elaboración teórica, por razones que ya he intentado motivar en una precedente ocasión[34].

Aquí parece surgir a escena críticamente un aspecto ulterior de la teoría en examen y relativo a la afirmación de unicidad de la dogmática penal. Una actitud tal de «absolutismo dogmático», si bien sobre el plano histórico puede ser comprendida como intento de poner un límite insalvable al uso arbitrario del sistema penal en un estado totalitario[35], se muestra en cambio inconciliable con el estatuto pluralista que caracteriza y unifica los fundamentos constitucionales de las democracias occidentales contemporáneas[36]. Ello no puede dejar de valer también en sede de elaboración teórica de los elementos atinentes a la relación entre Estado y ciudadanos en materia penal: negar a la dogmática

33 Para una defensa punto por punto de las numerosas críticas, WELZEL, *op. cit. nt.* 28, p. 173 s. Entre sus seguidores, fundamental la contribución de ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik. Göttingen 1954, p. VII, 195. A su vez, éste volverá a tratar en profundidad el punto en uno de sus últimos escritos, casi hasta señalar implícitamente la importancia de tal marco filosófico de fondo en el arco de la propia producción científica (ARMIN KAUFMANN, *Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft*, en *Gedächtnisschrift für Tjong*, Jescheck et al. [Hrsg.], Tokio 1985, p. 100.s.). Aquí, asumiendo la existencia de «doctrinas generales y de estructuras previamente dadas, que están desvinculadas de las particularidades nacionales, de los cambios históricos de las mismas codificaciones particulares», quedaban delineados amplios espacios de presencia de lo «supranacional» y de lo «suprapositivo» en la ciencia penal, especialmente en la parte general para aquello que se refiere al ilícito y a la culpabilidad. Ello, por lo demás, no precluía todas las posibilidades de que en este sector subsistiesen «soluciones de pareja estrigencia, es decir, más posibilidades de pareja eficacia en la realización del mismo objetivo» (ivi, 111). No se olvida tampoco que aquella idea fundamental es compartida por autores también externos a la escuela welzeliana: significativas llamadas al derecho natural como base de una teoría general del delito se contienen también, p. ejem. en NAUCKE, *op. cit. nt.* 4, p. 14 (nt.6).

34 Cfr. MILITELLO, *L' errore del non imputabile fra esegesi, dommatica e politica criminale, Riv. it. dir. proc.pen.* 1996, p. 553 s. (trad. esp., *El error del inimputable entre dogmática exégesis y política criminal, Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña* 1999, p. 405 s. Para consideraciones críticas de otro tenor, conexas al carácter excesivamente general de las estructuras ontológicas respecto a las posibilidades de recabar una entera construcción penalista, cfr. PERRON, *op. cit. nt.* 25, p. 300.

35 Significativa aparece la concordancia entre las aspiraciones supranacionales de la doctrina penal a la que se remite la nota 33 y la vigorosa «profesión de fe en lo supranacional» de HEINRICH MANN. La obra (*Das Bekenntnis zum Übernationalen*) fue publicada en diciembre de 1932 en el *Neuen Rundschau*, por lo tanto «antes de la catastrofe» de la deriva nacionalsocialista en Alemania (como escribió el mismo autor en la recopilación de sus trabajos publicada desde el exilio francés ya en diciembre de 1933). Con una impresionante lucidez en el anticipar los peligros inminentes, MANN se batía contra la irracional exaltación del espíritu nacionalista, expresándose en términos casi idénticos a aquellos referidos sesenta años después a la dogmática penal de HIRSCH (*infra texto relativo a nt. 56*): «Hay solamente un espíritu supranacional, existiendo sólo un espíritu, el cual no es ni francés, ni alemán» (H. Mann, *Der Haß. Deutsche Zeitgeschichte*, Frankfurt a. M. 1987, p. 35).

36 Subraya las consecuencias para la dogmática jurídica de aquel pluralismo ideal, que caracteriza a los ordenamientos contemporáneos, PAWLOWSKI, *Zur Aufgabe der Rechtsdogmatik im Staat der Glaubensfreiheit, Rechtstheorie* 1988, p. 409. En relación al ámbito propiamente penal v. ARNDT, *Strafrecht in einem offenen Gesellschaft*, München 1968, p. J 10.

penal la posibilidad de gozar de la libertad constitucionalmente asegurada a toda ciencia sería una evidente contradicción en cuanto equivaldría a abandonar los principios de base del ordenamiento democrático propiamente sobre el terreno en examen, donde la intervención del Estado sobre la posición del individuo se hace más incisiva[37]. Si, además, un punto de vista como este no puede ya erigirse como única doctrina abstractamente concebible en el interior de un mismo ordenamiento jurídico[38] con mayor razón este peculiar «derecho a la diversidad» de las opiniones debe valer cuando las teorías son formuladas en contextos normativos no idénticos[39].

Para evitar equívocos es quizá oportuno añadir que cuanto aquí se ha observado no ha de confundirse con la actitud institucionalista que, incluso cuando no llega a considerar del todo superfluo cada procedimiento analítico que esparza «la unidad de las valoraciones»[40], retiene cuanto menos «intercambiables a voluntad» las categorías del delito[41]. La idea de «relativismo» dogmático aquí prospectada requiere, en cambio, que la preferencia a una u otra teoría del delito vaya establecida sobre la base de la respectiva racionalidad y por lo tanto sobre un plano esencialmente argumentativo, sobre el cual influyen y se confrontan factores diversos: por ejemplo, el grado de adherencia a los principios constitucionales, la capacidad explicativa y la eficacia resolutiva de los problemas jurídicos puestos por las normas positivas, la racionalidad lógica de las respectivas asunciones, la practicabilidad procesal de las soluciones prospectadas, etcétera.

IV. EL FUTURO, O BIEN, LAS NECESIDADES DE INTEGRACIÓN

4. Ninguna de las perspectivas axiológicas recordadas llega a encontrar un equilibrio convincente entre elaboración dogmática y política criminal, aunque la exigencia de asegurar un diálogo a tal propósito una las tres distintas impostaciones. Sería por lo demás reductivo pensar que la afirmación y la raíz

37 Que la ciencia penal –«al igual que toda ciencia»– goza de un estatuto de libertad constitucionalmente reconocido es recordado por HASSEMER, *op. cit. nt.* 16, p. 29.

38 La coexistencia de diversos sistemas conceptuales en el seno de la ciencia penal es en general reconocida por PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?, Riv. it. dir. pen. proc.* 1993, 1222. También FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. PG, Boloña* 1995, III ed., 150 subrayan «el carácter convencional»de las reconstrucciones posibles en tema de estructura del delito.

39 Dar por descontado, por lo demás, que una actitud tal ponga en peligro la posibilidad de exportar los resultados de una particular teoría –y en particular «la posibilidad de irradiar internacionalmente la ciencia penal alemana»: HIRSCH, *op. cit. nt. 25*, p. 47– no se muestra como un argumento en grado de convencer al menos a todos ellos que no compartan algún aspecto de la teoría asumida como única, desvelando más bien la aspiración de hegemonizar todo debate teórico, interno o internacional.

40 Así SCHAFFSTEIN, *Die materielle rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, ZStW 1936, p. 31; Contra esta y otras radicalizaciones de la Kieler Richtung, SCHWINGE-ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn 1937, en especial p. 8 s., 27 s., 43 s.

de una toma de conciencia sea sólo fruto de elaboraciones teóricas y se produzca en lo cerrado de un estudio. Un rol nada despreciable en la progresión del diálogo en examen corresponde por el contrario a los nuevos espacios de integración entre formulaciones teóricas y directrices de política criminal que se abren en la realidad. Entre los ámbitos en los cuales el proceso en cuestión parece perfilarse con mayor nitidez, la cooperación penal en el seno de la Unión Europea ejemplifica bien las transformaciones más generales de la relación entre ciencia y política en materia penal.

El terreno indicado se presenta de gran interés a la luz del notable dato, de como el enraizamiento nacional de los distintos sistemas penales ha representado durante largo tiempo un serio obstáculo tanto al surgir de un Derecho penal europeo autónomo[42], como a la implantación y, sobre todo, a la difusión de una teoría del delito generalmente compartida en el ámbito europeo[43]. Una situación normativa y teórica que no ha impedido, sin embargo, el gradual incremento de atención supranacional en relación a temas que, como la criminalidad organizada o la corrupción, presentan indudables perfiles penales. A tal propósito se muestra particularmente significativa la precisa asunción de responsabilidad en el campo de la política criminal, que se registra en el último decenio por parte de las instituciones europeas, en un primer momento con documentos programáticos y después con intervenciones destinadas a estimular respuestas adecuadas de los estados miembros. Y se muestran las «acciones comunes» que el Consejo Europeo ha adoptado a finales de 1998 en tema de lucha a los beneficios del delito[44], de extensión de la punibilidad a la corrupción en el sector privado[45], y, sobre todo, de punibilidad de la participación en una asociación criminal[46].

En particular, el empeño europeo en el frente de la criminalidad organizada nos remite directamente a la propia cuestión penal en sus términos actua-

41 Señala los riesgos de tal ulterior posición MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, en MARINUCCI/DOLCINI (cur.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985, p. 182 s.

42 Sintetiza por último este difuso relieve JUNG, *Konturen und Perspektiven des euopäischen Strafrechts*, Juristische Schulung 2000, p. 417.

43 La perdurante falta de una ciencia penal euopea es señalada por KÜHL, *Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, *ZStW* 1997 , p. 779. Las dificultades de asumir una singular tradición teorica nacional (por muy prestigiosa que sea, como lo es la alemana) como paradigma de una ciencia penal europea son reconocidas por PERRON, *Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?*, en ESER ED AL. (Hrsg.), op. cit. nt. 18, 228, 246.

44 Acción común, del 3 de diciembre de 1998, sobre el lavado de dinero y sobre la individuación, el apresamiento, la congelación o secuestro y confisca de los instrumentos y de los provechos del delito adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, en GUCE L333 de 9.12.1998.

45Acción común, del 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado en GUCE L357 del 31.12.1998.

46 Acción común, del 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la punibilidad de la participación en una organización criminal en los Estados miembros de la Unión Europea, en GUCE L351 de 29.12.1998.

les, como queda de manifiesto claramente con apenas reflexionar sobre el rol de «banco de pruebas» que la lucha a la criminalidad organizada reviste para el Derecho penal moderno. Es notorio que la evolución reciente de los sistemas penales nacionales ha quedado marcada precisamente, por las intervenciones en tema de criminalidad organizada en relación tanto al Derecho penal sustancial, cuanto a aquel procesal y penitenciario. El tema ha asumido, así, un valor emblemático para medir sentido, límites y elecciones de contenido, que caracterizan la tutela penal en un ordenamiento contemporáneo y que previsiblemente condicionarán también en el futuro el desarrollo ulterior[47]. Por lo demás, las ya referidas tomas de posición europea en el considerar la mayor complejidad de los sujetos penalmente relevantes, la encuadran también en aquel «cambio de escala» desde hace tiempo auspiciado por las medidas de lucha a la criminalidad organizada, que las proyecta más allá de los confines nacionales sobre la base de un argumento difícilmente falseable: sólo una dimensión supranacional puede evitar que los esfuerzos de los singulares ordenamientos sean vanificados por la falta de coordinación recíproca[48].

En particular, desde el Tratado de Maastricht el objetivo de luchar contra el crimen organizado y los consecuentes fenómenos de infiltración/alteración en la vida política y en el mundo económico han representado un polo de atracción para la afirmación, si no todavía de un verdadero y propio «Derecho penal comunitario»[49], cuando menos de una política criminal eu-

47 La reflexión sobre las características del «derecho penal moderno» o «de la eficiencia» ha asumido precisamente la intervención en tema de criminalidad organizada como ejemplo privilegiado: cfr. HASSEMER, Das Schicksal der Bürgerrechte im «effizientem» Strafrecht, Strafverteidiger 1990, p. 328 s.; ID., op. cit. nt. 32, p. 381. En Italia, p. ejem, FIANDACA-MUSCO, Perdita di legittimazione del diritto penale?, Riv. it. dir. proc. pen. 1994, p. 28 s.; MOCCIA, *Aspetti involutivi del sistema penale*, en CANESTRARI (cur.), *op.cit. nt. 17*, p. 268. En España, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansion del Derecho penal*, Madrid, 1999, 22, 70, el cual conecta de forma precisa la temática de la criminalidad organizada a la globalización de las instancias de tutela actualmente confiadas al Derecho penal. El relieve asumido por el tema se ha reflejado en la decisión de dedicarle alguno de los principales encuentros internacionales de los últimos años: más allá de la ya recordada (*supra nt. 26*) Conferencia de Palermo, con ocasión de la firma de la Convención ONU sobre el crimen organizado transnacional, también el último congreso de la *Association International de droit pénal* ha profundizado en el tema en sus perfiles de Derecho penal sustancial, procesal y criminológico (Budapest, 5-11 settembre 1999).

48 En tal sentido, p. ejem. PISANI, *Criminalità organizzata e giustizia organizzata*, *Indice pen.* 1992, p. 494. Para un cuadro actualizado cfr. KRAUSE, *Perspektiven der internationalen OK-Bekämpfun*, *Kriminalistik* 1998, p. 12.

49 Todavía hoy la alocución "Derecho penal comunitario", aún estando presente desde hace tiempo en el léxico de de los juristas (ad es. SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, in *Noviss. Dig. it.*, app., Torino 1980, p. 1220) expresa una noción todavía inexistente sobre el plano jurídico-formal: así BERNARDI, *I tre volti del diritto penale comunitario*, en PICOTTI (cur.), *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Milano 1999, p. 41 s.Lo que, por otro lado, no es incompatible con el reconocimiento de una progresiva incidencia del derecho de origen comunitario en los sistemas penales de los países miembros: cfr. p.ej. RODGER FRANCE, *The Influence of European Community Law on the Criminal Law of the States Members*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1994, p. 324.

ropea[50]. El cuadro ha asumido además cadencias temporales y objetivos de armonización precisos con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. En éste, al fin de crear un «espacio de libertad, seguridad, justicia» (art.2.1al. 4 Tratado U.E), entre las competencias reconducidas a los mecanismos operativos comunitarios (aún con algunas adaptaciones) se prevé también la adopción de medidas dirigidas a fijar normas mínimas comunes concernientes a los elementos constitutivos de los delitos y de las sanciones en las materias del terrorismo, de la criminalidad organizada y del tráfico ilícito de estupefacientes (art.31 letra E. Tratado U.E referido por el artículo 29.2 al.3 Tratado C.E)[51].

Se regresa pues, en este punto, a la relación entre sistema penal y política criminal, pero esta vez los factores se presentan invertidos. Elemento coagulante a nivel supranacional no es ya la teoría del delito como construcción conceptual, más o menos fundada sobre estructuras ontológicas, o su finalidad sancionatoria generalmente compartida. Son sobre todo las específicas exigencias de tutela las que impulsan a los varios sistemas penales nacionales a tener pronta una respuesta común, y en virtud de ello más adecuada, a las características de determinados fenómenos criminales. Pueden ser intereses directamente adscribibles a la nueva entidad institucional europea (como aquellos considerados en el *Corpus juris* para la protección de las finanzas europeas)[52] o incluso bienes ya regulados de modo homogéneo a nivel extrapenal entre los distintos ordenamientos de los estados miembros (por ejemplo, en campo económico y de la disciplina de los mercados financieros) o en cualquier caso agredidos de forma nueva por sujetos colectivos operantes sin barreras nacionales (es el caso, precisamente, de la criminalidad organizada). En cada uno de los sectores indicados, las correspondientes necesidades de tutela

50 A tal proposito v. GRASSO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una "politica criminale europea"?, Indice pen. 1993*, p. 67, 81 s.

51 Los sectores referidos dejan fuera de juego la tradicional objeción a la intervención de los órganos europeos, aún quedando siempre condicionado al principio de subsidiariedad respecto a las competencias nacionales (recordado todavía tras el tratado de Amsterdam p. ejem. por DELMAS-MARTY, *Les défis d'un droit pénal européen*, en EISKANEN/KULOVESI (eds.), *Function and future of European Law*, Helsinki, 1999, 186). Está claro, de hecho, que los ordenamientos de los singulares Estados miembros son estructuralmente inadecuados para luchar contra los fenómenos criminales no limitados a los propios confines nacionales, respecto a los cuales, por lo tanto, la intervención supranacional es la única adecuada.

52 La experiencia desarrollada con relación a la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea se muestra como instructiva de la nueva dimensión de la relación entre elaboración dogmática y elecciones de política criminal. En tal materia, el camino teórico ha recorrido un tramo en modo alguno breve: de frente a la creciente importancia de una adecuada proteccion de los intereses en juego, un grupo de juristas europeos a puesto a punto un texto que, bajo el comprometido título de *Corpus juris*, comprende normas sustanciales y procesuales dirigidas a definir una parte general comun, especificos tipos y órganos de investigación a escala europea. La propuesta, despues de una confrontación con otras posiciones teóricas (cfr. HUBER [Hrsg.], *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, Freiburg 2000) y una verificación de la compatibilidad respecto a los concretos ordenamientos de los estados miembros, ha sido por lo tanto presentada de nuevo en una nueva versión ampliada: DELMAS-MARTY / VERVAELE (eds.), *The implementation of the corpus juris in the member states*, Antwerp 2000, p. 187 s.

asumen de modo evidente una función catalizadora para el desarrollo de un Derecho penal europeo.

Sean cuales sean en los distintos sectores las dificultades para concretar efectivamente un objetivo tal se pone de relieve en cualquier caso la solución ya avanzada en la confrontación de algunas incógnitas conexas propiamente a la relación entre dogmática y política criminal en el actual contexto histórico. En particular, una paradoja parece cernirse sobre las perspectivas de unificación penal en materias como aquellas recordadas y especialmente en tema de criminalidad organizada: los riesgos de fáciles entusiasmos y huidas hacia adelante respecto a la realidad de una perdurable falta de una verdadera y propia competencia penal de la Union Europea se conjugan con aquellos de bajar el nivel de civilidad en los respectivos sistemas jurídicos implicados. En otras palabras, introducir instrumentos normativos unitarios que, al fin de ampliar los instrumentos de lucha a la criminalidad organizada, transformen el cuadro tradicional puede parecer un mal producto de las siempre más difundidas expectativas de un Derecho Penal europeo. De hecho, la consistencia del fenómeno "criminalidad organizada" no se muestra uniforme en el contexto de la Unión Europea, debido también a la diversidad de las características constitutivas atribuidas a la referida noción[53]. Más genéricamentese observa, además, que la lógica de la eficiencia como directriz político-criminal dirigida a endurecer la respuesta represiva –lógica que anima las propuestas en las materias recordadas– contrasta radicalmente con la función crítica de matriz liberal, inclinada en cambio al rol limitador de las garantías respecto a una realidad penal necesitada de contención y mitigación[54].

Es posible observar a tal propósito que no queda ignorada la permanencia de desajustes normativos en los singulares sistemas europeos y que, más aún, una adecuada consideración de tal estado de cosaa es un presupuesto indispensable para cualquier perspectiva, siquiera sea de armonización entre los distintos ordenamientos. Sería, sin embargo, erróneo extraer de las reservas anteriormente señaladas la idea de que la alternativa practicable a las perspectivas que abre el Derecho Penal europeo pueda ser aquella de un retorno ideal a un nacionalismo penal. Un dato representa, en realidad, el núcleo de la entera cuestión teórica: la unificación normativa no es causa, sino más bien producto

53 Sobre la variedad de manifestaciones de la criminalidad organizada en el ámbito europeo FINJAUT, *Organisierte Kriminalität: eine wirkliche Bedrohung für die europäischer Union?*, en H.-J. ALBRECHT ED AL. (Hrsg.), *Festschrift für Kaiser,* Berlin, 1999, p. 518 s.; Sobre la exigencia de no extraer de consideraciones de tal tipo una general imposibilidad de definir algunos elementos estructurales comunes cfr. en cualquier caso MILITELLO, *Agli albori cit. nt. 12*, p. 19.

54 Para una puesta de relieve general v., p.ej., SEMINARA, *Diskussionsbericht*, en ESER ED AL.(Hrsg.), *op. cit. nt.12*, p. 384. La unilateralidad de la lógica de la eficiencia es criticada en especial por P.A. ALBRECHT/ BRAUM, *Defizite europäischer Strafrechtsentwicklung*, en *Kritische Vierteljahreschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1998 p. 464; y también con específica referencia al *Corpus juris* por HASSEMER, *"Corpus Juris": Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?, ivi*, 1999, p. 133 s.

de las transformaciones en la sociedad y en la criminalidad, que tienden a poner en común perfiles y actividades cada vez más numerosas[55].

A la luz de esto, un problema como el de la criminalidad organizada parece ofrecer el terreno más indicado para contestar las conclusiones según las cuales la innegable diferenciación de las singulares legislaciones, condicionada por la mutabilidad de las singulares realidades político-criminales, no destruye la unidad de la dogmática penal inspirada en comunes principios de racionalidad[56]. Estoy convencido, en cambio, de que una tal preeminencia de la dogmática sobre la política criminal sea engañosa, porque, en relación con la elaboración del derecho vivo, sólo donde las elecciones político-criminales se han formalizado en una común plataforma normativa es correcto elaborar una dogmática integralmente unitaria. A falta de dicho presupuesto normativo, la forma en que se debe verificar cuando la unificación de los conceptos es posible sobre el plano de la ciencia penal, y en perspectiva de reforma del cuadro positivo, es a través de una desarrollada sensibilidad comparada y de un puntual análisis de los sistemas vigentes.

Si es así, una reflexión que tome conciencia de las características de la criminalidad organizada y del consiguiente compromiso supranacional en su lucha induce a invertir la posición teórica anteriormente señalada: *Hirsch* lo plasmó en la fórmula «no existe una dogmática italiana, española o alemana, sino sólo una dogmática justa o equivocada»[57]. En mi opinión, una tal irrelevancia de las distinciones nacionales concierne en cambio *in primis* la política criminal contemporánea: las actividades de la delincuencia organizada constituyen en el modo más claro un problema a afrontar en términos, no de una política criminal italiana, española, alemana, inglesa o francesa, sino sólo de una política criminal justa o equivocada[58].

La prueba definitiva para una verificación de tal tipo no puede, ciertamente, ser aquella de una abstracta uniformidad en las intervenciones normativas, que cubra incoherencias normativas, o peor, excesos de criminalización. Por

55 Entre quien sostiene, por lo tanto, que el motor de la unificación sea no ya una teoría del delito adecuadamente general, que pudiera estar incluso fundada sobre una rápida difusión internacional de las decisiones fundamentales de política criminal, (para un intento en tal sentido p. ej. SCHÜNEMANN, *Strafrechtssystem und Kriminalpolitik*, en *FS-Schmitt*, Tübingen 1992, 137), si no, más bién, las profundas transformaciones de la economía y de sus exigencias de globalización (en especial en el ámbito europeo: PERRRON, *op.cit.nt.43*, p. 246), aparece como más conveniente esta última impostación.

56 La tesis fue expresada por HIRSCH, *Die Stellung, cit. nt. 27*, p. 54 (ed en trad. it. p. 785) precisamente en otro encuentro internacional, hace ya más de diez años, cuya estructura era muy similar a aquella del presente Convenio de Toledo en cuanto a proveniencia de los participantes (también Alemania, España, Italia, además de Portugal).

57 Cfr. nota precedente.

58 En lo que se refiere a la dogmática, la cualificación de acertada o equivocada dependerá, por lo tanto, también de la adherencia al respectivo sistema de pertenencia, que será analizado con sensibilidad comparativa. Para una tal aproximación al problema, propiamente por parte de un comparatista, aunque sea en el ámbito del derecho privado, cfr. KÖTZ, *Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik*, *RabelsZ* 1990, p. 203 s., 215.

otra parte la complejidad de las tareas a las que es llamada la Política criminal y la crisis misma del modelo bipolar del delito sobre el cual se ha desarrollado la dogmática penal clásica rinden impracticable el promover un regreso a un modelo de Derecho penal «clásico», al menos si es entendido como limitado a las formas tradicionales de ofensa y de respuesta represiva, más aún si se reflexiona sobre el dato de que un modelo tal quizás no ha existido nunca en su estado puro. Mediante la idea de flanquear este núcleo penal «puro y duro» con un autónomo «derecho de la intervención» capaz de responder a las nuevas exigencias de tutela típicas de la sociedad contemporánea sin desdibujar los trazos clásicos del Derecho penal, se llega ante una alternativa, en cualquier caso, insatisfactoria[59]. Como primera posibilidad, un tal futurible ramo del ordenamiento podría de hecho reducirse a una mera operación nominalística, es decir, en la cual la etiqueta «derecho de la intervención» sirve sólo para indicar el subconjunto penal dirigido a satisfacer las nuevas exigencias de tutela. Y en caso contrario aquella fórmula no podría sino expresar, en síntesis, una relación diferente entre el Estado y el ciudadano, en la cual las garantías de los sujetos destinatarios de la intervención pública sean significativamente menos estrechas de aquellas que caracterizan el Derecho Penal de tipo liberal.

La línea a seguir va, en cambio, en una dirección exactamente opuesta: es precisamente el Derecho penal –y no una rama distinta del ordenamiento– el que debe beber hasta el fondo del cáliz de la modernidad, sin cerrarse de forma numantina para rechazar todo desafío que ponga en crisis viejos y nuevos «ontologismos» penales. El acuerdo de fondo sobre la necesidad de verificar las posibilidades de despenalizar parte significativa del archipiélago penal, no debe hacer olvidar la exigencia de actualizar las características de la intervención penal para la parte residual en la cual una tutela de este tipo permanece como necesaria[60]. Un objetivo ciertamente ambicioso, cuya realización requiere, en primer lugar, una vigilante apertura hacia las aportaciones de las otras formas de conocimiento y de intervención que conciernen a los mismos fenómenos sociales[61]. Por otra parte, la exigencia de adoptar respuestas adecuadas a la gravedad de las ofensas en juego no debe hacer descuidar el cuadro

59 La idea proviene, come es sabido, de HASSEMER, *op. cit. nt.38*, p. 318 s.

60 Que la via maestra de la despenalización no resuelva mágicamente todos los problemas, si no que pone a la ciencia penal de frente a nuevas responsabilidades ha sido señalado por DONINI, *La riforma della legislazione penale compementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in ID. (cur.) *La riforma della legislazione penale compementare*. Studi di diritto comparato, Padova 2000, p. 14 s.

61 La orientación del derecho penal a las ciencias sociales y, más en general, la integración entre las cuestiones normativas y aquellas empiricas ha sido avanzado con vigor por la denominada Escuela de Franckfurt (ya a partir de HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a. M. 1973, spec. p.103 s. e v. también las contribuciones recogidas en ID. ED AL., *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Heidelberg 1983). Se trata de una óptica ya compartida por un amplio número de autores, entre los cuales se encuentran habitualmente, y no ciertamente por casualidad, aquellos con mayor sensibilidad por la comparación (p.ej. PERRON, *op.cit. nt.25*, p. 301).

de las garantías formales que compaginan derechos individuales y exigencias colectivas de tutela. La propia respuesta penal resulta, a fin de cuentas, adecuadamente verificada según su idoneidad a alcanzar un determinado resultado, aunque un juicio tal no pueda ser formulado sin resentirse de la diversidad de puntos de vista valorativos respecto a las causas de los problemas sociales y a sus respectivas soluciones preferibles.

V. UN POSIBLE BALANCE, O LO QUE ES LO MISMO, EL DIÁLOGO NECESARIO

5. Es ya el momento de formular algunas conclusiones respecto de cuanto hasta aquí se ha observado. Las relaciones entre ciencia y política del Derecho penal aparecen señaladas por las dos grandes opciones de fondo en el estudio de los problemas penales y más en general jurídicos: el positivismo, con su típico anclaje al dato normativo y, en el extremo opuesto, el axiologismo, en el cual son los valores los que asumen un rol preeminente respecto a las elecciones positivas de tutela operadas por un concreto ordenamiento. Una contraposición tal puede indicar las coordenadas de máxima que encuadran una historia del pensamiento jurídico, y penal en particular, de complejo desarrollo. Cuando, en cambio, la tarea sea aquella de analizar un particular material normativo, al menos como punto de partida para consideraciones ulteriores, se muestra como perspectiva más fructifera aquella que es en cierto grado intermedia entre los referidos extremos, en cuanto dirigida a individuar los valores reconocidos en el ordenamiento mediante el recurso a las particulares normas acompañadas de sanciones penales[62].

Objetivos, modalidades, límites y potencialidades de tutela deben, por lo tanto, ser verificados a la luz de los principios más generales del ordenamiento y de los respectivos valores de base, los cuales en los ordenamientos contemporáneos encuentran su raíz normativa en las respectivas cartas constitucionales[63], además de, cada vez más a menudo, en actos internacionales de valor general[64].

---

62 A tal propósito, se podría hablar de método teleológico de valor (así ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, en *Riv.it.dir.proc.pen.* 1989, p. 1440-1534, 89, p. 1440 s.).

63 De una difusa tendencia a la "constitucionalización" del Derecho penal y de sus principios habla PRADEL, *Droit pénal comparé*, 1995, p. 49 s.. Consecuentemente el recurso a tales principios se presta bien para la conducción de investigaciones relativas a las tendencias y desarrollos comunes a distintos ordenamientos positivos: en otras palabras, como método para estudios de comparación penal (así BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo, Annali Ferrara*, 1988, p. 87, 100 s.; y para algunas aplicaciones MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione"*, *Riv.it.dir.proc.pen*, 1995, p. 789 s.). Para un significativo recurso a los principios en sede de revisión de la tradicional teoría constitucional del delito cfr. en cambio DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, p.25 s.

64 Ejemplar, recientemente, la "Declaración de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (*supra, nt.21*).

La individuación de las categorías dogmáticas llega a ser, entonces, un proceso en el cual el material normativo, múltiple numéricamente y habitualmente diferenciado cualitativamente en relación con la eficacia de las respectivas fuentes, es reconducido a una red de conceptos, los cuales se extienden hasta comprender un número significativo de disposiciones. En la medida en la cual ello facilita la legibilidad del ordenamiento jurídico por parte del interprete, la dogmática contribuye, en primer lugar, a la traducción aplicativa de las mismas normas a la luz de los valores del ordenamiento; al mismo tiempo, ésta permite un control crítico respecto de las fases de desarrollo de tal proceso hermeneútico y a sus posibles consecuencias[65].

Los inconvenientes de las dos concepciones absolutas, representadas por el método positivista y por el axiológico, pueden por tanto evitarse solamente mediante un esfuerzo contínuo dirigido a conectar formulaciones positivas y consideraciones de valor, en un proceso dialéctico que refleja el aproximarse a una solución, cuya elección final presenta, en cualquier caso, ineliminables márgenes de opinabilidad sobre el plano argumentativo. Tal eco de incerteza, a la cual la moderna reflexión iusfilosofica está ya habituada[66], no puede amedrentar al penalista contemporáneo, al menos a aquel que no esté dispuesto a sacrificar en el altar de la aspiración a un «sistema cerrado y unitario»[67], la real toma de conciencia de dos factores que obstaculizan la posibilidad de absolutizar las conclusiones dogmáticas: por un lado, las múltiples posibilidades combinatorias entre las distintas normas, también con relación a los diversos esquemas valorativos que operan en los respectivos contextos[68]; pero por otro lado el rol desarrollado por elementos extratextuales y, en primer lugar, por principios que orientan las elecciones

65 En tal perspectiva, puede resultar equivocada la idea de que la dogmatica penal multiplique el número de posibilidades a disposición del juez para juzgar los casos concretos (BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Madrid 1983, p. 17). Tal dato, puramente formal, no presta suficiente atención a que la función de la dogmatica es exáctamente la opuesta, es decir, la de reducir la complejidad del conjunto normativo que un juez debe dominar: ello es obtendido precisamente mediante una matriz conceptual que orienta la aplicación de las normas al caso concreto. Ello señala exáctamente que tal función delimitadora de los criterios de solución de los problemas liga la teoría del delito a todos los sistemas científicos, PUPPE, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1995, vor par. 13 nm.1.

66 V. p. ej. GIULIANI, *Logica (teoria dell'argomentazione)*, en *Enc.dir.*, vol. XXV, 1975, p. 33 y también, aun en un contexto fuertemente iuspositivista, POTACS, *op.cit. nt. 9*, p. 198.

67 Prospectada p. ej. por HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, in *Festschrift Rechtswiss. Fakultät Köln*, Köln ed al. 1988,. p. 418, en contraposición al "sistema abierto" del que habla SCHÜNEMANN, *op.cit. nt. 16*, 1984, p. 8, y que seguramente contrasta con la idea de una dogmática tan unitaria como para ser supranacional v. *supra* par. 3.3.).

68 La necesidad de considerar adecuadamente los específicos componentes telelógicos de las distintas ramas del derecho en sede interpretativa es señalada, por último, por PAGLIARO, *Testo ed interpretazione nel diritto penale*, *Riv.it.dir.proc.pen.* 2000, p. 434 s.

interpretativas[69] y condicionan las necesarias ponderaciones entre intereses enfrentados[70].

Se desvela así lo ilusorio de la idea de evitar los riesgos de indeterminación normativa «formalizando» el lenguaje legislativo[71]: sólo si no se descuida la, al menos en parte, ineliminable presencia de componentes valorativos en la operación de cualificación jurídica, puede asumir un significado no reductivo el esquema lógico de la subsunción silogística, todavía difundido para indicar la conexion de un hecho a una norma con el fin de verificar las relativas consecuencias[72].

No menos erróneo sería, por otra parte, desvalorar la contribución ofrecida por el cuadro de referencia normativa respecto a las cadencias del razonamiento jurídico: sin tal mediación, las operaciones de elección y valoración de fines y medios de tutela efectuadas en cada ocasión por el singular interprete comportarían evidentes riesgos de arbitrariedad en el trato. Riesgos estos que, por lo demás, presentan una especial gravedad precisamente sobre el terreno penal, tanto por el particular tipo de intereses de la persona aquí implicados, cuanto por que tales disparidades aplicativas debilitan la confianza del ciudadano sobre el funcionamiento de la tutela penal[73].

---

69 Sobre tal rol de los componentes valutativos en el proceso hermeneútico, que rinden inaplicable al derecho el ideal científico fundado sobre el método axiomático, y a favor de un procedimiento fundado sobre argumentos de racionalidad, Vid. ENGISCH, *Sinn und Tragweite juristischer Sistematik*, en *Studium Generale* 1957, p. 173 s.

70 Ejemplar, en relación a las ponderaciones requeridas en el estado de necesidad, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen 1965, p.185 s., el cual habla expresamente de un "residuo de incerteza" (186).

71 Los fracasos de tales intentos han sido sintetizados por ORRÙ, *Le definizioni del legislatore e le ridefinizioni della giurisprudenza*, en CADOPPI (coord.) *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova 1996, p.147 s., 158.

72 Sin una precisación tal (para la cual Vid. p.ej. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Band IV, Tübingen 1977, p. 182 s., 185; y entre los penalistas JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, ed. 5, Berlin, 1996, p. 42), no se comprende bien la, de por si, correcta referencia a la necesidad de considerar el modo en el que la norma es interpretada en la práctica, operado en relación con la estructura del silogismo jurídico por PERRON, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, Baden Baden 1988, p. 35. Por otra parte, la toma de conciencia de tal ineliminable componente valutativo no debe inducir al radical rechazo del esquema silogístico, como si se tratase de dos puntos de vista inconciliables (como en cambio deja entrever FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, p. 233). No es difícil admitir que propiamente la incontestable naturaleza formal del juicio silogístico, deja del todo abierta la cuestión de individuar y discutir los valores que le sirven de fundamento; por otra parte, precisamente ese esquema representa un importante modelo lógico de control que puede contribuir a una verificación en términos de certeza o, al menos, de previsibilidad, de los juicios. Para una reafirmación reciente de la necesidad de integrar el momento lógico y el momento teleológico de la interpretación, propiamente en relación con las posibilidades y a los límites del esquema silogístico cfr. PAGLIARO, *op.cit. nt. 68*, p. 440 s.

73 Los riesgos señalados no parecen adecuadamente tomados en consideración asumiendo como punto de partida de la dogmática no las normas positivas –y sólo mediante éstas los fines que son en estas objetivados, pero también inevitablemente filtrados por la formulación legal– si no un *continuum* entre la «determinación de los fines políticos últimos», el articularse de estos «en el sistema legal» y, en fin, el

En otros términos, también frente a las características de los fenómenos criminales contemporáneos y a las conexas respuestas supranacionales que inciden sobre trazos significativos de los sistemas penales (recordándose a tal propósito aquí la intervención de la Unión Europea en la lucha a la criminalidad organizada), no se trata de abandonar la relación entre las tradicionales funciones sistemática y crítica de la dogmática, sino de actualizarla, enriqueciéndola con la insustituible aportación de la comparación[74].

Como necesaria permanece, por lo tanto, la actividad teórica que toma su punto de partida de la comprensión del derecho vigente, lo elabora en modo conceptual y sistemático, para desarrollar propuestas de solución de los problemas jurídicos[75]. Ello sirve tanto para delimitar el ámbito operativo del órgano llamado a aplicar la ley en relación a un caso concreto, como para determinar la base legal para la relativa solución jurídica[76]. Se contribuye, de tal modo, a la calculabilidad de las consecuencias jurídicas y por lo tanto se incrementa la capacidad del ordenamiento para orientar las conductas de los consociados[77]. Una contribución, esta última, cuyo valor específico aumenta enormemente en

---

«concretarse en la cualificación jurídico-penal de cada caso específico" (así, en cambio, PULITANÒ, *Politica criminale*, en MARINUCCI/DOLCINI (cur.), *op.cit. nt.* 41, p. 37 s.; y más recientemente, en relación al caso que ha llegado a ser internacionalmente conocido con el nombre de "tangentopoli" y "manos limpias", ID., *La giustizia alla prova del fuoco*, *Riv.it.dir.proc.pen.* 1997, p.16). Si bien entiendo esta integración de momentos, se legitima así una elección directa de fines políticos últimos por parte del intérprete, al menos cada vez que la relativa concretización legislativa sea (reputada como) insuficiente. Razonando así, sin embargo, se corre el riesgo de descuidar la exigencia de que la formulación de la norma ejerza de límite insalvable en sede aplicativa: la innegable porosidad de la formulación textual no debe, de hecho, erigirse como pretexto para legitimar todo arbitrio en la lectura de la norma mediante la referencia directa a los fines políticos últimos que el intérprete pretenda individuar.

74 Para una clara reafirmación de tal duplicidad de funciones, cfr. MAIWALD, *Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart*, en *Gesetzgebung und Dogmatik*, BEHRENDS/HENKEL (Hrsg.), Göttingen 1989, p. 120 s. Últimamente se viene señalando toda una lista de siete funciones/tareas atribuidas a la dogmática penal en el debate alemán (sin que en ningún punto se ponga de relieve la comparación) BURKHARDT, *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik*, en ESER ED AL, *op. cit. nt. 16*, p. 118 s. (y en p. 117, nt. 24 añade todavía otros también mencionados en la doctrina). Aún así de una adecuada integración de la comparación en el exámen dogmático y político criminal no faltan ejemplos, como aquel magistral de JESCHECK, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht*, *ZStW* 1985, p. 1 s. (trad it., de DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale nuove in prospettiva comparata*, *Indice pen.* 1985, p. 507 s.; trad. spañ. en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1986, p. 9 s.).

75 Así, en general, ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M. 1991, p. 308. Sobre el rol central que continúa correspondiendo a la dogmática entre las tareas del penalista, y sobre las posibilidades de su ulterior evolución, cfr. ROXIN *op cit. nt. 16*, p. 370.

76 No se desconoce el relieve que asume la intervención del interprete en el proceso de concretización de la regla jurídica, si no que se preocupa por restringir los márgenes en términos compatibles con las instancias garantistas confiadas en derecho penal al principio de legalidad. A tal fin se trata de indicar las condiciones que legitiman la especificación de las reglas de conducta contenidas en las más abstractas proposiciones legales (para una ejemplificación BACIGALUPO, *op cit. nt. 65*, p. 17).

77 Ya subrayaba con vigor tal extremo GIMBERNAT ORDEIG, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, in *ZStW* 1970, p. 405-406. Cfr. también MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*, vol. 1, ed. 8, Heidelberg 1992, p. 40; ZIPF, *Kriminalpolitik. Lehrbuch* (1980), trad. it. de BAZZONI, *Politica criminale*, Milano 1989, p. 20.

un tiempo de verdadero aluvión normativo: un cuadro conceptual de referencia es indispensable, sea tanto para ordenar el imparable flujo de nuevas reglas, sea para señalarles las contradicciones internas, su carácter erosionador hacia el estado de derecho, lo inadecuado de éstas para realizar los objetivos político-criminales, en ocasiones sólo simbólicamente proclamados[78].

Distinciones como aquella operada entre lógica y hermeneútica, o entre la misma dogmática y la casuística, pueden entonces representar solamente útiles puntos de referencia para indicar los polos principales del método jurídico; al mismo tiempo conviene evitar el asumirlos como alternativas necesarias e inconciliables: una vez determinada la centralidad de los valores y de los objetivos que la norma penal tutela y afirma con cada una de sus aplicaciones, no ha de olvidarse que un control lógico y sistemático de tales múltiples concretizaciones constituye en cualquier caso un fundamental factor de garantía para los ciudadanos[79].

En tal compleja operación, es ciertamente posible la referencia a esquemas lingüísticos y conceptuales elaborados más allá de los confines nacionales, cuando ello incremente la racionalidad del sistema conceptual, o su adecuación a individuar una solución aplicativa, y siempre a condición de no descuidar el marco normativo objetivado en el texto de ley vigente en el ordenamiento considerado. Cuando en cambio de la referida comparación emerja un contraste insuperable dentro del marco de las alternativas compatibles con el texto positivo, la que entrará en juego será la función crítica y de propuesta de la dogmática. La formulación de soluciones innovadoras está sostenida esencialmente por la idea de objetivo, la cual puede desarrollarse en modo libre a partir del cuadro positivo recibido, cuando se trata no de aplicar una norma vigente, sino de prospectar otra futura y más adecuada. En tal fase podrán poner de manifiesto tanto la exigencia de concretar mejor determinados principios constitucionales o supranacionales, como tales no vinculados por la normativa ordinaria, como la confrontación con diversas soluciones adoptadas en otros ordenamientos, de nuevo nacionales o supranacionales.

---

78 Sobre la necesidad para la ciencia penal, de no perder de vista tales evoluciones de la más reciente politica criminal, HASSEMER, *op. cit. nt. 16*, p. 41.

79 La difundida crítica a la *Begriffjurisprudenz* como construcción lógica de conceptos jurídicos tales como para formar un sistema del que recabar soluciones para casos concretos, y el más reciente reconocimento de excesos conceptuales en categorias de limitada relevancia aplicativa (en campo penal p. ej. HIRSCH, *op.cit. nt. 67.* , p. 426 s.; JESCHECK/WEIGEND, *op.cit. nt. 72*, p. 196 s.) no pretenden negar el empleo de argumentos conceptuales y sistemáticos. Más bien estos van aplicados junto a otros, en especial argumentos conexos a la dimensión práctica del derecho (v. igualmente ALEXY, *op.cit. nt.75*, p. 308, 312 y, con una referencia más directa al derecho penal, NAUCKE, *op. cit. nt 4.*, p. 35 s.). También lo que ha demostrado la imposibilidad de un sistema conceptual «axiomático-deductivo» en el sector de la ciencia jurídica no pretenden renunciar a un sistema de pensamiento, que más aún, consideran irrenunciable para cualquiera que deba elaborar conceptualmente un ordenamiento jurídico efectivo (ENGISCH, *op. cit. nt.79*, p. 173 s.; ZIPPELIUS, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, Berlin 1996, p. 404 s).

En relación con esta última referencia conviene precisar que no se trata de uniformarse al consabido modelo unitario de teoría científica del delito, sino de verificar como un determinado problema sustancial es afrontado en los distintos ordenamientos; en caso de constatar la existencia de diferencias, se deberá por lo tanto precisar que soluciones aparecen preferibles tanto sobre el plano del encuadramiento conceptual, como, y sobre todo, sobre el plano de la eficacia. Sobre tal base, se abre una nueva dimensión de política criminal, sostenida, sin embargo, de una más madura toma de conciencia de los problemas y de las soluciones alternativas practicables.

Una tal integración con la política criminal y con la comparación no debe obtenerse a costa de un debilitamiento de la dogmática: tal resultado podría derivarse, sobre todo, tanto de una servidumbre de ésta última ante la idea positivista de la primacía de la legalidad[80], como descuidando los aspectos sustanciales de las múltiples construcciones teóricas potencialmente reconducibles al sistema normativo considerado[81].

Contra toda apariencia, la dogmática se refuerza y se hace más madura ante las condiciones que aquí han sido esbozadas: por un lado, se aprende de la comparación como método a respetar la diversidad de teorías del delito, todas igualmente legítimas mientras carezcan de contradicciones internas y sean adecuadas al objetivo de garantizar certeza aplicativa y respeto de los valores guía del ordenamiento, y, por otro lado, se considera la política criminal como indispensable elemento para completar la propia aportación a la vida del ordenamiento.

Un método, por lo tanto, que vive de la contínua aportación de los puntos de vista en juego y cuya aplicación no conduce a resultados que aspiran a agotar todas las posibles combinaciones de valor. Pero sin una llamada a la propia responsabilidad, el penalista europeo llamado a operar en el siglo XXI difícilmente podría encontrar una respuesta adecuada a la complejidad de las relaciones entre dogmática y política criminal.

---

80 Una idea "ciertamente respetable, pero también algo engañosa», como observa agudamente DONINI, *Illecito e colpevolezza nella teoria del reato*, Milano 1991, p. 366.

81 Los riesgos de un relativismo político, como consecuencia del método positivista, son subrayados por NAUCKE, *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus*, en P.ALBRECHT ET AL. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt 1995, p. 494 (ed. spañ. *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada 2000, p. 531 s.).

LA RELACIÓN ENTRE DERECHO PENAL Y POLÍTICA: MÉTODO DEMOCRÁTICO Y MÉTODO CIENTÍFICO* **

Prof. Massimo Donini
Universidad de Modena e Reggio Emilia

PREMISA. EL MÉTODO DE LA CIENCIA Y SUS VICIOS DE ORIGEN: NORMATIVISMO INTEGRAL Y NACIONALISMO

Antepongo al hecho de ser un penalista «europeo», que no me olvidaré de ser un penalista italiano. No presentaré como verdades universales las características de la ciencia penal italiana y, por tanto, buscaré una *koinè*, y no la mera exportación de lo 'nuestro'.

El *primer vicio de origen* del método tradicional de la ciencia jurídica (e igualmente de la ciencia penal) es el normativismo integral, la reducción del derecho a mera norma, aunque sea, en última instancia, la norma constitucional. Partiendo de esta crítica, tendré que pronunciarme seguidamente contra el derecho (objeto de la ciencia penal) como mera norma (tecnicismo jurídico extremo) y, al mismo tiempo, contra el derecho (objeto de la ciencia penal) como derecho constituido únicamente por principios constitucionales (constitucionalismo extremo).

Considerando al derecho, unitariamente, como norma, decisión e institución[1], podemos decir que el objeto de la ciencia penal es doble[2]:

a) El derecho penal (como norma, decisión e institución);
b) el objeto del derecho penal: la criminalidad y las distintas materias a que ésta se refiere (ámbitos de regulación: bienes jurídicos y sus estatutos jurídicos; por ejemplo, Estado, administración pública, derechos del hombre, economía, empresa, banca, circulación vial, ambiente, etc.).

---

* Traducción: Cristina Méndez Rodríguez, Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca.

** En este trabajo se anticipan algunos temas que son objeto de una monografía que está siendo ultimada por el autor con el título *Democrazia penale. L'impatto del pluralismo su una cultura aristocratica.* Constituye también la intervención que presentó el autor en el coloquio que se desarrolló en Toledo en los días 13-15 de abril de 2000 con el título «Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Francfort», y en esta medida, su composición y referencias bibliográficas representan un homenaje a la «Escuela de Francfort».

1 Cfr. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, en *Dei delitti e delle pene*, ESI, Nápoles, n. 3/1998, 37 ss, 43 ss.

2 Cfr. para reflexiones convergentes sobre la «apertura» a las ciencias sociales, sobre la «criminalidad» como objeto de la ciencia penal (y no sólo de la criminología), HASSEMER, *Nomos Kommentar zum StGB*, Nomos Verlag, Baden-Baden,1995, Vor § 1/1 ss.

Por tanto, advertimos objetos de primer y segundo grado.

El primero de ellos, indicado en el apartado a) se descompone a su vez en tres dimensiones. El predominio del punto de vista normativo (el derecho como norma), implica y no excluye la entrada de información procedente de las decisiones jurídicas (sentencias) que aplican y 'hacen' derecho, y del papel y de la función institucional de quien lo aplica; este predominio implica además, e, igualmente no excluye, la información que procede del estudio (criminológico, sociológico, económico, político, etc.) de las materias que son objeto de regulación y de la criminalidad.

Este modelo explicativo del derecho penal como ciencia, aunque sea muy avanzado, presenta, sin embargo, un *déficit*: la acientificidad del conocimiento del objeto del derecho penal tal y como se refleja en las decisiones del legislador (que demasiado a menudo, ignora o desprecia a la criminología y a las ciencias empíricas)[3]. En la medida en que la ley no nace como un programa verificado o, al menos, racional, de control social respecto a los fenómenos que querría y en realidad no sabe regular, se deriva, consecuentemente, la dificultad de dar entrada a enfoques que se orienten a las consecuencias en clave hermenéutica. Y ello porque el propio programa condicional (la norma abstracta) no tiene una base científica adecuada: si el Parlamento no tiene en cuenta a la criminología o a las ciencias sociales para construir los tipos penales, si éstos no tienen una adecuada matriz teleológica, ¿por qué, o con qué límites se les debería dar un margen en sede interpretativa o ejecutiva? ¿O tendríamos que pensar en nuevas finalidades que el intérprete (doctrina, jurisprudencia) aplicaría *ab extra* a normas nacidas ciegas? Este *déficit* explica el *éxito permanente de posturas idealistas* (aunque estén enmascaradas de teleologismo, funcionalismo o valoraciones pseudo político-criminales), que no miden las consecuencias de las decisiones criminalizadoras: basta que las incriminaciones y las condenas satisfagan el consenso social que «da estabilidad» al sentimiento de seguridad colectiva, reintegrando idealmente el orden jurídico violado y la fidelidad al ordenamiento.

En efecto, la *praxis legislativa*, ignorante del saber empírico-criminológico, y la tradicional *ciencia normativa penal*, igualmente ignorante del saber criminológico (cfr. los principales «Manuales» de derecho penal) confirman conjuntamente la 'lógica' coherencia de este matrimonio. Hay que destacar que *incluso aquéllos* que proclaman la necesidad del saber criminológico, cuando escriben de teoría del delito, de parte general e incluso de tipos penales concretos, *omiten completamente* cualquier referencia al saber criminológico (salvo excepciones). No se sabe como administrarlo: cuando se critica el derecho vigente, o cuando se habla.... de criminología se dice que ésta (y las ciencias sociales) son necesarias, pero no se hace lo mismo

3 Cfr. DONINI, voz *Teoria del reato*, en *Digesto Disc.Pen.*, vol. XIV, Utet, Turín, 1999, 237.

cuando se entra *in medias res* en el derecho penal para comentarlo o sistematizarlo[4].

El segundo vicio de origen, junto al normativismo integral (conforme a la cultura iuspositivista) es el provincianismo nacionalista: una «ciencia nacional». Que el derecho sea nacional no significa que su estudio sea «científico» si es de carácter nacionalista. Bajo este aspecto, el ejemplo negativo de la ciencia penal de países fuertes como los de *common law*, Alemania y Francia, está en la mente de todos. Hoy en día es igualmente evidente que la internacionalización progresiva del derecho (también del derecho penal) contradice las raíces de una ciencia penal marcadamente nacionalista.

I. POR QUÉ LA CIENCIA PENAL TIENE UNA RELACIÓN ATORMENTADA Y NEURÓTICA CON LA POLÍTICA

Las carencias históricas del método del legislador (irracional, desconocedor del empirismo, a la búsqueda del consenso social y electoral, aproximativo, etc.) condicionan el método del estudioso del derecho y comprometen, desde su origen, su relación fisiológica y positiva con la política, excepto en los casos en los que la ley ha recibido las sugerencias de los estudiosos (como sucedió, por ejemplo, en Italia con el Código Rocco de 1930, o, en más ocasiones aún, en Alemania –no hoy en día, sino– después de la «Vergleichende Darstellung», con las reformas de los años 1968/75).

Además, la ciencia penal tiene una relación atormentada con la política porque *ninguna rama del derecho tiene tanto que ver con la irracionalidad como el derecho penal*: el derecho penal disciplina comportamientos irracionales y previene reacciones irracionales[5].

Se trata de conductas sólo en parte reconducibles a una *rational choice*, a un *rationale Verbrecher*. De aquí se deduce que la irracionalidad de las ofen-

4 De diversa opinión, vid. Liszt (vid. su obra citada en la nota 6). También según el modelo de la Escuela de Francfort, que es uno de los más avanzados en el sentido de la integración y de la tematización del papel de las ciencias empírico-criminológicas en el ámbito de la propia teoría del delito (recuerdo, de nuevo, especialmente, HASSEMER, *Nomos Kommentar zum StGB*, cit., Vor § 1/1-242; y también, entre otros, LÜDERSSEN/SACK (Hrgs.), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1975 y ss.; HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Müller Verlag, Heidelberg, 1983; LÜDERSSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kamp gegen das Böse?*, 5 Bände, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1998. Vid. también el resto de obras citadas infra, nota 20), el saber criminológico presenta, de hecho, una función sobre todo crítica, de cara a una futura reforma. Su valor en relación con la actividad interpretativo-judicial es necesariamente mucho más modesto.

5 Sobre el origen del derecho penal como «negación de la venganza», y, por tanto, sobre la función actual del derecho penal de reducir al mínimo el sufrimiento de las víctimas y de los autores de los delitos, previniendo también las respuestas irracionales de las víctimas, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, 326 s. Para una reflexión más reciente sobre las relaciones entre derecho penal e irracionalidad, LÜDERSSEN, *Über das irrationale im Strafrecht*, en *Fest. Wolff*, Springer, Berlín-Heidelberg, 1998, 325 ss.

sas y de las posibles reacciones privadas condiciona la racionalidad de las respuestas. El derecho penal es un continuo intento de racionalizar la necesidad de defensa-venganza. La política, por el contrario, amenazando a la criminalidad con males futuros, busca el consenso de las víctimas potenciales de los delitos y, en esta medida, está en tensión permanente e inmediata con las necesidades irracionales de la «democracia penal».

El máximo (relativo) de la racionalidad legislativa se encuentra normalmente en los códigos (en su construcción originaria). En las leyes especiales y en las reformas de los códigos, se altera siempre o se desfigura la armonía de su estructura.

Hay otras razones históricas que han dificultado una relación equilibrada entre ciencia penal (o ciencia jurídica) y política del derecho. Veámoslas.

II. LAS RAZONES HISTÓRICAS Y FILOSÓFICAS DE LA AUTONOMÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO (PENAL) DEL SIGLO XIX CON RESPECTO A LA POLÍTICA. LA 'CRISIS' DE LAS PRINCIPALES RAZONES APUNTADAS

En la atormentada relación: ciencia *versus* política, ha dominado durante mucho tiempo un modelo de ciencia aristocrática, un modelo de saber autónomo que ha tenido siempre una base normativa y, sólo en ocasiones, también una base empírica. Recordemos algunas razones recurrentes que subyacen al imperativo: *Ne Caesar supra gramaticos!*

Entre las 'razones' y los postulados de la aristocracia penal podemos enunciar:

a) La exigencia científica de una distinción entre dogmática y política criminal, que reenvía al postulado de la separación de poderes (ejemplar: v. Liszt, y para una lectura actualizada y rica de cultura hermenéutica, Hassemer)[6].
b) El convencimiento de que exista o prevalezca una descriptividad/neutralidad valorativa del saber científico (Weber, Kelsen)[7], de ahí

6 V. LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und der anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, en ID., *Vorträge und Aufsätze*, Bd. II, Walter de Gruyter, Berlín, 1905, 75 ss.; HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1974, 168 ss.

7 WEBER Max (1904), *L'oggetività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, tr. it. en ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Turín, 1974, 53 ss.; ID (1917), *Il significato della «avalutatività» delle scienze sociologiche e economiche*, tr. it. en *Il metodo delle scienze storico-sociali*, cit., 309 ss.; ID., *Wissenschaft als Beruf* (1918), trad. it. *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Turín, 1971, 5-43 y 28 ss.; KELSEN, *Hautprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Aufl., Tübingen, 1923, Neudruck Scientia Verlag, Aalen, 1984, 84-94; ID., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien, 1960, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, 3 ed., Einaudi, Turín, 1975, 123-129.

que algunos se hayan lanzado a la búsqueda de una solución con base en la perfectibilidad del *drafting* legislativo, en la forma en que se escriben las leyes; es una corriente que insiste mucho en el derecho como norma abstracta (taxatividad, reserva de ley, prohibición de la analogía, etc.) y que infravalora al intérprete, además de subrayar las típicas y, ciertamente evidentes, razones de garantía.

c) La versión más extendida, al menos en Italia, ha impuesto la necesidad de la «autonomía del método jurídico» lo que ha conferido durante mucho tiempo al penalista el orgullo de poseer un 'método' autónomo, un *know how* cualificante e irrenunciable (Arturo Rocco y el tecnicismo jurídico)[8].

d) La idea de que sobre la verdad y sobre los principios no se decide por mayoría (Dworkin, Ferrajoli)[9]; o que las normas- «principio» son objeto de una ciencia superior, de un «super derecho penal» antepuesto al legislador histórico que tiene que «deducir» las leyes de esta fuente de razón (neoiusnaturalismo constitucional, constitucionalismo penal extremo).

e) La conciencia de que el derecho penal tiene un carácter no democrático, autoritario e «intolerante» por definición: esto es lo que lo convierte en un instrumento temible, que debe ser continuamente objeto de la legitimación que impone la autonomía de la ciencia respecto de la política.

f) Como consecuencia de todo lo que se ha dicho (en el punto e) surge una corriente que defiende al derecho penal de la instrumentalización de una política irracional o de parte, basada en el consenso o en el poder del consenso, en necesidades emocionales de la colectividad, pero que no se basa en la razón, ya sea ésta una racionalidad de fines o de valores, *Zweckrationalität* o *Wertrationalität* (entre tantos, sin

8 ROCCO ART., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, en *Riv.dir.proc.pen*, 1910, 497 ss., también en ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Ed. Del Foro Italiano, Roma, 1933, 263 ss. Para una introducción muy útil al problema del método en el tecnicismo jurídico, MALINVERNI, *La Scuola dogmatica del diritto penale*, Premiata Tipografia Gallardi, Vercelli, 1939, especialmente, 25 ss., 35 ss., 53 ss.

9 DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), tr.it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bolonia, 1982, 252 ss., según el cual «no se puede dejar, en justicia, que la mayoría decida sobre derechos por mayoría... permitir que la mayoría sea juez y parte parece contradictorio e injusto» (*ibidem*, 253 s.); FERRAJOLI, *Democrazia e costituzione* (1994), en ZAGREBELSKY/PORTINARO/LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Turín, 1996, 315 ss., 332, en el sentido de que la Constitución no se podría cambiar a golpes de mayoría; ID., *Per una storia delle idee di Magistratura Democratica*, en N. ROSSI, a cargo de, *Giudici e democrazia*, Franco Angeli, Milán, 1994, 72 s., sobre el garantismo como límite a las decisiones por mayoría en cuestiones relativas a derechos fundamentales. Todas estas tesis no son criticables debido a la idea de que los derechos se sustraigan a las decisiones por mayoría, sino por su 'núcleo'. Pero entre el núcleo genérico y la actuación concreta de cada derecho, incluso fundamental, hay distancias que sólo pueden colmarse con decisiones mayoritarias.

mencionar a los más jóvenes, por ejemplo: Noll, Naucke, Bricola, Arzt, Marinucci)[10].

Los tres primeros postulados hace tiempo que están en crisis, son postulados de carácter cada vez más «relativo».

El postulado de la división de poderes tiene un fundamento constitucional, aunque es evidente que se trata de un principio que conoce articulaciones dialécticas muy fuertes, sobre todo en lo que se refiere a las relaciones entre poder legislativo y judicatura[11].

En cuanto a la tesis sobre la neutralidad valorativa de la ciencia jurídica, originariamente rebatida sobre todo por corrientes de inspiración marxista, ya prácticamente nadie la sostiene, aunque es evidente que hay grandes diferen-

10 A título de ejemplo, se recuardan algunas posiciones «emblemáticas» que son escépticas en relación a la forma (incluso aunque sea «democrática») en que los partidos políticos utilizan el derecho penal. Aunque sea desde posiciones muy diversas: NOLL, *Die Berücksichtigung der Effektivität der Gesetze bei ihrer Schaffung*, en *Methodik der Gesetzgebung*, Springer Verlag, Wien-New York, 1982, 131 ss. (todo el desarrollo de la *Gesetzgebungslehre* en el ámbito penal tiene su origen, entre otras cosas, en los casos de irracionalidad en la producción de las leyes; todo el debate más reciente sobre el derecho penal simbólico y el más relevante sobre el derecho penal de la emergencia, podrían ser considerados aquí); BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, en *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, 12 ss.; ID., *Legalità e crisi: l'art 25, commi 2° e 3°, della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni '70*, en *La Quest. Crim.*, 1980, 179 ss., 269 s.; ID., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n.152)*, en *La Quest. Crim.*, 1975, 284 ss. (son sólo ejemplos: hay que resaltar, más en general, que el escepticismo hacia la política criminal real de los partidos ha dominado el desarrollo de la perspectiva constitucionalista italiana a partir de los años setenta); NAUCKE, *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus*, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1995, 483 ss.; ID., *Entwicklugen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, en ID., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2000, 393 ss.; ARZT, *Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG*, en ZStW, 111, 1999, 757 ss., 763 ss.; ID., *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsdurcht in den USA und in Deutschland*, Mohr, Tübingen, 1976, 163 ss. y *passim*; MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia* (también en *La Quest. Crim.*, 1981, 297 ss.) en MARINUCCI/DOLCINI, a cargo de, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milán, 1984, 327 ss., especialmente, 343 ss.

11 Sobre la dimensión internacional del incremento progresivo del poder judicial, cfr. GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie* (1996), tr. it. *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, Milán, 1996; PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Bari, 1998; TATE VALLINDER (ed.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995; GUARNIERI/PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bolonia, 1997. Para una relectura de la relación entre democracia, derecho y poder judicial en el marco de su «Diskurstheorie», HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1992. Representa emblemáticamente una posición extrema de democracia judiciaria, SCODITTI, *Il contropotere giudiziario*, ESI, Nápoles, 1999.

Para reflexiones ya clásicas sobre la relación entre dogmática y política criminal con relación (también) a la distinción de poderes, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1973, HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1974, 168 ss.; BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, en *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, 3 ss.; PULITANO', voz *Politica criminale*, en *Enc.dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milán, 1985, 91 ss.

cias en la forma de entender el método y los límites del ámbito de valoración del intérprete.

Continúa siendo válida la tesis de la (relativa) autonomía de la ciencia con respecto a la política, que no representa, por otro lado, un motivo suficiente para considerar que aún hoy en día, sea actual el tecnicismo jurídico, salvo que se entienda de forma completamente renovada[12].

El cuarto postulado de la aristocracia penal (letra d) merecería un amplio examen que no puedo afrontar en este momento[13], baste resaltar por ahora, que el vicio más destacado de la tesis según la cual sobre los principios no decide la mayoría, consiste en consentir, por el contrario, que se decida sobre ellos por sentencia. Se ha delegado completamente en el poder judicial la «gestión democrática» de los principios[14]; ésta es, en el fondo, la indicación política que proviene también de las posiciones de Dworkin y Ferrajoli. El problema, como veremos (*infra* § 3.0), no es que en el diálogo entre ciencia, política, y judicatura se continúe con la misma política de vetos mutuos, sino que consiste en hacer fiable el papel de concreción de principios en vía hermenéutica que, necesariamente, hay que confiar también a la judicatura.

En realidad, sobre los principios se decide continuamente por mayoría porque sólo su 'núcleo', a veces muy genérico, es indisponible (por ejemplo: «la libertad personal es inviolable», art. 13.1, Cost. Italiana) y todos sabemos que un principio puede ser compatible con al menos cien códigos penales y procesales penales diversos (que constituyen distintos modos de disponer de la libertad). Si estos principios no se concretan de forma democrática y plural, inevitablemente se decidirá sobre ellos de forma autoritaria. El constitucionalismo extremo (neoiusnaturalista) es sólo una forma aún más aristocrática, y si se quiere, también más controlada racionalmente, de tomar esta decisión.

La quinta razón (el carácter autoritario, de defensa extrema, del derecho penal «como tal») sólo es válida respecto a ciertos delitos «naturales» del universo mínimo del derecho penal, el mítico *Kernstrafrecht*. Incluso aquí se podría discutir mucho respecto a los límites del principio de *extrema ratio* tal y como se ha aplicado hasta ahora por los legisladores, y también aquí la decisión sancionatoria (más allá de los tipos penales concretos) es claramente sus-

12 Una reafirmación puntual de esta exigencia que está, por otro lado, en conexión con la validez permanente del método técnico-jurídico, en PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte gen.[7], Giuffrè, Milán, 2000, 98.

13 A este aspecto se dedicará una parte amplia del estudio sobre *Democrazia penale*, cit.

14 Ejemplar la posición de SCODITTI, *Il contropotere giudizario*, cit.; también, por ejemplo, cfr. N. ROSSI, *Verso una democrazia maggioritaria. Magistratura e mutamento istituzionale*, en ID., a cargo de, *Giudici e democrazia*, cit., 9 ss., 18 ss. De gran interés sociológico e histórico por su llamamiento directo a la representación del pueblo soberano es la reconstrucción del nuevo poder judicial en GAUCHET, *Le révolution des pouvoirs*, Gallimard, París, 1995, 35 ss.

ceptible de una respuesta plural. En cuanto nos alejamos de este núcleo irrenunciable de tutela, cuanto más se «extiende» el derecho penal, más se vuelve controvertible, susceptible de ser administrado de forma plural y democrática, más abierto a establecer alternativas a las sanciones más graves, más capaz de «renunciar» a la pena, etc., y, por tanto, y en esta medida, menos se concilia con su imagen clásica, autoritaria e intolerante[15].

Sólo el sexto postulado continúa siendo íntegramente válido. Si en el método del penalista hay márgenes legítimos de aristocraticidad que pueden ser considerados, incluso en democracia, legítimos, es porque es preciso controlar la racionalidad del sistema y de la política criminal. Un control puramente mayoritario es, de hecho, una locura. Es intolerable. Llegados a este punto es evidente que una reflexión sobre el 'método de la ciencia' es de una relevancia crucial.

III. EL «MÉTODO DE LA CIENCIA» Y EL «MÉTODO DE LA DEMOCRACIA» FRENTE A LA POLÍTICA JUDICIAL EN MATERIA PENAL EN CONEXIÓN CON LA (MÁS TRADICIONAL) CONCEPCIÓN DEL DERECHO COMO CIENCIA HERMENÉUTICA E «INDIVIDUALIZADORA». LA IMPOSIBLE SUPRESIÓN DE LA CONVIVENCIA ENTRE LOS MODELOS NEOPOSITIVISTAS Y HERMENÉUTICOS DE CIENCIA

La excesiva valorización del derecho penal como «norma» y del principio de división de poderes ha conducido a la infravaloración del significado del *papel institucional de la judicatura* como *fuente de derecho* (*diritto/Recht*), que *no* de ley, evidentemente, (*legge/Gesezt*), y como portadora legítima de corrientes de política interpretativa *subordinada* a la ley y a la Constitución, *pero* dotada de márgenes para tomar decisiones autónomas (cfr. *supra* § 0.0. sobre el derecho como «decisión» e «institución»). Hoy en día no hay operador práctico (y tampoco teórico serio) que crea «conocer el derecho» sin «conocer la jurisprudencia».

La distinción misma entre *disposición* (abstracta) y *norma* (que deriva de la primera y que puede tener un contenido diverso, según sea interpreta-

15 Este dato se hace especialmente evidente en países como España que han reducido al mínimo la legislación penal complementaria, aunque sólo formalmente en cuanto al número de preceptos, ya que en el código siguen existiendo normas en blanco que remiten a miles de preceptos que están fuera de él: sobre este punto cfr. DONINI, *La riforma della legislaziones penale complementare: il suo valore «costituente» per la riforma del codice*, en ID., a cargo de, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Cedam, Padua, 2000, 36 s., y sobre la legislación penal especial española: FOFFANI/PIFARRÉ DE MONER, *La legislazione penale speciale in Spagna (Codice penale e principio di «universalità»)*, ivi, 189 ss.

da) constituye en la actualidad una de las bases del saber hermenéutico del jurista[16].

Es un descubrimiento que tiene dos fundamentos, uno relativo al *método de la ciencia* y otro relativo al *método de la democracia*:

a) En cuanto al *método de la ciencia*, se trata de la necesidad de tomar conciencia en el ámbito institucional (y no sólo normativo), de que la aplicación de la ley al caso supone un momento de individualización, y también, al mismo tiempo, que, al aplicar el derecho al caso, se está en condiciones de alcanzar 'nuevos' puntos de vista que son susceptibles de generalización. Es preciso efectuar una nueva reflexión sobre el significado del precedente[17] que sea coherente con la dimensión del derecho como ciencia hermenéutica (e «individualizadora»[18]) y no sólo como ciencia «generalizadora» («ley general y abstracta», «ciencias empíricas», «criminología», «previsibilidad de las decisiones», «previsibilidad del riesgo penal», «causalidad nomológica», «peligrosidad social», «verificabilidad del daño social», «efectividad», etc.). No parece que se haya superado en absoluto la necesidad de una definición contextual del saber jurídico penal que participe tanto de la *Geisteswissenschaften,* como de la *Naturwissenschaften.* Al mismo tiempo, el método experimental de las ciencias así llamadas,

16 Sobre distinciones similares (aunque las acepciones no sean siempre coincidentes) realizadas en la doctrina italiana por Crisafulli e Tarello, cfr. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1990, 15 ss.; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998, 15 ss., 136 ss., 497 ss.; VIOLA/ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Bari, 1999, 117 s., 320 ss.; EZQUIAGA GANUZAS, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 41 ss.

17 Que en Italia (y en otros países) ha sido estudiado sobre todo por los civilistas. Una antología muy útil de un debate muy amplio ya en los años ochenta, en M. BIN, *Il precedente giudiziario*, Cedam, Padua, 1995. En la literatura civilista alemana cfr. LANGENBUCHER, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht,* Beck´sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1996. Desde una perspectiva teórica comparada, vid. también la monografía de MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria*, Giuffrè, Milán, 1996, 29 ss. y *passim*. Entre los penalistas, cfr. la importante monografía de CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, Turín, 1999. Me gustaría únicamente precisar que la necesidad de estudiar el precedente «vinculante» se puede reconducir a una reducción del caos interpretativo y, por tanto, se coloca en una perspectiva de recuperación de la legalidad efectiva (*in action*) –éste es, por ejemplo, el punto de vista de Cadoppi– que al mismo tiempo constituye un reconocimiento evidente del papel de la jurisprudencia como fuente de derecho (una vez superadas, incluso en los países anglosajones, las concepciones «declarativas» del precedente). Desde este punto de vista es importante recordar que en el contexto social no existe únicamente la interpretación autoritaria del juez, sino que respecto a un número enorme de cuestiones que no llegan a los tribunales, desempeñan un papel hermenéutico y de consulta tanto la abogacía como los aparatos administrativos de la Administración Pública, diversos operadores jurídicos privados, etc.; no existe, por tanto, únicamente el punto de vista del juez que, a menudo, y frente a la controversia, tiene en cuenta una hermenéutica consolidada que opera «en el ámbito social» mucho antes que «en los tribunales»: cfr. a propósito las observaciones de TWINING/MIERS, *How to Do Things with Rules* (1982), trad. it., *Come far cose con regole*, Giuffrè, Milán, 1990, 238 ss., 272 ss. Se trata de un aspecto relevante para la comprensión de la relación entre pluralismo y papel del juez (vid. más ampliamente *infra*, en el texto).

18 Ya RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*[8], a cargo de E: Wolf y H.P. Schneider Verlag, Stuttgart, 1973, 216 s.

naturalísticas, aporta al saber penal el control empírico y la prueba de efectividad (*infra*, §§ 4.0-8.0), sin el cual el *hortus conclusus* de nuestra ciencia se parece al de una teología civil.

b) En cuanto al *método de la democracia*, es preciso responder a la siguiente pregunta: ¿puede pensarse que el pluralismo ideológico opere sólo en el Parlamento y no en la judicatura? ¿puede pensarse que los conflictos que preceden a la formación de la ley puedan milagrosamente desaparecer una vez que ésta ha encontrado una composición dialéctica, una fórmula de compromiso en las pocas palabras de un artículo (10-20 palabras)? ¿Una vez que se promulga la ley debe cesar la «democracia penal», o bien, ser 'administrada' sólo por el pensamiento aristocrático de los académicos o de la Corte Constitucional?

La judicatura realiza, de hecho, una necesaria *composición judicial del pluralismo* social y de las posturas contrapuestas de las «partes» en el proceso penal[19]. De esta constatación surge la necesidad de que la ciencia penal elabore instrumentos conceptuales que integren ordenadamente ese componente del derecho como hermenéutica y ciencia del espíritu, que en la aplicación judicial al caso valoriza el derecho como decisión. No es casual que el estudioso se dedique sobre todo a los «casos difíciles» (*hard cases*), puesto que en los casos fáciles 'funciona' todavía muy bien, revisado y corregido (con componentes valorativos), el paradigma de la interpretación como actividad «declarativa» o como silogismo judicial (después de la interpretación). Y esto es así porque en

19 Sin necesidad de citar aquí de nuevo (ya que las citas serían tan evidentes como exactas) la *Diskurstheorie* de Habermas, para un 'radiografía' de notable eficacia representativa de la crisis de la cultura estatalista de la «izquierda» italiana y de los efectos que tiene hoy respecto a las funciones de quien juzga, cfr. ALBANO, *Crisi dello stato sociale, limiti della cultura statualistica e ruolo del giudice*, en ROSSI, *Giudici e democrazia*, cit., 144 ss. El papel mediador del juez en una sociedad pluralista ha sido también objeto de interpretaciones más allá de la correcta ubicación constitucional de los poderes, interpretaciones cercanas al así llamado uso alternativo del derecho conforme al estilo de los años setenta, del que claramente pretendo distanciarme: cfr. por ejemplo, SCODITTI, *Riforma costituzionale e giurisdizione*, en *Democrazia e diritto*, 1997, 1 ss., y especialmente, 48 ss.

A medida que se han ido extendiendo las formas de privatización del proceso (mecanismos de negociación sobre el rito, la condena y la prueba, relevancia, incluso probatoria, de las pruebas realizadas por el abogado defensor –en virtud de la ley de 7 de diciembre de 2000, n. 397 que prevé precisamente una serie de disposiciones sobre las pruebas realizadas por la defensa–) se ha ido acentuando la función del proceso como composición del conflicto entre las partes, más que como procedimiento de verificación autoritaria de la verdad (esta segunda función se mantiene, evidentemente, aunque conviva con las demás), lo que se concilia con el papel del juez como mediador del pluralismo dentro del Estado y de la sociedad, más que como portador de una única y constante verdad autoritaria, pronunciada «desde fuera», sobre los valores y las razones de los contendientes. Para una representación muy eficaz de las diversas funciones del proceso en los sistemas *adversarial* respecto a los inquisitorios, DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del proceso*, Il Mulino, Bolonia, 1991, passim. Sobre la entrada de las formas de negociación en el proceso penal, vid. la monografía de SINNER, *Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht*, Peter Lang, Frankfurt, a.M., 1999 con una visión muy amplia de la situación italiana, vista desde una posición muy hostil a la negociación.

los casos fáciles, aunque el intérprete «valore», alcanza soluciones consolidadas por una amplia mayoría. Por este motivo los casos son «fáciles» y se puede realizar un silogismo. Es en los casos difíciles en los que el modelo no funciona en absoluto[20].

La integración del método científico (ya) neopositivista, que es todavía tan «atrayente» por su seductora exactitud y precisión y el método hermenéutico y de las ciencias de la cultura, sólo puede realizarse bajo el signo del método democrático y del reconocimiento del papel institucional de la judicatura, también penal, en la gestión de los conflictos y del pluralismo[21].

IV. LA EXTENSIÓN DEL «PARADIGMA ARISTOCRÁTICO» TAMBIÉN AL ÁMBITO JUDICIAL. EMPIRISMO Y VALORES EN EL MÉTODO DL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EL DERECHO PENAL COMO TEOLOGÍA CIVIL O COMO CIENCIA SOCIAL

Aún hoy en día en Italia el mito «garantista» del juez neutral y *bouche de la loi* se refleja a menudo en las obras de los penalistas nostálgicos del Iluminismo del siglo XVIII (el retraso del penalista medio italiano en materia

20 Cfr. también DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, cit., 53 ss. Sobre este tema existe una literatura inabarcable, sobre todo de common law. Me remito únicamente a DWORKIN, *Taking Rights Seriosuly*, trad. it. cit., 171 ss.; ID., *No Right Answer?* (1978), trad. it., *Non c'è soluzione corretta?*, en *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 1983, 469 ss. (con una fe excesiva en la «corrección» y univocidad de las decisiones judiciales sobre tales casos); y todavía mejor a MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, 175 ss.; y a BARAK, *Judicial Discretion* (1987), trad. it., *La discrezionalitâ del giudice*, Giuffré, Milán, 1995, 45 ss., 115 ss.

21 Un ejemplo paradigmático de la integración entre saber hermenéutico, saber nomológico y exigencias de la praxis en el método del penalista se encuentra continuamente en numerosas, aunque muy diversas entre ellas, obras de la Escuela de Francfort: cfr. por ejemplo (sin referencias específicas a los trabajos de los estudiosos de las últimas generaciones de la Escuela) HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Carl Heymann's Verlag, Köln-Berlín-Bonn-Munich, 1968; ID., *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*; cit., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Europäische Verlagsanstalt, Athäneum Verlag, Frankfurt a.M., 1973; ID., *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, en *Fest. Coing*, Bd. I, Beck, Munich, 1982, 493 ss.; ID., *Prävention im Strafrecht*, en *Juristische Schulung*, 1987, 257 ss.; ID., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*[2], Beck, Munich, 1990; ID., *Nomos Kommentar*, cit., *Vor* § 1; ARTH. KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in die Rechtsphilosophie und die Rechtstheorie der Gegenwart*[5], C.F. Müller, Heidelberg, 1989 (y las ediciones sucesivas); NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, Metzner, Frankfurt a.M., 1972; NAUCKE, *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1979; también de Naucke cfr. la recopilación de trabajos en ID., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Nomos, Baden-Baden, 2000; ID., *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1999; LÜDERSSEN/SACK (Hrsg.), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, cit.; HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Metzner, Frankfurt a.M., 1979; HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, cit.; LÜDERSSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kamp gegen das Böse?*, cit.; ID., *Abschaffen des Strafens?*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1995.

hermenéutica es sorprendente[22]) y también en políticos nostálgicos de una judicatura poco intervencionista respecto a los «poderes fuertes» (fuerte con los débiles y débil con los fuertes)[23].

Además, la tradicional cultura separada, aristocrática y autoritaria del penalista ha comprometido y cooperado necesariamente también al estilo de los jueces que, a menudo, cuando reflejan corrientes más 'intervencionistas', se sienten portadores de orientaciones autónomas, e incluso separadas, respecto a las de la sociedad civil. Pero incluso cuando el estilo de la jurisprudencia penal, al intervenir en la realidad, no es simplemente antagonista o superior, sino dialogístico respecto a los debates, interpretaciones jurídicas y tensiones del contexto social, sigue estando mediatizado de forma rigurosa por las normas. Es aquí donde se encuentran límites objetivos impuestos por la división de poderes que hace que sea modesta, aunque no irrelevante o indiferenciada, la medida del saber empírico utilizable por el juez, y, especialmente: 1) por el juez ordinario; 2) por el juez constitucional.

El juez ordinario tiene muchos programas condicionales (reglas construidas sobre un paradigma operativo: si... entonces...), que circunscriben fuertemente, si no su conocimiento de la realidad, sí las decisiones que se pueden tomar: la *quaestio facti* está nítidamente delimitada por las *quaestiones iuris* abstractamente admisibles, y entre las reglas abstractas que le vinculan, está también la prohibición de la analogía *in malam partem*, que sirve también, evidentemente, para excluir cualquier clase de valoración orientada a las consecuencias que tenga como resultado la violación de esta regla. Por todo ello, el problema depende siempre del tipo de regla (de los «programas condicionales») que el legislador le haya confiado.

El juez constitucional, por el contrario, tiene más programas de fines (normas-principio, valores, etc.) a pesar de que también gestione muchas normas-reglas[24]. Evidentemente, también está vinculado por el principio de división de poderes, que no supone que no pueda disponer de saber empírico, o

22 Para una orientación finalmente abierta a la perspectiva de la hermenéutica contemporánea, vid. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, conferencia impartida en Perugia en el Congreso sobre «L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo» en los días 16-18 de diciembre de 1999.

23 Y ello a pesar del hecho de que en Italia la judicatura tiene un papel mucho más fuerte que el de la ciencia académica: el Parlamento puede normalmente «permitirse» aprobar una ley contra la opinión de la academia, pero es mucho más cauteloso cuando se trata de hacerlo contra la opinión de la judicatura. No me refiero aquí a la judicatura «de izquierdas», sino a la judicatura en general. Sin embargo, ha sido la corriente de izquierda de la judicatura italiana la que ha contribuido, de forma determinante, ha promover una dimensión política fuerte en el tercer poder. Me remito a PALOMBARINI, *Giudici a sinistra. I 36 anni della storia di Magistratura democratica: una proposta per una nuova politica per la giustizia*, ESI, Nápoles, 2000, y al citado volumen *Giudici e democrazia*, a cargo de N. Rossi, cit.

24 Sobre esta característica de la hermenéutica constitucional, me remito únicamente (aunque también aquí las referencias podrían ser muy numerosas) a MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, en ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milán, 1996, 115 ss.

bien adquirirlo mediante investigaciones técnicas. Sin embargo, el juez constitucional no dispone en Italia de la facultad de ordenar pericias, –contrariamente, por ejemplo, a la situación del juez constitucional alemán del *Bundesverfassungsgericht*[25]–, que en teoría podría utilizarse también de forma amplia para examinar (si es posible) la efectividad de las leyes y el respeto al principio de subsidiariedad o la taxatividad de la ley en relación con su aplicabilidad práctica, con su verficabilidad procesal[26].

Otro *déficit* de democraticidad de la cultura judicial italiana está constituido por el hecho de que no se prevea, ni siquiera en la Corte Constitucional, el derecho de manifestar y motivar la *dissenting opinion* –contrariamente al *voto particular* en España y al *Sondervotum* en Alemania[27]–.

Si la perspectiva constitucionalista en derecho penal supone *un juez muy valorativo, que valora muchísimo*, ya que debe controlar cada ley e interpretarla a la luz de principios superiores de rango constitucional[28], no es menos cierto que la ya indicada división de poderes marca algunas fronteras estrictas a esta capacidad que es potencialmente abstracta; de hecho, a la hora de verificar los principios de *extrema ratio*/subsidiariedad y racionalidad, el control desarrollado por la *Corte Constitucional italiana* sobre la política criminal del legislador, ha admitido límites a estos poderes. En la alternativa entre punición administrativa o penal, peligro concreto o abstracto-concreto (no presunto) el control que puede realizarse tiene un margen de intervención muy estrecho, ya que la Corte se reserva la posibilidad de superar la prohibición de revisión política sobre la actividad del Parlamento (art. 28.1 11 de marzo de 1953, n. 87) sólo frente a la (evidente) irracionalidad de la decisión tomada por el legislador[29]. No obstante y

25 HASSEMER, en *Nomos Kommentar*, cit., Vor § 1/35, 140. El Tribunal Constitucional alemán, por otra parte, parece utilizar el poder de ordenar pruebas de forma muy limitada. Para un ejemplo significativo en materia de aborto, vid. BVerfG 28.5.1993, Bd. 88, 203 ss.

26 Se identifica con el principio de determinación hoy en día, la necesidad de que las normas penales describan hechos «susceptibles de ser probados en el proceso», MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale*[2], Giuffrè, Milán, 1999, 99 s. (el aspecto de la suficiente determinación en abstacto, o taxatividad, es reconducido por los Autores al «principio de precisión»: *ivi*, 57 ss.). Más allá de la proliferación de categorías doctrinales es muy importante que cuando se le reconoce a un órgano institucional el poder de controlar la practicabilidad de las leyes, se le dote también de los poderes necesarios para llevarlo a cabo: sin pruebas, ¿a qué saberes podrá acudir el Tribunal si no a banales y claras «evidencias»? De esta forma, sólo podrá decidir en casos extremos: y esto es lo que probablemente pretende obtener la limitación del control actual de los presupuestos fácticos (empíricos o científicos) de la legislación vigente.

27 Sobre la historia de la introducción en el ordenamiento del Tribunal Constitucional alemán del voto particular, LAMPRECHT, *Richter contra Richter. Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1992.

28 Sobre las características del tipo de juez que presupone la perspectiva constitucional, cfr. DONINI, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, en *Critica del diritto*, 1998, 122 s.; ID., *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, cit., 56 ss.

29 Vid. en concreto, sobre los límites de tal poder, Corte cost., 6 julio-18 julio 1989 n. 409, en *Giur.cost.*, 1989, 1906 ss., especialmente, 1916 s.; Corte cost., 10-11 julio 1991, n. 333, en *Giur. Cost.*, 1991, 2646 ss., especialmente, 2658-2661.

desde hace tiempo, la Corte ha puesto en marcha, en el marco de estas barreras normativas, formas de control de *racionalidad respecto a valores* (*Wertrationalität*) y de *racionalidad respecto a fines* (*Zweckrationalität*)[30] también en el ámbito penal.

El programa de Franco Bricola (y con él el de otros penalistas) que preveía el control por parte de la Corte de todas las normas penales que no tutelasen *bienes de relevancia constitucional* contra *agresiones de peligro concreto* ha quedado como un mero programa político[31]. E, incluso, podría decirse que ha sido, precisamente *en el plano político,* en el que este programa no ha sido aceptado por la doctrina italiana dominante; si hubiese convencido a ese nivel, hubiese sido posible considerarlo 'acogido' en la Constitución vigente[32]. Y así lo ha confirmado la fallida experiencia de la Comisión Bicameral

30 No puedo aquí desarrollar el discurso mediante una remisión a las decisiones sobre esta materia (que radican, como normas «demostrativas» de la Constitución italiana que fundamentan las decisiones de ilegitimidad constitucional, sobre todo en los artículos 3.1: *sub specie* racionalidad y proporcionalidad; y 25. 2: *sub specie* taxatividad-determinación): de todas formas, como ejemplo de verificación de *racionalidad respecto a fines*, recuerdo: Corte cost. , 15-28 diciembre 1995, n. 519, que declaró la ilegitimidad del art. 670.1 del C.P sobre la mendicidad no invasiva (que no utiliza medios repugnantes, vejatorios, o medios fraudulentos), como una incriminación inidónea para tutelar los bienes jurídicos (por ejemplo, la tranquilidad pública) para cuya protección había sido construída por el legislador de 1930; igualmente significativa Corte cost. 17 octubre-2 noviembre 1996, n. 370, sobre el delito de sospecha del art. 708 del C.P (posesión injustificada de valores), declarado ilegítimo (entre otras cosas) porque « ya no es adecuado para perseguir el fenómeno del enriquecimiento ilícito tal y como resulta de la observación de la realidad criminal de estos últimos decenios». Como ejemplo, por el contrario, de norma ilegítima por la *irracionalidad respecto a valores*, cfr. los artículos 1 y 3 l. 24 de junio 1929, n. 1085, considerada tal por la Corte cost. 21-25 de mayo 1987, n. 189, sobre la exposición no autorizada (en el territorio nacional italiano) de una bandera de un Estado Extranjero: superado el clima político de los veinte años de fascismo y de su nacionalismo, el Tribunal ha declarado que la sanción penal resulta «hoy manifiestamente irracional...el hecho mismo carece de cualquier objeto jurídico específico y de la mínima *ratio incriminandi*». Para un análisis reciente de la imbricación entre taxatividad, proporcionalidad y racionalidad en las decisiones del Tribunal, cfr. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, en *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, 350 ss.; MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, parte I, en *Riv.it.dir.proc.pen* , 1999, 434 ss.

31 Para un balance de las tesis de Bricola en contribuciones recientes, baste aquí recordar, DOLCINI/MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, *Riv. itdir. proc. pen*, 1994, 333 ss., 345 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*[2], vol. I, Giuffrè, Milán, 1995, Pre-Art. 39/1-16; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, parte gen.[3], Zanichelli, Bolonia, 1995, 12-28; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padua, 1996, 18-47, 130-140; PADOVANI, *Diritto penale*, parte gen.[5], Giuffrè, Milán, 1999, 110 ss.; PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Turín, 1999, 142 ss.; DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, Utet, Turín, 1999, 265-274.

32 He desarrollado este aspecto en una intervención sucesiva al congreso en ocasión del cual se elaboró inicialmente el presente trabajo: cfr. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, en *Il Foro it.*, 2001, V, 29 ss., conferencia pronunciada en Salamanca, en los Cursos de Postgrado en Derecho, enero de 2001, también en trad. española, a cargo de Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y limites. La experiencia italiana*, en *Revista penal*, n. 8/2001, 24 ss., y también en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. II, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, 223 ss.

para la revisión de la Constitución (1997/1998) que en el art. 129.1 y 2, intentó traducir en norma constitucional el programa de Bricola: «*Las normas penales tutelan bienes de relevancia constitucional/No es punible la comisión de un hecho previsto como delito si no ha comportado una ofensividad concreta*»[33].

Se trató, de hecho, de un intento *de ampliar los poderes de control de la Corte* sobre la racionalidad de las decisiones político-criminales del Parlamento, a través del examen sobre si los bienes jurídicos son o no, de relevancia constitucional. Hoy podemos preguntarnos: ¿era un modelo de aristocracia penal, o de mayor democracia judicial? ¿era un modelo que permitía perfeccionar instrumentos críticos y verificables para controlar la ley, o que suponía una politización «incontrolable» de la Corte Constitucional? Considero, como he escrito en otro lugar, que a pesar de la existencia de varios riesgos superables, se podría haber conseguido imponer, a través de un control mayor de la Corte, una mayor racionalidad y también verificabilidad empírica sobre las decisiones incriminadoras, siempre que los nuevos principios se hubiesen injertado en un tejido normativo de leyes ordinarias que les hubiesen concretado desde el principio de forma más operativa de la que sería posible hoy a la luz de la actual legislación penal. Cierto es que aún tendremos que esperar.

La ciencia penal académica por su parte –y con respecto a ello me remito a lo que he dicho sobre las razones «políticas» de la poca acogida de la tesis de Bricola– se ha centrado exclusivamente en la reforma ordinaria: frente a la continua irracionalidad de las leyes penales vigentes (no sólo en Italia, ciertamente) cree que únicamente a través de la ley ordinaria se puede conseguir la racionalidad de la legislación. No se quieren incrementar los poderes de control de la Corte, temiendo excesos de democracia judicial, esto es, constituir un «garante de la Constitución» sin controles. Pero no se trata, que quede claro, de una «fe renovada en la política», sino, más bien, de una falta de confian-

33 Los puntos 3 y 4, a su vez, preveían: «Las normas penales no pueden ser interpretadas de forma analógica o extensiva./Sólo se admitirán nuevas normas penales si modifican el Código penal o bien, si se contienen en leyes que disciplinen orgánicamente la entera materia a la que se refieren». Sobre el art. 129 de la Comisión bicameral en general, cfr. por ejemplo, las críticas de FIANDACA, *Intervento* al dibattito su *«Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale», en Critica del dir.*, 1998, 143-145; ID., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, en *Foro it.*, 2000, V, 137 ss., 141 s., y de PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale, B) diritto penale sostanziale*, en *Diritto penale e processo*, 1998, 41; cfr. también DI GIOVINE, *L'evoluzione dell'art. 25 Cost. nel pensiero del nuovo costituente*, en *Cass. Pen.*, 1998, 356 ss. Hay que destacar que muchas críticas estaban bien fundadas o eran comprensibles (especialmente las que se referían a la prohibición de interpretación extensiva o las atinentes a la difícil gestión del principio relativo a la tutela de bienes de rango constitucional, tal y como he tenido ocasión de aclarar ampliamente en *L'art. 129 del Progetto*, cit.): lo que por el contrario asombra, es la resistencia preconcebida, *precisamente en Italia*, a una legislación penal constitucional mejor, confiando únicamente en las reformas ordinarias.

za en un Tribunal demasiado fuerte[34]. Es por tanto, una doble desconfianza la que ha neutralizado propuestas institucionales innovadoras.

Nos arriesgamos así a perpetuar el papel de la Corte como un tribunal de teología civil que argumenta sólo con valores (controlando la *Wertrationalität*) y que no tiene conocimiento empírico, ya que incluso el control de la *Zweckrationalität se atiene a los «fines» y no a las consecuencias*, esto es: una idoneidad respecto a los fines que no está sustentada por un saber científico.

El máximo de «saber empírico» que utiliza la Corte en el ejercicio del control sobre la conformidad de las incriminaciones a los valores o a los objetivos del legislador, es un llamamiento genérico a las experiencias legislativas extranjeras, que se tienen en cuenta para afrontar el juicio sobre el retraso, incongruencia o irracionalidad de una regulación nacional[35].

A pesar de que el control de constitucionalidad en Italia presente estos límites institucionales, es preciso subrayar *el gran significado europeo y democrático que tiene la perspectiva constitucionalista fruto de la cultura penal italiana* (desde Pietro Nuvolone, Marcello Gallo y Franco Bricola en adelante): no se ha tratado de la contribución de un solo estudioso iluminado, sino más bien, de un *movimiento coral* de la cultura penalista, un movimiento transversal a todas las escuelas, que ha originado un gran debate también en la judicatura ordinaria. Ha sido una ciencia penal crítica, que no se ha centrado en la legitimación de lo que ya existía, una ciencia penal construida sobre «principios» y no sólo sobre «reglas» o «categorías sistemáticas»; ha sido una ciencia penal que ha sabido inspirar y orientar las decisiones del Tribunal Constitucional maduradas sobre todo a partir de finales de los años ochenta.

Cuando hoy en día y desde Alemania se acusa violentamente a la perspectiva constitucionalista del derecho penal (sin referencias, por otra parte, a la experiencia italiana) de representar únicamente una forma de iusnaturalismo[36],

34 Para una valoración sustancialmente positiva de las propuestas del art. 129 de la Comisión Bicameral, por lo menos respecto a los puntos 1 y 2, con puntos de vista diversos, cfr. MAZZACUVA, *Intervento* al dibattito su *«Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale»*, *en Critica del dir.*, 1998, 155 ss.; CASTALDO, *Welches Strafrecht für das neue Jahrtausend?*, de próxima publicación en *Fest. Roxin*, 11 ss. (del dactilografiado). Vid. también mi trabajo, ya citado, DONINI, *L'art. 129 del Progetto*, cit., 95 ss.

35 Se repiten las remisiones (aunque a menudo sean fugaces) a ordenamientos extranjeros, normalmente europeos, en las sentencias de la Corte Constitucional italiana n. 96/1981 (sobre el delito de plagio), n. 364/1988 (sobre la ignorancia de la ley penal), n. 1085/1088 (sobre el hurto de uso) n. 391/1994 (sobre el delito de ultraje), n. 519/1995 (sobre mendicidad), n. 370/1996 (sobre delitos de sospecha).

36 NAUCKE, *Die Legitimation strafrechtlicher Normen – durch Verfassung oder durch überpositive Quellen?* en LÜDERSSEN, *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Bd. I, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, 156 ss.: este trabajo de Naucke representa, en mi opinión, una agresión tan fuerte como injustificada a la perspectiva constitucionalista en general. Los diversos aspectos y la tentación por el neoiusnaturalismo, han sido discutidos frecuentemente en el debate italiano (por ejemplo, por Fiandaca, Ferrajoli y por quien escribe), pero en un contexto argumentativo radicalmente diverso, como ya se ha apuntado en el texto.

se expresa lo que constituía un motivo comprensible de preocupación (que yo mismo he tenido) frente a concepciones (todavía) rigurosamente individualistas, deductivistas o «filosóficas» de las normas constitucionales propias de los años setenta y ochenta. Sin embargo, el debate plural, que ha tenido por objeto a las normas constitucionales, ha neutralizado, de hecho, el riesgo de una lectura no discursiva, sino aristocrático-iusnaturalista de esas normas-principio.

V. LA «POLÍTICA» QUE CULTIVAN LOS CIENTÍFICOS: EL IDEALISMO DE LA, ASÍ DENOMINADA, CIENCIA «FUNCIONALISTA», O BIEN ORIENTADA EN SENTIDO «POLÍTICO-CRIMINAL», U ORIENTADA «A LAS CONSECUENCIAS», PERO NO EMPÍRICAMENTE

El penalista ama una sola clase de política: la que imagina que subyace a sus diseños teóricos, que únicamente aportan al sistema penal una patente de legitimación. Es la política imaginaria de un nuevo sistema, de un nuevo método. *No es la política real del sistema*, sino su embellecimiento, salvo que el legislador haya acogido efectivamente las indicaciones que provienen de los estudiosos.

Si se prescinde de esa forma de política, de lo más singular, representada justamente por el tradicional método dogmático[37] y por las interpretaciones conformes con la Constitución, es ciertamente dudoso que exista hoy en día en Italia una política criminal real de matriz académica (limito esta observación a mi país, pero sería posible extenderla a otros países). No existe en absoluto una clara política criminal europea, de matriz académica y que sea realmente representativa. La política criminal real no proviene de la «ciencia». O bien proviene de la ciencia «que representa» las decisiones de los gobiernos.

Por otra parte, *desde los años setenta en adelante* se ha hablado mucho (en Alemania, en Italia, en España, etc.) de *política criminal «mezclada» con la dogmática, y gestionada por el intérprete* (el programa de Roxin en Alemania; el de Bricola en Italia, y varias corrientes de orientación constitucionalista).

Pero no ha sido a menudo una política basada en datos empíricos o en el conocimiento de la efectividad y de las *funciones reales* del derecho penal respecto a los sistemas que le son alternativos. Ha sido una política que ha observado en la propia ley algunos «*fines*» y que ha querido reinterpretar el sistema penal a la luz de esos fines. O ha sido, como en Italia, una política que se ha deducido de *principios constitucionales* superiores (o bien pensada para

37 Sobre el método dogmático tradicional como argumentación «política», de la política de la doctrina, lejana de la praxis, y heredera de un estilo de pensamiento que tiene su origen en el siglo XIX, cfr. NAUCKE, *Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis*, en *ZStW*, 85, 1973, 425 s.

prescindir de ellos, pero «reconducida» en vía hermenéutica-argumentativa a normas-principio o normas constitucionales)[38].

Desde puntos de vista a menudo muy diversos, algunos han hablado de «*funciones*»[39] y otros de «*orientación a las consecuencias*»[40].

---

38 En la doctrina italiana se contiene un auténtico manifiesto sobre el nuevo curso de la dogmática que se orienta a objetivos de política criminal con base constitucional en MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, ESI, Nápoles, 1992: casi una síntesis ideal de las diversas experiencias metodológicas de Roxin y de Bricola. También de Moccia, vid. igualmente el llamamiento a la necesidad de aunar eficiencia y garantías en ID., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, Nápoles, 1995, 153 ss.

39 A pesar de sus «manifiestos» programáticos o de sus reflexiones metodológicas, no están siempre claras, por ejemplo, las diferencias entre el método orientado a los fines de la pena, o bien teleológico-funcional, o funcional *tout court*, diseñado, por ejemplo, por autores como Roxin (ROXIN, *Strafrecht*, AT[3], Bd. I, Beck, Munich, 1997, § 7/24 ss.; ID., *Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems* in *Fest. Kaiser*, Bd. I, Duncker & Humblot, Berlín, 1998, 885 ss.), Wolter (cfr. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlín, 1981, 21 ss. y *passim*, donde «funktional» y «teleologisch» son, sustancialmente, sinónimos), Frisch (sobre su concepto «*funzionale*» de dolo cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlín-Bonn-Munich, 1983, 42 ss., 46 ss.), Schünemann (para una reflexión clarificadora sobre el método de la ciencia alemana del siglo XX, desde una perspectiva histórica, cfr. SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, en ID. (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtsystems*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1984, 1 ss., especialmente 45 ss., donde «*zweckrational*» y «*funktional*» se usan, igualmente, como sinónimos, de la misma forma que lo hace a continuación Roxin; cfr. También de SCHÜNEMANN, *Strafrechtssystem und Kriminalpolitik*, en *Fest. R. Schmitt*, Mohr, Tübingen, 1992, 117 ss., especialmente 125 ss.), o Jakobs (cfr. por ejemplo. JAKOBS, *Strafrecht*, AT[2], Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1991, VII s. (*Aus dem Vorwort zur ersten Auflage*), § 17/18 ss., 22, y nota 46b, p. 484; ID., *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken*, en *ZStW*, 107, 1995, 843 ss.): es decir, no es el método el que explica la diversidad de resultados (a menudo se trata de argumentaciones diversas, no de soluciones diversas), sino la diferencia entre los objetivos que los diversos autores consideran que tengan o deban tener la pena o el sistema penal. Las 'funciones' son como los 'objetivos', es decir, sólo *sinónimos de un deber ser asignado* a las instituciones y a las categorías penales. Incluso quien utiliza el término en un sentido descriptivo, no se sustrae a su utilización también prescriptiva. Es evidente que cambiando los objetivos, en función de los diversos puntos de vista, o de la diversa sensibilidad política de los distintos intérpretes, cambian las argumentaciones del «funktionales Denken», pero no siempre cambian las soluciones efectivas. Cfr. también la óptima introducción a la obra de Jakobs elaborada por PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIÓ MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs* en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, a cargo de los mismos Autores, ed. Cívitas, Madrid, 1997, 17 ss., donde se relativiza justamente (*ibidem*, 24 ss., 37) la distancia entre las posiciones del autor y las de la doctrina alemana dominante. Sin embargo, la diferencia existe y es una diferencia de sensibilidad política sobre un uso más crítico, o bien únicamente «comprensivo» del sistema penal. En un caso, la distancia entre ser y deber ser es o (a veces) parece mayor, en el otro caso tiende a desaparecer. De esta forma nos encontramos con perspectivas teleológico-»funcionales» relativas a principios (por ejemplo, Roxin, Schünemann, etc.), y otras que son menos sensibles a estos aspectos (por ejemplo, Jakobs).

Un cuadro muy útil del actual debate «metodológico» de la ciencia penal, con atención especial a la situación alemana y española, en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

40 Por ejemplo, HASSEMER, *Über die Berücksichtigung von Folgen*, cit. En este trabajo, además, junto a la actualidad de la orientación a las consecuencias en la política criminal, en la legislación y en la construcción teórica (*ibidem*, 502 ss.), se ponen de manifiesto, sobre todo, los riesgos y los límites negativos que tiene la orientación a las consecuencias en la aplicación judicial (*ibidem*, 516 ss.); ID., *Prävention im Strafrecht*, cit., especialmente, 260 s., donde se distingue entre consecuencias «internas» y «externas» al sistema, aclarando que únicamente éstas últimas permiten una utilización provechosa del concepto de «consecuencias»; por el contrario, si las consecuencias son únicamente internas al sistema, nos movemos en una dimensión completamente normativa.

Especialmente quien ha hablado de orientación a las consecuencias ha pretendido plantear una objeción metodológica que quisiera retomar aquí y hacer mía añadiendo algunas otras observaciones.

Hassemer ha observado en diversas ocasiones que la dogmática orientada en sentido político-criminal a las consecuencias adolece de una *auténtica* orientación a las consecuencias, esto es, falta sensibilidad respecto al banco de pruebas que constituye el saber empírico, la verificación[41].

Si individualizamos «*rationes*», «fines», o bien, «funciones» de forma puramente idealista, teórico-abstracta o ideológica, se opera con valores, con fines, con el «deber ser» *pero no se verifican nunca las auténticas funciones preventivas* a la luz de investigaciones empíricas. Esta «prevención», si no está sujeta a verificación y a falsabilidad, no es más que un puro disfraz ideológico, una organización intelectual de lo que existe para que sea culturalmente aceptable.

Esta misma forma de proceder puede encontrarse en la *Corte Constitucional italiana* que hace un *uso argumentativo* de principios (por ejemplo, el de *extrema ratio*, el de la función reeducativa de la pena) sin ningún instrumento o prueba empírica. Se supone que la norma penal «tiene» que motivar, «tiene» que tener una función de prevención general, «tiene» que ser taxativa, «tiene» que prever una pena que tienda a la reeducación/resocialización, etc.: de lo que se deducen algunas *consecuencias normativas*, que inciden en los razonamientos del intérprete y del juez. En esto consiste la «*funcionalización*» de conceptos o su racionalidad a fines. Entendámonos: todo esto es mucho mejor que una cultura retribucionista-axiológica que sólo se preocupe de la reafirmación de la vigencia de las normas penales, de la compensación de culpas o de la *Gesinnung*, o bien, que se oriente a la educación disciplinaria del ciudadano que haya transgredido las reglas de su «papel» de garante de alguna función de riesgo.

Y, sin embargo, también esa cultura se orienta a las consecuencias sólo en apariencia. La argumentación dogmática se orienta a *«consecuencias» que son siempre normativas*. Son consecuencias *internas al sistema* de la propia dogmática que dice estar «orientada a las consecuencias». No son consecuencias «reales», y no parten de premisas «reales», son autopoiéticas. Basta con corregir el objetivo al que tiende el derecho penal y sostener que éste pretende estabilizar el consenso sobre los valores fundamentales de la sociedad, y nos

41 Cfr. por ejemplo, HASSEMER, *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, cit., 57 ss.; ID., *Prävention im Strafrecht*, cit., 257 ss., 260 s.; ID., *Variationen der positiven Generalprävention*, in SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (Hrsg.), *Positive Generalprävention (Uppsala-Symposium 1996)*, Müller Verlag, Heidelberg, 1998, 47 s. Antes aún, cfr. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer, Frankfurt a.M., 1974, 122 ss., 206 ss.

encontraremos de nuevo inmersos en el idealismo penal, y no en el realismo o en el método experimental.

Esta cultura idealista tiene que ser necesariamente gestionada por técnicos cualificados y autorizados: es una gestión tecnocrática y de *élite*. Pero sus intérpretes carecen, por definición, de la posibilidad de «control crítico» de los datos reales, de la posibilidad de verificación. Su *método no es falseable*. El único control no se establece respecto a los efectos reales, sino respecto a la racionalidad de valores y de fines: el paradigma normativo integral impide que el juez del derecho (y de los valores) se ensucie aquí las manos con la realidad[42].

Tampoco la experiencia alemana, atinente a la relación entre «ciencia penal» y *su* «política criminal», puede, en cierta medida, sustraerse a la misma crítica. Por ejemplo: el penalista italiano, en mi opinión, no ha comprendido realmente si las diversas «soluciones» a los casos presentes en los manuales alemanes de Jescheck (ahora Jescheck/Weigend), Roxin o Jakobs dependen de sus premisas teóricas o de cualquier otra cosa. Más aún si tenemos en cuenta que muchas veces esas premisas teóricas conducen a soluciones idénticas o análogas, aunque se haya argumentado de forma diversa (¡es una diferencia de *Begründung*, no de «consecuencias»!).

Se tiene la sensación de que nos movemos siempre en una *dimensión «idealista» en la que el derecho es un instrumento autopoiético, no un instrumento que se modifica en función de sus consecuencias aplicativas reales.*

Pues bien, considero que pertenece al «método democrático», además de al «método de la ciencia», una apertura a la realidad mayor, un mayor compromiso de sus argumentos y soluciones con el *output* de los efectos que de ellos se derivan. Es decir, una orientación «real» a las consecuencias. De lo contrario seguiría siendo cierto que el derecho penal conserva el papel (que es importantísimo, sin duda) de aparato de control social y de estabilización de las expectativas de seguridad y de justicia. Sería entonces, únicamente, un papel de ideología pública: *de política*, por tanto, *más que de ciencia*[43].

Naturalmente, la *democracia penal* del consenso político podría centrarse en impulsos emotivos y en el miedo de las víctimas potenciales, para eludir cualquier clase de verificación empírica, buscando así legitimación al uso irracional de los instrumentos punitivos (*supra*, § 1.0). Es evidente que cuando reclamo un método democrático correcto *con relación a la ciencia y a*

42 Para una oportuna ilustración del «nivel descriptivo» de las funciones reales del derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., 298 ss.

43 Esta idea puede recordar las críticas tracicionales, de raíz marxista, a la teoría del delito como forma de ideología. Aquellas objeciones, por otro lado, conducían a los teóricos marxistas no ya a la relativización, sino más bien a la eliminación de toda diferencia entre derecho y política. Algo que excede completamente de la posición que se mantiene aquí (más ampliamente, sobre el tema, DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, cit., especialmente- 39-44, 56-63).

la política penales, no me refiero a la regla puramente procesal de la mayoría, sino a la información de la mayoría.

VI. EL JUEGO DE LOS ROLES: CIENCIA ACADÉMICA Y JUDICATURA (EN ITALIA) FRENTE AL LEGISLADOR: «*DIE REFORM SIND WIR*»?

Para un penalista italiano tiene mucho interés la lectura de las consideraciones realizadas recientemente por Gunther Arzt sobre el sentimiento de «identidad» de la ciencia penal alemana (académica) con respecto a la legislación penal del siglo XX. El penalista alemán afirma orgullosamente: «*Die Reform sind wir*»[44], refiriéndose al hecho de que, por un lado, la legislación penal no ha podido prescindir de la aportación de la ciencia a lo largo de todo el siglo XX, y, por otro lado no puede prescindir –aunque a veces se olvide de ello–. Es cierto. Este conocimiento también podría explicar cómo es posible que la ciencia penal alemana se haya «enamorado» de esa forma de la sociedad punitiva. Ha sido así porque siente que, en parte, es un producto suyo, porque ha tejido su ideología, realizando un esfuerzo inmenso para explicarla o hacerla aceptable.

Si nos fijamos en la experiencia de otros países, no encontramos la misma relación entre academia y legislación, ni la misma sensibilidad. Durante mucho tiempo la cultura académica en Italia, después de la experiencia del tecnicismo jurídico y del Código Rocco, se ha dirigido al Tribunal Constitucional, más que al Parlamento, para intentar realizar «sus» programas políticos de reforma. Es lo que ha conducido al desarrollo de una clase de estudiosos a menudo bastante crítica frente al legislador. Las buenas relaciones entre ellos dependen de en qué medida el Parlamento, o más a menudo, el Gobierno, ha sabido «implicar» a representantes de los docentes universitarios en los proyectos o en las comisiones de reforma. De todas formas, ya esté o no implicada la academia, a menudo queda infravalorada con respecto a los aportes de la judicatura: los juristas «ministeriales», los que componen los departamentos legislativos estables del Ministerio de Justicia, son, de hecho, magistrados, y como ya se ha recordado, es mucho más consistente la presión del poder judicial sobre el ejecutivo y el Parlamento, que la autoridad de una clase académica que hoy en día está demasiado ocupada en la actividad profesional de la abogacía y que, además está, en parte, dividida en escuelas «regionales» en las que los protagonismos individuales o las rivalidades relativas al poder académico de oposición, prevalecen sobre el diálogo científico que podría unir fuerzas en verdad representadas por varios talentos de nivel incluso internacional.

44 ARZT, *Wissenschaftbedarf nach dem 6. StrRG*, cit., 757 ss.

Además de todo lo que ya se ha dicho, si se considera que el Código Rocco de 1930 aún está vigente en su estructura básica, aunque sea el Código de la Italia republicana más que de la Italia fascista (ya que ha vivido bajo la República más de dos tercios de su existencia), y que parece que todavía es capaz de sobrevivir mucho tiempo, aunque sea con algún que otro retoque, se comprende perfectamente que la ciencia penal italiana no pueda tener el atrevimiento de proclamar: ¡«la reforma somos nosotros»!

Por todo ello, cuando se habla de la relación entre ciencia penal y política, no se debería olvidar la aportación de la sociología de roles nacionales, que explica más que muchas doctas monografías[45]. De otro lado, la política criminal «real» va por otros derroteros, distantes de las elaboraciones científicas. Cuando desde los Estados Unidos a la Inglaterra de Blair, y desde la Francia de Chirac a otros países mediterráneos sopla el viento de la «tolerancia cero», se hace evidente, para cualquier persona con sentido común, que no es precisamente la aportación de la ciencia jurídica la que explica la razón de ser de las reformas[46].

De otra parte, la ciencia no puede continuar legitimando lo que ya existe si es sistemáticamente ignorada por el legislador, más aún cuando existe (como en Italia) una norma con rango de ley que, todavía hoy, prohíbe a los jueces citar obras doctrinales en los fundamentos de las sentencias[47]. Últimamente, se observa en Italia una mayor implicación de la clase académica en las iniciativas legislativas, pero en el contexto de una contribución «equilibrada» con la representación de la clase forense y la judicatura. Incluso esto, si se quiere, es un ejemplo de diplomacia penal, que no siempre de democracia.

Una característica destacada de la ciencia penal italiana de los últimos treinta años (que ya se daba en el siglo XIX) y que la distingue de otras similares ya sean europeas o no, es el método comparado. Esta característica la rehabilita claramente en un contexto internacional, junto con la vocación crítica, que me parece un poco más destacada de lo que pueda ser en otros contextos nacionales.

Aludiremos brevemente a este aspecto cuyo interés metodológico, desde mi punto de vista, debe integrar «sociológicamente» reflexiones de carácter más abstracto.

---

45 Para una reflexión muy instructiva de las relaciones entre ciencia penal y legislación en Italia, PALAZZO, *Diritto penale*, en *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*. Actas del Congreso de Florencia, 26-28 septiembre 1996, Giuffrè, Milán, 1997, 311 ss.

46 Una visión intereseante del panorama internacional sobre estas tendencias en WACQUANT, *Les prisons de la misère* (1999), trad. it., *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Feltrinelli, Milán, 2000.

47 Se trata del art. 118. 3, de las Disposiciones Complementarias del Código Procesal Civil («En todo caso se debe omitir la citación de cualquier autor jurídico»).

VII. LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS PRINCIPIOS Y LA NECESIDAD DE QUE LA COMPARACIÓN SE CONVIERTA EN «MÉTODO DE LA DOGMÁTICA» Y NO SEA SÓLO UNA DISCIPLINA AUTÓNOMA CUYOS OBJETIVOS SEAN MERAMENTE COGNOSCITIVOS. COMPARACIÓN Y TRABAJO DE *ÉQUIPE*

Una ciencia que sea sólo nacional ha sido siempre, desde mi punto de vista, una contradicción en sus propios términos, o mejor, la equivocación de un provincianismo nacionalista o de un iusracionalismo apodíctico para la exportación.

El sólo hecho de extender el horizonte del objeto de la ciencia penal más allá del derecho como norma, el sólo hecho de que el derecho como norma se conforme también con principios constitucionales, internacionales y derechos del hombre, que tienen una dimensión europea y extraeuropea, el sólo hecho de que la legislación nacional se «ocupe» progresivamente de normas cuya política real del derecho haya madurado en la Unión Europea y no en los Parlamentos nacionales, impone hoy a todo el mundo una apertura internacional y comparada a las ciencias jurídicas de los demás países. A consecuencia de ello se produce, necesariamente, una relativización de los puntos de vista autárquicos de las ciencias nacionales tradicionales[48]. Es por tanto una exigencia que ya no es exclusiva del círculo de escuelas que han tomado la decisión de trabajar con un método comparado, o bien una exigencia que se pueda circunscribir a aquéllos países que consideran que tienen «algo que aprender» de la experiencia que parece «más avanzada» o «interesante», de otros países.

Es cada vez más evidente que la «comparación» con una sola experiencia extranjera (que para muchos juristas italianos y españoles ha supuesto en el siglo XX un «monólogo» constante con los autores en lengua alemana), más que una comparación, corre el peligro de convertirse en una asimilación de otra cultura. Esto que puede desarrollar o ha desarrollado temporalmente en el pasado una función positiva, no puede constituirse en un 'método' que pueda repetirse indefinidamente; ya que no es ni un método de la ciencia, ni mucho menos de la democracia.

La tradición italiana de la dogmática comparada (no sólo con Alemania, sino también con Francia, por ejemplo, y hoy en día también con los países de lengua española y de *common law*) se consolidó ya en el siglo XIX, y es, por tanto, claramente anterior a la internacionalización del derecho penal y prosiguió después en el siglo XX a pesar del (y sobre todo después del paréntesis) tecnicismo jurídico y de la primera época, todavía bastante 'autóctona' de la

48 En este sentido, vid. también PALAZZO/PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Turín, 2000, 18 ss., y aquí (cap. I) una exposición crítica de las razones por las que se retoma el método comparado después del paréntesis del tecnicismo jurídico en Italia.

corriente constitucionalista. Con relación a los países de lengua española, baste sólo recordar en el siglo XX la obra monumental de Jiménez de Asúa y el manejo constante de la literatura italiana y alemana. Lo que se echa un poco en falta es una interacción recíproca, sobre todo por parte de la literatura alemana, que se ha dedicado casi exclusivamente a exportar sus productos, excepto por el hecho de haber ofrecido a través del Max Planck Institut de Friburgo una cosecha realmente significativa de trabajos e investigaciones de extensión realmente mundial. Una cosecha de materiales tan imponente como ignorada por parte de los estudios dogmáticos de la academia alemana[49].

En cuando al modelo al que me refiero, no se trata de establecer una comparación únicamente como «ciencia autónoma», que se ocupe de describir institutos y legislaciones de otros Estados. *La comparación* tiene que verse hoy en día más que como método de la teoría del derecho o de la política del derecho como «*método de la dogmática*» (y se extiende, según el objeto de la investigación, a diversos países, no a ordenamientos-modelo); tiene que verse como *un requisito de cientificidad de la propia ciencia penal dogmática*[50].

Un desarrollo maduro de este método implica la necesidad de que no se deje a la iniciativa y al conocimiento lingüístico de cada estudioso: el *trabajo de équipe* pasa así a ser un instrumento indispensable para una comparación de largo alcance[51] y una contribución real a un diálogo que en el plano político exige condiciones de reciprocidad. De una parte, la comparación con un único país es asimilación, o bien, especialización de un estudioso en particular: pero nunca el *trend* generacional de toda una nación de investigadores. De otra

49 Sobre este aislamiento nacionalista de la ciencia penal alemana, muy orientado a la exportación, y puesto en evidencia también en DONINI, voz *Teoria*, cit., 240 s., nota 83, se han producido en los últimos tiempos contribuciones de gran fuerza crítica: en especial, FLETCHER, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung*, en ESER/HASSEMER/BURCKHARDT, (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Beck, Munich, 2000, 239 ss.; SCHUBARTH, *Binnenstrafrechtsdogmatik und ihre Grenzen*, en *ZStW*, 110, 1998, 827 ss.; cfr. también KÜHL, *Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, en *ZStW*, 109, 1997, 777 ss.; PERRON, *Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, en *ZStW*, 109, 1997, 281 ss., 296 ss.; JUNG, *Grundfragen der Strafrechtsvergleichung*, en *Juristische Schulung*, 1998, 1 ss.

50 Sobre este punto, con ulteriores referencias, DONINI, voz *Teoria del reato*, cit., § 7. En este estudio he sostenido la necesidad de la comparación (que implique 'intercambios' lingüistico-conceptuales, y no simplemente la toma de conciencia de lo que es 'diverso') como método de la propia dogmática «nacional». Percibo una convergencia de puntos de vista, en relación a este aspecto, en la interesante intervención escrita para este Congreso por MILITELLO, *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea* (dactilografiado).

51 Ejemplares las investigaciones en *équipe* del Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Kriminologie, de Friburgo en Brisgovia. Sobre este punto vid. también JESCHECK, *Rechtsvergleichung im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht im Feriburg i. Br.*, en ZStW, 79, 1967, 128 ss. Desde el punto de vista del método, estas investigaciones se han caracterizado fundamentalmente por la finalidad de conocer otros sistemas extranjeros, manteniendo un espléndido asilamiento respecto a los trabajos dogmáticos alemanes. Nunca se ha elaborado, o llevado a cabo una visión comparada «dentro» de las dogmáticas nacionales, aunque sea el «Lehrbuch» de Jescheck, hoy, Jescheck/Weigend, el que utilice más materiales extranjeros de todo el mundo.

parte, es patológico que este movimiento tenga lugar en una única dirección, esto es, que algunos países se comparen siempre con otros sin que exista un movimiento recíproco en sentido inverso. Nuestros países (España, Alemania e Italia) no pueden reducir el ámbito de la comparación a una autoreflexión que se enmarque en la tradición «dogmática» que nos es común. Por eso considero que es importantísima una apertura a los sistemas de *common law*[52].

Se abriría así un tema que merecería por sí mismo muchas reflexiones a las que está más acostumbrada la ciencia comparada de matriz civilista, un tema que concierne al objeto, método y fines de la comparación[53]. Pero no

52 Me permito disentir, en este punto, de lo que ha afirmado Silva Sánchez en la hermosa intervención escrita con ocasión de este Congreso (SILVA SÁNCHEZ, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal*, p. 10 ss. del dactilografiado), donde manifiesta su escepticismo sobre la posibilidad de una comparación útil con los sistemas de *common law*, debido a la excesiva diversidad cultural y a la ausencia de una teoría del delito. Una contribución reciente y ejemplar que prueba la utilidad de la comparación con estos países, una utilidad que va más allá de las pasiones y de los vicios de la sistemática penal constructiva, puede leerse en CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., precisamente en relación a la pregunta que se plantea Silva Sánchez (*ibidem*, p. 12-13) sobre la mayor «seguridad y precisión» de un sistema de reglas organizado según una teoría, respecto de un sistema más casuístico. La respuesta del trabajo de Cadoppi, en este aspecto, que se atiene a una visión de la *law in action*, y no «*in the books*», va en un sentido exactamente apuesto al de Silva. Sin querer radicalizar ahora el juicio, sí quisiera señalar que es muy provechoso profundizar en otros sistemas, ya que de esta manera nos acostumbramos a relativizar, y con ello, a contextualizar mejor nuestro método tradicional. Si se aceptan las premisas que aquí se han acogido, es difícil postular que el sistema de origen alemán, pueda con seguridad constituir «el fundamento de la gramática occidental del Derecho penal» (tal y como afirma SILVA SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 16 del dactilografiado). En mi opinión, tratándose de un lenguaje y de una gramática, muy articulados y complejos, es preciso valorar si no sería mejor, desde una estrategia inteligente y en el ámbito de un diálogo intercultural, partir de estructuras conceptuales y categorías más simples (por ejemplo, elemento objetivo/elemento subjetivo), o bien, de principios jurídico-constitucionales o de política criminal comunes. La cuestión política, de todas formas, me parece aún prioritaria respecto a la sistemática.

53 Entre las investigaciones penales, recuerdo en particular (limitándome únicamente a las esenciales aunque es preciso destacar que además de éstas, no hay demasiado) además de Fletcher (nota 49), vid. LISZT, *Das «richtige Recht» in der Strafgesetzgebung*, en *ZStW*, 26, 1906, 553 ss., también en ZWEIKERT/PUTTFARKEN (Hrsg.), *Rechtsvergleichung*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978, 57 ss.; JESCHECK, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, Mohr, Tübingen, 1955; ID., *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform*, en *Fest. Bockelmann*, Beck, Munich, 1979, 133 ss.; PEDRAZZI, *L'apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, en SACCO (a cargo de), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milán, 1980, 169 ss.; NUVOLONE, *Il diritto comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, en *Indice pen.*, 1980, 1 ss.; JESCHECK/KAISER (Hrsg.), Die *Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, Duncker & Humblot, Berlín, 1980; J. HALL, *Comparative Criminal Law as Basic Research* (1978), en ID., *Law, Social Science and Criminal Theory*, Fred B. Rothman & CO., Littelton, Colorado, 1982, 153 ss.; FLETCHER, *Criminal Theory as an International Discipline*, en ESER/FLETCHER(Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, II, Eigenverlag Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.Br., 1988, 1595 ss.; ID., *Comparative Law as Subversive Discipline*, en *Am. Journal of Comparative Law*, 1998, 683, ss.; PRADEL, *Dorit pénal comparé*, Dalloz, Paris, 1995; ESER, *The Importance of Comparative Legal Research for the Development of Criminal Sciences*, en BLAINPAIN (ed.), *Law in Motion*, Kluwer, La Haya, 1997, 492 ss., en alemán ID., *Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergelichung*, en *Fest. Kaiser*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998, Bd. II, 1499 ss.; TULKENS, *Les systèmes de justice pénale comparée: de la diversité au rapprochement. Les politiques pénales et le comparativisme*, en *Nouvelles études pénales*, 1998, 63 ss., con referencias extensas al debate extrapenal.

quisiera entrar ahora aquí para no hacer pesado mi discurso, ya que trato de expresar únicamente un concepto que para mí es más importante que cualquier otro. Y éste sería la necesidad de que la comparación no sea únicamente una disciplina autónoma que «conoce» lo que es distinto y lo «describe» con categorías comprensibles para el lector, sino que sea también un método de contraste y diálogo discursivo (con un *secundum comparationis* que pueda ir cambiando en la medida en que lo haga el argumento y el objeto, y con un *tertium compartionis* que funcione como *«medium»* entre el *primum* y el *secumdum comparationis*) común al mismo *milieu* cultural, que no sea un método individual o específico de algún pionero o grupo de alguna nación económicamente (más) «débil»; de lo contrario, algunos importan siempre y otros exportan siempre.

En mi opinión, hoy en día, esta necesidad se está haciendo cada vez más acuciante en el contexto de la unificación jurídica europea, sobre todo en vista de los proyectos de un *ius criminale* (o *poenale*) *commune* europeo. Nunca, como en este momento histórico, se ha advertido la preocupación relativa a que se impongan autoritariamente desde «arriba» las denominan armonizaciones o unificaciones jurídicas europeas[54]. A través de esta demanda se expresa una exigencia exquisitamente democrática en la relación entre derecho penal y política. No se trata de la búsqueda de un derecho penal 'perfecto', sino de la solución más democrática y científica a la necesidad «relativa» de un derecho penal común, partiendo del conocimiento de la existencia de diferencias e identidades insuperables.

Precisamente, la dimensión científica del saber penal puede contribuir a un diálogo efectivo, aunque sólo en la medida en que se base en la comparación como método de información empírico-normativa de los sistemas con los que se pretende dialogar. Sin ella se reproducirán los evidentes nacionalismos (una ciencia provincial que se impone con la razón de la fuerza) o nacionalismos enmascarados de iusracionalismo (una ciencia que tiende a imponerse con la fuerza de la razón, pero que en realidad quiere exportar *también* el producto de su propia racionalidad cultural y lingüística de carácter nacional, sin una auténtica voluntad dialogística o discursiva).

Sin embargo, actualmente tengo que confesar algo que hace tiempo no me habría atrevido a decir, o que quizás no habría tenido la lucidez de ver. Si hoy en día parece que ha llegado el momento de afirmar que la comparación es

54 Expresa una preocupación de este tipo por ejemplo, HASSEMER, *«Corpus Juris»: Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?*, en *KritV*, 1999, 133 ss., en relación a la primera edición del Corpus Juris. La segunda edición (DELMAS-MARTY/VERVAELE, *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. I, Intersentia, Antwerp-Groningen-Oxford, 2000; voll. 2 e 3, *ibidem*, 2001), se sustrae, desde mi punto de vista, a aquéllas críticas y reservas.

importante para el propio método dogmático del penalista, ello no depende del hecho de que la internacionalización de las relaciones haya permitido «descubrir» una verdad que existía o valía también antes, cuando imperaba el nacionalismo político. Viceversa, el hecho de que hoy en día se considere indispensable el diálogo entre culturas y sistemas diversos, se ha debido a una nueva política criminal europea e internacional; de ahí que haya surgido la necesidad (política, científica y práctica) del método comparado: por tanto, a la vista de la lectura y aplicación de *nuevas fuentes jurídicas* de matriz común o de destino común. El cambio en la política criminal nacional e internacional, es, en definitiva, el factor que ha desencadenado el nuevo método[55].

VIII. LA DIMENSIÓN POLÍTICA Y «CRÍTICA» DE LOS PRINCIPIOS Y LA NECESARIA DEMOCRATIZACIÓN DE LA CIENCIA. DE LA *AUCTORITAS* INSTITUCIONAL A LA 'AUTORIDAD' BASADA EN UN SABER VERIFICABLE. EMPIRISMO Y MÉTODO PENAL

El trabajo in *team*, aunque nunca pueda sustituir al estudio individual, hará inevitable un mayor diálogo entre los estudiosos, una mayor necesidad de transmitir con bases comunes, con conceptos ya experimentados, con lenguajes menos personalizados (la fascinación de la investigación individual); esto es, impondrá un estilo de pensamiento más atento a datos cuantitativos, estadísticos, empíricos. En pocas palabras: abrirá el «método de la ciencia» a la discursividad del «método democrático»[56], a sus procedimientos dialécticos en la construcción del 'sistema' como «obra colectiva»[57].

No es que el consenso desinformado de la mayoría o una decisión «componedora» de un tribunal supremo (por ejemplo, el Tribunal Supremo en sesión plenaria) puedan imponerse a las adquisiciones científicas, sino que estas últimas no tienen ninguna dimensión útil, ningún auditorio, ningún significado práctico real, sin un destinatario del que es necesario obtener el consenso y del que se debe esperar y desear que realice un control crítico, ya que no es un súbdito que deba limitarse a obedecer preceptos basados en el principio de autoridad.

---

55 Con esta consideración se responde de forma clara e inmediata a las tentaciones ontologizantes; en este sentido un ejemplo claro en la producción más reciente se encuentra en, HIRSCH, *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?*, en *Fest. Spendel*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1992, 43 ss.

56 Para un llamamiento a la importancia *conjunta* de comparación e investigaciones empíricas en el método de la codificación (nacional), MARINUCCI/DOLCINI, *Note sul metodo della codificazione penale*, en *Riv.it.dir.proc.pen* , 1992, 410 s.

57 Sobre esta imagen actual del sistema penal (y jurídico en general) me he detenido en DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 10 s.; ID., voz *Teoria*, cit., 297.

El anclaje de la ciencia en los «principios» (y no sólo en las categorías sistemáticas o en las normas ordinarias), exalta su vocación crítica, y no meramente «sistematizadora», amplía el horizonte de su objeto a la política criminal e, incluso, a la realidad que la política pretende gobernar. Ya no basta la autoridad del consenso de estudiosos o jueces que sean «expertos en normas» o «expertos en valores»: su experiencia deberá medirse con conocimientos que puedan verificarse y ser controlados por laicos, ya que el derecho penal –sin renunciar a los valores– es un instrumento político, no de pura reafirmación de los propios valores, sino de un programa que mira a la propia realidad social y humana que se regula, al *output* extrasistémico de su intervención. El derecho penal tiene ciertamente una función simbólica (de reafirmación de valores en la conciencia colectiva). Es más, esta es su función más incontestable. Pero quien se resiste a ampliar el método (ya sea legislativo o interpretativo-aplicativo) impidiendo la entrada de mayores conocimientos empíricos y de *output*, es que está persuadido, ya desde el inicio, de que el derecho penal tiene que continuar desarrollando esencial o exclusivamente esa función simbólica.

Todo lo que aquí se ha sostenido –y es un aspecto muy delicado de toda esta problemática– exige configurar un papel distinto también para quien «aplica» el derecho, para una judicatura que debería consecuentemente ocuparse también de programas efectivos de fines y no sólo de programas condicionales[58]. La propia dimensión hermenéutica del derecho penal podría resultar profundamente revisada por la consecuente adopción de un tipo de perspectiva como ésta.

* * * * * *

En el debate cultural contemporáneo los penalistas siempre llegan los últimos. La función de «última barrera» que desempeña el derecho penal, hace que sea poco idóneo para desempeñar un papel pionero.

Y, sin embargo, es justamente por este motivo por el que el derecho penal es realmente el auténtico banco de prueba para realizar teorizaciones sobre el derecho «en general», sobre la interpretación «en general», sobre el papel de la judicatura «en general», etc., que provienen a menudo de áreas filosóficas, o bien de derecho privado o constitucional.

Quien cultiva nuestra materia desempeña el *papel político de prueba* de la bondad o no de tantas construccions generales sobre el derecho *tout court*: si la orientación a las consecuencias, el significado del precedente judicial, el

58 Para una tematización de estos conceptos, aunque oponiéndose, por otro lado, a la orientación a las consecuencias en el ámbito de la dogmática, LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer, Stuttgart, 1974, tr. it., *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Il Mulino, Bolonia, 1978, 61 ss., 78 ss., 96 ss.; una apertura significativa, por el contrario, en MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 91 ss.

papel de la tópica y de la jurisprudencia como fuente de derecho, la relación entre principios y reglas, la importancia de la lógica «*fuzzy*», el valor constitutivo de la comparación para el método dogmático, la apertura a las ciencias sociales y al *output* de las soluciones teóricas, se adaptan también al derecho penal, estas teorizaciones tendrán realmente el significado paradigmático general que ambicionan. Nos espera una gran tarea, y no sólo la mera y preconcebida «conservación».

En esta tarea es imprescindible la necesidad de interacción entre dimensiones metodológicas diversas, individualizadoras y generalizadoras (*supra*, § 3.0). Pero el reto hacia una apertura y un incremento de saber empírico controlable, pasa siempre a través de su *entrada prioritaria en fase legislativa, y en su verificación a la luz de la dimensión decisoria e institucional del derecho*: sin una legislación basada en el empirismo, el papel de la ciencia penal podrá ser crítico, pero poco «explicativo» de programas de fines sin consecuencias, ya que el proyecto legislativo ni siquiera las ha imaginado nunca o las ha llegado a conocer.

Si se comparten estas premisas, no sé si todos nosotros podremos continuar investigando como hemos hecho hasta ahora. Ni siquiera sé si es del todo correcto lo que propongo. Si lo fuese, probablemente habríamos señalado algunos puntos de partida no sólo en la dirección de la ciencia, sino también en la de la democracia.

LA INFLUENCIA DE LAS CIENCIAS SOCIALES EN EL DERECHO PENAL: LA DEFENSA DEL MODELO IDEOLÓGICO NEOLIBERAL EN LAS TEORÍAS FUNCIONALISTAS Y EN EL DISCURSO ÉTICO DE HABERMAS SOBRE SELECCIÓN DE LOS INTERESES PENALES

Guillermo Portilla Contreras
Universidad de Jaén

Es innegable la importancia que han adquirido los planteamientos funcionalistas de LUHMANN y la teoría del discurso y de los derechos humanos de HABERMAS en el debate sobre la selección de los bienes jurídicos; relevancia que se debe a la influencia ejercida por los métodos de la teoría del derecho, la sociología y la historia del derecho, la teoría moral y la teoría de la sociedad en el análisis de las instituciones jurídicas, sobre todo, las jurídico-penales.

La tradicional construcción constitucionalista sobre la configuración del bien jurídico-penal ha proporcionado conceptos que, generalmente, se han caracterizado por su dudosa utilidad para convertirse en verdaderos criterios materiales de selección. Por ese motivo, resulta interesante el análisis de aquellos planteamientos que ofrecen alternativas al modelo clásico de selección de los valores penales: el predominantemente sociológico y la teoría de los derechos de HABERMAS.

En efecto, en las tesis en las que predomina el criterio valor-Constitución se han elaborado conceptos de bien jurídico tales como «*condiciones valiosas* como presupuestos imprescindibles para una existencia en común»[1], «*unida-*

1 Tras unos planteamientos iniciales en los que SAX discute la importancia del complejo de valores regulados por la Constitución en comparación con los principios regulados en el StGB, (véase, Grundsätze der Strafrechtpflege, Berlin, 1972, pág.911), ROXIN va a desarrollar esa tesis e intenta construir el concepto de bien jurídico en relación a los fines de la pena, ya que en su opinión «una vez sentados cuáles son los fines de la pena de ello ha de derivarse lo que se considera bien jurídico», véase, «FRANZ von LISZT y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo», en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976, pág.47. De este modo, pretende definir tal concepto cuando sostiene que «en cada situación histórica y social de un grupo humano los presupuestos imprescindibles para una existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas, de las que, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación o la propiedad, todo el mundo las tiene presentes; en una palabra: los llamados bienes jurídicos...». Véase, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del derecho penal*, 1976, pág. 21. En opinión de GÓMEZ BENÍTEZ, esta teoría «sigue siendo pues, espiritualista y de base naturalista; en cuanto pretensión de limitar así el *ius puniendi,* y su virtualidad es muy dudosa porque sigue sin ofrecer un criterio «social» de referencia para la criminalización de lesiones de bienes jurídicos». Vid. «Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)», en *Rvta de la Facultad de Derecho de la Complutense*, 1984, nº 69, pág.101.

des sociales de función»[2], «objetos que el hombre necesita para su propia y libre *autorrealización*»[3], etc., en la pretensión última de excluir aquellos intereses que sólo afectan a la moral o ética de los grupos sociales. De este modo, al individualizar los bienes institucionales mediante la adopción de los criterios materiales que proporciona la Constitución, del mismo modo que los individuales, se intenta eludir la creación de categorías abstractas de bien jurídico (orden público, moral pública, etc.), diferenciándose de las tesis liberales más clásicas en las que predominan los criterios hermenéuticos y de legitimación negativa[4].

2 Al definir RUDOLPHI el concepto de bien jurídico, reduce esas unidades sociales de función a los elementos que permiten el desarrollo de la vida social sobre la base de los principios de libertad y responsabilidad individual. De este modo, aquellas unidades prescritas en la Constitución, cuyo apoyo en opinión de este autor sirve para «romper los criterios retenidos como insuperables entre las funciones sistemática, dogmática y función crítica del bien jurídico», son aquellos imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria. Vid. «Die verschiedene Aspekte des Rechtsgutsbegriff», en *Festschrift für Richard Honig*, Otto Swartz, Götingen, 1970, págs.158 y 159. Como se observa, en esta construcción doctrinal no se señalan cuáles son esos instrumentos que posibilitan el desarrollo social y en qué sentido pueden limitar valores abstractos como la libertad o la responsabilidad el ius puniendi.

3 Con esta tesis, Michael MARX pretende demostrar que sólo el desarrollo de los principios fundamentales regulados en la Constitución facilita los elementos básicos de la autorrealización personal. Véase, *Zur Definition des Begriffes «Rechtsgut»*, Berlin-Bonn-München, 1972, pág. 62. Ahora bien, la utilización de valores tales como «objeto», «autorrealización» con enclaves constitucionales en los que predomina el criterio individual adolece de la ausencia de verdaderos criterios jerárquicos. Así sucede también en la construcción que del bien jurídico realiza otro partidario de aquella teoría, MUÑOZ CONDE, al considerar a los bienes jurídicos como «aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social». Vid. *Introducción al derecho penal,* Barcelona, 1975, pág. 48.

4 No hay que olvidar que tales tesis tienen como marco idóneo, en el que se produce la legitimación de la reproducción de las teorías liberales del bien jurídico, al Estado de Derecho y más concretamente la Constitución. Ello se observa principalmente en la teoría de ROXIN, como señala FIANDACA al referirse al modelo de Estado en el que se basa aquel autor y que no es otro que el que refleja la Constitución de Bonn, de la que derivan no sólo los fines de la pena sino también los objetos de tutela penal. Vid. FIANDACA, «Il «Bene Giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale», en Bene giuridico e riforma della parte speciale, Napoli, 1985, pág. 11. En el mismo sentido se expresan: MIR PUIG, Introducción..., op.cit., pág.133 y OCTAVIO DE TOLEDO, Sobre el concepto..., op.cit., pág.344. De esta forma, se intenta la construcción de un sistema de bienes jurídicos sobre la base de las indicaciones constitucionales, aunque sin olvidar tampoco los resultados de las investigaciones criminológicas. Vid. DRIENDL, «Diskussiarbeiträge der Strafrechtstatung», Zstw, 1980, pág.207; MARINUCCI, «Problemi delle riforma del diritto penale in Italia», en *Diritto penale in Transformazione* de AAVV, Milano, 1985, pág. 355.

Con estas condiciones se configura, en opinión de PULITANO, «no un abstracto catálogo de objetos de tutela, sino de un modelo más articulado y flexible, que reúne los posibles objetos de tutela tras sí, con la técnica y funciones propias, no sólo del derecho penal sino de los diversos sectores del ordenamiento». Vid. «La teoria del bene giuridico tra codicce e costituzione», en *Rvta La Questione Criminale*, nº 1, 1981, pág. Rvta. 119.

En defensa de estas tesis, tanto MARINUCCI como ROXIN han criticado la alternativa de BARATTA, basada en la creación de una política-criminal de las clases subalternas. De este modo, MARINUCCI sostiene que aquel autor «esboza una estrategia de larguísimo período, proyectada en una Ciencia jurídica del mañana que integrándose en la criminología y las ciencias sociales de hoy, daría vida a un modelo

Sin embargo, el análisis de estos procedimientos incurre, en realidad, en una *doble valoración* del concepto de bien jurídico. Pues al distinguirse, siguiendo la doctrina liberal más clásica, entre los denominados «bienes jurídicos tradicionales» compuestos por las condiciones valiosas previamente existentes –vida, libertad o propiedad– y las prestaciones públicas a las que se ve obligado el propio Estado en su función asistencial, conduce necesariamente a una diferenciación entre los bienes que favorecen el desarrollo individual y los que posibilitan el bienestar social, otorgando, finalmente, al elemento individualidad un valor condicionante del social como criterio imprescindible de selección[5].

En segundo lugar, podría llegarse a afirmar que con aquellos conceptos difícilmente se logra uno de los objetivos esenciales de este planteamiento, esto es, la estricta separación entre Derecho Penal y Moral. En efecto, el desarrollo efectivo de los principios fundamentales reconocidos en la Constitución no necesariamente permite la exclusión de valores morales por su carácter no esencial[6], sino que, además, y debido a la falta de concreción y la indeterminación de aquellos conceptos, es factible la protección penal de los mismos.

---

integrado de ciencia penal sobre el que edificar «cualquier cosa mejor que el derecho penal»... (vid. «L'Abbandono del Codicce ROCCO: tra rassegnazione e utopia», en *Diritto penale in transformazione*, Milano, 1985, pág. 331). Por su parte ROXIN, en esta misma línea, ha criticado cualquier intento que tenga la finalidad de reformar sustancialmente al sistema, al manifestar que «en un último análisis, se retorna al derecho penal de la retribución y bajo la bandera del progreso, se sirve a la reacción». Vid. DRIENDL, *op.cit*, pág. 207.

La respuesta de BARATTA a tales críticas se basa en la comparación de ambas tesis, de modo que considera que, «contraponiendo a esta perspectiva radical, una perspectiva reformista, a la criminología crítica una criminología axiológica, MARINUCCI se resigna a declarar, como único posible proyecto de Derecho penal racional en Italia, un proyecto de racionalización neocapitalista del sistema, que retorna al viejo modelo integrado que ha guiado en los últimos decenios, el movimiento internacional de reforma». Concluye afirmando que aquellos autores, «con el clásico argumento del reformismo, que refutando el pasado y teniendo un futuro muy distinto del presente, lo convierten en un instrumento de conservación y legitimación de este último». Vid. BARATTA, «Criminología Critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito «Il codice ROCCO cinquentanni dopo e risposta a MARINUCCI», en *Rvta. Questione criminale*, nº 3, 1981, pags. 380-382.

En definitiva, se persigue la defensa del Estado Social y democrático de Derecho como único sistema viable, porque, como manifiesta ANGIONI, la clase dirigente no tiene tantas posibilidades de imponer su código de valores, pues gracias a la pluralidad son muy diversos los intereses en juego. Por contra, RESTA muestra su disconformidad con aquel planteamiento al afirmar que «en una democracia el retraso del compromiso no puede tener otra consecuencia que la perpetuación de aquella inamovilidad codificativa que el mismo mantiene». Vid. «Atteggiamenti verso la codificazione e utopia», en *Diritto penale in transformazione*. AAVV, Milano, 1985, pág. 331.

5 Vid. MUÑOZ CONDE elabora una teoría basada exclusivamente en el individuo, que adquiere valor social en la medida en que se reconoce que el sistema funciona gracias a la protección de los «intereses egoístas de la sociedad civil» pues, como indica este autor, también son bienes jurídicos intereses de la clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad. Vid. Introducción..., op.cit, pág. 49.

6 Así, expresamente, se demuestra en el planteamiento de POLAINO NAVARRETE, que admite la defensa de valores exclusivamente morales, ya que, al considerar como bienes jurídicos «los valores más firmes del orden de convivencia humana en condiciones de dignidad y progreso de la persona en sociedad»

En definitiva, podría concluirse que la Constitución no ofrece las garantías de *seguridad jurídica mínima* necesarias[7], como para erigirse en el instrumento exclusivo en orden a la jerarquización de los valores a proteger. La función que se otorga a la libertad personal por los partidarios de la tesis constitucional más estricta[8], en su carácter condicionante de la estructuración de los valores a proteger, no impide el proceso de carácter divinizador al que se ve sometida la Ley Fundamental, que se refleja, esencialmente, en la confusión frecuente entre derechos fundamentales y bienes jurídicos, en el reconocimiento de la existencia de valores implícitos o conexos a los constitucionalmente descritos, y en el hecho de hacer depender la graduación de la pena de la intensidad de la lesión.

Frente a estas teorías clásicas del bien jurídico se oponen las tesis de tendencia sociológica que se caracterizan por la negación de los planteamientos liberales basados, ya en la subordinación de lo social a lo individual, ya en la legitimación exclusiva de los bienes jurídico-penales en relación a los valores constitucionales. Aunque el concepto clave en las mismas no sea otro que el de «*perjuicio social*» en relación también al texto constitucional –por lo que

–vid. *El Bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, 1974, pág. 356–, no excluye la protección de intereses de carácter ético siempre que «exista en la sociedad un consenso general» sobre tales hechos y que sea «perceptible en la esfera ultraindividual y así susceptible de comprobación objetiva relevante en el plano social». Vid. ibid. pág. 354. En general, sobre el concepto de bien jurídico, más extensamente en la misma obra, págs. 271-273. Sobre esto, también puede verse el planteamiento más amplio de DÍEZ RIPOLLÉS. Este autor admite que «a veces estos valores morales cumplen las exigencias jurídico-penales precisas para convertirse en bienes jurídicos, cuya infracción es nociva socialmente», –Vid. *El derecho penal ante el sexo*, Barcelona, 1981, pág. 57–, llegando a cuestionar vgr. si «¿se podría tolerar en el ámbito privado conductas entre adultos y con consentimiento mutuo, sadomasoquistas?». A esta interrogante responde señalando que «dadas las innegables repercusiones sociales que las conductas en privado pueden ocasionar, la irrelevancia jurídico-penal sin más trámites de las conductas sexuales en privado sólo irá referida, aparte de, como es obvio, a las conductas sexuales que se permita también su realización en público, a aquellas conductas sexuales que el único presupuesto esencial para la convivencia plural al que afectan es el derecho reconocido a ciertas personas, ante cuya presencia y contra su voluntad se realizan determinadas acciones sexuales muy características y en unas condiciones muy precisas, a exigir que cese con ellos en su presencia». Vid., ibid., pp. 114-115.

7 Una dirección contraria a la afirmación del texto la representa un sector dominante de la doctrina italiana, entre los que sobresalen autores como ANGIONI o BRICOLA. El primero de ellos ha llegado a afirmar que «la extrema y radical alternativa sería finalmente una reedición de la teoría liberal del bien jurídico estrechamente ligada a la perspectiva constitucional». Vid. ANGIONI, Contenuto e funzioni..., op. cit, pág. 140. De este modo, pretende la revisión del ordenamiento penal en conformidad con los principios limitativos constitucionales e intenta, sin conseguirlo, concretar aquellos bienes jurídicos. Vid. ibid, pág. 191. En esta línea, destaca fundamentalmente la labor de un constitucionalista estricto como BRICOLA que ha intentado el desmantelamiento del viejo y reaccionario código ROCCO a través de los valores constitucionales en referencia a la medición de la pena. Vid. *Teoria generale del reato*, 1974, pág. 14. En sentido opuesto, véase por todos la revisión crítica y las dudas sistemáticas que FIANDACA expone respecto a la función que aquellos autores parecen otorgarle a la jerarquía de valores constitucionales. Vid. «Il bene giuridico...» *op. cit.*, pp. 16 y ss.

8 En efecto, los partidarios de esta tesis suelen recurrir al valor fundamental del principio de libertad personal para establecer los criterios de determinación del ilícito penal. De este modo, el bien jurídico se deduce de la expresa o implícita regulación constitucional y la medida de la pena de la escala de valores allí recogida. Vid. BRICOLA, op. cit., pp. 15 y ss. En esta dirección, se pronuncia GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, 1983, págs. 31 y ss.

no dejan de adolecer de los defectos antes aludidos–, ofrecen, sin embargo, rasgos distintivos en la subordinación de lo individual a lo social. Al basarse en la doctrina de los sistemas sociales de PARSONS, y fundamentalmente en los planteamientos de LUHMANN, se concibe la sociedad como un sistema de interacciones en el que la determinación del bien jurídico depende de la funcionalidad o disfuncionalidad del hecho respecto al desarrollo normal de los grupos sociales[9]. La base teórica de los mismos no es otra que la teoría funcionalista, cuyo pretendido carácter neutral no impide su contribución al desarrollo de un *proceso conservador de legitimación*[10] que, aplicado al concepto de bien jurídico, significa que el interés jurídico adquiere la condición de bien jurídico penal condicionado a su valoración social, puesto que en la teoría sistémica

9 En estas tesis, el sistema social se considera dirigido a la conservación de los modelos de comportamiento, por lo que el ordenamiento jurídico debe cumplir la misión de evitar que surjan nuevos intereses contrarios a la estabilidad del mismo. Pero, pese a esta base común, existe alguna diferencia entre PARSONS y LUHMANN que radica en que, mientras para aquél la función del derecho depende de la idea del conflicto, en éste surge exclusivamente por razones de seguridad social. En este sentido, advierte GIASANTI que «el paso de PARSONS a LUHMANN señala el paso entre dos tipos de organizaciones sociales: de un tipo de sociedad que exorciza el conflicto reconociéndolo y otro que pretende eliminarlo sin reconocerlo dotado de sentido.» Vid. «Parsons e Luhmann: Alcune considerazioni», en *La Teoria funzionale del Diritto.* AA VV, Milano, 1983, pág. 18. Así, continúa, «es ciertamente esta la imagen que a primera vista ofrece la sociedad contemporánea, que parece andar en la dirección indicada por el funcionalismo-estructural, pues toda clase o fracción de clase aparece en efecto como una clase de corporación en la que no existe más conflictos de intereses, sino división de competencias, roles, funciones y la reducción de los individuos humanos a moléculas pasivas en un campo histórico no ionizado...» Vid. ibid., pág. 18.

10 Sobre una visión crítica de este proceso de legitimación en el que incurren las tesis tecnocrático-funcionalistas, pueden verse: A. BARATTA, «Integrazione-prevenzione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica», en *Rvta Dei Delitti e delle pene*, nº 1, 1984, pp. 5-29; *el mismo,* «Vecchie e nuove strategie nella legitimazione del diritto penale», en *Rvta Dei Delitti e Delle pene*, nº 2, 1985, pp.247- 267; GERLINDA SMAUS, «Le legittimazioni tecnocratiche del diritto penale: fuga in avanti nella prevenzione generale», en *Rvta Dei Delitti e delle pene*, nº 1, 1985, pp. 93-117. En esta misma línea crítica se expresa un sector de la doctrina española. Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Sobre el concepto de derecho penal..., op. cit, pp. 342 y ss, BUSTOS RAMÍREZ, op.cit., p. 59, HORMAZÁBAL, op. cit., pág. 341.

En el marco de las tesis funcionalistas, suelen desarrollarse aquellos planteamientos que parten del concepto de perjuicio social. Vid. la exposición que de las mismas realiza AMELUNG, en *Rechtsgüterschutz und Shutz der Gesellshaft*, Frankfurt, 1972, págs. 350-361. En opinión de GÓMEZ BENÍTEZ, sin embargo, «no es más que una opción determinada en la teorización sobre la conservación del Estado social-constitucional, por lo que no se diferencia como punto de partida de cuantas teorías se asientan sobre la ideología del interés general y extraen fundamentalmente los necesarios límites al ius puniendi de los principios constitucionales». Vid. «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: un estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», en *Rvta. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, nº 3, 1980, pág. 148. Ahora bien, este autor matiza que «se trata de una solución relativa y formal, ni más ni menos que las que le impone el actual Estado social-constitucional con su sistema de garantías formales». Vid. ibid. pág. 150. Pero, para que tal concepto sea eficaz, propone las siguientes correcciones: «el bien jurídico debe ser en todo caso y directamente, un concepto de contenido social, es decir, expresión directa de funcionalidad; el perjuicio social, que es el criterio por el que se dirige el proceso de criminalización, se identifica con la necesidad preventivo-general de la pena; en consecuencia, el injusto penal deducido de ese proceso de criminalización, se refiere a peligros para los bienes jurídicos y no a su efectiva lesión (lo que no quiere decir que el desvalor de

apenas importa la naturaleza del objeto y sí, por contra, la estructura de dependencia existente entre el sistema social y sus subsistemas[11].

Así, adaptando este método de análisis a un bien jurídico como la propiedad, el supuesto se resolvería mediante una valoración de reciprocidad negativa en la que se sostendría que la obligación del no propietario es siempre reconocer la propiedad como no propietario[12].

Con este ejemplo se demuestra, como indica P.BARCELLONA, que «el formalismo jurídico es deformado constantemente por la adaptación de la autonomía de la esfera jurídica al cálculo económico de coste y beneficios o al funcionalismo sistémico»[13]. Ello explicaría que, en el supuesto que mencionábamos relativo a la propiedad, se desconozca -o no interese plantear- una de las hipótesis posibles, la del no propietario sin propiedad que atenta contra la del otro; el Derecho penal puede sancionarlo pero no exigirle al mismo tiempo que se conforme con su situación.

Se parte, por consiguiente, de la acción social, y en torno a ella se construye la interacción fundada en las necesidades y cualidades individuales. La funcionalidad es entonces, simplemente, expresión de la extensión de la conciencia individual, de modo que la familia, la propiedad, etc., conformarían aquellos valores que permiten la supervivencia y desarrollo del sistema social[14].

---

resultado sea intrascendente al respecto) y a hechos objetivamente innecesarios ex ante (lo que no es idéntico a la ausencia de causas de justificación)». Vid. «Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)», en *Rvta. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 64, 1984, pág. 111.

Con la intención de evitar los peligros de la «neutralidad valorativa» que puede originar la aceptación sin más de las tesis tecnocráticas y, en particular, la de AMELUNG, algunos autores sustentan que el desarrollo de la tesis funcionalista debe ser limitado por las condiciones que impone el texto constitucional. En opinión de estos autores, el hecho de que la Constitución se convierta en referencia de la funcionalidad puede constituir un método más correcto. Vid. ARROYO ZAPATERO, «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *Rvta. Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 1, 1987. MIR PUIG, «Parte general», pp. 76-77, en *Introducción...*, *op.cit.*, págs. 139-140.

11 Sobre el fundamento y las bases de la tesis sistémica de LUHMANN, puede verse la aclaración que de esta teoría hace su propio autor en la entrevista que RAFFAELE de GIORGI realiza en la *Rvta. Dei Delitti e delle pene*, nº 1, 1985, págs. 119-130.

12 Ello se debe a que para LUHMANN la propiedad no «sirve a la reproducción de bienes, sino a la de situaciones de comunicación con estructuras de motivación binariamente esquematizadas. En la medida en que se llega a la comunicación a través de la futura satisfacción de necesidades, es necesario que los partícipes puedan presuponer un acuerdo sobre la distribución de bienes existentes». Vid. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983, pág. 124. Ahí es, en opinión de este autor, donde reside la cuestión decisiva. «La propiedad jurídicamente, no es, como se podría esperar desde el punto de vista de la teoría de la sociedad, la disyunción del tener y no tener, sino sólo el tener como tal». Vid. ibid., pág. 126-127.

13 Vid. Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social. Madrid. 1992. p. 50.

14 Si la noción de función tiende, como mantiene LAURIM FRENETTE a «expresar esta relación entre necesidad/medio/fin, según el cual el hecho social o cultural es concebido como el intermediario o la prolongación de las consciencias individuales (...) la noción de función oscila entre la expresión de la necesidad absoluta (por ejemplo, la familia cumple una función necesaria para la supervivencia del sistema social) y la expresión de una simple relación o correlación (por ejemplo, el tipo de estructura familiar es función de la división del trabajo)». Vid. *Las teorías funcionalistas de las clases sociales. Sociología e ideología burguesa*, Madrid, 1976, pág. 7.

En opinión de HABERMAS, LUHMANN «atribuye al derecho una posición marginal y neutraliza bajo una descripción objetivista el fenómeno de la validez del derecho, al cual sólo se puede acceder internamente[15]. Desde esta perspectiva, el derecho se interpreta como estabilización de expectativas de comportamiento.Se trata de una autonomización que acaba independizando al derecho, una vez que éste se vuelve positivo, y convirtiéndolo en un sistema autopoiético. Entonces el sistema jurídico como un proceso o ciclo de comunicación recursivamente cerrado, se deslinda de tal suerte de sus entornos, que sólo desarrolla ya sus relaciones externas a través de observaciones. Describe a su vez sus propias componentes en categorías jurídicas y utiliza estas tematizaciones para constituir y reproducir con sus propios medios actos jurídicos»[16].

Con esta desvinculación del Derecho de fuentes externas, como subraya TEUBNER, el discurso funcionalista permanecería prisionero de su propia autorreproducción y sólo construiría sus propias imágenes internas del mundo externo pero por otro lado haría uso de la comunicación social general para poder ejercer influencia sobre las construcciones sociales generales de la realidad[17].

Aplicando la teoría sistémico-funcionalista al Derecho penal surgen tesis como la de JAKOBS que cuestiona, incluso, la virtualidad funcional del propio concepto de bien jurídico, al considerar que lo esencial en el Derecho Penal no es la protección de bienes jurídicos sino la protección de normas, dado que los bienes se convierten en jurídicos en el momento en que son pro-

15 Vid. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid. 1998. p. 112.

La primera consecuencia de esta teoría, según Habermas, es «la desconexión entre un sistema jurídico monádicamente cerrado a la vez que monádicamente abierto y el resto de los subsistemas de acción. Ese sistema jurídico que se ha vuelto autónomo ya no puede mantener un intercambio directo con sus entornos internos a la sociedad, ni tampoco obrar regulativamente sobre ellos». ibid. p. 112. Según este autor,...le vienen vedadas funciones de regulación o control relativas a la sociedad global. El derecho sólo puede regular la sociedad global en un sentido metafórico....ibid. p. 113. Asimismo, indica que «el derecho reducido a un sistema autopoiético sólo puede reaccionar a sus propios problemas y no puede percibir ni elaborar problemas que afectan al conjunto del sistema social». ibid. p. 115. De este modo, el derecho se ha despojado de toda pretensión de validez que pueda tener un alcance mayor». No hay ni un output que el sistema jurídico pudiese suministrar en forma de regulaciones: no le están permitidas las intervenciones en el entorno, ni tampoco hay un input, que el sistema jurídico recibiese en forma de legitimaciones: también el proceso político, el espacio de la opinión pública y la cultura política constituyen entornos, cuyos lenguajes el sistema jurídico no entiende». ibid. p. 115.

16 Cfr. ibid. p. 112.

17 Cfr. Die Episteme des Rechts.Baden-Baden. p. 126.

tegidos normativamente[18]. Así, lo empírico suele carecer de valor frente a la significación, razón por la que el interés radica exclusivamente en la protección de la vigencia de la norma, sea cual fuere el valor defendido[19]. El delito no se caracterizará ya por el concepto de daño social sino por el de infidelidad al ordenamiento, y la pena cumplirá la misión de confirmar el mandato jurídico como criterio orientativo de las relaciones sociales[20].

En su opinión, el Derecho Penal debe ser neutral, al considerar que «el Derecho Penal tampoco debe constituirse en la base de una revolución social: pues en cuanto ya no contribuya al mantenimiento de la configuración de la sociedad..., falta la base sobre la cual podría iniciarse con éxito una revolución»[21]. En relación a la crítica sobre la defensa neutral de normas injustas, sustenta este autor que «no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino del Derecho penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico»[22].

En defensa de esta tesis, SILVA SÁNCHEZ critica la clásica teoría del bien jurídico e indica que «no es posible controlar norma penal alguna desde la perspectiva de una hipotética vulneración del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, sino sólo (y a lo sumo) desde el principio de proporcionalidad»[23]. Por el contrario, considera que la tesis de JAKOBS impone una perspectiva realista pues hace depender el contenido de esas normas de la con-

18 Vid. G. JAKOBS, Strafrecht, Algemeiner Teil, Berlin-New York, 1983, pág. 31. Con este planteamiento, se rompe la corriente argumental de AMELUNG, basada únicamente en la concepción del delito como procesos externos de interacción. Vid. AMELUNG, Rechtgüterschutz..., *op.cit*, págs. 361 y ss.

19 Vid. G. JAKOBS, ibídem, pág. 33.

20 Al definir este autor la pena como manifestación de la vigencia de la norma, aquélla se conceptúa como reacción a una infracción, no como conminación penal. La infracción siempre supone una defraudación, ya sea de expectativas cognitivas o normativas, por lo que la pena siempre representa la confirmación de la norma defraudada. De este modo, se restablece la conciencia colectiva de fidelidad institucional, alterada en el momento de la infracción. Vid. G. JAKOBS, ibid, págs. 7 y ss.

21 Cfr. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid.1996. p. 24. Ante la crítica basada en la ausencia de alusión al sujeto libre, considera este autor que si el sujeto libre de hecho no aparece en la comunicación, carecerá de toda importancia. ibid. p. 30. Sobre la decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innnecesario, o por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear, opina que es puramente política no jurídico-penal. En su opinión, «la ciencia del derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportan exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial, pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores». *op.cit.* p. 41.

22 Cfr. JAKOBS, *op.cit.* p. 40. Igualmente interpreta que «Si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el derecho penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una ultima ratio». ibid.

23 Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid. 1999. p. 91.

figuración concreta de la sociedad de que se trate y, por tanto, excluye la introducción de criterios con validez universal y atemporal[24].

Como puede observarse, en estas tesis no existe una referencia a la legitimación externa del Derecho penal, no existe, consecuentemente, una discusión sobre la validez del derecho, sólo interesa su facticidad, es decir, la producción del derecho conforme a criterios de funcionalidad que pueden ser contrarios a una referencia de justicia. Piénsese, por ejemplo, en la configuración penal –actualmente funcionalista– de los delitos económicos (Hacienda Pública, defraudaciones, etc.) en los que la intervención penal se descarta dentro de ciertos límites cuantitativos. Es más, desde perspectivas funcionalistas –protección de expectativas económicas–, posiblemente, la regulación de tales comportamientos es contraria a un Derecho penal funcional siempre que lo que se defienda en tales ilícitos sea la economía del Estado.

Se configura de este modo, un Derecho penal promocional de los valores de mercado, de lo funcional al sistema en el que se desarrolla ese Derecho penal. No existe ni existirá jamás un Derecho penal neutral. Para confirmar tal afirmación no hay mejor ejemplo que las propias teorías funcionalistas.

En resumen, basar la legitimidad del Derecho en su mera existencia supone la aceptación acrítica de las normas; generándose un estado de tecnicismo jurídico permanente en el que se confunde la cientificidad y legitimidad del Derecho y no es posible la crítica externa.

La aceptación doctrinal de tales planteamientos –recuérdese el auge creciente de teorías autocalificadas como «funcionalistas de izquierdas»–[25] muestra una vez más la incapacidad de delimitar el *ius puniendi* estatal por la vía de

---

24 Vid. *Op. cit.* p. 92 Por esa razón, considera Silva, al interpretar que la determinación de las normas es de competencia exclusiva de la política jurídica, que no puede atribuírsele una orientación ni «reaccionaria», ni «estática», ni «conservadora». ibid. p. 92. El citado autor critica además la denominada función promocional del Derecho penal. «Más bien el Derecho penal debe reflejar el orden social de modo que su legitimación deriva de la legitimación de las normas cuya vigencia asegura». ibid. p. 93. Aboga, eso sí, porque dentro de lo funcional desde el Derecho penal se introduzcan los máximos elementos de racionalidad o ilustración, considerando que así se hace una función crítica y no sólo sistemática». En concreto, dice: «en la medida en que las normas contenidas en el ordenamiento jurídico-penal positivo de que se trate no respondan, ya por defecto ya por exceso, a las necesidades que surgen de la autocomprensión social». ibid. p. 93. Ahora bien, se pregunta este autor ¿dónde y cómo hallar los criterios de identidad de la sociedad que se plasmarían en las expectativas normativas esenciales? p. 94. Silva afirma que lo razonable es buscarlo en la Constitución, así sólo pueden impugnarse normas penales cuando resultan inconstitucionales por defecto o por exceso. «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, no es, en realidad, un déficit específico de esta propuesta, sino que podría atribuirse a todas las teorías de la incriminación distintas de una radicalmente personalizada, que sólo permitiera la protección penal (al menos con penas privativas de libertad) de los bienes personales esenciales» .ibid. p .95.

25 Sobre este tema, puede verse el análisis crítico que de las mismas realiza Jock YOUNG, «Il fallimento della criminologia: per un realismo radicale», en Rvta Dei Delitti e delle pene, nº 3, 1986, págs. 401 y ss. Del *mismo autor*, Más allá del paradigma consensual: una crítica del funcionalismo de izquierda en la teoría de las comunicaciones de masas», en Poder y Control, nº 1, 1987, págs 81-82.

reemplazar el concepto de bien jurídico. No sólo no se permite ninguna restricción del poder de actuación estatal sino que se facilita la profundización en la conciencia social del valor moral, mediante la interiorización colectiva de la fidelidad normativa al esquema de reproducción de los valores vigentes. Al mismo tiempo, refleja la decadencia de uno de los principios políticos claves del liberalismo moderno, la separación entre Derecho y Moral. La idea consistente en que el Derecho y, en concreto, el Derecho penal, no debe imponer una determinada moralidad, es básicamente destruida por una tesis como ésta, que conduce, como afirma FERRAJOLI a «naturalizar el derecho positivo y a obviar íntegramente el problema filosófico-político de su justificación externa y de sus límites y funciones. No es una cultura jurídica acríticamente contemplativa, ya que cuando no teoriza sobre el deber moral de obediencia o la fidelidad al Estado, se expresa de manera conservadora de legalismo ético, es decir, en la adhesión moral y política a todos los valores e intereses protegidos del derecho positivo, o en la mayoría de los supuestos en una clase de constitucionalismo ético consistente en la sacralización de los valores constitucionales absolutizados e interiorizados como específica ideología jurídica progresista»[26].

Más recientemente, la teoría del discurso de HABERMAS se está imponiendo en la discusión relativa a los fundamentos del Derecho penal. En este sentido, K. GÜNTHER ya ha realizado un intento de adaptación de la misma al Derecho penal[27].

---

26 Vid. de este autor, «La separazione tra diritto e morale», en Problemi del socialismo/5. Sulla Modernitá, AAVV, Milano, 1986, pág. 160. En su opinión, ello es «el fruto de un cambio de aptitud política, no ya revolucionaria o reformadora sino conservadora y de talante reaccionario de la cultura jurídica liberal: preocupada más que de imponer al Estado límites y garantías en defensa de los ciudadanos, de defender al Estado y el nuevo orden económico y social contra los ciudadanos, en particular contra las nuevas clases peligrosas». Vid. ibid., pág. 153. Esto significa, lógicamente, no sólo la pérdida de todo vínculo axiológico externo sino esencialmente la negación de hecho a la separación entre el Derecho y la Moral, es decir, entre legitimación externa e interna.

27 Cfr. Recht und Moral. Moglichkeiten einer Diskursethischen Begrundung Des Strafrecht. 1991. K.GÜNTHER. La moderna Ética discursiva se fundamenta en la idea de imparcialidad (*Unparteilichkeit*). Si una norma es válida, puede juzgar a cada colectivo singular con los demás. Una norma es válida cuando las consecuencias y efectos secundarios de la observancia normativa pueda llegar a ser aceptadas por los intereses de cada colectivo. Una norma es válida si su fundamentación puede convencer a cada uno de los partícipes. Vid. *op.cit.* p. 206.

Este discurso ético no puede por sí mismo garantizar el cumplimiento fáctico de normas válidas por eso se permite su uso coactivo sin renunciar a la condición de un conocimiento racional. Cfr. Ibid. p. 207.

Según GÜNTHER, habría que reflexionar si el ejercicio del Derecho penal a la luz del discurso ético no debe ocupar la defensa subjetiva del derecho. p. 209. El Derecho subjetivo como posición de defensa del Derecho Penal en el rol participativo se basa en la libertad de los otros, y en este sentido, como recuerda FEUERBACH, no debe ser interpretado en un sentido individualista sino especialmente intersubjetivo. Esta interpretación del concepto de subjetividad no permite la subsunción del subjetivismo en la sociedad. El discurso ético interpreta que la subjetividad nace en las interacciones sociales lo que posibilita la aceptación del rol de los demás. p. 211. No se excluye la autonomía individual y la intersubjetividad sino que posibilita la reciprocidad.

No obstante, hay que precisar que la teoría del discurso se refiere esencialmente a la elaboración de un sistema democrático de producción de las normas y no tanto a la oferta de criterios de selección de los valores penales.

En la citada teoría, una norma es válida si su fundamentación puede convencer a cada uno de los partícipes. Quién no cumple una norma válida está olvidando el principio del cambio de perspectivas. El cumplimiento de una norma válida es asumible para cada uno de los participantes con la condición de que los demás también la cumplan. La teoría del discurso de HABERMAS se basa en la acción comunicativa que define como «interacciones en las cuales los participantes coordinan de común acuerdo sus planes de acción; el consenso que se consigue en cada caso se mide por el reconocimiento intersubjetivo de las pretensiones de validez[28].

Sin embargo, este discurso ético no puede por sí mismo garantizar el cumplimiento fáctico de normas válidas, por eso se permite un uso coactivo sin renunciar a la condición de un conocimiento racional[29].

Se plantea este autor ¿cómo puede defenderse el Derecho Penal subjetivo, sin que exista un reconocimiento de los partícipes como partícipes interactivos? p. 211. STRAWSON utiliza el ejemplo del resentimiento: en el caso de actos que lesionan a otro, el culpable o un tercero en su caso pueden pedir disculpas. Si el agraviado acepta una petición de disculpas ya no se podrá sentir herido o humillado de la misma forma. Esto lleva a STRAWSON a la conclusión de que «las reacciones personales del agraviado, por ejemplo, el resentimiento, solamente son posibles en la actitud realizadora de un participante en la interacción. La actitud objetivizadora de un no participe supera las funciones comunicativas de la primera y segundas personas y neutraliza y neutraliza el ámbito de las manifestaciones morales en general». Cfr. P. F. STRAWSON, *Fredom and Resentment*, Londres. 1974. Citado por HABERMAS en, *Conciencia Moral y Acción comunicativa.* Barcelona, 1991. p. 63.

Según HABERMAS, la Fenomenología de la moral de STRAWSON llega a la conclusión de que el mundo de las manifestaciones morales únicamente se deriva de la actitud realizadora de los partícipes en la interacción, que los resentimientos y las reacciones afectivas personales remiten a pautas suprapersonales del enjuiciamiento de normas y mandatos. *op.cit.* p. 68.

Finalmente, en opinión de GÜNTHER, la culpabilidad podría entenderse como significa un cambio de perspectivas omitido. Ello sólo es posible cuando pueda trasladarse la culpabilidad en la perspectiva de la persona lesionada y la de los demás. En este sentido se reconstruye la culpabilidad en el modelo de la reciprocidad obtenida del rol del partícipe. El Derecho penal puede, en la defensa del derecho subjetivo de la lesión, amenazar a los comunicantes que conviven. *op.cit.* p. 215.

28 Cfr. Conciencia moral y acción comunicativa, Barcelona, 1991. Del apartado referente a la ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación. p. 77.

29 En la teoría del discurso, una norma «únicamente puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo en cuanto participantes de un discurso práctico(o pueden ponerse de acuerdo) en que dicha norma es válida». Tal planteamiento ya ha sido objeto de acertadas críticas, como la expresada por GUERRA PALMERO al considerar que «el peligro, que parece acechar a esta modelización de la complejidad relacional que designa la intersubjetividad, es el de primar lo «común», aquello que es compartido por todos, subestimando el papel de las diferencias no reductibles a un mínimo común múltiplo». p. 68. Asimismo, el motivo consensual fuerza a que la pluralidad devenga unidad. p. 68. Cfr. La disputa en torno a la comunidad o la deriva antifundamentalista del continente habermasiano», ISEGORIA/20, 1999, pp. 67-68.

Así, también se interpreta que la subjetividad nace en las interacciones sociales, lo que posibilita la aceptación del rol de los demás. No se excluye la autonomía individual y la intersubjetividad sino que posibilita la reciprocidad. De esta forma, «todo participante en una práctica argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que puede ejercerse es la coerción sin coerciones que ejercen los buenos argumentos»[30].

En definitiva, HABERMAS junto a K.O. APEL han propuesto entender la argumentación moral misma como el procedimiento adecuado de formación de una voluntad racional, y así se defiende que todo participante en una práctica argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que pueda ejercerse es la coerción sin coerciones que ejercen los buenos argumentos[31].

HABERMAS pretende lograr un planteamiento que auna dos perspectivas: una teoría sociológica del derecho y una teoría filosófica de la justicia. La teoría de la acción comunicativa explica cómo puede efectuarse la reproducción de la vida social a través del derecho positivo «pues tales normas jurídicas posibilitan comunidades altamente artificiales, que se entienden a sí mismas como asociaciones de miembros libres e iguales, cuya cohesión descansa en la

30 Cfr. *Escritos sobre moralidad y eticidad.* Barcelona. 1991. pp. 162 y 163.

31 Cfr. J. HABERMAS. *Escritos sobre moralidad y eticidad.* ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? p. 163. Sobre la legitimación del Derecho, sustenta que «la legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el ordenamiento jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a discursos morales». ibid. Según este autor, «la calidad de la legislación política, en lo que a racionalidad práctico-mortal se refiere, no sólo depende de cómo trabajan en el Parlamento las mayorías elegidas y las minorías protegidas. Depende también del nivel de participación y del nivel de formación de los participantes, del grado de información y de la claridad con que en el seno de la opinión pública quedan articuladas las cuestiones de que se trate. La calidad de la vida pública viene en general determinada por las oportunidades efectivas que abra el espacio público-político con sus medios de comunicación y sus instituciones». *op.cit.* pp. 171 y 172.

En definitiva, según HABERMAS, este es el único criterio que tenemos para medir la autonomía del sistema jurídico. «Si se cerrara esa dimensión en la que las vías de fundamentación jurídica se abren a la argumentación moral, ni siquiera podríamos saber ya qué otra cosa podría significar eso de autonomía del derecho sino autonomía sistémica (en el sentido de N. LUHMANN). La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí y para sí solo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y para la administración de justicia garantizan una formación imparcial del juicio y la voluntad común y por esta vía permiten que se penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético». ibid. p. 172.

amenaza de sanciones externas y simultáneamente en la suposición de un acuerdo racionalmente motivado»[32].

En los casos de disentimiento, propone como alternativa: «recurrir a operaciones sencillas de reparación»[33]. Entiende que mediante el consenso y el arreglo (arbitraje) puede resolverse el conflicto[34].

En caso de inexistencia de consenso, HABERMAS distingue dos supuestos: lo que él califica como cuestión moral o éticamente relevante. En el primer apartado entrarían, por ejemplo, el aborto o los plazos de prescripción para los distintos tipos de delitos; aquí, lo indicado son los discursos que «sometan los intereses y orientaciones valorativas en pugna a un test de universalidad en el marco de un sistema de derechos interpretado y desarrollado en términos de derecho constitucional»[35]. Si por contra, es una cuestión éticamente relevante –situaciones ecológicas de protección de medio ambiente y de los animales, planificación del tráfico, política de inmigración, protección de minorías étnicas y culturales– «lo indicado son discursos que penetren a través de los intereses y orientaciones valorativas, en los que se generó el desacuerdo, y que por vía de procesos de autoentendimiento, nos hagan reflexivamente conscientes de concordancias profundas, radicadas en la propia forma de vida común»[36].

La teoría del discurso establece las claves precisas en la producción del Derecho penal legítimo: «Las leyes coercitivas han de acreditar su legiti-

---

32 Cfr. Facticidad y Validez. p. 70. «El funcionamiento de la acción comunicativa es el siguiente: «los participantes, a través de la validez que pretendan para sus actos de habla, o bien se ponen de acuerdo, o bien constatan disentimientos que en el curso posterior de la interacción los participantes tienen en cuenta de común acuerdo. Con todo acto de habla se entablan pretensiones de validez susceptibles de crítica, que se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo». ibid. p. 80. Por otro lado, «los participantes en la interacción tienen que atribuirse mutuamente la capacidad de responder de sus propios actos, es decir, tienen que suponerse mutuamente capaces de orientar su acción por pretensiones de validez». ibid. p. 81. Todo acuerdo se mide por «el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez». ibid. p. 82. Las posturas de afirmación y negación... reaccionan a pretensiones de validez para cuya justificación es menester suponer el asentimiento de un auditorio idealmente ampliado. ibid. p. 82.

33 Sin embargo, en general considero que las negociaciones sobre la pena de las doctrinas discursivas y consensualisadas son muy peligrosas para las garantías del proceso. Cfr. L. FERRAJOLI. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Madrid. 1999. p. 27. Por contra, para la teoría del discurso, en caso de conflicto, «quienes actúan comunicativamente tienen que optar entre romper la comunicación o pasar a la acción estratégica, entre dilatar el conflicto no resuelto o pasar a dirimirlo. Pues bien, una salida la ofrece la regulación normativa de interacciones estratégicas en la que, o sobre la que, los propios actores pudieran ponerse de acuerdo o entenderse». ibid. pp. 88-89. Esas reglas «han de tener a la vez la capacidad de «integrar socialmente», puesto que imponen obligaciones a sus destinatarios, lo cual, según nuestros supuestos, sólo es posible sobre la base de pretensiones de validez normativas intersubjetivamente reconocidas». p.89 el tipo de normas buscado tendría, según esto, que causar en sus destinatarios una disponibilidad a la obediencia basada simultáneamente en la coerción fáctica y en la validez legítima. ibid. p. 89.

34 En este sentido, defiende HABERMAS que el principio del discurso que tiene por fin asegurar un consenso sin coerciones, sólo puede hacerse valer en este caso indirectamente, a saber, mediante procedimientos que regulen las negociaciones... *op.cit.* p. 234.

35 Cfr. *Facticidad...* p. 233.

36 Cfr. ibid.

midad como leyes de la libertad en el proceso –y mediante la forma del proceso– de producción del derecho; y en esta posivitización del derecho vuelve a reproducirse la tensión entre facticidad y validez, pero de forma distinta que en la dimensión de la validez de las normas ya estatuidas. Ciertamente el comportamiento conforme a la ley puede describirse como una observancia de normas que vienen provistas de la amenaza de sanción y que han sido puestas en vigor por resolución del legislador político. Pero la facticidad de la producción del derecho se distingue de la imposición del derecho por vía de sanción en la medida en que la permisión de recurrir a la coerción jurídica ha de hacerse derivar de una expectativa de legitimidad asociada a la decisión que toma el legislador –que también podría ser otra y que por principio es susceptible de corrección–. La positividad del derecho lleva aneja la expectativa de que el procedimiento democrático de producción del derecho fundamente o funde una presunción de aceptabilidad racional de las normas estatuidas»[37].

En este planteamiento, los sujetos adquieren el papel de autores de su orden jurídico, cuando ostentan derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes[38] y derechos «a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ello fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados»[39]. En relación a los derechos objetos de protección penal, este autor interpreta los derechos «subjetivos» de libertad y de protección como una función de los derechos democráticos de participación y de comunicación.

Como se observa, para HABERMAS los derechos «subjetivos» de libertad y de protección son en realidad una función de los derechos de participación y de comunicación. Por lo que sin una estabilización de los derechos liberales fundamentales, no sólo no puede existir ningún discurso democrático que merezca ese nombre, sino que además, en el discurso democrático mismo se pueden tomar decisiones acerca de la interpretación y concreción de los

37 Cfr. *Facticidad y validez*, p. 95. En opinión de HABERMAS, «En las sociedades modernas el derecho sólo puede cumplir la función de estabilizar expectativas si mantiene una conexión interna con la fuerza sociointegradora que tiene la acción comunicativa. (ibid. p. 149) «La finalidad del principio democrático es fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas...con otras palabras el principio democrático explica el sentido realizativo de la práctica de la autodeterminación de los miembros de una comunidad jurídica que se reconocen unos a otros como miembros libres e iguales de una asociación en la que han entrado voluntariamente...», ibid. p. 175.

38 Con tales derechos los ciudadanos pueden llegar a ejercer su autonomía política y mediante los que establezcan derecho legítimo. *Facticidad y validez*, p. 189.

39 Cfr. *Op.cit.* p. 189.

derechos liberales fundamentales –así como acerca de los derechos democráticos de participación y de los derechos sociales de asociación–[40].

En opinión de WELLMER, esta relación entre derechos fundamentales y discurso democrático se presenta como un inevitable círculo práctico, pues toda nueva codificación, institucionalización o concreción de derechos fundamentales en el medio del discurso democrático se opera, entonces, bajo la presuposición de o en referencia a codificaciones, institucionalizaciones o concreciones ya existentes[41].

Es evidente que las decisiones democráticas en la mayoría de los conflictos no pueden apelar al consenso. Es sinceramente irrealizable la idea de HABERMAS consistente en que las decisiones jurídicas pueden extraer su legitimidad exclusivamente de la aprobación racional de todos los afectados. La producción del derecho coactivo no espera el consenso y, además, no puede conseguirlo ya que ello supondría la ilógica aceptación por el afectado de la legitimidad del uso de la violencia en la realización coercitiva de la norma.

Como expone con claridad WELLMER, nada cambia la apelación a la legitimidad puesto que un procedimiento legítimo también puede conducir a decisiones erróneas y en segundo lugar los procedimientos también forman parte del orden legal: también sobre ellos hay que decidir[42]. Además, continúa este autor, «ningún consenso es permanente siempre será provisional ya que existen miembros que se integran con posterioridad y también cambia su substancia objetiva»[43].

En resumen, pueden extraerse dos consecuencias: no hay relaciones de reconocimiento que no sean simultáneamente relaciones de poder y no cabe la uniforme y generalizada interpretación de la justicia.

Eso sí, tiene razón HABERMAS cuando propugna que ninguna decisión debe poder sustraerse a la «coacción libre de coacciones» de la crítica y la revisión discursivas, de una crítica y una revisión discursivas, de una crítica y una revisión discursivas en el sentido de aquel principio democrático de legitimidad que exige para las decisiones legales la posibilidad de una aprobación racional de todos los afectados[44].

Ahora bien, como destaca GUERRA PALMERO, continuando con las objeciones de WELLMER a HABERMAS, se discute la apeliana comunidad ideal de comunicación, como la situación ideal del habla habermasiana en el doble sentido de que se asumen como suposición necesaria y constitutiva de

40 Cfr. A.WELLMER. *Derechos Humanos y Democracia.* Madrid. 1993. p. 173.

41 Cfr. A.WELLMER, Bedigungen einer demokratischen kultur. Zur Debatte zwischen «liberalen» und «Kommunitaristen», en Endspiele: Die unversöhnliche Moderne, Frankfurt a. M. 1993, pp. 61 y ss.

42 Cfr. *Derechos humanos y Democracia.* p. 179.

43 Cfr. p. 180.

44 Cfr. WELLMER, Derechos Humanos. pp. 184 y ss.

las situaciones argumentativa y como ideal concebido en sentido futurista, o sea, una idea regulativa[45].

Se cuestiona a la ética del discurso que la defensa de la racionalidad de los buenos argumentos no conlleva el reconocimiento moral a las personas. Del mismo modo, es inadmisible la exclusión de los que no tienen acceso a la comunicación[46].

En esta línea, considera BENHABIB que no hay necesidad en la ética comunicativa de recurrir al principio de universalidad ya que también este principio podría excluirse por consenso. Además, también se refuta la exclusión de aquellos que no hablan: niños, locos, animales[47], pues sólo cuentan los participantes adultos responsables e iguales en la tradición del contrato[48].

La cuestión es, como reconoce GUERRA PALMERO, cómo, «en qué forma se podría realizar el ideal de autodeterminación individual y colectiva de individuos, grupos y pueblos sin minimizar las fricciones entre los modelos de autonomía individual y colectiva tal como hace HABERMAS al acudir con premura a la varita mágica del consensualismo que redime todo conflicto»[49].

En definitiva, las consecuencias insatisfactorias a las que conducen la teoría funcionalista y la del discurso de HABERMAS[50] justifican que los esfuerzos teóricos más recientes abandonen el insatisfactorio procedimiento de

45 Cfr. *Op. cit.* p. 72. Asimismo, esta autora, siguiendo a WELLMER, afirma que «Tal idealización comunitaria no conduce a nada y más bien parece una invocación a un lugar futuro de una verdad definitiva y absoluta, a la idea de un lenguaje último y a un estadio en que la humanidad se haya tornado plenamente transparente ante sí misma». ibid. p. 73. HABERMAS sitúa las fuentes de la validez del deber ser moral «en una esfera pre-racional y simbólicamente estructurada de lo sacro dando por supuesto un consenso normativo primigenio». p. 73 «... Coloca al principio de la historia una conciencia identitaria colectiva, fuente de todo el cúmulo de obligaciones sociales y/o morales que logran la cohesión social». p. 73. Finalmente, considera esta autora que «la propuesta de HABERMAS tiene la finalidad de enraizar el deber ser moral en las estructuras generales de la comprensión lingüística, de manera tan firme que la pregunta sobre el sentido racional del mismo no tendría sentido». ibid.

46 Cfr. A. WELLMER, *Ética y diálogo*, Barcelona. 1994. pp. 128 y ss.

47 Cfr. *Critique, Norm and Utopia*, New York, 1986. p. 256.

48 Cfr. GUERRA PALMERO, *op.cit.* p. 76. «Indica que «la disposición al consenso, a la restauración de la intersubjetividad reconciliada que presupone hacer abstracción de las posiciones sociales reales– no puede considerarse como panacea. Para Benhabib es absolutamente legítima la decisión moral de no participar en un discurso en el que el llamado a la reconciliación enmascara las constelaciones existentes de poder». p.77. Concluye afirmando que «las desigualdades estructurales y la existencia de reconocimiento reciproco anulan el modelo discursivo de resolución de conflictos, pues de lo que se trata es de lograr la aplicación del ideal discursivo a situaciones reales de vida, que vuelva a poner sobre el tapete la mediación entre una moralidad abstracta y universal y la eticidad». p. 77.

49 Cfr. *Op. cit.* p. 87.

50 Tesis que reflejan la posición liberal de conservación de los valores tradicionales del sistema económico capitalista. Al efecto, hay que recordar, como hace P. BARCELLONA, que «en el mundo real, el formalismo jurídico de la igualdad abstracta de los individuos aislados, cuando se convierte, como otra parte es inevitable, en puro legalismo positivo, está destinado a ser el garante en sentido único de las relaciones de fuerza de la mescolanza de poder económico y poder político que caracteriza al capitalismo maduro y la potencia social de la gran empresa, la cual ha incluido ya en su funcionamiento no sólo el mercado sino también el saber y la ciencia aplicada».. Cfr. *Postmodernidad y comunidad.* Madrid. 1992. p. 51.

búsqueda de criterios de selección válidos para fijar los presupuestos imprescindibles para la convivencia social y se contenten en propugnar, simplemente, un *Derecho penal mínimo*. En el contexto del modelo neoliberal es donde debe reabrirse el debate sobre la función del Derecho penal y las bases de la selección de los valores penales.

En efecto, recientemente se observa la aparición de tesis que discuten la validez misma del concepto de perjuicio social y se manifiestan contrarias al fundamento teórico y naturaleza de los bienes colectivos, cuestionándose al mismo tiempo la necesidad de proteger los intereses que excedan a los valores exclusivamente individuales.

Podría pensarse que esta opción doctrinal se contradice con el modelo de Estado que le sirve de soporte. Pues si los conceptos «igualdad» y «libertad» eran los fundamentos teóricos del Estado liberal y los derechos humanos su ideología, los derechos sociales deben ser la esencia del Estado asistencial.

Si se trasladan estas consideraciones preliminares al ámbito del Derecho penal se observa cómo tales planteamientos, si bien elaboran los principios básicos del Derecho penal sobre las bases del sistema político, no hace otro tanto en relación al concepto de bien jurídico, rechazándose de este modo, generalmente, la protección penal de los procesos socioeconómicos.

Cierto que, como justificación de la negativa a aceptar la naturaleza penal de los bienes colectivos podría aludirse, con razón, a los riesgos que tanto técnica como político-criminalmente representan. Y es que parece indudable que la intervención de tutela en función de la prevención y la represión referida exclusivamente al peligro, puede posibilitar, entre otras, la disminución de las garantías ciudadanas y un debilitamiento de las bases teóricas del Derecho penal, este movimiento de repulsa suele basarse particularmente en dos razones: la primera, radica en la afirmación de que tales bienes favorecen la introducción de la técnica de creación de los delitos de peligro, y la segunda, que denuncia la infracción del principio de intervención mínima y con ello la función promocional que adquiere la protección penal de los mismos. En este sentido, Winfried HASSEMER pone de manifiesto que las armas que antes se utilizaron contra el Derecho penal moralizador se han independizado y ahora, por ejemplo, en materia de bien jurídico, las tendencias descriminalizadoras se utilizan para criminalizar[51]. Interpreta este autor como características del moderno Derecho penal: la protección de bienes jurídicos, la idea de prevención y

51 Cfr. «Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en *Derecho Penal*». Valencia. 1999. *Derecho penal y Filosofía del Derecho*. p. 34. Sustenta que sólo deben protegerse los bienes jurídicos que puedan ser descritos concretamente y asegurados con sus instrumentos (bastante problemático en los ámbitos de drogas y medio ambiente). *op.cit.* p. 37. Idea que ya defendió en «Il bene giuridico nel raportti di tensione tra Constituzione e Diritto naturale», *Rvta. Dei Delitti e delle penae*. nº 2, 1984, pp. 111 y ss. En la doctrina española mantienen una tesis similar MIR PUIG (*Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal.* Homenaje al profesor Sainz Cantero) y SILVA SÁNCHEZ. Este

la orientación a las consecuencias[52]. También critica la orientación a las consecuencias en el sentido del intento de hacer del Derecho penal un instrumento de pedagogía social con el fin de sensibilizar en terrenos como el medio ambiente o la discriminación de la mujer. Propone HASSEMER que la solución radica en reducir el Derecho penal a lo que denomina Derecho penal básico y por otro potenciando la creación de un Derecho de intervención[53].

último autor critica como ingenua que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal. Para SILVA las causas profundas radican en el modelo social y el cambio de papel del Derecho penal ante amplias capas sociales en los últimos decenios. Dice este autor que existe «una verdadera demanda social de más protección». Cfr. *La expansión del Derecho Penal*. cit. p. 20. Sin embargo, considera que es una cuestión diferente que existan demandas irracionales con la posible responsabilidad de los creadores de opinión o que el Estado no corrija tales demandas irracionales sino que las retroalimente. *op. cit.* p. 20.

SILVA denuncia la contradicción entre una política criminal intervencionista y expansiva aplaudida por diversos sectores sociales como reacción contra los poderosos, entre un Estado máximo en prestaciones y un Derecho penal mínimo. Sustenta que, ante el incumplimiento de las prestaciones estatales surge el Derecho penal para garantizarlas. *op. cit.* p. 40.

Sin duda, tiene razón cuando insiste en los peligros de la introducción de reformas contrarias a las garantías del Estado de derecho, o cuando critica las propuestas de privatización de los conflictos (mediación) p. 56, o las tesis de las prisiones privadas y policías privadas. p. 56). Sin embargo, su planteamiento se caracteriza por un excesivo celo preventivo que le lleva a «sacralizar» las formas jurídicas. Así, cuando hace referencia al desprecio por determinados principios (presunción de inocencia, culpabilidad, reglas del proceso, principios y garantías del Derecho penal . op. cit. pp. 55-56, defiende la necesidad de una imagen seria y pública del Derecho Penal para mantener conceptos preventivos. De este modo, SILVA sustenta que «la dimensión preventiva del Derecho penal radica en su significado comunicativo». p. 58. «...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 cotidaneidad constituyen un importante factor de prevención». p. 58 «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 cotidianeidad. Con ello, les privan de la sacralización tradicionalmente propia de lo público, las deslegitiman y conducen a una disminución de eficacia preventiva, que puede requerir, una compensación, un incremento de la sanción en su sentido fáctico». *op.cit.* p. 60. Es un grave error suponer que las formas y el lenguaje jurídicos representan un factor preventivo esencial, cuando, en realidad, logran un distanciamiento de los ciudadanos del Derecho. No es el temor sino la racionalidad de las normas coactivas respecto a criterios de legitimación externa el que le otorga esa condición moral necesaria para poder exigir su cumplimiento.

52 Cfr. *Op. cit.*, en El viejo y nuevo Derecho Penal, p. 47...critica la función criminalizadora del concepto de bien jurídico frente a su concepción clásica utilizando como ejemplos la penalización del aborto y el acoso sexual. p. 48.

53 Cfr. *Op. cit.* El viejo y el nuevo... p. 67. Interpreta que forman parte de este núcleo todas las lesiones de los clásicos bienes jurídicos individuales e igualmente las puestas en peligro graves y evidentes como incendios, conducción bajo los efectos, ataques al tráfico aéreo, las asociaciones criminales y la puesta en peligro del Estado. *op. cit.* p. 68. Sin embargo, considera este autor, que tampoco se puede renunciar a la protección de bienes jurídicos universales. Ahora bien no tienen el mismo valor de los bienes jurídicos institucionales que los individuales, por ello las bienes universales deben ser precisados del mejor modo posible y funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales. *op. cit.* p. 69. Quizás, dice HASSEMER, sería recomendable regular un derecho de intervención para muchos de los problemas del actual derecho penal, ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferiores al del derecho penal pero también con menos intensidad en las sanciones. *op. cit.* p. 72.

Si bien parece que esta crítica a la protección penal de los bienes sociales, debiera hacerse desde el plano de la verdadera efectividad de un planteamiento social del interés a proteger, es lo cierto que también puede sustentarse desde una perspectiva que reivindica un concepto tradicional de bien jurídico. Por contra, podría objetarse a la tesis que invoca la teórica infracción del principio de fragmentariedad, su excesivo arraigo en una concepción neoliberal, opuesta sin duda a las propias corrientes liberales que aceptan el protagonismo estatal y su incidencia en la infraestructura económica, creyendo que se facilita así, la graduación jerárquica de los intereses a proteger en base, exclusivamente, al concepto de arraigo social. Difícilmente puede engendrarse la conciencia social del derecho a ejercitar las garantías económicas, laborales, etc., cuando ni han sido o previamente reconocidos como derechos básicos del ciudadano junto a los derechos formales, ni tienen la categoría de esenciales por la falta de protección penal. Claro que ello no tiene que impedir *a priori,* su categoría de fundamentales, pues como recuerda irónicamente MARINUCCI fue un caso de fraude alimentarlo *(Acorazado Potemkim)* «la gota que desbordó el vaso de una revolución». La ausencia de conciencia social debido a la falta de práctica en el ejercicio, por ejemplo de la libertad, no convierte a los intereses sociales en simples actividades administrativas de escasa relevancia social, pues son precisamente estos bienes los que posibilitan el desarrollo de las demás garantías.

Por otro lado, el argumento basado en la infracción del principio de subsidiariedad y, por tanto, en la inflación del Derecho penal a costa del *Nebenstrafrecht,* cuando el valor tutelado es precisamente u valor colectivo, debiera ser también relativizado: a) pues pudiera pensarse que el Derecho penal se muestra también ineficaz cuando la infracción es de algún otro bien «tradicional» como la propiedad sin que se recurra entonces al planteamiento de la impunidad de sus autores, o a la sanción civil de los mismos; b) así como puede afirmarse que tampoco es empíricamente demostrable que exista, en tales supuestos medio más idóneo que el propio Derecho penal.

En segundo lugar, y respecto a la posible introducción de delitos de peligro abstracto que aquellos bienes conllevan, la solución no debiera probablemente pasar por la denuncia de indeterminación que conduce a la impunidad de las infracciones de intereses esenciales, sino más bien por la exigencia de concreción de los valores a proteger, la individualización de los bienes tutelados, que debe, por cierto, realizarse ya hoy en referencia a bienes tales como la Administración Pública o el Orden público.

Finalmente, en relación a la crítica sobre la pretendida función promocional que el Derecho penal adoptaría de sostenerse la defensa de valores sociales, puede afirmarse que aunque es evidente que éste no puede convertirse en la base de las transformaciones sociales que conduzcan a la modificación de las relaciones de producción, nada se opone a que su instru-

mento esencial, la pena, contribuya mediante la defensa de los valores básicos a la estabilidad del propio sistema. Son precisamente criterios penales los que en el seno de una política social incrementan el proceso de legitimación democrática política (clave del Estado redistributivo), en el que las libertades de los productores, como respuesta a los intereses de minorías, subordinan las libertades de los consumidores, reduciéndolas exclusivamente a derechos formales y, sin embargo, y al mismo tiempo, genera la conciencia general-social del goce de las libertades en clave de igualdad.

Resulta, así, contradictorio, que no se cuestione en general la labor de conservación y legitimación del modelo económico preexistente –no hay que olvidar que el Derecho no puede ser superior a la estructura económica y cultural de la sociedad que lo condiciona– y sí su carácter promocional, cuando en realidad el Derecho penal al proteger aquellos intereses no estaría promocionando ningún cambio social, sino contribuyendo a la defensa de valores fundamentales de la colectividad, debido a la subordinación de las relaciones jurídicas a las económicas y dentro de éstas de la fase de distribución a la producción.

La defensa de un Derecho penal mínimo no significa la desprotección de los intereses colectivos sino la despenalización de alguno de los bienes tradicionalmente clásicos, puesto que, en un Derecho penal mínimo, el fin, como dice FERRAJOLI, es el de la «minimización de la reacción violenta frente al delito», lo que supone no ya sólo la exigencia de que las prohibiciones penales «sean reducidas al mínimo» sino que además se emplee el «mínimo sufrimiento necesario para infligir a la minoría de los desviados»[54].

---

54 Vid. «Il diritto penale minimo», en *Dei Delitti e delle Pene*, nº 3, 1985, pp. 504 y 509. Este autor considera que «en el Estado democrático de derecho, si las normas formales sobre la vigencia se identifican con las reglas de la democracia formal o política, en cuanto disciplinan las formas de las decisiones que aseguran la expresión de la voluntad de la mayoría, las normas sustanciales sobre la validez, al vincular al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos en ellas, bajo pena de invalidez, la sustancia (o el significado) de las decisiones mismas, corresponden a las reglas con las que bien se puede caracterizar la democracia sustancial». Cfr. *Derechos y Garantías*, Madrid. 1999. p. 52. Mantiene FERRAJOLI que en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. *op. cit.* p. 66.

Las condiciones sustanciales de validez han sido sustituidas: en el paradigma premoderno se identificaba con los principios del Derecho natural y en el paradigma paleopositivista fueron desplazados por el principio puramente formal de la validez como positividad. En opinión de FERRAJOLI «la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también el análisis crítico de su significación como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser... simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales». p. 68.

Este planteamiento no debe confundirse, en ningún caso, con el que propugnan los movimientos de «abolicionismo penal» o de privatización del Derecho penal de un fuerte carácter conservador.

La defensa penal de los derechos económicos-sociales debe hacerse especialmente intensa en este periodo de globalización económica que acentúa la crisis del derecho y del Estado de derecho[55]. Crisis que deriva, según FERRAJOLI, de la inflación legislativa por la presión de intereses sectoriales, la abstracción de las leyes, la legislación fragmentaria, la emergencia y la excepción en materia penal, la ausencia de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable a las garantías predispuestas para la propiedad y la libertad[56].

Sin embargo, discrepo de FERRAJOLI cuando observa una tendencia a la inflación de los derechos identificados con cualquier expectativa merecedora

---

55 Según CHOMSKY, el consenso neoliberal es un conjunto de principios favorables al mercado diseñados por el gobierno de Estados Unidos y las instituciones financieras internacionales. Las reglas fundamentales son: liberalizar el comercio y las finanzas, dejar que los mercados creen los precios, acabar con la inflación y privatizar.Cfr. *El Beneficio es lo que cuenta. Neoliberalismo y orden global.* Barcelona. 1999. p. 20. Para el autor citado «los principales arquitectos del sistema neoliberal son los señores de la economía privada, las inmensas empresas que controlan la mayor parte de la economía internacional y tienen medios para moldear la política, así como para estructurar las ideas y opiniones. Ibid. *Neoliberalismo y orden global.* p. 21. De modo similar, Ramonet sustenta que «la actuación conjunta de los mercados y la información está dando lugar a un nuevo totalitarismo..» que este autor considera como la refundación de una democracia cada vez más imperfecta. Cfr. *Pensamiento crítico vs. Pensamiento único.* Madrid. 1998. p. 115. Dice este autor que los cambios científicos y tecnológicos de los dos últimos decenios han adoptado las tesis ultraliberales. Los dos principales sistemas nerviosos de las sociedades modernas: los mercados financieros y las redes de información. Que influye decisivamente en el mundo de las finanzas. *op. cit.* p. 116-117.

En su opinión, entre los nuevos poderes, el de los medios de comunicación de masa es uno de los más temibles.Transforman costumbres, culturas ideas así como conducta.Jamás someten sus proyectos al sufragio universal. p. 120. El poder político no es más que el tercer poder. *op. cit.* p. 120. En este sentido, para él son tres los principales protagonistas: «las asociaciones de Estado (Unión europea, Nafta, Mercosur, etc), las empresas globales y los grandes grupos mediáticos o financieros, y las organizaciones no gubernamentales de envergadura mundial Grenpeace, amnistía,etc. El voto democrático no tiene influencia alguna sobre el funcionamiento interno de los tres nuevos actores». *op. cit.* p. 138.

56 Cfr. *Derechos y Garantías...* cit. p. 15 y ss. FERRAJOLI ofrece una definición formal o estructural de derechos fundamentales que se basa en el carácter universal de su imputación e interpreta por universal en el sentido puramente lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares de los mismos. Así, libertad personal, de pensamiento, derechos políticos, sociales. *op. cit.* p. 15 y ss. Respecto a los derechos sociales mantiene que no se han visto acompañadas de las mismas garantías que los derechos a la libertad, propiedad; enseñanza pública gratuita, asistencia sanitaria, derecho a la salud, seguridad social, retribución justa. Según FERRAJOLI, la satisfacción de los derechos sociales es costosa, exige la obtención y la distribución de recursos, lo que resulta incompatible con la lógica del mercado o al menos comporta límites a este. p. 65 «...el actual viente neoliberal, que ha hecho un nuevo credo ideológico del absolutismo del mercado y del absolutismo de la mayoría, no permite concebir esperanzas sobre la disponibilidad de los sectores bienpensantes –mayoritarios en nuestros países ricos y en minoría respecto del resto del mundo– a verse limitados y vinculados por reglas y derechos informados en el principio de igualdad. Pero, entonces, digamos que los obstáculos son de naturaleza política, y que el desafío lanzado a las fuerzas democráticas es, precisamente por eso, político, y consiste, hoy más que nunca, en la lucha por los derechos y sus garantías.Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer». *op. cit.* p. 65.

de tutela: medio ambiente, paz, calidad de vida, derechos que jurídicamente no existen en el sentido de que nunca han sido estipulados en una ley positiva. Pero que son simples exigencias de justicia carente de base empírica en el derecho vigente. Pues con esta tesis reduce, por una parte, la existencia del Derecho a su reconocimiento positivo en el marco de una Constitución que es paradigma y expresión de relaciones de poder y, por otra, de la aplicación e interpretación de los jueces, corriendose el peligro de un desmedido uso alternativo del derecho.

Hay que pensar que la protección de los derechos sociales como derechos humanos cuenta hoy en día con un obstáculo añadido: la globalización. En este sentido, Javier de LUCAS manifiesta que la ideología de la globalización «oculta que el único sujeto real que se corresponde con ese ser humano abstracto es el agente del mercado y hoy eso significa el agente en el mercado global, pues esa es la identidad del sujeto universal propio de la globalización. El discurso liberal se empeña en hablar de los seres humanos cono individuos y sólo de derechos humanos como libertades individuales, pero eso no está al alcance de todos los seres humanos, sino sólo al de un sector mínimo (una parte del norte, el norte del norte y el norte del sur) que puede permitirse el lujo de ser mónadas y de pagarse las mercancías en que se han convertido el resto de los derechos, lo que llamábamos derechos sociales»[57].

En definitiva y como criterios de selección de valores penales debe partirse, en primer lugar, de la *valoración social* del interés protegido no de la mera funcionalidad del mismo; el concepto de perjuicio social se determina en

57 Cfr. «Multiculturalismo y Derechos». En *Los Derechos entre la Ética, El Poder y el Derecho.* Madrid. 2000. p. 73. Según este autor, una de las grandes falacias es la de la identificación entre globalización y la de universalización de los derechos humanos. Piensa DE LUCAS que globalización es incompatible con el proyecto de universalidad como la lógica del mercado es incompatible con la lógica de los derechos universales de los derechos humanos. La globalización se corresponde con la imposición del modelo de modernización capitalista mientras que el universalismo es el gran perdedor con la victoria de la globalización. op.cit. p.73. «Los derechos económicos, sociales y culturales son cada vez más enunciados abiertamente como mercancías y no como auténticos derechos.Lo universalizado, lo que no tiene fronteras es el tráfico de mercancías, el flujo de capital financiero. Los derechos humanos, lamentablemente, sí». p. 74. La ideología de la globalización sigue las tesis individualistas de la concepción liberal de los derechos humanos. No todos los seres humanos son sujetos reales de derechos sino sólo los que se corresponden con la imagen de ser humano propia del contexto histórico. p. 74. Sexo, raza, religión, clase, edad, aptitudes, opción sexual. p. 75. Las libertades públicas y los derechos políticos fueron el triunfo de la burguesía frente al poder absoluto, los derechos sociales el resultado de la presión del movimiento obrero, hoy un nuevo sujeto social pugna por romper el círculo cerrado de la ciudadanía. El extranjero inmigrante., el refugiado. p. 79. Para finalizar, expone DE LUCAS, que «hay que tender hacia la comunidad libre de iguales, recuperar el ideal emancipatorio extender la condición de ciudadano como sujeto de derechos (sociales, económicos y culturales) a todos, incluso lo no nacionales. No puede existir ninguna barrera en la salud, educación por falta de papeles ni la exclusión en tomo de decisiones. Como dice MARX que no sea sólo emancipación política sino emancipación ciudadana. No como miembro de una sociedad burguesa, egoísta e independiente. sino como ciudadano del estado como persona moral». op.cit. p. 81.

base a la conexión entre los niveles culturales y económicos que están en el origen de las formas jurídicas. Valoración que partiendo de la Constitución (sólo como límite mínimo), debe al mismo tiempo posibilitar su propia revisión crítica. La fuente de legitimación externa no debe encontrarse exclusivamente en la Constitución sino en los derechos humanos y sociales que corresponden tanto a los ciudadanos como a los «no ciudadanos». Como consecuencia de la adopción de valores que responden a las necesidades e intereses de carácter dinámico y conflictuales, no sólo se excluyen los bienes de carácter exclusivamente moral, sino también los individuales o sociales que no reúnen la condición de esenciales por no afectar a derechos básicos. Finalmente, y como criterio esencial, este proceso debe regirse por el principio de *individualización* de la *ofensividad*, debiendo seleccionarse como bienes jurídico-penales, sólo aquellos valores cuya vulneración representa la infracción de un interés reconducible directa o indirectamente a la persona.

JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

RETRIBUCIÓN Y PREVENCIÓN COMO ELEMENTOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

Andrew von Hirsch
*Universidad de Cambridge**

1. INTRODUCCIÓN

La división estricta entre teorías absolutas y relativas constituye una tradición de las teorías de la pena en Alemania. Las justificaciones relativas de la pena tienen carácter consecuencialista, pues pretenden únicamente impedir la aparición de nuevos delitos. Esta es la finalidad más explícita de los conceptos de rehabilitación, intimidación o innocuización por lo que son igualmente relativos. La «prevención general positiva» constituye también un fin relativo. Así por ejemplo sus fines preventivo integradores pretenden fortalecer la conciencia normativa de los ciudadanos con el fin de asegurar la legalidad de sus comportamientos. En un Estado moderno, cuya finalidad última es asegurar las mejores condiciones de vida para sus ciudadanos, las teorías relativas se consideran con bastante frecuencia como el único modelo válido de pena. Las teorías absolutas de la pena, por el contrario, no están orientadas a las consecuencias, por ello sus conceptos se desprenden de postulados abstractos y verdades morales universales, alejados de la vida cotidiana. Estos frecuentemente se identifican con la venganza o con la idea hegeliana de que el autor desea su propio castigo. La tajante división entre teorías absolutas y relativas bloquea seriamente las reflexiones acerca de la justificación de la sanción penal, pues ha conducido a que el debate se reduzca finalmente a que o bien sólo son posibles teorías consecuencialistas (y preventivas) o bien teorías fundamentadas en consideraciones morales de carácter abstracto y universal.

La justificación de la sanción representa únicamente un aspecto de la teoría de la pena, de la que también son parte por ejemplo los principios sobre los que se asienta la responsabilidad penal que son abordados por la Parte general. En la actualidad algunos teóricos, tanto en Inglaterra como en Alemania[1], que mantienen una justificación «relativa» de la sanción penal, anudan ésta con las teorías de la Parte general que remiten a elementos deontológicos (como por ejemplo las condiciones de culpabilidad). La cuestión de por qué ha de existir una institución como la pena debe preceder y enmarcar la discusión sobre este influjo inadvertido de la distinción «abosluta/relativa».

---

* Trad. Adán Nieto Martín. UCLM.

1 Vid. las posiciones de Roxin y Hart que se discuten en las notas 12 y 13.

En las siguientes reflexiones mantendré la tesis que una justificación convincente de la existencia de la pena debe dejar de lado esta dicotomía; esto es, ha de estar fundamentada tanto en valoraciones morales retrospectivas, como en consideraciones atinentes a las consecuencias. Singularmente esta teoría habrá de contener un elemento deontológico, en cuanto que el autor ha de ser tratado y considerado como un actor moral, pero al mismo tiempo habrá de estar orientada de manera cierta a las consecuencias, de modo que pueda renunciarse a la pena si esta resulta inútil, o no lo suficientemente útil, para impedir nuevas agresiones a bienes jurídicos. A continuación intentaré realizar una justificación de estas características a través de la discusión de un modelo en el que se combina prevención y retribución[2].

2. LAS JUSTIFICACIONES «ABSOLUTAS» Y SUS PROBLEMAS

Aunque actualmente en Alemania apenas si existen seguidores de las teorías absolutas es posible encontrar en la literatura un buen número de concepciones de este tipo. Una de ellas es la «retribución»: la realización del injusto fundamenta la obligación de imponer un mal al autor mediante el que debe «pagar». Otra concepción distinta es la teoría de la «ventaja injustificada»: quien ha convertido a otro en víctima, adquiere una ventaja injustificada frente a esta persona a través del provecho del autodominio de la obediencia al derecho, la función de la pena precisamente radica en imponerle una desventaja que compense esta situación[3]. Una teoría más es la que persigue la confirmación del ordenamiento: desde este punto de vista todo delito significa un desafío al ordenamiento jurídico y la pena supone su afirmación reactiva[4]. Todos estos puntos de vista están unidos a una serie de problemas conocidos.

1. Un aspecto sombrio de las teorías absolutas es su tendencia hacía la oscuridad: resulta complicado entender las razones que se ofrecen para explicar por qué se merece la pena. En algunas versiones del retribucionismo tradicional no se ofrece explicación alguna, apelándose en su lugar a intuiciones[5], en otras se ofrecen aclaraciones en gran medida metafóricas. La pena «retribuye» o «paga» el injusto, pero no está nada claro ni cómo ni por qué; o la pena «suprime» la ventaja injustificadamente obtenida, pero sin que se explicite cuál es el mecanismo de esta «sustracción»[6].

2 Una visión general de esta posición se encuentra en v. HIRSCH, en SCHÜNEMMAN/v. HIRSCH/JAREBORG (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 101 ss; así como en v. HIRSCH en (Buchenbach-Buch). Este ensayo intenta profundizar en esta argumentación.

3 Vid. por ejemplo, FINNIS, *Natural Law and Natural Rigths*, 1980, 263-24.

4 Vid. por ejemplo, FRISCH, en: SCHÜNEMANN/v. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 125 ss; 179 ss.

5 MOOR, en SCHOEMANN (Hrsg.), *Responsibility, Character and the Emotions*, 1987, 179 ss.

6 Para una crítica de la teoría de la «ventaja injusta» (que ha sido tomada de la referencia de la not. 3), vid. DUFF, *Trials and Punishments*, 1987, Capítulo 8; von HIRSCH, *Censure and Sanctions*, 1993, 7-8.

2. Una dificultad ulterior consiste en que estas teorías dan a entender que debe hacerse *algo* contra el autor, pero no aclaran por qué ese algo debe adoptar precisamente la forma de pena. Por ejemplo, ¿por qué la «confirmación» del ordenamiento jurídico ha de hacerse sobre todo imponiendo una pena al autor, con el consiguiente mal que ésta reacción tiene como atributo característico, en vez de imponer cualquier otro tipo de sanción con un carácter más neutral?[7].

3. Un problema más es que rara vez ofrecen una justificación detenida de la competencia del Estado para castigar. En una sociedad liberal el Estado no puede tener como cometido general el mantener orden moral, sino únicamente unas funciones precisamente limitadas como la prevención de daños y la protección de los bienes necesarios para una existencia segura. Se trata, al menos en parte, de puntos de vista de carácter consecuencialista que los partidarios tradicionales de las teorías retributivas dejan por ello de lado a la hora de justificar la pena. ¿Qué cometido, de entre los que habrían de ser tareas del Estado en una sociedad libre, debe cumplir la pena?

4. Finalmente una desventaja radica en la universalidad de las pretensiones de fundamentación del retribucionismo tradicional. Así, por ejemplo, si la pena debe servir para neutralizar la negación del ordenamiento jurídico en cualquier sociedad, con tal de que disponga de ordenamiento, y partimos de una sociedad pacífica en la que rara vez existen hechos violentos o robos, de modo tal que la imposición de sanciones penales, con la imposición de sufrimientos y con su gran potencial de posibilidades de abuso, no resulta necesaria para mantener estos comportamientos en un límite tolerable, ¿existiría la obligación de contar con esta institución con el fin de reaccionar contra hechos aislados?; más adelante indicaré que la respuesta debiera ser negativa[8], pero esta respuesta requiere al menos de algunas reflexiones orientadas a las consecuencias. Si por el contrario no se toman en consideración las consecuencias, la respuesta necesariamente y para cualquier tipo de sociedad habrá de ser positiva, tal como argumentaba Kant en su conocido ejemplo de la Isla. Una teoría que resuelve para cualquier tiempo y lugar la pregunta del por qué de la conservación de la sanción penal resulta una teoría bastante singular.

3. LAS JUSTIFICACIONES PURAMENTE «RELATIVAS» Y SUS PROBLEMAS

En este apartado tomaré en consideración las distintas justificaciones relativas que pueden encontrarse en la literatura tanto inglesa como alemana, lo que comprende tanto la teoría orientada a la intimidación de Bentham, y su

7 HÖRNLE/VON HIRSCH, en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 83 ss, 86 s (en una antigua versión de este trabajo en GA 1995, 294).

8 Vid. infra 5.2.

moderno –y diferenciado– desarrollo realizado por H.L.A HART, como las alemanas de la prevención integradora. Estas teorías se sustentan, de modo directo o indirecto, en la prevención como fundamento principal de la existencia de la pena y por esa razón, a mi juicio, debieran rechazarse.

3.1. La prevención general negativa: el modelo de Bentham

La concepción utilitarista de la pena que se remonta a Jeremy Bentham establece su fundamento en la prevención general negativa, esto es la intimidación de la colectividad. La institución de la sanción penal está orienta por ello a detraer a posibles malhechores. El *quantum* de la pena debe establecerse a través de una ponderación entre el conjunto de ganancias preventivas y los costes humanos y financieros de la pena[9].

Las insuficiencias de este modelo se conocen desde hace bastante tiempo por la doctrina alemana y más recientemente también por la inglesa. Una aspecto crítico primordial es que esta concepción no está en condiciones de satisfacer los límites éticos a los que está sujeta toda sanción[10]. Si se atiende al marco de la utilidad social estaría permitido, por los aportes positivos que conlleva, la responsabilidad penal por hechos ajenos, en supuestos de ausencia de culpabilidad o la imposición de sanciones desproporcionados. Como es sabido, precisamente el otro reproche que se realiza a esta teoría señala que la pena no se aplica al autor como persona con competencia de actuación moral; debe sufrir un mal únicamente con el fin de intimidar a otro y motivarle a un cumplimiento estricto del Derecho.

H.L.A HART ha intentado formular una respuesta a la crítica efectuada en primer lugar, la ausencia de límites, (pero no en la segunda). El recurso a la «profilaxis» como *raison d'etre* de la pena permite, según afirma Hart, espacio para límites no utilitaristas en su imposición, en cuanto que estos puedan ser justificados de modo independiente[11].

Hart propone como justificación independiente una importante barrera del «*substantive criminal law*», la limitación de la responsabilidad penal a conductas culpables del autor. Su argumentación se apoya en el concepto de posibilidad de elección. En una sociedad libre los ciudadanos deben tener suficientes oportunidades como para evitar las sanciones penales y permanecer fieles al derecho con sus decisiones. Esta posibilidad existe sólo si la responsabilidad penal requiere culpabilidad, pues sólo entonces puede evitarse que la imposición de la pena se derive de una violación normativa debida al

9 BENTHAM, *Principles of Morals and Legislation*, 1789, cap. 14.
10 Vid, por ejemplo, HART, *Punishment and Responsability*, 1968, Cap. I.
11 Ibid.

azar[12]. Claus Roxin utiliza argumentos similares con el fin de observar los límites que el principio de culpabildad impone al derecho penal material[13].

Este argumento para limitar la imposición de las sanciones penales no sirve sin embargo si cambiamos los principios del derecho penal material por los del derecho de medición de la pena y reparamos en la función limitadora más importante que el principio de culpabilidad desempeña en este último ámbito, el principio de proporcionalidad con el hecho, según el cual la dureza de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho. Este principio no puede derivarse de la idea de posibilidad de evitar la sanción penal, porque concierne a la medida de la sanción que le será impuesta a una persona que, a través de su decisión de contravenir el derecho, ha aceptado libremente las consecuencias de la responsabilidad penal[14].

3.2. La prevención general positiva

La doctrina penal alemana en las últimas décadas ha auspiciado una modalidad distinta de las teorías preventivas denominada teoría de la prevención general positiva. Este punto de vista acentúa, en la versión que ha alcanzado mayor influencia (la prevención integradora), la función de la pena como fortalecedora de la lealtad normativa de los ciudadanos. La desaprobación social del comportamiento delictivo que se expresa a través del carácter reprobador de la pena contribuye a confirmar, fortalecer y estabilizar las normas morales de los ciudadanos, lo que mantiene limitados los comportamientos criminales[15].

Esta función estabilizadora apoya la necesidad de culpabilidad en el derecho penal material y el límite de la proporcionalidad con el hecho dentro del derecho de medición de la pena. Un sistema penal sólo puede ser considerado justo en cuanto la responsabilidad penal requiera de culpabilidad y la medición de la pena, proporcionalidad. La inhibición de los ciudadanos a realizar conductas delictivas se fortalece más cuando se perciben estas circunstancias. La responsabilidad sin culpabilidad y las penas desproporcionadas conllevan un peligro de inobservancia y disminuyen la influencia del sistema penal en el moral[16].

Este argumento es en última instancia preventivo, pues implica afirmar que si se sanciona «limpiamente» y se observa el principio de proporcionalidad se refuerzan en gran medida los escrúpulos morales de los ciudadanos ante la realización de hechos delictivo, lo que nuevamente capacita al derecho pe-

12 HART (not. 10), Cap. 7.

13 ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 1997, 740-745.

14 DUFF/VON HIRSCH, *Cambridge Law Journal* 56 (1997) 103 ss.

15 ROXIN (not. 13), 50-51; BAURMANN en: SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 1 ss.

16 ROXIN, en *Festchrift für Bockelmann*, 1979, 279 ss; Hart (not. 10), 17 ss.

nal para cumplir de un modo más efectivo su función «profiláctica». La pregunta que sugiere cuanto acaba de indicarse es por qué se sabe todo esto. Pues mientras resulta pausible aceptar que la pena desempeña al menos ciertos efectos preventivos, existen menos puntos de apoyo para afirmar que estos se producen no con la intimidación sino con el fortalecimiento de la lealtad al derecho[17]. Sabemos muy poco acerca del grado y el modo en que la pena fortalece la autodisciplina, por lo que todo esto representa un fundamento bastante inseguro de los límites morales al derecho penal.

Incluso si existieran fuertes razones para los efectos positivos de la prevención general, resultaría bastante endeble su unión con la limitación del derecho penal a través de la culpabilidad. Esta teoría presume que una posible decepción por parte del ciudadano en relación a las expectativas de juego limpio motivada por la imposición de sanciones sin culpabilidad o desproporcionadas, ocasionaría un debilitamiento en su inhibición a la hora de realizar conductas delictivas. Sin embargo, tal como ha apuntado recientemente Wolfgang Frisch[18], hay escasas razones para aceptar que actualmente los ciudadanos se preocupan por el principio de culpabilidad o por la proporcionalidad del derecho sancionador, y aunque así fuera la influencia en sus inhibiciones morales requeriría de modo necesario que tuvieran conocimiento de las reglas específicas del derecho penal. De hecho, algunas limitaciones elementales del derecho penal que proceden de la culpabilidad, como por ejemplo la impunidad de las personas con transtornos mentales, antes que pacificar al ciudadano medio le irritan.

A mi juicio, esta apelación a los efectos positivos de la prevención general también esta equivocada, pues las exigencias de culpabilidad y proporcionalidad son principios éticos y no máximas de la prevención de delitos. Cuando se sanciona un comportamiento no culpable o se impone al autor una sanción desproporcionada experimentamos que se trata de algo injusto y no simplemente que a largo plazo será contraproducente para la prevención de delitos. Esta sensación de injusticia no puede entenderse simplemente con el argumento de que dichas medidas mermarán la propensión al acatamiento del derecho.

Pero, ¿sería posible ofrecer una mejor explicación, no utilitarista, de la necesidad de culpabilidad concordante con la fundamentación de la existencia pena por parte de la teoría de la prevención general positiva? Esta explicación podría contenerse en el reproche que todo castigo implica y que pertenece a las características esenciales de la pena[19]. La prevención general positiva –así podría conformarse la argumentación– aclara por qué la respuesta a un compor-

17 Extensamente SCHUMANN, en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 17 ss.
18 FRISCH (not. 4), 125 ss.
19 WASSERSTROM, *Philosophy and Social Issues*, 1980, 112 ss.

tamiento dañoso ha de contener un reproche: la desaprobación contribuye a fortalecer la sensación del ciudadano acerca de la injusticia del comportamiento y con ello su posición de fidelidad al derecho. Una vez institucionalizado el reproche unido a la sanción (aunque sea por razones de prevención positiva), resulta una cuestión de «juego limpio» (y no únicamente de prevención delictiva) que la medida de la pena se oriente a este elemento. De este modo el autor es sancionado de forma «desleal» cuanto se desatiende la necesidad de culpabilidad o de proporcionalidad, lo que ocurre con sanciones que prevén un reproche para comportamientos no culpables o una desaprobación mayor que la que justifica la reprochabilidad del comportamiento.

Este argumento es similar a lo que ocurre al poner las «notas» académicas. Cuando se pregunta por qué una Universidad debe diferenciar a los estudiantes según sus rendimientos, la respuesta podría ser consecuencialista: porque con ello se crean estímulos para un mejor rendimiento. Sin embargo, si se pregunta, una vez que se ha introducido este sistema, si los buenos estudiantes tienen derecho a buenas notas, la respuesta será que la concesión de notas ha de orientarse de forma retrospectiva y orientada al mérito. En cuanto que las buenas notas suponen un reconocimiento del rendimiento, no sería «limpio» negar estas calificaciones a personas que las han alcanzado.

Esta fundamentación, encaminada a la cuestión relativa a la limitación de la pena por el principio de culpabilidad, no afecta a la crítica que indica que la teoría de la prevención general positiva no trata al autor como actor moral. La reprobación, que puede ser utilizada como fundamento de la culpabilidad, aparece en el modelo de «integración prevención» como explicación de la obediencia al derecho, y se utiliza pensando que los ciudadanos, antes que con meras amenazas, realizarán comportamientos conformes con el derecho mediante sanciones que contengan una apelación moral. La reprobación en la pena, que se orienta al mérito y hace referencia a la capacidad del autor reconociendo la correcto o antijuridico de su comportamiento, tiene por tanto una justificación instrumental pues está referida a la influencia sobre comportamientos futuros de otros. De este modo no se toma seriamente al autor como actor moralmente orientado, en cuanto que no se requiere que el reproche esté éticamente justificado[20].

20 Para un desarrollo exhaustivo de este arugmento vid. HÖRNLE/VON HIRSCH (not. 7), 88 s. En una reciente contribución Winfried HASSEMER señala que el punto de vista preventivo tradicional resulta demasiado estrecho. Las normas protegidas por la pena no serían únicamente la obediencia sino que comprenderían también los principios éticos en los que se basa el derecho, inclusive el principio de culpabilidad y los principios del debido proceso (HASSERMER, en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), p. 29 ss). Sin embargo, resulta difícil justificar estos principios a través de las categorías/conceptos de la prevención general. Según la teoría tradicional de la integración, el principio de culpabilidad está justificado por su aptitud para alcanzar un fin ulterior externo, el aseguramiento de la obediencia al derecho. Cuando la consecución de los fines preventivo generales se extienden a la estabilización del principio de culpabilidad, ¿cómo puede éste autojustificarse?

4. EL REPROCHE PENAL Y SU JUSTIFICACIÓN

La pena implica la causación de un mal a través del cual se expresa un reproche. Probablemente el mejor modo de justificar la pena puede efectuarse si se toma en consideración que cada uno de estos elementos, mal y censura, han de justificarse por sí solos y probar finalmente como pueden ser unidos en el marco de una teoría penal. Me gustaría empezar con la censura penal, en cuanto que este elemento a mi juicio desempeña un papel esencial en la justificación de la pena.

Las justificaciones de la institución de la pena orientadas al reproche son aquellas que consideran como elemento central de esta institución la desaprobación, esto es, su cometido de formular un reproche referido a un determino comportamiento. La sanción penal expresa públicamente esta censura. El castigo de una persona consiste precisamente en que como consecuencia del injusto ocasionado se le impone un mal y de este modo se expresa un reproche contra esta persona en realización a uno de sus comportamientos. La consideración del autor como un malhechor representa la idea central de la pena[21]. La diferencia entre el impuesto y la multa no radica en la naturaleza del interés del autor afectado –en ambos casos se trata de dinero–, sino que radica en que la multa contiene un reproche contra el autor, de modo distinto a lo que ocurre con el pago del impuesto.

4.1. La función moral del reproche

Que la pena expresa un reproche o una desaprobación es algo que ya ha quedado suficientemente claro. Ahora bien, ¿por qué precisamente el reproche ha de ser la respuesta a un comportamiento tal como hace el Derecho penal? De no dar una respuesta a esta pregunta, el derecho penal debería ser sustituido por otra institución, que no tuviera ese carácter desaprobador, por una medida similar al impuesto mediante la que se persiguiera impedir determinados comportamientos.

El filósofo P.F. Strawson, de Oxford, ofrece una aclaración bastante simple[22]. La posibilidad, señala, de reaccionar ante un comportamiento injusto con la desaprobación o la censura, es simplemente parte de una moral que considera al hombre responsable por sus comportamientos. Cuando una persona comete una fechoría ha de ser juzgada críticamente en cuanto que su comportamiento fue injusto. El reproche es la manifestación de este juicio, unido a la expresión de desaprobación. La aclaración de Strawson resulta correcta pues

21 WASSERSTROM (not. 19), 112 ss.

22 STRAWSON, *Freedom and Resentment and Other Essays*, 1974, 1 ss.

el reproche aparece en la realidad como una parte de la praxis consistente en hacer a los hombres responsables de sus comportamientos. A continuación, me parece necesario señalar con mayor precisión alguna de las funciones morales positivas del reproche.

Una de estas funciones morales se refiere a la víctima. El reproche sirve para expresarle que no fue únicamente dañada, sino que además lo fue injustamente a través de un comportamiento ajeno culpable. Por ello no sería suficiente reconocer que se ha ocasionado un daño o expresar nuestra condolencia, lo que resulta adecuado cuando alguien es lesionado por una catástrofe natural[23]. En cuanto el reproche supone una desaprobación del autor se confirma que el daño de la víctima fue ocasionado por un comportamiento desaprobado del autor.

En segundo lugar, y esto es lo más importante, el reproche representa una comunicación moral con el autor, a través de la cual se le comunica un mensaje normativo crítico en relación a uno de sus comportamientos, esto es, que ha dañado a alguien de modo culpable y que es reprendido por esa conducta. Con este mensaje el autor es tratado como actor cuya actuación se orienta moralmente y recibe una crítica como consecuencia de lo injusto de su comportamiento y no sólo por las posibles ventajas sociales que pueden alcanzarse a través de esta censura[24]. Cuando se reprende de este modo a una persona se espera de ella una reacción moral adecuada: la expresión de su consternación, el reconocimiento del injusto que ha realizado o su esfuerzo por un mayor autocontrol. Si el reproche está justificado, una reacción de indiferencia no sería una respuesta adecuada.

Sin embargo el reproche penal sólo concierne al autor externamente. La desaprobación que se expresa a través de la sanción ofrece al autor la oportunidad de reflexionar acerca de sus comportamientos. Ahora bien adoptar esta reacción es algo que queda en sus manos, en cuanto que aquí no se mantiene ninguna teoría del arrepentimiento, en la que justamente la reacción estaría encaminada a provocar en el autor determinados sentimientos, ya sean de vergüenza, de arrepentimiento o de cualquier otro tipo[25]. Por ello a mi juicio no existe necesidad de acomodar la reacción de reproche al posible grado de susceptibilidad del autor.

---

23 El criminólogo noruego Nils Christie aboga por una respuesta de este tipo (CHRISTIE, *Limits to Pain*, 1981, Cap. 10, 11). Para una crítica vid. VON HIRSCH, *Crime and Delinquency* 28 (1982), 315 ss.

24 Para una discusión más amplia vid. VON HISRCH, *Censure and Sanctions*, 1993, Cap. 2.

25 El filosofo británico R.A. Duff mantiene una teoría semejante de la expiación. A su juicio la causación del mal en el castigo esta justificada como medio para que el autor comprenda su injusto y se arrepienta y como posibilidad para que el autor asimile su hecho y exprese su arrepentimiento (DUFF, *Trials and Punishments*, 1986, Cap. 9; Duff, en Schünemann, von Hirsch, Jareborg, not. 23, 181 ss). Para una crítica, por todos a partir de consideraciones que parten de una concepción de la pena del Estado liberal, vid. VON HIRSCH (not. 24), Cap. 8; VON HIRSCH, Matravers (Hrsg.), *Punishment and Political Theory*, 1999, 69 ss.

Las reflexiones anteriores aclaran por qué ante determinados comportamientos dañosos no puede responderse únicamente a través de sanciones neutrales que no expresan desaprobación alguna. Este tipo de sanciones negarían el status de personas al afectado, aunque fuesen eficaces desde el punto de vista de la intimidación. Una sanción neutral trataría al autor o a los posibles autores como animales de circo, como criaturas que deben ser enjauladas, intimidadas o amaestradas. Por el contrario, una sanción que implica reproche considera al autor como persona moralmente capaz.

Este modelo no padece además de la oscuridad de las tradicionales teorías retributivas. El reproche o la desaprobación es un juicio moral habitual que se utiliza en contextos social diferentes entre los cuales la sanción penal es simplemente uno más. El mensaje del reproche penal comunica al autor que su comportamiento era injusto, juicio nada difícil de fundamentar, si, por ejemplo, su comportamiento consistió en una lesión intencionada de otro, y lo enfrenta con la desaprobación de su comportamiento, lo que por las razones mencionadas tampoco resulta complicado de fundamentar. El reproche es un concepto orientado al mérito, pero es también parte integrante del discurso moral cotidiano y no contiene las oscuras metáforas, que caracterizaban a las teorías retributivas tradicionales, del restablecimiento del equilibrio moral o del orden jurídico y moral.

El reproche mediante la pena desempeña aun otro cometido, pues también se dirige a terceros, es decir, a otros miembros de la comunidad estatal a los que suministra razones normativas para omitir ese tipo de comportamientos. De modo distinto a lo que ocurre con el reproche en un contexto cotidiano, el derecho penal les informa de que determinados tipos de comportamientos son punibles. En cuanto que las sanciones previstas expresan un reproche, éste contiene el mensaje de que el comportamiento se considera reprochable y que debe ser omitido. Esta información no es necesariamente una relativa a lo equivocado del comportamiento, algo que comparte la mayoría, o al menos gran parte, de los destinatarios. El reproche que contiene la sanción se dirige sobre todo al intelecto del ciudadano con el fin de apelar a lo injusto del comportamiento y darle de este modo una razón para omitir este tipo de conductas.

A diferencia de lo que opinan los partidarios de la teoría preventivo integradora, el mensaje normativo que se expresa mediante las leyes penales no puede reducirse a un simple estímulo para fomentar la obediencia al derecho, por estar más predispuestos los ciudadanos a apelaciones morales que a amenazas. A mi juicio, el reproche que se manifiesta a través de la sanción está justificado porque muestra un camino éticamente adecuado, con el que al autor se le dirige la palabra como un actor capaz de realizar consideraciones morales. El mensaje de ilegitimidad del comportamiento, tal como se expresa en la ley penal frente a los ciudadanos, deriva de que muestra una vía ética apropiada, que se corresponde con personas que actúan moralmente orienta-

das. Los posibles efectos preventivo integradores de este mensaje resultan efectos colaterales en relación a estas pretensiones normativas[26].

El mensaje normativo del reproche no puede reducirse igualmente a una mera desaprobación del comportamiento en su aspecto de infracción normativa[27], sino que se dirige sobre todo a la substancia del injusto realizado por el comportamiento. Por ejemplo, el reproche adecuado a un robo debe referirse al injusto de esta lesión dolosa a otra persona y no sólo al hecho de que se ha infringido una norma prohibitiva.

Este tipo de orientación del reproche presupone que el comportamiento criminal es indudablemente injusto y por ello está justificada una reprobación. Frente a esto en la actualidad las prohibiciones penales tienen una amplitud considerable e incluyen modos de comportamiento que no parecen incondicionalmente reprochables. Un modelo orientado al reproche debe justificar todas estas prohibiciones. Basta para ello con que el ámbito nuclear del comportamiento afectado por el derecho penal pueda ser caracterizado como reprochable con buenas razones, en cuanto que por ejemplo suponga la lesión de otra persona realizada culpablemente (violencia o hurto) o contenga una lesión de obligaciones sociales de carácter esencial –fraude fiscal–. Este modelo, en el que el reproche se considera un elemento central del derecho penal, contiene por ello una función crítica: suministra un argumento para descriminalizar comportamientos que razonablemente no pueden ser considerados como reprochables[28].

4.2. ¿Qué apoyos se derivan de este modelo para el principio de culpabilidad penal?

El reconocimiento del papel central del reproche fortalece la necesidad de limitar el derecho penal a través de la culpabilidad del comportamiento, requisito que habrá de incluirse entre sus reglas generales, y, en la medición de la pena, la existencia de una relación adecuada entre la gravedad de la pena y el merecimiento de reproche del comportamiento. Ambas exigencias pueden ser derivadas directamente del carácter de reproche de la sanción penal. Como ya se ha comprobado, la condición de culpabilidad más elemental del derecho penal alemán, el que el comportamiento haya sido realizado dolosamente o, en relación a determinados comportamientos, con un grado determinado de ausencia de cuidado, no puede fundamentarse indicando que esta condición contribuye a fortalecer la fidelidad normativa del ciudadano medio, lo que además es complicado de probar empíricamente. Su fundamentación puede extraerse ahora de una sim-

26 Extensamente HÖRNLE/VON HIRCH (not. 7), 91s.

27 Para una visión similar del reproche, vid. SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 109.

28 Vid.por ejemplo HUSAK, *Drugs and Rights*, 1992.

ple cadena argumentativa: la pena no es reproche únicamente desde un punto de vista empírico, sino que debe ser reproche en atención a criterios normativos y por ello la reprobación no resulta adecuada cuando se ha actuado sin culpabilidad[29]. Lo mismo resulta de aplicación a las causas de exculpación, como por ejemplo el estado de necesidad disculpante. La ratio de la exculpación no reside en la ausencia de una necesidad preventiva de pena en estas situaciones sino en la circunstancia de que al autor no se le puede reprochar su comportamiento antijurídico, cuando la sumisión al derecho hubiese tenido para él consecuencias desoladoras[30]. En el marco de la medición de la pena, el principio de proporcionalidad con el hecho debe acentuarse igualmente cuando se parte de la perspectiva orientada al reproche. La severidad de la pena refleja el grado de reproche, una pena proporcionalmente elevada expresa una mayor censura, al igual que una pena leve representa un reproche menor. Como consecuencia de esta estrecha relación conceptual entre gravedad de la pena y reproche, y no como consecuencia de los efectos sobre la fidelidad normativa de los ciudadanos, las penas deben corresponderse con la gravedad del hecho[31].

5. LA CAUSACIÓN DE UN MAL EN LA PENA Y SU JUSTIFICACIÓN

A continuación nos ocuparemos del otro componente de la pena, la denominada imposición de un mal. La pena contiene una censura pero no se compone exclusivamente de reproche, pues éste se expresa a través de la causación de un mal, es decir a través de la imposición de una privación al autor. Por ello resulta necesario enfrentarse con este otro elemento constitutivo, la causación del mal. La justificación de este elemento requiere, como querría demostrar, la introducción de reflexiones preventivas. Lo que implica la necesidad de responder a la pregunta de cómo estos puntos de vista preventivos son contenidos por la función de reproche de la pena.

5.1. ¿Puede derivarse la imposición del mal del reproche?

Una argumentación posible podría consistir en intentar fundamentar la imposición del mal en el propio reproche penal. Esta argumentación ha sido desarrollada por el filósofo australiano John Kleinig, para quien el reproche, al menos en determinadas relaciones sociales, no puede ser expresado a través de

29 Vid. extensamente HÖRNLE/VON HIRSCH (not. 7), 99 s.

30 Ibid.

31 Para una discusión detenida en relación al modo en el que el reproche de la pena cimenta el principio de proporcionalidad con el hecho, vid. VON HIRSCH (not. 24), 15 s.; BOTTOMS en ASHWORTH/WASIK (Hrsg.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, 77 s.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999; VON HIRSCH (Buchenbach-Buch, not.2).

actos simbólicos o meramente verbales, la imposición de un mal resulta necesaria para mostrar que la reprobación ha de tomarse en serio. De este modo, por ejemplo, en una facultad la desaprobación de un comportamiento grave de un colega no debe expresarse a través de una amonestación verbal, la expresión de la desaprobación requiere la restricción de privilegios[32]. De modo semejante el Estado no puede reaccionar ante los comportamientos penalmente relevantes con una demostración verbal o simbólica de la desaprobación. La expresión creible de la desaprobación requiere que ésta se realice mediante la imposición de un mal.

En el marco de las modernas sociedades occidentales esta justificación resulta probablemente pausible. Resultaría difícil imaginar que una respuesta simbólica o meramente verbal a un comportamiento dañoso hiciera creible la desaprobación. Nuestras sociedades son diferentes a aquellas en las que existe un Rey, un sumo sacerdote o incluso una alta institución o instancia que podrían expresar este reproche.

Sin embargo esta justificación, aceptada tal cual, contiene una laguna. Incluso si la imposición del reproche estuviera justificada, el modo y manera en que ésta se expresa deben mostrarse respetuosos con el autor. Tomando un ejemplo cotidiano: imaginemos que A ha realizado un injusto y B como consecuencia quiere amonestarlo. Partamos de que A parece estar dispuesto a ignorar una simple amonestación verbal, por lo que B buscando encontrar el acatamiento de A y trasmitirle su amonestación, la expresa golpeando y gritándole. Aunque la amonestación en sí considerada resulte un trato absolutamente respetuoso, podría objetarse que la manera y el modo en que se ha realizado está lejos de serlo, aspecto éste último que no se asegura suficientemente por el simple hecho de que los golpes o gritos confieran credibilidad al reproche. Pero incluso aunque así fuera, dado que un gran nivel de credibilidad no supone ninguna justificación moral suficiente, el modo y la manera en que el reproche se expresa han de justificarse obligatoriamente.

La justificación de Kleining, en cuanto que sirve a la justificación de la existencia de la pena, pasa por alto que una de sus funciones es precisamente evitar comportamientos delictivos. Cuando el Estado criminaliza un determinado comportamiento, instituye una amenaza legal: este comportamiento está prohibido y la contravención de esta prohibición conduce a la imposición de determinadas sanciones. La amenaza muestra explícitamente su objetivo de disuadir a los ciudadanos de la realización de tales comportamientos.

El tema de la disuasión nos conduce nuevamente al roll de la prevención general negativa en la pena. Los penalistas alemanes tienen razón cuando rechazan las teorías puramente intimidadoras argumentando que no tratan al au-

32 KLEINIG, *Israel Law Review* 24 (1992), 401 ss.

tor o bien a los potenciales autores como personas que actúan de modo moralmente orientado (vid. supra. 3.1.). Sin embargo está abierta la posibilidad de acoplar la disuasión mediante la pena en un concepto de sanción penal determinado por el reproche. La dicotomina «absoluta/relativa» que existe en la doctrina alemana dificulta la consideración de esta posibilidad.

5.2. La imposición del mal como elemento preventivo en el marco de un concepto de pena basada en el reproche

La imposición del mal, a mi juicio, tiene realmente una función preventiva: suministra una «*prudential reason*» para la no realización de hechos punibles, unida a los argumentos normativos expresados mediante el elemento «reprochabilidad» de la pena[33]. Por «*prudential reason*» entiendo consideraciones relativas a ventajas o desventajas para la persona que actúa. A través del reproche incorporado en la amenaza de pena, el derecho penal expresa que el comportamiento resulta equivocado, con lo que una persona que actúa de acuerdo con criterios morales tiene motivos para no realizarlo. Sin embargo, debido a la falibilidad humana, puede seguir queriendo su realización. La razón para que en la sanción el modo de expresar la desaprobación sea la imposición de un mal en lugar utilizar mecanismos puramente simbólicos reside justamente en que la amenaza de este mal confiere a la persona una razón «prudencial» ulterior, significativa para los propios intereses, para no realizar el comportamiento. De hecho, la introducción de una reacción de reproche que suministra al mismo tiempo un efecto de disuasión puede ser saludada como una ayuda para realizar un comportamiento que se reconoce como adecuado, en aquellos casos en que el autor está tentado de realizar el delito, pese a comprender el mensaje de la sanción.

Esta fundamentación se apoya en una imagen determinada de la naturaleza humana y de los motivos del comportamiento. Las personas no son ángeles para los que bastaría una apelación puramente normativa, pero tampoco animales que pudieran ser influidos a través de amenazas. Los hombres son morales pero falibles, capaces de motivarse normativamente pero también con tentaciones de infringir estas apelaciones. Su naturaleza de persona que orienta su comportamiento moralmente capacita al hombre para tener en cuenta el mensaje de reproche, es decir lo reprochable del comportamiento, que se comunica a través de la sanción. Pero al mismo tiempo, dado su carácter falible, le es también fácil resistirse a la tentación de realizar un delito cuando el reproche se expresa de modo desalentador. El modo en que se contiene la disuasión diferencia la pena de una medida puramente coactiva, en la que la única base

33 VON HIRSCH (not. 24), 12 s.

para la conformidad se basa en el temor a las consecuencias indeseables. En atención a las mencionadas cualidades de la naturaleza humana resulta posible reaccionar con una medida que fortalece las razones para la no comisión de delitos a partir tanto de razones morales, como racionalmente orientadas.

Dentro del punto de vista, que acaba de exponerse, la prevención no puede situarse en solitario. Si la sanción expresa un reproche, su forma y modo adopta una forma que actúa al mismo tiempo como intimidación y como apoyo contra tentaciones. Por el contrario, cuando la sanción únicamente impone un mal constituye una simple medida coactiva. Una persona conformada moralmente puede señalar que una sanción neutral, carente de cualquier juicio, es más eficaz frente a las tentaciones si se corresponde con una obligación moral reconocida. Sin embargo, esta sanción, portadora únicamente de una amenaza, no respetaría su carácter de persona responsable. Las razones para actuar correctamente serían meramente que el Estado quiere tratarlo como un ser vivo que debe ser obligado y no como alguien que toma en cuenta razones normativas al comportarse de un modo determinado.

En la justificación de la pena propuesta, la función de reproche desempeña el papel central. Una reacción de desaprobación ante un comportamiento injusto puede, a mi juicio, expresarse, al menos en primer termino, de modo y manera puramente simbólica o de modo que la desaprobación se comunique mediante la imposición de un mal. La sanción penal es una reacción de este último tipo, pues como consecuencia de su función adicional de «desaliento» contiene ventajas frente a reacciones simbólicas. Sin embargo, la función preventiva está justificada únicamente en una institución que incorpora también el reproche.

En esta estructura de la pena el reproche y la imposición del mal están entrelazados. Un tipo penal indica que ante determinado comportamiento se reaccionará mediante una consecuencia gravosa determinada. Esta consecuencia contiene de un lado la imposición del mal y de otro expresa el reproche. Esta relación entre ambos elementos de la penal resulta, tal como veremos más tarde, importante para el principio fundamental de proporcionalidad con el hecho.

Una debilidad de las teorías retributivas tradicionales radica, tal como se indicó, en olvidar razonar el papel del Estado en la imposición del castigo. El aspecto preventivo que aquí se propone permite justificar más fácilmente su cometido. Una de las tareas más importantes del Estado consiste en proteger a los ciudadanos ante las lesiones de sus intereses más vitales[34], dicho cometido justifica la prohibición de los comportamientos lesivos que conforman el núcleo del Derecho penal. A mi juicio la pena sirve a esta función

34 Vid. también ROXIN (not. 13), 54 s; VON HIRSCH (not. 25).

de protección, por su función disuasora ante comportamientos delictivos. Pero también constituye una obligación central del Estado, cumplir con sus tareas, en este caso la protección de sus ciudadanos, de modo respetuoso con las personas. Una sanción reprobadora, a diferencia de lo que ocurre tal como vimos (vid. 4.1.) con aquellas de carácter neutral, trata con respeto al afectado, al tratarlo como persona capaz de realizar consideraciones morales, e igualmente en lo que respecta a la víctima contiene el reconocimiento de que ha padecido un injusto.

Pese a esta doble justificación estaría sin embargo permitido rechazar la institución de la pena si no fuese necesaria para la prevención. Representémonos una hipotética sociedad en la que las relaciones sociales y económicas se desarrollan de modo tan positivo que la violencia o el robo rara vez acaecen. La institución de la pena, con su aparato de tribunales, sanciones, etc., no sería necesaria para mantener dentro de límites tolerables estos comportamientos. ¿Estaría esta sociedad obligada a mantener esta institución con el fin de ocuparse de los malechores? A mi juicio no: la sociedad puede pretender conservar algunas formas de reproches oficiales, pero con la necesidad de prevención criminal desaparecería igualmente la necesidad de una institución tan costosa, inoportuna y gravosa como la pena[35].

5.3. El aspecto preventivo y el principio de culpabilidad en Derecho penal

Como se ha indicado (vid. 3.1.), una desventaja esencial de las justificaciones puramente preventivas es su incapacidad para fundamentar adecuadamente la limitación de la responsabilidad penal y de la mediación de la pena mediante la culpabilidad. De ser útiles a los fines preventivos habría que admitir la responsabilidad sin culpabilidad y las sanciones desproporcionadas. Una ventaja decisiva del modelo orientado al reproche consiste en que tal como se mostró (vid. 4.2.) ofrece una fundamentación de estos límites.

Sin embargo nuestro análisis se centra en un modelo mixto que contiene el elemento de la prevención y el reproche. ¿No constituye un caballo de Troya la introducción de estos elementos preventivos? ¿La consecución de estos efectos permite ir más allá de los límites marcados por las exigencias de culpabilidad?

Estas preguntas serían un problema si ambos elementos de la pena –reproche y prevención– actuasen en diferentes partes del derecho penal. Aceptemos por ejemplo que alguien afirmara que la necesidad de culpabilidad se encarna en el reproche contra el autor y que la sanción que a éste le será impuesta tiene únicamente una función preventiva. En este caso la esencia de la

35 Vid. extensamente VON HIRSCH (not. 25), 73 s.

pena quedaría determinada de acuerdo con criterios preventivos. Este modelo no sería aceptable en el marco de los argumentos fundamentales que he desarrollado: pues si la sanción, en vez de expresar un reproche, desempeñara únicamente una función preventiva, la reacción de censura quedaría separada, fuera de la justificación de la pena que he propuesto. En este caso ya no hablaríamos de la expresión del reproche a través, debido a razones preventivas, de la imposición de un mal. El mal causado sería puramente preventivo, y al no contener reprobación alguna, constituiría una suerte de doma, en la que el autor no es tratado como persona capaz de reflexionar moralmente.

Lo esencial en el modelo mixto que propongo es el entrelazamiento de la desaprobación y la imposición del mal (cfr. supra. 5.2). Es el mal con el que se amenaza, y no sólo las pretensiones derivadas del principio de culpabilidad, quien expresa el reproche y al mismo tiempo sirve como disuasión. Si al autor se le impone un mal, precisamente en ello está el reproche que sólo está justificado si el autor actúo culpablemente, por lo que han de respetarse las exigencias materiales del principio de culpabilidad. Si la medida de la sanción se modifica, se varía también el grado de desaprobación expresado, este cambio sólo estaría justificado cuando se corresponda con la gravedad del hecho punible, por ello, tal como se ha razonado en otro lugar[36], el principio de proporcionalidad ha de ser respetado. Si este entrelazamiento está claro resulta infundado el miedo a caballos de Troya.

6. REPROCHE, PREVENCIÓN Y CAPACIDAD DISCURSIVA

Una objeción central contra las teorías puramente preventivas señalaba, como ya se mencionó, que éstas no respetaban la competencia de actuación moral del autor[37]. El modelo de reprobación propuesto pretende evitar esta dificultad. Al autor, confrontado con la desaprobación de su comportamiento, se le ofrece la posibilidad de reaccionar mediante un comportamiento moralmente orientado, como por ejemplo el reconocimiento del injusto realizado. Al actor se le censura por su comportamiento, juzgado reprochable, y no porque se alcance en otras personas una mayor disposición a la fidelidad normativa, como piensan los defensores de la prevención integradora[38].

36 VON HIRSCH (not. 24), 15 s y not 2.; vid. también HÖRNLE (not. 31), 137 s.

37 Vid. infra. 3.1.

38 Vid. infra 3.1 y 3.4 y de forma exhaustiva HÖRNLE/VON HIRSCH (not. 7), 91-99. Debe diferenciarse entre reproche, en el sentido expresado, y estigmatización que sirve para indicar la aversión pública por el delito y su autor. Las teorías estigmatizadoras son susceptibles de tratar al autor como simple herramienta para expresar este mensaje y rechazar totalmente a los principios de «juego limpio». Sobre la base de esta última perspectiva algún penalista norteamericano ha abogado por penas humillantes, en las que las exigencias de proporcionalidad deben quedar totalmente al margen (KAHAN, *University of Chicago Law Review*, 63 (1996), 591 ss.

Aunque el reproche penal, en la forma descrita, supone un comunicación moral con el autor, tiene un cierto carácter autoritario. Qué es un comportamiento inaceptable, qué reglas procesales han de seguirse para declarar la culpabilidad del autor y qué causas de justificación y exculpación van a tener cabida, es establecido enteramente por el Estado y no mediante el libre intercambio de argumentos entre el autor y las instancias censuradoras. En cuanto que esto es así, el discurso penal no cae dentro del ámbito del modelo del discurso libre de dominio de Habermas[39].

Este carácter autoritario es compartido de algún modo por otras instituciones sociales, cuya tarea es ocuparse del límite entre comportamientos permitidos y no. Si por ejemplo una universidad impone una sanción disciplinaria contra un miembro de una facultad como consecuencia de un comportamiento desaprobado, adopta con ello una decisión relativa a las actuaciones que considera inaceptables; por ello no se trata de cuestiones que han de ser decididas en un discurso libre entre las autoridades académicas y el afectado[40]. Este grado de autoritarismo es necesario si quieren ofrecerse normas de comportamiento duraderas y fiables.

Sin embargo este momento autoritario en la imposición de una sanción no impide per se su carácter de comunicación moral. El hecho de que puedan ofrecerse razones por las que un comportamiento se considera equivocado; que exista un espacio abierto para las reclamaciones de justificación o exculpación y que la imposición de la pena se configure con el fin de comunicar la desaprobación al autor, pero de modo tal que le invite a reflexionar sobre la corrección de su comportamiento, muestra que éste es tratado como persona, cuyas actuaciones han de conducirse por razones morales.

Pero, ¿dado que la justificación del mal es parcialmente preventiva (vid. 5.2.) y tal como se dijo una argumentación de este tipo olvida tratar a la persona como actor moral (v. 2.1.), podría realizarse un reproche similar contra ésta justificación que incluye un elemento preventivo en el seno de un concepto orientado al reproche?

La respuesta depende de la amplitud con que se conciba el marco de la actuación moralmente orientada. Según el punto de vista kantiano tradicional, únicamente se actúa moralmente si las razones que el autor toma en cuenta y ofrece son exclusivamente morales. La introducción de cualquier consecuencia ventajosa o desventajosa, ya sea en forma de estímulo o de desaliento, privaría al motivo de actuación de su carácter moral esencial. Esta perspectiva ideal resulta poco provechosa, cuando se está reflexionando acerca del modo

39 HABERMAS en, *Festschrift für Walter Schulz*, 1974, 101 ss. Este aspecto, el proceso penal no puede estar libre de dominio, ha sido desarrollado por HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, 121 s.

40 Vid. HÖRNLE/VON HIRSCH (not. 7), 94 s.

en que el derecho penal ha de tratar a los hombres, reales y falibles, que componen la sociedad.

En el modelo que he propuesto, el papel desempeñado por la imposición del mal (vid. 5.2.), parte de una representación más modesta de la acción moral. A mi juicio, cuando el Estado requiere del autor razones normativas, aunque no sean las únicas, en la realización de un comportamiento exigido lo trata como persona que actúa moralmente. Un modelo puramente intimidador no cumpliría con esta condición: el autor sería informado que debe obedecer o atenerse a las consecuencias, pero no ofrece ningún argumento normativo de por qué debe someterse. En el modelo que propongo por el contrario al autor se le aportan dos argumentos. Mediante el reproche que contiene la sanción al autor se le comunica que su comportamiento es censurable y debe ser evitado. Ha de admitirse que ésta no tiene por qué ser la única razón: la reacción de reproche se expresa a través de la imposición de un mal que actúa como «*prudential reason*» frente las de tentaciones de ejecutar el comportamiento pese a su incorrección. Mas el modelo propuesto toma en serio la capacidad de acción moral, si se acepta la concepción del hombre mantenida, como actor falible, capaz de orientarse moralmente pero a la vez necesitado de ayuda para vencer las tentaciones.

Más arriba me ocupé de las razones por las que la prevención puede ser una razón legítima y fundamentadora de la existencia de pena, sin embargo aún no me he ocupado de la severidad del nivel de penas en su conjunto. Cuando la escala de penas resulta considerablemente elevada, las razones normativas aportadas por el reproche penal para la omisión del comportamiento podrían ser dominadas por la intimidación y de este modo disminuir su importancia práctica. Esto implica que el nivel general de las penas ha de mantenerse bajo, tal como en otro lugar he mostrado más detenidamente[41].

7. CONSIDERACIONES FINALES

La dicotomía absoluto/relativo ha impedido un análisis de la justificación de la pena, pues requieren que ésta o bien haya de ser exclusivamente preventiva o bien deontológica y retributiva. Ninguno de los modelos puros nos satisface. Los preventivos no aportan ninguna fundamentación convincente de los límites que impone el principio de culpabilidad al derecho penal material y a la determinación de la pena; además ofrecen una explicación

41 VON HIRSCH (not. 24), Cap. 5; VON HIRSCH (not. 2) (Buchenbach-Buch).

exclusivamente instrumental de las razones para comportamientos buenos y no tratan al autor como actor capaz de realizar reflexiones morales (v. 3). Las teorías puramente retributivas tienden a ofrecer explicaciones oscuras de los elementos de la causación del mal en la pena y no proporcionan ninguna justificación adecuada de la competencia estatal. Probablemente una mayor perspicacia podría superar estas dificultades, pero en cualquier caso el camino no está suficientemente claro.

La institución de la sanción penal tiene, a primera vista, tanto elementos preventivos como deontológicos. El elemento de censura, la crítica al autor como consecuencia de su comportamiento, contiene una apelación moral al actor como persona capaz de consideraciones morales. Este elemento no puede reducirse a mera prevención. Sin embargo, la sanción penal posee otra característica, el ser obstáculo de lesiones futuras y el modo y forma en que amenaza con consecuencias desfavorables, que obviamente algo tiene que ver con la prevención. Por ello, el análisis más convincente es el que parte de la corrección de un modelo mixto, que contiene elementos de ambos tipos.

En este ensayo he desarrollado un análisis del reproche penal el cual convierte a esta reacción en deontológica: como apelación normativa, dirigida a un actor que es considerado susceptible a consideraciones morales. Este carácter de censura es el que justifica los límites requeridos por el principio de culpabilidad en el derecho penal material y por el principio de proporcionalidad con el hecho, en el derecho de medición de la pena.

A la causación de un mal la he descrito como un «desaliento» ante la realización de hechos punibles que actúa en el interior de un concepto general orientado al reproche. A mi juicio, la razón para introducir este «desaliento», en vez de reaccionar únicamente mediante un reproche simbólico, a mi juicio, es preventiva: la pena debe también servir para ayudar al hombre, ser capaz de orientarse moralmente, pero también falible, a vencer la tentación de lesionar a otros[42]. He tratado de explicar por qué el reconocimiento de este limitado roll preventivo permite mantener los límites que para la punibilidad se derivan del

42 Mi propuesta contiene con ello una modificación en la terminología de la prevención. En la discusión tradicional la prevención general se concibe o bien «negativamente» (encaminada a intimidar a los autores potenciales e inducirles a la conformidad) o bien «positivamente» (en cuanto destinada a apelar a la representación moral del ciudadano, pero con el fin de asegurar su disposición al cumplimiento de las normas). A mi juicio, el elemento negativo de la prevención general contiene un «desaliento» en relación a la lesión, uno entre los múltiples estímulos y contraestímulos que se le ofrecen hombre en su vida cotidiana. Este desaliento no se sustenta únicamente en el temor, sino que está íntimamente vinculado con el mensaje normativo, que se contiene en el carácter de reproche de la pena (vid. infra 5.2). Mi propuesta contiene también un elemento de prevención general positiva, en el mensaje normativo, desistir de al realización del delito, que se expresa en el tratamiento desvalorado del comportamiento criminal (vid. infra not. 26). Sin embargo la legitimación de este mensaje reside finalmente en el juicio moral que se realiza a través del reproche por el comportamiento antijurídico.

principio de culpabilidad, como la necesidad de un comportamiento culpable, y el principio de proporcionalidad con el hecho. Ulteriormente he intentado explicar por qué la introducción de este elemento preventivo no cuestiona el carácter de la reacción como apelación a la competencia moral del actor.

La justificación de la pena por la que se ha optado se ha presentado en este lugar como posible base de discusión, cuya crítica podría encontrarse en incoherencias y lagunas en la argumentación que haya podido pasar por alto. Algunos aspectos de este modelo requieren de un análisis más detallado como, por ejemplo, el rendimiento del concepto de comunicación moral, que he utilizado (infra. 6) en lugar de la estricta concepción kantiana. En la discusión de este problema ha de abordarse en serio uno de los temas centrales de la «Escuela de Frankfürt», a la que está dedicada esta obra: la interacción entre puntos de vista normativos y pragmáticos. Las instituciones penales requieren una justificación normativa y no únicamente instrumental; si bien estos argumentos deben dirigirse a una concepción de la pena como institución social, mediante la que el Estado ejercita su violencia y que se orienta al fin pragmático del bienestar de los ciudadanos.

EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y LOS EFECTOS DE LA PENA[1]

José Luis Díez Ripollés
Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

Junto a lo anterior, interesa a nuestros efectos mencionar el acentuado desplazamiento del ámbito de resolución de los diversos dilemas valorativos sociales al plano jurídico, ámbito cuya legitimación para deslindar los intereses en cada conflicto implicados no ha dejado de crecer a medida que ha aumentado la autocomprensión de las actuales sociedades como sociedades pluralistas. A su vez, por algunos motivos, de los cuales hemos enumerado en otro lugar[2], son el orden jurídico penal y, en menor medida, la jurisprudencia constitucional, los sectores del derecho sobre los que se está haciendo descansar de forma destacada la resolución de los conflictos sociales más agudos en cada momento.

Sin duda, ambas circunstancias están originando ciertas evoluciones positivas en nuestras sociedades, que ahora no pueden ser objeto de nuestra atención: Sea suficiente con la mención a la consolidación de una sociedad cada vez más consciente de sus posibilidades comunicativas y discursivas; o al celo cada vez mayor puesto en el aseguramiento de ámbitos privados de comportamiento, heredero de un modo de razonar despojado de certezas y respetuoso con los intereses de cada uno. Y ello por más que esta visión optimista no pueda desembarazarse de ciertas preocupaciones fundadas en el proceso uniformizador de fondo al que, de modo cada vez más intenso, están sometidas las actuales sociedades industrializadas[3].

Pero tales transformaciones sociales están produciendo asimismo otros efectos indeseables desde una perspectiva político-criminal, a los que se les debe de prestar atención: entre ellos, se puede aludir al grave riesgo de que el protagonismo de los *medios* en la discusión de problemas relacionados con graves conflictos sociales o con la delincuencia dé lugar a un falseamiento, por intereses mercadotécnicos o de otra naturaleza, de los términos reales de la cuestión, con ocultamiento o desconsideración de datos relevantes. O el abandono de los esfuerzos para consolidar una moral civil, cuya función de difusión de pautas morales de comportamiento resulta imprescindible en una sociedad pluralista, y que, sin embargo, registra un alarmante proceso de empobrecimiento al identificarse sus contenidos con los del derecho, necesariamente mucho más limitados[4].

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

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

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

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

pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al derecho, y al derecho penal en particular, reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en esos debates públicos sobre problemas sociales relevantes[5]. A su vez los poderes públicos, conocedores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, sociopolíticos que la admisión de tales demandas conlleva, no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan.

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

Los medios para neutralizar esta preocupante evolución de la política legislativa penal deben transitar por diferentes vías. Una de ellas es, sin duda, el desplazamiento del énfasis de la reflexión jurídico-penal desde el campo de la aplicación del derecho al de su creación. Resulta urgente profundizar en la elaboración de una teoría y una técnica de la legislación penales que sienten con claridad los presupuestos materiales, y no sólo formales, de cualquier decisión legislativa penal; y que están lejos de satisfacerse con la identificación del bien jurídico a proteger en cada caso o con reflexiones ingenuas sobre el principio de intervención mínima vigente en derecho penal[6]. Y otro de los frentes ha de atender a una desprejuiciada delimitación de los contornos dentro de los cuales el derecho penal puede utilizar los denominados efectos simbólicos de la sanción, y aun de la norma, penales. Es de esto último de lo que nos vamos a ocupar en este trabajo.

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

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

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

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

2.1. Efectos instrumentales y efectos simbólicos

Es frecuente en la literatura jurídico-penal contraponer a los efectos instrumentales los efectos simbólicos de la pena. De este modo, los efectos instrumentales, vinculados al fin o la función[7] de protección de bienes jurídicos, tendrían capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los efectos simbólicos, por su parte, estarían conectados al fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales[8].

En ese contexto, el aprecio que se tiene por los efectos simbólicos es muy limitado, en la medida en que no atienden primariamente a la protección de bienes jurídicos ni producen modificaciones comportamentales en la realidad social. Así, para unos sólo son admisibles en cuanto efectos secundarios de la intervención penal, variando su aceptación según la importancia que se atribuya a los fines o funciones preventivogenerales de la pena, los cuales, al parecer, se logran a través de efectos simbólicos[9]. Para otros, estamos ante un

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

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

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

9 Véanse HASSEMER. «Derecho penal simbólico...». Op.cit. págs. 27, 29, 30-31; BUSTOS RAMÍREZ. Op. cit. págs. 101, 107-109; TERRADILLOS BASOCO. 10-11;CUELLO CONTRERAS. *El derecho penal español. Parte general/1*. Civitas. 1996. pág. 58.

efecto de la intervención penal que no es susceptible de legitimación, por más que para algunos sea inevitable[10].

2.2. Efectos expresivo-integradores y efectos materiales

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

Para fundamentar la afirmación precedente es conveniente, en primer lugar, sustituir el término «simbólico» por otro menos prejuicioso, que permita eludir más fácilmente argumentaciones preconcebidas. Propongo partir, conforme a una opinión muy extendida en las ciencias sociales, de que toda acción legislativa, y por extensión también toda acción judicial y de ejecución penal, contiene o puede contener fines o funciones instrumentales, expresivas e integradoras[11]. Y podríamos aceptar denominar también a las consecuencias que se derivan de tales fines o funciones, efectos instrumentales, expresivos o integradores[12]. En principio, por efecto instrumental entenderíamos aquel que supone cierta modificación de la realidad social y, más en concreto, de los comportamientos humanos; consideraríamos efecto expresivo al que suscita emociones o sentimientos en las conciencias; y estaríamos ante un efecto integrador cuando se generan determinadas representaciones valorativas en las mentes[13]. Pues bien, parece fácil ponerse de acuerdo en que el contenido generalmente atribuido a los efectos simbólicos guarda una estrecha relación con el propio de los que hemos denominado efectos expresivos e integradores[14]. Dado que el problema reside en la contraposición entre estos últimos efectos y los instrumentales, me tomaré la licencia, con propósito simplificador, de integrar en un sólo concepto los efectos expresivos y los integradores y, en consecuencia, llamaré a partir de ahora a los efectos simbólicos *efectos expresivo-integradores*[15].

---

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

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

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

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

14 Claramente en este sentido, entre otros, Voss. op. cit. págs. 1-4, 25-35, 39, 40-42, 77-78, 138-139, 194, 206-208; TERRADILLOS BASOCO. op.cit. 11, 15; SILVA SÁNCHEZ. «Aproximación...». Op.cit. págs. 305-307; HASSEMER. «Derecho penal simbólico...». Op.cit. pág. 27.

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

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

Por el contrario, a mi parecer los efectos expresivo-integradores constituyen uno de los pilares fundamentales de la utilización legítima de la pena, ya que ellos constituyen el núcleo de la prevención intimidatoria, individual y colectiva, además de jugar también el papel fundamental en las teorías preventivas que buscan reforzar determinadas socializaciones o confirmar la vigencia de los contenidos básicos del orden social entre los ciudadanos[16].

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

Pero las precedentes afirmaciones exigen que, de la manera más breve posible, exponga ciertas convicciones personales sobre el fundamento y los criterios legitimatorios de la pena[17].

2.3. El fundamento de la pena

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

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

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

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

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

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

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

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

El citado objetivo se aspira a lograr eligiendo como objeto de la intervención social a las personas susceptibles de ser responsables de tales daños o riesgos[18], lo que se legitima por la necesidad de incidir sobre uno de los factores decisivos en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

El objeto escogido y su legitimación hacen necesario mantener como punto de referencia los criterios culturalmente vigentes sobre la atribución de responsabilidad por la realización de un comportamiento socialmente relevante, esto es, el sistema de responsabilidad personal y su graduación. Una configuración de la persona susceptible de responsabilidad desconocedora de tal sistema de atribución y de su diferenciación difuminaría el objeto de intervención y lo desconectaría de su legitimación, por lo que tal sistema de responsabilidad es condicionante de la elección del objeto de la intervención social[19].

---

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

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

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

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

Ahora bien, el concreto modelo de intervención sociojurídico escogido y su legitimación deben ajustarse estrictamente a los límites de afección a los planes de vida individuales reconocidos a los poderes públicos a la hora de lograr el orden social, esto es, a las condiciones de aceptación del contrato social. Un ejercicio de la intervención sociojurídica mencionada que ignorara tales contenidos se deslegitimaría por superar los límites del poder acordados socialmente[21].

2.4. La legitimación de los efectos de la pena

Una vez establecido el fundamento de las sanciones penales procede a continuación ocuparse de los efectos sociales a conseguir con las penas[22]. Ciertamente a la conminación, imposición y ejecución de las sanciones penales se les viene atribuyendo virtualidad para producir muy diversas consecuencias sociales. La legitimidad para producir unas u otras derivará de su correspondencia con las decisiones fundamentadoras de la utilización de sanciones penales.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

2.5. Los efectos legítimos de la pena

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

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

comportamientos futuros de la misma o semejante naturaleza que el realizado. El efecto se logra a través de la ejecución de determinadas penas; desde luego la de prisión, pero también mediante las inhabilitaciones y suspensiones, las privaciones de derechos, y las prohibiciones de residencia, aproximación o comunicación, entre otras[24]. En todo caso, son males que sufre el delincuente.

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

La *intimidación* del delincuente: también logra prevenir la comisión de delitos de forma directa, manteniendo su incidencia sobre delincuentes reales por haber cometido previamente un delito. La vía de incidencia seleccionada es la producción de ciertas representaciones mentales en el delincuente, que se constituyen en factores relevantes en futuros procesos motivacionales, de forma que pueden tener efectos refrenantes de decisiones de realizar delitos de la misma naturaleza o de delitos en general. El efecto se causa tanto con la imposición como con la ejecución de la pena: en el primer caso a través de la estigmatización social que supone haber sido condenado, en el segundo caso por el componente aflictivo de cualquier pena[25]. El citado efecto sigue constituyendo un mal para el delincuente, con caracteres de amenaza por actos concluyentes.

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

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

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

motivacionales ya en marcha o futuros, de manera que son susceptibles de frenar la adopción de decisiones delictivas, de la misma naturaleza que la ya tomada y ejecutada por un delincuente real o cualesquiera otras. El efecto se manifiesta en la conminación, imposición y ejecución de la pena: así, en la conminación de la pena se configura como un mero anuncio de diversos males ligados al descubrimiento del delito[26], constituyéndose ese mismo anuncio en un mal para el delincuente potencial, con caracteres de amenaza condicional; a su vez, en la imposición y ejecución de la pena, la efectiva aplicación de los males anunciados sobre el delincuente real constituye un mal para el delincuente potencial, en la forma de una amenaza condicional que se ve reforzada, a través de su materialización en otras personas, en sus notas de seriedad y persistencia.

La *socialización* de posibles delincuentes: con ella se previene la comisión de delitos de manera indirecta, es decir, mediante la prevención de socializaciones defectuosas que pueden llevar fácilmente a la comisión de delitos, y ello se hace sobre ciudadanos de los que puede decirse que tienen una lejana potencialidad delincuencial, en la medida en que no se trata de personas que se estén planteando delinquir pero sí de ciudadanos que, a diferencia de la mayoría social, tienen dificultades para identificar correctamente determinados presupuestos esenciales para la convivencia (bienes jurídicos), y cuya existencia consta a partir de conclusiones fiables de la investigación social. Se incide sobre ellos mediante la producción de representaciones mentales, que en este caso refuerzan o consolidan la interiorización de pautas de comportamiento acordes con el respeto de bienes jurídicopenalmente protegidos, por la vía de reducir los déficits cognitivos y comportamentales relativos a ciertas conductas socialmente inaceptables para la convivencia social básica. El efecto se desenvuelve de una manera equivalente en las tres fases de la sanción penal, la conminación, la imposición y la ejecución, pues en todas ellas el ciudadano percibe que respecto a determinadas conductas se está empleando el modelo de intervención social más enérgico, el control social penal, lo que le motiva, de un modo más o menos consciente, a interiorizar los patrones valorativos contenidos en esas normas para no correr el riesgo de verse confrontado algún día con una pena. Ese funcionamiento del control social penal en ciertos ámbitos constituye un mal en sí mismo para el delincuente potencial lejano[27], pues le crea inseguridad respecto a sus condiciones personales para acomodarse a la ley penal.

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

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

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

prevención frente a la comisión de delitos, pero mediada por la prevención de la desorganización social, es decir, de la pérdida de las pautas sociales básicas de referencia comportamental[28].

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

Con este efecto se incide sobre ciudadanos con capacidad para ser delincuentes, es decir, sobre quienes poseen las condiciones personales para crear daños o riesgos a los bienes jurídicos penales y para ser responsables por ello; se trata de ciudadanos sin potencialidad delincuencial, ya que no muestran un riesgo apreciable de realizar conductas delictivas mientras las consideren como tales; sin embargo, la ausencia de las reacciones propias del control social penal podría suscitar en ellos, bien la decisión de realizar cualesquiera conductas objetivamente delictivas, en la medida en que ya no las sentirían así por estimar que ya no regían los límites a la libertad personal derivados de los deberes de autocontrol asumidos en el contrato social primario[29], bien la decisión de realizar ciertas conductas delictivas, o conductas delictivas en general en determinadas condiciones, ya no consideradas delictivas por haber sacado la errónea conclusión de que han variado algunas concepciones culturales básicas integrantes del contrato social[30].

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

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

---

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

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

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

El efecto se apoya en las tres fases de la pena, la conminación, la imposición y la ejecución, pues el desenvolvimiento de cada fase por su parte, y de todas en su conjunto, constituyen la demostración de que el orden social primario y los elementos que lo integran están vigentes. La connotación negativa de este efecto social se reduce a la limitación de las posibilidades de realización de los comportamiento prohibidos[31], mal que resulta contrarrestado en buena parte por la consecuencia positiva consistente en la recompensa que supone para estos ciudadanos la confirmación de sus creencias. Sólo cuando, superando el contenido negativo aquí asignado, se producen a través de la pena modificaciones de los elementos básicos del orden social vigentes, entramos ya en un efecto social constitutivo de un mal carente de legitimación[32].

Sobre el conjunto de efectos sociopersonales de la pena acabados de legitimar teleológicamente cabe hacer aún las siguientes precisiones[33]:

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

La pretensión de trazar un límite cualitativo entre los efectos intimidatorios, a tener en cuenta en el pretendido *actuar instrumental-racional* o utilitario, y los productores de otras representaciones mentales o de informaciones relevantes, que habrían de tenerse en cuenta en un *actuar valorativo* al que sólo con esfuerzo se le otorga la cualidad de racional, no sólo yerra, a mi juicio, por no dar la debida importancia en el actuar humano en sociedad a los condicionantes expresivos e integradores, sino, sobre todo, porque parte de una visión ingenua del actuar utilitario, propio de concepciones conductistas hace tiempo superadas[34].

– En cuanto a los dos últimos efectos sociopersonales aludidos, cuya vinculación a algunos de los contenidos atribuidos a la prevención general positiva es fácilmente perceptible[35], se ha de reafirmar sucintamente su legiti-

---

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

32 Véase Infra.

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

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

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

midad frente a ciertas objeciones descalificadoras. Así, el empleo de la sanción penal para socializar a colectivos que han interiorizado deficientemente los componentes primarios del orden social constituye una carga social admisible, en la misma linea que la resocialización individual preventivoespecial, y que no ha de tropezar con problemas de legitimación, en especial con el reproche de moralización indebida, mientras se limite a los contenidos mínimos de la convivencia precavedores de la desorganización social, y las representaciones mentales suscitadas coinicidan materialmente con las asumidas por las amplias mayorías sociales conformadoras del orden social básico. Del mismo modo, nada obsta a que la confirmación de las creencias básicas de la mayoría de los ciudadanos sobre la vigencia del orden social primario y sus componentes esenciales pueda configurarse como un efecto social a obtener al final de la escala de intervenciones sociales que venimos describiendo; sólo la pretensión de modificar tales creencias a través de la reacción penal, actuando a contracorriente de los valores ampliamente mayoritarios, o de imposibilitar su evolución espontánea, puede hacer injustificable la utilización de este efecto, de la misma forma que si se coloca este efecto en el primer plano de la intervención penal, que es necesariamente aflictiva[36].

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

Sin embargo, no cabe ignorar que en la base del distanciamiento de importantes sectores doctrinales con los contenidos preventivogenerales positivos se encuentra el convencimiento de que los efectos psicológicosociales están necesariamente vinculados a la satisfacción de demandas irracionales de la sociedad[38]. Con ello, ante todo, se mezclan dos planos que deberían estar claramente diferenciados: una cosa es la aceptación de la teoría de ori-

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

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

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

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

gen psicoanalítico que defiende que la reacción penal está profundamente condicionada por las exigencias punitivas que surgen en los ciudadanos de orden tras constatar su indebida identificación con el delincuente y la consecuente necesidad que sienten de calmar sus sentimientos de culpabilidad a través de la pena a imponer a los delincuentes[39], y otra bien distinta estimar que cualquier aprovechamiento mediante la reacción penal de mecanismos de psicología social se enmarcará inevitablemente en ese contexto[40]. En realidad, el rechazo de los efectos psicológicosociales encubre en un gran número de casos enfoques expertos o elitistas, que aspiran a determinar los contenidos del derecho penal al margen de cuáles sean las convicciones sociales mayoritarias al respecto, las cuales son tachadas en todo momento de irracionales e incapaces de lograr consensos sociales basados en un análisis consciente y fundado de las exigencias sociales de cada momento histórico y cultural[41]. Ahora bien, al igual que la concreción del catálogo de bienes jurídicos esenciales para la convivencia o la configuración del sistema de responsabilidad precisan ineludiblemente del soporte de las convicciones generales, los fines a obtener con la pena deben configurarse atendiendo a las demandas sociales y contando con las reacciones psicológico sociales que la intervención penal va a suscitar en la población, sin que unas y otras deban descalificarse sistemáticamente por estar pretendidamente conectadas a fenómenos irracionales inconscientes[42].

– Por último, conviene destacar que el contenido negativo de la pena va progresivamente reduciéndose a medida que nos alejamos del delincuente real y que, correlativamente, la intensidad de la modalidad y contenido de la intervención disminuye, hasta llegar a un punto en el que la reacción del control social penal empieza a apuntar los caracteres de una recompensa en lugar de una sanción[43].

---

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

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

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

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

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

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

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

En la misma línea argumentativa opera el hecho de que, desde el punto de vista de las personas sobre las que inciden, los efectos sociopersonales estudiados pueden tener un carácter acumulativo en una sola dirección, aquella que va desde el delincuente real al ciudadano con capacidad para ser delincuente, pero no a la inversa[44].

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

Por lo demás, la pena que se impone y ejecuta en el delincuente real debe poder justificarse en todo momento por los efectos que directamente se pretenden obtener en él, sin que los fines sociales a obtener en los que no han delinquido pueda condicionar su aplicación. Ciertamente, y como hemos visto, los efectos a obtener sobre el delincuente real no se reducen a su resocialización, sino que abarcan igualmente su inocuización e intimidación individual[45], pero en cualquier caso los principios que orientan y las posibilidades que ofrecen la individualización judicial y penitenciaria de la pena han de estar orientados a garantizar tal justificación. Sólo el principio de proporcionalidad, encargado de asegurar la coherencia de la pena con sus dos primeros fundamentos, aquí, con la importancia de la afección al bien jurídico y con la intensidad de la responsabilidad del autor, podrá establecer límites a esa adecuación de la imposición y ejecución de la pena a los efectos sociales pretendidos sobre el delincuente real.

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

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

3. SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL SIMBÓLICO

3.1. Los conceptos de derecho penal simbólico y su crítica

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

Para unos lo decisivo es el mantenimiento de la intervención penal pese a que ya no son alcanzables los efectos instrumentales, pero se simula o se parte de la ilusión de que sí lo son, para así persistir en la consecución de los efectos simbólicos. En este enfoque pasa a primer plano el *engaño* consistente en que se aparenta perseguir unos fines distintos de los efectivamente perseguidos o, si se quiere, la *ficción* de que se cumplen unas funciones, las manifiestas, cuando las que se satisfacen son otras, las latentes. En cualquier caso se daría lugar al fenómeno del doble lenguaje[46].

Para otros, por el contrario, lo decisivo es la desnaturalización de la intervención penal que conlleva, dada la falta de legitimación de todos o la mayor parte de los efectos simbólicos. De ahí que centre la atención el protagonismo de tales efectos simbólicos en la correspondiente intervención penal[47].

A mi juicio, el fenómeno del derecho penal simbólico no se puede entender como un problema de desajuste entre los efectos que se pretenden (fin) o se creen (función) conseguir, y los que realmente se pretenden u obtienen. Pues el cuestionamiento del derecho penal simbólico no nace de la pretensión de garantizar la *coherencia* entre los programas de decisión, por lo general legislativos, y los resultados logrados[48], sino de las dudas sobre la legitimidad

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

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

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

de la producción de ciertos efectos sociopersonales. Hasta el punto de que si una intervención penal produce efectos que previenen comportamientos lesivos de bienes jurídicos, no se la descalificará como «simbólica» por más que ese efecto o efectos producidos no se hubieran querido o previsto[49]. El énfasis en el engaño o en la ficción supone, en el mejor de los casos, fijarse en lo adjetivo y no en lo sustantivo.

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

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

3.2. La caracterización del derecho penal simbólico

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

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

En cualquier caso, la idea del desequilibrio entre efectos legítimos e ilegítimos antes desechada tiene un epígono a considerar: Con el derecho penal simbólico estamos ante un concepto gradual[50], por lo que su empleo para describir una intervención penal alude a un sustancial desplazamiento de ésta hacia la producción de efectos con las carencias acabadas de mencionar, sin

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

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

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

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

De este modo, podremos discrepar respecto a cuándo una intervención penal merece ser calificada como simbólica, pero en cualquier caso la discusión no debe abandonar el plano utilitario, esto es, debe girar sobre cuándo el empleo de la sanción penal descansa de forma relevante sobre efectos sociopersonales innecesarios a partir del principio teleológico legitimador de la sanción penal. Secundaria es la pérdida de la coherencia entre lo querido o previsto y lo realmente buscado u obtenido, y a otro lugar pertenece la cuestión de si los efectos sociopersonales implicados resultan inaceptables desde el punto de vista de los restantes principios, no utilitarios, legitimadores de la pena, como el de proporcionalidad y el de humanidad de las penas[51].

4. LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

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

4.1. En función del objetivo satisfecho

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

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

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

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

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

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

En este último tipo de leyes se produce con frecuencia un fenómeno inverso, también presente en mayor o menor medida en otras modalidades, en virtud del cual se renuncia a despenalizar determinados comportamientos, cuya necesidad de prevención jurídicopenal ya no existe o es muy discutible, con el argumento, en este caso, de que la derogación de tales preceptos produciría el efecto indeseado de que la sociedad consideraría a tales conductas a partir de ese momento socialmente correctas. Ello estuvo en los años 70 y 80 en el centro de la polémica sobre la derogación de los delitos de adulterio, escándalo público o juegos ilícitos, y es sin duda uno de los efectos cuya posible producción condiciona las actuales decisiones legislativas que persisten en incluir el cannabis entre las sustancias objeto de los delitos relativos a drogas, o que ha llevado a mantener la punición, casi sólo nominal, de la cooperación necesaria a la eutanasia del art. 143.4[52].

Las leyes *principialistas*, que manifiestan primordialmente la validez de ciertos principios de convivencia. Es el caso del delito de negación de hechos históricos del art. 607.2 de nuestro código, con el que se cierra el paso a cualquier cuestionamiento de ciertos datos e interpretaciones históricos sobre los que se ha edificado en buena parte el valor superior de la igualdad en nuestro ordenamiento[53].

Las leyes de *compromiso*, cuyo papel más significativo es el de mostrar a las fuerzas políticas que las han impulsado el respeto de los acuerdos alcanzados. Un buen ejemplo es el art. 78 del código, en la medida en que el párrafo segundo, a partir del último inciso del párrafo primero, permite neutralizar la decisión inicial de computar íntegramente las penas a efecto de beneficios penitenciarios[54].

---

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

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

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

54 Véase otro ejemplo al hablar de las leyes imperfectas.

Pero estos efectos también se consiguen en la fase de imposición de la pena: por ejemplo, mediante decisiones judiciales atentas especialmente a mostrar su identificación con las preocupaciones ciudadanas, como sería el caso de la jurisidicción penal española que, acusada en numerosas ocasiones de escasa sensibilidad hacia las agresiones sexuales, ha desarrollado una jurisprudencia que tiende a conformarse demasiado rápidamente con el mero testimonio de la víctima para condenar por agresiones sexuales con acceso carnal[55].

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

4.2. En función de las personas primordialmente afectadas

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

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

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

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

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

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

Leyes *imperfectas*, que no prevén sanciones o su aplicación es técnicamente imposible. Al primer supuesto pertenecía el delito de atentado impropio del viejo art. 231.1°, que carecía de previsión penal, y en la actualidad la calificación como delictiva de la apología en el art. 18.1 p. 2, pese a que sólo es punible si constituye una provocación[56].

4.3. En función del contenido de los efectos sociales producidos

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

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

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

Las leyes *activistas*, con las que se suscita en la sociedad la confianza de que se está haciendo algo frente a problemas irresueltos. Así sucede con la creación del delito de impago de pensiones familiares del art. 227, en un contexto de incapacidad para ejecutar las decisiones civiles[57], o con los delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 y ss., dentro de una actividad administrativa a cuya discrecionalidad progresiva no se desea poner coto[58].

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

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

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

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

automovilísticos surgidos de apuestas de conducción a contramano en las autovías de salida de Madrid[59].

Las leyes *promotoras*, cuyo efecto habría de ser la modificación de determinadas actitudes sociales ante ciertos problemas sociales. Es el caso del delito de usurpación de inmuebles del art. 245.2, de algunas conductas incluidas entre los delitos relativos a la flora y la fauna de los arts. 332 y ss.[60], o de la inclusión de los malos tratos psíquicos entre los supuestos de violencia doméstica del art. 153[61].

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

Efectos de naturaleza similar se pueden producir en la fase de imposición y ejecución de la pena: sin duda, un efecto apaciguador de reacciones emocionales sociales, a la par que demostrativo de la capacidad coactiva en general de los poderes públicos[62], es el abuso jurisdiccional, en la fase de imposición de la pena, del concepto de «alarma social» del art. .....de LECrim para decretar prisiones preventivas, si es que ya no es acreedora del calificativo de simbólica la misma previsión legal.

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

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

---

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

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

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

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

Por un lado, no se puede reservar el calificativo exclusivamente para esas intervenciones penales de las que no se puede decir que prevengan comportamientos delictivos, sino que el adjetivo debe extenderse también a aquellas que ciertamente previenen comportamientos delictivos pero concentrando su atención en los objetos personales menos significativos, o que, aun respetando asimismo este último requisito, producen efectos con un contenido innecesario para garantizar el control social penal[63].

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

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

5.1. La naturalización de los efectos expresivo-integradores

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

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

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

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

5.2. La discriminación entre los efectos expresivo-integradores

Es urgente, no obstante, desarrollar criterios que, desde perspectivas puramente utilitarias[64], permitan discriminar entre unos efectos expresivo-integradores y otros. Como he tenido ocasión de señalar en el apartado 4, los argumentos político-criminales que fundamentan el uso de la pena deben ser los puntos de referencia fundamentales.

Si ha de tener un claro predominio el objetivo de proteger los elementos esenciales para la convivencia (bienes jurídicos) a través de la prevención de los comportamientos que los lesionan o los ponen en peligro, han de quedar fuera cualesquiera pretensiones de utilizar el derecho penal para reforzar el consenso social en general[65]. Especialmente sospechosas y necesitadas de verificación serán aquellas intervenciones penales que creen o incrementen de forma patente una imagen positiva del legislador o del resto de los operadores penales, o las que sean consecutivas a campañas mediáticas o de grupos de presión sucedidas poco tiempo antes sobre el mismo objeto de la intervención penal, o que causen la impresión de que persiguen objetivos distintos a los declarados.

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

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

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

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

5.3. Instrumentos técnicos de verificación

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

Desde luego las más llamativas, por su mayor trascendencia en la problemática que tratamos, se dan en el campo de las decisiones legislativas, ayunas de una teoría y técnica de la legislación penales en las que inspirarse. De nuevo surge un problema que nos pone de manifiesto la necesidad de consolidar un procedimiento material, y no sólo jurídico-formal, de elaboración de las decisiones legislativas penales que permita deslegitimarlas, con su correspondiente declaración de invalidez, si no cumplen determinadas exigencias relativas a su correspondencia con las realidades y necesidades sociales tal como éstas son accesibles a la investigación social[66]. En nuestro caso ello sucedería si se incumplieran los precedentes criterios de justificación de la producción de efectos expresivo-integradores.

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

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

¿QUÉ JUSTIFICACIÓN PARA LA PENA? LAS MODERNAS INSTANCIAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL ENTRE CRISIS DE LOS PARADIGMAS PREVENTIVOS Y DESENCANTOS CIENTÍFICOS

Prof. Dr. Fausto Giunta*
Universidad de Florencia

1. El tema de la «justificación de la pena» pone en correlación entre sí dos importantes capítulos del derecho penal moderno: el primero relativo a los procesos de selección de los delitos y, más en particular, a los objetivos de tutela; el otro concerniente a los instrumentos sancionatorios utilizables para la persecución de tales objetivos. Como es obvio, se trata de dos aspectos complementarios entre sí, que confluyen en la valoración, sustancialmente unitaria, de los objetivos de la intervención punitiva considerados en abstracto, es decir con referencia a las singulares elecciones de criminalización efectuadas por el legislador, y más concretamente, en relación con la función de la respuesta sancionadora pronunciada por el juez. Es evidente por lo demás que afrontar dichos dos aspectos de la cuestión de su «justificación» equivale a privilegiar –pero también a verificar– las potencialidades de una perspectiva del problema penal que aspire a ser racional.

1.1. Este último punto merece una breve aclaración preliminar. De modo más preciso: el ideal de racionalidad que gobierna la justificación de la pena no puede consistir en una racionalidad por así decir abstracta, es decir, que se resuelve en la coherencia de las deducciones respecto a algunas premisas que se asumen como verdaderas. Las concepciones absolutas de la pena, por ejemplo, eran ciertamente coherentes respecto a los postulados metajurídicos de justicia retributiva de los cuales éstas emanaban. No en vano su racionalidad quedaba invalidada precisamente por el hecho de sustraer tales premisas a cualquier pretensión demostrativa y, por otro lado, por la incapacidad de explicar las razones de la imposición de la pena[1]. Hoy, ante la crisis de la pena, nadie propone de nuevo una reedición de las teorías absolutas. Aún así, el peligro de una fuga de la perspectiva racional al fundamento de la pena no ha quedado ciertamente conjurado. Resulta preciso, de hecho, prevenirse del riesgo de que, a través de un debate sobre la justificación de la pena, la doctrina termine –como ya ocurrió en el pasado, en especial bajo el dominio de las

* Trad. RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Ángel. UCLM.

1 Entre lo último, v. también K. LÜDERSSEN, *L'irrazionale nel diritto penale*, en *Logos dell'essere, logos della norma*, a cargo de L. Lombardi Vallauri, Bari, 1999, p. 1554.

concepciones absolutas– por justificar un espacio suyo de interlocución autónomo, por encima de todo, y, en definitiva, a ella misma, dejando que el Derecho penal se autolegitime en cuanto expresión del puro ejercicio del poder.

Es un dato que debe hacer reflexionar el de la distancia, sino incluso fractura, que separa la orientación prevalente de la doctrina penalista internacional –posicionada a favor del principio de *extrema ratio*[2], cuando no declaradamente favorable al minimalismo punitivo[3]– y el desarrollo constante del Derecho penal hacia nuevos sectores que hasta ayer mismo eran extraños a su área de intervención. Evidentemente el legislador es menos sensible a los reproches de la ciencia penal que al impulso hacia una ulterior criminalización, en la supuesta o real convicción de que ésta última quede avalada por el consenso social o sea útil para catalizarlo[4]. Tanto más si la perspectiva es aquella de reabrir (o, más optimistamente, de no cerrar) el diálogo con aquel artífice de la política criminal que es el legislador, entonces la racionalidad a la cual debe hacer apelación el estudioso de ciencias sociales en el intentar una justificación de la pena no puede sino ser una racionalidad orientada hacia un ideal de justicia social y dispuesta a mesurarse con objetivos realizables en los tiempos actuales.

Bajo ésta óptica, la perspectiva ilustrada de la justificación de la pena, si bien afectada de un exceso de confianza sobre la posibilidad de orientar racionalmente la dinámica de la punición, mantiene un importante valor metodológico de fondo, en la medida en la que atribuye a la intervención punitiva una dimensión instrumental[5], que puede ser apreciada solamente a través de una constante dialéctica entre costes y beneficios: es decir en coherencia con una concepción de la pena que, en sus desarrollos sucesivos, se ha adherido al paradigma preventivo y a la idea del objetivo[6]. Para resultar racional, por

2 Limitándome aquí a la manualística italiana v. por todos G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale,* 3 ed., Bologna, 1995, p. 28 s.; en Alemania, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,,* 3 ed., München, 1997, p. 25 s.; en España F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General,* 3 ed., Valencia, 1998, p. 81.

3 Cfr. W. HASSEMER, «Spunti per una discussione sul tema «Bene giuridico e riforma della parte speciale», en *Bene giuridico e riforma della parte speciale,* a cargo de A. Stile, Napoli, 1985, p. 367 s. Ampiamente L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo,* 3 ed., Bari, 1996, p. 325 y, recientemente, «Quattro proposte di riforma delle pene en Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela», *Quaderni di «Questione Giustizia»,* a cargo de G. Borrè e G. Palombarini, Milano, 1998, p. 38 s. V. anche A. BARATTA, «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale», en *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo,* ed. A. Baratta, 1985, p. 443 s.

4 Sobre el paso del Derecho penal como «normativización del conflicto» al Derecho penal como «normativización del consenso», v. C. E. PALIERO, «Consenso sociale e diritto penale», en *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1992, p. 866.

5 Se reenvía aquí a las claras afirmaciones de C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene,* a cargo de P. Calamandrei, Firenze, 1965, p. 169 s.

6 V. fundamentalmente F. von LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht,* Berlin, 1905, trad it., *Teoria dello scopo nel diritto penale,* a cargo de A.A. Calvi, Milano, 1962, p. 51 s. Para una amplia recapitulación, v. entre los autores italianos L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena,* Napoli, 1984, p. 6 e passim.

lo tanto, la «justificación de la pena» debe desarrollarse dentro de las coordenadas de una visión, no sólo secularizada, si no también historiada de la intervención punitiva, que parta de la constatación de la pena como realidad hasta hoy incontestable y que, sin enfatizar la irrenunciabilidad de la pena detentiva, tome conciencia del necesario recurso a la cárcel para una significativa porción de ilícitos penales.

Si se comparten estas consideraciones, es verdaderamente difícil reconducir, en el cauce de un debate sobre la justificación racional de la pena, aquellas tesis radicalmente abolicionistas[7]. Y por otro lado, especialmente en el contexto de democracias consolidadas como aquellas de la Europa de hoy día, tales tesis no llegan a confirmar su presupuesto de partida: es decir la profunda injusticia de la pena como expresión de un orden social igualmente discriminatorio y tal como para hacer entender que la renuncia estatal al control del conflicto social (*id est* su gestión directamente por el cuerpo social) no podría llevar a una injusticia mayor. Pero análogas consideraciones merece también la perspectiva de la transacción entre reo y víctima, la también denominada mediación penal[8]. Aunque, como demuestra también en Italia la experiencia legislativa reciente, esté dotada de potencialidades aplicativas concretas, ésta arriesga con constituir la otra cara del abolicionismo, donde la idea de la mediación venga generalizada hasta llevarla más allá de la lógica de la punición.

En pocas palabras: también cuando vienen presentadas como meras provocaciones culturales, tales planteamientos pueden servir para animar el debate (que, por lo demás, no languidece), pero al precio de cerrar la reflexión sobre la legitimidad de la pena en el interior de una confrontación doctrinal autoreferencial.

1.2. Como se anticipaba, sobre la base de las enseñanzas ilustradas, el así llamado Derecho penal clásico ha dotado al problema de la justificación de la pena de una impostacion metodológica de estampa racionalista que puede servir de base para la revisión de la temática. Pues bien, a partir de tal plantea-

7 V. especialmente: T. MATHIESEN, *Die Politics of Abolition,* Oslo, 1974, *passim*; N. CHRISTIE, *Limits to Pain,* Oxford, 1981, trad. it. de G. Urzì *Abolire la pena? Il paradosso del sistema penale,* Torino, 1985, *passim;* L. HULSMAN, *Abolire il sistema penale?,* entrevista en *Dei delitti e delle pene,* 1983, p. 71 s.; S. SCHEERER, «Die abolitionistiche Perspektive», en *Kriminologisches Journal,* 1984, p. 91 s. Entre lo recientemente, v. también las aperturas de K. LÜDERSSEN, *L'irrazionale,* cit., 1158, spec. nota 11.

8 En la vasta literatura, v. en términos generales L. EUSEBI, «Dibattiti sulle teorie della pena e 'mediazione'», en *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1997, p. 811 s.; Recientemente para un uso de la mediación circunscrito a determinadas tipologías de delito, v. M. BOUCHARD, «La mediazione: una terza via per la giustizia penale?» en *Il sistema penale,* cit., p. 161 s. En relación a concretas aplicaciones del la idea de la mediación, v.: *La mediazione nel sistema penale minorile,* a cargo de L. Picotti, Padova, 1998; G. SCARDACCIONE, A. BALDRY, M. SCALI, *La mediazione penale. Ipotesi di intervento nella giustizia minorile,* Milano,1998; *Mediazione, conciliazione, riparazione. Giustizia penale e sapere psicoanalitico,* a cargo de C. e R. Brutti, Torino, 1999. En la literatura extranjera: J. FAGET, *La médiation. Essai de politique pénal,* Ramonville Saint-Agne, 1997, passim.

miento, la correlación entre objetivos de tutela e instrumentos sancionatorios opera sobre planos distintos. Como es sabido, de hecho, la individuación del objetivo de tutela encarna una opción político-criminal que va efectuada sobre la base del parámetro del merecimiento de pena, o lo que es lo mismo, en términos de valor; en cuanto a la elección del instrumento sancionador idóneo al objetivo de tutela, ésta se funda sobre la base de parámetros de eficacia, que pretenden una perspectiva científica del tema[9], o lo que es lo mismo, la verificabilidad de las potencialidades preventivas de la pena.

Confirman esto los desarrollos más recientes de tales impostaciones, que, como es sabido, ponen en correlación la significatividad del bien jurídico (principio de proporción) con la indisponibilidad de instrumentos de tutela alternativos a la pena e igualmente eficaces (principio de subsidiariedad)[10], desde la premisa de que no sólo la pena, sino también las otras técnicas de tutela puedan ser mesurables (y por lo tanto comparables) en términos de eficacia preventiva.

El problema de la legitimación de la pena viene puesto, por lo tanto, en una perspectiva de contención de la intervención penal, como confirma, más allá de todo, la entendida inexistencia de un deber de tutela penal hacia los bienes jurídicos significativos[11]. Por su parte, la ciencia penal, en el verificar si las elecciones de penalización realizadas sean más o menos legítimas, aspiraría a asumir una función de control racional del uso que el poder político hace del Derecho penal, ofreciendo al cuerpo social una garantía de «cualidad» añadida respecto a aquella por así decir «cuantitativa» de la reserva de ley, como mera expresión del dominio de la mayoría y de la dimensión política del Derecho penal.

2. En el proceder a una verificación de esta difundida impostación, se ha de observar que, como primer baluarte justificativo de la pena, el principio de proporción llama inmediatamente la atención sobre una importante pregunta de fondo. Nos debemos preguntar, de hecho, si, y en que medida, el Derecho penal moderno se desarrolla en torno a la tutela de los bienes jurídicos. La cuestión no queda planteada únicamente a nivel teórico, es decir tomando cuenta exclusivamente de las enunciaciones doctrinales; ésta debe afrontarse sobre todo a la luz del efectivo desarrollo legislativo del Derecho penal contemporáneo. En particular quedan aquí de relieve algunos conocidos fenómenos que, si

9 En terminos generales, v. H.L. PACKER, *I limiti della sanzione penale*, Standford, 1968, trad. it. de F. Ferracuti, M. Ferracuti Garutti, e G. Scardaccione, Milano, 1978, p. 67. Más analíticamente, v. W. HASSEMER, *La prevenzione nel diritto penale*, en *Dei delitti e delle pene*, 1986, p. 339 s. En la doctrina italiana, cfr. también L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 198 s.

10 En nuestra manualística, v.: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 28 s.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 5 ed., Milano, 1995, p. 112 s. En Alemania, W. NAUCKE, *Strfrecht. Eine Einführung*, 7 ed., Neuwied, Kriftel, Berlin, 1995, p. 39; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 25.

11 En esta tema, v. F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 194.

bien en distinta medida, se han verificado en muchos ordenamientos: piénsese en la legislación simbólica[12], donde a la vacuidad del precepto le corresponde el carácter, por lo demás virtual, de las penas así conminadas y, sobre todo, en la anticipación de la tutela penal, que es ya la verdadera y principal característica del Derecho penal denominado moderno[13]. A propósito de esto último, en particular, asume la máxima relevancia la tendencia a la valorización legislativa del delito de peligro abstracto, cual modelo de tutela de intereses supraindividuales connotados de una siempre mayor importancia (se piense, por ejemplo, en el ambiente, la economía publica, la seguridad en el trabajo, etcétera). Pues bien, ¿cuál es, en estos casos, el fundamento justificativo de la previsión de pena?

2.1. La cuestión merece ser abordada despejando antes el campo de posibles distorsiones de nuestra perspectiva: primero de todas aquellas que radicalicen la difundida enseñanza, según la cual, la prevalencia de los delitos de peligro, puestos a tutela de intereses supraindividuales, sea el quid de la modernidad en el Derecho penal[14]. Ahora bien, es irrefutable que el modelo del delito ofensivo de bienes individuales ha sido el terreno normativo privilegiado en el cual, en el momento de las primeras codificaciones penales, se ha procedido a la extracción de las categorías destinadas a fraguar la «parte general». Si se observa las legislaciones de tipo ochocentesco, sin embargo, aparece igualmente evidente como ello no constituye el tipo de ilícito de más frecuente utilización legislativa. Pensándolo bien, incluso los delitos ofensivos de bienes individuales constituían una minoría de los ilícitos frente a la apabullante prevalencia de tipos de peligro ofensivos de bienes institucionales o sociales; de bienes, es decir, reconducibles bien al estado-aparato, bien al estado-comunidad. No obstante –y éste es el punto– se trataba de delitos de peligro, cuya razón de ser andaba buscada en el tipo de bien jurídico que permanecía en el fondo de la tutela. Por sus intrínsecas características, de hecho, ello se prestaba a ser objeto de una puesta en peligro, resultando refractario, en cambio, a una tutela centrada sobre la lesión: o porque la valoración de su efectiva ofensa parecía de difícil apreciación (piénsese en los delitos contra el sentimiento religioso y la moralidad pública); o porque su efectiva destrucción determinaba macro-eventos cuya importancia histórica está destinada a sobrepasar a aquella social, hasta el punto de vanalizar la respuesta penal (piénsese en los delitos

12 Para una amplia recapitulación, v. J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en *Atti* de este Convenio.

13 Cfr. W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2 ed., München, 1990, p. 274 s. En la doctrina italiana, v. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, p. 22 s. En términos generales, para una recapitulación de los caracteres que distinguen el Derecho penal clásico del Derecho penal moderno, v. C.E. PALIERO, «L'autunno del patriarca», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1226 s.

14 Para una nueva redimensión de este lugar común, en referencia al Código Rocco, v. G. FIANDACA, E. MUSCO, «Perdita di legittimazione del diritto penale?», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 26 s.

contra la economía nacional); o, en fin, porque la represión de la ofensa al bien tutelado se hubiera mostrado inútil bajo la perspectiva preventiva o incluso sobre todo imposible (la referencia es a aquellas hipótesis de delito que constituyen el subvertimiento de la base politico-institucional).

Pues bien, no hay duda de que, de forma paralela al desarrollo tecnológico, la modernización del Derecho penal ha llevado a un ulterior incremento de los delitos denominados formales, reconducibles a la categoría de los delitos de peligro abstracto y presunto. Se trata sin embargo –y esta es la novedad– de tipos que, en gran medida, ponen en el centro de la tutela penal bienes jurídicos intermedios, como, sobre todo, las funciones administrativas de control[15]. La novedad del fenómeno reside en la tutela de bienes instrumentales supraindividuales dirigida a la tutela de un bien supraindividual final. Se deriva de ello que la gravedad de tales delitos puede resultar incluso exigua, especialmente en los casos en los cuales la agresión del bien instrumental, tipificada por la norma incriminadora, no puede considerarse peligrosa para el bien final, ni siquiera de modo presuntivo. Tipos delictivos así construidos, por lo tanto, bien podrían ser degradados a ilícitos administrativos[16], como demuestra, por lo demás, la reciente experiencia legislativa italiana en materia de ambiente.

La impresión general que se toma del crecimiento de estos supuestos de hecho es que una concepción del Derecho penal como instrumento de control social haya perdido la superioridad sobre la concepción «clásica» del Derecho penal como instrumento de conservación de los bienes jurídicos[17]. A decir verdad, de los dos parámetros comúnmente puestos como fundamento de la intervención penal, es decir, el criterio de la proporción y el de la subsidiariedad, parte de la legislación penal parece privilegiar el segundo, que, empleado de forma exclusiva, lleva al legislador a la incriminación de una clase de comportamientos no directamente reconducibles a la lesión del bien jurídico, pero cuya represión penal aparece en cualquier caso útil para el sostenimiento complexivo del sistema.

---

15 En referencia a la materia económica, v. per tutti C. PEDRAZZI, «Società commerciali (disciplina penale)», en *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, 1997, p. 348 s., que individua en las denominadas instituciones societarias el interés inmediatamente agredido por los delitos societarios, como la veracidad de la información societaria, el capital social, el patrimonio social, el regular funcionamiento de los organos sociales y el mercado financiero. En referencia a la materia ambiental, v. si se desea F. GIUNTA, «Il diritto penale dell'ambiente: tutela di beni o tutela di funzioni?», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1110 s. En Alemania, v. también: W. NAUCKE, «Schwerpunktverlagerungen im Strfrecht», en *KritV*, 1993, p. 135 s.; W. HASSAMER, «Bilder vom Strafrecht», en *Festschrift Jäger, Frankfurt am Main*, 1993, p. 235 s.

16 Para un cuadro de los posibles ámbitos de despenalización de los ilícitos ambientales, cfr. entre lo último A. BERNARDI, *Tutela dell'ambiente e diritto penale minimo*, en curso de publicación.

17 Por todos K. LÜDERSSEN, «Alternativen zum Strafen», en *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 492.

Sí, es verdad que, en relación a los «modernos» delitos de «inobservancia», como última evolución de los *Pflichtdelikte*[18], la función crítica tradicionalmente confiada al bien jurídico resulta notablemente atenuada, es menester preguntarse si el uso de la sanción penal como instrumento que presida la actividad administrativa de control se coloca más allá de toda lógica de justificación racional.

Y no solo eso: puesto que tales tipos afectan muy especialmente a la criminalidad de empresa, corresponde verificar si, y cómo, éstos, aún estando inspirados en la lógica del control social, persiguen, al menos, la igualdad social alcanzando penalmente el comportamiento criminal de sujetos pertenecientes a los estratos sociales elevados. Este último requisito puede sonar a primera vista retórico, dado que, también en las evolucionadas democracias europeas, el efecto visible de la intervención penal es aquel de golpear más duramente a los estratos de la población en condiciones de marginación social, de tal modo que la pena se muestra sobre todo como instrumento de una ulterior marginación. Para convencerse, baste observar la población carcelaria: se tiene la impresión de que la intervención penal –que en lo abstracto se dilata cada vez más, en nombre de la justicia social, para enfrentar a la criminalidad de la clase social ciertamente no desamparada– manifiesta en concreto, y por encima de todo, su virtualidad represiva respecto a su tradicional sector de usuarios que, como se pone de manifiesto comúnmente[19], está constituido por los estratos débiles de la población.

2.2. Para intentar dar una respuesta a tales interrogantes, no puede ciertamente sostenerse que la anticipación de la punibilidad, realizada a través de los delitos de peligro, se justifique con la necesidad de desmotivar el proseguimiento de la hipotética conducta ilícita ya emprendida y proyectada hacia ulteriores y más graves desarrollos ofensivos. Es preciso reconocer que, por otro lado, esta explicación de la utilidad de los supuestos de hecho de peligro abstracto parte de una descripción de la eficacia disuasiva de la pena, que no se muestra realista por toda una pluralidad de razones.

Ella, de hecho, parte de la más general convicción de que los comportamientos humanos son orientables directamente por la norma penal, a través de la representación de los mayores costes penales de la acción respecto a los beneficios perseguidos por el agente. Procediendo de esta manera, sin embargo, tal impostación sobrevalora la fuerza de condicionamiento que la norma penal puede ejercer en el proceso de motivación psicológica de las concretas conductas humanas, dado que presupone lo cognoscible –si no incluso la con-

18 Sobre esta categoría v. fundamentalmente C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherschaft*, 5 ed., Berlin, New York, 1990, p. 352 s.

19 En términos generales cfr. M. PAVARINI, «Lo scopo della pena», en *Introduzione al sistema penale*, I, ed. G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, Torino, 1997, p. 292.

ciencia efectiva– de un imponente flujo de leyes, y por otro lado, entiende un modelo de racionalidad humana cercano a una suerte de *homo oeconomicus*, que siguiendo un método racional adecua en cada momento su propio comportamiento a la premisa ordinamental, por miedo al castigo[20]. Pero eso no es todo: ¿si la pena (supuestamente más severa) prevista para la lesión del bien jurídico no desmotiva del emprender la conducta, porque entonces debería desmotivarla la pena (menos severa) conminada por el delito de peligro? Frente a esta pregunta la perspectiva justificativa tradicional, fundamentada sobre la contra-motivación psicológica, no ayuda a encontrar una respuesta satisfactoria, especialmente si se considera que muchos de estos delitos-obstáculo, más allá de ser previstos en la forma culposa, y por lo tanto también en la hipótesis de realización involuntaria, son penados de modo talmente tenue que es verosímil que la pena no será siquiera cumplida por el reo, por la operatividad –y aquí se hace referencia a la realidad italiana, pero el discurso puede ser adaptado a otras realidades normativas– de los distintos mecanismos de nulificación de la pena en concreto.

No queda, entonces, sino explicar distintamente la razón de ser del crecimiento imponente de los delitos de peligro abstracto.

Así pues, se pueden esbozar dos áreas de intervención penal diferenciadas entre sí. La primera se refiere a los casos en los cuales los bienes instrumentales tutelados por los delitos de peligro sean efectivamente reconducibles a la lógica de una tutela anticipada del bien final, como se da por ejemplo en el ámbito de algunos ilícitos ambientales, donde el dato criminológico del carácter serial de los comportamientos incriminados explica en términos de plausibilidad su potencialidad lesiva. Aquí la elección de penalización viene fundada sobre todo sobre el terreno del merecimiento de pena y sucesivamente acreditada sobre la base de un juicio de subsidiariedad, el cual, sin embargo, está inclinado ya desde el inicio a favor de la pena ante la eficacia discontínua de la sanción administrativa, cuya efectividad varía en razón de la eficiencia represiva de la administración pública competente[21]. Especialmente, de forma reciente, este tipo de recurso a la pena parece cambiar de función todavía de nuevo, mostrando una nueva instrumentalidad hacia el objetivo de impulsar al sujeto considerado culpable de la violación al restablecimiento del *status quo*, reconectando a las conductas reparadoras una eficacia extintiva de

20 Con variedad de argomentos, para una crítica a la tesis de la desvaloración como cálculo racional, entre otros: W. HASSEMER, *Einführung*, cit., p. 312 s.; G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2 ed., Berlin, New York, 1991, p. 21.

21 En relación con la incidencia que puede tener sobre la efectividad de la sanción administrativa la elección legislativa de la autoridad competente para imponerla, v. recientemente C.E. PALIERO, «Le alternative alla tutela penale: l'illecito amministrativo», en *Il sistema penale*, cit., p. 73 s.

la pretensión punitiva[22]. Sobre todo en esta última perspectiva, el recurso a la conminación de la pena se mantiene por lo tanto en los límites de una aceptable justificación político-criminal.

Bien diversa es la segunda perspectiva desde la que el legislador recurre a la anticipación de la tutela penal. Aquí la función del supuesto de hecho de peligro se toma, por lo demás, sobre el concreto campo del proceso penal, dado que éste consiente a la acusación pública de poner en marcha una investigación dirigida a la determinación de los supuestos delitos más graves y sobre todo de emitir medidas cautelares (también, si no sobre todo, de naturaleza real), que pueden obstaculizar objetivamente las conductas dirigidas a la lesión del bien jurídico. Con relación a tales supuestos de hecho, por lo tanto, la penalidad va buscada en lo interno del proceso, en el sentido de que es el proceso en si, y no su epílogo en términos de condena, el que viene a constituir la pena. A partir de tal precisación se divisa un catálogo de penas verdaderamente variado: se va de las sanciones tipificadas por el legislador como medidas cautelares, pero que de hecho serán la única respuesta punitiva infligida, a aquellas atípicas de naturaleza por lo demás escarniante, conexas a la publicación mediática del proceso y de las medidas cautelares aplicadas, que parece ser el más significativo reflejo estigmatizante que le ha quedado a la pena[23].

En pocas palabras: a través de los delitos de peligro, que son previstos de manera especialmente señalada sobre el terreno de la criminalidad económica, es decir en el ámbito de una criminalidad de sujetos socialmente integrados, se pasa de la lógica de la tutela del bien jurídico a aquella de la gestión procesal del conflicto social. El sistema parece recuperar así una propia y perversa racionalidad: independientemente de la verificación de si tales delito-obstáculo se justifiquen sobre el terreno del merecimiento de pena, la elección de anticipar la tutela se decide sobre la base del parámetro de la subsidiariedad, o lo que es lo mismo sobre el plano de la mayor eficacia, sea de las sanciones endoprocesales, sea de aquellas perjudiciales al honor, respecto a las sanciones administrativas cuya eficacia –se ha señalado ya– registra relieves verdaderamente discontinuos.

3. A las incertezas que se registran en el justificar la opción penal, desde la perspectiva de la denominada «modernidad», se suman las dificultades con las cuales se encuentran los intentos de justificar racionalmente la propia dinámica de la pena y sobre todo su función preventiva. Como es evidente, este

22 Se hace referencia aquí a la obligación de restauración prevista por los artt. 17 e 51-bis d. lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 en materia de residuos y por el art. 58 d. lgs. 11 maggio 1999, n. 152 en materia de contaminación.

23 Para una revaloración del componente de la desaprobación, como momento esencial del la sanción penal, v. en términos generales A. von HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, 1993, p. 9 s. e 14 s.

último aspecto de la cuestión tiene una clara incidencia sobre la atendibilidad del juicio de subsidiariedad.

Se ha tenido ya la ocasión de recordar que, en la tradicional concepción del Derecho penal como instrumento de tutela, la dimensión preventiva de la pena viene afirmada, no como consecuencia accesoria y eventual de la esencia retributiva de la pena, sino como fin primario[24]. La pena es un instrumento que pretende, por lo tanto, ser medido exclusivamente en términos de eficacia. Esta perspectiva de tipo científico encuentra, sin embargo, dos limitaciones en términos de valor y un vínculo de tipo ideológico. La primera limitación es aquella que se refiere a algunas tipologías de sanciones, como las sanciones inhumanas y la pena de muerte; cuya ilegitimidad precluye una eventual justificación sobre el plano de la eficacia preventiva. La segunda limitación está constituida, en cambio, por la culpabilidad, en el sentido de que la eficacia de la pena va perseguida dentro, y no fuera, del ámbito de la reprochabilidad individual[25]. En fin, el vínculo ideológico –que a veces tiene reconocida expresamente dignidad constitucional como en Italia– es aquel de la finalidad reeducativa.

Así pues, la justificación preventiva de la pena registra hoy los principales factores de su crisis, principalmente bajo la perspectiva de la explicación científica que se pretende dar a su eficacia. La desilusión frente a las insuficiencias de la fundamentación científica de la eficacia punitiva se refleja, a su vez, negativamente sobre la correcta interpretación de los valores, que, por la cultura garantística y democrática, deben convivir en la dinámica de la pena.

3.1. Queda dicho, por lo tanto, que la justificación preventiva de la pena ha mostrado recientemente evidentes dificultades explicativas. En efecto, como se ha tenido ocasión de anticipar, la perspectiva racionalista heredada de la tradición ilustrada se muestra inadecuada para explicar el funcionamiento de la prevención mediante disuasión-represión, allí donde postula una suerte de diálogo ideal entre el mandato puesto por el legislador bajo amenaza de pena y cada singular consociado[26]. No sólo ello: esta impostación de tipo funcionalístico y científico no ha consentido alcanzar, hasta ahora, satisfactorias demostraciones empíricas de la función disuasiva de la pena[27], avalando la tesis de quien ha afirmado que tales demostraciones no pueden obtenerse, puesto que se pueden determinar empíricamente los hechos del delito y los procesos relativos,

24 Por todos, de forma clara y sintética, v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 2 ed., 1995, p. 14 s.

25 Se trata de una enseñanza ampliamente compartida. Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 738 s.

26 V. *supra* nota n. 20.

27 Para este aspecto, v. entre otros C. ROXIN, *Strafrecht*. cit., p. 51; W. NAUCKE, *Strfrecht*. cit., p. 41; M. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1986, p. 228 s.

pero no también la función cultural que está llamada a desarrollar la conminación de la pena[28].

De ello se ha derivado una recuperación de los componentes retributivos de la pena como resultado de un desplazamiento de la atención sobre la concreta imposición de la respuesta sancionadora, como momento prioritario de la dinámica sancionatoria en el cual se realiza la función preventiva de la pena. Más exactamente, las insuficiencias de las teorías demostrativas de la eficacia preventiva de la pena han favorecido la progresiva afirmación de las concepciones descriptivas de la prevención penal, en cuyo contexto se coloca la teoría de la prevención-integración[29]. Ésta, como es sabido, justifica la concreta aplicación de la pena como instrumento dirigido a confirmar la confianza social en la validez de la norma penal violada, y a recomponer el conflicto creado por el delito. De aquí, las notas críticas que han sido señaladas ante su matriz «conservadora», en el sentido de que, ocupándose del reforzamiento del sentimiento de confianza en la norma, independientemente de su contenido preceptivo, la teoría de la prevención general positiva resulta en grado de justificar cualquier sanción de cualquier sistema[30]. En efecto, entendida como justificación exclusiva o principal de la pena[31], la teoría de la prevención-integración resulta un intento de conciliar en modo sincretístico los aspectos descriptivos de la prevención general y de la retribución jurídica, con la consecuencia de aparecer, según sean las matizaciones, bien una prevención priva de un específico objeto, bien una retribución priva de parámetros valutativos.

Por otro lado, siempre en la perspectiva de integración de los opuestos, se mueve el intento de valorizar el momento de la desaprobación como componente esencial de una auténtica función preventiva de la pena[32]. Partiendo de la relativización de la tradicional distinción entre teorías absolutas y teorías preventivas de la pena, se llega a la conclusión de que la pena, de un lado, debe mostrar una propensión retrospectiva a ser moralmente justa, y del otro, debe observar las consecuencias que su aplicación puede surtir sobre el plano preventivo; una finalidad, esta última que permanece en cualquier caso subordinada a la primacía que reviste el momento de la censura[33].

---

28 Cfr. G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken*, en *ZStW*, 1995, (107), p. 844 s.

29 Si bien desde perspectivas diferentes, cfr. sobre todo: G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 6 s.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 50 s.

30 Entre otros, v. muy eficazmente B. SCÜNEMANN, «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, ed. B. Schünemann, Berlin, New York, 1984, p. 181. Entre nosotros, G. FIANDACA, «Considerazioni su colpevolezza e prevenzione», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 863. V. también E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dogmatica giuridico-penale*, Napoli, 1994, p. 100.

31 Así G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 9 s.

32 Cfr. A. von HIRSCH, *Censure*, cit., p. 9 s.

33 V. todavía A. von HIRSCH, *Censure*, cit., p. 14.

Pero el escepticismo hacia los intentos de fundar racionalmente la función preventiva de la pena ha favorecido otras variantes neoretribucionistas[34]. Por ejemplo, la situación de crisis en la cual se encuentra, especialmente en Italia, el sistema sancionador ha inducido a reclamar una mayor efectividad de la pena, entendida por lo demás como certeza del momento aplicativo y como menor flexibilidad en la ejecución penal; instancias éstas, notoriamente gratas a las concepciones retributivas de la pena[35]. Y además de que este reflujo hacia orillas retribucionistas esté animado por una suerte de desencanto teórico respecto a la fascinación de las impostaciones preventivas, más que por un autoritarismo punitivo, las orientaciones neoretributivas no desaprovechan la ocasión tratando de rendir aceptable la pena, intentando homologarla a determinados *standars* de civilización. De aquí la toma de atención por el problema de las condiciones carcelarias en nombre de pretensiones de humanización de la pena que a decir verdad han sido descuidadas por la impostación preventiva, o bien por ser consideradas secundarias, e incluso, disfuncionales en la óptica de un incremento de la eficacia disuasiva, o bien por quedar fagocitadas por la primacía de la reeducación, como forma principal de atención a la persona del condenado.

También ciertas corrientes minimalistas parecen sostener un regreso a la rigidez de la pena en fase ejecutiva, compensada, sin embargo, por un lado, por la relativa brevedad de la pena privativa de libertad que puede ser impuesta en el máximo y, por otro lado, por el riguroso respeto de las garantías sustanciales y procesales de marca liberal[36].

En todo caso, cuando trata de justificar la pena, la idea retributiva revela un ineliminable limite propio desde la perspectiva de la igualdad de tratamiento, considerada tradicionalmente como el punto fuerte de la perspectiva retributiva. En efecto, en el impostar y agotar la relación de proporción entre el delito y la pena, la teoría de la retribución no tiene en cuenta los factores de predisposición criminógena y su incidencia en el «paso al acto criminal». De tal modo ésta termina por traicionar propiamente la idea de justicia sustancial, formalmente perseguida.

Como se comprende de la filigrana de tales planteamientos, un balance igualmente negativo registra, en fin, el intento de fundar científicamente la función resocializadora, también ésta expresión del utilitarismo pero no priva

34 V. también M. RONCO, *Il problema della pena,* Torino, 1996, p. 174 s.

35 *Amplius* F. GIUNTA, «L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatrio», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 416 s.

36 Cfr. L. FERRAJOLI, *Quattro proposte,* cit., p. 45. En términos más generales v. también W. HASSEMER, «Strafziele im sozialwissenchaftlich orientierten Strafrecht», en W. HASSEMER, K. LÜDERSSEN, W. NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Heidelberg, 1993, p. 39 s.

de rasgos humanitarios y más habitualmente de vocaciones moralistas[37]. Después de los años de énfasis y retórica, la idea de que las ciencias antropológicas y aquellas sociales puedan contribuir a escribir una receta para la plena recuperación de la desviación ha abandonado los iniciales tonos optimistas, para dar lugar, en la mejor de las hipótesis, a un más cauto replanteamiento de la reeducación como mero instrumento de preparación al regreso a la libertad. Lo acuciante de la emergencia representada por la criminalidad organizada, además, ha inducido a la legislación especial, con el aval de parte de la doctrina, al legitimar un regreso a la concepción de la prevención especial como reforzamiento de la instancia de neutralización. Sin contar, en fin, que, partiendo de la indeterminación del fin reeducativo[38], fundadas pero alarmantes críticas de matriz ideológica han contestado a la instancia reeducativa por su actitud hacia la manipulación moral del condenado[39], que contrasta con el respeto de su personalidad y de su derecho a mantener su identidad criminal.

3.2. Se ha tenido ya ocasión de afirmar la fundamentación de una parte de las críticas puestas a los tradicionales intentos de justificar la pena, según los esquemas de abstracta racionalidad transmitidos por la ilustración.

Pero también se ha de decir aquí que no todos los motivos de crítica puestos a la teoría de la prevención son compartibles; por el contrario algunas instituciones que guían el reflujo neoretribucionista merecen una atenta consideración, también bajo la perspectiva de proyección de aquel que debería ser el nuevo aspecto del sistema sancionatorio.

Sobre todo, la desconfianza, que se puede legítimamente nutrir por la pretensión de mesurar empíricamente la función preventiva de la pena, aparece más especialmente fundada en relación con la función de disuasión-represión que respecto a aquella resocializadora. En efecto, dada la cifra oscura de los delitos y el hipotizable desarrollo oscilante de la criminalidad, la eficacia preventiva de la pena no puede negarse haciendo hincapié sobre delitos que han sido cometidos a pesar la conminación legal, así como ésta no puede afirmarse argumentando sobre la base de los delitos que la previsión de pena ha impedido. Otra cosa habrá que decir, sin embargo, respecto de la verificabilidad empírica de la función reeducativa, una vez que se desprenda a dicho principio de toda connotación enmendativa y se acontente con identificarlo con la persecución de objetivos menos intimistas y pretenciosos. Ciertamente, la verificación de una baja tasa de reincidencia –y éste es el dato objetivamente destacable–

37 Para un cuadro retrospectivo de la evolución histórico-filosófica del concepto de reeducación, v. P. LANDAU, «Die rechtsphilosophische Begründung der Besserungsstrafe», en *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 474 s.

38 W. NAUCKE, *Strfrecht*.cit, p. 42.

39 Sobre este punto, en términos generales, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 3 ed., Padova, 1992, p. 756 s. V. también: L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 262.

no demuestra la alcanzada recuperación del culpable, sino sólo la temporal superación de específicos factores de predisposición criminógena; lo que en modo alguno es un objetivo secundario.

En segundo lugar, la teoría de la prevención-integración asume un significado totalmente diferente según sea entendida como justificación principal y exclusiva, o bien, como la descripción de consecuencias accesorias que la intervención punitiva no debe descuidar. En efecto, ésta llama eficazmente la atención sobre la necesidad de que la pena persiga la situación de pacificación social. Es decir, introduce un ulterior parámetro de justificación que se pone de manifiesto en negativo, en el sentido de que puede renunciarse a la pena cuando en el caso concreto no se da la necesidad de pacificación, o lo que es lo mismo, cuando la recomposición del conflicto puede llegar a través de mecanismos de mediación alternativos a la punición. De tales consideraciones, por lo tanto, queda confirmada una concepción de la transacción entre autor y víctima como instrumento de aplicación no universal, sino circunscrita a las tipologías de delitos que se prestan a la reintegración de la ofensa, los primeros entre los cuales los delitos ofensivos de intereses privados. En tal ámbito la fantasía legislativa puede quedar satisfecha en el encontrar mecanismos de actuación de la idea de la mediación: la tarea de intentar una conciliación puede ser confiada al juez (como lo previsto en Italia por la reciente ley sobre la competencia penal del juez de paz[40]) o delegado de éstos hacia órganos sociales; puede también darse espontáneamente en sede extraprocesal, especialmente interesante ello en el régimen de perseguibilidad por querella[41]. En cuanto al instrumento sancionatorio alternativo, permaneciendo en la experiencia italiana, éste puede consistir en el resarcimiento del daño[42], en el repristinar el *status quo* (como se da en la reciente disciplina de la contaminación) o en la prestación de actividades laborales (como esta previsto hoy para los delitos de competencia del juez de paz).

En tercer lugar, no se olvida que la búsqueda de efectividad de la pena ha permitido alcanzar el que la función de la pena no se conecte solamente al dato histórico e ideológico de la función que se atribuye al Estado[43], si no también a la estructura de las sanciones de la cual dispone el ordenamiento. Ello significa que la justificación de la pena no va postulada en abstracto, sino verificada en concreto con referencia a cada singular tipología sancionadora.

---

40 V. lo dispuesto por el art. 17 let. g l. 24 noviemmbre 1999, n. 468.

41 En esta materia, permítaseme remitirme a F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, p. 185 s.

42 V. ampliamente C. ROXIN, «Risarcimento del danno e fini della pena», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 3 s. Para una equilibrada valoración de tal perspectiva, v. M. ROMANO, «Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 881 s.

43 Cfr. S. MIR PUIG, *Funcion de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho*, 2 ed., Barcelona, 1982, p. 25.

En otras palabras: puesto que las tipologías sancionadoras tienen un coste social distinto, la justificación de la pena se ha de conectar también a los recursos del ordenamiento. Una pena que aspira a justificarse bajo la perspectiva preventiva no puede excluir de su valoración en términos de eficacia los presupuestos de los cuales depende su concreta operatividad. Así, la función preventiva de la pena pecuniaria dependerá del funcionamiento de los mecanismos de «examen». La sanción *inutiliter data* no puede tener ninguna justificación, sea cual sea su función teórica. Lo mismo vale para la sanción administrativa: su ineficacia deslegitima *ab imis* una política criminal que pretenda justificarse sobre la base del canon de la subsidiariedad.

4. Si de las breves consideraciones que preceden se quisiesen sacar conclusiones, éstas no podrían sino confirmar el momento de crisis que registra hoy el tema de la justificación de la pena. Y sobre todo la idea de poder justificar el Derecho penal basándose en una racionalidad absoluta que aparece desmentida por las insuficiencias de las perspectivas científicas. También por esto quien atribuye la crisis de legitimación del Derecho penal a su politización[44], huye del atribuir de modo alternativo el gobierno de la punición a una ciencia distinta del Derecho penal. La instancia de racionalismo, en nombre de la cual se auspicia la despolitización del Derecho penal, es aquella de un regreso al derecho natural[45], como esquema de un Derecho penal mínimo[46], en cuyo interior sin embargo los problemas de justificación de la pena permanecen irresolutos. En resumen: si el parámetro de racionalidad es aquel de una mesurabilidad empírica de la eficacia preventiva o de la humanidad de la pena, se puede convenir que «con la pena el logos del derecho queda en todo caso abandonado[47]».

Pero a una constante socio-cultural como la categoría de la pena no puede pedírsele una prueba que vaya más allá de su confirmación histórica. La justificación de la pena aparece, por lo tanto, como el terreno de una racionalidad dotada de un fundamento más débil, como lo es la plausabilidad de ciertas hipótesis explicativas relativas a su modo de operar. Y es partiendo de tales consideraciones que la eficacia general preventiva de la pena, aun en ausencia de confirmaciones empíricas científicamente incontrovertibles, viene comúnmente considerada como incontestable[48]. Bien mirado, ello lleva a elaborar la justificación de la pena no con relación a la existencia de la categoría de la punición, de por sí radicada en la historia y en la cultura, sino a las condiciones de su aceptabilidad.

44 Cfr. W. NAUCKE, «I confini del diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi», en *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 102.

45 Cfr. W. NAUCKE, *I confini*, cit., p. 103.

46 Cfr. todavía W. NAUCKE, *I confini*, cit., p. 103.

47 Así K. LÜDERSSEN, *L'irrazionale*, cit., p. 1151.

48 V. por todos C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 51.

Entre éstas mantienen su prioridad las garantías sustanciales y procesales, a las cuales les corresponde la tarea de sopesar la dimensión política del Derecho penal, hasta el momento sin alternativas realistas e ideológicamente aceptables. Naturalmente el respeto de la dimensión garantista no basta: la justificación de la pena requiere también un fundamento material de la intervención punitiva, que la teoría del bien jurídico no puede dar en sentido absoluto. No porque ésta no esté en grado de seleccionar los bienes merecedores de tutela y de fijar las condiciones de aceptabilidad de los delitos de peligro abstracto, sino porque no siempre el ordenamiento dispone de una alternativa al control penal del conflicto social eficaz tal y como para no hacerlo degenerar hacia formas de falta de tutela o de salvaje tutela privada. Es ésta la alternativa al Derecho penal que hace falta construir operativamente, antes todavía que legislativamente. La practicabilidad de la ulterior despenalización, y aquella, hoy en el centro de atención, de la mediación pasan por esta vía obligada, la única capaz de superar el hodierno protagonismo degenerativo de la pena y especialmente de aquella privativa de libertad.

ALTERNATIVAS AL DERECHO PENAL

DESPENALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN: ¿TENDENCIAS CONTRARIAS?

Mercedes García Arán
Universidad Autónoma de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

En el constante proceso de revisión de los efectos del derecho penal y el consiguiente planteamiento de alternativas pueden desarrollarse varias lineas de argumentación. Pero si se pretende identificar los grandes rasgos del derecho penal actual respecto de los cuales se orienta el planteamiento de alternativas, pueden señalarse los siguientes: a) su contenido punitivo entendido como imposición de castigo que resuelve un conflicto planteado, básicamente, entre el Estado y el responsable del delito y b) la separación del responsable respecto de la sociedad y por tanto, su desocialización, en gran parte como consecuencia de lo anterior: planteado el conflicto entre responsable penal y Estado, se resuelve también entre ambos y, por tanto, al margen de la colectividad.

En ambas características pueden identificarse fácilmente dos de las grandes líneas del debate político criminal actual: la introducción de la víctima en el conflicto penal tradicionalmente planteado sólo con el Estado y la crisis –ya antigua– del pensamiento resocializador. Pero antes de seguir conviene recordar que la forma tradicional de entender el delito como un conflicto que enfrenta fundamentalmente al Estado con el responsable penal tiene determinadas consecuencias que inevitablemente se cuestionan cuando se cuestiona dicho punto de partida. Entre otras y por su relevancia para el razonamiento posterior, puede señalarse como primera consecuencia que lo que proporciona un límite basado en la idea de justicia, a la orientación preventiva del derecho penal es el concepto de gravedad del «hecho» como algo distinto del concepto de «perjuicio», en el que, por el contrario, se incluyen todos los efectos producidos sobre la víctima y que pertenece al ámbito de la responsabilidad civil. La segunda consecuencia del carácter público del conflicto penal es que el peso fundamental de la decisión sobre el castigo recae en el propio Estado, que ejerce la potestad punitiva mediante un proceso imperativo y, como regla general, indisponible para la víctima.

Las vías alternativas que dominan la discusión son las que tienen como común denominador la *reducción* de la intervención penal y por tanto, no constituyen alternativas absolutas al sistema penal. A grandes rasgos, pueden identificarse las siguientes: a) las propuestas despenalizadoras que suponen la reducción de los ilícitos penales y aplicación de otras sanciones distintas de las

penales o, más propiamente, la solución en el ámbito del derecho civil o el derecho administrativo; b) la previsión de alternativas a las penas tradicionales y, especialmente, a la de prisión, sin cuestionamiento de los ilícitos penales ni replanteamiento del carácter público del conflicto penal y c) la solución de determinados supuestos mediante la reparación a la víctima, sea como tercera vía junto a las penas clásicas y las medidas de seguridad, sea como pena en sentido estricto, que suponen un replanteamiento del conflicto penal y afectan a las consecuencias derivadas de su carácter fundamentalmente público.

El objeto central de estas páginas se sitúa en la línea despenalizadora y la línea favorecedora de la reparación a la víctima, así como en las posibles relaciones entre ellas. Renunciamos al tratamiento de las penas alternativas a la prisión que se sitúan en otro plano, esto es, el de la ampliación del catálogo de penas presidida por la idea básica de evitar los efectos y los costes económicos y sociales de la prisión, pero sin cuestionar la amplitud de los ilícitos penales ni el carácter fundamentalmente público de la respuesta penal.

En cambio, la comparación entre la línea despenalizadora y la reparación a la víctima permite plantear la relación entre el objetivo reduccionista de la intervención penal y la difuminación de los contornos del derecho penal en relación a otros sectores del ordenamiento en el siguiente sentido: cuando la legislación penal sigue una tendencia contraria a la despenalización e incrementa los ilícitos penales, ello suele conllevar una confusión de límites respecto del derecho civil o, al menos, la ampliación de instituciones de inspiración privada en el derecho penal, como se verá en el caso español. Teniendo en cuenta que la reparación a la víctima supone –como reconocen sus defensores– un replanteamiento de las fronteras entre el derecho penal y el derecho privado, cabe preguntarse si la opción reparadora como alternativa se corresponde también con una ampliación de la intervención penal, o, al menos, supone una tendencia que no favorece la reducción de la misma.

Sin embargo, las fronteras respecto del derecho privado no son el único problema que se plantea al analizar el estado actual de la propuesta despenalizadora. Estas consideraciones resultarían incompletas si no hicieramos referencia a otro fenómeno que, –éste con toda claridad– supone todo lo contrario a la despenalización. Me refiero al constante y evidente trasvase de ilícitos administrativos al ámbito del derecho penal, mediante el cual el legislador considera que no es suficiente con la intervención administrativa y formula una opción más duramente represiva.

Desde luego, en este caso las repercusiones estructurales son, en principio, menores que en las relaciones con el derecho privado. La respuesta administrativa es tan pública como la penal y suele admitirse que, en la mayoría de los casos, las diferencias entre ilícito penal e ilícito administrativo son puramente cuantitativas. Sin embargo, la opotunidad de tratar esta cuestión viene dada por las consecuencias que comporta y que son comunes a las de la línea

privatizadora, a saber: la importación de ilícitos administrativos desde el derecho penal supone, obviamente, su expansión en lugar de su reducción y, en segundo lugar, esa importación, al igual que ocurre con los ilícitos o los principios procedentes del derecho privado, supone un grado preocupante de *desformalización* de la intervención penal, provocado, probablemente, por esa pérdida de contornos claros a que me he referido y que serán analizados en lo que sigue.

En resumen, se trata de analizar : a) si, en el plano general, estamos ante una ampliación del derecho penal a costa del derecho privado y del derecho administrativo que conlleva la desformalización de la intervención penal y, b) si, en el plano concreto, las propuestas de reparación a la víctima como alternativa al derecho penal tradicional, se inscriben en esa tendencia antirreduccionista y desformalizadora de la intervención penal.

II. INCREMENTO DE ILÍCITOS PENALES Y DESFORMALIZACIÓN

La tímida tendencia despenalizadora iniciada en algunas reformas del Código penal español anterior se ha invertido claramente con la promulgación del actualmente vigente, que presenta unas fronteras menos nítidas respecto del derecho administrativo y el derecho privado.

Así, se ha producido una «administrativización» del Código con la incorporación de lo que antes eran ilícitos administrativos y una inflación de normas penales que no asegura *per se* una mayor eficacia en la protección de intereses, puesto que ésta es siempre más inmediata con la intervención del derecho administrativo. Ello ocurre especialmente en la protección penal de intereses colectivos (el mercado, los intereses de los consumidores, la ordenación del territorio o el urbanismo) que se presenta como propia de un derecho penal más intervencionista en ámbitos económicos y, por esta razón, vinculado a una concepción social del Estado. Sin embargo, curiosamente conduce a una retirada del derecho administrativo como instrumento más eficaz de intervención. En realidad, se trata de un discurso típicamente liberal: la Administración interviene menos y la protección de estos intereses se confía al mayor efecto preventivo general que, sin duda, poseen las normas penales y a la actuación de los Tribunales como órganos imparciales que actúan una vez se ha producido el conflicto, imponiendo una pena.

Esto no significa que la protección penal de tales intereses sea necesariamente criticable. El objeto de estas consideraciones es el confusionismo con que se produce tal intervención: frecuentemente se mantiene una duplicidad de normas sancionadoras –penales y administrativas– respecto de un mismo ilícito, lo que conduce a la inseguridad jurídica acerca de la aplicabilidad de cada una de ellas. En tal sentido, la aplicación de un derecho penal y un

derecho administrativo con fronteras escasamente delimitadas, tiene como último efecto una cierta desformalización de la intervención penal.

Los ejemplos que pueden citarse son numerosos, pero como expresión significativa pueden citarse los que se encuentran en la confluencia entre los delitos contra los derechos de los trabajadores y los ilícitos administrativos contenidos en la legislación laboral. Así, constituye delito el no facilitar los medios necesarios para la protección de la seguridad e higiene en el trabajo cuando ello ponga en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores y, además, suponga infracción de las normas de prevención de riesgos laborales (art. 316 CP). El problema es que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art. 47.16), a la que se remite el Código Penal, define como infracción administrativa todo incumplimiento que cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores. De esta forma, se delimita un ámbito del ilícito administrativo que coincide casi exactamente con el del delito y en el que resulta más que problemático acudir a criterios tradicionalmente utilizados por la doctrina para diferenciar una y otra intervención como son el carácter eminentemente formal de la infracción administrativa frente a la exigencia de un plus de puesta en peligro de bienes jurídicos que caracterizaría al delito.

Pero la cuestión que interesa destacar aquí es que si el ilícito penal y el administrativo no están claramente delimitados, la opción por una u otra vía sancionadora puede depender de avatares escasamente controlables, como son la apreciación de indicios de delito por parte de la autoridad administrativa, suficientes para trasladar el caso a la jurisdicción penal; apreciación que, en este caso, alcanza a realizar una difícil calificación provisional sobre si el riesgo generado es o no suficiente como para integrar la comisión de un delito.

Por otra parte, como se ha anunciado, también se produce la penalización de antiguos ilícitos civiles; por citar sólo algunos ejemplos: el impago de prestaciones acordadas en casos de separación o divorcio, algunos delitos contra la intimidad o antiguas infracciones de la legislación mercantil sobre sociedades anónimas que se incluyen entre los nuevos delitos societarios. Tampoco se cuestiona aquí la importancia de tales intereses como para merecer la protección penal. Lo que interesa destacar es que el legislador los ha seleccionado demostrando un escaso interés en su protección; en efecto, en los casos citados, es necesaria la denuncia de la persona agraviada para proceder a la persecución penal, es decir, ésta resulta disponible para la víctima. Asimismo, en los delitos contra la intimidad y la propia imagen, la disponibilidad de la víctima llega hasta la misma pena impuesta, que puede extinguirse por el perdón del agraviado.

La importación proviniente del derecho civil y mercantil provoca, al igual que en el caso del derecho administrativo, una intervención más difusa en términos de seguridad jurídica. Y no sólo porque junto a las nuevas normas penales subsisten las definidoras de ilícitos civiles, sino porque frecuentemen-

te el legislador penal deja absolutamente abierta la regla sobre las condiciones de perseguibilidad. Así, tanto en los delitos contra la propiedad industrial o intelectual (art. 287 CP) como en los delitos societarios (art. 296), tras exigirse denuncia del agraviado, se mantiene la intervención de oficio si la comisión del delito afecta a los «intereses generales», apreciación que, ya de por sí difusa, queda en manos del Ministerio Fiscal.

En suma, parece existir una relación entre el incremento de los ilícitos penales –contrario a la línea despenalizadora– y la pérdida de contornos del derecho penal en relación a otros sectores del ordenamiento que, en el caso del derecho privado se refleja, además, en la disponibilidad de la víctima sobre el proceso e incluso sobre la pena. Por otra parte, ello resulta lógico: si se incorporan ilícitos civiles o administrativos al Código penal, se abre la vía para incorporar también características procedentes de esas otras ramas del ordenamiento.

Y todo ello es, en definitiva, lo que termina por disminuir el carácter de intervención formalizada que posee el derecho penal. Por un lado, la existencia de campos comunes en los que coinciden la intervención penal y otras de diversa índole y, por otro, el hecho de que esos otros sectores del ordenamiento presentan características menos formalizadas que las del derecho penal.

A mi juicio, sería simplificador atribuir todos estos efectos a meros errores de técnica legislativa o a la desidia del legislador, pese a que en muchos casos ésta resulta evidente. Porque si la técnica tipificadora es difícil en estos casos –y por ello se aplica mal–, es porque se está expresando un fenómeno real de complicada traducción legislativa: la pretensión de que el derecho penal llegue a muchos ámbitos a los que antes no llegaba y que tienen sus propias reglas, sin renunciar, además a que las normas extrapenales sigan jugando su papel. Ello explica que en algunos delitos la persecución de oficio o previa denuncia privada dependa de algo tan confuso como los «intereses generales». En este sentido puede concluirse que estamos ante un proceso que incrementa la penalización, aunque sea de forma tímida, incompleta y contradictoria; pero, pese a tales limitaciones, palmariamente contrario a la opción reduccionista y formalizadora de la intervención penal.

III. LA REPARACIÓN A LA VÍCTIMA

Dentro de las tendencias revisionistas del actual derecho penal ha merecido especial atención la propuesta de mecanismos de mediación y reparación a la víctima como forma de evitar el recurso al proceso penal o la pena. El debate producido en torno a la propuesta de reparación a la víctima como «tercera vía» en el *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AE-WGM) ha provocado la aparición de argumentos favorables y contrarios sobradamente conocidos, así como las conclusiones críticas del *Deutscher Juristen Tag* de 1992.

a) Los límites entre el derecho público y el derecho privado

Aquí se pretende prestar especial atención a la consecuencia estructural de dicha propuesta, cual es la difuminación de los límites del derecho penal respecto del derecho privado. Debe recordarse que tanto detractores como partidarios de la reparación a la víctima como tercera vía coinciden en señalar el fenómeno; la diferencia estriba, por tanto, en que los defensores de la reparación lo admiten como algo asumible en los ordenamientos jurídicos actuales. De esta forma, se corre el riesgo de plantear la cuestión en términos de petición de principio: el mantenimiento de los límites estrictos del derecho penal se presenta como una opción irrenunciable para unos y relativizable para otros, lo que condiciona todas las argumentaciones posteriores. Por ello resulta aconsejable una reflexión más detenida sobre dicho fenómeno que supere la declaración de principios: ¿es asumible que el derecho penal pierda parte de sus características esenciales en favor de las del derecho privado?

Planteado en estos términos, el debate puede tomar en consideración las siguientes cuestiones:

1. La propuesta de reparación a la víctima no es un fenómeno aislado de tendencia privatizadora. En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto cómo la incorporación de ilícitos civiles al derecho penal va acompañada de la renuncia del Estado a la persecución de oficio, es decir, se incrimina pero se deja en manos privadas la perseguibilidad del delito. Por ello, la reparación a la víctima como reacción penal no puede contemplarse como una nota más o menos excepcional dentro de las coordenadas del derecho penal moderno sino que debe incribirse en una tendencia más general y profunda a la retirada parcial del Estado en la resolución de conflictos que, pese a todo, se siguen considerando de naturaleza penal y, por tanto, pública.

2. La necesidad de satisfacer económicamente a la víctima no basta para justificar que la reparación se incluya entre las reacciones penales. La mejora de los instrumentos propios de la responsabilidad civil e incluso la responsabilidad subsidiaria del Estado en mayor número de casos que los hoy admitidos pueden dar respuesta a la satisfacción económica sin cambios estructurales en la reacción punitiva. En este punto debe decirse que esa satisfacción económica a la víctima dentro del proceso penal no supone ninguna novedad para el sistema procesal español en el que, como es sabido, los perjudicados ejercen acciones civiles dirigidas al resarcimiento que se resuelve en la misma sentencia penal. Por ello, el discurso de la reparación económica tiene entre nosotros mucha menos fuerza que en otros paises.

3. Puesto que mejorar económicamente a la víctima no es suficiente para defender la reparación dentro del sistema penal, ésta debe ser defendida también desde el cumplimiento de los fines clásicos del derecho penal. Así, se

afirma que la reparación contribuye al *restablecimiento del orden jurídico*, a través de la prevención general positiva y, por otra parte, también mejora la posición del autor del delito, porque produce efectos de prevención especial positiva menos desocializadores que las penas clásicas. Con ello se integra a la víctima en el conflicto penal intentando mejorar su posición y, al mismo tiempo, la del autor. Esta duplicidad de objetivos y la incorporación de la víctima a un conflicto tradicionalmente planteado exclusivamente entre el Estado y el autor es lo que realmente plantea los problemas y necesita de una justificación teórica que vaya más allá de las consideraciones económicas.

El cambio esencial que supone admitir un conflicto penal triangular (autor-Estado-víctima) provoca determinadas consecuencias que aquí sólo pueden ser apuntadas como tendencias y no como resultados inexorables. Me interesa especialmente insistir en esta última observación porque lo que se pretende en estas páginas es analizar las vías por las que discurre la evolución del derecho penal actual. Lo cierto es que las consecuencias de la propuesta reparadora pueden quedar a salvo de críticas si se presentan como fenómenos aislados justificables por su excepcionalidad o si se les atribuyen efectos no deseados que no se van a producir de forma inmediata. En cambio, pueden verse en su real dimensión si se inscriben en una inercia hacia una determinada evolución estructural del derecho penal.

Pues bien, la introducción de la víctima en el conflicto penal marca, al menos, las siguientes tendencias:

Para la posición de la *víctima*, supone reconocerle un especial ejercicio de la pretensión *punitiva* que alcanza hasta la disponibilidad sobre el proceso penal. Junto a la satisfacción económica, la víctima puede pretender o renunciar a que el autor ingrese en el proceso punitivo tradicional.

Para la posición del *autor*, su responsabilidad tiende a desplazarse del «hecho» al «perjuicio». Con ello se afecta a una de las características tradicionales del derecho penal actual que se han señalado al inicio y que sitúa el límite a la intervención preventiva en la proporcionalidad respecto del hecho.

Para la posición del *Estado*, aunque mantenga un cierto control sobre el proceso de mediación, renuncia a parte de su posición protagonista en el conflicto penal en beneficio del protagonismo de la víctima. Pero ello ocurre manteniendo la decisión político criminal de considerar como ilícitos penales supuestos a los que reconoce un grado de solución privada; es decir, mantiene la decisión incriminadora disminuyendo el control sobre su aplicación.

En el *proceso penal*, aparece de nuevo la tendencia a la *desformalización*. En la propuesta del AE-WGM, aquellos delitos de menor gravedad en los que se considera suficiente la reparación para el restablecimiento del orden jurídico concluyen su vida procesal con una resolución informal de la Fiscalía que evita el juicio. Ello reconduce a un tema clásico como el de hasta qué punto las

resoluciones informales conciliadoras y previas al juicio pueden suponer una compulsión al reconocimiento de la culpabilidad todavía no demostrada formalmente; al respecto podría alegarse que también en un procedimiento informal de reparación pueden establecerse garantías y límites que impidan la admisión forzada de la culpabilidad por parte del acusado, pero lo que no puede negarse es que, incluso en el mejor de los casos, éste renuncia a su derecho a que sea el propio Estado, representado por el Ministerio Fiscal, quien deba demostrar la culpabilidad ante un tribunal imparcial y que no haya intervenido en la investigación del delito.

Como resumen, puede decirse que la integración de la reparación a la víctima en el sistema penal tiende a cambiar las características y consecuencias clásicas de la intervención punitiva, sin cambiar el propio contenido punitivo de la misma; esto último se demuestra en el interés por mantener la reparación dentro del sistema penal, junto a las penas clásicas y por justificarla a partir de las teorías penales tradicionales como son las orientaciones preventivo especiales o la pretensión de que no se reduzca a la indemnización económica sino que alcance al restablecimiento del orden jurídico.

b) Ilícitos penales con intervención penal subsidiaria

A estas consideraciones sobre la desnaturalización de la intervención penal puede responderse con el principio de *subsidiariedad*, que informa el AE-WGM. Según dicho principio, la pena clásica se retira en favor de la reparación cuando ésta puede cumplir mejor con los objetivos del derecho penal, pero recupera su protagonismo cuando la reparación no resulta posible o suficiente.

En el principio de subsidiariedad se concentran los problemas derivados del cambio de sujetos del conflicto penal, es decir, derivados del ingreso de la víctima en el conflicto y con ella, de los principios propios de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el AE-WGM, asume esa relativa desnaturalización del problema penal, pero añade que la reparación no pretende la síntesis entre el derecho penal y el derecho privado sino la coincidencia parcial en grupos de casos que lo permitan, como son los delitos de menor gravedad, ámbito en el que opera el principio de subsidiariedad.

El problema se sitúa entonces en la coherencia de esa coincidencia parcial de soluciones jurídicas diferentes cuando se concentran relaciones jurídicas estructural y esencialmente diversas, en un único conflicto. El conflicto con el Estado y el conflicto con la víctima son situaciones distintas *inspiradas por principios distintos*. El principio de subsidiariedad parte de la base de que puede intentarse primero la solución de la reparación, dominada por criterios fundamentalmente de derecho privado, como es el predominio del concepto de perjuicio sobre el concepto de hecho punible, o la disponibilidad privada sobre

el proceso. Pero si fracasa la vía reparadora, recobra toda su fuerza la vía punitiva tradicional, en la que prevalecen principios opuestos. El problema de este planteamiento es que la aplicación de los principios propios del derecho penal basado en el conflicto público depende en gran medida de una decisión privada, cuando debería ser lo contrario: la aplicación de los principios propios del derecho penal debe ser la consecuencia de la decisión legislativa (y, por tanto, pública) de tipificar un hecho como ilícito penal.

Con ello llegamos a la última cuestión. Con el principio de subsidiariedad, el Estado reconocería que la relación entre autor y víctima se sitúa en primer plano y que, en principio, cabe renunciar a la pena; sólo subsidiariamente se replantea la relación entre el Estado y el autor. La pregunta que surge en este punto es la siguiente: si en la base existe un conflicto con la víctima frente al cual el Estado puede retirarse parcialmente, ¿está realmente justificada político criminalmente la tipificación *penal* de los ilícitos en los que se admite la primacía de la reparación a la víctima?

Responder a dicha cuestión nos reconduce al punto de partida de las alternativas al derecho penal, caracterizadas por el propósito de reducir su intervención. Si el Estado reconoce que frente a un conflicto entre autor y víctima, su intervención es sólo subsidiaria, está reconociendo en realidad que el conflicto entre autor y Estado es mínimo y, en todo caso, renunciable. La opción previa que cabe plantear es, por tanto, la despenalización del ilícito respecto del cual el Estado tiene sólo un interés secundario o *subsidiario*.

En esta línea, puede afirmarse que el carácter triangular de la relación jurídico penal (autor-víctima-Estado) y la consiguiente convivencia de principios de derecho público y derecho privado en el ámbito penal transcurre por una vía contraria a la alternativa despenalizadora que, en cambio, es la más claramente reduccionista del derecho penal. Si se admiten soluciones predominantemente privadas en el proceso penal es porque se admiten ilícitos penales que podrían tener una solución en el derecho privado. Como se recordará, ello coincide con la otra tendencia analizada en estas páginas cual es la penalización de antiguos ilícitos civiles perseguibles sólo si lo denuncia la víctima. Esta coincidencia permite afirmar que no se trata de «otra» tendencia, sino de la misma: la que evita o impide la reducción del derecho penal, al mismo tiempo que lo privatiza y lo desformaliza.

IV. CONCLUSIÓN

Como resumen del razonamiento mantenido hasta aquí puede formularse una conclusión que termina con una propuesta a la inversa: la convivencia de la decisión privada y la decisión pública en la intervención penal no sólo no

favorece su reducción sino que incluso, tiende a incrementarla; el incremento o la no reducción del derecho penal establecen un ámbito de punición «de baja intensidad», más ligero y menos inexorable, características todas ellas que legitiman la relajación de la seguridad jurídica y de la alta formalización propia del –y exigible al– derecho penal. Formulandolo a la inversa: la mejor política reduccionista del derecho penal debe conducir a una selección de ilícitos penales basada en la intervención mínima, pero radicalmente pública y garantísticamente formalizada.

ALTERNATIVAS AL DERECHO PENAL

Prof. Dr. Ulfrid Neumann

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión relativa a las alternativas del derecho penal se sitúa actualmente en parámetros distintos a los de hace pocas décadas. Ha pasado el tiempo de una crítica fundamental, fundamentada en principios humanistas y apoyada en la criminología[1]. El derecho penal presenta hoy un aspecto más vital y una mayor capacidad de imposición. La discusión acerca del desarrollo del derecho penal en el marco de una Europa unida está impregnada de fuertes dosis de optimismo punitivo[2]. El *Corpus iuris* para la protección de los intereses financieros de la UE representa la plasmación más reciente de esta tendencia expansiva, al criminalizar comportamientos imprudentes de estafa, lo que supone la introducción del derecho penal en ámbitos que hasta ahora habían quedado fuera de su radio de acción[3].

A la vista del trasfondo de esta evolución la cuestión de las alternativas al derecho penal resulta a la vez anacrónica y apremiante. Anacrónica, porque el tren del derecho positivo camina evidentemente en la dirección contraria. Apremiante, porque la cuestión de las alternativas resulta más importante cuando el derecho penal se extiende a territorios distintos a los tradicionales. El derecho penal puede cuestionarse cuando se incriminan daños patrimoniales imprudentes, asimismo la conexión con los juicios de valor ético sociales se pierde también cuando se imponen sanciones penales a personas jurídicas[4]. Este derecho penal desbordado, y las dudas que legitimidad que conlleva, puede dar mayor resonancia a voces hasta ahora silenciadas, que niegan por completo la legitimidad de la intervención penal o al menos sus incursiones fuera de un

---

* Trad. Adán Nieto Martín. UCLM.

1 Vid por ejemplo Mathiesen, *The Politics of Abolition*, Oslo 1974 (traducido al alemán como: *Überwindet die Mauern!*, 1979); Plack, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974; Scheerer, *Die abolitionistische Perspektive*, KrimJ 16 (1984), p. 90 ss. Una breve exposición y crítica del abolicionismo en Kaiser, *Kriminologie*, 9. Aufl. 1993, S. 168 ff.

2 Para una visión panorámica H. Jung, «Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts», *Juristische Schulung* 2000, p. 417 s.

3 Mireille Dalmas-Marty (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998, Art. 1 Abs. 1 («imprudencia»).

4 Acerca de esta discusión vid. las distintas referencias en Maria Kaiafa-Gbandi, «Das Corpus Juris und die Typisierung des Strafphänomens im Bereich der Europäischen Union», in: Barbara Huber (Hrsg.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, 2000, p. 91 ss., 103 ss. Vid. también U. Neumann, «Das Corpus Juris im Streit um ein Europäisches Strafrecht», a.a.O. S. 67 ff., 78 ff.

ámbito nuclear estrictamente interpretado[5]. En cualquier caso el carácter de la pena, como instrumento estatal enderezado a la lesión de intereses individuales, obliga a no cejar en la búsqueda de algo que sea «mejor que el derecho penal, y a la vez más inteligente y humano»[6].

II. POSIBLES ALTERNATIVAS

La alternativa más radical consistiría en la absoluta erradicación del derecho penal. Por de bajo de esta «solución cero», la posibilidad de sustituir la pena estatal requiere la existencia de instituciones que puedan aportar un rendimiento equivalente. De este modo puede discutirse la sustitución del derecho penal por un genuino derecho de medidas[7], un derecho de intervención localizado y asentado «entre el Derecho penal y el derecho sancionador administrativo, el derecho privado y el Derecho público»[8], o por formas agravadas derecho civil[9]. Recientemente la introducción de la relación autor-víctima-reparación[10] en el sistema de sanciones penales nos conduce de un modelo de «tres vías», donde la reparación surge como una tercera función de la pena conjuntamente con la retribución y la prevención[11]. Finalmente Lüderssen ha desarrollado un complejo concepto para la «abolición del derecho penal» el cual en primera línea se dirige contra la pena privativa de libertad, si bien, finalmente, pretende la total sustitución de la institución de la pena estatal por un conglomerado de medidas civiles y administrativas[12].

La sistematización de estos diversos y heterogéneos modelos resulta complicada. Una primera diferenciación podría situarse entre mecanismos de regulación estatales y no estatales. La alternativa al sistema de intervención

5 Vid. al respecto Lüderssen, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, 1989; el mismo, *Abschaffen des Strafens?*, 1995. Esclarecedor acerca de las condiciones para la sustitución del derecho penal L. Schulz, «Rechtliche Alternativen zum Strafrecht», in: Jo Reichertz (Hrsg.), *Die Wirklichkeit des Rechts*, 1998, S. 116 ff.

6 Radbruch, «Rechtsphilosophie», 3. *Aufl*, 1932, en: Gustav Radbruch-Gesamtausgabe, *Bd.* 2, 1993, p. 211 ss., 403.

7 Por ejemplo M. Baurmann, *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmenrecht*, 1987.

8 W. Hassemer, «Produktverantwortung im modernen Strafrecht», 2. *Aufl.* 1996, p. 23.

9 Vid. al respecto Frehsee, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1987.

10 Vid. Brauns, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter*, 1996; H. Jung, *Täter-Opfer-Ausgleich. Anmerkungen zu seiner Bedeutung für das Rechtssystem*, MschrKrim 1993, p. 50 ss.; Chr. Peiffer (Hrsg.), *Täter-Opfer-Ausgleich im Allgemeinen Strafrecht*, 1997; W. Schild, «Täter-Opfer-Ausgleich als Strafe», en: E. Schlüchter (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Geerds zum* 70. Geburtstag, 1996, p. 157 ss.

11 Susanne Wather, *Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems*, 2000; el mismo, «Was soll 'Strafe'?», *ZStW* 111 (1999), p. 123 ss.

12 K. Lüderssen, *Abschaffen des Strafens?*, 1995.

estatal se conforma por la compensación autor víctima y las medidas genuinamente civiles. Igualmente puede distinguirse a partir del carácter preventivo o retributivo de la reacción. Finalmente, dentro de las sanciones retributivas, puede distinguirse entre sanciones penales y aquellas sanciones que atienden a «juicios de desvalor ético sociales». De este modo, pueden apuntarse como alternativas a la pena estatal:

a) Las reacciones que no tienen naturaleza estatal (sociales).
b) La intervención estatal con un genuino carácter preventivo (medidas educativas y de policía).
c) Reacciones estatales de tipo retributivo por debajo del umbral de la pena criminal.

En lo que sigue centraré mis consideraciones en las alternativas estatal/no estatal y retributiva/preventiva, enmarcándolas previamente en la discusión sobre los fines de la pena. Pues, la pregunta relativa a si la pena estatal puede sustituirse por otras formas de reacción, o simplemente una «no reacción» depende de los rendimientos que de ellas puedan obtenerse. La forma en que estos tipos de reacción podrían configurarse constituye una pregunta ulterior que no puede ser tratada en el marco de este trabajo[13].

III. REACCIONES ESTATALES O NO ESTATALES

1. El delito como conflicto entre autor y víctima

La primera pregunta fue ya discutida en los años ochenta a partir del lema el «conflicto como propiedad», a lo que algunos respondieron afirmativamente con la «remisión del conflicto a la sociedad»[14]. Esta exigencia apunta a una amplia retirada del Estado de espacios ocupados hasta el momento por la intervención del derecho penal. El Estado, este era el diagnóstico, usurpa competencias en ámbitos que deben dejarse en manos de las fuerzas reguladoras de la comunidad, al pertenecerles genuinamente. Las víctimas del delito, que desempeñan un papel marginal en el proceso penal, en el que además su situación personal desaparece bajo la interpretación de los hechos realizada por el Ministerio fiscal y el Tribunal, son a su vez las principales víctimas (doble victimización) de esta usurpación estatal. Pero la propia sociedad es también víctima, en cuanto que la intervención del Estado le priva de la posibilidad de aprehender el caso a partir de sus normas y criterios valorativos. La abolición

13 Vid al respecto la contribución Mercedes García Arán en esta misma obra.

14 Fundamental N. Christie, «Conflicts as property», in: *The British Journal of Criminology*, 17 (1977), p. 1 ss. (versión alemana., Grenzen des Leids, 1986, S. 125 ss).

del derecho penal supondría en este esquema, simplemente, corregir la apropiación estatal de algo ajeno, es decir, del territorio de la sociedad.

En contra de este modelo de privatizaciones y reprivatizaciones de conflictos pueden efectuarse numerosas objeciones que únicamente pueden ser enunciadas. En primer lugar, resulta ya problemática la contraposición entre Estado y sociedad, que se anuda, a partir de un romántico y bondadoso ideal, a una sociedad con estrechas relaciones de vecindad[15]. Igualmente resulta problemática la devolución del conflicto cuando la sociedad ha sido uno de sus causantes. Finalmente resulta problemática la propia categoría de conflicto, que amenaza con disolver sobre la base de un antagonismo simétrico las diferencias entre la víctima y el autor y lo justo y lo injusto[16]. El peligro de que, en este nuevo modelo de conflicto social-constructivo[17], la víctima deba soportar las principales cargas sigue siendo, tal como muestra la discusión existente en Alemania, aún hoy actual[18].

Estos problemas no empecen a que el concepto de «el conflicto como propiedad» posea dos aspectos que deban remarcarse. Un punto se refiere a la posición de la víctima en el proceso penal. El agredido fue reducido por el proceso penal a un mero instrumento de la búsqueda de la verdad y sólo en los últimos años se le reconoce, como parte del proceso, sus derechos propios[19]. Por otro lado, una perspectiva que perciba el hecho punible como una interacción entre autor y víctima exige que sea necesario prestar atención a la legitimación de la intervención del Estado a través de la pena. Esta pregunta cobra especial significado ante la inminencia de un derecho penal intercultural[20]. ¿Resulta legítima la intervención penal del Estado, si los actores del delito según sus parámetros culturales juzgan la conducta como adecuada, por ejemplo, como un castigo adecuado que el marido impone a su desobediente mujer? Este interrogante es sin duda fundamental, pues pude también formularse como cuestión relativa a las razones en virtud de las cuales el Estado generaliza la lesión de un interés individual. Pues, en contra de lo que requiere la corriente abolicionista, el Estado no se limita únicamente a garantizar una compensación a la persona afectada por el delito, sino que por encima de éste da preferencia a la afectación que el hecho produce en la comunidad.

15 Sobre los juzgados de barrio vid. Christie (not 14), p. 137 ss.

16 Crítico con las consecuentas de este modelo siméticro construido sobre la relación autor-víctima Naucke, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, Kritische Vierteljahresschrift* 1993, p. 135 ss., 141.

17 Acerca de este concepto B.-D. Meier, «Konstruktive Tatverarbeitung im Strafrecht – Bestandsaufnahme und Refromperspektiven», *GA* 1999, p. 1 ss.

18 M. Kilchling, «Diskussionsbericht», *ZStW* 111 (1999), p. 144 ss., 151 ss.

19 Para un resumen U. Neumann, «Die Stellung des Opfers im Strafrecht», en: W. Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, 1987, p. 225 ss.

20 Al respecto O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, 1999.

2. La colectivización del conflicto autor-víctima

La dogmática jurídico penal y los modelos de argumentación teóricos en los que esta generalización se apoya nos son familiares. Si se entiende el delito como infracción normativa, el que el Estado, como autor de la norma, se vea también afectado constituye *per definitionen* un resultado. Igualmente la definición del delito como lesión de un bien jurídico introduce ya la colectivización del daño individual en su propio concepto[21]. La conexión del concepto de delito con el bien jurídico no implica que el hecho deba ser contemplado desde la perspectiva de la víctima, sino que más bien sirve a la protección del autor, en el sentido de que éste evitará la pena cuando su comportamiento no implique una lesión al bien jurídico protegido. Asimismo la concepción del delito como lesión de un bien jurídico lo abstrae del interés concreto del afectado quien sólo tiene interés como portador del mismo.

Este modelo de argumentación –el delito como infracción normativa o como lesión de un bien jurídico– aunque expresa la colectivización del daño individual no lo fundamenta. Pues evidentemente el delito podría ser definido de otro modo, como lesión de una persona en sus reivindicaciones de respeto o de sus intereses fundamentales. En contra de la definición del delito como infracción normativa puede esgrimirse además la sospecha de que la afectación del Estado se construye sobre argumentos tendenciosos.

Esta sospecha, es decir, que la pretensión penal del Estado se fundamenta en una colectivización no justificada basada en una infracción de mandatos o prohibiciones estatales, ha sido explícitamente señalada por la doctrina. Y constituye el telón de fondo de la propuesta de que la pena, de un lado, debe ser sustituida por medidas resocializadoras y de otro por el apoyo a la víctima en la consecución de su pretensión civil de reparación[22]. No obstante, subsiste la pregunta en torno a si este modo de proceder no supone una renuncia demasiado rápida a la búsqueda de una fundamentación de la colectivización del delito.

Un punto de partida podría ser la solidaridad de la colectividad con la víctima, cuyo interés sería satisfecho por la pena que la comunidad impone al autor. Esta idea ha adquirido recientemente actualidad en Alemania a partir del secuestro del empresario y sociólogo Reemtsma quien en el diario de su secuestro y en trabajos científicos posteriores ha subrayado la importancia de este punto de vista[23]. Sin embargo, reconducir la institución de la pena a este entendimiento sobrestimaría la capacidad de solidaridad de la sociedad y ello sin contar con el problema de legitimación que conlleva una pena apoyada

21 Al respecto Neumann (not. 19), p. 234 ss.

22 K. Lüderssen, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, 1989.

23 J.P. Reemtsma, Im Keller, 2 *Auflage*, 1997.

esencialmente en el interés de satisfacción de la víctima[24]. Si no se desea atribuir únicamente al poder del Estado la desprivatización del conflicto a través de la intervención del derecho penal, se debe partir de algo más que la solidaridad con la víctima por parte de la sociedad.

En este punto debe considerarse tanto una generalización del roll del autor como de la víctima[25]. Si se sigue la teoría psicoanalísta, la generalización del roll del autor se refiere a la actualización de las tendencias criminales latentes[26]. La generalización del roll de la víctima resulta de los mecanismos de miedo y de identificación con la víctima. La consternación no sólo se produce por el temor a convertirse en víctima sino también por el sentimiento de que sólo por el azar esto no ha sucedido, por lo que la identificación con la concreta víctima del delito resulta principalmente de su intercambiabilidad, lo que, dicho entre paréntesis, aclara la necesidad de querella en los casos en los que el hecho se dirige a una víctima determinada, como por ejemplo en los delitos de lesiones simples § 223 StGB, pero no en los tipos con víctimas intercambiables como el hurto (§ 242) o la estafa (§ 263 StGB).

Si lo anterior resulta correcto, el derecho penal no puede ser sustituido en su conjunto por reacciones que atiendan únicamente a la relación individual autor-víctima, como por ejemplo ocurre en la reparación del daño. Con ello no se ha decidido sin embargo, cómo ha de conformarse la reacción del Estado. Esto es, si ésta debe consistir en una reacción retributiva o en una genuinamente preventiva. Ésta es precisamente la pregunta que formulamos al principio en segundo lugar.

IV. RETRIBUCIÓN O PREVENCIÓN

En qué medida esta pregunta afecta a las alternativas a la pena representa en primer lugar un problema terminológico. Y es que un sistema de medidas preventivas en estado puro constituye sólo una alternativa si la pena implica necesariamente un momento retributivo. A mi juicio esta pregunta no puede obviarse reduciéndola a una cuestión semántica, ni tampoco contestarse atendiendo únicamente a la buena voluntad de los participantes en uno u otro sentido.

1. La institución de la pena y su concepto

La cuestión de si la pena cumple en cualquier caso una función retributiva se discute normalmente en el marco de las denominadas «teorías de la pena» bajo la denominación de «teoría retributiva». La cuestión es, sin embargo, previa

24 Al respecto, distinguiendo entre ambos aspectos Klaus Günther.

25 Sobre esta cuestión y en lo que sigue Neumann (not. 19), p. 236 y s.

26 Freud, «Totem und Tabu, Studienausgabe» (2000), *Bd.* 9, p. 361.

a la polémica entre teorías, pues no afecta únicamente a la finalidad o al sentido de la pena como institución, sino a su estructura. La pena representa conceptualmente una lesión de intereses que se causa a una persona por una instancia autorizada como consecuencia de su comportamiento desaprobado. La constatación de que alguien ha sido castigado provoca inmediatamente la pregunta de ¿por qué? y no, o al menos no en primer término, la cuestión de ¿para qué? No se trata de un mero problema terminológico. Pues las reglas del lenguaje, a partir de las cuales se utiliza el concepto de pena, reflejan la estructura de una institución social. La pena institucionalmente representa un gravamen con la que se reacciona ante un comportamiento desaprobado de la persona[27].

El momento estructural de la pena que acabamos de señalar, el gravamen (la causación de un mal) y la desaprobación se sitúan en una relación de reciprocidad. La carga resulta precisamente de un comportamiento que es desaprobado y esta desaprobación se expresa precisamente en el gravamen que se impone al autor. Esta simetría se produce únicamente en el marco de la institución de la pena. La imposición de un reproche no acompañado de la imposición de un mal es tan posible en el marco de un proceso organizado conforme a derecho, como la imposición de un gravamen a través de una reacción sin efectuar reproche alguno tal como ocurre con las medidas de seguridad. En este caso la reacción debe legitimarse a partir de su utilidad. La necesidad de justificación intrínseca de un gravamen, por su conexión con el reproche efectuado contra el autor, sólo ocurre cuando éste constituye una pena.

2. Sentido y finalidad de la pena

a) Retribución

La polémica referente al sentido y la finalidad de la pena puede abordarse en términos distintos a los que acaban de fijarse, es decir, sin distinguir entre «sentido y finalidad». En este marco se pretende determinar el fin que en el discurso social se anuda tanto a la institución de la pena como a la imposición de la pena en un caso particular. Se trata de la autocomprensión de la sociedad acerca del fin de la pena estatal. Este es el campo de discusión entre las teorías de la pena tradicionales, que no puede evitarse a través de la decisión previa a favor de la retribución como un momento constitutivo de la pena, en cuanto que esta constatación no implica aceptar la retribución como teoría apta para legitimar la pena y establecer su finalidad. La teoría de la retribución

27 Para más detalles Neumann, «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», en: C. Prittwitz/I Manoledakis (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, 2000, S. 119 ff., 123 ff. Para Höffe esta relación entre pena y retribución es de tipo semántico (O. Höffe, «Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen», en: A. Eser/W. Hassemer/B. Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 309 ss., 312 ss.

considera como valor intrínseco de la pena lo que es sólo un aspecto institucional, normativamente neutral. La pena, para ella, no es sólo conceptual e institucionalmente un gravamen con el que se reacciona ante un comportamiento reprochable, sino que también se encuentra legitimada a partir de esta relación.

Sin embargo, la pena retributiva no se legitima en modo alguno a partir de esta relación conceptual e institucional entre retribución y pena. Dicho de otro modo: del hecho de que la pena necesariamente sea retributiva no puede extraerse lo que la pena debe ser. A la hora de legitimar la institución de la pena, los defensores de la teoría retributiva deben argumentar normativamente. Deben fundamentar por qué un mundo en el que se reacciona a la lesión de determinados intereses con la lesión de otros intereses determinados, per se, es decir de modo independiente de sus consecuencias sociales, es un mundo mejor que aquel en que se obra de otro modo. Esta fundamentación no puede efectuarse salvo que se parta de una concepción del mundo metafísica o religiosa[28]. La necesidad de la pena tampoco puede justificarse apelando a la justicia terrenal: la argumentación de que el autor debe ser castigado, porque de otro modo se trataría igual lo desigual debe demostrarse, lo que implica demostrar no sólo que el autor y el no-autor son diferentes en atención a sus comportamientos reales, sino también que esta diferencia fundamenta la necesidad de una reacción retributiva[29].

En esencia la teoría de la retribución, tomada en serio, se encuentra estrechamente conectada con la idea de que la institución de la pena es una condición que posibilita la vida en común, lo que supone una fundamentación no prágmatica de la misma[30]. Es cierto, en efecto, que una sociedad apenas puede concebirse sin la institución de la responsabilidad e igualmente resulta correcto que el castigo constituye un ejemplo de cómo puede escenificarse esa responsabilidad. Sin embargo, esta tesis, que supone una fundamentación ajena a lo pragmático requiere una condición ulterior, es decir, que el castigo constituye una forma irrenunciable de escenificación de la responsabilidad. De la demostración de este decisivo extremo nos ocuparemos a continuación.

b) Prevención

Para las denominadas teorías relativas de la pena, la cuestión acerca de las posibles alternativas al Derecho penal resulta en primer término una pregunta sobre su eficiencia técnica. El adiós a la retribución, a una pena

28 Acerca de las relación entre las teorías absolutas e interpretaciones religiosas o teológicas vid. Jescheck, «Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil», 4 *Aufl.* 1988, parg. 8 IV. 3.

29 Para una criítica de la teoría de la justicia como modelo de legitimación de la pena, con ulteriores referencias Neumann/Schroth (*Nevere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980), p. 15 s.

30 Esta argumentación es insinuada por Hoffe (not. 27).

orientada al hecho cometido, resulta fácil desde la perspectiva de un derecho penal preventivo orientado al futuro, a partir del cual estas teorías marginan la relación de sentido entre hecho y pena. Para la teoría de la prevención especial (von Liszt) el hecho es únicamente el motivo de la sanción, pero no su fundamento. La pena justa no es la adecuada al hecho, sino la necesaria para la resocialización[31]. La teoría de la prevención general negativa mantiene en cambio la proporcionalidad entre hecho y pena, si bien la relación de sentido entre ambos se reduce a una relación de causalidad, configurada al servicio de una finalidad orientada al futuro. El castigo como confirmación de la amenaza penal (Feuerbach) significa que en el futuro ese comportamiento sigue estando prohibido debiéndose reaccionar mediante la pena frente al mismo. En todas las teorías, que buscan la intimidación, la proporcionalidad entre el hecho y la pena constituye un elemento externo limitador, inconsecuente con su finalidad.

En relación a la intimidación individual de Franz von Liszt, orientada a la imposición de la pena en el caso concreto, se subraya frecuentemente una crítica que también resulta válida para las teorías de la prevención general[32]. Un derecho penal conformado de acuerdo con los criterios de eficiencia de la prevención general debería establecer el grado de sanción, no en atención al significado que la lesión tienen para los intereses jurídicamente protegidos, sino a partir de la atracción que el hecho tiene para el autor[33]. La unión de la amenaza penal y la sanción a la importancia del hecho punible señala un límite externo, no una consecuencia interna del modelo de prevención intimidadora.

Dado que la relación entre pena y hecho punible resulta únicamente externa, las funciones preventivas del derecho penal podrían ser sustituidas por un derecho de intervención orientado prospectivamente que dirigiera los comportamientos de los ciudadanos a través de la regulación de mecanismos jurídicos alternativos. Las posibilidades son bien diversas. Se puede tratar de medidas educativas, medidas coercitivas policiales, premios para los comportamientos adecuados a derecho, impuestos prohibitivos o exigencias de compensación de daños muy severas. Esta variedad de alternativas puede reducirse a tres grupos distintos. De un lado, se puede impedir a la comisión de delitos utilizando medidas coercitivas contra los autores potenciales. Este es el caso de las medidas policiales, cuya institución más característica es la custodia de seguridad y en parte también la ejecución de la pena privativa de libertad como si se tratara de una medida de seguridad.

---

31 v. Liszt, «Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882)», in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 1, 1905, p. 126 ss., 161.

32 Vid por ejemplo Naucke, «Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882», *ZStW* 94 (1982), p. 526 ss.

33 Jakobs, «Strafrecht Allgemeiner» Teil, 2. *Aufl.* 1991, 1/29 ss.

De otro lado, se puede influir en el proceso de decisión amenazando con desventajas o mediante la concesión de ventajas. Ambas estrategias resultan intercambiables. Se puede premiar o privilegiar fiscalmente la utilización de vehículos con catalizador o gravar con un impuesto punitivo a los conductores de automóviles sin catalizador. A la modalidad negativa de esta alternativa pertenecen tanto la imposición de este tipo de impuestos punitivos, como la amenaza a través de exigencias de reparación excesivas.

El tercer grupo de medidas a través de las cuales pueden dirigirse los comportamientos pasa por influir en las actitudes. Bastan aquí como ejemplos los términos de «educación» y «tratamiento». Aunque de modo parcial este tipo de medidas se han integrado en el sistema penal, éstas son medidas alternativas y no sanciones penales. Esto es válido tanto para las medidas de seguridad como para las medidas educativas y, parcialmente, las disciplinarias del derecho «penal» juvenil. La inserción de este tipo de instrumentos dentro de los mecanismos de reacción de la justicia penal no confiere a estas medidas el carácter de sanciones penales.

Una cuestión válida en relación a estos tres grupos es que todas estas medidas incrementan su eficiencia cuando son liberadas de su conexión con el hecho punible, pues pueden adaptarse mejor a las necesidades del caso concreto. El estricto programa condicional del derecho penal puede sustituirse por un programa de fines que optimice las necesidades de dirección. Incluso allí donde la intervención del derecho aparece como una consecuencia reactiva, como ocurre en el derecho de daños queda un espacio de juego relativamente amplio para configurar la reacción según criterios de eficiencia.

El balance provisional, tras haber repasado las teorías tradicionales de la pena, resulta alentador para la búsqueda de modelos alternativos al derecho penal. Aquellas teorías que elevan a fin de la pena el momento retributivo institucional de la pena de un modo normativo no resultan viables fuera de concepciones del mundo religiosas o metafísicas. En el marco de las teorías preventivas, enderezadas a garantizar los comportamientos conformes a derecho, resulta contraproducente la orientación retributiva de la pena. Las mayores garantías que, desde el punto de vista del Estado de derecho, supone que la medición de la pena se realice a partir del grado de injusto culpable, se pagan muy caras ante la posibilidad de infringir un daño disfuncional al autor.

c) Función latente de la pena

El balance anterior conlleva cierto peligro frente al que nos debemos poner en guardia, en cuanto que puede afectar no a la capacidad preventiva de la pena, sino a sus funciones latentes. Resulta dudoso que funciones de la pena como la estabilización normativa[34], la garantía de la solidaridad social[35], la posibilidad legal de reconducir la agresividad[36] puedan ser cumplidas por otras medidas de intervención estatal. Para la teoría psicoanalítica resulta claro que sólo la pena, no sus sustitutos pedagógicos o policíacos, otorga al resto de la sociedad, a través de su ejecución, «la oportunidad de cometer un comportamiento criminal (frevle) similar amparándose en la justificación de la expiación»[37]. Esto resulta igualmente válido para las teorías que mantienen la confirmación simbólica de las normas sociales a través de la imposición de la pena. Para la teoría de la prevención general positiva resulta central la relación de sentido entre hecho y pena que dejan en suspenso los modelos genuinamente preventivos. A la hora de confirmar de un modo simbólico la validez de la norma la pena resulta más impresionante cuanto menos esté anudada a funciones instrumentales como el impedir hechos delictivos futuros. Por ello resulta consecuente que Jakobs otorgue a la lucha contra la criminalidad un lugar marginal dentro de la teoría de la estabilización normativa[38] (cuestión distinta es si esta teoría puede seguir apelando al concepto de prevención general). Cada orientación a fines de la pena hace decrecer su fuerza simbólica. La «última cena» hubiera perdido sin duda todo su valor simbólico, si hubiese tenido como finalidad explícita calmar el hambre y la sed de los comensales.

Esta relación puede aclarar la, en principio, sorprendente cercanía que existe entre determinadas modalidades de la teoría de la prevención general positiva con las tradicionales teorías absolutas de la pena[39]. El que estas teorías apelen al mismo tiempo a Luhmann y Hegel, como hace Jakobs, demuestra que retribución y estabilización normativa no son sino las dos caras de una misma moneda. Dicho de un modo más exacto: lo que en el ámbito del análisis sociológico de la pena se identifica con la estabilización normativa, aparece como retribución cuando la sociedad otorga sentido a la pena. Y es que en el contexto de atribución por parte de la sociedad de finalidades latentes de la pena, las cuales entran en juego a espaldas de los miembros de la sociedad, que

34 Jakobs, «Strafrecht Allgemeiner» Teil, 2. *Aufl.* 1991, ¼ ss.

35 Durkheim, *De la division du travail social*, 1893.

36 Freud, *Totem und Tabu* (not. 26), p. 361.

37 Freud (como en not. 36).

38 Jakobs, «Strafrecht Allgemeiner» Teil, 2. *Aufl.* 1991, 1/11, 1/16.

39 Vid. al respecto Müller-Tuckfeld, *Integrationsprāventation. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998, p. 45 u.ö.

no pueden ser tematizadas[40], la estabilización normativa resulta necesariamente un fin de la pena. El momento retributivo que pertenece al concepto y a la institución de la pena resulta necesario en el ámbito de su análisis sociológico. La teoría de la retribución pertenece al marco de la comprensión social de los fines de la pena.

Evidentemente se trata de una relación perjudicial para la teoría de la estabilización normativa, pues su correlación con las teorías absolutas de la pena refuerzan la sospecha de que en el modelo de estabilización normativa a través de la pena existe una base social psicológica que debería evitarse en el marco de una sociedad ilustrada. No obstante, aún está abierta la pregunta acerca de en qué medida los mecanismos sociales de estabilización normativa son susceptibles de una crítica ideológica, ya que incluso los científicos sociales se muestran reservados en este punto[41]. En cualquier caso constituiría una ilusión creer que unos mecanismos sociales de comprensión que han operado durante tanto tiempo pueden quedar obsoletos mediante la difusión de simples puntos de vista jurídicos o sociológicos. En tanto no pueda argumentarse de un modo convincente qué institución en lugar de la pena puede cumplir con la función de estabilización normativa, no existen alternativas significativas.

V. LIMITACIONES AL DERECHO PENAL

La cuestión de las alternativas al derecho penal no puede ser contestada globalmente, sino que debe abordarse desde distintos ámbitos. Si la función del derecho no puede reducirse a un mínimo denominador común en todos los ámbitos jurídicos y vitales, aún menos puede ser juzgada globalmente su sustitución. Desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva (estabilización normativa), la pena realmente coadyuva a la estabilidad normativa en el ámbito central del derecho penal, como ocurre en los delitos tradicionales contra la propiedad y el patrimonio, en cambio esto no sucede en tipos penales que tienen como interés protegido garantizar la efectividad de la

40 Sobre esta cuestión vid. ya Neumann/Schroth, (Fn 29) S. 122 f.; igualmente Bock, «Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention», *ZStW* 103 (1991), S. 636 ff., 652 f. Resulta cuestionable que puedan derivarse objeciones a la teoría de la estabilización normativa (vid. Bock op. et loc cit.) de la necesaria diferenciación entre funciones latentes y manifiestas que surgen del análisis sociológico de la función de la pena y de la comprensión que la sociedad tiene al respecto de los fines de la pena. Vid. al respecto Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken, *ZStW* 107 (1995), p. 843 ss., 867; también Karamagiolis, *Probleme eines funktionalen Strafrechts am Beispiel des strafrechtlichen Schuldprinzips*.

41 Gertrud Nunner-Winkler, «Wider das 'Abschaffen des Strafens'», in: K. Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. IV (Legalbewährung und Ich-Struktur)*, 1998, S. 83 ff.; crítico al respecto D. Fabricius, Einleitung, a.a.O. S. 7 ff., 25 ff.

administración de justicia penal, como ocurre en Alemania con el tipo de blanqueo de capitales (§ 261 del StGB). Una teoría de la pena orientada a la estabilización normativa no trata de impedir futuros delitos, sino que su finalidad es garantizar expectativas de comportamiento relevantes. En definitiva, ello la acerca a puntos de vista que cifran el ámbito de competencias legítimo del derecho penal en el criterio del perjuicio a las bases de la confianza mutua[42]. Lo cual en relación a los ámbitos de los que hoy se ocupan las normas penales abre vastas posibilidades descriminalizadoras.

La reducción de la punibilidad puede operarse también en el ámbito de las consecuencias jurídicas, ya que la capacidad de la sanción en orden a comunicar la estabilización de la norma no tiene porqué anudarse necesariamente a una lesión de bienes jurídicos del autor. La teoría de la prevención general positiva permite a partir de aquí un espacio amplio para la remisión de la ejecución, para instituciones como la suspensión de la ejecución (§ 59 StGB) y mecanismos de resolución de conflictos socioconstructivos como la reparación. Por el contrario, en la represión de delitos graves, la pena como acto comunicativo[43] no puede ser limitada de modo apreciable y explícito[44], y ello porque el grado de desaprobación se corresponde con la gravedad de la sanción. Una simple desaprobación en casos de violación o lesiones graves actualmente se percibiría como un escarnio para la víctima. En este sentido cabe señalar únicamente que la cualidad y la intensidad de la pena que corresponde a un determinado injusto no constituye ninguna constante antropológica. Una pena resulta adecuada o no a un hecho en relación a un concreto sistema que está sujeto a variaciones históricas. Si como consecuencia de una aminoración de las sanciones este sistema se altera[45], desciende el nivel de las penas correspondientes a cada hecho. Todo ello posibilita además un desplazamiento de la frontera entre las sanciones penales y las administrativas, que aunque contienen un menor reproche ético social[46], tienen igualmente un carácter retributivo. Igualmente esta circunstancia amplía el espacio de juego de las reacciones que atienden exclusivamente a fines preventivos, concretamente especiales.

---

42 M. Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 30.

43 Básico acerca de la diferenciación entre, de un lado, las funciones expresivas de la pena y, de otro, acerca de la pena como causación de un mal así como de las conexiones entre estos momentos A. v. Hirsch, Censure and Sanctions,1993; vid. además Hörnle/v. Hirsch, *Positive Generalprävention und Tadel, GA* 1995, S. 261 ss.; v. Hirsch, «Tadel und Prävention: Die Übelzufügung als Element der Strafe», en: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, S. 101 ff.; el mismo., Die Existenz der Institution Strafe: Deontologische und präventive Elemente einer Rechtfertigung, in diesem Band.

44 De acuerdo Tatjana Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, p. 124.

45 Acerca de este desarrollo –pronosticándolo y describiéndolo– Roxin, Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert, in: E.W. Plywaczewski (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie, Bialystok 1998, S. 443 ff.

46 Vgl. etwa Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 59.

ALTERNATIVAS AL DERECHO PENAL

Juan Carlos Carbonell Mateu
Universitat de València

La necesidad de poner freno a la tendencia expansiva del Derecho penal y de tomarse en serio el principio de intervención mínima obligan a cuestionarse ciertas manifestaciones comprobables en la realidad. También la expresión de alguno de los movimientos actuales de la teoría del derecho penal y su cristalización político-criminal puede dar lugar a dobles lecturas, por lo que parece oportuno clarificar algunas posiciones. Y ello, tanto desde la óptica de la definición de delitos y de la asignación de un cierto protagonismo procesal a la víctima cuanto desde la teoría de la pena, que es lo mismo que decir desde la función que atribuyamos al mismo Derecho penal o, aún mejor, a la política penal y a las formas de control social. La cuestión es también la de sí y hasta qué punto son utilizables fórmulas alternativas frente a las que también, y conviene decirlo, han de interponerse ciertas prevenciones.

1. La concepción tradicional de plantearse el papel de los sujetos de la relación jurídico-penal, autor-Estado, expresión de la relación acción-reacción, conduce a una formulación jurídico-pública que prescinde de la colectividad y de la víctima como sujetos directamente afectados a los que corresponda un papel en la reacción. El contenido clásico de las funciones delegadas, con la creación del pacto constituyente que da lugar a los Estados modernos, por la sociedad civil, incluye tanto la selección de conductas prohibidas cuanto la previsión de sus consecuencias y, por supuesto, el monopolio de la reacción punitiva. El Derecho penal es, sin la menor duda ni concesión, Derecho público. La quiebra de los intereses, aún los de naturaleza estrictamente privada, se convierte en pública: el perjuicio determinará la gravedad del hecho que aparece como expresión de la lesión del interés público en su tutela, no existirá disponibilidad alguna por los titulares de los bienes jurídicos y el principio de estricta legalidad guiará la intervención de los poderes públicos sometidos, por otra parte a la proporcionalidad, expresión en el ámbito sancionador, de la justicia como valor.

La entrada de la víctima, como tercera pata de la relación, y la atención a sus intereses privados no ya como objeto lesionado, sino fundamentalmente como bien a satisfacer, altera sustancialmente la misma naturaleza del Derecho penal y, de manera coherente, sus consecuencias. Debe decirse que no siempre a favor de la menor intervención restrictiva de la libertad. Así lo puso de manifiesto la ponencia de la Profª. Mercedes García Arán. Si la víctima tiene un papel, su tendencia será la de satisfacer sus propios intereses, y el

carácter público del mismo concepto de bien jurídico y, corolariamente, del injusto se habrán difuminado. Asistiremos a una «privatización» del Derecho penal que, lejos de constituir una novedad histórica, corre el peligro de trasladarnos, si no se adoptan las debidas prevenciones, a un momento preconstitucional, anterior al pacto constituyente.

A tales peligros deben unirse otros derivados, paradójicamente, del carácter secundario del Derecho penal que, mal entendido, acaba formalizando, en el peor sentido, el injusto, que se convierte en una mera desobediencia de normas procedentes de otras ramas del Ordenamiento. El Código Penal español de 1995 ha sido puesto como ejemplo al haber incluido conductas constitutivas de infracciones a la normativa administrativa o incluso ilícitos civiles en el catálogo de delitos. Eso hace, por otra parte, que se trasladen algunos de los principios inspiradores del funcionamiento de las otras ramas, tales como una cierta objetivización de la responsabilidad y la disponibilidad de la víctima que dirige su actuación a la satisfacción de sus intereses privados, a veces con merma de los principios de legalidad e igualdad.

El papel político-criminal atribuido a la reparación puede ser, al respecto, significativo. No cabe duda de su potencialidad como medio de disminuir la presión penal y los efectos indeseables de la pena. Constituiría así una «tercera vía» de reacción, sin efectos desocializadores y mediante la que se conseguiría anular o, al menos disminuir notablemente, las consecuencias del delito. De ello se hizo eco el Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung con propuestas en el sentido aquí apuntado. Pero, junto a las ventajas indudables, aparecen las características de privatización ya señaladas. Para calibrar su aceptabilidad es menester tomar en consideración ciertas cuestiones: no estamos ante un fenómeno aislado, sino más bien ante una expresión más, y quizá no la más importante, de la tendencia general a la privatización y a la consiguiente relajación del carácter público del Derecho penal y al paulatino abandono del papel atribuido al Estado constitucional moderno como titular único del poder punitivo; atribución que significó, en su día, uno de los avances históricos más importantes en la organización política de la sociedad. Por otra parte, la satisfacción de los intereses, fundamentalmente económicos, de las víctimas podrían ser logrados por otras vías que aseguraran un mayor respeto a la legalidad, la igualdad y la justicia: incrementar el ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado es un buen ejemplo. Entre las ventajas se añade, por el contrario, la de que se podría obtener una recuperación social del autor a un coste menor que el comporta la aplicación de la pena.

Todo este planteamiento no parece, sin embargo, cuestionar el interés en el mantenimiento del carácter delictivo de las conductas a evitar ni la naturaleza de la propia relación jurídica autor-Estado, a la que se ha añadido a la víctima. La reparación seguiría siendo, pese a sus características en gran parte

de naturaleza privada, una institución punitiva, una alternativa más o menos híbrida, el recurso a la cual estaría justificando el mantenimiento en el ámbito penal de una serie de conductas. La pena estaría adquiriendo un carácter subsidiario que, no sólo dependería de los deseos de la víctima y de las posibilidades reales del autor de satisfacerlos, lo que no siempre será compatible con la generalidad e igualdad que se suponen en el derecho público, sino de los intereses públicos en la intervención del derecho penal. Éstos, sin embargo, podrían haber sufrido un claro desplazamiento. La función de tutela del bien jurídico se vería sustituida, en el fondo, por la del favorecimiento de la satisfacción de los intereses privados. El Estado parece tener un interés subsidiario: si no se satisface a la víctima mediante la reparación, entonces la pena cumple su función de control social. Las consecuencias de todo ello no pueden escapársenos: el mantenimiento del interés público depende de decisiones privadas, la voluntad general expresada en la ley sólo viene en aplicación en defecto de la reparación. Y eso, forzosamente significa que, en realidad el delito no parece consistir tanto en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de forma típica cuanto en la insatisfacción de la reparación subsiguiente.

Ante lo que cabe preguntarse si eso justifica la intervención del derecho penal. Si hay un interés a tutelar, y la gravedad del hecho justifica la intervención del derecho penal, será porque difícilmente ésta pueda verse sustituida por otros mecanismos. Y si no, no se ve por qué deba producirse con carácter subsidiario a la reparación y, por consiguiente, más bien tutelando ésta que los intereses públicos. En otros términos: si se puede prescindir de la intervención del Derecho penal, y ello ocurre siempre que éste renuncia a favor de otros medios alternativos, resulta injustificable su mantenimiento. Frente a todo ello, parece más acogible la idea de reducir el ámbito de intervención del Derecho penal todo lo que sea posible y preservar rigurosamente su carácter público.

2. De cualquier manera, ambas técnicas alternativas, disminución del ámbito de la tipicidad y recurso a la reparación, fueron también planteadas en la ponencia del Prof. Ulrich Neumann. La privatización supone, como se ha señalado más arriba, una cierta devolución del poder punitivo a la sociedad civil, a la comunidad. Y la intervención mínima, el freno a las tendencias expansivas, podría lograrse mediante la utilización en cascada de medidas alternativas, tales como reacciones social-comunitarias no estatales, medidas estatales de carácter preventivo, entre las que deben destacarse las policiales y las educativas y, por fin, sanciones estatales retributivas, pero manteniéndose a un nivel inferior al umbral correspondiente a las penas criminales. La aceptación de las propuestas implica la respuesta afirmativa a tres cuestiones sucesivamente: ¿se puede renunciar al uso del Derecho penal a favor de una autoregulación social? Si es así, podremos quedarnos en el primer nivel; de lo contrario, habremos de plantearnos la suficiencia de las medidas de preven-

ción, y sólo si con éstas no se consigue regular adecuadamente las conductas, recurriremos a la sanción retributiva de bajo nivel. Si ésta también fracasa, resurgirá el Derecho penal clásico. Analicemos cada una de las posibilidades alternativas apuntadas.

La devolución del conflicto a la sociedad supone recuperar el papel de ésta y el de la víctima, destacando el carácter de conflicto autor-víctima que puede ser atribuido al delito. Eso supone superar alguno de los inconvenientes procedentes de la concepción de éste como un conflicto autor-Estado, que convierte a aquéllas –sociedad y víctima– a su vez en víctimas del olvido. A ello nos hemos referido antes, y conviene insistir en la importancia política que revistió la atribución pública del poder punitivo. Por otra parte, tampoco debe despreciarse el papel que la sociedad puede tener a la hora de generar el conflicto, raramente atribuible de manera exclusiva al autor. Eso hace que no siempre esté en las mejores condiciones para resolverlo; al menos, para hacerlo de forma aceptablemente justa. Con todo, es posible que se alcance el acuerdo, con la aceptación del autor, y sea posible la solución social o la privada. Cabría cuestionarse entonces la legitimación de la intervención del Estado y el pase a los niveles siguientes de reacción. Especialmente desde la concepción de un conflicto interactivo, intercomunicativo, que podría no precisar la intervención del tercero. Se requiere, en este caso, llegar a la conclusión de que existen intereses generales que fundamenten o, al menos, expliquen el recurso al carácter público, en otras palabras, que es factible elevar a la categoría de general el conflicto. Considerar el delito como infracción de norma o como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos puede explicar, pero no justificar la generalización del conflicto individual: lo primero porque es consustancial al conflicto mismo de delito, lo segundo porque la lesión puede ser independiente de la consideración de la víctima. Desde concepciones psicoanalíticas puede explicarse la necesidad del recurso a lo estatal desde la generalización de los papeles de autor y víctima: el primero sería identificado con la actualización de tendencias criminales latentes, que sería preciso atajar, el segundo, por la identificación social con ella y una extendida conciencia de que sólo el azar o circunstancias mutables han hecho recaer, por esta vez, el papel de víctima en otro. Cuando la conciencia social se produce así, resultaría necesario a la reacción pública.

Quedaría por resolver si ésta debe tener finalidad preventiva o retributiva. Si se actúa como reacción consecuente a un hecho, el carácter retributivo se convierte en una nota conceptual ínsita a la pena. No debe tampoco olvidarse que hasta ahora, en el nível social-comunitario y privado, ha primado la utilidad. Y que la pena pública no constituye otra cosa que la aplicación de un mal como consecuencia jurídica de un hecho anterior. Agotar en ello su finalidad, como pretendieron las teorías absolutas, sólo puede tener una base meta-

física o religiosa: afirmado que la pena es conceptualmente retribución, sostener que esa debe ser su finalidad significa afirmar que resulta mejor un mundo que resuelve sus conflictos acumulando males, respondiendo con más mal al mal causado, que uno que sea capaz de resolverlos de otra manera. La pena debe, por el contrario, para ser aceptable ser necesaria y constituir una condición indispensable para la vida en común. Por eso debemos insistir en el análisis de las posibilidades del recurso a otras alternativas y, concretamente, a formas de reacción que no alcancen el nivel retributivo correspondiente a la gravedad del hecho.

Las teorías relativas de la pena han venido dando respuestas diferentes: para la prevención especial de Von Liszt, pena necesaria es la indispensable para lograr la resocialización del autor, y el delito cometido habrá constituido un motivo para la aplicación de la pena, pero nunca la razón de la misma. Para la prevención general intimidatoria, pena necesaria será aquella que es capaz de evitar la comisión de delitos, y su medida no debe venir determinada por la proporcionalidad con el hecho cometido, sino con el grado de atracción que su comisión despierte en los ciudadanos, como ha afirmado Jakobs: se trata, en suma, de un instrumento de contramotivación. Su sustitución por otro tipo de medidas habrá de venir determinado por la eficacia de éstas para lograr los mismos fines, y sólo el fracaso de las alternativas justificará el recurso a la pena. Tales medidas pueden ser policiales (medidas coercitivas destinadas a delincuentes potenciales, a los que se debe dificultar el paso al acto), directamente contramotivadoras, incrementando las ventajas que puede comportar abstenerse de realizar la conducta a evitar (utilización de la vieja imagen del palo y la zanahoria), e influencia en el proceso de decisión de los ciudadanos mediante la educación, la cultura, las medidas sociales o, en su caso, el tratamiento adecuado. En cualquier caso, la eficacia de todas estas medidas se logra mejor si renunciamos a cualquier nota retributiva, si, en suma, aparecen desligadas de cualquier carácter reactivo frente a hechos anteriores.

La fundamentación de la necesidad de pasar al nivel siguiente y justificar el recurso a la pena ligada a la culpabilidad del sujeto puede intentarse desde diferentes puntos de vista. Neumann destaca tres, a los que califica de funciones latentes de la pena, que vendrían a ser más reales que la fuerza preventiva, y que merecen ser criticados: ni la posibilidad legal de reconducir la agresividad (Freud), ni la función de garantizar la cohesión y la solidaridad sociales (Dürkheim) ni la consecución de la estabilización normativa (Jakobs) requerirían del uso de la pena. Estabilización normativa y retribución aparecen como dos caras de la misma medalla. La norma no debe aparecer como justificada por sí misma y desligada de sus funciones, dotada de autofinalidad (Selbstzweck). Por otra parte, la estabilización normativa requeriría para su consecución de la conciencia del momento retributivo. En ese sentido, ha sido

puesta de manifiesto en otros momentos, la relación existente entre Jakobs y Hegel. A las ciencias sociales corresponde demostrar entonces en qué medida no es pura ideología la afirmación de que la pena retributiva resulte mejor que otros mecanismos para lograr la estabilización normativa. La obtención de la fidelidad a la norma puede resultar alcanzable mediante la retribución en los delitos graves y clásicos, sobre los que opera una conciencia social que permite la identificación con la norma, pero resulta inadecuada respecto a aquellas normas que sólo protegen intereses estatales más o menos formalizados.

De lo que se trata no es de alcanzar sin más la estabilización normativa, sino más bien de conseguir la garantía de las expectativas relevantes de comportamiento en los ciudadanos. Y ello puede conseguirse en muchos ámbitos con las respuestas sociales, las medidas preventivas o, al menos, con las penales de carácter simbólico, mucho más reducidas que las correspondientes a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor. No siempre, pues, resultara necesario privar al autor de sus bienes y derechos, infligiéndole un mal como respuesta. Tampoco, aún en el caso de resultar necesario el recurso a la imposición de la pena grave, habrá siempre de hacerse efectiva la ejecución de la misma. Sólo en última instancia, cuando todos los niveles inferiores fallen, ante delitos graves y de desaprobación general, y en los que resulte inevitable la ejecución de la pena como acto comunicativo, ésta estará justificada.

3. La exposición de las ponencias dio lugar a un riquísimo debate, presidido por el Prof. Berdugo Gómez de la Torre, y en el que se suscitaron cuestiones muy diversas, entre las que destacaré algunas.

Las críticas al proceso de privatización no deben llegar al extremo de hacernos perder el punto de vista de que puede comportar una despenalización y, por consiguiente, un incremento del ámbito de libertad: no toda infracción de norma ha de comportar una respuesta punitiva. La abolición de la justicia penal comportaría, sin embargo, como destacó Von Hirsch, un claro peligro de arbitrariedad y de discriminación; lo mismo cabe decir de la pérdida de su carácter público. La reparación a la víctima, por otra parte, no siempre agota las consecuencias derivadas de un hecho ilícito, lo que puede obligar a una intervención pública. Un buen ejemplo de ello puede ser la necesidad de restaurar el medio ambiente. A ello se refirió Palazzo, quien destacó además que no depende dicha necesidad del carácter penal, pues no existe un ilícito ontológicamente penal. Todo es decisión política del legislador. No parece oportuno identificar la reparación con una institución exclusivamente penal.

Diversos intervinientes se refirieron a la necesidad de limitar la aplicación de las penas privativas de libertad mediante su sustitución, a través de un derecho penal de doble vía no discriminatorio (Stortoni), renunciando a controlar todo tipo de desviación social con la cárcel, y reservando ésta sólo para quienes violan derechos fundamentales (Marinucci), recurriendo en otros ca-

sos a medidas alternativas (Herzog). Hay, sin embargo, supuestos para los que el Derecho penal no tiene alternativas, debiéndose, en todo caso, impedir las discriminaciones construyendo derechos diferentes que conduzcan a la impunidad de los poderosos y a la condena de los chivos expiatorios (Muñoz Conde). La utilización de las medidas alternativas deberá comportar un suficiente grado de eficacia tal como señaló Naucke. A su vez, la utilización de ramas jurídicas alternativas, como el derecho administrativo sancionador habrá de comportar la asunción de los principios y garantías propios del penal (Diez Ripollés), aspecto que ha de hacerse extensivo al derecho de intervención como sustitutivo: la privatización, las medidas intervencionistas y, en suma, las alternativas a la pena han de reunir todas las garantías (Hassemer), y sólo deben ser aplicadas cuando resulten eficaces, renunciándose a su carácter automático de sustitutivos (Militello), sin que les corresponda siempre una función punitiva (Lüderssen). No se trata de sustituir al Estado por la respuesta social incontrolada, sino por el control social con intervención del Estado, y siempre cohonestando las garantías con la necesidad de la intervención no discriminatoria (Marinucci).

En resumen, puede señalarse la necesidad de reducir el ámbito de intervención penal, sin que ello comporte una renuncia a su carácter público. Las alternativas a la pena pueden permitir la utilización de medidas de prevención e, incluso, allí donde la privatización no comporte perjuicios mayores, devolver el conflicto a la sociedad en el que se generó. Y asegurar desde el Estado, en todo caso, la subsistencia de las garantías individuales.

FUTURO DEL DERECHO PENAL

EL DERECHO PENAL DEL FUTURO*

Prof. Dr. Lothar Khulen
Universidad de Mannheim

«Quien presume de predecir el futuro miente, aunque el azar pueda hacer realidad su predicción» (proverbio Árabe)[1]

1. La entrada inminente en el próximo siglo y milenio nos sitúa ante la pregunta de determinar como será a largo plazo, es decir al menos en relación al próximo siglo, el «Futuro del derecho penal». Desgraciadamente no dispongo de dote profético alguno que pueda utilizar para responder con buena conciencia a esta cuestión. Es más, si lo hiciera tendría mala conciencia.

2. En cualquier caso existe una tesis mucho menos arriesgada: el derecho penal tiene futuro[2]. La estrategia de la retribución, es decir la imposición de una sanción como consecuencia de una infracción normativa, continuará siendo eficaz a largo plazo de acuerdo con la teoría de la evolución[3]. Esta validez no se desprende, naturalmente, de la retribución en cuanto tal, sino de la conjunción de todas sus ventajas que hacen poco atractivos los intentos de explotarla[4]. La más evidente es que sigue siendo un instrumento irremplazable con el que el Estado garantiza el cumplimiento de las normas de conducta que coordinan los comportamientos en sociedades desarrolladas. En el futuro seguirá siendo necesario imponer sanciones suficientes a los infractores con el fin de cumplir esta función, pues tampoco será suficiente una crítica meramente simbólica o «expresiva» de la infracción normativa.

Por supuesto que estas sanciones acarrean también considerables inconvenientes. Hasta ahora no hemos encontrado ningún método para desaprobar los comportamientos antinormativos, sin que a la vez desaprobemos, estigmatizando, a la persona que actúa. La desaprobación penal está unida a cargas materiales para el afectado que puede actuar de un modo contraproducente, como singularmente ocurre con la desocialización que lleva pareja la pena privativa de libertad. En este punto podrían mencionarse también los costes considerables que ocasiona al Estado la justicia y la ejecución penal.

---

* Trad. Adán Nieto Martín. UCLM.

1 Citado según Hartmut Schellhoss, «Wird die Kriminalität bestimmt steigen?», *NStZ* 2000, 15 (16).

2 Claus Roxin, «Hat das Strafrecht eine Zukunft?» en: Karl Heinz Gössel/Otto Triffterer (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg 1999, p. 135 ss.

3 En este sentido Richard Dawkins, «Das egoistische Gen», 2. *Aufl.* Heidelberg/Berlin/Oxford 1994, S. 121 ss., quien compara al «vengador» con otros tipos sociales como el «avispado», «el candido» o «el delator». Vid. sobre estas y otras teorías acerca de la «función social del principio de retribución» Angela Kalous, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, Regensburg 2000, p. 210 ss.

4 Vid. Robert Axelrod, «Die Evolution der Kooperation», 4. *Aufl.* München 1997.

3. Este bosquejo incompleto y vago de las ventajas e inconvenientes de la utilización del derecho penal con el fin de confirmar la validez de las normas muestra ya que las consideraciones procedentes tanto de la teoría de la pena como de la sociedad sólo sirven para dibujar un marco muy vago, que sólo puede ser rellenado a partir de referencias culturales determinadas y que depende de decisiones político criminales. Las Ciencias sociales no ayudan a deducir el desarrollo que en concreto experimentará el derecho penal, pues no sirven para elaborar pronósticos acerca de cuestiones como el desarrollo de la pena privativa de libertad – ¿tenderá a reducirse su aplicación, en correspondencia con una ya larga tendencia europea o recobrará su importancia, en consonancia con lo que ha ocurrido en las últimas décadas en los EE.UU?[5] – o el grado de estigmatización de las penas impuestas por el sistema estatal – ¿descenderá, de acuerdo con la tendencia que existe hoy en Alemania o se elevará, como suceden en los EE.UU?[6]–.

Pero las Ciencias sociales tampoco nos ayudan mucho más a la hora de responder a la cuestión de cuál habría de ser desarrollo razonable, deseado, del derecho penal[7]. Seguramente un partidario del «labelling aproach» respondería de un modo muy distinto a las cuestiones anteriores que un defensor del «rational choice aproach» inspirado en un modelo económico de comportamiento. Además en su respuesta dejarían bastantes preguntas abiertas, como singularmente el punto de vista teórico que debe seguirse, y es que el status epistemológico de las ciencias sociales se asienta en algún lugar situado entre el convencimiento personal, la experiencia propia y la reflexión teórica.

4. Si tras lo que acaba de indicarse dejamos de lado las deducciones científico sociales, nos queda como método de prognosis la extrapolación de las concretas tendencias de evolución histórica del derecho penal. En este punto, para evitar depender del azar, lo más sencillo es generalizar las tendencias de evolución observadas y referirlas tanto a periodos de tiempo suficientemente amplios como a los problemas concretos a cuya solución han de contribuir. No obstante, incluso si se procede de este modo, pueden establecerse diferentes prognosis dependiendo de si se elige como punto de partida inductivo la reciente evolución del derecho penal en Europa o en USA[8].

---

5 Al respecto Sebastian Scheerer, «Zwei Thesen zur Zukunft des Gefängnisses – und acht über die Zukunft der sozialen Kontrolle», en: Trutz von Trotha (Hrsg.), *Festschrift für Fritz Sack*, Baden-Baden 1996, S. 321 ff.; Hans-Jörg Albrecht, «Anmerkungen zu Entwicklungen in der Kriminalpolitik», en: Wolfgang Feuerhelm/Hans-Dieter Schwind/Michael Bock (Hrsg.), *Festschrift für Alexander Böhm*, Berlin/New York 1999, p. 765 (767 ss.).

6 Vid. Hans-Jörg Albrecht (not. 5), S. 770.

7 Lo mismo sucede si a estas teorías se les concede importancia en el marco de teorías normativas, tal como hace la teoría de la prevención general en la justificación del derecho penal Vid. al respecto Lothar Kuhlen, «Anmerkungen zur positiven Generalprävention», en: Bernd Schünemann/Andrew von Hirsch/Nils Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998, S. 55 ff.

8 Vid. ademas de Hans-Jörg Albrecht (not. 5), Hans Joachim Schneider, «Kriminalpolitik an der Schwelle zum» 21. *Jahrhundert*, Berlin/New York 1998.

El influjo de los EEUU en la reciente evolución del derecho penal europeo es considerable y debe juzgarse de un modo diferenciado. La sostenida tendencia consistente en acentuar los aspectos represivos del derecho penal a través de la imposición de penas de muerte, utilización excesiva de penas privativas de libertad y sanciones estigmatizadoras tienen, a mi juicio, escasas posibilidades de influencia en el centro y oeste de Europa. Los penalistas europeos deben ser suficientemente conscientes de su valor y aclarar que, por ejemplo, reglas como la de «three strikes and you are out» resultan válidas en el baloncesto, pero no encajan en el derecho penal y que igualmente resulta brutal la imposición de sanciones privativas de libertad largas contra delitos contra la propiedad de importancia minúscula. Formulado de otro modo: si tomo como punto de partida que la evolución del derecho penal europeo seguirá en las próximas décadas la evolución que se ha observado en los últimos decenios, lo anterior no se corresponde ni con mis convicciones personales, extraídas de la observación de los hechos, ni tampoco resultan pretensiones deseables.

5. Con cuanto se lleva dicho no se ha realizado avance alguno ni desde el punto de vista empírico ni normativo, por lo que resulta impredecible el desarrollo del derecho penal en Europa e incluso en Alemania[9]. Cuestiones como si en esta evolución se verán lesionados algunos de los principios tradicionales del derecho penal liberal, resultan difíciles de valorar y entender e igualmente no pueden deducirse a partir de concepciones distintas del derecho penal.

De los numerosos fenómenos singulares que resultan de interés abordaré únicamente unos pocos y, en consecuencia, bosquejaré de un modo muy vago algunas de las futuras tendencias de evolución del derecho penal[10]. Muchos de los rasgos más importantes de la evolución del derecho penal pueden aclararse si se repara en que, de un lado, del derecho penal se espera una contribución cada vez mayor, pero a su vez diferenciada, a los mecanismos de control social, mientras que, de otro lado, deberán considerarse, al igual que en relación a otras funciones del Estado, los costes cada vez más elevados de la utilización del derecho penal[11].

---

9 Al que limito mis personales juicios de probalidad. Sobre su desarrollo en Austria, bastante similar vid. Manfred Burgstaller, «Entwicklung des Strafrechts in Österreich seit 1975», en: Karl Heinz Gössel/Otto Triffterer (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg 1999, p. 3 ss.

10 Conjeturas concretas y a mi juicio plausibles pueden encontrarse en Claus Roxin, «Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert», en: Emil W. Plywaczewski (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, Bialystok 1998, p. 433 ss.; el mismo, «Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft», en: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München 2000, p. 369 ss.

11 Exigencia que deriva, de un lado, de la enorme cuantía de recursos públicos y de otro del progresivo avance del pensamiento economicista.

En el derecho penal más nuclear y sobre todo en relación a los delitos más cotidianos (pequeños delitos contra la propiedad y el patrimonio, lesiones, injurias, daños, amenazas...) existe una necesidad de control creciente, que podría incluso aumentar si continúan debilitándose aún más los mecanismos informales de control social, como consecuencia de tendencias tan constantes como la concentración de la población en grandes ciudades, el individualismo, el anonimato, el debilitamiento de los deberes más tradicionales etc.[12]. La solución actual y seguramente futura de este problema radica[13] en mantener la presencia del derecho penal pero configurando procesos, a través de distintas formas de diversión, y consecuencias jurídicas flexibles y no tan costosas. Todo ello podría ir unido a un nivel sancionador más bajo que el actual[14], tal como hoy ya se concibe la reparación civil de daños y perjuicios e incluso la consideración como sanción del procedimiento de instrucción, y a la aminoración de la certeza del derecho penal. Los límites de esta opción se sitúan cuando el grado mínimo de retribución implícito en todo derecho sancionador da paso a un derecho penal «fanfarrón», cuya competencia sancionadora no resulte ya creible.

Mayor necesidad de control existe en el ámbito del denominado «moderno derecho penal»[15], como por ejemplo en el derecho penal económico o del medio ambiente y en sectores similares. También aquí cabe esperar y observar una flexibilidad de las consecuencias jurídicas y de los procedimientos similar a la del derecho penal nuclear. En esta dirección apuntan los tipos necesariamente abiertos e indeterminados (leyes penales en blanco, conceptos jurídicos indeterminados, delitos de peligro abstracto), las formas de imputación específicas referidas a organizaciones (como la punibilidad de la propia organización), la existencia de sanciones financieras elevadas (comiso, penas patrimoniales) y los acuerdos entre las partes como forma de terminación, a la vista de los grandes costos que puede originar el proceso. En estos ámbitos existirá una regulación mayor y apenas puede contarse con una marcha atrás[16].

12 Ésta extendida y plausible suposición está asegurada por las Ciencias sociales.

13 Conjuntamente con una nueva limitación de los controles sociales formalizados mediante controles informales, tal como se observa en el ámbito municipal de prevención de la criminalidad.

14 En igual sentido Claus Roxin, Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert (not. 10), S. 454 ss.

15 Al respecto Winfried Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 378.

16 Cfr. Lothar Kuhlen, «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit», en: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München 2000, p. 57 ss.

El tercer sector que podemos considerar es la lucha contra determinados delitos y delincuentes singularmente peligrosos tanto por sus fines como por su forma de organización[17]. El Derecho penal que hasta ahora se ha desarrollado con el fin de luchar contra el terrorismo o la criminalidad organizada posee notables peculiaridades tanto procesales como materiales. La capacidad de intervención del Estado se ha configurado de un modo mucho más incisivo confundiendo las finalidades represivas y policiales[18], estableciendo sanciones mucho más duras y relativizando el principio del hecho a través de una perspectiva orientada al autor. A largo plazo resulta dudoso, más que la existencia misma de este derecho penal de lucha, cuál será su extensión. Especialmente resulta dudoso, desde una perspectiva económica, si la actual configuración del derecho penal en materia de tráfico de drogas resulta mantenible.

17 Vid. las reflexiones de Jakobs sobre lo que ha denominado «derecho penal del enemigo», Günther Jakobs, «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart», en: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München 2000, p. 47 ss.

18 Vid. al respecto especialmente Klaus Marxen, «Organisierte Kriminalität und die Organisation der staatlichen Strafverfolgung», en: Hans-Dieter Schwind/Edwin Kube/Hans-Heiner Kühne (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Schneider*, Berlin/New York 1998, p. 297 ss.

EL FUTURO DEL DERECHO PENAL

Prof. Dr. Nicola Mazzacuva
Universidad de Bologna

RELACIÓN*

1. La cuestión que, llegados a este punto, propone el Convenio, (¿tiene un futuro el Derecho penal?) es ciertamente comprometedora, pero parece fácilmente resoluble, teniendo en cuenta, precisamente, la actual situación. La respuesta ha de ser sin duda alguna positiva: el sistema penal (sea en su parte sustancial, sea en su fase aplicativa), goza de óptima salud, y por lo tanto, tiene ciertamente un futuro asegurado.

Es fácil, de hecho, comprobar como el Derecho penal ha llegado a ser ilimitado: la legislación ha sido incrementada tanto en el Derecho penal «central», como en el ámbito del Derecho penal «accesorio». Cada fenómeno sobre el cual se forma, o a decir verdad, viene simplemente inducida una apreciable alarma social, llega a ser inmediatamente (fácilmente) objeto de renovada atención penal: sea reformulando las «viejas» disposiciones de un Derecho penal entendido como demasiado «tradicional», sea aumentando de forma desmesurada el número de los supuestos de hecho incriminadores de cada sector, sea –en fin– creando nuevas figuras delictivas habitualmente útiles únicamente sobre el plano simbólico.

Bajo esta última perspectiva, se puede delinear una articulación del llamado «Derecho penal simbólico»: el incremento normativo que se viene a determinar resulta, en algunos casos, en efecto solamente instrumental y demagógico, no siendo las nuevas disposiciones ni destinadas a una efectiva aplicación, ni en grado de desarrollar alguna real función general-preventiva; en otras hipótesis el Derecho penal simbólico permanece sustraído (a priori) a cualquier concreta posibilidad de aplicación, pero no puede negarse que éste no despliega al menos una cierta eficacia disuasiva.

La ausencia de limitación normativa no es, tampoco, sustancialmente respondida por parte de la elaboración doctrinal. Esta resulta, muy a menudo, titubeante e impotente, cuando no incluso, en un cierto sentido, «elitista» y

---

* Trad., RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Ángel. UCLM.

utópica en algunas tomas de posición. Termina, de esta manera, por prevalecer el impulso dogmático hacia una «sistemación» (ni siquiera demasiado crítica) del *novum* legislativo que el irrefrenable desarrollo del Derecho penal continuamente prospecta. Es, por lo demás, una inevitable consecuencia de toda intervención normativa, la obra de exégesis divulgativa de las nuevas disposiciones: obra que, hoy, produce resultados verdaderamente firmes, sobre el plano también de la (sola) difusión, a través de los modernos instrumentos de comunicación (mediante papel y/o soporte informático) resultados que determinan (también éstos) una inevitable «sedimentación» de la normativa introducida.

2. La actual situación del Derecho Penal viene eficazmente ilustrada (NAUCKE) en tesis que resulta oportuno presentar ante nuestra atención en su esencial formulación.

a) Ninguna real oposición ha sido ejercitada frente a un Derecho penal «sin confines».
   La corporación de los penalistas ha encontrado, al fin, una solución pragmática que erigida en «victoriosa»: la dilatación del Derecho penal sustancial ha tenido como resultado su «reducción» mediante el cierre de los procesos penales sin sentencia. Tal obra de «reducción» ha sido completada con gran profesionalidad: «los penalistas han visto rápidamente que ésta construcción ampliaba sus competencias, su esfera de poder» (así NAUCKE).
   Se puede presumir de estas observaciones la vitalidad, también en el momento aplicativo, del gigantesco sistema penal creado: el «no proceso» –su simple inicio «sin (posibilidad de) definición» o lo que es lo mismo, el así llamado «pacto» de la pena– representa aun así un desarrollo operativo de la inserción del Derecho penal sustancial. Y ello por no hablar de las fases procedimentales, de tipo cautelar, que inciden sobre bienes (libertad personal y patrimonio) tradicional punto de aversión de todo sistema sancionatorio.
   No me parece, en definitiva, del todo convincente aquella reflexión que, aún señalando la incontrolada expansión de las normas incriminadoras parece quedar, después, como «tranquilizada» por una aseverada incapacidad del proceso a producir efectivos resultados.
b) Se puede fácilmente hacer notar incluso un difundido consenso (en el ámbito de los penalistas, de los parlamentarios y –con mayor evidencia– propiamente en el ámbito de los penalistas-parlamentarios) hacia *el Derecho penal ilimitado.* En cualquier caso, el legislador resulta absolutamente impermeable a cualquier crítica: la producción de Derecho penal y de cualquier otro derecho coercitivo, entendida como prueba de «presencia» y «activismo» político, es buscada con decisión.

c) En el ámbito del Derecho penal ilimitado conviene prospectar válidas alternativas a la pena (no sólo aquella detentiva). Resarcimiento del daño, transacciones de distinto tipo entre autor y sujeto pasivo del delito en el ámbito del Derecho penal común (delitos contra el patrimonio, pero también –por ejemplo– contra la integridad física, el honor) o lo que es lo mismo en el ámbito del Derecho penal «artificial» (por ejemplo delitos tributarios) constituyen, precisamente, las bases para el «futuro» de un Derecho penal que permanece sí, ilimitado, pero aún así siempre presto a retraerse.

d) La carrera del Derecho penal no puede ser frenada por la «dogmática clásica», ni por la llamada a los tradicionales fundamentos del Estado de derecho. El ejercicio dogmático no es ciertamente limitativo del Derecho penal, sino que ese es verdaderamente fundamental para justificar y para sistematizar la ampliación de su objeto. La llamada a los tradicionales fundamentos del Estado de derecho (que aún así podrían tener todavía una cierta eficacia reductiva) no resulta suficientemente sólida en un momento en el cual las impelentes exigencias de la práctica pasan por encima de cualquier obstáculo «intelectual» o «de principio».

e) Las doctrinas Penales dominantes reconocen, de forma más o menos abierta, en el instrumento penal un «medio para alcanzar el fin». El Derecho penal moderno ya no tiene independencia teórica: éste depende de la política.

Y en mi opinión se trata, además, no de la «política» en el sentido (ilustrado) como el complejo de las opciones fundamentales para un ordenamiento que aspire a proponerse como modelo universalmente aceptado, sino de aquella ordinaria y cotidiana «política» que prospecta, cada vez mas frecuentemente, soluciones de bajo relieve. Puede así ocurrir (pienso propiamente en la experiencia italiana) que una política criminal (represiva) «de derechas» sea sostenida por fuerzas políticas de izquierdas y que una política criminal (respetuosa de las garantías fundamentales) «de izquierdas» sea patrocinada, por razones contingentes, por fuerzas políticas «de derechas». O mejor dicho –queriendo propiamente detenerme en la ejemplificación– puede ocurrir que el posicionamiento político conservador se incline por una política criminal «de derechas» y que el contrapuesto posicionamiento ideal se desplace hasta llegar a proponer una orientación punitiva todavía más rigurosa (todavía más «de derechas»)

El Derecho Penal llega a ser, así, un dúctil instrumento de propaganda (solamente) electoral recurrente en los cada vez más frecuentes periodos de las concretas – locales y nacionales– competiciones electorales.

3. Una tal elaboración como tesis de partida sobre el actual estado del Derecho penal parece respaldada, por otro lado, por aquellas investigaciones (empíricas, criminológicas) sobre la efectividad de la reacción punitiva.

Se habla, por ejemplo, de «un Derecho penal de los hechos» de una «criminalidad penada» haciendo referencia a los delitos efectivamente objeto de punición. A partir de la población carcelaria (que según las estadísticas, estaría, por ejemplo, en Italia representada en un 80% por extracomunitarios y tóxico-dependientes) es posible remontarse fácilmente a cuales son los delitos realmente perseguidos. Se trata –como se observa– prevalentemente de delitos «depredatorios» y de atentados contra la propiedad (en estos incluidos los delitos conexos a la venta de drogas duras).

Este reconocimiento vendría ya realizado (constituyendo, precisamente, una suerte de Derecho penal «futuro») con el «Derecho penal mínimo»; aquel de los hechos realmente penados: pocos y seleccionados tipos de autor, pocas tipologías criminales.

Por tanto, lo ilimitado del restante Derecho Penal –un verdadero y propio ejercicio de figuras criminales difundidas en los «libros» del sistema Penal– no debería preocupar mucho más, asumiendo casi exclusivamente un significado simbólico y censorio: tal (ilimitada) parte del Derecho penal representaría solamente el derecho de los no penados, o lo que es lo mismo, de quien tan sólo ocasionalmente viene seleccionado como chivo expiatorio.

Viene sancionado (en «los libros») el hecho, pero no se procede a punir a un autor que no tiene necesidad de ser neutralizado con la sanción criminal. En consecuencia, la inflación penalística expresada tanto por las normas contenidas en el código, como por el sistema penal complementario, evidencia solamente un Derecho penal «virtual» llevado a censurar los hechos (pero no a punir a los autores), mientras el núcleo central del Derecho penal –aquel de la cárcel o de la pena realmente ejecutada– no podría en verdad ser ulteriormente más «mínimo» respecto a aquel en realidad operante, resultando ilusorio pretender que el sistema carcelario pueda reclutar nunca una clientela diversa de aquella actual.

4. La individuación de un *Kernstrafrecht* emergente de las prácticas aplicativas no dibuja tampoco, sin embargo, un convincente futuro minimalista de un Derecho penal actualmente sin confines.

Ante todo, precisamente, porque la permanencia «legislativa» (y sobre todo el continuo crecimiento –aunque sólo sea por motivos político–simbólicos–) de una desaforada serie de figuras criminales no constituye en modo alguno un dato irrelevante. Cada delito previsto en el ordenamiento, aunque no conduzca a la atribución de una pena, determina, en cualquier caso, una serie de consecuencias (baste pensar en aquellas procesales) de tipo «sancionatorio», de estigmatización en el plano también simplemente «civil»: consecuencias, es decir, que inciden sin duda sobre la dignidad de la persona.

No existe, así, solamente un *Kernstrafrecht*, sino que la difusa penalización provoca (o corre el riesgo de provocar), en cualquier caso, precisamente una general «limitación» de los derechos personales (ejercicio de actividad de empresa; de profesión; de trabajo dependiente público y privado) tanto más peligrosa y más amplia cuanto más largo es el espectro de operatividad del Derecho penal. A ello debe añadirse la perdurante imposibilidad (para el «conveniente» y casi «impuesto» recurso a ritos alternativos) de encontrar en la dimensión procesal el remedio para la *deminutio* consiguiente a la mera pretensión acusatoria, difícilmente sometible a una real verificación en su sede natural (el proceso, precisamente).

Por otro lado, la nuclearización de un *Kernstrafrecht* en los términos apenas descritos genera una evidente insatisfacción por la notable naturaleza «clasista» del Derecho penal que, así, vendría a desvelarse abiertamente.

Tal insatisfacción parece generar un renovado empuje hacia el Derecho penal. Si aquel efectivamente aplicado se dirige a las clases «subalternas», es justo –y conforme «al principio de igualdad»– requerir y actuar un tratamiento punitivo (propiamente mediante el empleo de la pena detentiva) también hacia los autores pertenecientes a las clases dominantes. Se trata de una variante «noble» de la actual politización del Derecho penal: ello representaría uno de los remedios político-sociales a las perdurantes desigualdades, destinadas pese a todo a acentuarse en la fase económica de la «globalización».

No me perece demasiado convincente esta llamada a posibles finalidades «democráticas» del Derecho penal.

Si el sistema punitivo (con el pertrecho de las actuales, e insatisfactorias, sanciones) produce resultados insatisfactorios, resulta oportuno intervenir lo antes posible sobre tales resultados para anularlos o, cuanto menos, para limitarlos y no operar ya en el sentido de la extensión de unas medidas en vía de eliminación o bien de sustitución. Por otro lado, en la sociedad que mantiene o produce desigualdad resulta preciso, necesariamente, el tomar en consideración los diversos bienes jurídicos (libertad personal; aquellos conexos al ejercicio de una actividad empresarial o bien de una profesión o bien al desarrollo de una actividad laboral publica o privada, etcétera) de los cuales el autor eventualmente disponga y sobre los cuales puede eficazmente incidir (también) el Derecho penal.

En modo que sea posible adecuar la intervención punitiva a tales (diversos) bienes, sin asignar a la intervención penal malas entendidas finalidades de «mutación» del orden político-social (democráticamente) constituido.

5. Pese a que la actual situación no consienta, ciertamente, el conceder reales posibilidades de éxito al proyecto de racionalización y de limitación del Derecho penal, se precisa, necesariamente, operar en esta dirección. Se trata de una tarea fundamental, sobre el plano político-cultural, a la cual la ciencia penal europea no puede sustraerse.

Es necesario, sobre todo, comunicarse y no alzar barreras precisamente en el ámbito de la reflexión más abierta y avanzada. El encuentro y la dialéctica entre las distintas escuelas (nacionales) debe liberar los impulsos hacia la proyectación en común y no crear obstáculos sobre tal (posible) vía.

Considero que le corresponde precisamente a la cultura penal europea el crear las condiciones para un trabajo similar a aquel del *Alternativ Entwurf* de la experiencia alemana: que lleve, precisamente, a la «codificación» de principios penales universalmente aceptados y a la individuación de la «verdadera» parte especial del derecho criminal.

Es tiempo, por parte precisamente de la ciencia penal más avanzada, de demostrar la validez de las respectivas propuestas y de trazar (para los otros; para el legislador nacional o supranacional) un recorrido «obligado» de referencia.

Que se profundice, en este sentido, el debate ya puesto en marcha. ¿Es necesario, efectivamente, que el Derecho penal del futuro se ocupe en hipótesis –y con particular atención– de los hechos ilícitos que se enraizan en el *mundo político y de los negocios,* de los *atentados al medio ambiente,* de los *delitos económicos y tributarios* (MARINUCCI-DOLCINI), o bien es posible cultivar la contrapuesta perspectiva «reduccionista» (HASSEMER; BARATTA, FERRAIOLI) orientada, por ejemplo, al «Derecho penal mínimo», al contextual potenciamiento del *Ordnungswidrigkeitenrecht* y a la creación de un derecho de la intervención (*Interventionsrecht)?*

¿Se debe hacer referencia, en el ámbito penal, sólo a los bienes jurídicos «fundamentales» cuya «lesión se concreta en una ofensa en daño de otras personas de carne y hueso» o bien el Derecho penal debe ofrecer tutela también a otros intereses de natura colectiva con la previsión de delitos (sin una singular víctima pero) caracterizados por una «victimización de masa»?

En el ámbito de un debate de tal importancia se precisa, ciertamente, sin embargo, el liberarse de los condicionamientos derivados de un Derecho penal (en cuanto «político», hasta ahora necesariamente) «nacional» para operar –hoy– en una perspectiva menos angosta y vinculante. La referencia a los principios fundamentales de garantía y de libertad (por cuanto pueda sonar como paradójico –observaba Von Listz– que el Código penal debe constituir la *Carta Magna* del reo) debería ser hoy reforzada en el ámbito de una dimensión (también) territorialmente prolongada del Derecho penal. La reflexión dogmática, por naturaleza propia «abstracta» y de «principio», podría constituir en este punto la base para la definición de un « mínimo común denominador» de un moderno Derecho penal (verdadera *extrema ratio)* universalmente aceptable precisamente por sus contenidos, inmediatamente individuables en cuanto generalmente (y constantemente) apreciados; por sus técnicas de tutela aceptadas en cuanto entendidas, sin duda, como com-

patibles con la peculiaridad del ilícito criminal; por la tipología sancionadora atenta a la dignidad de la persona también en referencia a los aspectos de control social y de mera retribución.

El capítulo relativo al «futuro» del Derecho penal debería necesariamente considerar los (posibles) nuevos sectores de intervención, las (posibles) nuevas penalizaciones: se trata, sin duda, de una «laguna» de mi relación, pero el inquietante fenómeno de la ilimitada extensión del sistema punitivo me aconseja precisamente el no señalar nuevos territorios destinados a una inmediata ocupación.

SOCIEDAD DE RIESGOS Y DERECHO PENAL

LOS DELITOS DE RIESGO EN LA POLÍTICA CRIMINAL DE NUESTRO TIEMPO

Gonzalo Quintero Olivares

Universidad de las Islas Baleares

El título que califica el objeto de esta mesa es de por sí esclarecedor: «sociedad de riesgos y derecho penal». Vivimos en un mundo que ha aceptado, deseado, necesitado y asumido el peligro como medio natural en el que se desarrolla nuestra vida cotidiana, tanto si se trata de las circunstancias comunes –alimentación, circulación de vehículos– cuanto si se entra en sectores concretos como la construcción, la medicina, la producción industrial y su impacto en el medio ambiente, etc. En una sociedad así configurada y, sobretodo, habituada o educada, se puede formular la pregunta acerca de la función *protectora* que se espera cumpla el derecho penal.

No es de extrañar que desde los sectores más críticos o menos ingenuos de nuestra ciencia se denuncie la *contradicción* que hay entre el modelo de desarrollo capitalista, que en nuestro tiempo se lanza al neoliberalismo más crudo con la destrucción sistemática del Estado social, y que asume ese peligro como precio necesario (y su plasmación en acciones hace que éstas se estimen adecuadas) de una determinada concepción del progreso, y la hipócrita promesa de los legisladores de robustecer la tutela de los bienes jurídicos que antes perecen, como, son, y es solo un ejemplo, la protección del medio ambiente o de los recursos naturales.

Es fácil comprobar que los Códigos penales de la primera mitad del siglo XX no tenían apenas delitos de peligro (salvo que se quiera proclamar a la *tentativa* como el delito de peligro por antonomasia). Por lo tanto, los delitos de peligro son fruto de una necesidad de nuestro tiempo. Sabemos que los delitos de riesgo o peligro aparecen en derecho positivo como fórmulas técnicas que pretenden adelantar la protección e intervención del derecho penal al estadio de creación de una posibilidad de daño de bienes jurídicos de especial importancia (tráfico automovilístico, energía nuclear, medio-ambiente, alimentos, sustancias farmacéuticas, etc.), peligro que a su vez se asienta en una prognosis basada en la experiencia y que dependiendo de la gravedad del riesgo que esa experiencia enseñe, se estructuran con una cercanía más o menos próxima a la gravedad del efecto, y así se diferencia, por parte de la ciencia penal, entre el peligro *abstracto o conceptual* y el peligro *inminente, efectivo o*

concreto[1]. Es conveniente, no obstante, evitar la identificación sencilla entre la técnica legislativa (peligro abstracto o concreto) y la gravedad de los bienes en juego, cual si la opción por la estructura de delito de peligro abstracto se correspondiera con una gravedad mayor. No es así, aunque así se diga, sino que eso depende de decisiones del legislador que no son sólo fruto de valoraciones del bien (a mayor importancia de éste, menos margen de prueba en contra, y por lo tanto, declaración del peligro *iuris et de iure*) sino también a criterios de oportunidad política o conveniencia para la actividad de policía[2].

Estas últimas observaciones, quizás equivocadas, permiten traer a colación el problema de la *vigencia del principio de ofensividad* en estos delitos. La orientación del derecho penal a la tutela de bienes jurídicos solamente puede verificarse exigiendo que aquello que se considere merecedor de pena haya sido realmente dañoso u ofensivo para un bien jurídico. Tal idea viene formulada desde antiguo (*nullum crimen sine iniuria)* y en el fondo es la única compatible con la consideración del derecho penal como «solución última».

---

1 Por eso, el concepto de peligro que el Derecho emplea no es único ni común a todos los casos, sino que depende del sentido del concreto tipo de injusto al que aparezca asociado. La noción más extendida llama peligro, en lo jurídico-penal, a la posibilidad relevante de que un resultado se produzca *como consecuencia normal de un determinado acto o situación*; en los concretos tipos, en que se haga referencia específica a la creación de peligro podrá utilizarse ese concepto. Pero la existencia de peligro habrá de ir referida al momento en que se dio la probabilidad de un resultado, no a después, ya que por definición si el resultado no se produjo se tenderá a sostener que en realidad no hubo tal peligro. Si se trata, entonces, de *un juicio necesariamente formulado ex ante deberá fundarse en la experiencia y referir ésta a la situación concreta.*

2 Un caso claro puede verse en lo que ha sucedido en España con el delito de conducción bajo la infkuencia de bebidas alcohólicas y su correlativo tipo de desobediencia a la prueba de alcoholemia. Ha tenido que ser la jurisprudencia la que haya atajado la pretensión de equiparar la prersencia de alcohol con la conducción «peligrosa a causa del alcohol», señalando que el descubrimiento casual de la presencia de alcohol no podía ser directamente la prueba de un delito de conducción teneraria.

El TS ya lo sentóa así hace tiempo, como podemos ver por ejemplo en Sentencia de 23-1-1993(RJ 1993/493): «*..El recurrente olvida que en nuestro Derecho, a diferencia de otras legislaciones, no basta constatar el dato numérico de la impregnación alcohólica, sobre todo en las cifras próximas al límite legal, sino que es preciso que tal grado de ingestión alcohólica desate su influencia en la conducción, como pone de relieve el art. 340 bis a) del Código Penal que en su núm. 1.º coloca en cabeza de los delitos que atentan a la seguridad del tráfico el conducir un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas... Así lo confirma la doctrina constitucional y la de esta Sala.. La primera, culminando el Tribunal Constitucional una anterior trayectoria dice: No basta «sólo ese dato objetivo de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino también la influencia que la misma tenga en la conducción» [STC 5/1989 (RTC 1989\5)]. En igual sentido esta Sala [S. 22-2-1991 (RJ 1991\1346)...»].*

Este modo de enfocar el significado de los delitos de peligro abstracto es realmente más concorde con postulados político-criminales importantes *(ultima ratio)* que el formalismo automatista que ve en ellos la encarnación de una presunción *iuris et de iure*; pero hay que reconocer que tropieza con el rigorismo con que el Derecho positivo formula los delitos de peligro abstracto, pues, incluso a veces, parece que el peligro no va más allá de una consideración tenida en cuenta por el legislador apenas reflejada en el tipo. Mas, sea como fuere, la ausencia absoluta de peligro no ha de desdeñarse, sino que debería dar lugar a la *exclusión de la tipicidad.*

Es cierto que en nuestro derecho penal positivo no son frecuentes infracciones en las que la razón esencial de la respuesta punitiva no sea la efectiva y objetiva ofensa a un bien jurídico. Si el derecho penal aspira a construirse sobre valores objetivos y seguros no puede admitir normas que permitan subjetivizaciones absolutas del interés protegido. Habitualmente se dice que todos los delitos ofenden, destruyen o ponen en peligro un bien jurídico. Pero en los delitos de peligro, el concepto de ofensa al bien jurídico debe ser revisado (es verdad que lo mismo sucede en la *tentativa* de delito). En estos casos lo que explica la intervención del derecho es solo la *probabilidad* del daño. La razón en uno y otro caso es diferente, y los problemas que comporta cada concepto también lo son. Pero el principio de ofensividad no puede ser declarado inoperante en los delitos de peligro y en los delitos intentados, sino que ha de ser entendido de otra manera:

En los delitos de peligro, aceptado que la razón de la intervención del derecho penal ha sido la probabilidad del daño será imprescindible comprobar que esa probabilidad *efectivamente se ha producido.* Por lo tanto, y aun cuando diferenciemos entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, no se debe llevar la diferencia hasta el extremo –visible en muchas interpretaciones– de afirmar que en los delitos de peligro abstracto el delito existirá aunque no haya habido, en el caso, ni un peligro remoto.

Cuando las legislaciones penales permiten interpretaciones diferentes, en las que de hecho quepan delitos de peligro (abstracto) sin ofensividad, se ofenderá además un límite que es preciso no olvidar: el derivado del principio de intervención mínima[3].

El Derecho positivo no define qué es el peligro propio de los delitos que así se denominan. Además la idea de peligro no es privativa de esta clase de infracciones sino que está presente en otros problemas penales; por ejemplo, en el fundamento del castigo de la tentativa. Lo primero que aparece como integrante de la idea de peligro es la *posibilidad de que un resultado (lesivo) se produzca.* Pero, ¿para quién ha de existir esa posibilidad? El conductor experto puede dar a su pasajero la sensación de que circula a excesiva velocidad, sin que él crea que causa peligro. El peligro no puede ser –sería contrario a la seguridad jurídica– de naturaleza psicológico-emotiva. La búsqueda de un concepto de peligro no debe, por otra parte, olvidar que el peligro no comparece de modo igual en todos los tipos que afecta, pues en unos casos el tipo exige expresamente que se haya creado una situación concreta de peligro (peligro concreto), mientras que en otros supuestos el peligro es presumido por el legislador con relación a una categoría de acciones (peligro abstracto), por ejemplo, la tenencia de armas (arts. 563 y ss. CP).

3 Cuando sea excesivo el número de delitos que admiten la punición en grado de tentativa, o, aun más, de los *actos preparatorios* a ellos referidos, cabrá hacer la misma crítica.

Lo cierto es que, desde el punto de vista técnico, los delitos de peligro presentan características estructurales que los acercan a los delitos imprudentes al menos hasta un cierto grado de desarrollo, esto es: son conductas cuando menos imprudentes que quieren ser castigadas sin necesidad de que se produzca la catástrofe o el daño.

Pero los problemas jurídicos no pueden ser analizados tan solo como cuestiones técnicas, sino que han de ser situados en el contexto de la sociedad que los crea, y esa sociedad, y eso tendremos que repetirlo, es una sociedad que a su vez ha creado el «estado de riesgo» como medio natural. Los dogmáticos dirán fríamente que eso solo significa que el peligro jurídicamente relevante comienza allí donde termina el margen de peligro tolerable (riesgo *permitido*), pero los ciudadanos pueden apreciar una cierta contradicción entre el fomento y desarrollo de actividades peligrosas y esa pretensión de censurar penalmente el peligro.

Pero sigamos. Al igual que en los delitos imprudentes en los delitos de peligro se realizan acciones que con arreglo al fin de la norma destinada a proteger el bien jurídico de que se trate entrañan un *riesgo antinormativo* para ese bien, y son acciones cuya realización el legislador quiere castigar por sí mismas, prescindiendo de que ulteriormente se produzca un resultado. En los delitos imprudentes, que hasta ese punto se presentan de manera similar al intérprete, se exige *además* la efectiva lesión del bien jurídico. Por lo tanto, aun cuando la doctrina penal muchas veces diga que los delitos de peligro son dolosos (con el llamado *dolo de peligro)* y de resultado (tomando por tal la *creación del riesgo)* –a esa condición de «delito de resultado» me referiré después– la verdad es que ofrecen una entidad material inferior a los delitos imprudentes, a pesar de que la doctrina penal mantenga que las infracciones culposas son de categoría inferior a los delitos de peligro. La peculiar naturaleza de ese *resultado (situación de peligro)* da lugar a la inseguridad con que legislación, jurisprudencia y doctrina abordan el tema. El problema adquiere tintes mucho más graves cuando se repara en que los delitos de peligro son de importancia creciente político-criminalmente, pues constantemente aumenta el recurso a ellos por parte del legislador.

Esa gravedad superior de los delitos de peligro (respecto de los delitos imprudentes) se pretende explicar con argumentos diferentes, pero que se pueden concentrar en la convicción mayoritaria de que hay una *diferencia subjetiva* entre el autor del delito imprudente y el autor del delito de peligro.

Conforme a esa opinión extendida los delitos de peligro son delitos *dolosos* y por lo tanto su gravedad subjetiva es superior a la de los delitos imprudentes. Sobre lo que es el dolo de peligro, leyendo la literatura penal correspondiente, se llega a la conclusión de que compone un concepto fronterizo (y académico) entre el dolo y la culpa que se dice nacido forzado por necesidades político-criminales de adelantamiento de la intervención punitiva.

También por esas razones resulta más fácil la aplicación de los tipos de delito de peligro «abstracto», mucho más *aliviados* de problemas probatorios. Por ejemplo: arrojar substancias tóxicas a un río puede ser castigado sin necesidad de esperar a que aparezcan peces muertos. Pero por más que argumentemos sobre el peligro implícito en el acto de lanzar tóxicos al agua o al aire, lo cual es cierto y nadie lo discute, no será fácil diferenciar entre la razón de la intervención del derecho penal en lugar del derecho administrativo sancionador. La retórica invocación al peligro abstracto para un bien jurídico no pasará de ser un justificación formal del derecho penal, y una vez más hemos de recordar que todos los penalistas creemos que al derecho penal sólo hay que acudir cuando se trata de actuaciones que por su gravedad y el impacto social que entrañan no pueden ser relegadas a la mera condición de infracciones administrativas. Bien es cierto que el derecho penal tiene *también* un *carácter simbólico*, pero no se puede utilizar exclusivamente por ese carácter simbólico, sin perjuicio de que algunos delitos cuya frecuencia es casi nula (por suerte) deban estar en el Código precisamente por razones de simbolismo o de declaración de valor colectivo.

Mas continuemos con esa supuesta mayor gravedad de los delitos de peligro basada en razones subjetivas. Si se acepta reconocer la realidad material de lo que son esas conductas vemos que se trata de actividades (peligrosas) cuyos autores sea con culpa consciente o inconsciente, sea con dolo eventual –todo eso puede ser etiquetado como dolo de peligro– ejecutan acciones (conducir ebrios, verter sustancias tóxicas, transportar sin garantías líquidos inflamables, etc.) que el legislador ha decidido castigar, declarando que lo hace así por cautela y sin esperar a que suceda lo peor. Lo único cierto es que se trata de una decisión político-criminal inspirada en razones de *prevención general.* Por lo tanto, la pretensión de construir una diferencia de *injusto personal* es simplemente una muestra de los afanes de la ciencia penal por darle a todo una explicación coherente que encaje en la perfección del sistema conceptual, como si eso fuese en verdad imprescindible.

Es verdad que si no existieran los delitos de peligro las conductas que en ellos se describen resultarían *impunes*. Pero la razón de que así sea es substancialmente técnico-jurídica, puesto que no se admite, por razones dogmáticas que no vamos a analizar ahora la apreciación de fases imperfectas de ejecución (tentativa) en el delito culposo. Es evidente que si se llegara a demostrar que el autor perseguía intencionadamente –o incluso *eventualmente*, aunque esa frontera de duda[4] es precisamente una de las diferentes razones que

4 Hablo de «duda» no tanto por la supuesta seguridad con la que la dogmática utiliza el concepto de dolo eventual, sino por la evidente inseguridad con la que en la práctica se contemplan esas situaciones, lo cual obedece a problemas de prueba, pues se trata de procesos que se producen en la mente del autor del hecho, y que inevitablemente afectan a la decisión judicial en orden a la pareciación de dolo o de culpa.

han empujado a la creación de delitos de peligro– el resultado se trataría de un delito doloso contra la vida, integridad física o bienes de cualquier otra clase, que se habría cometido en grado de tentativa. Pero la incorporación de los delitos de peligro[5] a las leyes penales partió, históricamente, de la imposibilidad de imputar como tentativa actos *en los que lo único apreciable sin temor a equivocaciones era su carga de peligro objetivo* para un bien jurídico, pues el deseo o aceptación de un resultado lesivo no estaba comprendido subjetivamente en la conducta del autor.

Teniendo en cuenta lo que acabo de indicar es patente que el penalista no puede olvidar que la declaración de tipicidad de ciertas conductas no es otra cosa que un anticipo de lo que, en situación normal de producción del resultado *hubiera sido siempre un delito imprudente y no un delito doloso*. Por lo tanto está fuera de lugar hablar de un dolo *de peligro* cuando a lo sumo estaremos ante una culpa con o sin previsión, caracterizada porque en teoría atañe a bienes jurídicos muy importantes y viola normas de especial rigor en sus medidas preventivas. Digo que los bienes tutelados son muy importantes y en verdad es así, pero sin olvidar que hay bienes aún más importantes, como la vida humana, que carece de un precepto general que sancione su puesta en peligro (y no vale aludir a la tentativa) si no se comprueba sin lugar a dudas la concurrencia de dolo.

La contradicción (que no lo es) es reconocida por los legisladores, que por lo común advierten de que cuando el riesgo que determinó al legislador a castigar su sola creación *se materializa en un resultado de lesión* de ese mismo bien jurídico hay que pasar a la transformación del delito en delito culposo. Nada de extraño, en realidad, pues es fácilmente imaginable que algunas conductas –por ejemplo, la conducción etílica– pueden ser inicialmente delito de riesgo y posteriormente dar lugar a un resultado. Esa es la eventualidad que, por ejemplo, contempla el artículo 383 CP. Por lo tanto, la aparición de una infracción imprudente no es una *mutación de naturaleza*, sino que ofrece *una continuidad intelectual y normativa desde el inicio de la acción.*

Como al principio dije, *parece existir relativa concordia en orden a entender que los delitos de peligro son de resultado*. El planteamiento es de sobras conocido: el resultado de un delito puede consistir en una *lesión para el bien jurídico* producida por el ataque material a aquello que lo encarna (por ejemplo, la fractura de un brazo es el ataque material; el bien jurídico lesionado es la integridad física), o *bien en la puesta en peligro de bienes jurídicos.* Ambos casos pertenecen a los delitos de resultado, si bien los de resultado de peligro se sitúan a medio camino entre los delitos de actividad y los de resulta-

5 Me refiero solamente a la elección de una técnica, sin entrar pues en la demanda social de que se «anticipara la intervención del derecho penal», que sería la explicación político criminal.

do material. Pero es evidente que sólo *forzando el sentido de las palabras* se ha compuesto la diferencia entre delitos de «resultado material» y «resultado de peligro», pues lo cierto es que el parecido entre una puesta en peligro y una lesión efectiva puede declararlo el jurista, pero no la realidad. Es cierto que la *sensación* de riesgo describe una situación perceptible por los sentidos, mas también es cierto que no es comparable a la lesión. Tal vez por eso pueda explicarse algo que es fácil percibir en la práctica, y es que, si se repasa la relación de fallos dictados por los Tribunales en aplicación de los tipos que describen delitos de peligro, la práctica totalidad son casos en los que *ya había sucedido algo,* esto es, que ya se percibían efectos dañosos en personas, animales o la naturaleza[6]. El uso de la expresión «resultado de peligro» exige pues de una dosis de imaginación jurídica para poder ser comprensible, pues en apariencia si sólo se ha creado un peligro lo cierto es que *por definición no ha habido resultado.* Pero el derecho puede proclamar que así ha sido, y el penalista sostener que la alarma o la turbación creadas son un resultado. Mas si emprendemos ese camino (el de la alarma y la turbación como resultado) será difícil negárselo a algunos delitos de los llamados de «simple actividad», con lo cual la *perfección sistemática* acaba resquebrajándose.

6 La formulación de los tipos de peligro, como es lógico pues de lo contrario se afectaría la seguridad jurídica, incluye una descripción de *acción concreta generadora de peligro.* Cuando digo que es preciso que haya «sucedido algo» no me refiero a esa acción concreta, sino a la aparición de *alguna consecuencia de ella.*

SOCIEDAD DEL RIESGO, DERECHO PENAL DEL RIESGO, REGULACIÓN DEL RIESGO
–Perspectivas más allá del Derecho Penal–(*)

Prof. Dr. Felix Herzog
Humboldt-Universität Berlin

I.

El diagnóstico y la crítica de las manifestaciones del Derecho Penal, que pueden englobarse bajo el concepto «Derecho Penal del riesgo», constituye uno de los puntos centrales de interés que caracterizan a la Escuela de Frankfurt. A este concepto se pueden reconducir justamente, sin renunciar a la diferencia de posiciones, los muy diversos accesos de los penalistas de Frankfurt al Derecho Penal. El Derecho Penal del riesgo caracteriza así un síntoma de decadencia del Derecho Penal desde la perspectiva de un concepto kantiano del injusto y del Derecho Penal; es apto como campo de pruebas para el significado crítico-sistémico y trascendente de la teoría del bien jurídico; vale como ejemplo paradigmático de la instrumentalización del Derecho-(Penal) a través de la política y la utilización simbólica o respectivo abuso de las leyes; puede promover la exigencia generalizada de una mayor atención a las alternativas al Derecho Penal en sus notorios déficits de ejecución – en resumen: el Derecho Penal del riesgo no es tanto un concepto jurídico-penal dogmático como una categoría diagnóstico-temporal desde un punto de vista crítico-cultural.

Así *Wolfgang Naucke* pudo conducir su ya tempranamente expresada crítica acerca de la disolución del *Derecho Penal* a través de la *Política Criminal* (como parte de una política interna orientada a las novedades[1]) de la mano de la moderna criminalización en ámbitos como el medio ambiente o la economía, al siguiente punto: «La actual legislación se comporta de acuerdo con el principio: forma jurídica + necesidad de pena mayoritariamente eficaz = Derecho Penal». El Derecho Penal se expande crecientemente, sin observar esta crítica proveniente de un concepto jurídico y limitaciones normativas, más allá del ámbito de las «peores lesiones dolosas de otros ciudadanos»[2]. *Winfried*

(*) Traducción de Eduardo Demetrio Crespo (Prof. Asociado de Derecho Penal, Universidad de Castilla-La Mancha).

1 Naucke, «Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en: Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik*, Frankfurt a. Main, 2000.

2 El mismo, *Strafrecht –Eine Einführung*, Frankfurt a. M., 2000, § 7 marg. 65.

Hassemer reprocha al legislador la orientación a «bienes jurídicos globales... en vestiduras especialmente anchas», bajo las cuales prácticamente cualquier prohibición encuentra refugio, y exige recobrar el sentido de un Derecho Penal del hecho y de lesión[3]. También *P.A. Albrecht* ha denunciado la incidencia de la política populista en el Derecho Penal[4]. Y también *Klaus Lüderssen,* que se muestra por cierto extraordinariamente escéptico frente a la recuperación del sentido de un Derecho penal nuclear del Estado de Derecho liberal[5], ha compartido el diagnóstico de un uso equivocado del Derecho Penal en aras de fines relativos a la organización social del riesgo, para ganar con ello desde luego un nuevo impulso para sus intereses de investigación básicos, orientados a la búsqueda de alternativas (de carácter interdisciplinar) al Derecho Penal[6]. Una preciosa imagen, en la que se refleja la percepción «frankfurtiana» del Derecho Penal se encuentra en *E.A. Wolf,* quien, tras una reflexión básica sobre el injusto de los delitos de peligro, reseña en una nota a pie de página: «los relucientes lujosos edificios de los bancos no dan la impresión de que el § 265 b StGB haya sido necesario para asistir a personas necesitadas de protección»[7].

II.

«El imposible estado del Derecho Penal» puede por ello mostrarse especialmente bien en el Derecho Penal del riesgo, porque no existe solamente una conexión semántica con el concepto de «sociedad del riesgo», sino que en el discurso sobre la sociedad del riesgo se trata también de rupturas y destrucciones de conceptos tradicionales de la modernidad y de la pregunta acerca de nuevas orientaciones o recuperación de ideas. Una quintaesencia, prácticamente ya conocimiento trivial, del discurso sobre la sociedad del riesgo es que los daños futuros a través de los desarrollos de la alta tecnología y de la economía mundial, así como las desestructuraciones y reestructuraciones locales, nacionales, e internacionales, a ellos vinculadas, y con ello la profunda desorientación normativa, no pueden solucionarse ya fácilmente a través de los modelos clásicos de acometimiento de crisis como la política de reparto eco-

3 Hassemer, «Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik», en: el mismo, *Strafen im Rechtsstaat,* Bade-Baden, 2000, pp. 269 y ss (271); también de forma programática en el artículo «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», en *ZRP,* 1992, 378 y ss.

4 P.A. Albrecht, «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», en *StV,* 1994, pp. 265 y ss.

5 Cfr. su contribución «Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?, en: Böllinger/ Lautmann (ed.), *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft,* Frankfurter A.M, 1993, pp. 268 y ss.

6 Lo cual es documentado por el autor de modo extraordinario en la obra en cinco tomos *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?,* Bade-Baden, 1998.

7 E.A.Wolf, «Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen», en: Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik,* Frankfurt a. M., 1987, pp. 137 y ss (p. 216, nota 1).

nómico, acomodación de formas de participación política, dirección a través de programas jurídicos condicionales y llamamientos a la ciudadanía, proyectando de modo plenamente responsable decisiones y recursos.

Lo que *Charles Perrow* ha escrito acerca de los «inevitables riesgos de la alta tecnología» vale, en la muy implorada época de la globalización, para todos los ámbitos de la sociedad mundial.

«La representación de interacciones inesperadas nos hará a todos nosotros más confiados. Esta representación caracteriza nuestro mundo social y político así como el de la técnica y la industria. Cuanto más crece el tamaño de los sistemas y el número de las funciones, a que aquéllos deben dar respuesta, más hostiles son los ambientes de los sistemas, y más se ensamblan los sistemas entre si, tanto más inabarcables e inesperadas son las interacciones, que surgen entre ellos»[8].

Una dirección lineal de la cadena de acontecimientos, proveniente de actores responsables o tal vez del comportamiento individual, tiene que revelarse en el campo de la alta complejidad social y económica, de modo creciente, como carente de perspectivas. Con ello el Derecho Penal ha perdido puntos esenciales de orientación en el sistema de imputación:

- es bien cierto que estas interacciones bajo las condiciones de una alta complejidad pueden aportar al sufrimiento humano una dimensión completamente nueva[9] –pero sucede que es cada vez más difícil identificar prácticamente las acciones y los actores y fundamentar la responsabilidad objetiva y subjetiva.
- es bien cierto que las máximas de actuación del capitalismo globalizado y como reflejo también en las conexiones locales, nacionales e internacionales, se vuelven autoorientativas y con ello tendencialmente despreciativas del ser humano[10] –pero sucede que es cada vez más difícil determinar una finalidad razonable e individualizable para la intervención del Derecho Penal.
- naturalmente que –según la acertada formulación de *Ulrich Beck*– la «irresponsabilidad organizada»[11], cuando no hay lugar alguno para discursos de responsabilidad, amenaza a la sociedad del riesgo, pero el proceso penal choca crecientemente con los límites de complejidad.

---

8 Perrow, *Normale Katatastrophen*, Frankfurt a. M, 1985, p. 24.

9 Así el impactante mensaje de Stratenwerth, «Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts», *ZStW* 105, 1993, pp. 679 y ss.

10 de Schünemann en su «heladora» crítica a la Escuela de Frankfurt en *GA* 1995, pp. 201 y ss (207) llevada a una implacable quintaesencia: «era de los innumerables trastos, para cuya producción se practica una permanente utilización abusiva de los recursos naturales».

11 Así el subtítulo del libro de Ulrich Beck *Gegengifte*, Frankfurt a. M., 1998.

III.

Me gustaría citar brevemente tres campos problemáticos, que contienen elementos típicos de esta situación:

1. *El ensuciamiento de los mercados globales de capital a través del dinero negro*

La intensificación y sobre todo la increíble aceleración de transacciones en los mercados financieros a través de la tecnología de la información son el motor de la globalización. En ninguna otra parte la muy implorada y celebrada ganancia de libertad a través de la globalización es tan grande como en los mercados internacionales de capital. A pesar de todos los esfuerzos de las políticas financieras y económicas nacionales y de las preocupaciones de organizaciones internacionales, se ha cumplido en el mercado de capital en gran medida la ilusión de muchos economistas de un mercado libre del Estado y con ello libre de intervención. Sin embargo este mercado no ha conducido, según el ideal liberal de *Adam Smith* de una *invisible hand*, a una mejora del estado de bienestar de todos, sino que la búsqueda desesperada por el capital de réditos, condiciones fiscales rentables, y fusiones en pro de unidades económicas cada vez mayores, han conducido a que los economistas, ramos de la economía, empresarios y finalmente incontables individuos puedan incurrir en terribles crisis existenciales. Si se consideran las reacciones jurídico-penales desde estos nuevos desarrollos de los mercados de capital, las tesis del principio radicalmente criminológico-sociológico del etiquetamiento (*labeling approach*) experimentan un renacer sorprendente. Existe el peligro social decisivo de hacer entrar clandestinamente en este juego capital ilegal a través de las actividades de la criminalidad organizada a partir del poder de definición jurídico-penal. Se ha desarrollado un escenario de amenaza, e instalado un extenso sistema de control flanqueado jurídico-penalmente, sin un conocimiento criminológico y criminalístico sólido. En esta cadena caen sobre todo pequeños peces, cuya captura debe reflejar la existencia de unos controles funcionalmente aptos de los mercados de capital[12].

2. Legislación medio-ambiental como factor en el mercado global

La legislación medio-ambiental pertenece hoy en Europa a los campos en los cuales la política criminal reacciona intensamente bajo gran presión pública. Con todo surgen siempre de nuevo alguna vez los llamados «casos de

12 Cfr. ampliamente, mi contribución «Geldwäschebekämpfung-quo vadis?», *WM*, 1999, pp. 1905 y ss.

avería» con consecuencias catastróficas. Además, también encuentra consistencia la crítica de que una gran parte de la destrucción de la naturaleza tiene lugar, debido al concepto de la accesoriedad de la Administración, sin verse afectada por el Derecho Penal. Pero hay que admitir a los precursores del Derecho Penal medio-ambiental que las amenazas penales han generado sin embargo un cambio de conciencia en los empresarios potencialmente criminales –en los lugares con legislación medio-ambiental estrictamente conminada con pena se invierte más en estándares de seguridad. Desde las más recientes catástrofes medio-ambientales en Rumania, sin embargo, no sólo sabemos que la ética autónoma de los empresarios no se impulsa precisamente mediante las leyes penales medio-ambientales, sino que aquí sólo resulta efectiva la fuerza externa. En la «caza» de réditos se habla por ejemplo de «desventajas del emplazamiento»– y así como hay empresarios a la búsqueda de condiciones fiscales favorables, también se contemplan como factores negativos en la búsqueda de emplazamiento las obligaciones medio-ambientales estrictas. Así, o bien se exporta basura o bien se eluden los elevados estándares de seguridad legalmente exigidos, así como la amenaza de las penas, a través de cambios de emplazamiento a países en vías de desarrollo y países del tercer mundo. La tranquilización de la opinión pública es asumida por conferencias internacionales sobre la unificación de estándares medio-ambientales, en las cuales por cierto los representantes de las naciones industrializadas entre sí y los países del tercer mundo se bloquean.

3. Controles sobre los contenidos de Internet

Internet representa para muchos hoy la última confirmación de la preponderancia económica de una economía desregularizada y liberalizada. Aquí el valor de innovación empresarial y la intervención arriesgada de capital deben resultar finalmente verdaderamente rentables, dando un salto cualitativo. Los políticos nacionales se limitan en gran parte a hacer la política local para la economía de Internet, en vez de afrontar la cuestión de qué podría ser realmente una política global razonable de Internet. Lo que ya se dijo respecto a los mercados de capital, también vale para el mercado de la comunicación e incluso más: se trata de un mercado en gran parte libre del Estado y de intervención, cuya máxima esencial de actuación es la explotación y afirmación individual del mercado. Precisamente hay una considerable opinión pública crítica que exige la reflexión sobre la configuración, posibilidades, condiciones-marco institucionales y ética de Internet, pero las posiciones liberales del laissez-faire y del liberalismo político llegan a una alianza contraproducente: la exigencia de una plena ausencia de censura permite la expansión y comercialización de contenidos discrecionales a través de Internet. Entre las

leyes del mercado se cuenta crecientemente la regla «sex sells» –la sexualidad es una mercancía omnipresente en Internet. Que con ello también accede al mercado pornografía infantil y ensalzadora de la violencia, es consecuencia de la lógica éticamente indiferente del mercado. Se muestra también aquí que el liberalismo del laissez-faire no instala precisamente aquélla «mano invisible del mercado», que se preocupa por una libertad correctamente ordenada. Así el legislador, y las autoridades de instrucción chocan de forma quijotesca contra la dinámica propia del mercado, máxime en un territorio, que tan sólo existe de modo virtual.

IV.

La sociedad moderna está impregnada por las ideas básicas del individualismo y la economía de mercado. La utilidad perseguida por los actores en su origen y sus fines es éticamente indiferente en el sentido de que no necesariamente se refleja si la utilidad propia podría alcanzarse en perjuicio de otros. La idea de *Adam Smith* de que a partir de este modelo moralmente indiferente del *homo oeconomicus* y bajo las condiciones de una vida económica libre puede desarrollarse una moral orientada al bienestar, se pone en cuestión diariamente a través de nuestras experiencias. Al proceso de la globalización le es inherente el injusto reparto de cargas y riesgos. Por ello se afectan de hecho bienes jurídicos (en el sentido de intereses humanos) como la vida, la salud, la libertad, y la propiedad. En esa medida no es plenamente extraño que del concepto de Derecho Penal como protección de bienes jurídicos surja la idea de que puede ser misión del Derecho Penal oponerse a estos peligros y lesiones de la existencia humana. El Derecho Penal no surge sin embargo como instrumento de la política estructural proactiva, sino que es reactivo y orientado a la responsabilidad individual. Se pueden describir lesiones de reconocimiento intersubjetivo como relación de autor y víctima; se puede imponer a un actor que actúa a costa de la esfera jurídica de otros seres humanos, como consecuencia, la reducción de su propia esfera jurídica; se pueden ejemplificar las reglas elementales de la coexistencia pacífica en una sociedad en un conflicto interpersonal. En alusión al título de mi tesis doctoral: el Derecho Penal no puede lograr la prevención del injusto estructural, sino sólo la manifestación del derecho intersubjetivo[13].

13 Herzog, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Fraakfurt a. M., 1987.

V.

Quien quiera perseguir con el Derecho Penal previsiones de existencia (*Daseinsvorsorge*), debe crear delitos en el campo previo a las lesiones de bienes jurídicos –todavía más exactamente: en el campo previo a las lesiones de bienes jurídicos universales–. Debe, a tenor de la complejidad de los posibles sucesos dañosos y de los problemas de imputación a ellos vinculados, describir ya típicamente estructuras de peligro y permitir que baste para la imputación en estas estructuras la mera actuación. Para el ámbito de las investigaciones se borran por ello las fronteras entre los instrumentos represivos y reactivos del Derecho Penal y los instrumentos preventivos y proactivos de la policía. Un Derecho Penal tal no logra con todo cambios estructurales; lo que se esconde tras el discurso de los déficits de ejecución es la circunstancia de que el Derecho Penal del riesgo corre tras un decreciente entendimiento social normativo y no es en absoluto un medio adecuado para establecer un mínimo ético-social de la sociedad del riesgo. Esta problemática se examina también en los tipos penales y en la praxis de la persecución penal.

El tipo penal del lavado de dinero (§261 StGB) comprende, de modo parecido al modelo de criminalización de la ley de medios estupefacientes, todas las formas posibles de contacto doloso e imprudente con dinero negro. El catálogo de referencia de hechos del tipo del lavado de dinero comprende, a través de la remisión del § 261 apart. 1. nº 4 StGB a las asociaciones criminales en el sentido del § 129 StGB, prácticamente todos los crímenes y delitos, de los cuales puede provenir de algún modo una ganancia, en la medida en que hayan intervenido al menos tres personas. El tipo penal es flanqueado por la llamada ley de lavado de dinero, la cual impone a los institutos de crédito, según los modelos de reconocimiento de transacciones sospechosas y el valor umbral, amplios deberes registrales y de documentación. Según la interpretación de esta ley a través de la inspección bancaria estatal los institutos de crédito están incluso obligados a vigilar relaciones comerciales todavía no sospechosas a través de monitorización e investigación. De modo análogo existen para los funcionarios de lo penal de los Estados secciones para «investigaciones financieras procesalmente independientes».

De este modo, desde la entrada en vigor de la Ley de lavado de dinero de 1993 y dentro de los primeros seis años, se produjeron cerca de un millar de resguardos sobre transacciones financieras en los institutos de crédito; las diligencias de las autoridades de investigación afectaron sólo aproximadamente un 0,003 % de estos certificados y el informe sobre la situación de la Oficina alemana sobre Criminalidad acerca de la criminalidad organizada acreditó en

1997 78 procesos por lavado de dinero, y en 1998 118. A enjuiciamientos se llegó, de media en estos años, en 10-15 casos[14].

Acerca del Derecho penal medio-ambiental ya me he pronunciado ampliamente en sentido crítico en otro lugar. Se trata de tipos dilatados, instrumentalizables por la accesoriedad de la Administración, que se refieren preferentemente a bienes jurídicos universales y que afectan en la praxis más bien a sucesos insignificantes[15].

En el ámbito de los controles de Internet sobre contenidos pornográficos se han conseguido, acompañadas por espectaculares campañas de la política y autoridades de investigación, unidades de control especiales («ciberpolicía»). También pueden ser presentados exhibirse algunos resultados positivos. Un proceso piloto de la Fiscalía de Munich contra el proveedor de Internet CompuServe ha mostrado sin embargo que el considerable esfuerzo de investigación en la observación de las reglas procesales y de imputación no puede transformarse en el perseguido enjuiciamiento intimidatorio. Aquí entran en juego, a través de la concatenación internacional, cuestiones extraordinariamente complejas del Derecho de aplicación penal[16]. Por último son tramitados procesos penales virtuales en un espacio jurídicamente libre. Aquí las investigaciones deben concentrarse en conseguir la pista de los verdaderos sucesos de violencia y abusos mediante los controles de la transferencia de datos. El Derecho Penal halla aquí su auténtica función: destacar como «injustos graves» los abusos violentos entre las personas. Cuando –como ahora informa la prensa– se constatan más de 500.000 accesos en tres meses a una dirección de internet sobre pornografía infantil y resulta también que más de 1.000 personas tenían en su base de datos la consulta de estos contenidos, se hace patente una dimensión de desorientación ético-social que no puede abordarse con los medios del Derecho Penal. La urgente proscripción social puede obtener aquí un empuje a través del Derecho Penal, que sin embargo puede cuestionarse cuando un funcionario encargado de las investigaciones expresa en televisión que los correspondientes autores perfeccionarán ahora probablemente las técnicas para la eliminación del «rastro» de los datos.

Como resultado hay que subrayar a que las manifestaciones del Derecho Penal del riesgo pueden ser caracterizadas con las frases programáticas «utilización simbólica de las leyes penales», «selectividad paradójica de la persecución penal» y «procesos penales espectaculares con lamentables resultados».

14 Vid. supra nota 12.

15 Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1991, pp. 141 y ss.

16 Sobre ello ampliamente Sieber, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Datennetzen», *JZ*, 1996, pp. 429 y ss, 429 y ss.

V.

Mi revisión crítica del Derecho Penal del riesgo no termina en «verle las orejas al lobo». Comparto el análisis de *Ulrich Beck* de que a la sociedad del riesgo le falta responsabilidad, puesto que se basa en una «irresponsabilidad organizada». Es un deber importante y vital de la política y la sociedad desarrollar nuevas formas de organización de responsabilidad. Los reprobaciones sociales de carácter estructural exigen formas estructuralmente orientadas de control social, que se oponen a los procesos lesivos no de un modo externo y que fracasa ante la complejidad, sino que se integran astutamente en el cambio estructural.

Tan sólo puedo esbozar aquí alguno de los posibles conceptos como los Derechos a la información, controles sociales a través de la transparencia y penalización orientada al mercado. Todo ello debe conseguirse en el terreno de la interdisciplinariedad entre el Derecho Público, Derecho de la Economía y los Seguros, Ciencias Sociales y Económicas, y del entendimiento social normativo sobre la «codependencia» humana en un mundo globalizado, para lo que se precisan muchas «cabezas» e ideas alrededor del mundo.

La irresponsabilidad organizada se esconde hoy tras la complejidad. Frente a todas las promesas de la sociedad de la información sabemos cada día menos sobre los procesos de decisión, sus actores y su motivación. Si se pone el modelo de mercado de la oferta y la demanda como base, se identifica para nuestros fines –aquí resumidos– la parte de la demanda con «los consumidores» – y estos con «la sociedad», por lo que entonces puede la sociedad ser protegida a través de la protección a los consumidores. La protección a los consumidores presupone acceso a informaciones y libertad de opinión; y en cualquier caso debe haber a disposición de los consumidores medios de poder para la paridad del mercado. Las decisiones por parte de la oferta que se dirijan contra intereses humanos (es decir: bienes jurídicos), sin observar la responsabilidad social, deben permanecer estructuralmente bajo el riesgo de pérdida de posiciones de mercado e incluso de la ruina.

El fundamento de todos los controles sociales sobre los mecanismos del mercado es la libertad de información y la transparencia. El acta americana *Freedom of Information*, los derechos escandinavos de acceso a la información, o recientemente las reglas del Tratado de Amsterdam sobre los derechos de acceso de los ciudadanos a documentos de la Unión Europea son modelos a este respecto.

Estas reglas afectan al acceso a la información a instituciones oficiales, pero permiten ser trasladadas, con esta misma idea, a la esfera de la economía. Así se intenta crecientemente por las organizaciones del medio ambiente y usuarios propiciar en los grandes empresarios transparencia en las decisiones sobre los futuros derechos de los accionistas. En general se precisa un favorecimiento de las organizaciones de protección de los consumidores y el fortalecimiento e

institucionalización de derechos que sirvan a la transparencia del mercado. El modelo americano de la presentación conjunta de *punitive damages* (resarcimiento penal del daño) y *class actions* (modelos tipo que permiten invocar reivindicaciones de resarcimiento para todos los perjudicados), y la superación del mero pensamiento de la compensación en el Derecho Civil, ofrecen ulteriores puntos de partida para nuevas formas del control social.

Por otro lado parece posible movilizar los intereses económicos de otros partícipes en el lado de la oferta del mercado, justamente a través de órganos de autoobligación y autocontrol de la economía o la ampliación de los derechos de información y control de los aseguradores de daños. Se puede forzar el comportamiento conscientemente responsable de las instituciones según el modelo de la *Whistle Blower Protection.* Un *whistle blower* es una persona que, a la vista de una situación precaria o de un proyecto irresponsable de un empresario o de una institución, sitúa el interés de la generalidad por encima de los intereses propios o institucionales e informa a la opinión pública, dando una señal de alarma. Una persona así debe contar normalmente con contrariedades. En USA las llamadas *whistle blower protection clauses* son vistas como un medio para establecer un control social sobre complejas instituciones y empresas. El impedimento y desfavorecimiento de *whistle blowern* puede conducir a reivindicaciones referentes a *punitive damages*. Numerosas asociaciones profesionales y consorcios económicos en USA han creado en un Acta de autovinculación Comités de Ética independientes como portavoces para *whistle blower*; los empresarios cuentan con fondos para premiar a los *whistle blower* por la actuación emergente para el bien de la generalidad y también para pagar gastos procesales en procesos para exigir resarcimiento en caso de represalias.

Como ulteriores mecanismos de autoregulación social hay que examinar la llamada al boicot y el esclarecimiento con la finalidad de decisiones de consumo conscientes. Aquí deberían ser adoptados mecanismos de seguridad jurídicos para proteger las correspondientes actividades en interés del bien de la comunidad frente a reclamaciones de resarcimiento de las instituciones y empresarios afectados.

Finalmente no puede dejar de valorarse de modo suficiente el papel de la publicidad y los efectos de una prensa libre en este campo. En todos los aspectos «oscuros» de la moderna sociedad de los medios el periodismo de investigación obtiene también, mediante los ya mencionados derechos de acceso a la información, la promoción y protección frente a exigencias de resarcimiento de daños.

La sociedad del riesgo necesita «avisadores» sociales del riesgo, restricciones internas a la sociedad a través de formas de solidaridad contra la irresponsabilidad organizada y las responsabilidades, que engañan su indiferencia moral. El Derecho Penal del riesgo no es capaz de lograr esto, todavía peor: se aparta de estos necesarios proyectos de una autoregulación social.

SOCIEDAD DE RIESGO Y DERECHO PENAL*/**

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz
M.P.A. (Harward), Frankfurt am Main

I. «DERECHO PENAL Y SOCIEDAD DE RIESGO»: ¿UN TEMA FRANKFURTIANO?

Cuando en un congreso que acomete expresamente el «análisis crítico de la Escuela de Frankfurt» se discute específicamente sobre «Sociedad de riesgo y Derecho penal», al lado de campos temáticos ampliamente concebidos, como «Derecho Penal y Política Criminal», «Alternativas al Derecho Penal» o «Futuro del Derecho Penal», esto indica que los organizadores asocian singularmente esta cuestión con la Escuela de Frankfurt. Si esta imputación es correcta[1] o incorrecta[2] es algo discutido tanto desde una perspectiva externa como interna –o frankfurtiana–, lo que también ocurre con el presupuesto propio del que parten estas jornadas: el que exista de algún modo dicha escuela. Estas cuestiones de difícil solución y escasa importancia[3] no constituirán

---

* Traducción de Adán NIETO MARTÍN y Eduardo DEMETRIO CRESPO (Universidad de Castilla-La Mancha).

** Versión revisada y completada de mi conferencia en las Jornadas «Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Francfort» el día 15.04.2000 en Toledo.

1 Cfr. de todos modos, Claus Roxin, (Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I), quien en la primera edición de 1992 abordadó el tema sucintamente (§ 2, marg. 22 y 23), en la segunda –1994– le dedicó un epígrafe completo «Derecho Penal de la puesta en peligro, Derecho Penal del riesgo, preservación del futuro: el fin de la protección de bienes jurídicos?» (2ª ed, § 2, marg. 23-23e), y en la tercera edición profundiza en el mismo mediante otros dos ulteriores números marginales (3ª ed, § 2, margs. 30 y ss); en el índice se remite a este pasaje (margs. 26-33), entre otros, con el apunte «Escuela de Frankfurt». También Bernd Schünemann (*GA* 1995, 201 y ss) otorga a «los actuales y precedentes autores frankfurtianos» (p. 202), en lo que constituye una dura crítica en esta materia, el status de «un de las dos concepciones jurídico-penales..., que cabe enfrentar como polo, vanguardia, o contrapunto de la más *reciente* evolución» y acomete desde esta prspectiva la «crítica frankfurtiana del Derecho Penal del riesgo» (p. 211).

2 Cfr. especialmente, Urs Kindhäuser (Universitas 1992, 227), quien advierte bajo el título «Derecho Penal de la seguridad» acerca de los «peligros del Derecho Penal en la sociedad de riesgo» (así el subtítulo de su artículo), y Kurt Seelmann (*KritV* 1992, 452), quien titula su artículo «Derecho Penal del riesgo» y en el subtítulo remite a la «sociedad de riesgo y su 'legislación simbólica' en el Derecho Penal medio ambiental y de productos estupefacientes». Ambos llegan simultáneamente a análisis y valoraciones ampliamente coincidentes con la conclusión final de mi investigación «Derecho Penal y riesgo» en octubre de 1991, lo cual en Seelmann (cfr. ya en *NJW* 1990, pp. 1257 y ss) sorprende menos que en *Kindhäuser,* cuyo escrito de habilitación sobre «Peligro como delito» (1989) puede interpretarse y es interpretado, principalmente como un intento de legitimación convincente de los delitos de peligro abstracto (Cfr. la recensión de Lothar Kuhlen aparecida en *GA*, 1990, pp. 477 y ss (480); Felix Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge), p. 44, y mi propia crítica en *Strafrecht und Risiko,* 1993, pp. 154 y ss.

3 Que no se trata de un círculo de problemas de exclusiva «existencia alemana», lo muestra por ejemplo el perspicaz análisis de Silva Sánchez, donde hace suyo y desarrolla el debate alemán, aparecido en 1999 «La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales».

naturalmente el objeto central de mis consideraciones. Tampoco resultará posible, aunque probablemente fuese necesario, una exposición detallada del Derecho penal del riesgo y de su crítica. En lo que sigue, tras un breve resumen de mi reconstrucción del Derecho Penal del riesgo[4], me propongo mostrar cuál es el debate que se ha desarrollado en torno al tema, con la esperanza de dar un paso más en la polémica suscitada entre la crítica frankfurtiana al Derecho penal del riesgo y los críticos, a su vez, con esta crítica, ocupándome en especial del alegato que desde Basel ha lanzado Günther Stratenwerth[5], la invectiva de Bernd Schünemann[6] y la defensa de Lothar Kuhlen[7].

II. RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PENAL DEL RIESGO

1. Puntos de partida para los diagnósticos y programas del Derecho Penal del riesgo

Mi interés por el tema del derecho penal y el riesgo comenzó al ocuparme de problemas concretos de responsabilidad penal en los casos de infección por SIDA, por lo que tiene un origen diferente al que tuvo para los penalistas de la «primera generación» del Derecho penal del riesgo (*Jürgen Wolter*[8], *Wolfgang Frisch*[9] *y Dietrich Kratzsch*[10]), a los que denomino dogmáticos del riesgo en la medida en que el punto central de sus reflexiones sobre la imputación penal fue la creación o el aumento de riesgo[11]; pero también tuvo un arranque distinto al de otros penalistas (del riesgo) que –como p.e *Günther Stratenwerth*[12]– cuestionan el papel que puede o debe jugar el Derecho Penal en la necesaria preservación del futuro, vinculándolo al análisis de nuestra sociedad como una sociedad que se situaría, a través del desarrollo tecnológico, al borde de su autodestrucción. En aquel debate, como se recordará, en

4 Cfr. la síntesis en Roxin (*AT*, 3ª ed, § 2 marg. 25-33). Mi reconstrucción del Derecho Penal del riesgo se encuentra en: Strafrecht und Risiko, 1993 (resúmenes más cortos en: «Risiken des Risikostrafrechts», en: Frehsee/Löschper/Smaus (ed.) *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, 1997, pp. 47 y ss; «Strafrecht und Risiko», en: Alfons Bora (ed.), *Rechtliches Risikomanagement*; «Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft», 1999, pp. 193 y ss); para una anticrítica cfr., sobr todo, Kuhlen, *GA*, 1994, pp. 347 y ss.

5 Stratenwerth, «Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts», *ZStW* 105 (1993), pp. 679 y ss.

6 Schünemann, «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», *GA* 1995, pp. 201 y ss.

7 Kuhlen, «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», *GA* 1994, pp. 347 y ss.

8 Jürgen Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981.

9 Wolfgang Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983; el mismo, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung*, 1986.

10 Dietrich Kratzsch, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985.

11 Cfr. sobre ello, Strafrecht und Risiko, 1993, pp. 335-351.

12 Stratenwerth, *ZStW* 105 (1993), pp. 679 y ss; claramente más reservado en la nueva edición de su Manual (*Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, 4. ed., 2000, pp. 36 y ss).

parte muy pasional, el objeto central de la discusión giró en torno a la imputación objetiva y subjetiva de riesgos de contagio[13], y al brusco encuentro entre una política sanitaria con ropajes de política criminal y la dogmática del Derecho Penal[14].

En este sentido, por tanto, hay que recordar que mi reconstrucción del Derecho Penal de riesgo no comparte el punto de partida normativo de los dogmáticos del riesgo, y tampoco conecta con las previsiones catastrofistas de *Ulrich Beck* más políticas, en el mejor sentido de la palabra, que sociológicas, sino que se origina de modo paralelo al real descubrimiento sociológico del riesgo tal como fue sintentizado por *Niklas Luhmann* en 1991[15]. El diagnóstico es el siguiente: la política criminal[16] y teoría penal[17], pero sobre todo la dogmática jurídico-penal[18] están influidas desde hace mucho por el desarrollo social en su conjunto de la, concebida de este modo, sociedad del riesgo[19]. La dogmática del riesgo en el sentido expuesto, así como la discusión sobre las reacciones jurídico-penales a las nuevas fuentes de riesgo, constituye sólo una parte de la investigación, que de hecho persigue conformar los cimientos de una «teoría crítica del moderno desarrollo del Derecho Penal»[20].

2. Resumen de mi reconstrucción del Derecho Penal del riesgo

Ha surgido un Derecho Penal del riesgo que lejos de aspirar a conservar su carácter fragmentario, se ha convertido en un Derecho Penal expansivo[21]/[22], hecho que aunque no es irremisible y aún no se ha valorado si es empíricamen-

13 Cfr. mi artículo, «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS. Ein Beitrag zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Risiken», en: *JA* 1988, pp. 427 y ss, 486 y ss.

14 Sobre ello, Prittwitz, Aidsbekämpfung – Aufgabe oder Selbstaufgabe des Strafrechts, *KJ* 1988, pp. 304 y ss; cfr. también, Prittwitz (ed.), *Aids, Recht und Gesundheitspolitik*, 1990.

15 Niklas Luhmann, Soziologie des Risikos, 1991; cfr. antes ya, el mismo, Sicherheit und Risiko, Die politische Meinung, 1986, Heft 229, pp. 18 y ss, y Christoph Lau, Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken, Soziale Welt 1989, pp. 418 y ss.

16 Strafrecht und Risiko, 1993, pp. 236-253.

17 Strafrecht und Risiko, 1993, pp. 199-235.

18 Strafrecht und Risiko, 1993, pp. 261-319 (sobre la entrada del pensamiento del riesgo en el Derecho Penal), pp. 320-363 (sobre la dogmática del riesgo adyacente a la doctrina de la elevación del riesgo).

19 Afirmación que no sorprenderá a nadie que contemple el sistema de justicia criminal como parte del sistema de control social (sobre ello, ampliamente: Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990, pp. 316 y ss).

20 Esta pretensión, así defendida, y reprochada en sus resultados por Kuhlen (*GA*, 1994, pp. 347 y 360 y ss), no es formulada por mi expresamente en Strafrecht und Risiko, pero se deduce del mismo (pp. 36 y ss y 44 y *passim*).

21 Cfr. también Silva-Sánchez (nota 3, p. 18 con más referencias acerca de este hallazgo de la literatura italiana y alemena), quien cita al leislador de la reforma de 1995, en la medida en que se daría una «antinomia entre el principio de una intervención mínima (del derecho penal estatal) y la creciente necesidad de protección en una sociedad que se vuelve cada vez más compleja».

22 Cfr. ahora, Günter Heine, Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft, en: Eser/ Hassemer/ Burkhard (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 397 y ss [405]: «El Derecho Penal ya no es reactivo y aplicado de forma puntual, sino prospectivo y plano».

te apreciable. El término expansión, aunque su significado sea evidente desde un punto de vista etimológico, pretende tener un significado tridimensional[23]: acogida de nuevos candidatos en el ámbito de los bienes jurídicos (tales como el medio ambiente, la salud pública, el mercado de capital o la promoción de la posición de mercado), adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible –por regla general apostrofado de modo algo precipitado como adelantamiento de la barrera de protección penal[24]– y finalmente, en tercer lugar, reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo que se expresa en el cambio de paradigma que va de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo.

Situándonos aún en un plano descriptivo, este Derecho Penal del riego se caracteriza además porque el comportamiento que va ser tipificado no se considera previamente como socialmente inadecuado, al contrario se criminaliza para que sea considerado como socialmente desvalorado. Esta descripción afecta al Derecho Penal medioambiental *in toto* y puede apreciarse también en el Derecho Penal económico, y conduce –en ámbitos distintos a los conocidos y criticados con razón[25]– a una revitalización de la creencia en la «fuerza conformadora de costumbres del Derecho Penal»[26]/[27]. La motivación ética de esta nueva criminalización rara vez tiene que ver con comportamientos violentos[28] (normalmente y de forma correcta ya penalizados), pues se trata de comportamientos cuyas consecuencias trascienden a la criminalidad clásica violenta[29] y que sólo, cuando se analizan superficialmente, resultan inofensivos. Estas conductas no contravienen generalmente la ética más inmediata, que impregna la moral social y que resulta altamente relevante en el modo de comportarse, sino que por el contrario contravienen con frecuencia una «moral

23 Cfr. Strafrecht und Risiko, 1993, p. 368.

24 Este topos ampliamente extendido muestra la profundidad con la que la idea fundamental y legitimadora del Derecho Penal, la protección a través del Derecho Penal, está anclada en el discurso jurídico-penal; idea a la que no se sustraen tampoco los escépticos respecto ante este efecto de protección; Cfr. Herzog, (nota 2), quien asume la «protección del Derecho Penal» incluso en el subtítulo de sus «Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich», así como mi propia investigación sobre Strafrecht und Risiko, 1993, pp. 176, 181, 245 y 368.

25 El ejemplo más representativo, aunque a causa de la ambigüedad del concepto de moralidad, es el de los delitos contra la moral; cfr. básicamente: Herbert Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957.

26 Hellmuth Mayer, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962, p. 15.

27 Cfr. sobre ello, Strafrecht und Risiko, 1993, p. 263.

28 En el sentido del § 125 apartdo. 1 nº. 1 *StGB*, esto es, «utilización de fuerza física a través de un hacer positivo..., con la que se afecta directamente a la personas o a las cosas« (Lackner/Kühl, *StGB*, 23. *Aufl.*, 1999, § 125 Rn 4.

29 Por ejemplo el comercio con armas químicas o biológicas, hecho típico según el §20 apartdº 1 nº 1 de la Ley de control de armas de guerra, o el simple favorecimietno del comercio según el apartdº 1 nº 2 de este precepto, o la no entrega de desechos radioactivos mediante vulneración de obligaciones jurídico-administrativas según el § 326 apardº 3 *StGB*.

lejana»[30] mucho menos relevante en la conformación de conductas. Estas conductas generalmente son designadas como criminalidad de bagatela, en cuanto que su peligrosidad surge únicamente por el denominado efecto de acumulación[31], o, dicho de otro modo, la falta de peligrosidad en el momento del comportamiento se desmiente únicamente a través de la consideración de perspectivas temporales más amplias. Ante la duda se afecta antes a comportamientos conformes con el sistema que a comportamientos desviados, lo que muestra en los nuevos criminalizadores un punto de partida crítico hacia la sociedad y hacia el poder, lo que políticamente despierta mis simpatías; destinatarios idóneos de las nuevas normas penales son con frecuencia sólo aquellos que disponen ya de determinadas posiciones de poder.

La acentuación de estas características del Derecho Penal del riesgo pone de manifiesto que, al menos en mi opinión, este sirve a fines legítimos, necesario y justos. Pero muestra también de forma clara que existen una serie de exigencias que desbordan el proyecto del Derecho penal del riesgo, si lo que se pretende es utilizar la criminalización, según manda la tradición, de forma instrumental con el fin de evitar comportamientos peligrosos. Y es que un programa penal, que tiene la razón de su parte, pero que no descansa en categorías morales y normas sociales asentadas (inhibición a matar, tabú de la violencia, la ética más cercana), que además debe imponerse frente a las posiciones de poder establecidas, y que lleva *ad absurdum* el concepto –por todos bien visto– del comportamiento desviado, tropieza pronto con los límites de su poder de definición, y en cualquier caso, de su potencial de dirección. Todo ello anuncia la funcionalización del Derecho Penal no sólo en pro de los fines de minimización del riesgo sino también (y de modo mucho más prometedor) en aras de la seguridad subjetiva. Traducido a terminología penal lo anterior significa que, junto a la legitimación proveniente en primera línea de la prometida prevención de riegos mediante la dirección del comportamiento ariesgado, está en juego a largo plazo –y no precisamente de forma casual– la preservación simbólica de la insegura sociedad de riesgo[32].

¿Qué resultados, o posibles resultados, puede ofrecer un Derecho penal, cuyo perfil tal como se ha descrito ha cambiado bajo el peso de estos nuevos cometidos? Mi diagnóstico y pronóstico es el siguiente: estas tareas lo sobrepa-

30 Cfr. sobre este binomio conceptual, Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, 1984, p. 26.

31 Cfr. la correspondiente caracterización –problemática abierta y tal vez por ello objeto de crítica (cfr. sobre todo, Rogall, FS Kölner Fakultät, 1988, pp. 505 y ss)– del tipo de contaminación de aguas del § 324 como «delito de acumulación» realizada por Kuhlen (*GA* 1986, pp. 389 y s.).

32 Cfr. ya en sentido similar Hassemer, quien constata la «carrera del concepto preventivo en el moderno pensamiento jurídico-penal» (*JuS* 1987, p. 258) y tempranamente designa, como signo del moderno Derecho Penal, al Derecho Penal simbólico (*NStZ* 1989, p. 554): la conexión se fundamenta en que, según Hassemer, el Derecho Penal simbólico parece reflejar un «salida al dilema preventivo» (*NStZ* 1989, p. 558).

san. La respuesta a los problemas de la sociedad moderna, que se desarrolla a todas luces de forma vertiginosa, y que aquí se han ejemplificado y singularizado mediante la ecología o la economía, quedan sin resolver cuando se traspasan generosamente al Derecho penal. Incluso cabe temer ocasionalmente efectos colaterales, contraproductivos, en la intervención del Derecho Penal[33], pues dado que no se atajan las causas estructurales –o más acertadamente sistémicas– que conducen al fracaso del derecho penal como solución, las pretendidas mejoras que en él se efectúan socavan paulatinamente su perfil constitucional.

III. LA ANTICRÍTICA: EXPOSICIÓN Y DESARROLLO DEL DEBATE

¿Cómo se ha desarrollado el debate sobre este tema, que en parte es una reacción a mi análisis y diagnóstico?. Sólo aisladamente, en concreto *Kuhlen*[34], se ha intentado sistematizar las diversas líneas del Derecho Penal del riesgo con el fin de colocar los cimientos de una «teoría crítica del moderno desarrollo del Derecho Penal»[35]. De confrontar sus resultados voy a ocuparme inmediatamente (*vid. infra.* III. 1). El aspecto más importante del debate *(infra* III.2-6) es sin embargo el relativo a la idoneidad del actual derecho penal, o uno modificado, como respuesta a las nuevas fuentes de peligro, y en concreto la posibilidad de «preservar el futuro con los medios del Derecho Penal»[36].

1. Puntos fuertes y débiles de los conceptos: el «Derecho penal de la sociedad de riesgo como clave conceptual de una teoría crítica del moderno desarrollo del Derecho Penal»

Como ya se adelantó, estimo escasamente estratégico discutir con profundidad las conexiones existentes con la noción y concepto de sociedad de riesgo propuesta por *Ulrich Beck.* El utilizar una terminología que, tal como pronostica *Rainer Keller,* «todavía no está vinculada en modo alguno a un *set*

33 Cfr. sobre ello, en relación a la lucha contra los peligro del SIDA, expresivamente: Ulfrid Neumann, «Das Risiko des Risiko-Strafrechts. Zur Funktion des Strafrechts bei der Bekämpfung von HIV-Infektionen», en: *HIV und AIDS im Spiegel der Wissenschaften,* 1994, pp. 77 ff. [88], quien explica agudamente, que, no la confianza, sino la desconfianza, sirve para reforzar la propia autoprotección a través de un comportamiento responsable propio; ulteriores objeciones pueden encontrarse en mi artículo («Strafrechtliche Aspekte von VIH-Infektion und Aids»), en el volumen por editado sobre *Aids, Recht und Gesundheitspolitik,* 1990, pp. 125 y ss, esp. p. 127.

34 Kuhlen, *GA* 1994, pp. 347 y ss; cfr. también, las recensiones de Strafrecht und Risiko de Michael Bock (*StV* 1993, 672 f.), Rainer Keller (*KJ* 1995, 252 ff.) und Eric Hilgendorf (*ARSP* 1994, 585).

35 Esta pretensión, así defendida, y reprochada en sus resultados por Kuhlen (*GA,* 1994, pp. 347 y 360 y ss), no es formulada por mi expresamente en Strafrecht und Risiko, pero se deduce del mismo (pp. 36 y ss y 44 y *passim*).

36 Stratenwerth, *ZStW* 105 (1993), pp. 679 y ss.

de criterios determinados»[37] y que además, según creo, carece de cualquier posibilidad de estarlo, constituye una cuestión de talante científico y de predisposición científica al riesgo[38]. Por el contrario, las posiciones políticas y científicas centrales de las que parto, que suponen una de las múltiples versiones de la sociedad del riesgo, si que deben explicitarse y contrastarse –en cuanto que resulte legítimo y razonable– prescindiendo de los puntos flojos que conlleva la utilización de la terminología de *Beck*[39]. Es posible, no obstante, en aras al rigor conceptual, negarse a seguir hablando de sociedad del riesgo. Pero quien admita el término no debe reprocharse «desinterés (*Nonchalance*) conceptual»[40] alguno: pues el interés[41] por la cuestión conceptual lo que demuestra precisamente es que no ha logrado imponerse ninguno de los intentos por focalizar el análisis y el programa del concepto de «sociedad de riesgo». Esta posición a mi juicio resulta particularmente válida[42], cuando además la aceptación ulterior –en el doble sentido de esta palabra– de este concepto depende de que pueda encontarse a su vez un concepto de sociedad de riesgo que lo vincule con los *programas contrarios* a la sociedad de riesgo.

En cualquier caso, aunque la discusión penal y político criminal dejara de lado repentinamente, y pese a todos sus méritos, el proyecto de sociedad de riesgo de *Ulrich Beck*[43], no debería dejarse de prestar atención a los conceptos de riesgo, derecho penal del riesgo y sociedad del riesgo[44]; pues, por encima de cualquier discrepancia, con el derecho penal del riesgo nos referimos a la «preservación del futuro frente a grandes riegos mediante el Derecho Penal» o al derecho penal de una sociedad en la que la definición de riesgos se ha convertido en uno de los aspectos centrales del conflicto social.

Kuhlen, sobre todo, estima que en mi investigación no he renunciado a adoptar un concepto programático de sociedad y derecho penal del riesgo, un concepto en el que rehuso conscientemente a tomar partido entre las distintas variantes existentes y que por ello puede resultar incluso en parte contradictorio. La ambigüedad le es especialmente irritante, pese a que mi discusión se

37 Rainer Keller, *KJ* 1995, p. 252 sobre el amplio concepto de sociedad de riesgo.

38 Incidental, pero básicamente crítico, hacia «grandes conceptos» como sociedad de riesgo y derecho penal de riesgo, expresamente: Kuhlen, *GA* 1994, pp. 360 y ss (con referencias a los nuevos diagnósticos resulantes en p. 361, nota 29); pero también: *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 36 y ss.

39 Strafrecht und Risiko, 1993, S. 55-57.

40 Este reproche lo plantea Kuhlen, *GA* 1995, p. 352.

41 El término francés Nonchalance, se compone de «non» y una palabra en desuso en el francés actual «chaloir» (en alemán, «intereses»).

42 Cfr. *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 81; de acuerdo: R. Keller, *KJ* 1995, p. 252.

43 Bajo este presupuesto es interesante que las tres exhaustivas recensiones de «Strafrecht und Risiko» (nota 34) se refieran al unísono justo en las primeras líneas a Beck.

44 Con razón subraya Rainer Zaczyk (recensión de la obra de Frank Zieschang «Die Gefährdungsdelikte», 1998, en: *ZStW* 113 (2001), 192 (199), «el tan necesario trabajo en la jurisprudencia sobre el concepto».

enmarca expresamente en éste concepto ambivalente[45]. *Kuhlen* considera, en este sentido, que la de las primeras variantes, plausible y posible, de derecho penal del riesgo resulta inapropiada para la crítica[46]; otra acepción distinta, que es el que he utilizado con frecuencia, la tacha de equívoca, aunque no le niega legitimidad a su existencia[47] y un tercer concepto, vinculado al Derecho penal simbólico, le parece de poca ayuda[48]. Existe un cuarto concepto muy extendido de Derecho penal del riesgo al que se debe, a decir de *Kuhlen*, la aceptación de la tesis de que el moderno Derecho penal es un derecho penal del riesgo. Este último punto vista no tiene nada en común con los tres anteriores facetas, que yo he criticado expresamente[49].

Este último aspecto es precisamente él más digno de discusión, en cuanto que el resto refleja únicamente un diferente trato conceptual. Por mucho que comparta con *Kuhlen* la querencia por la precisión conceptual, allí donde tiene importancia[50], ésta tarea, esforzada y elogiable, es escasamente «estratégica» cuando de lo que se trata es de observar distintos discursos sociales y, aunque la falta de exactitud resulte criticable, aprehenderlos conjuntamente, uniendo hilos de distinta procedencia (filosofía social, jurídica, política criminal, dogmática penal o teoría de la penal), con el fin de registrar una única imagen de las distintas tendencias de desarrollo que hasta ahora se han presentado aisladamente[51].

Brevemente he de añadir además lo siguiente: mi intento habría fracasado si la imagen ofrecida fuese confusa, si fuese posible que cada cual entendiera cosas distintas que no tuvieran nada que ver entre sí. En este sentido ha de entenderse la crítica de *Kuhlen*, sobre todo, en lo referente a las relaciones

45 Kuhlen, *GA* 1994, p. 357.

46 En este punto se refiere Kuhlen a la obligación del derecho penal preservar el futuro (op. cit., p. 357). Particularmente no alcanzo a entender, como un crítico tan ejemplar y atento como Kuhlen llega a la conclusión de que este aspecto del Derecho penal del riesgo no desempeña un pepel relevante en mi investigación, a no ser que entienda que su finalidad es la de una investigación acerca de la dogmática del riesgo. Sorprende igualmente la tesis de que este aspecto del Derecho Penal del riesgo resulta inadecuado para la crítica, pues la investigación pretende en todo momento demostrar precisamente que este Derecho penal ejerce gran influencia sobre el legislador y los aplicadores del derecho, a la par que proporciona su legitimación, con lo que se dramatiza la crisis estructural del derecho penal preventivo.

47 Se refiere ahora Kuhlen a la «protección anticipada de bienes jurídicos universales a través de los delitos de peligro abstracto (p. 357). El juicio de que este concepto del Derecho penal del riesgo es «equívoco», porque con él trato conjuntamente fenómenos (Derecho penal económco o de drogas), que Ulrich Beck no ha discutido en el contexto de su sociedad de riesgo, podría compartirlo si yo me hubiera vinculado en mi investigación a dicho proyecto de sociedad de riesgo. Pero sucede justamente lo contrario.

48 La crítica se queda a mi juicio en cuestiones conceptuales, si de lo único que se trata es de denunciar la precaria situación conceptual que conduce a la adopción de un concepto «ambivalente» (pp. 357 y ss) y no se dirige a lo realmente perceptible como el nexo de unión entre riego y seguridad y la situación de inseguridad real y seguridad simbólica.

49 Kuhlen, *GA* 1994, pp. 357 y ss.

50 Este es el caso sobre todo allí donde de lo que se trata es, bajo puntos de vista referentes al mandato de determinación, del aparato conceptual del código penal y de la dogmática desarrollada sobre el mismo.

51 Esto es constatado en mi investigación amablemente por Hilgendorf, *ARSP*, 1994, p. 585.

entre la dogmática del riesgo y el, en ocasiones simbólico en ocasiones megapreventivo, Derecho penal del riesgo. Ahora bien este aspecto de su crítica, que resulta central, en cuanto que no pasa de ser un simple reproche conceptual no resulta convincente. A mi juicio, además, las diferentes facetas del derecho penal del riesgo se encuentran vinculadas entre sí, pues son resultado de la penetración de la orientación al riesgo en el proceso de conformación de la sociedad del riesgo y del derecho penal del riesgo. Es verdad que esta invasión comenzó en diferentes momentos y se gestó con distinta intensidad en ambos sectores, pero, quién quiere discutir esto; yo, al menos, no. Al situar mi investigación en un marco muy amplio[52], me resulta indiferente si el alumbramiento del derecho penal del riesgo se sitúe en la sociedad industrial del XIX o incluso antes[53].

En este punto se produce claramente un malentendido, que aprecio también en otras recensiones a mi investigación, como, especialmente, la de *Rainer Keller*[54]. Debido claramente a sus propios prejucios, se espera y echa en falta una crítica general al Derecho penal del riesgo, lo que conscientemente no he realizado. Mi intención no fue, al menos en primer término, confección un «escrito combativo»[55], sino entender las tendencias de evolución del derecho penal del riesgo, situar sus puntos de partida, y a partir de aquí, alertar sobre posibles evoluciones equivocadas. Por ello no observo contradicción alguna en saludar el punto de partida de la dogmática del riesgo (a saber, partir del comportamiento arriesgado y no del resultado) como un paso racional en la dirección correcta[56], y, sin embargo, alertar acerca de peligros específicos, como, por ejemplo, imputaciones de riesgo ulteriores sistemáticamente incorrectas[57].

¿Resultan comunes estos peligros a la totalidad del derecho penal del riesgo o existe únicamente una superposición de problemas del moderno derecho penal que responden a causas específicas y heterogéneas? Pues, que cada cual decida por sí mismo si considera útil un «programa global del análisis crítico del moderno desarrollo del Derecho Penal»[58]. Ambas perspectivas, a mi juicio, son precisas: evidentemente ha de analizarse detalladamente la específica gestación de un problema a fin de tenerlo en cuanta en las líneas generales, por ello éste análisis global ni resulta limitado, ni prescinde del detalle. En

52 *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 267 y ss.

53 Kuhlen, *GA* 1994, p. 358.

54 R. Keller, *KJ* 1995, pp. 252 y ss.

55 Expresamente, en otro sentido, Felix Herzog, cuyos estudios sobre el adelantamiento de la protección del Derecho Penal en el ámbito de la puesta en peligro, bajo el título «Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge», ensamblaron un «escrito combativo contra el Derecho Penal de la puesta en peligro» (p. VIII).

56 *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 350 y ss y 383 y ss.

57 *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 360 y ss, con referencia a los resultados de la investigación sobre errores de atribución, que son ampliamente explicados (pp. 107 y ss).

58 Kuhlen, *GA* 1994, p. 361.

concreto: naturalmente hay aspectos del Derecho Penal de drogas (p.e el principio paternalista criticado acertadamente por *Kuhlen*[59]) que poco tienen que ver con el Derecho Penal de la exportación de armas. Pero ello no implica que lo heterogéneo de las materias (medio ambiente, drogas, protección de datos, responsabilidad por el producto, derecho penal económico) y de los problemas específicos cuestionen la comprensión del derecho penal del riesgo. Ello sería como ver el árbol, pero no el bosque[60]. En cualquier caso, y pese a la protesta más ilustrativa que argumentativa de *Kuhlen*, las notas comunes siguen estando claras: grandes problemas en lugar de conflictos individuales entre personas, situaciones problemáticas propiciadas por el sistema en vez de desviación individual, autores específicos (y atípicos) y, como consecuencia de todo ello, responsabilidades de imputación generalizadas a las que legislador y expertos en «imputación» del mundo teórico y judicial hacen frente de forma rápida y con buena conciencia.

2. *Fuentes de riesgo futuras y reacciones jurídico-penales*

En la discusión acerca de la idoneidad del actual derecho penal –o incluso uno ya modificado en atención a su nueva misión– como respuesta a las nuevas situaciones de riesgo y en particular acerca de su contribución al «aseguramiento del futuro», el primer plano lo ocupa la discusión político criminal y no el debate teórico jurídico penal[61]. Bajo el slogan de «aseguramiento del futuro» se analizan un conjunto de cuestiones heterogéneas e interdependientes, que comienza con el diagnóstico de las nuevas fuentes de riesgo, prosigue con su traducción al concepto de bien jurídico, en el contexto jurídico penal, y termina con la pregunta relativa al frente en el que debe luchar el derecho penal (a); para comenzar inmediatamente de nuevo con las complejas cuestiones –en parte empíricas, en parte normativas, y en parte también metodológicas– relativas a la efectividad (y el potencial de efectividad) del Derecho Penal (b), y desembocar finalmente en la pregunta referente a cuál ha de ser el significado del principio de ultima ratio (c).

a) Nuevas fuentes de riesgo, su referencia en el bien jurídico, y la cuestión más importante, de qué lado está el Derecho Penal

Aunque apenas si existe discusión en torno a la existencia de nuevas –y amenazadoras por regla general– fuentes de riesgo, la cuestión debe abordarse siquiera brevemente, en cuanto que la crítica a mi posición, y lo que ésta tiene

59 Kuhlen, *ZStW* 105, (1993), p. 723.

60 Con lo cual –esto debe ser prudentemente subrayado– no se objeta nada frente a la mencionada advertencia, pues el más bello concepto del bosque no convierte en superficial la investigación del árbol particular.

61 Stratenwerth, *ZStW* 105 (1993), pp. 679 y ss.

de plausible y rigurosa, surge precisamente de la urgencia del problema. El alegato que *Stratenwerth* ha formulado desde Basilea evidencia muy bien este aspecto, pues, al igual que yo, considera sin lugar a dudas que el trasfondo del debate es extremadamente serio. Aunque desde un principio se hace mención al «potencial destructor y la amenaza de muerte para todos los seres vivos, al que ha avocado en pocos siglos el progreso científico-técnico»[62], podría resultar discutible, y como es sabido discutido, el escepticismo en la técnica que evidencia la elección de estos términos[63]. En cualquier caso, me parece que ha de resaltarse que la valoración de *Stratenwerth*, en lo que a este aspecto se refiere, no ha encontrado ninguna oposición en las contribuciones críticas de la «escuela de frankfurt» al derecho penal del riesgo (como por ejemplo las de *Albrecht, Hassemer, Herzog* o la mía), pues sus contraargumentos, ni se refieren ni se nutren de este análisis del riesgo. *Stratenwerth,* al igual que otros, pasan por alto en este punto que la seriedad de la situación no conduce de modo irremediable a la intervención del Derecho Penal, sino que determina, por el contrario, la renuncia al mismo, al revelarse como un tratamiento inadecuado (o al menos no plausible) frente a un mal conocido. Esto es precisamente lo que les conduce a pensar, de forma equivocada, que los críticos del Derecho Penal del riesgo no toman suficientemente en serio la amenaza del planeta[64].

Por ello debe rechazarse contundentemente *este aspecto* de la filípica de *Bernd Schünemann*, en el que denuncia que los frankfurtianos con el escepticismo ante el derecho penal del riesgo se han situado en el bando equivocado dentro de la «batalla decisiva» relativa al «concepto primario de delito»[65/66]: apoyar un «concepto de derecho penal puramente referido al individuo»[67], tal

62 Stratenwerth, *ZStW* 105 (1993), p. 679.

63 Stratenwerth (op. cit.) menciona que todo el mundo puede ser consciente de los peligros, para a continuación señalar que sin embargo no todos son conscientes o se comportan como si lo fueran. El escaso avance de los esfuerzos internacionales, ocho años después de su conferencia, sobre la protección del clima, prueban contundentemente el hecho de que no existe un consenso real sobre la dimensión y univocidad de la puesta en peligro. Cfr. sobre la posición técnica favorable al riesgo, que dominó de modo razonable durante mucho tiempo: *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 65 y ss.

64 *Stratenwerth* reprocha p.e. a Felix Herzog, mofarse de tipos penales preservadores del futuro al calificarlos como «instrumentalización del Derecho Penal con fines de pedagogía popular» (p. 695). Es correcto que la perspectiva de Herzog no es la del político-criminal que, a la vista de las evoluciones amenazantes, se pregunta si el Derecho penal puede aportar algo, sino la de un historiador del Derecho Penal (de su tiempo), que inserta el Derecho Penal medio-ambiental en una tradición (tomada en cuanto tal, como yo entiendo, difícilmente discutible) en la que hay que desplazar las finalidades de política interior de diverso tipo e importancia (F. Herzog, nota 2, p. 146). Stratenwerth defrauda, sin embargo, cuando tacha de escandalosa la aguda formulación de Herzog relativa a la circunstancia (de nuevo difícilmente discutible) de que el Derecho penal medio-ambiental realmente existente sólo alcanza mayoritariamente a «pequeños peces», sin que sea ciertamente visible que se impresione a los «grandes peces» (Herzog, p. 147).

65 Schünemann, *GA* 1995, p. 208.

66 Con lo que no paso por alto que Schunemann en realidad no piensa en un reproche sobre una toma de partido consciente, sino en un reproche sobre una toma de partido objetiva (tal vez imprudente).

67 Schünemann, *GA* 1995, p. 202.

como sostiene Hassemner, «situaría en lugar preferente la más insensata veleidad del individuo egoísta en detrimento de las generaciones futuras»[68], lo que evidencia que esta doctrina es «verdaderamente... atávica»[69] y conlleva «una perversión del orden de bienes jurídicos»[70].

A decir de *Schünemann* lo que conforma el «concepto primario del delito»[71] es precisamente el desperdiciar los recursos de las generaciones futuras, pues ante la absurda y abusiva explotación que se está llevando a cabo en el presente siglo no debe existir dudas acerca de la «primacia de los bienes jurídicos ecológicos»[72], lo cual puede deducirse sin esfuerzo de la idea del contrato social a la que recurre *Hassemer*. Evidentemente la idea del contrato social sólo resulta consistente si en él participan las futuras generaciones y no se limita a los indiviudos, que por casualidad, están vivos en este momento. Todo ello supone además que desde el punto de vista de cualquier individuo el bien jurídico universal de más alto valor es la supervivencia de la especie humana e implica también que el segundo bien jurídico es la existencia de un medio ambiente agradable y habitable puesto que todas las generaciones tienen un derecho relativamente igual a la utilización de los recursos humanos[73].

Cómo responder a estas afirmaciones que, a primera vista, suponen una réplica contundente y comprometida a la concepción monista y personal del bien jurídico que mantiene *Hassemer*[74]. En este lugar únicamente puedo realizar una breve toma de posición. Los ataques de *Schünemann* me parecen no sólo lingüísticamente excesivos, sino poco convincentes, dado que una doctrina monista y personal del bien jurídico reconoce absolutamente bienes jurídicos universales[75], y nada, salvo la retórica petulancia y combatividad de *Schünemann*, obliga a esta doctrina, en el conflicto entre «la más insensata veleidad del individuo egoísta» y «las condiciones de vida de las futuras generaciones», a tomar partido por la primera. Naturalmente puede y debe producirse un debate serio acerca de si la funcionalización de los intereses de la colectividad son preferentes a los del individuo, o si por el contrario, la funcionalización de los intereses de la persona lo son a los de la colectividad[76]. Pero en este punto *Schünemann* no ofrece ningún aporte argumental. Quien sostenga la posición mencionada en último lugar con la grandilocuencia de *Schünemann*, debe no sólo fundamentar teóricamente el abandono de una con-

68 Schünemann, *GA* 1995, p. 207.
69 Schünemann, *GA* 1995, p. 207.
70 Schünemann, *GA* 1995, p. 207.
71 Schünemann, *GA* 1995, p. 208.
72 Schünemann, *GA* 1995, p. 207.
73 Schünemann, *GA* 1995, p. 206.
74 Cfr. resumidamente, NK-Hassemer, vor § 1, marg. 256-290.
75 Expresamente en este sentido: NK-Hassemer, vor § 1, marg. 281.
76 Cfr. NK-Hassemer, vor § 1, margs. 275 y ss.

cepción estatal liberal, sino también exponer políticamente cómo puede evitarse el potencial de abuso que conlleva toda versión del lema: «¡Tú no eres nada, tu pueblo lo es todo!».

La lucha en el campo del bien jurídico no representa el campo de batalla más importante. Nadie discute seriamente el peso político, y bajo determinadas circunstancias político criminal, que tienen los intereses de generaciones futuras y tampoco cambia demasiado la cuestión relativa a si este «peso» debe ser fundamentado o no de modo antropocéntrico, ni la ulterior pregunta dentro de esta perspectiva referente a si se trata de los intereses propios de generaciones futuras o de nuestro interés en las generaciones futuras.

Dicho esto, lo que queda únicamente es la radicalización y «agravación» que hace *Schünemann* del alegato de *Stratenwerth*: si éste último pregunta ¿qué es un delito de lesiones «comparado con una intromisión ilimitada en el germen de la vida humana»?, cuestión que él mismo encuentra ya «drástica»[77]; *Schünemann* ridiculiza (objetivamente) esta posición por el sólo hecho de comparar entre «la veleidad del individuo egoísta» y las «condiciones de vida de las futuras generaciones»[78]. Por lo que se refiere al argumento relativo a que la posición contraria protege «los intereses de explotación de los individuos actualmente vivos»[79] y «el hedonismo sin sentido de un pesudo-individualismo fabricado industrialmente»[80] y a su denuncia pública de que esta posición establece «una lamentable alianza con los representantes de los intereses de una política industrial miope»[81], lo único que resta por responder, a la vista de la sonoridad de esta afirmación[82], es el reproche de que se está luchando en el bando equivocado.

Y en este punto, como sabemos, ni las intenciones altisonantes, ni la nobleza del «enemigo» convierten en útil al instrumento[83] ni en exitosa a la lucha. Aunque no sigamos incondicionadamente las valoraciones de *Ulrich Beck* [84], da que pensar su drástico cambio de rumbo en el sólo transcurso de

77 Stratenwerth, *ZStW* 105 (1993), p. 688. Con esta formulación invita abiertamente (tal vez conscientemente) a la asociación con la famosa cita de Brecht «¿Qué es una quiebra en un banco frente a la fundación de un banco?» (*Die Dreigroschenoper*, aquí citado según la edición de suhrkamp, 1968, p. 94). Si lo contemplo correctamente la respuesta –al menos la mayoritaria– a la pregunta de Mackie Messer reza: ¡la quiebra de un banco y la fundación de un banco son, sobre todo, cosas distintas!

78 Schünemann, *GA* 1995, p. 207.

79 Schünemann, *GA* 1995, p. 207.

80 Schünemann, *GA* 1995, p. 208.

81 Schünemann, *GA* 1995, p. 209.

82 Esta crítica no se dirige –esto debe subrayarse– a la original y vigorosa crítica cultural y social expresada por Schünemann.

83 Por el contrario, algo habla a favor de que las buenas intenciones dominantes pertenecen más al componente clásico de la «lógica del fracaso» (Cfr. Dörner, *Die Logik des Mißlingens*, 1989, pp. 16 y ss).

84 Cfr. acerca de los cambiantes puntos de vista de Beck acerca del papel del Derecho: *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 115-120.

dos años: si en 1986 había puesto todavía todas sus esperanzas en el Derecho y la Justicia[85], dos años después reconoce –desde una crítica liberal– que debido precisamente al alto valor simbólico del derecho es necesario un proceso de «descontaminación simbólica»[86]. Ante esta vacilación entre las «alabanzas celestiales» y la «aflicción mortal»[87], resulta más realista la perspectiva sociológica –y no jurídica por desgracia– relativa al predomino de los efectos colaterales[88]. Una Ciencia Penal orientada a las consecuencias debe considerar al menos que también en el Derecho penal las buenas intenciones pueden originar malos resultados[89] y que además es posible que las consecuencias inadvertidas predominen sobre las queridas.

b) Aspectos empíricos, normativos y metodológicos de la efectividad del Derecho penal

Cuando se invoca un escenario tan amenazador como el presagiado por *Schünemann*, en el que se reclama al Derecho penal para que luche en el bando correcto, donde no se cuestionan los bienes jurídicos de carácter ecológico, apenas si puede plantearse una pregunta tan importante y seria como la relativa a la forma y condiciones bajo las que éste puede limitar la libertad de actuación de nuestros contemporáneos con el fin de proteger los intereses de generaciones futuras[90]. El planteamiento, en su esencia, resulta similar al de *Stratenwerth* quien, partiendo de una crítica mordaz y demoledora a lo descabellado del progreso técnico científico, contempla al Derecho penal como uno de los medios a movilizar con le fin de salvar, lo que pueda ser salvado, del «homo sapiens como especie» (*Schümemann*) o del «nivel más alto de vida» (*Stratenwerth*). Según creo, este carácter alarmista de las palabras de *Schünemann* descubre precisamente las debilidades de su posición, pues aunque las expresiones escogidas resultan dignas de aplauso, en la medida en que nos impactan, menguan su idoneidad para profundizar en el aspecto más específico y central que concierne a nuestra disciplina: si esta sociedad conmocionada necesita la intervención del derecho penal. Pregunta que requiere formular argumentos específicos relativos al por qué existe tal necesidad y no, presuponiéndola, a su envergadura. Con ello acaba de formularse el

85 U. Beck, *Risikogesellschaft*, 1986, pp. 318 y ss.

86 U. Beck, *Gegengifte*, 1988, p. 220.

87 Conocidamente, J.W. Goethe, *Klärchen im Egmont* (tercer acto).

88 Cfr. Beck, *Risikogesellschaft*, 1986, p. 103; Blanke, *Leviathan* 1990, p. 135; FAZ-Interview mit Niklas Luhmann vom 2.1.1991, p. 3.

89 Programáticamente adoptado en el título («Vom Guten, das noch stets das Böse schafft», 1993) de los Ensayos Penales publicados en honor de Herbert Jäger.

90 Schünemann, *GA* 1995, 207.

título genérico de los distintos capítulos en los que ha de estructurarse la polémica relativa al afianzamiento del futuro a través del derecho penal.

El fundamento de una posición como la que acaba de describirse debiera partir de una *evaluación de la capacidad de rendimiento del derecho penal de acuerdo con los cometidos que tradicionalmente se le han asignado*; lo que no consiste en ningún caso en la repetición, a modo de conjuro, de las fórmulas a través de las que expresamos nuestros *deseos* en relación a las tareas que el derecho penal cumple. Lo que diferencia a la incómoda pregunta que debe plantearse es que se trata de determinar ante qué tipo de problemas puede reaccionarse mediante el derecho penal con más o menos buenos resultados.

Un segundo e imprescindible pilar ha de erigirse a partir de un *análisis científico del problema*, a cuya solución el derecho penal pretende contribuir. Formulado de un modo más incisivo: la idea de apelar al derecho penal sería tan insostenible si la amenaza del fin del planeta se debiera a que le ha llegado su hora biológica, como si esta procediera de seres de estrellas lejanas. Asegurar el futuro mediante el derecho penal tiene como presupuesto que la amenaza proceda de un comportamiento que puede razonablemente prohibirse.

La siguiente serie de preguntas deriva de la respuesta que se dé a estas dos cuestiones previas: ante estos problemas ¿puede esperarse algo del derecho penal tal como está configurado, esto es, de acuerdo con las estructuras de imputación que actualmente se consideran acertadas? En caso de que esta respuesta fuera contestada negativamente o al menos de un modo no satisfactorio, ¿podría conseguirse algo –o algo más– del derecho penal si se simplificaran sus estructuras de imputación? En el supuesto de que su actual configuración debiera cambiarse, ¿en qué medida pueden admitirse estos cambios sin que el derecho penal pierda su carácter de Derecho penal de un Estado de derecho?

La respuesta a estas preguntas e incluso la consciente necesidad de plantearlas es algo que hecho en falta los momentos posteriores de la discusión. Personalmente incluso, cuando mantengo que hasta ahora han fracasado todos los intentos, adopto como punto de partida lo sobredimensionado del derecho penal.

Supone en efecto una contradicción evidente, hablar del «fracaso del derecho penal del riesgo», o aún más, aceptar este diagnóstico como punto de partida, sin haberlo justificado empíricamente[91]. En este sentido se me ha reprochado «la imprudencia con que he certificado el fracaso y la crisis»[92] o lo peligroso que resulta «aceptar el monopolio de las ciencias sociales de carácter empírico a la hora de probar la efectividad del derecho penal»[93]. Incluso se

91 Como se indica en las tres recensiones críticas a mi trabajo de Michael Bock (*StV* 1993, 672 f.), Rainer Keller (*KJ* 1995, 252 ff.) und Lothar Kuhlen (*GA* 1995, 347 ff. [351 ff.]).

92 R. Keller, *KJ* 1995, 252.

93 Bock, *StV* 1993, 673.

ha señalado que «si no hay efectos preventivos, es porque las investigaciones sociales de carácter empírico han sido incapaces de encontrarlos»[94]. Se cuestiona incluso que aun admitiendo la existencia de cuestiones empíricas abiertas en la constatación de los efectos preventivo generales –positivos y negativos– del derecho penal de aquí puede pueda derivarse la tesis de su fracaso[95]. En contra de mi posición se arguye igualmente el doble rasero que utiliza al constatar el fracaso del derecho penal de dirección social (*Großsteurungstrafrecht*), cuando los «evidentes resultados» del *derecho penal nuclear* tampoco son siempre evidentes[96]. Este mismo reproche resultaría fortalecido cuando sin justificación empírica «se acepta como moneda de cambio la tesis de que este derecho penal de dirección social genera en la población una seguridad falsa que debilita las discusiones necesarias e impide el escándalo y como consecuencia de todo ello la solución eficaz de los problemas»[97].

¿Cómo ha de contestarse a estas preguntas y dudas? En primer término, y polemizando aún más, todas estas críticas parten de apreciaciones enteramente subjetivas y no aportan ninguna contratesis empíricamente fundada acerca de la efectividad del Derecho penal. La razón resulta sencilla: no existe ninguna prueba. Y esto puede predicarse tanto en relación a comportamientos prohibidos en el derecho penal nuclear, como, con mayor razón si cabe, al intento de orientar socialmente los comportamientos confiando en la fuerza conformadora de costumbres del derecho penal. ¿Supone esto que ha de darse ya por *probado* el fracaso del derecho penal? Evidentemente, no, por lo que no resulta correcto hablar sin más de su inutilidad. Más, por el contrario, ¿las circunstancias que se han apuntado permiten hablar del fracaso del derecho penal? La respuesta, que al menos a mi juicio resulta evidente, es que sí.

¿Dónde se encuentra entonces la polémica? Se trata de determinar cuándo resulta aceptable conformarse con creencias y apreciaciones personales, y en qué otros casos, si es que se debe diferenciar entre ambos, debe exigirse y –lo que resulta de particular importancia– con qué grado un saber empíricamente fundado. Lo correcto sería distinguir en atención al contexto: en el marco de una comunicación social no organizada, en el ámbito del saber científico y en la actuación política.

El primero de los espacios señalados no plantea problema alguno. Cada persona establece libremente cuáles son sus creencias personales con el fin de administrar lo cotidiano, que sin ello podría incluso no existir. Resultaría absurdo desorientar a los ciudadanos exigiéndoles que fundamentaran empíricamente sus convicciones, a menos que ya no estemos realmente ante lo cotidiano,

94 Bock, *StV* 1993, 673.
95 Kuhlen, *GA* 1995, 363.
96 Kuhlen, *GA* 1994, 363.
97 Kuhlen, *GA* 1994, 363 f. remitiéndose *Strafrecht und Risiko*, 1993, S. 247 f.

y alguien pretenda limitar inadecuadamente la libertad de sus conciudadanos a partir de comportamientos fundamentados en sus convicciones[98].

Evidentemente las cosas cambian en la Ciencia y en la Política. Ningún científico se conforma con intuiciones, convicciones o creencias pese a que a estos sectores tampoco llega nadie sin ellas. Existen patrones, situados en los fundamentos de la Teoría de la ciencia y en los de cada especialidad, a partir de los cuales ha de evaluarse la corrección o admisibilidad de una afirmación, como la relativa a la efectividad del derecho penal. Los comportamientos en el ámbito de la política resultan de mayor complejidad, pues entra en contradicción el *muddling through*, fundamentado en el mejor de los casos en el sentido común, con la pretensión, con cimientos constitucionales, de un determinado nivel de racionalidad en las actuaciones estatales, tal como pone de manifiesto el principio de proporcionalidad, que entendido en sentido amplio comprende también al de idoneidad.

¿Cómo se traslada lo anterior a los aciertos y fracasos del derecho penal?. En las jornadas de Berlin (Jahrtausend-Tagung), *Kuhlen* mantuvo una vez más de modo expreso la tesis según la cual «pese a todas las posibilidades de información y argumentación que se han ofrecido sobre esta cuestión, la efectividad del Derecho penal la derivamos de valoraciones, a las que el penalista no tiene ningún acceso privilegiado»[99]. Mediante esta afirmación niega *Kuhlen* el carácter científico de la frase «el derecho penal es –o no es– efectivo». Cuando se repara, sin embargo, en que, según el propio *Khulen*, existen cuestiones empíricas todavía sin resolver, la afirmación anterior constituye un tentador atajo, que a la vista de que muchas cuestiones pueden formularse empíricamente no es sino pura resignación. La falta de debate acerca de estos hechos resulta además particularmente nefasta cuando se repara en que los aportes a la discusión científico penal también están influidos por valoraciones marcadamente personales, convicciones, experiencias y apreciaciones, y es que debe indicarse que no resulta posible separar tajantemente este tipo de apreciaciones de los «argumentos e informaciones puramente científicos». Tan

98 Desde el punto de vista de un espectador objetivo estas convicciones responden en parte a prejuicios, más o menos refutables. Incluso para un espectador subjetivo muchas de estas convicciones derivadas de la experiencia personal y de una observación participativa, aunque personalmente puedan darse por probadas, resultan rechazables o cuanto menos cuestionables. Personalmente estoy convencido (¡) que la convicción en la eficacia preventivo general del Derecho penal, tal como afirma Kuhlen, se corresponde con la experiencia subjetiva acerca de la intimidación penal no sólo de una mayoría de ciudadanos, presumiblemente amplia, sino también a penalistas prácticos y, probablemente, teóricos, e incluso de la mayoría de cultivadores de la política criminal que no «adopten de modo consciente por razones de oportunidad decisiones contrarias a lo evidente» (Kuhlen, op. cit. p. 66). Esta experiencia, sin embargo, no puede generalizarse pues por si misma no puede reclamar una pretensión de veracidad.

99 Kuhlen, «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit», en: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, p. 57 ss. (73).

evidente debiera resultar que el penalista teórico observa y experimenta los aspectos de la realidad relevantes para el derecho penal de modo distinto al práctico o al profano, como que de ésta constatación no puede desprenderse argumento alguno con el fin de apoyar una suerte de dictadura de los expertos. Ahora bien, la posición de *Kuhlen* inversamente supone una contundente invitación a la modestia[100] de los penalistas y a la formulación de meras opiniones personales carentes de toda «arrogancia» teórica[101] además de una negativa a contribuir con los ciudadanos y con la política[102].

No es cometido de esta investigación probar el referido fracaso del derecho penal[103]; cosa de lo que por otro lado estoy lejos de vanagloriarme. Los diagnósticos y pronósticos referentes al fracaso presente y futuro del derecho penal de dirección social, al igual que las consideraciones relativas a su contraproductividad, constituyen tesis arriesgadas susceptibles de ser falseadas. Por otro lado, tampoco constituyen castillos en el aire, pues se anudan, de un lado, al diagnóstico efectuado con carácter general desde la criminología según el cual las teorías predominantes sobre los fines de la pena no pueden ser empíricamente validadas[104]/[105] y, por otro, a la estimación, cuanto menos plausible, de que el escepticismo acerca de la efectividad del derecho penal resulta una estimación singularmente válida cuando en su punto de mira se sitúan comportamientos que no resultan *mala per se*, sino más bien socialmente adecuados, inofensivos, cuando se examinan superficialmente y, sobre todo, masivos. «El fracaso y la crisis» no se han «certificado de forma imprudente»[106]; más bien sucede lo contrario, la posibilidad de fracaso no puede obviar-

100 Evidentemente, y en eso estoy de acuerdo con Kuhlen y con la «modestia científica» cuando ésta significa respetar y aprovechar las posiciones contrarias, cuando se plantea la propia posición e igualmente con la «modestia política». Sin embargo, en su trabajo no piensa, o no lo hace exclusivamente, en este tipo de «modestia».

101 Kuhlen, (o. Fn. 99), p. 73.

102 En igual sentido Roxin y Nelles (en el volumen de las Jornadas de Berlín *–Berliner Tagungsband–* [not. 99] p. 387 ss y 425).

103 Vid. resumidamente: *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 38-45.

104 Vid. la síntesis de Eisenberg (*Kriminologie*, 5 Aufl., 2000) acerca de la prevención general: «... no está empíricamente demostrada la eficacia que se le atribuye a la prevención general ni el proceso por el que se materializan sus efectos» (p. 569, parg. 41, marg. 6) y sobre la prevención especial: «Acerca de la pregunta relativa a la efectividad de las estrategias de intimidación ... son más las convicciones personales que los resultados suficientemente contrastados» (p. 576, parg. 42, marg. 4), «del estado actual de la investigación relativa a la constatación de la eficacia de los programas de ayuda ... se desprende lo siguiente: Cuanto más amplia es la muestra más se evidencian sus posibles déficits», lo que completa señalando «que pueden efectuarse un buen número de objeciones ante la pretensión de aumentar las medidas represivas en atención a las futuras infracciones al orden legal» (p. 579, parg. 42, marg. 11).

105 Lo anterior también es válido para la teoría de la prevención general positiva, que pese a dar la impresión de haberse elaborado a partir de la pregunta ¿cómo formularía una teoría de la pena resistente a la prueba?, no puede negar su carácter empírico (vid. *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 226-235) , por lo que padece en mayor o igual medida la falta de contrastación empírica de sus efectos.

106 R. Keller, *KJ* 1995, 252.

se cómodamente en el marco de una sociedad –incluyendo sus expertos en Derecho penal– que presionada por la exigencia actual de racionalidad ha sustituido «lo que la pena debe ser», obligación manifiesta y fuertemente asentada en las teorías absolutas de la pena», por el convencimiento de que «las penas deben ser sobre todo útiles».

Resta por preguntarse, especialmente en el ámbito de la política criminal práctica, si ha de aceptarse «el monopolio de las ciencias experimentales a la hora de comprobar la efectividad del derecho penal»[107], es decir, si la falta de acreditación empírica de su efectividad real debe tener necesariamente algún significado. Personalmente tengo pánico de la alternativa posible: una guerra entre los creyentes favorables o no a la efectividad del derecho penal[108]. El que existan dudas acerca de la capacidad de los métodos empíricos de las ciencias sociales para probarla no debiera llevarnos al abandono de la racionalidad en la política criminal. Quien tome en serio los problemas con que se enfrenta la sociedad, a cuya resolución deba coadyuvar el derecho penal, esté convencido de que el camino del derecho penal no lleva a ninguna parte y vaticine además de un modo relativamente preciso sus daños colaterales, no debe atrincherarse tras una línea de defensa, que resulta científicamente inatacable, sino que debe exigírsele, en unión o no con las científicos sociales[109], pero seguramente con el debido apoyo de los constitucionalistas[110], un método de debate explícito y transparente acerca de los caminos y las exigencias necesarias para poder dar por probada la eficacia del derecho penal[111].

Resumiendo: en mi opinión, el verdadero problema de política criminal y sobre todo criminológico se ha obviado siempre de modo escandaloso[112]. Un amplio sector de la Ciencia penal ha contribuido a fijar las condiciones de utilización del derecho penal, sin tener conocimientos suficientes acerca de cómo y cuándo éste resulta eficaz. Cuando el tema se ha tomado en serio se

107 Bock, *StV* 1993, 673.

108 Lo que, como Kuhlen ha señalado con toda razón, pero sin triunfalisamo, sería una lucha entre Goliath y David en la que no existe esperanza de que salga vencedor el más débil («.... la crítica al moderno derecho penal ... y las esfuerzos de aclaración que ésta trae consigo no tendrían grandes resultados ni para la política criminal ni para los ciudadanos», 2000, 72).

109 Lo que no se debe exclusivamente a que los científicos sociales, como Bock, se asombren de la aceptación por parte de los penalistas del monopolio de las Ciencias sociales empíricas a la hora de probar la efectividad del derecho penal (*StV* 1993, 673), sino también a otros intentos por parte de estas Ciencias que no parten del paradigma clásico de las «ciencias exactas» (vid. resumidamente y con ulteriores referencias Fabricius, *Was ein Lehrbuch lehrt*, 1998, p. 24-26).

110 Cuya competencia se fundamenta en el hecho que la política criminal es una política pública que como cualquier otra actuación del Estado debe ser adecuada para alcanzar los fines marcados.

111 Vid. al respecto, y con algo más de detalle, mis reflexiones en *KritV* 2000, 162 dd (164 s.) y ya antes en *StV* 1991, 436 ss. (426 s.).

112 Utilizo conscientemente la formulación de Stratenwerth (*ZStW* 105 (1993), 688) para quien «irritaría... una vuelta del derecho penal a su núcleo originario...por la escandalosa desproporción entre la gravedad del peligro ..., y los medios que han de movilizarse para conjurarlo».

han considerado suficientes, tal como señala *Kuhlen* de un modo manifiestamente optimista, las experiencias personales, las convicciones y el *common sense*[113]/[114] o incluso, tal como hace abiertamente *Stratenwerth*, se ha estimado suficiente, tanto en lo que se refiere a la intervención penal como a la construcción de sus fundamentos centrales[115], la sola *posibilidad* de que un derecho penal orientado al futuro pueda contribuir a administrar la crisis de nuestra civilización técnica[116].

c) ¿Por qué precisamente el derecho penal? Respuesta: «los penalistas son penalistas» y transformaciones en la comprensión del principio de ultima ratio

Estas tomas de posición, para algunos auténticas exigencias, no esconden en mi opinión un tratamiento despreocupado[117] del derecho penal garantista enraizado en los planteamientos del estado de derecho y dotado de sutiles mecanismos de imputación. Un factor de mayor importancia a la hora de explicarlas es que aquellos que exigen la intervención del derecho penal para contribuir a la «continuidad de la vida sobre ésta tierra»[118] son precisamente penalistas teóricos. Lo cual no resulta en absoluto trivial, incluso inversamente el escepticismo acerca de la contribución del derecho penal puede estar basado precisamente en el hecho de ser penalista y las comprensiones que ello implica, ni tampoco una opinión que pueda ridiculizarse, pues es comprensible que quien está convencido de lo acuciante de un problema quiera encontrar y busque los remedios en aquellos ámbitos que conoce.

La convicción según la cual no puede negarse la intervención penal allí donde existe un problema particularmente importante o incluso vital resulta seguramente un argumento mucho más importante en la crítica a mi posición. Su punto de arranque se encuentra en una concepción muy determinada a la

113 Expresamente Kuhlen (*GA* 1995, 364) que en otro lugar (*ZStW* 105 (1993), 701) con gran seriedad señala que no estaría dispuesto « a contribuir a la formulación de la dogmática del derecho penal del medio ambiente, si éste realmente tuviera carácter simbólico, pues contribuiría a frustrar expectativas y no sería una actividad que pudiera legitimarse seriamente.»

114 En la discusión que tuvo lugar en Toledo Kuhlen confirmó su posición. Con el fin de no dar lugar a malos entendidos, he de indicar, que no quiero decir que Kuhlen, con su remisión a experiencias, convicciones y sentido común, se comporte de forma imprudente y por ello de un modo un tanto irresponsable, pues habríamos ganado ya bastante si todos los penalistas acuataran de acuerdo con sus convicciones. Discuto únicamente que la carga de la prueba relativa a la efectivdad del derecho penal no queda satisfecha con convicciones, experiencias y sentido común.

115 Stratenwerth manifiesta sin rodeos que el derecho penal si se atreve con la tarea de asegurar el futuro «ha de ocuparse no sólo de comportamientos inequivocamente delictivos, sino también de aquellos que aparezcan delictivos desde una apreciación subjetiva », lo que recuerda a aquellos edificios que por alguna razón (vgr. por su valor monumental) se «deshuesan», conservándose únicamente la fachada.

116 Stratenwerth, *ZStW* 105 (1993), 695.

117 Como por ejemplo Stratenwerth (op. cit. p. 686) muestra claramente.

118 Stratenwerth, *ZStW* 105 (1993), 679.

hora de entender los perfiles del principio de ultima ratio («en los casos más graves, el último remedio»[119]): cuanto más importante es un problema más legítima aparece la utilización del derecho penal.

Esta idea no puede rebatirse en sus fundamentos. La constatación de un interés digno de protección y el posterior reconocimiento de que existen ataques especialmente graves resulta una condición necesaria pero no suficiente para la intervención del derecho penal. La concepción crítica original del carácter fragementario del derecho penal tal como fue formulada por *Binding* a tenor de la cual era el azar cotidiano lo que acababa por determinar aquello que el legislador consideraba punible[120] continúa siendo un programa político criminal inaceptable[121]. El concepto de bien jurídico responde únicamente a la cuestión de si un determinado interés merece protección[122], pero no a si esta protección debe realizarse penalmente. A la existencia de un bien jurídico debe añadirse la idoneidad de los instrumentos del derecho penal[123], lo que se deriva de un principio tan unido al Estado de derecho como es el de proporcionalidad en sentido amplio[124], al que han de acomodarse todas las actuaciones del Estado y por tanto también el legislador penal[125].

3. ¿ Han de reducirse las exigencias de imputación del derecho penal con el fin de alcanzar el encomiable objetivo de la «continuidad de la vida sobre el planeta»?

Con el fin de evitar que se reproche que mantengo una negativa fundamentalista y dejando de lado las objeciones que acaban de formulares, resulta necesario plantear si la gravedad de la situación planetaria, tal como por ejemplo la describe *Stratenwerth*, no aconseja aminorar los requisitos de imputación penal correspondientes al perfil del Estado de derecho. Y es que en ningún caso se pretende preservar *per se* «la cama de Procuro» en la que se

119 Wolfgang Naucke, Strafrecht, 9. *Aufl.*, p. 39 (§ 1, marg. 166).

120 Karl Binding, «Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts», *BT* 1, 2. Aufl., 1902, p. 20.

121 Vid. algo más detenidamente mi artículo «Subsidiär, fragmentarisch, ultima ratio? – Gedanken zu Grund und Grenzen von Strafrechtsbeschränkungspostulaten» en: *Institut für Kriminalwissenschaften* (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, 387 s., resumidamente. p. 405.

122 Vid. NK-Hassemer, vor § 1, Rn. 290.

123 Esta exigencia no deriva únicamente del criterio de merecimiento de tutela del derecho penal liberal del Estado de derecho, sino también, y sobre todo, del merecimiento de tutela real de estos intereses que el derecho penal debe promover ; esto es por ejemplo el medio ambiente no resulta promocionado si se protege por un derecho penal ineficaz.

124 Expresamente *BVerfGE* 88, 203 (258).

125 No está aún claro, desde el punto de vista constitucional, y requiere una elaboración interdisciplinar qué tipo requisitos –si es que ha de existir alguno– son necesarios para la prueba de la adecuación.

acomoda la Ciencia penal[126], ni mucho menos la pureza del derecho penal[127]. Socialmente además nadie aceptaría este handicap[128].

Si no me equivoco este es precisamente el punto de vista mayoritario[129] en aquellos que se oponen a la «arriesgada tesis» del fracaso del derecho penal, entre los que se ha impuesto el punto de vista según el cual de la falta de idoneidad del derecho penal de lege lata, se desprende inexorablemente que éste como instrumento de lucha debe adaptarse al problema[130], sin que pueda mantenerse petrificado en sus apreciadas estructuras de imputación.

Resulta sumamente sencillo responder a la cuestión de la aceptación o no de estas restricciones (por ejemplo la inversión de la carga de la prueba en el caso de daños derivados de productos industriales)[131], pues obviamente esta flexibilización no sólo sería aceptada, sino incluso saludada efusivamente. Ahora bien, pero con esto no se ha dicho todo, pues como es sabido una democracia es algo distinto a la ejecución de opiniones mayoritarias en temas como el de la pena de muerte o el que nos ocupa. La historia de la reforma del derecho penal material y procesal desde mediados de los años setenta es la historia de estas reducciones en el Estado de derecho. Únicamente resultaba distinto el fin para cuya consecución debían aceptarse estas cargas. He de insistir en que la Ciencia del derecho penal y a la política criminal requieren constatar además que estas restricciones van a ser efectivamente aceptadas[132], no basta con una presumible aceptación, pues aceptación efectiva y esperada no deben confundirse[133]. De este modo, resulta necesario plantear una pregunta clave, antes de responder a si se aceptarían las restricciones en el programa penal del Estado de derecho: ¿Este alto precio (restricción en las garantías) va a permitir alcanzar el resultado apropiado (capacidad para resolver el problema)? Con este fin, resulta bastante aleccionador examinar el derecho penal del medio ambiente, en cuanto que constituye uno de los prototipos del moderno derecho

126 Stratenwerth, *ZStW* 105 (1993), 679 (685).

127 Eser, en *Berliner Tagungsband* (not. 101), p. 440.

128 R. Keller, *KJ* 1995, 254.

129 Esta el la impresión adquirida tras la discusión en Toledo, particularmente de los colegas españoles Muñoz Conde (Sevilla) y Diez Ripollés (Malaga).

130 Gunter Heine (not. 22) p. 392 ss (410) es ilustrativo de esta tendencia: «En el caso de riesgos procedentes del sistema deberían... existir abiertamente formas de responsabilidad de organizaciones y sistemas».

131 R. Keller, *KJ* 1995, 254.

132 Afortunadamente no soy tan puntilloso como se desprende de la apreciación de Keller, pues sería contrario también a un derecho penal del riesgo con falta de aceptación (*KJ* 1995, 245, columna izquierda). En la nota a pie de página que Keller cita correctamente hablo expresamente de aceptabilidad (*Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 375): «un derecho penal del riesgo de estas características ... no resulta justificable ante aquellos que van a ser sancionados».

133 Vid. al respecto supra, la polémica con Khulen sobre las ideas de democracia, política criminal y ciencia penal expresadas en las Jornadas de Berlín.

penal y el propio *Kuhlen* uno de los defensores del derecho penal del riesgo lo utiliza con este fin.

En este marco, en efecto, *Kuhlen*[134] defiende que resulta legítimo y efectivo un derecho penal dotado no sólo de instrumentos clásicos como los delitos de peligro abstracto, sino de otros nuevos, como los delitos de acumulación, que ha de utilizar cuando resulte adecuado. En su crítica a las objeciones al derecho penal del riesgo manifiesta lo siguiente: «se trata de grandes riesgos, que analizados desde un punto de vista sociológico, no pueden concebirse adecuadamente como problemas de comportamientos individuales, lo que tampoco resulta limpio (*fair*) desde un punto de vista normativo»[135], en otras palabras, no pueden ser imputados.

¿Pero como fundamenta Kuhlen la afirmación de que un derecho penal de estas características resulta efectivo y legítimo, lo que resulta previo al problema de la responsabilidad? Anticipo el resultado: la tesis criticada que en un principio se expone con precisión se deforma hasta hacerla irreconocible con el fin de refutarla convincentemente. Veamos con más detenimiento como se conforma la cadena argumental: de las críticas efectuadas a la idoneidad del derecho penal como medio para reaccionar ante concretos grandes riesgos *sistemáticamente condicionados*, *Kuhlen* extrae de improviso que en opinión de los críticos el derecho penal resulta ineficaz en aras a contribuir a la resolución de estos *graves* problemas. Esta argumentación no constituye ni una parafrásis ni una extrapolación inadecuadas, sino un meditado cambio de categorías: el problema de lo «sistémico» que es *cualitativo* y concierne al origen del problema se transforma en la *gravedad* del problema que es un criterio cuantitativo y que se refiere a sus *efectos*[136]. En conexión a este argumento *Kuhlen* puntualiza de este modo su rechazo a la crítica: «Con el derecho penal no se trata de solucionar el problema del medio ambiente, sino problemas del orden social»[137], es decir, la protección de bienes públicos ante los procesos de producción.

¿Qué cabe indicar al respecto? No estaríamos hablando de la reforma del derecho penal, si, en efecto, el problema verdaderamente decisivo fuera el proceso de producción, que sin duda alguna existe y es relevante para el medio ambiente. El proceso de producción es sin duda *un* problema que afecta a todos los bienes públicos, incluidos la pureza del agua y del aire, pero solo constituye la cuestión decisiva cuando se trata de determinar los costes sobre los bienes públicos. Por el contrario, en el contexto de la política criminal

134 Un breve resumen en *GA* 1994, 347 ss. (362 ss.), detalladamente vid. su conferencia en Basler en el marco de las Jornadas de profesores de derecho penal, *ZStW* 105 (1993), 697 ss.

135 Kuhlen, *ZStW* 105 (1993), 719.

136 Kuhlen, op. ult. cit.

137 Kuhlen, *ZStW* 105 (1993), 720.

medioambiental podría resulta complicado considerar los procesos de fabricación como el «pecado capital». El problema es sobre todo sistémico. El escenario tan espeluznante que dibuja *Stratenwerth*, ante el que colegas tan prudentes como el propio *Stratenwerth* o *Kuhlen* consideran necesario y adecuado arrojar por la borda las estructuras de imputación o al menos aligerarlas[138], no se deriva de comportamientos *desviados* en relación a los procesos de producción sino de comportamientos legales, sistémica y normativamente conformes. El riesgo o el daño que de ellos pueda desprenderse no constituyen problemas sistémicos debido a que sea imposible descubrir en el marco de una organización criminal al autor individual o incluso éste no exista[139], sino porque se realizan abiertamente en el contexto de nuestro sistema económico, apoyado tanto por la política como por la normativa económica vigente.

Si lo anterior es correcto, y no conozco a nadie que lo discuta fundamentadamente, resulta evidente que el derecho penal no puede ser utilizado eficazmente. Resulta incluso contraproducente, y apoya cuanto acaba de indicarse, que en la valoración anudada a la penalización de un comportamiento se señale que éste no representa el principal problema de la política ambiental. Resulta erróneo apelar a la existencia de graves problemas reales, con el fin de justificar la derogación o suavización de las actuales estructuras de imputación, cuando se es consciente de que el derecho penal no va a ayudar a solucionarlos. La criminalidad ambiental se asemeja a la conocida imagen del «chivo expiatorio», cuando se contempla el derecho penal en el contexto de los problemas medioambientales reales[140].

Esta utilización del derecho penal constituye una respuesta inefectiva, contraproducente y simbólica en el peor sentido del término[141] en cuanto que se pretende hacer frente a problemas acuciantes y no satisfacer necesidades colectivas de pena. La intervención del derecho penal para solucionar los problemas del futuro resulta errónea porque no incrementa un ápice la prevención de determinados comportamientos lesivos para el medio ambiente[142], y no tanto porque resulten limitados o inadecuados, según los casos, los medios de persecución penal o porque se produzcan controles indeseables desde el punto de vista del Estado de Derecho y sobre todo no porque la

138 Tanto Kuhlen como Stratenwerth carecen de dudas, lo que desde un punto de vista intelectual resulta digno de elogio, de que trata de aligerar o reducir los requisitos de imputación (ZStW 103 (1993), 713).

139 Esta sería una definición de «sistemático», en el sentido propuesto por *Heine* (not. 22).

140 Vid. al respecto con ulteriores referencias Klaus Lüderssen, *Kriminologie*, 1984, p. 160 s.; extensamente Bernhard Haffke, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, 1976, p. 97, 109, 118 f., 139, 144 ss. y 157 ss.

141 Acerca de las diferentes acepciones del término *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 255-260.

142 Objetivo: Lackner/Kühl, *StGB*, 23. Aufl., 1999, Vor § 324, masg 5: «Las preguntas más urgentes en torno a la protección penal del medio ambiente carecen de solución».

actuación de la justicia penal vea obstaculizada su labor de protección del medio ambiente o los consumidores por las sutilezas en las que se conforma el Estado de derecho[143].

4. ¿Debe ocuparse el derecho penal de mantener su credibilidad, pese a su previsible fracaso en relación a los grandes peligros?

Nos queda el problema de la credibilidad. ¿Resulta legítimo reaccionar penalmente ante lesiones corporales absolutamente normales[144], cuando, continuando con el símil de *Stratenwerth*, no se sancionan los «ataques más persistentes al germen de la vida»[145]? ¿Pierde credibilidad el derecho penal cuando se despreocupa de los grandes riesgos, porque no augura resultado alguno, y en cambio se aplica a los grandes peligros que proceden de la microcriminalidad? Quien piense que microcriminalidad es igual a la criminalidad de las clases inferiores responderá con un lógico, rápido y airado ¡sí! Pero tal equiparación no resulta evidente: los altos directivos de los procesos de responsabilidad por el producto –los casos del «spray para cuero» y del «protector de madera»– son «microcriminales», lo cual precisamente justifica su procesamiento, en la medida en que pueda serles imputado una decisión individual arriesgada.

Por estas razones, puede ocurrir que alguien no descubra ninguna mengua de credibilidad por considerar de un modo estructural[146] la diferencia entre micro y macrocriminalidad[147]. A mi juicio, sin embargo, está condenado al fracaso el intento de generar «buena conciencia» aprovechando esta discrepancia, en cuanto que no atiende al resultado, a las amenazas reales que existen para el futuro. El Derecho penal tiene como presupuesto la decisión estatal de proteger un bien jurídico; sólo cuanto esta decisión resulta clara y creible a través de una política medioambiental que disminuye sensiblemente las lesiones medioambientales legales, debiera pensarse en flaquerarla con la protección penal.

---

143 Así: Keller, *KJ* 1995, 254.

144 Stratenwerth, *ZStW* 105 (1993), 679 ss (688). Una pregunta interesante, y aguda sobre todo desde un punto de vista moral, es la que plantea Günter Heine: «¿Qué es una lesión corporal en comparación con los peligros para la funcionabilidad del plan económico alemán?» (not. 22), p. 407.

145 No desconozco que Stratenwerth ha empleado esta imagen con la finalidad opuesta. En atención a la punibilidad de cualquier lesión corporal señala que no resulta de recibo la impunidad de los ataques contra el «germen de la vida».

146 Vid. previamente algunos puntos de vista en Bemmann/Spinellis (Hrsg.), Strafrecht – Freiheit – Rechtsstaat (FS für G.-A. Mangakis), 1999, S. 673 ss.

147 Sobre este concepto Herbert Jäger, *StV* 1988, 172 ss; Michael Walter, en *Böllinger/Lautmann* (Hrsg.), Vom Guten, das noch stets das Böse schafft (Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von *Herbert Jäger*), 1993, 81 ss.

5. Las alternativas al derecho penal del riesgo

Al lado del análisis de la efectividad del derecho penal como instrumento director de comportamientos, polémica que continuará previsiblemente, resulta necesario abordar la cuestión de las alternativas al derecho penal del riesgo, se trata, expresada de otro modo y desde el interior del conjunto de la Ciencia jurídica, de la pregunta relativa al derecho penal como alternativa a otros «derechos del riesgo» que «acumulan problemas similares»[148]. ¿Dado que en el derecho civil o administrativo también deben también respetarse las garantías del Estado de derecho, resulta preferible el derecho penal del riesgo pese a sus conocidas consecuencias: restricciones a la libertad para las «ovejas negras», eficacia intimidante ante las desviaciones peligrosas, pero la mismo tiempo consideración hacia la libertad individual de aquellos ciudadanos que no realicen comportamientos desviados?[149]. La pregunta merece ocupar un lugar central en el debate relativo a las «piedras angulares» de la política jurídica y por consiguiente de la política criminal.

Una palabra, en primer lugar, acerca de la presunción según la cual el derecho civil y administrativo tampoco lo tendrían más fácil. A mi juicio esta objeción no resulta concluyente. El que otros sectores del derecho deban también respetar las garantías del Estado de derecho no implica que éste les imponga *ataduras similares o parecidas* a las del derecho penal, pues esté, debido a su gravedad y a que sus consecuencias jurídicas contradicen el propio sistema de valores del *Rechtsstaat*[150], sólo está legitimado como ultima ratio dentro del Estado de derecho liberal, motivo por el que existen cautelas especiales. No es casual, y esto ha de servir para convencernos de los anterior, que la inversión de la carga de la prueba dentro del derecho civil constituya en atención al principio de adecuación al fin un medio adecuado de resolución de conflictos y que por el contrario en el derecho penal sea más que discutible. De modo semejante, en el derecho público, por ejemplo, aquél que desee obtener una autorización para realizar una actividad peligrosa debe probar que reúne todas las condiciones necesarias. Suprimir esta diferencia significa negar o considerar irrelevante la historia de los diferentes sectores del derecho, de sus fundamentos específicos, presupuestos y consecuencias jurídicas.

148 Heine (not. 22), S. 408 con ulteriores referencias.

149 Keller, *KJ* 1995, 254, quien remite también a Klaus Günther (*KJ* 1994, 151).

150 Nadie discute que a través de la pena privativa de libertad se afecta a la libertad de los ciudadano, que resulta garantizada por la Constitución; igualmente resulta conocido el potencial lesivo que la pérdida de libertad tiene para la personalidad y la inviolabilidad de la dignidad humana que de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución debe ser además respetad y protegida por los poderes públicos. Son legión los casos en los que la vida y la integridad se lesionan o en los que la familia del interno en contra del art. 6.1 de la Constitución no es protegida, sino dolosamente (¡dolus eventualis!) dañada.

Más interesante es la pregunta clave, que se plantea de modo independiente al problema que estamos abordando: no resulta preferible el derecho penal en virtud de todas las diferencias señaladas, y precisamente por los contornos característicos de este sector procedentes del Estado de derecho. Según esta tesis hablaría a favor de la intervención penal el que la consecución de un fin determinado puede alcanzarse eligiendo «la amenaza intimidante unida a la restricción de la libertad individual en el caso concreto», lo que constituye una cualidad específica del derecho penal, en vez de restricciones a la libertad de todos, lo que es consubstancial a las regulaciones civiles o administrativas, aunque particularmente no alcance a entender la lógica de esta relación ante el caso concreto[151].

La alternativa tiene sin embargo ulteriores condicionantes. La elección del derecho penal resultaría trivial en los supuestos ideales, aquellos en los que se hubiera comprobado efectivamente que ambos sectores jurídicos tienen una eficacia semejante, pese a que el derecho penal no ha alterado sus exigencias a la imputación individual. Estamos muy lejos, sin embargo, de este escenario ideal: a mi juicio, resulta mayor la aptitud del derecho civil y administrativo, su capacidad para marcar pautas de conducta, debido a que precisamente resultan menores y menos importantes las cortapisas impone el Estado de derecho. Pude repararse, de un lado, en la justificada admisión de diferentes deberes generales de cuidado en el tráfico y, de otro, en las medidas de investigación contra personas sospechosas de haber realizado una infracción penal. Depende de consideraciones ligadas al caso concreto si resultan necesarias medidas restrictivas de libertad estrictas y eventualmente masivas (valga de nuevo el ejemplo: deberes de vigilancia generalizados) o si están justificas por el fin (una reducción de accidentes presumiblemente drástica o de daños patrimoniales de las víctimas de accidentes).

A la vista de las anteriores experiencias y reflexiones no puede aceptarse que el rechazo del Derecho penal, como principal directriz de comportamien-

151 Keller (op. cit., p. 254) utiliza el ejemplo del tráfico automovilístico en el que la intervención penal (menciona expresamente la amenza de pena, pero no su imposición a un número pequeño de participantes) le parece preferible en relación a otras posibilidades de regulación (menciona como ejemplo los «examenes psíquicos» que se introducirían en los diversos controles). El ejemplo me parece ajustado: en primer lugar y en lo referente a la libertad: resulta fuera de dudas únicamente el incremento de libertad fáctica de todos los conductores (Keller, op. cit.: « los participantes en el tráfico adquieren flexibilidad en relación al ordenamiento jurídico»), pero desde el punto de vista jurídico resulta idéntico que la restricción de la libertad provenga de sanciones penales o de exámenes psíquicos u otro tipo controles adoptados con el fin de evitar las infracciones de tráfico. Y por lo que se refiere a la eficacia: la lección diaria de cada conductor es que la intimidación penal no funciona. Las normas son continuamente violadas, por lo que el cuidado de la libertad individual, mediante el rechazo de controles psíquicos permite el cálculo del abuso de la libertad de otro (y también de muchos muertos y heridos innecesarios).

tos[152], suponga «pasar el muerto» a las disciplinas vecinas[153]. Si la segunda y tercera generación reaccionan ante los peligros del avance tecnológico (energía atómica, genética) como lo ha hecho las primeras, por ejemplo ante el tráfico, los riesgos permitidos pueden convertirse rápidamente en catástrofes permitidas[154].

6. ¿Es compatible el *homo oeconomicus* con el Estado de derecho?

Resta aún por debatir una aspecto de gran importancia: se trata de analizar un aspecto genérico, cómo ha penetrado en la sociedad y en el derecho penal la orientación al riesgo. Se ha observado claramente, en lo que los sociólogos denominan «modernización», como a medida que el hombre va comportándose como homo oeconomicus efectúa cálculos de coste-beneficio ante situaciones en las que debe tomar una decisión[155]. Este cambio de comportamiento podría resultar extraordinariamente perjudicial para el Derecho penal (o más exactamente para la protección de bines jurídicos a través del Derecho penal), si los ciudadanos se comportaran ante este cálculo utilitarista de acuerdo con el principio de «crime pays»[156].

Kuhlen[157] ha abordado críticamente este aspecto. Resumidamente, en su opinión, esta tendencia no debe rechazarse[158]: el Estado derecho no puede fundamentarse exclusivamente sobre la base del homo oeconomicus[159]. Sólo el castigo de las infracciones puede conjurar el peligro de un reblandecimiento generalizado de la fidelidad normativa y promocionar el aprendizaje de estrategias de comportamiento normativamente conformes y con ello la adquisición generalizada de estrategias de conducta adecuadas[160]. Sería una cuestión de suerte el que los ciudadanos se comportaran de acuerdo con el derecho y no como egoístas racionales[161].

A mi juicio resulta equivocada la contraposición entre «egoístas racionales»[162] y «leales en sí al derecho»[163], pues desconoce que el rational choice aproach supone una reconstrucción en cuyo marco puede representarse tanto la infrac-

152 Esto no quiere decir que el derecho penal no pueda ser construido sobre la aceptación de decisiones valorativas previas cuya actuación flanquea, y que haya de rechazarse « el trabajo interdiciplinar con otras Ciencias jurídicas» (Heine, (not. 22), p. 408, con lo que evidentemente estoy de acuerdo.

153 En este sentido Heine (not 22), p. 408.

154 Vid. a partir de Charkes Perron, Untersuchung über «Normale Katastrophen» [1989], mi *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 308 y ss.

155 Vid. *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 183 y ss, a partir de Baldo Blinkers, Untersuchung über «Kriminalität als Modernisierungsrisiko» [*Soziale Welt*, 1988, 397 ss].

156 Vid. Blinkers, *Soziale Welt*, 1988, 406 ss.

157 Vid. Kuhlen, *GA* 1994, 347 ss (364 ss) y el mismo, *ZStW* 105 (1993), 697 ss.

158 Kuhlen, *ZStW* 105 (1993), 724 s.

159 Kuhlen, *ZStW* 105 (1993), 810 y *GA* 1994, 364.

160 Kuhlen, *GA* 1994, 364.

161 Kuhlen, *GA* 1994, 364.

162 Personas cuyas decisión no se dirigen por normas o principios jurídicos, sino a partir de una ponderación de costes o utilidades en el sentido de una *rational choice*.

ción como la lealtad normativa. El hombre «en sí» o en «general» fiel al derecho es alguien que en determinadas situaciones, ante las que a adoptar una decisión, decide obedecer[164]. Cuanto esto se conecta con la aceptación de la prevención general como fortalecedora de la fidelidad normativa en un determinado sistema, lo que personalmente me parece plausible, surge forzosamente la pregunta de cómo influye en este proceso la enorme variedad de prohibiciones, cuya infracción en ocasiones, aunque conocida, resulta difícil de descubrir o se realiza de una forma masiva; y todo ello en el bien entendido de que no resulta ni deseable ni posible construir controles eficaces mediante un fortalecimiento de la policía o la administración de justicia. La respuesta resulta evidente. Las condiciones que acaban de mencionarse, cuya observación resulta sencilla en la realidad del moderno derecho penal, reblandecen la confianza normativa no sólo en el Derecho penal, sino en el conjunto del Estado de Derecho.

IV. LA CRÍTICA AL DERECHO PENAL Y LA ESCUELA DE FRANKFURT

Cuando analizo la actuación derecho penal en la sociedad de riesgo, o como quiera llamársela, el diagnóstico es ahora y antes el de un gran escepticismo, el cual no tiene nada que ver con que la «red» del Derecho penal sólo sea funcional para capturar peces pequeños sino, siguiendo en el ambiente pesquero, con que un arpón de mano resulta inservible en una piscifactoría en la que las especies se asilvestran y se convierten en tiburones. Y tiene también que ver con que el derecho, con toda su modestia, resulta el componente esencial del derecho penal.

Concluiré mi exposición contestando afirmativamente a la pregunta relativa a la existencia de la «escuela de Frankfurt» que planteaba al comienzo. A mi juicio, lo que la conforma es el contorno específico que adopta su critica al Derecho penal –el escepticismo ante su capacidad de respuesta, el recordar constantemente su potencial de terror y abuso, afirmando al mismo tiempo el dominio incondicionado del derecho en su interior–. Dónde colocan el acento cada uno de sus miembros importa tan poco como el hecho de que este tipo de crítica no se encuentra únicamente en Frankfurt an Main, sino también en otras partes de Alemania, al igual que en la Ciencia penal española e italiana, tal como estas jornadas han demostrado expresamente. Lo que invita al optimismo en lo que concierne al Derecho penal en Europa.

---

164 Término que comprende a hombres que acatan las normas con independencia de la amenaza penal y simplemente porque se trata de una norma jurídica vigente. Me parece importante completar esta descripción con el elemento de que su fidelidad normativa tampoco está influida por las posibilidades de descubrimiento.

165 Las razones por las que obra de este modo aún no están determinadas, deben barajarse:

– Su actitud general, en otras palabras: el recibir una elevada gratificación a cambio de pertenecer al grupo de los «leales al derecho», que puede tener como apoyo un trasfondo cristiano o político moral unido a la socialización personal o

– La asimilación, exacta o equivocada, de las posibilidades de ser descubierto o sancionado, así como la de la magnitud de las infracciones normativas que realizan otras personas.

DERECHO PENAL Y RIESGOS TECNOLÓGICOS

Carlos J. Suárez González
UPV/EHU

I

La afirmación de que el Derecho penal se encuentra inmerso en un proceso expansivo disfuncional es, en la actualidad, una opinión compartida en amplios sectores de la doctrina[1]. Se señala que parte del substrato fáctico de este proceso está conformado por comportamientos que han adquirido el rango de delitos y que tienen como base los riesgos implícitos en los avances tecnológicos que caracterizan a las sociedades modernas. Entre estos riesgos, se contabilizan los que emanan tanto de las investigaciones llevadas a cabo en el campo de la denominada «nueva genética» como de las técnicas de reproducción asistida; los que derivan de la comercialización de nuevos productos; los implícitos al uso de determinadas fuentes de energía; los derivados de la explotación abusiva de los recursos naturales, etc. La llamada «sociedad del riesgo», que caracteriza a las sociedades postindustriales desarrolladas, contribuye así a propiciar un cambio en el modelo del Derecho penal que se manifiesta de forma especial, si bien no exclusiva, «en la configuración de la delincuencia no intencional»[2]. El sistema penal, se dice, asume un nuevo cometido: la prevención de riesgos de procedencia humana que eluden el «control» de las instituciones y entrañan amenazas para los usuarios, consumidores, medio ambiente, etc. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, «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»»[3]. La falta de una adecuada capacidad de «gestión del riesgo» por parte de las agencias administrativas de control también es otro de los factores que parece encontrarse en la base de la criminalización de algunos de estos

---

1 Cfr.. SILVA SÁNCHEZ, J. Mª., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* Madrid, 1999; HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal,* Valencia, 1999, p. 46 y ss., 51 y ss.; VV.AA., *La insostenible situación del Derecho Penal,* Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Granada, 2000.

2 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. Mª., *La expansión del Derecho penal,* p. 22, señalando «que, de entrada, es secundaria su calificación como doloso-eventual o imprudente».

3 *Op. cit.,* p. 100, citando a MIR PUIG (*Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi,* en «Estudios penales y criminológicos», XIV, Santiago de Compostela, 1991, pp. 203 y ss., 213) que es quien alude, críticamente, a la «administrativización» del Derecho penal.

comportamientos. Esta falta de una eficaz capacidad de gestión se ve en muchas ocasiones acompañada de una desconfianza, por parte de la ciudadanía, en el propio aparato administrativo, al que más que instrumento de control se considera coresponsable directo de la situación[4].

La incidencia del progreso en el Derecho penal no se circunscribe, de forma exclusiva, a la prevención de riesgos que traen causa en el desarrollo tecnológico y científico. El surgimiento y puesta en práctica de nuevos instrumentos económicos, con su incidencia en las formas de interrelación social, se encuentra en la base de nuevas manifestaciones delictivas de corte doloso y en el modo en que éstas se manifiestan (criminalidad organizada, corrupción, etc.). La necesidad de contrarrestar estos nuevos riesgos también se siente como un requerimiento imperioso.

II

Que la sociedad moderna en la que vivimos es una «sociedad de riesgos» constituye un postulado que puede asumirse como punto de partida. Pero con ello, nada se dice acerca del significado y alcance de dicho postulado. En el campo de la sociología, el concepto «sociedad de riesgo» es objeto de diversas interpretaciones, que a su vez dan lugar a la formulación de distintos modelos sociológicos. Se habla, así, de modelos sistémicos, semióticos o fenomenológicos, no necesariamente excluyentes entre sí[5].

Como características comunes, se resaltan las siguientes[6]: a) En primer término, y de manera fundamental, un cambio cualitativo y cuantitativo de los peligros que nos acechan actualmente en relación con los de otras épocas. En este sentido se señala que, a diferencia de antaño, hoy convivimos con riesgos que son fruto de la actividad humana con un potencial destructivo superior incluso al que es atribuible a las grandes catástrofes naturales de otras épocas. A título de ejemplo acostumbra a citarse los riesgos implícitos al uso de la energía nuclear, o a los efectos contaminantes de determinadas actividades industriales, a los que se vincula la posibilidad de una destrucción colectiva[7]. La catástrofe de Chernobil constituye un ejemplo válido.

Pero a la dimensión cualitativa de los «nuevos riesgos» es necesario añadir el aspecto cuantitativo, fruto del incesante incremento de las actividades industriales, tecnológicas y científicas. Lo que a su vez genera un *efecto*

4 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *op. cit., p. 45.*

5 Lo resalta MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad de riesgo,* Madrid, 2001, p. 24, n.4. quien a su vez señala que estos modelos son «en parte complementarios entre sí».

6 Cfr. MENDOZA BUERGO, B., *op. cit.,* pp. 25 y ss.

7 Vid., HILGENDORF, *Strafrechtliche Produkthaftung in der «Risikogesselschaft»*, Berlin, 1993, p. 23.

acumulativo de riesgos. A ello hay que añadir otro aspecto: los avances científicos desarrollados en aras a la neutralización de determinados focos de riesgo presuponen, en muchas ocasiones, el surgimiento y asunción de nuevos riesgos.

Todo ello, unido al proceso de *globalización* da lugar a lo que se ha denominado «la sociedad de riego mundial»[8].

b) Como segunda característica de la llamada «sociedad de riesgo» se señala la *complejidad de las esferas organizativas*[9]. Los ámbitos de acción individual han dado paso a contextos de carácter colectivo. Los sistemas de producción, se estructuran a partir de la división funcional del trabajo de cara a la obtención de un mayor rendimiento. Y un modelo de estas características, basado en la aportación colectiva, presupone a cada una de sus partes como partes «intercambiables» o fácilmente sustituibles. Ello da lugar, a que la asunción individual de responsabilidad se diluya en el conjunto de las aportaciones, llegándose incluso a afirmar que las estructuras complejas de producción dan lugar a una «irresponsabilidad organizada»[10].

c) Como tercera característica de la denominada «sociedad de riesgo» se señala el incremento de la sensación de inseguridad por parte de la colectividad, que desarrolla una especial «sensibilidad al riesgo»[11], lo que a su vez parece traducirse en demanda mayores y más efectivos mecanismos de prevención a articular por las distintas a agencias e instancias de control. Como señala *Fernando Vallespín*[12] «la preocupación que se percibe, en el fondo, es que los inmensos desarrollos científicos, no encuentran un adecuado cauce en su aplicación a la vida social; que existe algo así como un punto de roce entre ciencia y tecnología, por un lado, y organización de la vida social por otro que escapa a nuestro control».

Ciertamente, uno de los factores que resultan determinantes de esta característica lo conforma el auge que han adquirido los medios de comunicación. La «sociedad de la información» en la que vivimos se caracteriza no sólo por la cantidad y rapidez con las que fluyen las noticias, sino por la importancia que la propia información ha adquirido en la conformación de la vida social: en el modo de organizar el trabajo, en los hábitos sociales y en las relaciones interpersonales.

---

8 Cfr. MENDOZA BUERGO, B., *op. cit.*, p. 27, con ulteriores referencias.

9 Se hace eco de esta perspectiva SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., p. 23;un desarrollo de su alcance y significado es realizado por, MENDOZA BUERGO, B., *op. cit., pp.28 y ss.*

10 BECK, U., *Gegengifte. Die organisierte Unverantvortlichkeit*, Frankfurt an Main, 1988.

11 SILVA SÁNCHEZ, J.Mª., *op. cit.*, p. 26.

12 *Nuevos peligros, viejos temores*, en el diario El País, 4 de marzo de 2001.

III

El modelo sociológico de la denominada «sociedad de riesgo», se encuentra, conforme a una opinión extendida, en la base de lo que se ha denominado «hipertrofia del derecho penal» o «fenómeno expansivo del Derecho penal»[13]. Este fenómeno expansivo no sólo se ha traducido en un incremento continuado de comportamientos que se elevan a la categoría de delito, sino que ha dado paso a un nuevo modelo de política criminal que parece contradecir los principios programáticos que deben orientar la actividad legislativa en el campo penal.

La doctrina proyecta el fenómeno expansivo sobre tres grupos de supuestos, que como señala *Mendoza Buergo* «en parte, se solapan entre sí»[14]. Un primer grupo se halla integrado por lo comportamientos relacionados con el progreso técnico y científico. En este ámbito se incluyen los delitos relativos a la manipulación genética, delitos informáticos, delitos relacionados con el uso indebido de la energía nuclear, y los delitos cuyo sustrato fáctico lo conforma la fabricación y utilización de sustancias peligrosas[15]. El segundo grupo lo conforman comportamientos indebidos en el ámbito administrativo, que han sido elevados a la categoría de delito. El objeto de referencia se halla conformado, en este caso, por los delitos ecológicos y por determinados delitos económicos (uso indebido de información privilegiada; tráfico de influencias, etc.) o «administrativos» (vgr. delitos contra la ordenación del territorio). El último grupo hace referencia a formas de criminalidad ligadas al fenómeno de la globalización: crimen organizado; blanqueo de capitales y corrupción. Lo novedoso en estas formas de criminalidad es su carácter transnacional.

La elevación a la categoría de delitos de este cúmulo de comportamientos ha tenido importantes consecuencias dogmáticas. En primer lugar, la legitimación de la intervención punitiva se construye a partir de la necesidad de otorgar tutela a intereses que van más allá de una afectación material individual. Surge así la categoría de los bienes jurídicos individuales de contenido difuso. En segundo término, la técnica de tipificación empleada es la de los delitos de peligro –en particular, abstractos–, por cuanto la materia de prohibición se focaliza en la propia creación del peligro que se pretende prevenir por medio de la norma penal. En tercer lugar, se flexibilizan las reglas de imputación (sustitución de la exigencia de demostrar la relación causal, por su constatación probabilística). Y también se asume la necesidad de desarrollar nuevos instrumentos de imputación. El instituto de la comisión por omisión constitu-

13 En este sentido, resulta ilustrativo el título de la ya citada obra de SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999.

14 *Op. cit.*, p. 41.

15 Esta clasificación la recoge MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 41.

ye el ejemplo más significativo (en particular en la criminalidad de empresa). Por último, el modelo se acompaña, a los efectos de su puesta en práctica, con una rebaja en las garantías y una desformalización del proceso penal (principio de oportunidad; fomento de delaciones; etc.).

Estos mecanismos dogmáticos hallan cobertura en ciertas tendencias político-criminales que justifican el uso de un nuevo instrumental dogmático a partir de las necesidades preventivas que la realidad social impone. Ciertamente, no se trata de un «programa político-criminal» que toma como referencia postulados iusfilosóficos concretos. Mas bien, se dice, se trata de principios de actuación referidos a la necesidad de evitar las defraudaciones de las expectativas que generan el avance social y el desarrollo tecnológico y científico. De ahí que se justifique la transformación del principio de «intervención mínima» en «intervención máxima». O que los principios de «necesidad» y «proporcionalidad» dejen de tener como referente el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, y se refieran a la supuesta «realidad de lo que acontece». Esta línea de actuación, se fomenta desde distintas instancias. Las instancias políticas y los medios de comunicación, constituyen dos de los factores más relevantes. Pero ni son los únicos ni tampoco los determinantes en determinados contextos, como pone de manifiesto *Silva Sánchez*[16]

Creación de nuevas figuras delictivas, adelanto de las barreras de protección, y normas penales simbólicas constituyen, desde esta perspectiva, la manifestación de la «sociedad de riesgo» en el campo jurídico-penal.

Ciertamente, el diagnóstico, de ser cierto, no puede ser más desalentador, por cuanto supone convertir en realidad la hipótesis weberiana de la *jaula de hierro*: el exceso de racionalismo y la modernización sólo conducen a un infierno inhumano.

IV

El diagnóstico, formulado a partir de los presupuestos de la sociología del riesgo, no es compartido, sin embargo, por quienes entienden que el progreso técnico conlleva, en su conjunto, una disminución objetiva de los riesgos, y que lo único que los avances tecnológicos producen es un incremento del miedo sentido a los riesgos percibidos o imaginarios[17]. Pero esta percepción no permite, por sí sola, definir a las sociedades modernas como «socieda-

16 Quien hace un análisis pormenorizado de las distintas causas que han contribuido al fenómeno expansivo del Derecho penal (*op. cit.*, pp. 21 a 62).

17 Vid., en esta línea, el trabajo de ALBERT O. HIRSCHMAN, *The Rhetoric of reaction. Perversity, futility, jeopardy*, Cambridge, Massachusetts, and London, Engalnd 1991, (existe traducción española a cargo de Tomás Segovia, *Retóricas de la intransigencia*, México, 1991).

des de riesgo», pues lo que se niega, ante todo, es su característica más relevante: el incremento de la tasa neta de riesgos en comparación a épocas pasadas, y, también la existencia de una mayor exposición a dichos riesgos por parte de los ciudadanos.

Frente a las presuntas patologías que se atribuyen al desarrollo científico-técnico (del capitalismo), y frente a tanto alarmismo, se señala que si bien es cierto que cuanto mayor sea el cambio social mayor incertidumbre se genera, esta incertidumbre ostenta una naturaleza *bifronte*, pues representa tanto un riesgo como su contrario, una oportunidad[18]. De ahí que los dos axiomas de los que parte *Beck* resulten probablemente falsos. En primer término, porque el incremento en la tasa de riesgos cualitativamente relevantes se ve desmentido por los indicadores sociales de calidad de vida y desarrollo humano: longevidad, índices de mortalidad infantil, salud, control de enfermedades, etc. En segundo lugar, porque alegar que los riesgos específicamente *modernos* ya no son de origen *natural,* sino *artificiales*, que surgen como subproducto social, entraña una falacia: todos los riesgos creados por el hombre a lo largo de la historia han sido riesgos artificiales surgidos como subproducto social. Como recuerda *Gil Calvo*[19] «hace doce mil años, los cazadores preagrícolas extinguieron la fauna del pleistoceno. Hace diez mil milenios, la revolución agrícola inventó las epidemias contagiosas al crear las ciudades-estado neolíticas. Hace tres o cuatro milenios, los grandes imperios hidráulicos transformaron los cursos fluviales, induciendo cambios climáticos. Hace medio milenio, los agricultores feudales y los constructores de barcos destruyeron el bosque europeo y diezmaron la población amerindia, contagiada por letales virus mediterráneos. Y hace doscientos años se inventó el capitalismo industrial, con su catarata de efectos colaterales». Todos estos riesgos fueron *imprevistos* y quedaron sin control. Mientras que por el contrario, ahora se saben prever, asegurar y controlar cada vez más.

Por lo tanto, el problema con el cual nos encontramos no es consecuencia de un incremento objetivo de los riesgos, sino de un aumento en la percepción del riesgo[20]. Se produce un contagio del miedo al riesgo. Las causas de dicho contagio son variadas y no pueden ser analizadas en este contexto. Baste señalar aquí, que en la base de este fenómeno, se encuentra el hecho de la sociedad moderna cada vez es más densa dada la multiplicación de la redes de

18 «Los riesgos no son ninguna enfermedad que haya de evitar, al contrario: en los riesgos se encuentran oportunidades» (KLEINWLLFONDER, B., *Der Risikodiskurs; Zur gesellschaflichen Inszenierung von Risiko,* 1996, p. 113).

19 *Epidemiología del alarmismo,* cit.

20 En una línea similar se pronuncian KUHLEN, L., (*Zum Strafrecht der Risikogesellschaft,* GA 1994, pp. 347 y ss.) y SCHÜNEMANN, B., (*Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana,* ADPCP, 1996, pp. 187 y ss.

interconexión, y esto hace que los pánicos financieros o sociales, se multipliquen instantáneamente, en cuanto da una voz de alarma alguien aparentemente autorizado[21] (por lo general los medios de comunicación). Los medios de comunicación dan a conocer avances tecnológicos y descubrimientos científicos cuando éstos aún se encuentran en fase experimental, es decir, cuando sus autores aun no han explicado su alcance concreto, su finalidad y sus consecuencias. Pero el flujo de la información es suficiente para crear estados de alarmismo (o de esperanza) injustificado que se reproducen de forma mimética. Que ello sea fruto de la psicología de masas o de la *mano invisible* de la que hablaba Adam Smnith, que igual sirve para crear un orden automático como un desorden aleatorio, es una cuestión que excede del objetivo trazado[22].

V

El modelo interpretativo acabado de esbozar permite enfocar el Derecho penal moderno desde una óptica distinta sin que con ello se pierda la perspectiva crítica. Un sector de la doctrina entiende que el Derecho penal moderno cumple su función acorde con la realidad social sobre la que se proyecta de tal modo que si la sociedades modernas son «sociedades de riesgo», el Derecho penal se encuentra funcionalmente legitimado para actuar en defensa de la seguridad y de la prevención frente a los peligros. Las posiciones que mantienen al respecto, *Schünemann, Kuhlen, Kindhauser, Kratsch, Jakobs, Müssig o Seelmann*, resultan en este sentido ilustrativas, si bien distan mucho de ser homogéneas[23].

La tesis que aquí se defiende, coincide en esencia con los postulados de *Seelmann*, quien si bien no niega que en el Derecho penal moderno se han producido cambios, dichos cambios no son lo suficientemente relevantes como para permitir hablar de un nuevo modelo punitivo[24]. El Derecho penal no ha hecho más que adecuarse a las exigencias que dimanan de la necesidad de regulación de determinadas parcelas de la realidad social, si bien el modo en que se produce la adecuación no entraña en sí nada novedoso. Lo novedoso es el *discurso* sobre la transformación operada[25]. Sobre esta base, cabe señalar que si bien hay tipos penales en los que la norma que se dirige contra el comportamiento prohibido desvalora la mera creación de un estado de peligro, y

21 Lo pone de manifiesto de forma expresa GIL CALVO, *Epidemiología del alarmismo*, cit.

22 Cfr., sobre el particular, DOUGLAS, M., *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*, Barcelona, Buenos Aires, México, 1996, pp. 57 y ss.

23 Un análisis detallado y crítico de estas posturas lo realiza MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, cit., pp. 118 y ss.

24 SEELMANN, K., *Societat de risc i pret penal*, Iuris, n° 1, 1994, p. 279 y ss.

25 *Op cit.*, p. 281; se hace eco de esta postura MENDOZA BUERGO, B., *op. cit.*, p. 119.

otros que cumplen una mera «función simbólica negativa», ello, ni es privativo del «moderno Derecho penal», ni dichos tipos ostentan una significación cuantitativa relevante en el conjunto de los ilícitos penales de la legislación. Además, no se puede obviar que hay comportamientos típicos que entrañan creaciones de peligros para bienes jurídicos en los que resulta difícil negar la concurrencia de los presupuestos materiales que justifican la intervención punitiva. Se trata de los supuestos en los que la conminación penal viene determinada por la dimensión cualitativa del riesgo creado. A modo de ejemplo pueden citarse los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (arts. 341 a 345 CP español), o los delitos contra la seguridad del tráfico (arts. 379 a 385 del CP español), o determinados delitos contra la salud pública (ats359 y ss. CP). Ciertamente, se puede discutir el contexto pero mientras éste sea una realidad, y como tal aceptada, resulta naiv negarle legitimidad a la intervención penal en estos ámbitos[26]. Esto ha sido una constante histórica. Basta revisar los Códigos penales españoles del siglo XIX para percatarse de lo poco novedosos que son los códigos modernos en materia de protección de la salud pública. Ciertamente, los Códigos Penales modernos, contemplan comportamientos no regulados en los textos precedentes, pero ello en modo alguno puede identificarse con la pretensión de dotar hoy de seguridad a ámbitos que antaño carecían de ella. Mas bien, lo que sucedía es que el contexto sencillamente no existía (vgr. tráfico rodado), o de existir, parte de los riesgos implícitos al mismo eran desconocidos (vgr. actividades contaminantes).

La afirmación formulada por *Silva Sánchez* de que «la industrialización, que en el ámbito de la dogmática jurídico-penal había traído consigo el propio desarrollo del concepto de *riesgo permitido* como límite doctrinal (interpretativo) a la incriminación de conductas... cede paso a una situación (la postindustrial) en la que se advierte con claridad una tendencia hacia el retroceso de la incidencia del mismo»[27] no puede ser compartida. La reducción de

26 DE LA CUESTA AGUADO (*Respuesta penal al peligro nuclear,* Brcelona, 1994), refiriéndose a los tipos penales que contenía la Ley de Energía Nuclear, entiende que «*... cumplen una importante función simbólica de carácter negativo,* en cuanto que se recurre al Derecho penal para crear una apariencia de seguridad inexistente y que responde al intento del poder de sustraer la problemática de la energía nuclear al debate publico.» (sin cursiva en el original), (p. 64 y s.) pero no renuncia a su existencia, proponiendo de *lege ferenda* su inclusión dentro de los delitos contra el medio ambiente (p. 72). Sin embargo, los autores que se muestran más críticos frente al proceso expansivo del Derecho penal –en especial, los partidarios de la escuela de Frankfurt– consideran que los delitos contra el medio ambiente constituyen el arquetipo de los tipos penales que cumplen una mera función simbólica negativa debiendo excluirse del ámbito punitivo (por todos, MÜLLER-TUCKFELD, J. C., *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente,* trad. de Elena Iñigo, Nuria Pastor y Ramón Ragués, en *La insostenible situación del Derecho Penal,* Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Granada, 2000) A diferencia de los que sostiene PAZ DE LA CUESTA, entiendo que se trata de tipos penales con una clara *vocación de aplicación* si concurre el presupuesto fáctico, y que, por lo tanto, cumplen una *función simbólica positiva,* y por ende, *preventiva.*

27 *La expansión...* cit., p. 31 y s.

las fronteras del riesgo permitido se encuentra en concordancia con el nivel de desarrollo social perseguido y alcanzado en un momento histórico dado. En determinadas sociedades (por lo general las que están en vías de desarrollo) los niveles de riesgo permitido en el seno de determinadas actividades son muy superiores a los tolerados en otras sociedades que han alcanzado en esos mismos ámbitos niveles de desarrollo altos. Por tanto, en la medida en que se considere que todo ulterior avance en un sector supone un incremento relativo en relación con el nivel previo alcanzado, resulta lógico que los niveles de riesgo permitido que entrañe alcanzar estadios ulteriores de progreso, se hagan depender de los beneficios que se esperan obtener.

El problema de la criminalización expansiva en «nuevos contextos» es en parte un problema de esos mismos contextos. Pero de no ser este el caso, muchos de los problemas a los que se enfrenta el intérprete vienen dados por la deficiente selección de supuestos legítimos de intervención[28]. Especialmente cuando se elevan a la categoría de delito riesgos sentidos o imaginarios carentes de un sustrato fáctico plausible. Pero también es necesario poner de relieve que, en otras ocasiones, no se trata de una cuestión de *extensión* de la incriminación, sino de la *intensidad* de dicha incriminación. Expresado en términos comparativos, ¿es tan extensiva la protección del bien jurídico «integridad corporal» como la del «medio ambiente»? ¿Qué justifica que los niveles de prevención deban ser distintos en el ámbito de los nuevos sectores en comparación con los bienes jurídicos de corte clásico? Sólo un análisis pormenorizado de las correspondientes figuras delictivas permite formular un diagnóstico certero. Si bien esta labor desborda el alcance de la presente intervención.

28 Suárez González, C. J., *Realidad social y sistema funcional del Derecho penal* (en prensa).

CONCLUSIONES FINALES

CONCLUSIONES FINALES

Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde
Universidad «Pablo de Olavide», Sevilla

Se hace difícil resumir en unos minutos y en unas breves páginas las diversas aportaciones e intervenciones que durante estos días han tenido lugar en estas apretadas e intensas Jornadas que sobre «Justificación y crisis del Derecho penal en el cambio del siglo» han venido celebrándose en esta maravillosa ciudad que es Toledo, bajo los auspicios de la Universidad Castilla-La Mancha. Mi misión de resumidor y expositor de las Conclusiones Finales viene de algún facilitada porque comparto esta tarea con mis queridos amigos y colegas, los profesores Palazzo y Roxin, que expondrán las suyas desde el punto de vista de los grupos a los que representan. Ello me permite concentrarme sobre todo en las Conclusiones que, a mi juicio, se deducen de las intervenciones habidas entre los representantes del grupo español y en algunas cuestiones generales planteadas por los representantes de todos los grupos.

En todo caso, quiero señalar que había un punto de referencia común que orientaba las intervenciones y discusiones habidas y al que también voy a referirme en mis *Conclusiones: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, entendiendo por tal el grupo de Profesores de Derecho penal que en estos últimos veinticinco años se ha formado en torno a tres catedráticos de esta disciplina en la Universidad Johann-Wolfgang-Goethe de la ciudad de Frankfurt am Main: los Profesores Wolfgang Naucke, Klaus Lüderssen y Winfried Hassemer, a los que como signo científico común les ha movido en la mayoría de sus publicaciones y trabajos científicos la preocupación por mantener el Derecho penal dentro de las coordenadas políticocriminales del Estado de Derecho, huyendo por igual tanto de las exageraciones de la Dogmática juídicopenal que dominó el panorama de la Ciencia alemana del Derecho penal de los años 50 y 60, como de las tendencias políticocriminales expansionistas que caracterizan el «moderno» Derecho penal y que amenazan con hacer de este un instrumento de configuración de política social encomendándole tareas que no le corresponden o que desfiguran su carácter de «ultima ratio» dentro del conjunto de las ramas y demás instrumentos protectores de que dispone el Ordenamiento jurídico.

Ya desde principio de los años 70 –es decir, desde hace treinta años– empezó a aparecer en la bibliografía alemana una serie de publicaciones, que se caracterizaban por un intento de superar los planteamientos puramente dogmáticos y sistemáticos que habían dominado el panorama de la Ciencia alemana del Derecho penal desde 1945. La polémica entre causalismo y finalismo,

cualesquiera que fueran las causas que motivaron su aparición en la inmediata posguerra, iba perdiendo poco a poco su virulencia y la importancia que había tenido en los años 50 y 60, y su lugar fue paulatinamente ocupado por una preocupación creciente por la Política criminal, que, entre otras razones, se derivaba de las reformas y cambios que se habían ido operando en el Código penal alemán en los años 60. Pero junto a esta por lo demás clara causa del interés por la Política criminal se unía una nueva dirección metodológica propugnada por el Profesor Claus Roxin, quien en su monografía de 1970 «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», traducida por mi al español con el título de «Política criminal y sistema del Derecho penal» (Barcelona, 1972, 2ª ed., Buenos Aires, 2000), se planteaba una cuestión fundamental que se convirtió en el «leit-motiv» de una renovación de la Ciencia del Derecho penal no sólo en Alemania, sino también en otros muchos países de nuestra área de cultura jurídica y cuyas consecuencias han perdurado hasta nuestros días:

> «¿De qué nos sirve –se preguntaba entonces el Profesor Roxin– una solución dogmáticamente correcta si luego, desde el punto de vista político-criminal, conduce a resultados insatisfactorios?»

Esta cuestión fue inmediatamente abordada por algunos profesores aquí presentes, que, como Stratenwerth, desde el primer momento comentaron la monografía de Roxin (véase la respuesta del mismo en la 2ª edición de la traducción española), o, como Hassemer, que ya en 1974 se ocupó monográficamente de la relación entre Política criminal y Dogmática jurídicopenal.

Éste ha sido también el primer tema del que nos hemos ocupado en estas Jornadas bajo el título «Ciencia y Polìtica del Derecho penal». El ponente del grupo español en este tema ha sido el Profesor Jesús M. Silva Sánchez, de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. El Prof. Silva ha defendido el papel de la Dogmática jurídicopenal como una forma de racionalización de decisiones político-criminales en sí mismas muchas veces irracionales o motivadas por decisiones políticas coyunturales sin ninguna base científica. Sobre este punto hubo diversas intervenciones, que acentuaron de un modo u otro la estrecha relación existente entre ambas, sin que, sin embargo, se llegaran a conclusiones que pudieran ser unánimemente asumidas. El problema que, a mi juicio, plantea la tesis del Profesor Silva es que excluye del papel de la Dogmática jurídicopenal la posibilidad de la crítica de las decisiones político-criminales y la convierte en una ciencia neutral capaz de racionalizar por así decir todo lo que le echen. La invocación que hace el Profesor Silva al Derecho natural para salvar el papel de la Dogmática se pierde en la vaguedad del concepto y no permite, a mi juicio, resolver e el caso concreto los conflictos que pueden surgir entre Dogmática y Política criminal.

El segundo tema de nuestras Jornadas ha sido «Justificación de la pena», un tema del que naturalmente también se han ocupado los principales repre-

sentantes de la Escuela de Frankfurt aquí presentes: La fundamentación predominantemente preventiva de la pena que muchos de ellos aceptan, no impide que muchas veces la Escuela de Frankfurt se haya pronunciado, y esta es una de sus principales características, contra las falsas expectativas preventivas de muchas de las recientes reformas penales en sectores como la responsabilidad por el producto, el medio ambiente o la criminalidad organizada, a las que muchas veces ha calificado de «Derecho penal simbólico».

De este problema se ha ocupado el Profersor José Luis Díez Ripollés, de la Universidad de Málaga, quien a pesar de aceptar algunas de las críticas de la Escuela de Frankfurt reivindicó en su ponencia el valor y la importancia que puede tener a veces ese «Derecho penal simbólico» por su valor «expresivo integrador». Los deficits de funcionamiento del Derecho penal en algunos sectores no son siempre, en su opinión, atribuibles al legislador, sino a una deficiente aplicación judicial o, en caso de condena, a problemas derivados del sistema de ejecución de las sanciones, especialmente de la pena privativa de libertad. Pero también reconoce que a veces el Derecho penal tiene carácter simbólico porque desde el primer momento ha sido creado para tener un efecto propagandístico ante la opinión pública, sin ninguna incidencia en los sectores que pretende regular o en el comportamiento de las personas que actúan en esos sectores.

La «función del las Ciencias sociales en la reciente evolución del Derecho penal» constituyó el tema de la tercera sesión . También este tema ha constituido una de las preocupaciones fundamentales de la Escuela de Frankfurt, como demuestran algunas de las publicaciones conjuntas realizadas por sus miembros sobre el tema. Pero también en la Dogmática jurídicopenal alemana más tradicional ha ejercido una importante influencia las tesis sociológicas funcionalistas, principalmente en Günther Jakobs que en base a ellas ha desarrollado una visión sistémica del Derecho penal. Los fundamentos sociológicos en los que se apoya la Escuela de Frankfurt son más próximos a la teoría crítica de Habermas que, como es sabido, se basa en una visión conflictiva de las relaciones sociales y en la teoría del consenso como forma de solución o por lo menos como vía procedimental para llegar a una solución.

El Profesor Guillermo Portilla, de la Universidad de Jaén, criticó en su ponencia ambas teorías: el funcionalismo, porque oculta los conflictos y contradicciones existentes en la sociedad; la teoría del consentimiento, porque éste no siempre es posible, bien porque los protagonistas del conflicto no están dispuestos a conseguirlo, bien porque desde un principio se encuentran en planos distintos o desiguales que lo dificultan. El Profesor Portilla reivindica una visión crítica del Derecho penal y una visión del mismo desde el punto de vista de los Derechos humanos.

La cuarta sesión dedicada a las «Alternativas al Derecho penal» provocó un gran número de intervenciones una vez expuestas las distintas ponencias. La Escuela de Frankfurt se ha caracterizado siempre por una crítica a la

expansión del Derecho penal en determinados sectores y por propugnar en la medida de lo posible alternativas al Derecho penal por lo menos en aquellos sectores donde caben otras soluciones más eficaces, como las civiles reparadoras del daño o las administrativas, preventivas o sancionatorias. A este respecto son paradigmáticos los trabajos de Winfried Hassemer sobre la responsailidad por el producto o de Klaus Lüderssen sobre la responsabilidad en el ámbito de la industria farmacéutica.

La Profesora Mercedes García Arán, de la Universidad Autónoma de Barcelona, se ocupó en su ponencia de la reparación del daño como posible alternativa a la sanción penal, o incluso como tercera vía sancionatoria al modo que en su día propuso Claus Roxin, mostrándose bastante escéptica al respecto, indicando que la sanción peal y la reparación civil ocupan puestos distintos en el sistema de protección jurídica que no deben ser confundidos. La sanción penal se refiere a la relación del delincuente con el Estado, la reparación civil a la relación entre delincuente y víctima. En todo caso, la Profesora García Arán admite que en los casos en los que la reparación del daño sea suficiente para restablecer el orden jurídico violado, se debe prescindir del Derecho penal y promover siempre que sea posible una política despenalizadora.

Justamente, esta sería una de las perspectivas a desarrollar en la sesión dedicada al «Futuro del Derecho penal». En esta sesión no hubo ningún ponente representante del grupo español, pero la excelente relación que ha hecho de la misma el Profesor Carlos Suárez González me exime de mayores comentarios al respecto. No obstante, no quiero dejar de mencionar una perspectiva del Derecho penal que en el futuro será sin duda muy importante y a la que se aludió también en la discusión subsiguiente a la presentación de las ponencias, me refiero a la «internacionalización» del Derecho penal que, a mi juicio, no es sólo una consecuencia de la «globalización» del sistema económico internacional, sino también dela consideración, muchas veces manipulada, del respeto por los derechos humanos como un valor de carácter supranacional vinculante para todos los Estados. Precisamente en este valor supranacional reside la posibilidad de que puedan juzgarse y considerarse responsables de su violación los dirigentes políticos de los Estados en los que se han cometido esas violaciones, quedando aún por resolver el problema de si ese enjuiciamiento puede ser llevado a cabo por los Tribunales de otro Estado, conforme al principio de la Justicia Universal, en la medida en que no exista una Tribunal Penal Internacional por encima de la Jurisdicción de los Estados.

Otra de las perspectivas del Derecho penal del futuro es la de su expansión en uno de los ámbitos que más preocupan a las sociedades modernas, el de los grandes riesgos que representan para el medio ambiente, la flora y la fauna, la producción de bienes de consumo y para las personas en general y la sociedad en su conjunto, el progreso industrial y los grandes avances tecnológicos en el uso de la energía nuclear, la manipulación genética, etc. Este fue el

tema tratado en la última sesión de nuestras Jornadas bajo el título «Sociedad de riesgos y Derecho penal», que es, como es sabido, uno de las preocupaciones centrales de la Escuela de Frankfurt y donde ésta ha sido más crítica con la expansión del Derecho penal en los últimos años. El concepto fundamental utilizado para justificar esta expansión: el peligro, el riesgo, ha sido sometido a una severa crítica por los principales representantes de la Escuela de Frankfurt, y sobre todo en importantes y extensas monografía sobre el tema de sus representantes más jóvenes que han sido también los ponentes únicos en esta sesión: el Profesor Cornelius Prittwitz, de la Universidad de Frankfurt am Main, discípulo del Profesor Klaus Lüderssen, y el Profesor Felix Herzog, de la Universidad Humboldt de Berlin, discípulo del Profesor Winfried Hassemer.

Aunque la ausencia de ponentes españoles en esta sesión me exime de hacer unas conclusiones finales de la misma, no quiero dejar de mencionar que probablemente, y como era esperable, éste ha sido uno de los temas más discutidos de la Jornadas y en el que las opiniones de algunos intervinientes en la discusión han estado más enfrentadas con las tesis de la Escuela de Frankfurt expuestas por los Profesores Prittwitz y Herzog. Es evidente que el legislador en muchos países, entre ellos el nuestro, como demuestra el Código penal de 1995, está siguiendo una línea de expansión del Derecho penal en los ámbitos donde los riesgos de producción de grandes daños son mayores: el medio ambiente, el uso de la energía nuclear, la producción de bienes de consumo. Y es evidente también que dicha tendencia goza de apoyo en amplios sectores del Ciencia del Derecho penal, como lo han demostrado muchos intervinientes en la discusión. Frente a esto los Profesores Prittwitz y Herzog han insistido en que el Derecho penal con sus categorías y principios fundamentales no es el instrumento más adecuado para prevenir o reparar de los graves daños que pueden producirse en estos ámbitos y que hay que buscar medios jurídicos alternativos al mismo, siempre que ello sea posible. En todo caso, todos estuvieron de acuerdo que en la medida en que el Derecho penal intervenga, también aquí debe emplearse para proteger bienes jurídicos y no meras funciones administrativas, debiendo rodearse, en todo caso, su intervención de todo tipo de garantías, conforme a los principios limitadores tradicionales de legalidad, intervención mínima, culpabilidad, etc.

Con esto llego al final de mis conclusiones. Pero no quisiera terminar sin una especial mención personal de agradecimiento.

Cuando hace poco más de un año, el Profesor Winfried Hassemer y yo proyectábamos allá en su casa de Frankfurt en un frío día de febrero estas Jornadas, sabíamos que era difícil llevarlas a cabo tanto por las dificultades inherentes a la propia organización, como por la selección de los temas y de los ponentes que debían ocuparse de ellos.

Respecto al primer problema, contamos desde el primer momento con alguien que no sólo era y es un buen amigo y un excelente penalista, buen

conocedor por lo demás desde sus comienzos de los planteamientos de la Escuela de Frankfurt y concretamente del pensamiento de Winfried Hassemer, una de cuyas obras más importantes, los «Fundamentos del Derecho penal», tradujo hace ya más de quince años conjuntamente conmigo, sino también y sobre todo lo que es muy importante para este tipo de eventos, un gran organizador y un mejor anfitrión, como lo ha demostrado una vez más en la organización de estas Jornadas a las que ha llevado a un nivel que entonces no podíamos siquiera soñar. Me refiero naturalmente el Profesor, Magnífico Rector de esta Universidad, Luis Arroyo Zapatero, quien no sólo nos ha atendido maravillosamente bien a todos los que hemos intervenido oficialmente en las mismas, sino también, lo que excede con mucho de sus obligaciones de anfitrión, a ese conjunto de jóvenes profesores y colaboradores que nos han acompañado estos días y que igualmente con su presencia e interés han contribuido al éxito de las mismas. Por eso, no temo equivocarme, si en nombre de todos, intervinientes y asistentes, te expreso, a ti Luis y a todos tus colaboradores, nuestro más sincero agradecimiento por vuestras atenciones y nuestra más cordial felicitación por la magnífica organización de estas Jornadas, a cuyo éxito habéis contribuido de modo decisivo.

El otro problema también tenía sus dificultades, porque había que seleccionar no sólo los temas, sino también las personas que tenían que tratarlos y naturalmente tanto para lo uno como para lo otro, se nos venía a la mente temas y nombres que de haberlos incluidos a todos hubiéramos hecho imposible la realización de estas Jornadas, aún contando con la magnífica capacidad organizativa de nuestro anfitrión: la selección era, por tanto, necesaria e inevitable y muy a nuestro pesar tuvimos que renunciar a temas y a personas, e incluso a la presencia de representantes de otros países, además de los aquí representados: Alemania, Italia y España, que sin duda alguna hubieran contribuido a aumentar, aún más si cabe, el éxito de las mismas. Pero estoy convencido de que no nos equivocamos respecto a la selección final, y que efectivamente tanto los temas, como los ponentes de los mismos que finalmente elegimos tienen respectivamente el interés y el nivel científico e intelectual requerido para tratarlos, como aquí ha quedado claramente demostrado. También a todos ellos nuestro agradecimiento por sus aportaciones y por su desinteresada contribución.

Con esto termino, no sin felicitarme y felicitar a mis amigos y compañeros, los Profesores Winfried Hassemer y Luis Arroyo, responsables junto conmigo de esta reunión, y agradecerles, una vez más, a todos los su entusiasta e importante contribución, que ha resultado decisiva para el éxito de la misma.

CONCLUSIONES FINALES

Francesco Palazzo*
Universidad de Florencia

Sufro enseguida la sugestión de los números y por ello, aclaro ya, que el cambio de siglo –aún más, de milenio– representa para mi el momento simbólico y sintético en el cual se resumen profundas y muy destacables transformaciones culturales, que recorren este siglo XX y más allá de las cuales no me es dado el ver certezas.

El penalista del siglo XXI no deberá sólo convivir, como siempre ha sido, con aquella suya constitutiva mala conciencia, derivante, de la duda de que el uso del mal para el bien (la pena del reo para la tranquilidad de los demás) oculte, en realidad, miserias humanas inconfesables más que positivas utilidades o grandes y absolutos valores (¿la justicia, quizás?).

Pero más allá de la mala conciencia, y desde aquella especie de romanticismo sutilmente exaltante que puede dar, en cualquier caso, la lucha contra el *mal*, diviso hoy motivos de más profunda inquietud para el penalista del siglo XXI. Quizás habrá sido a causa de las barbaridades consumadas en el siglo que ahora termina, y en particular durante la segunda Gran Guerra, en la cual quedó cifrada en clave de crimen la propia humanidad; Quizás será a causa de la desoladora constatación, consolidada al fin del siglo, de que el crimen no es un mero episodio de la vida social si no que constituye, casi, una de sus tramas profundas y una dimensión de carácter difuso e inmanente, pero es cierto que hoy la inquietud y el descorazonamiento del penalista nacen de un sentido de inadecuación de los mismos *fundamentos justificativos* del Derecho penal, y todavía más, de la desolante sensación de que el fatigoso y luminosos *proceso de racionalización* del Derecho penal no haya llegado a gran cosa: la racionalidad científica no llega a liberar totalmente al Derecho penal de su densa sombra. Pero, como decía, si antes este sentido de oscuridad formaba parte de un general romanticismo cultural rico en fermentos, también positivos, hoy se revela punzante y doloroso, arrebatado sin piedad de la luz blanca y aséptica del racionalismo científico.

Se podría también decir, en definitiva, que la inquietud del penalista del siglo XXI, tiene todas aquellas características y aquellas causas que señalan el clima de la «postmodernidad»: la desilusión y el descorazonamiento ante una racionalidad que descubre sus propios límites y sus propias insuficiencias.

---

* Trad. RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Ángel.UCLM.

Partiendo de ese escenario de fondo es sorprendente constatar la enorme divergencia que separa a la ciencia penal de la fenomenología del Derecho penal. Mientras la ciencia penal o al menos aquella parte suya más sensible e inclinada hacia una reflexión cultural, se resiente de la denominada crisis de la postmodernidad, el Derecho penal legislativo sufre en cambio un imparable proceso de dilatación que, lejos, sin embargo, de revelar un florido estado de buena salud, da lugar a una insana paradoja. La paradoja de un legislador que no sabe ya renunciar a la incriminación penal como instrumento privilegiado de control social, pese a que constate después cotidianamente sus insuficiencias e incapacidades. Hasta tal punto como para introducir, en consecuencia, un constante recurso a instrumentos e ingeniosidades para «huir» de la sanción penal, frecuentemente mediante expedientes capaces de minar, en su base, la misma lógica punitiva.

La toma de conciencia de esta divergencia merece ser profundizada, intentando –en la medida de lo posible– establecer las causas.

El *postulado retributivo*, como es más que sabido, se caracteriza por una vigorosa solidez «interna», a la cual se contrapone, sin embargo, el descubrimiento de una gran debilidad «externa». Solidez interna, porque una vez asumido como principio inspirador de la penalidad, el postulado retributivo es capaz de fundar con tenaz consecuencialidad la mayor parte de los principios regulativos del derecho punitivo: desde la proporción, a la personalidad y a la culpabilidad, desde la prohibición de analogía a la irretroactividad de la ley incriminadora. Debilidad externa, sin embargo, porque la idea retributiva se sustrae no solamente a una verificación científica de sus premisas, si no, también, a un control empírico de muchos de sus momentos de concretización operativa, entre los cuales queda comprendido, en primer lugar, aquel de la relación de proporción entre gravedad del ilícito y entidad de la sanción.

Si bien mi idea es que el declinar del postulado retributivo no sea debido a su debilidad externa, a su incapacidad de superar la prueba de resistencia a la que lo ha sometido el racionalismo científico imperante. A decir verdad, nada excluye sobre este plano que el desarrollo de las ciencias humanas y sociales pueda permitir encontrar en la idea retributiva, incluso, una dimensión antropológica capaz, por lo tanto, de condicionar la fisionomía de cualquier mecanismo punitivo de la vida social. Sobre todo no me inclinaría a excluir que el postulado retributivo haya entrado en crisis porque éste, en cuanto, *forma* del mecanismo punitivo (forma *justificativa*, pero, aún así, siempre forma) a históricamente comportado una suerte de implícita renuncia de la ciencia penal a recorrer los territorios de la política criminal, y por lo tanto de los *contenidos* del Derecho penal. En efecto, el postulado retributivo empeñaba a la ciencia penal en la meritoria tarea de afinar los componentes estructurales del ilícito para rendirlos coherentes con la dinámica retributiva. Pero, ignoran-

do la idea de un objetivo de utilidad social, permanecía sustancialmente indiferente al dato socio-criminológico de los objetos y de los límites de la tutela. Al menos en línea de principio, por lo tanto, el postulado retributivo ha propiciado el máximo divorcio entre ciencia penal y política criminal. Mientras, al contrario, el triunfo de la racionalidad instrumental, por una parte, y el desarrollo de la sensibilidad garantística, por otra parte, característicos anteriormente del cientificismo del segundo ottocento y posteriormente de la aceleración tecnológica del segundo novecento, han implicado a la ciencia penal en un empeño dirigido hacia el campo de la política criminal.

Es, al contrario, con el triunfo de la racionalidad instrumental, que ha dominado «tiránicamente» toda la segunda mitad del siglo pasado, con la que se pusieron las premisas para aquella perdurante paradoja de la legislación penal, de la cual se ha hablado ya, y también para la manifestación de aquellas inquietudes que portan la oscura señal de la postmodernidad.

Pero, y conviene ser muy explícito sobre este punto, nadie ha de sentirse, por ello, autorizado a arrojar en saco roto la imponente herencia positiva dejada por el racionalismo penal inaugurado con la ilustración y que nos ha llegado hasta nosotros. Todos conocemos los frutos (¿eternos?) de aquella feliz etapa: la secularización del Derecho penal que ha significado no sólo la liberación de totalitarismos ideológicos y postulados metafísicos, si no, también, la conquista de una renovada sensibilidad garantista; la conciencia de la dimensión político-criminal implícita en todo modelo punitivo y en sus categorías dogmáticas y, por lo tanto, la consecuente maduración alcanzada por la ciencia penal en su interlocución con el «legislador» sin más simulaciones; el proceso de «cientificación» del Derecho penal que se abre al diálogo con las ciencias criminológicas y al control de las elecciones político-criminales sobre el banco de pruebas de lo empírico. Y es solamente un rápido e incompleto inventario de dicha preciosa herencia.

Pero, como decía, me parece que precisamente ese pensamiento de la racionalidad instrumental del finalismo utilitarista-social del derecho criminal, sea el que haya facilitado –sobre el plano legislativo– aquel fenómeno paradorsal de una dilatación desmesurada de la intervención penal seguida de una tasa creciente de ineficacia. La idea, de que el precepto y la amenaza penal pudiesen obtener inmediatos resultados de control y gobierno social ha favorecido la tendencia inflacionista a su abuso. Dentro del más generalizado proceso de «juridificación» de la vida social el Derecho penal no podía dejar de llevar el sello de su especial *auctoritas* como confirmación solemne y especialmente visible de sus más variadas y minúsculas «disciplinas». Las ulteriores degeneraciones de este proceso de desvaloración del Derecho penal han sido las leyes penales «simbólicas» y aquellas incluso «electoralistas» en las cuales el objetivo de inmediata utilidad social, de control y gobierno social, representa sólo una apariencia de finalidad totalmente extraña al mecanismo punitivo.

El proceso de «extrañación» se completa cuando la inefectividad de un sistema penal inflacionista hace entrar en escena toda una serie de institutos –negociaciones, pactos, reparaciones, colaboraciones, arrepentimiento, descuentos de pena, etc. etc.– que erosionan desde el interior las categorías de la dimensión punitiva, alejando el Derecho penal no sólo de la, en absoluto descuidable, idea de justicia si no también de las más «laicas» funciones de prevención de los fenómenos criminales. El Derecho penal termina así por perder, o mutar, su propia identidad estructural y funcional.

Si ahora pasamos del plano legislativo a aquel teórico-científico, no se puede hacer menos que constatar como la ciencia penal de fin de siglo también realiza, y siendo precisamente protagonista la Escuela de Frankfurt, aún en sus distintas manifestaciones, un proceso de alejamiento del Derecho penal legislativo. De tal modo que casi viene a producirse de nuevo, en el cambio de milenio, aquel divorcio entre especulación científica y política criminal cotidiana de la cual había tomado punto de partida la modernización del Derecho penal.

Clasicismo, abolicionismo, funcionalismo, son teorías que, aún naciendo de la inquietud de la postmodernidad y de las insatisfacciones y descorazonamiento respecto de la originaria –falaz, quizás, pero firme– identidad del Derecho penal, tienden a proponerse con un cierto absolutismo gnoseológico, si no propiamente, y de forma consciente, fuera de la historia, cuando menos fuera de la actualidad en la cual se forma y se deforma el Derecho penal legislativo y vivo.

El «clasicismo», si bien animado por intentos concretamente propositivos, mira, sin embargo, hacia el pasado, hacia un modelo de Derecho penal «mínimo» y «personalista» en el sentido peculiar de una tutela circunscrita a los únicos y tradicionales bienes de la persona, lejísimos por lo tanto, del empeño de protección hacia los intereses difusos y colectivos de los cuales quedan impregnadas las modernas sociedades del riesgo. El «abolicionismo» mira, en cambio, hacia un futuro tan lejano, e incierto, que se muestra casi palingenésico: una posición ésta ideológicamente franca y neta, meritoria en su indirecta capacidad de estimular la búsqueda y el potenciamiento de instrumentos de prevención social o de mediación de los conflictos, pero inadecuada para mantener un coloquio con un legislador todavía indulgente ante la inflación penal. El «funcionalismo», finalmente, parece situarse casi en una abstracción fuera del tiempo con su puntilloso empeño en explicar, *describir* se diría, los nexos internos que ligan los varios institutos y principios normativos a la realidad social asumida aquí por el Derecho penal, junto a la criminalidad, como *sistémica* de las organizaciones sociales: casi, por lo tanto, un desempeño valutativo a favor de una neutralidad científica que, de nuevo una vez más, deja al Derecho penal, a sus contenidos y sus concretas fenomenologías, enteramente en las manos del legislador.

Ha sido precisamente Winfried Hassemer quién ha observado en este Convenio que la ciencia penal no necesita teorías que pretendan suministrar al Derecho penal una legitimación en términos absolutos, casi iusnaturalista, debiéndose, sobre todo, radicar en el tiempo real la justificación racional del *ius terribile*. Lo que no significa, obviamente, ceder a un relativismo aleatorio, casual, arbitrario. Sobre todo, la historificación del fundamento justificativo del Derecho penal significa recolocar constantemente el equilibrio entre garantía individual y bien común, propiamente de la dimensión punitiva, en aquellas condiciones de «consensualidad social» que son la única base de legitimación. Naturalmente, a la búsqueda de estas condiciones de consensualidad social, el penalista se hace científico social y queda autorizado a valerse de todas las ciencias sociales (desde la historia de las instituciones y de la política a la filosofía, de la antropología a la criminología) que pueden concurrir a explicar racionalmente tales condiciones y, sobre todo, a rendirlas evidentes, a «certificarlas» por así decir, de modo que se favorezca también la maduración de una conciencia y comprensión social de los límites y de las condiciones de legitimación y justificación del Derecho penal, en un momento histórico tal.

En este punto, creo que mi tarea es aquella de dirigir la atención en particular a la ciencia penal *italiana*, para señalar de modo sintético las actitudes más significativas respecto a la crisis de legitimación sufrida por el Derecho penal en el cambio del siglo. Ahora bien, a mi me parece evidente, en cualquier caso, el que la teoría penal italiana, al menos en el último cuarto de siglo, ha estado caracterizada de un fuerte y connotado *historicismo* dirigido, precisamente, a refundar las bases y fundamentos justificativos del Derecho penal sobre la realidad social y ordinamental propia de esta Era nuestra: como son, por un lado, el «riesgo» difuso que ocupa todo ángulo de nuestra vida impulsando un proceso de «tecnologización» del sistema jurídico, y, por otro lado, una insuficiencia de los tradicionales mecanismos de la democracia representativa para producir aquella fuerte consensualidad necesaria para la legitimación del Derecho penal.

Esta perspectiva que he señalado como historicística se muestra, más concretamente, a lo largo de los tres filones culturales ciertamente de análogo valor sustancial y también entre ellos mismos interferentes y no siempre netamente distinguibles, pero aún así todavía distintos: el «constitucionalismo» penal; los derechos del hombre; el «internacionalismo».

El constitucionalismo penal es una orientación marcadamente italiana, pero no exclusivamente: también España, de hecho, después de la caída del franquismo y la promulgación de la nueva Constitución de 1978, ha individuado en los valores constitucionales la base justificativa de la intervención penal, llegando a orientar, en este sentido, la parte especial del nuevo código penal de

1995. Italia, aún sin llegar a aprestar todavía la reforma del código penal, ya desde los años setenta ha podido ensalzar una teoría constitucional del Derecho penal particularmente rigurosa y consecuente. Aquello que apremia subrayar a este respecto es que el constitucionalismo penal, partiendo obviamente de los grandes y «clásicos» principios garantistas está, en cualquier caso, abocado a prefigurar el objeto y los límites de la tutela penal, bajo la perspectiva de sus contenidos, es decir de los valores merecedores de la protección penal. En esta perspectiva, por lo tanto, la tabla de los valores constitucionales se erige –en el área del Derecho penal– como la *única* base de legitimación prioritaria, y preferible a la legitimación, aún siempre democrática, derivante de la representación parlamentaria en la legislación ordinaria. En sustancia, el *vínculo en los contenidos* de rango constitucional ha aparecido como el único verdaderamente en grado de «legitimar» la intervención punitiva, en razón de aquel especialísimo consenso democrático expresado en el texto constitucional como pacto social, cultural y político, en el cual se reconoce históricamente la identidad de un pueblo.

Si el constitucionalismo penal suministra al Derecho penal una base de legitimación en el ámbito *nacional*, los «derechos del hombre» alcanzan el mismo resultado en la dimensión de la *globalización*. El proceso de desarrollo y de afirmación de los derechos humanos señala las nuevas fronteras de un Derecho penal común, dónde la originaria y natural inclinación autárquica y nacionalista del magisterio punitivo es superada por un patrimonio de valores ético-personalistas que pretenden –y, más aún, obtienen– un reconocimiento global en el mundo. Y ello ya no adviene únicamente en el tradicional sentido por el cual los derechos del hombre hacen *de límite* a la intervención punitiva (por ejemplo, la prohibición de penas inhumanas y crueles), si no también y de manera especialmente significativa en el sentido de que estos vienen a individuar algunos *objetos*, intereses, valores, merecedores de tutela penal en cuanto dotados, en virtud de su reconocimiento universal, de una dimensión existencial, coesencial al hombre de hoy (por ejemplo, el derecho a una vida exclusivamente privada, pero también aquel a un ambiente no contaminado que –después de las enunciaciones contenidas en las más recientes y modernas constituciones nacionales– ha obtenido un reconocimiento siempre más generalizado a nivel internacional; y todavía el derecho a la libertad e integridad moral contra las renovadas formas de esclavitud).

Ciertamente, también detrás de la globalización del Derecho penal por medio de los derechos humanos hay un riesgo: es decir aquel de que –como en la economía– , la globalización quede en un proceso de expansión y homologación cultural de una civilización, aquella »occidental», en perjuicio de las demás y de su diversidad. Bajo esta perspectiva, por ejemplo, ¿es compatible con la intangibilidad de la integridad física la práctica de la infibulación con

relación a las jóvenes mujeres islámicas? Y más aún, ¿es compatible con el derecho a la libertad física y moral el hábito de conferir poder de disponer de un ser humano a cambio del compromiso con su sustento? Y, por el contrario, ¿cómo es hoy posible negar el *vulnus* que la pena de muerte continúa conllevando ante una prohibición de esta siempre más imperativa?. En sustancia, queda fuera de duda que los derechos humanos sufren de una suerte de intrínseca contradicción propia que los pone en equilibrio entre la *universalidad* de su afirmación, más aún de su propia misma razón de ser, y el *relativismo* –histórico y geográfico– de su contenido. Y si la «declaración universal» de un determinado derecho fundamental, *prescindiendo de la precisación* de su contenido material, se resuelve en una operación de tipo puramente conceptualista, es también verdad, por el contrario, que el enrigecimiento de su contenido sobre un modelo cultural incompatible con los valores propios radicados en otras civilizaciones mina desde la base su vocación universal.

En efecto, la naturaleza propia de los derechos humanos es, en línea con lo apuntado, aquella de las adquisiciones jurídico-culturales que se forman, en condiciones de tolerancia y respeto, a lo largo de un proceso histórico de progresiva asimilación, al término del cual son propiamente las modalidades de esta consolidación de su contenido las que constituyen, por así decir, la garantía de haber entrado a formar parte del patrimonio de la humanidad. Por tanto, así como la intervención de la tutela penal queda plenamente «justificada» al término de este (tendencial) proceso de consolidación, así mismo dicha intervención podría ser considerada, al contrario, un verdadero y propio abuso del Derecho penal y de la violencia en este implícita, de producirse antes de que tal proceso se haya concluido.

Por lo tanto, hoy esta tendencia a encontrar en los derechos humanos la (o una) base de legitimación del Derecho penal abre un dificilísimo problema de coexistencia entre el Derecho penal de contenido «humanitario», y tendencialmente universal, y el Derecho penal de tutela de intereses y valores diversos, o, más aún, antinómicos, de relevancia «local».

La «internacionalización» del Derecho penal cubre, en fin, fenómenos, entre si muy diversos y a veces, incluso, antinómicos. Así, si bien la «internacionalidad» es –como se ha apenas señalado– la dimensión natural de los derechos humanos, también internacionales son las fuentes que producen –especialmente en el área de la Unión Europea– un Derecho penal tecnocrático de estampa burocrática y en dimensiones aluvionales. Y, precisamente, una de las finalidades principales de la recientísima Carta Europea de los derechos es, probablemente, aquella de levantar con claridad un dique interno, interno a la misma organización comunitaria, a una producción jurídica sensible principalmente a las exigencias de la tecnocracia económica. A todo ello debe después ser añadido el dato, particularmente señalado en Italia, de

una cierta incapacidad de seleccionar (a través del instrumento de la denominada ley comunitaria) las violaciones de las reglas comunitarias verdaderamente merecedoras de un surgimiento de tutela penal, pero, tomada conciencia de todo ello, es indudable que la internacionalización del Derecho penal significa no en vano la acreditación de ciertas soluciones, de ciertos intereses o valores que, propiamente en razón del consenso internacional formado en torno a estos, se presentan ante el legislador nacional como opciones privilegiadas y dotadas de una especial fuerza de persuasión. Si bien deba hacerse a este propósito una clara llamada de atención contra el riesgo de cualquier manipulación.

Para dar una idea mejor de lo que puede significar este proceso de acreditación a través de la internacionalización, pondría dos ejemplos particularmente significativos en el más reciente debate penal en Italia. En primer lugar, el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que –como es bien sabido– implica a los postulados conceptuales mismos de la responsabilidad penal y las categorias dogmáticas que de estos derivan. Y bien, en frente de una ciencia penal tradicionalmente hostil, en su mayoría, a la superación del *societs delinquere non potest* y en presencia de una constitución que, por lo demás, no suministra indicaciones resolutivas al respecto, si no que es incluso leible en sentido contrario a la responsabilidad de los entes, se debe precisamente al proceso de internacionalización actualmente en marcha el que la orientación doctrinal, pero sobre todo legislativa, haya mutado progresivamente en el sentido de un, aunque cauto, favorable planteamiento hacia tal revolucionaria forma de responsabilidad.

En segundo lugar, quisiera citar el problema verdaderamente delicadísimo de la clonación humana de las células reproductivas. Ahora bien, a mi me parece que si se afronta el problema de una forma desapasionada y racionalmente, utilizando los instrumentos tradicionales del bien jurídico y de la dañosidad social como criterios de criminalización, no es tan fácil motivar de forma completa la elección incriminante de un hecho que es, en cambio, la más desasosegante –por el momento– de las prácticas de manipulación genética. Pero, a tal propósito, y en línea con lo apuntado, nos socorre el proceso de internacionalización, a la luz del cual, resulta ya sustancialmente generalizada y compartida en el mundo la orientación en el sentido de la represión de la clonación humana: hasta el punto de rendir casi una suerte de conceptualismo ajeno a la realidad la discusión sobre «merecimiento de pena» de un comportamiento similar.

No pretendo predicar aquí un optimismo a toda costa, casi como si la invisible mano de la providencia pudiese llevar al penalista del siglo XXI más allá de sus inquietudes postmodernas hacia la reconquista de las antiguas certezas. Todo lo contrario, el desencanto producido fruto del conocimiento científico y racional puede ser el inicio de una suerte de desertificación que, junto

a los mitos y a las falsas creencias, torne áridos también aquellos valores, sin los cuales, las sociedades se aprestan a la decadencia.

Todavía, la indicada vía de la historificación del Derecho penal, no sólo conduce a un terreno suficientemente sólido para que broten las bases de su renovada legitimación y justificación, si no que ofrece también una empeñativa y fascinante perspectiva de trabajo para el penalista. La historificación del Derecho penal, debe, en verdad, ser extendida también a los principios fundamentales y a las categorías estructurales del ilícito y de la responsabilidad: un enrigecimiento cultural de las formas en las cuales estos han sido transmitidos, como si hubieran sido esculpidos en la piedra, no basta para colocarlos al margen de la transformación social, si no que puede además, producir semejante efecto al de una escama exterior que, en apariencia intacta, ha perdido en realidad, todo su contenido, como la piel de la serpiente dejada a secar bajo el sol. Solamente una fatigosa y honesta obra de historificación de sus contenidos puede poner a salvo su función.

Para poner algún ejemplo que, espero, sea clarificador, debemos hoy preguntarnos si la función y la sustancia de la legalidad todavía son verdaderamente realizadas sobre un plano puramente «textual», de adherencia lingüística a la palabra legislativa, por así decir, o, en cambio si se debe comenzar a mirar hacia una dimensión más «discursiva» de la legalidad en la cual las opciones, sea legislativas que interpretativas, sean ofrecidas de un modo más directo, a la vista de los consociados y de los órganos designados de control; y aún más, quizás ha llegado el momento de completar el recorrido de la culpabilidad, que de un originario psicologismo vacío de valores llega a un normativismo valutativo progresivamente enrigecido, además, en la estandarización de parámetros del todo objetivos: ¿podemos hoy plantear el ulterior paso de una mayor personalización del juicio de culpabilidad?.

Ciertamente, tanto en el uno como en el otro caso el empeño del penalista se hace más elevado y difícil: pero, más allá de ello, queda también el riesgo de abandonar satisfactorias geometrías de trabajo para dar en lo pantanoso de un discurso indistinto e inconcluyente. El jurista precisará un total dominio de una metodología altamente racional y la profesión de una incontaminada honestidad científica.

En el inicio del nuevo siglo y del tercer milenio, no faltan, por lo tanto, los empeños para una ciencia penal que pretenda liberarse del sentido oscuro de sus justificadas insatisfacciones.

INFORME FINAL*/1

Claus Roxin

Al final de este Congreso científico tan amplio, tengo que renunciar a abordar las ponencias y discusiones en detalle. Para ello dispongo de un tiempo demasiado corto. Además los relatores ya han tenido la oportunidad de analizar de forma crítica las contribuciones de sus sesiones: especialmente Muñoz Conde ha valorado las ponencias españolas en su informe final y los participantes en el debate han incidido en muchos detalles de las ponencias. Por ello puedo y tengo que limitarme a destacar subjetivamente algunas cosas de todo lo dicho y a hacer observaciones complementarias.

I. «Ciencia del Derecho penal y política del Derecho penal», el tema de nuestra primera sesión, que en las intervenciones de Silva Sánchez y Militello ha recibido un tratamiento comprensivo de los derroteros más modernos de la criminalidad y de la Ciencia del Derecho penal, fue en su origen el signo distintivo de la Escuela de Frankfurt, que aquí en Toledo se ha defendido por importantes representantes (Lüderssen, Naucke, Hassemer, Neumann, Herzog, Prittwitz). Ante todo, los colegas de Frankurt, en la medida en que ya entonces estaban en funciones, han adoptado una posición político jurídico penal en relación con el proceso de liberalización social, que había culminado en Alemania a finales de los años 60. Esa posición estaba orientada primero a una crítica del Derecho penal (y sobre todo tendía a una reducción del mismo) y en segundo lugar han intentado hacer fructíferas las ciencias sociales para el Derecho penal.

El primero de ambos puntos del programa es hasta hoy de rabiosa actualidad pese a que –y justamente porque– el desarrollo de la legislación penal ha emprendido el camino contrario a la permanente ampliación del Derecho penal; habrá ocasión de volver sobre ésto con motivo el cuarto y sexto tema de nuestro congreso. Por el contrario, la segunda dirección de trabajo de la Escuela de Frankfurt no ha tenido grandes éxitos dignos de mencionar. La contribución de las ciencias sociales al desarrollo del Derecho penal no ha sido grande; nuestro tercer tema de trabajo se ha ocupado de este estado de cosas.

En un segundo impulso de la evolución, que en Alemania se ha situado en el punto de mira de la discusión política jurídico penal, la Escuela de Frankfurt

---

* Trad. Carmen Gómez Rivero. Universidad Hispaliense. Sevilla

1 La presente contribución fue expuesta por mí en la sesión de clausura del Congreso sobre la base de algunas notas y posteriormente ha sido reconstruida de memoria lo más fiel posible. Ello explica la forma en que está redactado el texto y que haya prescindido de notas al pie de página.

25 años después, en los noventa, ha colocado en punto neurálgico de su crítica al Derecho penal los nuevos grandes riesgos industriales, que son objeto, por ejemplo, del Derecho penal del medio ambiente, del Derecho de la responsabilidad por el producto o del Derecho penal económico en un sentido amplio, comprensivo de las estructuras de criminalidad organizada. Esa crítica ha examinado en qué medida estos nuevos campos de trabajo del Derecho penal pueden abordarse con los principios tradicionales del Derecho penal de la «vieja europa» (por ejemplo, con las categorías de la lesión de bienes jurídicos, acción, causalidad y culpabilidad individual) y ha llegado a resultados negativos. Los modernos métodos legislativos para el tratamiento de tales manifestaciones (la amplia anticipación de la protección del Derecho penal mediante delitos de peligro abstracto y mediante la creación de bienes jurídicos colectivos imprecisos, de difícil identificación) han sido blanco de su rechazo. En lugar de ello, la Escuela de Frankfurt preconiza la retirada del Derecho penal de estos ámbitos y su limitación a un «Derecho penal nuclear», orientado principalmente a la protección de la vida, la integridad y la libertad del individuo. Lo que exceda de ello debe relegarse a la regulación del Derecho civil, del Derecho público, a un Derecho de intervención en proceso de elaboración (que si bien no tenga carácter penal ofrezca ciertas garantías jurídicas) o a otros mecanismos de control social.

No me caben dudas de que la Escuela de Frankfurt focaliza en esta segunda fase de su actuación política jurídico penal los problemas centrales del Derecho penal actual y ha planteado las cuestiones adecuadas. Sus respuestas no coincidentes incluso entre los seguidores de esta Escuela han permanecido discutidas y más bien han tropezado con cierto escepticismo. Pero en cualquier caso, los siguientes cinco temas de nuestro Congreso, que de nuevo encienden la discusión, han surgido de las tesis básicas de la nueva crítica al Derecho penal de la Escuela de Frankfurt. Si el Derecho penal tradicional no es válido para la represión de los nuevos peligros que amenazan a la sociedad, de nuevo surge la pregunta en torno a la justificación de la pena (Tema 2); debe examinarse en qué medida las restantes ciencias sociales podrían contribuir a la solución de los problemas (Tema 3); necesitan estudiarse las alternativas imaginables al Derecho penal (Tema 4); el futuro mismo del Derecho penal será tema de discusión (tema 5); y finalmente los problemas penales de las sociedades de riesgo, que han desatado todo el debate, deben analizarse de nuevo a la luz de la discusión actual y replantearse posibles soluciones (Tema 6). Naturalmente, el tratamiento que han recibido los siguientes temas en nuestro Congreso sólo ha podido ocupar parcialmente el extenso ámbito que he esbozado más arriba. Pero no puede perderse de vista si se quiere comprender la relación de todas las cuestiones individuales y su orientación político jurídica común.

II.- El segundo tema de nuestro simposio, la justificación de la pena, sobre todo a raíz de la ponencia del colega von Hirsch, ha obtenido de forma sorprendentemente rápida un acuerdo con la conclusión de que las teorías absolutas y relativas son por sí solas insostenibles; más bien una pena sólo es legítima cuando es necesaria desde un punto de vista preventivo y además es justa.

Yo comparto esa opinión. Una pena absoluta, que renuncie a cualquier fin social y sólo –por emplear una expresión de Maurach– demuestre la «majestad baldía del Derecho», no sólo se hace objetar la pregunta de Hirsch en torno a para qué debe servir una pena que no sirve para nada. Según los principios generales jurídico-públicos sería incluso inconstitucional. Porque la pena es una forma de intervención estatal radical y como tal necesita un fundamento legitimador que no puede consistir en ideas metafísicas, sino sólo en la necesidad y conveniencia para la realización de tareas estatales (en el caso concreto: el control de la criminalidad).

Por otra parte, los fines exclusivamente preventivos tampoco podrían justificar la pena. Porque dado que la pena contiene un reproche personal contra el autor (de otra forma no sería una pena sino sólo una medida), no puede justificarse frente a éste sólo con su necesidad preventiva, sino que también tiene que poder ser entendida por él como merecida. Eso sólo sucede cuando es justa, esto es, cuando se vincula a la culpabilidad del autor y se limita por el grado de la misma.

Una teoría unitaria así entendida no es, por tanto, como a veces se ha afirmado, una unión ecléctica de elementos heterogéneos sino, en su empeño por lograr una justificación cumulativa, la única vía plausible de explicar en general el Derecho al castigo. Personalmente yo voy aún más lejos y deduzco de la necesaria conjunción de las necesidades preventivas y de la culpabilidad para un castigo legítimo la tesis de una limitación recíproca de ambos elementos. No sólo la pena exigida desde un punto de vista preventivo se limita por la culpabilidad y su medida, sino que también la pena adecuada a la culpabilidad sólo puede imponerse en el marco de lo que es indispensable desde un punto de vista preventivo. Dicho de una forma simple: la pena debe permanecer bajo la medida de la culpabilidad incluso aunque tenga sentido desde un punto de vista preventivo. Si también esta exigencia derivada del principio de «doble justificación», que yo considero obligado, sería aceptada por la mayoría de los congresistas es una cuestión que tiene que quedar abierta. Sobre eso no hemos discutido.

En realidad hay cuestiones importantes que están más allá del ya mencionado consenso de partida y que no han sido discutidas. Entre ellas puede mencionarse por ejemplo el problema en torno a en qué medida el postulado teórico penal ya expuesto puede dar resultados en el ámbito del «nuevo» Dere-

cho penal de riesgos. Ahora sólo puedo indicar que aquí los efectos preventivo generales son de esperar todavía más pronto, porque los destinatarios de esos tipos penales son hombres de negocios fríos y calculadores, que temen el riesgo de un castigo; pero que sin embargo es más difícil la afirmación de la culpabilidad individual y su medida en el ámbito de la «irresponsabilidad organizada» de grandes empresas y que también de esa manera los efectos preventivos están llamados de nuevo a disminuir. Aquí tendría que llevarse a cabo una discusión profunda. Por el contrario, el tema del «Derecho penal simbólico», que cobra especial actualidad en este nuevo campo de la legislación, fue tratado por Díaz Ripollés de forma excelente.

Otro tema, que quedó sin mencionar a propósito de nuestra discusión en torno a los fines de la pena, es el de la prevención especial. Donde hemos hablado de prevención se ha pensado casi siempre sólo en la llamada prevención general positiva, la estabilización normativa en la conciencia jurídica general. Al parecer, la prevención especial en el sentido de la resocialización, no es de momento un fin de la pena discutible. Yo considero que ésto es completamente falso. Ciertamente las medidas coactivas y las penas indeterminadas, que a menudo se contemplan como elementos de la penas resocializadoras, son contrarias a la dignidad del hombre, esto es, a los principios elementales de seguridad jurídica y son acertadamente rechazadas con argumentos relativos al Estado de Derecho. Pero los esfuerzos preventivo especiales son indispensables en cuanto representan una oferta al delincuente de ayudarle en su reintegración a la sociedad o de ahorrarle consecuencias desocializadoras. Son una pieza central del componente de Estado social de nuestra Constitución y más allá de ello representan una importante contribución a la conciliación del Derecho penal con la humanidad.

En este sentido el legislador penal alemán se ha hecho eco de la resocialización en la medida en que ha dispuesto que tienen que considerase en la medición de la pena las consecuencias que son de esperar con ella para la futura vida del autor en sociedad (§46.I 2StGB). Además nuestra ley penitenciaria (§ 2 S.1) describe como «meta de la ejecución», el hacer capaz al preso de «llevar a cabo en el futuro una vida sin delitos en responsabilidad social». También nuestro Tribunal Constitucional ha puesto de relieve a menudo el fin de la resocialización en la medida en que, por ejemplo, ha decidido que también al condenado a cadena perpetua tiene que quedar abierta la posibilidad de volver de nuevo a integrarse en la sociedad; que tras el cumplimiento de la pena el autor no debe ser tratado en los medios de forma contraria a la resocialización, y que el trabajo del recluso tiene que ser remunerado en forma beneficiosa para su reintregación social. A la vista de ésto, las posibilidades de una prevención especial resocializadora reciben mucha más atención científica que las que hoy tienen.

Tampoco ha sido objeto de nuestros debates la justificación de las medidas. Naucke ha preguntado al respecto en la discusión, pero su pregunta no ha encontrado eco. Y sin embargo este tema no puede separarse de la justificación de la pena. Porque si ésta sólo puede legitimarse en el ámbito de sus ventajas, surge inevitablemente la pregunta en torno a cómo puede ser admisible que bajo la expresión de «medidas» se impongan sanciones que no se vinculan a la culpabilidad y a su medida. Probablemente aquí sólo es posible una justificación bajo el punto de vista del estado de necesidad. Se tiene que hacer ver al delincuente que la intervención que ha recaído sobre él mediante la medida no es ninguna respuesta a su culpabilidad (a menudo inexistente o considerablemente disminuida), sino que se basa en que los riesgos que emanan de él son peores que los daños que experimenta mediante la medida. Desde este punto de vista habría que desarrollar una teoría de las medidas que bajo la consideración de la dignidad del hombre y de la proporcionalidad determinase de una forma mucho más precisa que hasta ahora se ha hecho sus presupuestos y límites. Aquí queda aún mucho trabajo por hacer.

III.- Nuestro tercer tema se dedicó al significado de las ciencias sociales para el Derecho penal. Ha sido tratado extensamente en las valiosas ponencias de los colegas Portilla y Plagiero. Era bueno e importante que un tema específico de la Escuela de Frankfurt fuera insertado en el contexto de discusión internacional mediante un ponente español y uno italiano.

La discusión ha estado marcada por la consideración introductoria del encargado de la sesión, Stratenwerth; él ha suscitado el tema porque quería saber por qué las ciencias del Derecho penal, de las que justamente la Escuela de Frankfurt tanto había prometido en un principio, han desaparecido prácticamente del moderno debate jurídico penal.

Sobre este estado de cosas existe amplia unanimidad. Para su aclaración se han ofrecido diferentes explicaciones, que en su conjunto adoptan importantes puntos de vista: la relativa insignificancia de la ayuda de la criminología para la ciencia del Derecho penal y el rechazo a la cooperación por parte de los sociólogos de la criminología crítica (Lüderssen); el hecho de que el espíritu dominante de la época pase por alto las Ciencias sociales críticas (Hassemer); pero también el desinterés de muchas posiciones teórico penales actualmente influyentes en las ciencias sociales (Kuhlen).

Yo sólo quiero completar ésto desde mi punto de vista con unas cuantas observaciones. Las ciencias sociales teóricas son en parte inservibles para el Derecho penal, porque rechazan los datos empíricos y más allá de ello incluso la formulación de postulados de contenido normativo. Así por ejemplo, un influyente teórico del Derecho penal que trabaja con premisas teórico sistémicas, como es Jakobs, dice que las «investigaciones científicas sobre la prevención

general positiva están...un poco desplazadas». Porque la confirmación de la identidad social mediante la pena que él defiende «no es empíricamente perceptible»; «no es consecuencia del proceso, sino su significado». También un pensamiento funcional teórico sistémico prescinde de todos los aspectos político criminales y por ello se independiza de las ciencias empíricas. «Quien sólo sabe que una sociedad está organizada de modo funcional, no sabe nada sobre su concreto contenido», dice Jakobs. Una concepción científico social que sea resistente a los datos empíricos y a todo vínculo político criminal no puede ayudar a nuestra ciencia en la solución de sus concretas tareas y por su parte contribuye a juzgar como irrelevantes las ciencias sociales empíricas desde el punto de vista penal.

Por otra parte, allí donde las ciencias sociales teóricas se adentran en los temas y quieren hacerse capaces de alcanzar un consenso mediante una discusión amplia y abierta, no conducen mucho más allá de lo que ya está contenido en los derechos fundamentales y humanos generalmente reconocidos (sobre ésto ha expuesto de forma interesante Portilla). Los derechos fundamentales y los derechos humanos son por su parte sólo el resultado de un discurso desarrollado durante siglos por nuestros pensadores políticos y de Derecho penal más relevantes, y todavía hoy se muestran como una fuente productiva de desarrollo creativo del Derecho y de la dogmática jurídica penal, de tal suerte que la contribución de la moderna reflexión de las ciencias sociales, que además tiene que concurrir con las nuevas ideas político criminales de los penalistas, resulta comparativamente modesta frente a ellas.

Pero por lo que se refiere a las ciencias sociales empíricas, debe afirmarse en primer lugar que la sociología criminal empírica ha proporcionado hasta la fecha pocos resultados relevantes para el Derecho penal. Ya se ha hecho mención a las razones de ésto. Pero a ellas debe añadirse acaso la simple afirmación de que los resultados empíricos de otras ciencias en muchos ámbitos son sensiblemente más importantes para el Derecho penal que los de las ciencias sociales. Así, la legitimidad del Derecho penal del medio ambiente depende de forma decisiva de los daños reales que pueden provenir de determinadas actuaciones sobre el medio ambiente. Estas son cuestiones de las ciencias de la naturaleza, respecto a las que no pueden decir nada las ciencias sociales. Un punto especialmente neurálgico del moderno Derecho penal, la sanción desmesurada del tráfico de drogas, puede recibir impulsos político jurídicos más fructíferos mediante los conocimientos médicos (por ejemplo mediante una comparación con la influencia en la salud del consumo de alcohol y nicotina) que mediante las ciencias sociales. Y un ámbito nuevo y sin duda también de gran conflictividad penal, como es la tecnología genética, necesita la ayuda de la bioética, que tampoco es una ciencia social, sino una derivación de la filosofía.

IV.- Nuestro cuarto tema ha tratado las «alternativas al Derecho penal», que naturalmente tiene que ser de especial importancia para la posición crítica del Derecho penal de la Escuela de Frankfurt. No obstante, dado que el tema por lo que se refiere al punto especialmente criticado por la Escuela de Frankfurt del «Derecho penal de riesgos» fue objeto de una propia y última sesión especial, aquí se trataron sobre todo las soluciones alternativas en el ámbito general del Derecho penal. Los puntos más importantes fueron mencionados en las ponencias de García Arán y de Nuemann así como en el debate, de tal modo que puedo limitarme a completar el resumen desde mi punto de vista.

Las alternativas al Derecho penal son siempre preferibles, porque pueden evitar en buena medida las repercusiones sociales negativas del Derecho penal (la estigmatización social, la causación de males, a menudo la destrucción de la existencia social). En la búsqueda de alternativas al Derecho penal no se trata sólo de encontrar formas más efectivas de control social sino también y sobre todo de hallar una organización más humana de nuestras relaciones sociales; en la discusión la cuestión se centró en un debate entre Naucke y Lüderssen.

Dado que por muchos motivos no puede concebirse la abolición del Derecho penal, encuentro de momento básicamente cuatro alternativas al Derecho penal.

La primera reside en el ámbito del principio conocido desde antiguo de la subsidiariedad. Su ámbito de aplicación se extiende desde los grandes riesgos que amenazan a la humanidad hasta la pequeña criminalidad cotidiana. Los peligros de las explosiones de energía nuclear se previenen mejor mediante el llamado «desarme nuclear» que mediante amenazas penales; y el robo de vehículos se evita mejor mediante sistemas de bloqueo que mediante los esfuerzos –la mayoría de las veces baldíos– en el castigo del robo. No puedo poner otros ejemplos, pero no obstante quisiera señalar que necesitamos de forma urgente una Ciencia interdisciplinaria «de la subsidiariedad». Antes de introducir nuevos preceptos penales –y también respecto a las normas penales ya existentes– los penalistas, en colaboración con representantes de otras ciencias y mediante el examen del repertorio completo de posibilidades preventivas, tendrían que buscar alternativas al castigo penal o posibilidades de limitar los comportamientos conminados con una pena. Hasta ahora ésto no se hace en ninguna parte de una forma institucional, profesional y sistemática, sino que se relega al azar o a la feliz inspiración de algunos. Es sabido que el legislador recurre gustosamente a amenazas penales superficiales, porque –aparentemente– no tienen costes y despiertan la apariencias de actuaciones contudentes. Si nosotros cambiásemos estas ideas desde un punto de vista político social y desde el principio planteásemos la cuestión: «¿con qué medios no penales podríamos remediar este estado de cosas desacertado?», estaríamos dando un paso importante en la mejora de la sociedad.

Una segunda alternativa a la pena la encuentro en la progresiva integración de la reparación en el sistema de sanciones penales. El modelo de la solicitud de reparación que postulo desde hace tiempo a nivel de artículos y como corredactor del Proyecto Alternativo, lo encuentro en primer lugar en la inclusión de la satisfacción de los intereses de la víctima en el ámbito de tareas del Derecho penal y en segundo lugar en la demostración ejemplar del entendimiento de que los medios no penales a veces sirven mejor a la realización de los fines penales que el castigo. La reparación repercute en el sentido de la prevención general positiva, porque mediante la restauración del *status quo* anterior repara el daño social de forma satisfactoria para el afectado y para la población y porque hace innecesaria la reclamación civil, dificultosa, costosa y la mayoría de las veces estéril. Puede ser necesaria desde un punto de vista preventivo especial, en la medida en que exige al autor la confrontación con las consecuencias de su hecho y una tarea social constructiva; y además evita los efectos desocializadores que otras sanciones comportan. Evidentemente, la reparación voluntaria no es un remedio genérico, porque no puede sustituir a la pena en los delitos graves, sino sólo atenuarla (o en todo caso permitir la remisión condicional); pero también aquí hay un avance.

La tercera gran alternativa al castigo consiste en una ampliación de las alternativas que, al menos en Alemania, puede conseguirse mediante un gran número de posibilidades de sobreseimiento (la mayoría de las veces mediante imposiciones e indicaciones). Aproximadamente el 50 % de todos los casos se solucionan de esta forma sin recurrir al castigo formal. Esta praxis procesal tropieza con algunas objeciones, sobre todo debido a la anticipación de competencias decisorias del juez al Fiscal. Pero tiene la gran ventaja de que en los delitos de menor gravedad puede ser un medio más atenuado y por ello más efectivo que el Derecho penal. Porque para los hombres que no son delincuentes habituales la puesta en marcha de un proceso de instrucción penal es un mal añadido de considerable eficacia que puede hacer innecesario un castigo ulterior. La meta de la estabilización de las normas frente a la sociedad también se alcanza cuando el proceso concluye, por ejemplo, con la obligación de pagar una multa a la cruz roja. Sólo marginalmente se menciona el hecho de que las alternativas vienen en consideración sobre todo en los casos de la reparación, y que por tanto mis alternativas 2 y 3 se ensamblan en un importante ámbito.

Como cuarta y última alternativa al castigo menciono la prevención mediante grandes controles sólidos y, en suma, mediante una vigilancia intensiva de la población. Este es un tema muy delicado: los diversos métodos de investigación computerizados de que hoy disponemos, las distintas formas de vigilancia acústica y óptica, las posibilidades que abren las investigaciones moleculares genéticas y muchas otras más podrían impedir los delitos con su

empleo extensivo de forma eficaz, pero limitarían de tal forma el ámbito de los ciudadanos libre de ingerencia estatal que no serían conciliable con nuestra imagen de un modelo de Estado liberal. No puedo entrar en detalle en los problemas que derivan de ésto; solo querría concienciar a nuestra ciencia de una importante tarea: la pregunta en torno a cuánta libertad o cuánto ámbito privado estamos dispuestos a sacrificar para una protección mejor de la criminalidad tiene que plantearse de forma mucho más rigurosa que hasta ahora se ha hecho bajo el punto de vista constitucional. Gran parte de la población parece estar dispuesta a incrementar cada vez más la vigilancia, porque en cuanto ciudadanos honrados «no tienen nada que temer ni que esconder», y además porque para ellos es más valioso la seguridad frente a la amenaza criminal. Pero no se dan cuenta de cómo resultan necesariamente afectadas personas no implicadas y de qué forma una vigilancia sin límites puede dar paso a muchas tendencias totalitarias (pese a la enseñanza que aquí ofrece el ejemplo de la DDR). Con todo, no debe emitirse ningún veredicto general sobre las alternativas de vigilancia y la eficacia preventiva frente al Derecho penal. Pero no se debe dejar sólo a los políticos las necesarias ponderaciones y limitaciones, sino que tienen que concebirse como tareas de primer orden de las ciencias jurídicas, y más allá de ellas en estos casos también de la ciencias sociales.

V.- La «tarea de futuro del Derecho penal» fue objeto de nuestro quinto tema, sobre el que nos han instruido Mazzacuva y Kuhlen. Es discutible hasta qué punto una pregunta de este tipo puede ser tratada científicamente con rigor, pero también es indiferente si se tiene presente el dato de que las evoluciones de futuro no son verificables en el presente. Yo mismo me he probado como profeta no hace mucho y en una contribución titulada «Tiene futuro el Derecho penal?» (Gedächtnisschrift für Zipf, 1999, págs. 135 ss.) he tratado el tema que fue objeto de nuestra sesión de trabajo. Dado que esta contribución se ha publicado en español e italiano, no quiero reiterarla aquí, sino ocuparme muy brevemente de la concretas evoluciones que son de esperar en el futuro. Sin demasiados grandes riesgos puede pronosticarse un incremento de las formas de terminación informal en el ámbito de las ya mencionadas alternativas (incluyendo la reparación y la conciliación), un retroceso de la pena privativa de libertad poco constructiva socialmente, una ampliación del catálogo de sanciones, un acusado giro a las nuevas tareas del Derecho penal surgidas de la moderna tecnología y la globalización y su creciente internacionalización.

Prescindiendo de tales tendencias concretas de desarrollo, que en parte se han entrelazado también con otros temas de nuestro Congreso, lo que nuestra discusión impulsó fueron dos cuestiones básicas previas a todos los problemas en particular. ¿Se puede y se debe, como ha intentado Kuhlen, elaborar una prognosis exclusivamente empírica; esto es, preguntar sólo qué desarrollo tendrá el Derecho penal, sin mencionar de paso las consideraciones normati-

vas sobre lo deseable de tales evoluciones?, ¿y seguirá el Derecho penal desarrollándose en su tendencia general en el sentido de una progresiva humanización o, por el contrario, en el sentido de una creciente represión?

Por lo que se refiere a la primera cuestión, naturalmente en principio es correcto que en el intento de formular una prognosis tienen que proyectarse las tendencias empíricas en el futuro, porque un proyecto de lo deseable se diferencia de lo que será la realidad tanto como el ser y el deber ser. Pero la necesaria diferenciación de lo empírico y lo normativo demanda sin embargo en el ámbito del pronóstico una relativización. Porque en primer lugar hay que reconocer que, como ha subrayado en la discusión Naucke, ya la elección y la ponderación de las líneas de desarrollo, a las cuales se augura un futuro significativo, no puede alcanzarse sin las valiosas decisiones previas de los pronosticadores. Pero en segundo lugar y fundamentalmente –y con ésto llego a un punto que me sensibiliza especialmente–, nosotros, los científicos del Derecho penal no estamos llamados a contemplar el desarrollo de nuestra disciplina con una impasible ausencia de participación, sino a contribuir a ella de forma activa, e incluso a incorporar lo deseable normativamente al desarrollo real del futuro. Invirtiendo la vieja expresión de la «fuerza normativa de lo fáctico», quiero hablar de una fuerza fáctica determinante del ser de lo normativo.

¡No se dice que eso sean ilusiones! La Parte General del Código penal alemán sería hoy totalmente distinta si catorce jóvenes profesores de Derecho penal de la época en el año 1966 no hubieran presentado un Proyecto Alternativo inspirado en los standard internacionales de la moderna política criminal y no lo hubieran defendido públicamente mediante compromisos jurídico políticos. La supresión de los correccionales y la limitación de las penas de prisión de corta duración se remontan de forma inmediata a estos esfuerzos de reforma de la misma manera que el avance de la idea de la reparación se basa en los trabajos científicos desarrollados durante años, a los que también pertenece en este ámbito un Proyecto alternativo. Pero incluso cuando prescindo de mi propia experiencia como profesor, no puede negarse que, por ejemplo, el pensamiento penal de la Ilustración (sólo nombro a Beccaria), la filosofía jurídico penal del idealismo alemán (Kant, Hegel) o por ejemplo la Escuela sociológica de Derecho penal de las postrimerías del siglo 19 (von Liszt) han influído en el desarrollo futuro del Derecho penal de forma diferente pero persistente y sus influencia se proyecta hasta hoy. Entre los jóvenes penalistas de nuestra época echo de menos un poco del ímpetu de reforma de los tiempos anteriores y me gustaría recordarles: «¡El futuro del Derecho penal está –aunque ciertamente no de forma exclusiva– en nuestras propias manos!».

En relación con la segunda pregunta, si el futuro del Derecho penal llevará a una humanización y atenuación o a generar represión, quisiera adoptar

una posición diferenciadora y distinguir entre la evolución a largo plazo y las tendencias limitadas temporalmente. Vivimos una época en la que las energías de reforma liberales y sociales de la posguerra se presentan como ampliamente consumidas y se sitúa en primer plano un Derecho penal que tiende a una estricta separación del delincuente de cara a la disuasión de la comunidad (three strikes and you are out!) y a una reducción de los derechos de libertad del ciudadano. Este movimiento tiene su punto neurálgico en América, pero se deja sentir también en Europa y por ejemplo en Alemania es objeto de múltiples preocupaciones de los políticos liberales del Derecho; precisamente también la Escuela de Frankfurt pertenece a los críticos de esta evolución. Yo comparto esas preocupaciones, pero sin embargo pienso que a la larga se impondrá la tendencia a una amplia humanización en el sentido de un Derecho penal al mismo tiempo liberal y social. Se han elaborado las alternativas al Derecho penal, las penas serán más suaves; la misión de satisfacción social del Derecho penal pasará a primer plano bajo la inclusión de la conciliación entre victima y autor.

Este optimismo bajo la superficie de un escepticismo crítico frente a muchas manifestaciones del Derecho penal actual lo deduzco, de forma semejante a Kuhlen, de la evolución histórica que ha tenido el Derecho penal desde la Ilustración. Dicho de forma trivial, en general siempre ha avanzado hacia adelante; las penas corporales y las torturas han desaparecido, las penas privativas de libertad cada vez son más cortas y también menos frecuentes. Baste pensar que en Alemania todavía a finales del siglo 19 aproximadamente el 75 % de todas las condenas lo eran al cumplimiento de una pena privativa de libertad y de esto queda hoy aproximadamente sólo el 6%. También los derechos fundamentales y de libertad, que en su origen fueron desarrollados por los pensadores de la Ilustración y más allá de ellos también por los clásicos de la moderna filosofía política, ha sido acogidos cada vez en mayor medida en las Constituciones de los modernos Estados, en los Tratados internacionales y en la praxis jurisprudencial (traigo a colación sólo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Si el Derecho internacional se sigue desarrollando como lo ha hecho en las últimas décadas, sería posible incluso hacer realidad el espacio humano de paz eterna.

Esta evolución positiva en su conjunto no queda refutada por las horrible vueltas a la barbarie de las que ciertamente se ha hecho uso en el siglo pasado. Porque la historia no se desarrolla de manera rectilínea, sino de forma dialéctica, en lucha permanente contra el retroceso. La tendencia perceptible a una reacción penal más rigurosa y amplia y a la limitación de los derechos de libertad es todavía una oscilación comparativamente pequeña en el movimiento histórico. Sin embargo recordamos el triunfo provisional de la ausencia de derechos delictiva, como sucedió en el régimen nazi. Es terrible que pudiera llegarse a

eso. Pero sin embargo lo importante para la evolución jurídica de la humanidad es que este movimiento ilícito de la historia no ha triunfado, sino que por el contrario la conciencia jurídica de la humanidad se ha levantado contra él y lo ha rechazado. Siempre habrá recaídas, pero no podrán detener el avance final de la sensatez y humanidad en el Derecho penal. Soy consciente de que este pronóstico excede los límites de una predicción exclusivamente científica.

VI. Nuestra sesión sexta y última, con el tema «sociedad de riesgo y Derecho penal», se ha referido una vez más de forma directa a la nueva crítica del Derecho penal de la Escuela de Frankfurt. De hecho, no es ninguna causalidad que dos ponentes pertenecientes a la Escuela de Frankfurt, los colegas Herzog y Prittwitz nos hayan expuesto de nuevo las orientaciones de esta dirección político jurídica. Ya intenté rebatir brevemente la posición de la Escuela de Frankfurt con ocasión del primero de nuestros temas y ahora puedo remitirme a lo dicho entonces. Ambos ponentes partieron de que el moderno Derecho penal de riesgos arroja problemas de imputación insolubles. El Derecho penal está aquí desbordado. Herzog recomienda mecanismos de autorregulación social en lugar del Derecho penal: mayores derechos de información de la opinión pública, controles sociales mediante una mayor transparencia, un Derecho civil punitivo, un autocontrol de la economía, la incorporación de personas que deben descubrir los abusos y hacer públicos los resultados, una información completa del consumidor y un periodismo de investigación. Prittwitz exige sobre todo prevención mediante una vigilancia severa y advierte en este ámbito frente a un «romanticismo de libertad».

En la discusión encontró rechazo mayoritario la idea de que el Derecho penal debe retirarse completamente del ámbito de los grandes riesgos industriales (por ejemplo Kuhlen, Marinucci, von Hirsch, Stratenwerth) y fue considerada como demasiado radical (Palazzo). Yo mismo comparto este escepticismo, si bien advierto al mismo tiempo el gran mérito de la Escuela de Frankfurt. Porque es cierto el diagnóstico de que el Derecho penal se encuentra ante problemas de imputación muy complicados en el ámbito de la «irresponsabilidad organizada» y que el legislador alemán –menos evidente el español y el italiano– ha superado a menudo la medida de lo sostenible en un Estado de Derecho mediante el recurso a tipos desmesurados de peligro con base sólo en vagas representaciones sobre el bien jurídico a proteger. También es cierta, y deducible del ya viejo conocido principio de subsidiariedad, la idea de que las estrategias alternativas de control social son preferibles; los peligros al medio ambiente se combaten mejor a veces mediante la completa renuncia a determinadas energías o productos que mediante las amenazas penales; la criminalidad organizada podría tratarse más eficazmente que mediante el Derecho penal si los bancos estuvieran obligados a comunicar al fisco todos los grandes movimientos de capitales, etc.

Con todo, los mejores argumentos hablan a favor de que el Derecho penal es un medio irrenunciable de control social también en el ámbito de la sociedad de riesgos (naturalmente junto a otros). Para fundamentarlo me limito a indicar tres argumentos:

En primer lugar, no es admisible desde un punto de vista político social que el arma más grave del Estado, el *ius puniendi*, se use sin objeciones frente a cada bronca, cada riña a cuchilladas o cada pequeño robo, y sin embargo deba retroceder en la lucha de peligros contra la vida e integridad u otros bienes jurídicos fundamentales de millones de hombres, como por ejemplo, los que se derivan de los fallos en los productos, de los daños al medio ambiente, del uso de la energía nuclear, de las instalaciones industriales, de la tecnología genética o de la moderna información tecnológica. Tampoco debe negarse al Derecho penal la colaboración en la tarea, especialmente subrayada por Stratenwerth, de asegurar las condiciones de existencia de las generaciones futuras. Un Estado que confiase primordialmente estas cuestiones existenciales a los mecanismos de autorregulación social o a las regulaciones no penales, perdería su autoridad frente a los ciudadanos.

En segundo lugar, no es cierta la tesis de que el Derecho penal en cuanto elemento de control social esté fundamentalmente desbordado en este ámbito. Es cierto que en el ámbito de la «irresponsabilidad organizada» de grandes empresas la imputación de los daños y riesgos a determinadas personas individuales puede ser difícil y a veces imposible. Sin embargo, como reiteradamente se ha subrayado en la discusión (por ejemplo, por Marinucci y Díez Ripollés), este problema puede solucionarse mediante la inclusión de sanciones a las sociedades en el futuro Derecho penal. También es cierto que la dogmática tradicional del peligro con su distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto no ha incrementado el control jurídico de los grandes riesgos industriales. Pero nuevas investigaciones –pienso sólo en el escrito de habilitación de Ziegschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998; Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts –Zur Dogmatik «moderner Gefährdungsdelikte», 2000, y Hefendehl, Strafrecht und Schutz kollektiver Rechtsgüter, 1998, aún sin publicar– muestran que nuestro instrumental dogmático es capaz de evolucionar y que, si se tiene sólo en cuenta la situación más moderna, hoy ya puede contribuir de forma decisiva en el ámbito de la moderna legislación penal a apartar el grano de la paja. No puedo reproducir en detalle este análisis. Sin embargo demuestran que muchos de los preceptos penales nuevos no resisten la crítica y que realmente se puede renunciar a los delitos de peligro abstracto (así por ejemplo Zieschang), pero también demuestran que permiten elaborar nuevas estructuras de peligro que ofrezcan soluciones adecuadas y que permitan diferenciar bienes jurídicos colectivos legítimos e ilegítimos, De este modo se puede dominar el «nuevo» ámbito del Derecho penal. Sólo se tiene que trabajar enérgicamente en ello en lugar de desanimarse.

En tercer lugar, finalmente, las alternativas que ofrece la Escuela de Frankfurt no son suficientemente convincentes. Hasta ahora no se ha conseguido delimitar de forma satisfactoria el núcleo del Derecho penal y el Derecho penal de riesgos. El Derecho de intervención, que debe actuar junto al Derecho penal es impreciso en sus presupuestos, límites y consecuencias. Los mecanismos de autorregulación social, que sobre todo ha recomendado Herzog, nunca han sido evaluados. Me parece que es inimaginable que sin un apoyo penal, al menos de las normas fundamentales, esos mecanismos puedan imponerse frente a los poderosos intereses que están detrás de los riesgos aquí discutidos. Y la referencia a las medidas de vigilancia activa es naturalmente buena y útil. Pero si con su omisión los resultados de lesiones o de peligro permanecen impunes, no serviría al tantas veces apelado «ejercicio de la fidelidad en el Derecho» y debilitaría incluso el efecto preventivo mediante la falta de protección penal.

Todo ello no anula el gran mérito de la crítica de la Escuela de Frankfurt al Derecho penal de riesgos. La Escuela de Frankfurt ha reconocido que aquí residen los problemas más importantes del moderno Derecho penal. Ha llamado la atención con énfasis sobre el camino errado de la legislación y ha impulsado una gran discusión penal que ha enriquecido nuestra ciencia. Y también, si la capacidad de control de Derecho penal es mayor de lo que creen nuestros amigos de la Escuela de Frankfurt, su principal exigencia, tomar en serio el principio de subsidiariedad, da en el blanco.

Con ésto llego al final de mi resumen de un congreso temáticamente fascinante y rico en sus resultados. Al final debo expresar palabras de agradecimiento (ahora muy breves, porque el agradecimiento debido «extenso» se expresará en otra ocasión). El Prof. Arroyo junto a sus ayudantes ha organizado perfectamente el Congreso y lo ha dirigido de una forma magnífica. Además los almuerzos y cenas, que ayudan al descanso y a la distensión, han permitidó una experiencia cultural única al haber tenido lugar en restaurantes de estilo (en castillos, palacios y propiedades vinícolas) y haber consistido en comidas exquisitas. A él y a todos lo que le han apoyado quiero manifestar mi más profundo agradecimiento. Nunca olvidaremos estos maravillosos días en Toledo.