

***DEL «DERECHO PENAL LIBERAL»
AL «DERECHO PENAL DEL ENEMIGO»****

Eduardo Demetrio Crespo**

I. ¿Evolución o involución?

La construcción de la Ciencia Penal tal y como hoy la entendemos se inicia con el pensamiento de la Ilustración,¹ significativamente con la famosa obra de BECCARIA (1738-1794) *De los Delitos y de las penas* (1764), en la que el autor plantea una serie de retos relativos a la “humanización” del Derecho Penal,² que todavía hoy no han perdido en absoluto su vigencia. Por otro lado, desde VON LISZT (1851-1919), el Derecho Penal es considerado la “Carta Magna del delincuente” y, en todo caso, “la barrera infranqueable de la política criminal”, como el autor se esfuerza en poner de relieve en su famoso *Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*.

Desde el punto de vista político-criminal, parece que en la Ciencia Penal ha habido cierto consenso en las últimas décadas en torno a la idea de que el Derecho Penal es la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, que tiene para éste último unas consecuencias altamente estigmatizadoras, y que por ello es preciso restringir y justificar al máximo su intervención. Esta idea,³ junto a la crisis del pensamiento resocializador, hace que se planteen en un determinado momento, diversas propuestas que van desde las puramente abolicionistas hasta las reduccionistas del sistema penal.⁴ Estas últimas vienen representadas inicialmente por la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad, y más recientemente se centran en dos aspectos: *la vía despenalizadora*, en abierta oposición a la tendencia expansionista del Derecho Penal contemporáneo, y las propuestas consistentes en devolver protagonismo a *la víctima en el conflicto penal*.

Sin embargo, el debate sobre la legitimidad del Derecho Penal,⁵ centrado hace no demasiado tiempo en este vector (*propuestas abolicionistas-propuestas reduccionistas*), puede caracterizarse hoy más claramente con el binomio *reduccionismo versus expansión*, es decir, con el debate propio del contexto y exigencias de lo que se ha dado en llamar “modernización del Derecho Penal”. Esta modernización, para la que algún autor aboga con gran determinación,⁶ frente al por él tildado como “discurso de la resistencia”, que no duda en calificar como “ultraliberal y reaccionario”,⁷ comprende, sin embargo, construcciones como el llamado “**Derecho penal del enemigo**”⁸ -que pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras “fuentes de peligro”, a los que hay que neutralizar a cualquier precio⁹- frente al que cabe preguntarse si la correspondiente “modernización” representa realmente una evolución, o más

bien, como aquí se sugiere,¹⁰ una involución lamentable. El “Derecho penal del enemigo” puede caracterizarse, entre otras notas, por un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas, y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales.¹¹

El principal teórico del concepto en la discusión actual, JAKOBS,¹² lo explica subrayando que el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones, el *trato con el ciudadano*, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el *trato con el enemigo*, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se combate por su peligrosidad.¹³ En su opinión, ningún contexto normativo, incluyendo como tal a la persona en Derecho, es tal por sí mismo, sino que sólo es real cuando determina a grandes rasgos a la sociedad.¹⁴ Esta tesis le lleva a sostener que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; y que, por tanto, sería completamente erróneo demonizar el llamado “Derecho penal del enemigo”, pues de este modo no se alcanza una solución al problema de los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana.¹⁵

Lamentablemente dicha concepción no es sólo teórica, sino efectivamente existente en nuestra legislación penal y procesal penal (en materia de terrorismo, tráfico de drogas o inmigración),¹⁶ y en la praxis de la política internacional (la que, de forma cruda, no se pregunta por “las causas” de fenómenos tan complejos como el terrorismo, sino que sólo quiere combatir “los efectos”, incluso mediante “guerras preventivas” o “asesinatos selectivos”). Siendo así, no se trata lógicamente de “matar al mensajero”, pero tampoco, de mantener una actitud puramente “descriptivo-explicativa” (“aparentemente neutral”), y todavía menos “directa o indirectamente legitimadora”, sobre la base de un débil, y en todo caso cuestionable, fundamento filosófico subyacente, sino que corresponde, en mi opinión, poner de relieve que tal Derecho no puede ser el Derecho Penal propio de un Estado de Derecho¹⁷ (y que, al margen de éste no puede tampoco existir o coexistir Derecho alguno con pretensión de validez) por más que sus artífices políticos (del Derecho Penal del enemigo) lo invoquen (al Estado de Derecho) permanentemente. Es más, cabe afirmar que el llamado “Derecho Penal del enemigo” toda vez que fija sus objetivos

primordiales en combatir a determinados grupos de personas abandona el principio básico del Derecho Penal del hecho,¹⁸ convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como **“Derecho Penal de autor.”**¹⁹ Por esta razón, la vía argumentativa de la eficacia y la seguridad, sin perjuicio de las consecuencias que de la misma se puede extraer por vía negativa, está vedada en la esfera axiológica, pues, como es sabido, la validez no puede derivarse en ningún caso de la eficacia.²⁰ El “Derecho Penal del enemigo” es consecuencia, en mi opinión, entre otros factores, del **uso simbólico del Derecho Penal**^{21/22} (entendiendo por tal, con carácter general, aquel que persigue fines distintos a la protección de bienes jurídicos en el marco constitucional), y de la propia **crisis del Estado social.**²³

El objetivo de esta contribución es simplemente mostrar el giro que se ha producido en el debate, hasta el punto de perder de vista el marco *político-criminal* reciente que había generado, con carácter general, en mi opinión, una evolución positiva en la humanización del Derecho Penal.²⁴ Dicho marco ha sido “pulverizado”, mediante su reducción a lo absurdo, por la vía de un **recrudescimiento punitivo creciente**, al calor de la demagogia política y el espectáculo mediático (que se sirve del dolor de las víctimas para subir índices de audiencia). Según esta concepción, la preocupación por las garantías, más allá del “efecto estético” de la proclamación de los principios en las Exposiciones de Motivos, aparece como fruto de la “insolidaridad”, la “maldad”, “la falta de visión”, o en el mejor de los casos, “la ingenuidad académica”, de quienes se mantienen en ese discurso. En cualquier caso, a la luz de la actual “fiebre reformista”²⁵ (como ponen de relieve las especialmente significativas Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; así como la LO 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal), poco o nada del espíritu de aquel programa político-criminal queda en pie. Ha sido sustituido por uno guiado por una fe inquebrantable en la capacidad de intimidación de las penas –se introduce, sin mencionarla expresamente, la cadena perpetua; se recuperan las penas cortas privativas de libertad inferiores a seis meses, y la multirreincidencia-, el “deslizamiento” hacia un Derecho Penal de autor, y el recorte del arbitrio

judicial.²⁶ El actual **límite máximo de la pena privativa de libertad**, cada vez más alejado del teóricamente establecido en veinte años con carácter general por el artículo 36 CP, pues, en primer término se eleva a treinta por el juego del art. 70.2.1º, pero puede llegar a los cuarenta *ex art. 76. 1. c) y d)*, que además pueden ser cumplidos íntegramente en virtud de la reforma del art. 78, es la mejor expresión de este programa maximalista. Como no podía ser de otra manera, dadas las limitaciones de espacio, sólo abordo algunos elementos que considero especialmente significativos de este proceso.

II. La utopía abolicionista

Probablemente el primer interrogante que surge al oír hablar de abolicionismo penal²⁷ es precisamente qué es y qué se propone abolir.²⁸ En este nivel conceptual es posible distinguir un *sentido restringido* del mismo, cuyo objeto sería únicamente la abolición de un aspecto concreto del sistema penal (por ejemplo, la abolición de la pena de muerte); y un *sentido amplio* cuyo propósito sería la abolición del sistema penal en su conjunto por considerarlo un problema social en sí mismo.²⁹ El pensamiento abolicionista en sentido amplio³⁰ es el nombre que se da, principalmente en Europa occidental, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo.³¹ Se pueden mencionar como precedentes del actual abolicionismo, en primer lugar, el movimiento para la *abolición de la esclavitud* en los Estados Unidos, que se inicia en el último tercio del siglo XVIII, momento en el que con la introducción de la idea del individuo como sujeto de la historia es entendido como movimiento moral.³² En segundo lugar, tenemos el movimiento de *abolición de la pena de muerte*,³³ y también desde el siglo XIX la corriente para la *abolición de la prostitución*. Asimismo no hay que olvidar el movimiento abolicionista de

*** Este trabajo constituye una apretada síntesis, actualizada bibliográficamente, de algunos aspectos desarrollados en uno de los capítulos del “Proyecto Docente” que presenté en junio de 2001 para la obtención de una Plaza de Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Castilla-La Mancha. Publicado en**

los castigos corporales, cuyo éxito trajo como consecuencia el nacimiento de la institución carcelaria, que es precisamente el blanco fundamental de los movimientos abolicionistas actuales.

En realidad la definición que acabamos de dar es insuficiente para conseguir una aproximación a lo que debemos entender por pensamiento abolicionista, si no se complementa con algunas reflexiones respecto a lo que dicha corriente teórica significa hoy en el marco de un Derecho Penal “en crisis.”³⁴ En este sentido se ha dicho que el abolicionismo constituye una de las tres posturas político-criminales, que con carácter general cabe estimar básicas para el análisis del fenómeno jurídico-penal en la actualidad.³⁵ Junto con ella se sitúan la opción resocializadora y la garantista: mientras que estas últimas pretenden la consecución de un mejor Derecho Penal, bien que desde distintas perspectivas, aquella pretende construir alternativas al sistema punitivo.³⁶ La base filosófica del abolicionismo se halla en lo que podríamos denominar una «disposición fenomenológica para la comprensión de las cosas».³⁷ La comprensión que hace el abolicionismo de la realidad que tiene que ver con lo que normalmente denominamos «delito» proviene de la experiencia de los implicados directamente, experiencia que pasa a denominar «situación problemática», y en consecuencia se opone a la extracción del conflicto por el Estado para el logro de una solución. Partiendo pues de una sensibilización por acercamiento y compromiso fenomenológico, el abolicionismo afirma que una «situación problemática» sólo puede ser calificada y resuelta de acuerdo con la visión de la misma en la conciencia de los componentes del grupo afectado. De estas premisas se sirve el abolicionismo para la construcción de una política criminal eminentemente desreguladora. Desde este punto de vista el abolicionismo puede ser entendido como un método, que, de acuerdo con la concepción de HEIDEGGER, entraría en una relación dialéctica con su objeto.³⁸ En el caso del pensamiento abolicionista el método es la lucha por

1 Vid, al respecto, PRIETO Sanchís, Luis . “*La Filosofía Penal de la Ilustración*”, México DF, 2003, *passim*.

2 *Ibíd*, pp. 67 y ss.

3 Que conecta con el pensamiento de los autores del Proyecto Alternativo alemán, de que la pena es una “amarga necesidad” en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres Vid: BAUMANN, Jürgen (e.a) “*Alternativ Entwurf*

la abolición de todo el sistema penal, y el objeto es aquel que precisamente se trata de eliminar. Desde la perspectiva de la teoría del conocimiento «la teoría abolicionista se halla dentro de un contexto epistemológico que se puede caracterizar por su actitud no positivista ante el concepto de verdad.»³⁹ En efecto, para el abolicionismo la manera de acercarse a la verdad vendría dada por la crítica permanente de lo que está mal, sin pretender en ningún momento una reconciliación entre el intelecto y el *status quo*.⁴⁰

Estas propuestas radicalmente abolicionistas del sistema penal (corriente de pensamiento representada por autores como MATHIESEN,⁴¹ HULSMANN,⁴² o CHRISTIE,⁴³ entre otros), entienden que el sistema penal está específicamente concebido para hacer mal, que es una respuesta violenta y pública susceptible asimismo de incitar a la violencia, y que además es una institución que crea y mantiene de modo falso la idea de poder procurar a las víctimas ayuda y protección. Efectivamente, el pensamiento abolicionista radical reclama un entendimiento totalmente diferente del universo penal desde tres claves: el daño y su compensación, los conflictos interpersonales, y los acuerdos en el procedimiento penal; reivindicando la devolución del conflicto a sus protagonistas y la recuperación de la víctima como parte del mismo.⁴⁴ En todo caso, las 2003, *passim*; y, en particular, por lo que aquí interesa, desde una perspectiva histórico-sociológica, cfr: RIVERA Beiras, Iñaki “Historia y legitimación del castigo: ¿Hacia dónde vamos?” En: BERGALLI, Roberto (Coordinador y colaborador), Sistema penal..., *Op.cit.*, pp. 86 y ss.

6 Vid: GRACIA Martín, Luis. “*Prolegómenos para la lucha por al modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*”, Presentación de SCHÜ-NEMANN, Bernd, Valencia, 2003, *passim*.

7 *Ibid.*, pp. 34, 157 (entre otras).

8 JAKOBS, Günther. “*Estudios de Derecho Penal*.” Madrid, 1997, pp. 294 y ss; JAKOBS, Günther y CANCIO Meliá, Manuel, “*Derecho Penal del enemigo*”, Madrid, 2003, *passim*.

9 Sobre ello, Vid: CANCIO Meliá, Manuel. “*Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal Español después de la LO 7/2000*.” *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, (3):31 y ss, 2003 (también, *Jueces para la democracia*, (44), :19-26, 2002); PORTILLA Contreras, Guillermo, “*El Derecho penal y procesal del enemigo*”, *Jueces para la democracia*, (49),

teorías abolicionistas, como propuestas radicalmente alternativas al Derecho Penal, no han tenido éxito ni es previsible que lo tengan en el futuro, dado que no parece que los Estados estén dispuestos en modo alguno a renunciar al uso del Derecho Penal, sino que más bien se experimenta lo contrario, una expansión cada vez mayor.

El abolicionismo ha sido objeto, no sin razón, de críticas *de signo garantista*: abolir el Derecho Penal puede significar al mismo tiempo abolir sus límites, lo cual puede conducir a la instauración de una sociedad disciplinaria de controles ilimitados; *de signo criminológico*, pues la idea de la abolición del castigo no satisface en todo caso; y *de signo científico*, por su falta de originalidad, e inconsistencia en los planteamientos.⁴⁵ En cualquier caso, por lo que se refiere a la pérdida de garantías, parece claro que no es suficiente, frente a cualquier propuesta alternativa a la intervención del Derecho Penal, con hacer una referencia abstracta a la “ausencia de garantías”, sino que debe demostrarse cuáles son concretamente las garantías a las que se renuncia y cuáles son las ventajas que las propuestas alternativas aportan.⁴⁶

III. El reduccionismo

Las propuestas reduccionistas del sistema penal se caracterizan, frente a las anteriores, por la aceptación de la existencia de éste último, y por la búsqueda de alternativas “realistas” a su configuración actual, con un espíritu humanista. Éstas, además de la descripcionalización de determinados comportamientos, han sido básicamente la búsqueda e implementación de alternativas a la pena privativa de libertad, y la reparación a la víctima como técnica alternativa para la solución de conflictos. El espíritu humanista que subyacía a ambas, ha sido “trastocado”, y como apuntaba al principio, reducido a lo absurdo.

12 En contra de la concepción dogmática sostenida por JAKOBS me he pronunciado en: DEMETRIO Crespo, Eduardo, “*La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*”, Prólogo de José Ramón Serrano-Piedecasas, Granada, 2003, pp. 74 y ss; ya anteriormente, desde la perspectiva de los fines de la pena, en DEMETRIO Crespo, Eduardo, “*Prevención general...*”, *Op.cit.*, pp. 122 y ss. Para la comprensión del sistema propugnado por este autor,

En el primer caso, por el recrudescimiento punitivo, en el segundo, por la “utilización” de las víctimas para reivindicar el **programa político-criminal maximalista** subyacente (como si el Derecho Penal pudiera, con el castigo, restaurar la “justicia material.”)

Un camino ya emprendido hace tiempo por la doctrina, y que tuvo fiel reflejo en el CP 1995 al incorporarse penas como los trabajos en beneficio de la comunidad o el arresto de fin de semana, ha sido la *búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad*. Sin embargo, aunque la pena privativa de libertad se encuentra en crisis desde un punto de vista teórico, no hay lugar para el optimismo, pues las estadísticas ponen de relieve que en los últimos años se ha asistido en España a un proceso expansionista en el uso de la prisión.⁴⁷ La crisis de la cárcel se debe a que opera como un factor criminógeno, debido a fenómenos como la psicosis carcelaria, la subcultura de las prisiones, y la privación de una vida sexual normal.^{48/49} Ya VON LISZT señalaba como característica principal del movimiento de reforma «la lucha contra las penas cortas privativas de libertad, dominantes en nuestra jurisprudencia penal actual, que en la forma en que hoy se aplican, ni corrigen, ni intimidan, ni inocuizan; pero, en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen»,⁵⁰ bien que ya antes de su

17 Sobre la evolución del concepto en la Teoría del Derecho es de gran interés la siguiente obra colectiva: CARBONELL, Miguel, (Edt.), “*Neoconstitucionalismo(s)*”, Madrid, 2003, *passim*.

18 Vid, por todos, HIRSH, Hans Joachim, “*Tatstrafrecht: ein hindreichend beachtetes Grundprinzip?*”, en: PRITTWITZ, Cornelius (et al.) (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 253 y ss.

19 En este sentido: CANCIO Meliá, Manuel, “*¿Derecho penal del enemigo?*”, en: JAKOBS, Günther y CANCIO Meliá, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, *Op.cit.*, pp. 57 y ss, esp. pp. 100 y ss.

20 Sobre ello, Cfr. DEMETRIO Crespo, Eduardo, “*Prevenición general...*”, *Op.cit.*, p. 51. Sobre el significado de los binomios conceptuales *legitimidad- efectividad, validez-eficacia*, Cfr. KELSEN, Hans, “*Teoría pura del Derecho*”, 7ª ed, México, 1993, pp. 217 y ss.

famoso *Programa de Marburgo* se tuviera conocimiento de las desventajas de las penas cortas privativas de libertad en el ámbito de la pedagogía criminal y de la criminología.⁵¹

El complejo de motivos que nos llevan hoy a la convicción de que el uso de la pena privativa de libertad debe ser reducido se centra en los siguientes aspectos: acentuación de la fase de criminalización primaria, incremento de la criminalización secundaria, crisis del pensamiento resocializador.⁵² Las investigaciones que se han realizado llegan a las siguientes conclusiones acerca de los fines de la pena: la pena privativa de libertad no siempre es necesaria desde la perspectiva de la prevención general; resulta perjudicial desde el punto de vista de la prevención especial y del objetivo resocializador, por ser traumática y es-tigmatizante; se ha producido una pérdida importante de posibilidades preventivo-generales y preventivo-especiales debido al fenómeno de hipertrofia de la legislación penal y de inflación de la pena privativa de libertad. Aunque el objeto fundamental de controversia han sido pues históricamente las penas cortas privativas de libertad,⁵³ no por ello dejan de ser cuestionadas las penas privativas de larga duración por ser susceptibles de ser consideradas excesivas en determinados supuestos.⁵⁴ Las penas cortas privativas de libertad se rechazan, entre otros, por los motivos expuestos, bien que todavía se señale que pueden cumplir una función positiva desde el punto de vista de la prevención general y especial, en particular, en el ámbito de la

23 Vid, por todos, FERRAJOLI, Luigi *“El Derecho como sistema de garantías”*, en su: *Derechos y garantías*. La Ley del más débil, Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. de Andrés Ibáñez y Greppi, Madrid, 1999, pp. 15 y ss; también, SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón *“Consecuencias de la crisis del Estado social”*, en Libro Homenaje al Prof. Baratta (en prensa); el mismo, más ampliamente, *“Emergencia y crisis del Estado social”*, Barcelona, 1988, *passim*. Un interesante diagnóstico de la situación lleva a cabo igualmente DIÉZ RIPO-LLÉS que propone centrar el debate en la racionalidad pragmática y abandonar la argumentación en el mero terreno de los principios (“DIÉZ Ripollés, José Luis “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Jueces para la democracia*, (49), :25-42, marzo/2004, p. 41). En este sentido, en mi opinión, debería atenderse al peligro de adaptar el discurso penal a lo

delincuencia de cuello blanco.⁵⁵

Debido justamente al entendimiento del Derecho Penal actual como un Derecho de garantías, cuya aplicación aparece basada en una serie de principios irrenunciables, tales como la **legalidad** (reserva de ley, irretroactividad, taxatividad, *ne bis in idem*), la **proporcionalidad** (idoneidad, necesidad: exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima –subsidiariedad, fragmentariedad–, proporcionalidad en sentido estricto), y la **culpabilidad** (personalidad de las penas, responsabilidad subjetiva, responsabilidad por el hecho, imputación personal), a la luz del marco constitucional propio del modelo de Estado social, democrático y de Derecho; se plantea la búsqueda de *alternativas válidas a la pena privativa de libertad*, en tanto el sistema penal siga siendo necesario. Como criterio general, la sustitución o no de las penas cortas debe ser objeto de reflexión judicial, y no de un mero automatismo legislativo, valorándose todo el contexto del autor en orden a su procedencia o no.⁵⁶ Como señalaba MAQUEDA ABREU, «la previsión y aplicación de sustitutivos a la prisión puede considerarse ahora, quizás, un imperativo constitucional»,⁵⁷ toda vez que partimos de la consideración de que el artículo 25.2 de la Constitución española constituye un principio de humanización que vendría a prohibir la imposición de sanciones inútiles.⁵⁸ Sin embargo, es preciso recordar, por una parte, que toda política criminal que busque limitar la intervención penal (ya sea de descriminalización, despenalización, desescalación o simple limitación de la severidad de las penas de prisión⁵⁹), debe ir acompañada de una política social de transformación de las estructuras socioeconómicas tendente a la eliminación de la marginalidad y la desigualdad, porque este sigue siendo el verdadero problema de fondo, y

26 *Ibidem*

27 Con más detalle me ocupo del tema en: DEMETRIO Crespo, Eduardo, “*El pensamiento abolicionista*.” En: Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, 1995, pp. 35 y ss, 41 y ss; y en “De nuevo sobre el pensamiento abolicionista”, en: El Derecho Penal entre abolicionismo y tolerancia cero. Homenaje a Louk Hulsman. Cahiers de Défense Sociale, 2003, pp. 107-129.

²⁸ Señala LARRAURI que bajo la formulación *abolición de las cárceles* pueden encontrarse diversas posiciones: la abolición de las cárceles en la forma en que estas existen actualmente, y la sustitución de las cárceles por otras alternativas punitivas. Sin embargo, ninguna de las dos opciones es defendida, en principio, por los abolicionistas. La primera es desdeñada como objetivo estratégico, bien que consideraciones éticas, o tácticas políticas, conduzcan a que finalmente se defiendan no

por otra, tampoco cabe eludir el escepticismo que manifiesta la doctrina acerca de la potencialidad de las alternativas para disminuir el uso de la cárcel.⁶⁰

En segundo término vemos que la Victimología, como disciplina que se ocupa del estudio de la víctima del delito, ha irrumpido con ímpetu en los últimos tiempos en el escenario de las ciencias penales, suponiendo un importante cambio en el objeto y la orientación de la Criminología. Propio de esta tendencia científica es el estudio de las formas de adquirir la condición de víctima y la llamada “predisposición victimal”. El delito, de esta forma, se define como un drama humano con dos protagonistas, cada uno de los cuales contribuye en cierto modo a su desencadenamiento. Pues bien, el impulso de la Victimología ha tenido consecuencias en el ámbito de la política criminal y en el de la dogmática penal. Desde el punto de vista dogmático, la llamada “Victimodogmática” ha ido construyendo un razonamiento conforme al cual se somete a examen cómo la contribución de la víctima al hecho delictivo afecta al comportamiento del autor a través del principio de autorresponsabilidad de la víctima⁶¹. De esta forma se afirma un deber de autodefensa en relación con ciertos ataques a determinados bienes jurídicos, cuya infracción haría decaer el merecimiento de tutela por parte de la víctima. Desde el punto de vista político-criminal, por lo que aquí interesa, se ha producido un verdadero cambio de paradigma, irrumpiendo en la discusión los problemas relativos a la reparación a la víctima, así como la previsión de mecanismos de compensación entre autor y víctima.

29 DE FOLTER, “*Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault*”, en: AAVV, *Abolicionismo Penal* (trad. del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondaza), Buenos Aires, 1989, p. 58.

30 Podemos denominarlo igualmente *abolicionismo penal radical*, frente a otras posiciones diversas y limítrofes como el *abolicionismo institucional* (que circunscribe su núcleo de acción y crítica a la cárcel y otras instituciones penales segregatorias), o el denominado *reduccionismo penal* (que aboga por una drástica reducción de la esfera jurídico-penal) (Cfr.: PAVARINI, Máximo, “*El Sistema de Derecho Penal entre Abolicionismo y Reduccionismo*”, en: Poder y Control, 1987,

No cabe duda de que lo que podríamos llamar la “introducción de la víctima en el conflicto penal” constituye una de las discusiones político-criminales de mayor actualidad e importancia,⁶² tal vez como consecuencia del eco ejercido por el pensamiento abolicionista, que reivindica, entre otras cosas, devolver los conflictos a sus protagonistas y recuperar a la víctima como parte de ellos.⁶³ Ello se presenta, en cierto modo, como una «euforia» que recae sobre la víctima, y que viene a reemplazar a la euforia de los años 60 fijada en la resocialización del autor.⁶⁴ Ahora bien, los motivos que fundamentan este relanzamiento, en especial el del papel de la conciliación y la reparación en Derecho Penal, son complejos y de naturaleza diferente. Estas razones van, a juicio de HARTMANN, desde la recepción de determinados modelos programáticos de mediación norteamericanos, pasando por la investigación de determinados paradigmas históricos y etnológicos para la solución de conflictos, y el surgimiento de la Victimología como ciencia que se dedica al estudio de la víctima, hasta la crisis de la política-criminal (que surge ante el escepticismo de la virtualidad preventiva del Derecho Penal).⁶⁵

El *entendimiento tradicional del delito* se plantea como conflicto básicamente bilateral y vertical entre el Estado y el responsable penal. Este entendimiento tradicional del delito sobre el que se sustenta actualmente el que, siendo la concepción dogmática hoy dominante de signo teleológico (*Zweckrationalität*) y consecuencialista -porque sigue el paradigma de la orientación a las consecuencias (*Folgeorientierung*)-, ésta ha de perseguir la prevención de conductas que vulneren bienes jurídicos mediante la integración en sus categorías de postulados político-criminales que tengan su referente axiológico en el marco constitucional (y en último término, en el respeto a los Derechos Humanos), es decir, asumiendo también una racionalidad valorativa (*Wertrationalität*). La Política Criminal precisa, sin embargo, una sistematización de sus categorías de pensamiento, que aclare cómo se accede a sus principios, y cómo se orienta el sistema a los mismos (QUINTERO Olivares, Gonzalo, (Drt.), “Curso de Derecho penal. Parte General”, Barcelona, 1996, pp. 98-99; última edición, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, 3ª ed, 2002, pp. 219 y ss).

En relación con esta cuestión ha señalado Silva Sánchez que el modo de acceder a estos valores que, junto con las consecuencias empíricas, definen el telos del sistema, puede tener un carácter *principalista* –a través de la acogida del *alteuropäisches Prinzipiendenken* o conjunto de principios que nacen con el iusnaturalismo racionalista de la Ilustración, lo que no excluye una cofundamentación instrumental del Derecho Penal- o un carácter *funcionalista* –en cuyo caso los valores acogidos surgirían como producto de la propia lógica de autoconservación del sistema- (SILVA Sánchez, Jesús María, “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en: SILVA Sánchez, Jesús María, (Ed), Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997 pp. 20-21).

35 SILVA Sánchez, Jesús María, “Aproximación...”, *Op.cit.*, p. 17.

⁶² SCHUMANN, Karl Friedrich, “Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems”, en: *Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften*, Festschrift für Lieselotte Pongratz, München, 1986, p. 372.

sistema penal contiene algunos elementos que conviene no pasar por alto.⁶⁶ **a)** la “*gravedad del hecho*” como límite a una orientación preventiva del Derecho Penal, y algo distinto del concepto de “perjuicio”, en el que caben todos los efectos producidos sobre la víctima, y pertenece al ámbito de la responsabilidad civil; **b)** *carácter público del conflicto penal*, en el que el peso fundamental de la decisión sobre el castigo recae en el propio Estado, que ejerce la potestad punitiva mediante un proceso imperativo, que, salvo excepciones, es indisponible para la víctima.⁶⁷ Pues bien, la reparación a la víctima presupone un replanteamiento de los términos del conflicto, ya que éste se configura, desde este punto de vista, básicamente entre el autor y la víctima, tomando esta última parte activa en la resolución del mismo. De esta forma se conecta con las tesis criminológicas que reivindican la “devolución” del conflicto a sus protagonistas, de acuerdo con una perspectiva horizontal del delito, en el entendimiento además de que la víctima en la actualidad no

38 DE FOLTER, Rolf, “*Sobre la fundamentación metodológica*”, en: AA.VV, *Abolicionismo Penal*, *Op. cit.*, p. 59.
39 SCHEERER, Sebastián, “*Hacia el Abolicionismo*”, *Op. cit.*, pp. 24-25.

⁴⁰ Según SILVA “la más fuerte apoyatura de la propuesta abolicionista se halla en la actualidad en el planteamiento de la criminología radical que descalifica el sistema penal: el abolicionismo ha hecho de este su principal base teórica” (SILVA Sánchez, Jesús María, “*Aproximación...*”, *Op. cit.*, p.20). Sin embargo, Larrauri, desde otra perspectiva, considera a la crisis de la nueva criminología como un factor que explica, junto con la crisis de la legitimación de la cárcel, el creciente interés en una perspectiva abolicionista (LARRAURI Pijoán, Elena, “*Abolicionismo del Derecho Penal...*”, *Op. cit.*, p.97. Cfr. más ampliamente, de la misma autora, “*La herencia de la criminología crítica*”, Madrid, 1991, pp. 192-243). Por su parte, señala que el abolicionismo es visto como el desarrollo lógico de la criminología crítica, que tiene en común con la teoría crítica y el marxismo, que persigue la liberación (emancipación) de los hombres de las relaciones de opresión (SMAUS, Gerlinda, “*Bemerkungen zum Stand der kritischen Kriminologie*”, en: *Kriminologische Forschung in der 80 Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland*. Band II, Freiburg, 1988, p. 553).

A juicio de DELMÁS-MARTY, una de las ideas motrices del movimiento anarquista, la de la autogestión por el propio grupo social, la de una «respuesta societaria», basada en la mediación y no en la represión, inspira a los movimientos abolicionistas contemporáneos. De acuerdo con la concepción de DELMÁS-MARTY podemos entender por política-criminal «el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal». Por vía negativa la define señalando que no se confunde ni con la criminología tradicional; ni con las doctrinas contemporáneas de la criminología crítica, la nueva criminología o la criminología radical (teorías críticas del control social); ni con el interaccionismo y la sociología de la reacción social. Para la autora la política-criminal, como toda política, supone una forma de organización de la vida social, así como una determinada estrategia o acción. Delimitar su ámbito es identificar las corrientes ideológicas que la influyen. Son tres las corrientes ideológicas que subyacen tras las grandes opciones de política-criminal: la *corriente liberal*, la *corriente igualitaria*, y la *corriente autoritaria*. La corriente igualitaria, a partir de la crítica al liberalismo, se divide en dos ramas totalmente

sólo soporta los efectos del crimen, sino que además soporta la insensibilidad del sistema legal y la indiferencia de los poderes públicos, que da lugar a lo que se ha llamado “victimización secundaria”.

Cómo situar la reparación en el Derecho Penal material y en el sistema de los fines de la pena a la vista del proceso histórico que ha realizado una estricta separación entre el Derecho Penal y el Derecho Civil, ha constituido un tema de primer orden en la discusión.^{68/69} Por otro lado, la cuestión de las *vías procesales para mejorar la posición de la víctima* ha sido uno de los puntos de mayor productividad desde el punto de vista victimológico, dado que fundamentalmente desde esta perspectiva se desarrolla el concepto de victimización secundaria, toda vez que justamente en este nivel de definición se determinan las circunstancias que caracterizan los elementos de desamparo e inseguridad propios del concepto de víctima.⁷⁰

IV. El neoproporcionalismo

La teoría de la proporcionalidad con el hecho se ha convertido en la doctrina dominante de la individualización judicial de la pena en algunos países («*Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung*»),⁷¹ y me parece oportuno traerla ahora a colación por aparecer vinculada a una nueva corriente político-criminal –que aspira por esta vía a dotar de legitimidad al sistema penal– que se ha dado en llamar «Neoclasi-cismo»,⁷² pese a que sus partidarios nieguen la validez de este concepto,⁷³ ya que no existe unanimidad en lo que con él se quiere significar.⁷⁴ Sus partidarios proponen ceñirse para la medición de la pena a la *gravedad del hecho de acuerdo con la nocividad del comportamiento y la culpabilidad del autor*, con el objetivo último de realizar objetivos de igualdad⁷⁵ y de justicia en la individualización judicial de la pena antes que objetivos preventivos.^{76/77} La proporcionalidad sería tanto una exigencia entre el hecho y la sanción, así como entre las consecuencias jurídicas de los diferentes tipos de delitos. A juicio de sus representantes el neoclasicismo

⁴¹ MATHIESEN, Thomas, “*The Politics of Abolition. Essays in Political Theory*”, Oslo, 1974, *passim*.

42 HULSMAN, Louk, “*Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*”, Barcelona, 1984, *passim*.

43 CHRISTIE, Nils, “*Los límites del dolor*”, México, 1984, *passim*.

44 STEINERT, Heinz, “*Más allá del delito y de la pena*”, en: Vv.Aa, “*Abolicionismo Penal...*”, *Op.cit.*, pp. 49 y ss.

pretende, por encima de todo, la traslación del centro de gravedad de la política penal de la evaluación del riesgo de reincidencia (valoración proyectada al futuro sobre las posibilidades de que el autor cometa de nuevo el hecho), a la evaluación de la gravedad del hecho cometido (valoración proyectada al pasado sobre la particular reprochabilidad del comportamiento).⁷⁸

En último término, esta teoría se enfrenta con el problema de si la proporcionalidad determina una cantidad fija de pena, u ofrece los límites de la pena a imponer. Tanto la decisión acerca del carácter meramente limitador del principio de proporcionalidad, como el dejar la decisión última al campo de la intuición resultan insatisfactorios para esta teoría, y proponen resolver el problema en la distinción entre *proporcionalidad absoluta* y *proporcionalidad relativa* (equivalentes en el lenguaje matemático a *proporcionalidad cardinal* y *proporcionalidad ordinal*). La proporcionalidad relativa se refiere a la pregunta por la equivalencia entre las penas correspondientes a los diferentes delitos, de modo que aquellas personas que hubieran cometido delitos equiparables deberían recibir penas equiparables (salvo concurrencia de especiales circunstancias atenuantes o agravantes, que modifican la nocividad o la reprochabilidad del comportamiento), y personas que hubieran cometido delitos no equiparables, deberían recibir penas graduadas conforme a su gravedad. Por el contrario la proporcionalidad absoluta se referiría a la dimensión y al punto inicial de una determinada escala penal. Es decir, una vez que se hubiera determinado la pena de otros delitos, podría determinarse proporcionalmente la del resto, pero el problema radica en hallar el punto inicial conforme al cual se fija la pena del delito de referencia. Para este último no existe una única pena merecida, motivo por el cual la proporcionalidad absoluta, al contrario que la proporcionalidad relativa, sólo fija fronteras.⁷⁹

47 CID Moliné, José y LARRAURI Pijoán Elena, “*Introducción*”, en: Vv.Aa, *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, 1997, p. 12; también, más recientemente, CID Moliné, José y LARRAURI Pijoán, Elena, (Coord.), “*Los jueces penales y las penas en España*”, Valencia, 2002, *passim*.

48 FERNÁNDEZ Albor, Agustín, “*Aspectos criminológicos de las penas privativas de libertad*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1981, pp. 227 y ss.

⁷⁹ No son pocas las voces que se han alzado en pro de la abolición del sistema carcelario. Resultan ilustrativas, sin duda, las palabras de PAVARINI, en el Prólogo a la obra de RIVERA Beiras, Iñaki, “*La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*”, 2ª ed, Barcelona, 1996, p. 15:

«Una de las formas más hipócritas de esconder a los estudiantes la verdad del sistema penal, es aquella

Para estos autores, aunque la prevención general puede fundamentar la institución del Derecho Penal en cuanto tal, o ser la razón por la que en definitiva se introducen nuevos tipos penales, su exigencia de proporcionalidad en la individualización judicial de la pena no se deriva de consideraciones preventivo-generales (ni preventivas en modo alguno, generales o especiales, que rechazan en su totalidad), sino de consideraciones de justicia, que, a mi modo de ver, no son otra cosa que criterios retributivos.⁸⁰ Las consideraciones preventivo-generales podrían eventualmente entrar en consideración, si se considerara posible reducir proporcionalmente todas las penas de la escala, sin que ello hiciera temer un aumento considerable de la tasa de criminalidad (es decir, un papel en el marco de la determinación legal de la pena).⁸¹ Estando de acuerdo en esto último, en mi opinión, como ya expuse en un trabajo anterior,⁸² el razonamiento según el cual la prevención general fundamenta el Derecho Penal, mientras que en la individualización judicial de la pena se opera con criterios de “compensación de la culpabilidad” es incorrecto. Si la retribución no se introduce como criterio de fundamentación del Derecho Penal es ilógico usarlo en una fase posterior de la intervención penal como criterio determinante de la pena a imponer en el caso concreto, y por consiguiente, como criterio legitimador de una determinada cantidad de pena. Esta teoría me parece rechazable, tanto por motivos político-criminales (ya que entiendo que excluir fines preventivos en la individualización judicial de la pena constituye un retroceso lamentable respecto al avance en la racionalización del proceso de conciliación de antinomias en el sistema penal que había logrado la teoría del espacio de juego), como dogmáticos (ya que considero que plantea de modo ilógico la relación entre la fundamentación del Derecho Penal y la individualización judicial de la pena, entre legitimación externa y

51 BAUMANN, Jürgen, “¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?”, en: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*. Libro Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, pp. 1 y ss.

52 BRICOLA, Franco “Le misure alternative alla pena nel quadro di una “nuova” politica criminale”, *Rivista italiana di Diritto e procedura Penale*, :13-76, 1977; MANTOVANI, “Pene e misure alternative”, *Rivista italiana di Diritto e procedura Penale*, :77-114, 1977.

legitimación interna del Derecho Penal.⁸³).

V. El garantismo

El garantismo representa posiblemente el paradigma de referencia a cuya luz deben ser contrastadas todas las “propuestas reduccionistas”, porque no aborda la cuestión de la legitimación del Derecho Penal desde una perspectiva parcial, sino desde una visión global sobre los fundamentos de dicha legitimación. Ahora bien, me ha parecido conveniente separar en este análisis las propuestas del neoproporcionalismo de las del garantismo, al entender que aquellas vienen referidas de modo particularmente intenso a un momento de la legitimación interna del Derecho Penal (*pregunta acerca de cómo castigar*), mientras que estas últimas inciden tanto en la legitimación externa como interna (*pregunta del sí y por qué castigar*), así como en la relación que cabe establecer entre ambas.

El autor que ha contribuido de manera más decisiva a configurar este punto de vista ha sido FERRAJOLI, a través de la idea del llamado *Derecho Penal mínimo*,⁸⁴ y que ha desarrollado en su obra *Derecho y Razón*.⁸⁵ Como dice PRIETO SANCHÍS, el garantismo representa la más consecuente realización del programa ilustrado, y la obra de FERRAJOLI es el más completo y riguroso estudio sobre el mismo.⁸⁶ Lo peculiar de la tesis del Derecho Penal mínimo es precisar que ese “mínimo necesario” de Derecho Penal es aquel que se precisa para evitar la violencia social informal, como posibles reacciones punitivas espontáneas de los ciudadanos agredidos. No en vano, FERRAJOLI critica duramente las doctrinas abolicionistas por entender que los modelos de sociedad que persiguen son los escasamente atractivos de una sociedad salvaje carente de cualquier orden y abandonada a la ley natural del más fuerte o, alternativamente, de una sociedad disciplinaria, pacificada y totalizante, en la que los conflictos son controlados y resueltos mediante mecanismos ético-pedagógicos de interiorización del orden, o de tratamiento médico, o de panoptismo social

55 COBO Del Rosal, Manuel y VIVES Antón, Tomás Salvador, “*Derecho Penal. Parte General. Parte General*”, 4ª ed, Valencia, 1996, p. 756, nota nº 23.

56 DEMETRIO Crespo Eduardo, “*Prevención general...*”, *Op.cit.*, pp. 312 y ss.

57 MAQUEDA Abreu María Luisa, “*Suspensión condicional*

e incluso policial.⁸⁷ Con todo, no obstante, el autor confiere a estas últimas teorías dos méritos nada desdeñables: haber favorecido la autonomía de la Criminología Crítica, contrarrestando al mismo tiempo el latente legitimismo moral de las doctrinas penales dominantes, y haber arrojado sobre los “justificacionistas” la “carga de la justificación” de ese producto humano y artificial que es el Derecho Penal y que debe ofrecer réplicas convincentes al desafío abolicionista, “mostrando no sólo que la suma total de los costes que requiere es inferior a la de las ventajas que proporciona, sino también que los mismo puede decirse de cada una de sus penas, de sus concretas prohibiciones y de sus técnicas efectivas de indagación.”⁸⁸

Sin duda el pensamiento de FERRAJOLI se inscribe en el pensamiento utilitarista proveniente de la Ilustración,⁸⁹ pero tiene el mérito de plantear la necesidad de la vigencia de todas y cada una de las garantías del Derecho Penal liberal a la luz de las exigencias del Estado de Derecho. En la concepción del Sistema Garantista están presentes al menos diez condiciones, límites o prohibiciones como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: “según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición o punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.”⁹⁰ Este modelo de Derecho Penal puede ser identificado, señala FERRAJOLI, opinión que suscribo al cien por cien, con el *modelo de Derecho Penal del Estado de Derecho*. Por tal entiende el autor “un tipo de ordenamiento en el que el poder público, y específicamente el penal, está rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y en el plano procesal (o de las

60 Los autores plantean que, como reacción al tratamiento tradicional de las alternativas («posición individualizadora»), ha surgido un «modelo proporcionalista», en el que la pena de prisión queda directamente reservada para los comportamientos más graves, mientras que para el resto de conductas el uso de las alternativas queda supeditado a una graduación en relación a la «gravidad de la ofensa realizada» (*Ibíd*, pp. 20 y ss, esp. p. 24). Sobre mi valoración acerca de este modelo *Vid. infra*. Punto IV.

⁶¹ Cfr: CANCIO Meliá, Manuel, “Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas”, Barcelona,

formas procesalmente vinculantes).⁹¹ Como explica el autor, “la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la complementa.”⁹²

VI. La expansión del Derecho Penal

Generalmente la experiencia demuestra la existencia de cierta *divergencia entre los planteamientos teóricos y la realidad empírica* sobre el grado de plasmación de los mismos en los hechos. Pero, en el momento actual, la divergencia entre los planteamientos que brevemente acabamos de examinar a propósito del Derecho Penal mínimo, así como de las diferentes propuestas abolicionistas y reduccionistas del sistema penal, y la realidad, es tan contundente que ha permitido hablar incluso de *la insostenible situación del Derecho Penal*.^{93/94}

Tanto es así que se afirma que la expresión “Derecho Penal mínimo” lleva camino de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto.⁹⁵ Frente a este modelo axiológico se erige en la actualidad un fenómeno de “expansión” del ámbito de lo punible en clara contradicción con la pretensión de reducir

62 Cfr, a título ejemplificativo, de entre las numerosas publicaciones aparecidas en los últimos años, en la literatura en español, BERISTAIN Ipiña, Antonio, “*Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología. Nueve palabras clave*”, Valencia, 2000, *passim*; BUSTOS Ramírez, Juan José y LARRAURI Pijoán, Elena, “*Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*”, Barcelona, 1993, *passim*; FLETCHER, George y MUÑOZ Conde, Francisco José, “*Las víctimas ante el jurado*”, Valencia, 1997, *passim*; GARCIA-PABLOS De Molina, Antonio, “*Tratado de Criminología*”, 3ª ed, Valencia, 1999, *passim*; HASSEMER, Winfried y MUÑOZ Conde, Francisco José, “*Introducción a la Criminología*”, Valencia, 2001, *passim*; LANDROVE Díaz, Gerardo, “*La moderna Victimología*”, Valencia, 1998, *passim*; PÉREZ Sanzberro, Guadalupe, “*Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*”, Granada, 1999, *passim*; TAMARIT Sumalla, Joseph María, “*La víctima en el Derecho Penal*”, Pamplona, 1998, *passim*; VV.AA, “*De los delitos y de las víctimas*”, Buenos Aires, 1992; en la literatura alemana, por todos, HASSEMER, Winfried, “*Schützbedürftigkeit*

el Derecho Penal a un núcleo duro correspondiente es esencia al llamado “Derecho Penal clásico”⁹⁶ (“*Kernstrafrecht*”), como propugna significativamente la llamada “Escuela de Frankfurt”.⁹⁷ Esta expansión es consecuencia del nacimiento de un “nuevo” Derecho Penal, llamado por algunos “Derecho Penal accesorio”, dirigido a proteger nuevos bienes jurídicos característicos de la sociedad postindustrial. Frente a los postulados axiológicos del modelo del Derecho Penal mínimo parecen imponerse, pues, las *exigencias de intervención penal procedentes de una sociedad caracterizada modernamente como una “sociedad de riesgos”*.⁹⁸ Esta sociedad, desde la perspectiva del Derecho Penal del riesgo, se caracteriza por varias peculiaridades entre las que destacan el extraordinario incremento de las interconexiones causales, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal se reemplaza por una forma de comportamientos anónima y estandarizada.⁹⁹

El debate sobre la idoneidad del Derecho Penal para proteger bienes jurídicos de carácter colectivo se ha llevado a sus últimas consecuencias en el marco de la discusión político-criminal y dogmática acerca de la expansión del Derecho Penal en la “sociedad de riesgo” como consecuencia de la transformación de las estructuras socio-económicas en la sociedad postindustrial, que ha conducido a una importantísima *inflación punitiva*. C. PRITTWITZ ha denunciado esta situación señalando que asistimos desde hace tiempo a una irritante discordancia entre lo programático de un Derecho Penal sometido a límites y el día a día de una creciente criminalización, cosa intolerable en un

66 Sobre ello Cfr.: GARCÍA Arán, Mercedes, “*Alternativas al Derecho Penal*”, en: ARROYO Zapatero, Luis Alberto, NEUMANN, Ulfried y NIETO Martín, Adán (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, 2003, pp. 191-200, *passim*; también, PÉREZ Cepeda, “*Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación*”, en: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Cuenca, 2001, pp. 443 y ss.

⁶⁷Vid, llamando la atención en este punto, en sentido crítico, sobre la paradójica confluencia de “más derecho penal, y a la vez, más desprestigio del derecho y la justicia penales”, con la consiguiente privatización creciente en la solución de determinados conflictos penales: QUINTERO Olivares, Gonzalo, “*Adónde va el Derecho Penal*”, *Op.cit.*, pp. 17 y ss, p. 23; el mismo, «*Sulla cosiddetta privatizzazione del diritto penale*», en: *Critica del Diritto*, (4) 2002.

momento en el que se reconoce ampliamente la “incapacidad” del Derecho Penal para la solución de problemas.¹⁰⁰ Saber si el Derecho Penal se halla por ello ante una situación “insostenible”, o simplemente, ante una “nueva” situación que obliga a determinados replanteamientos, está en la base de las discrepancias entre dos metodologías diferentes de examinar el Derecho Penal, que tienen que ver, a su vez, con puntos de partida epistemológicos distintos: el primero, de carácter personalista, el segundo, de carácter funcionalista.¹⁰¹ Naturalmente que tras estas metodologías y puntos de partida epistemológicos subyacen determinadas “imágenes del hombre” y de la sociedad en que éste se desenvuelve, determinadas “ideologías” que juegan un papel decisivo. Me refiero al individualismo de la ya mencionada “Escuela de Frankfurt”, y al “normativismo” de JAKOBS respectivamente, modelos de los que SCHÜNEMANN

und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (96):775 y ss, 1984);

b) *La incorporación de la reparación en el Derecho Penal como sanción penal* (SASSAR, “Schadewiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik”, en: *Festschrift für Heinz Leferenz*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1983, pp. 153 y ss), que constituye, a juicio de ROXIN, una utopía romántica, ya que supone invertir el movimiento de la rueda de la historia, en cuanto a la separación entre el Derecho Penal y el Derecho Civil. ROXIN, Claus, “*La reparación en el sistema de los fines de la pena*”, en: “*De los delitos...*”, *Op.cit.*, pp. 143-4), amén de no conceder relevancia alguna a la diferencia esencial existente entre el resarcimiento del daño y la pena (HIRSCH, Hans Joachim, “*La reparación...*”, *Op.cit.*, p. 60);

c) *Establecer la reparación como un nuevo fin de la pena* alcanzable por prestaciones compensatorias del Derecho civil (Sobre el tema, FRÜHAUF, “*Wiedergutmachung zwischen Täter und Opfer. Eine neue Alternative in der strafrechtlichen Sanktionpraxis*”, Gelsenkirchen, 1988, pp. 135 y ss; RÖSSNER, Dieter y WULF, Rüdiger, “*Opferbezogene Strafrechtsplege. Leitgedanken und Handlungsvorschläge für Praxis und Gesetzgebung*”, Bonn, 1984, pp. 82 y ss), que, en opinión de ROXIN, no está correctamente formulada, ya que si la reparación tiene eficacia preventiva, como predicen sus defensores, entonces no es que constituya un nuevo fin de la pena, sino que deberá ser «una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla» (ROXIN, Claus, “*La reparación en el sistema...*”, *Op.cit.*, p. 154);

d) *Convertir la reparación en una sanción autónoma*, en la que se mezclan elementos jurídico-civiles y penales, posición mantenida, entre otros, por Frehsee (FREHSEE, Detlev, “*Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*”, Berlín, 1987, *passim*), y Roxin (ROXIN, Claus, “*La reparación en el sistema...*”, *Op.cit.*, pp. 154 y ss), y cuestionada por Hirsch al entender que conduce, según su opinión, a la “cárcel por deudas” (debido a que en último término quien no cumpliera con la indemnización a que fue condenado, tendría que ser sometido a prisión) (HIRSH, Hans Joachim, “*La reparación...*”, *Op.cit.*, p. 66);

e) *Otorgar a la reparación un papel dependiente dentro del Derecho Penal con su carácter civil alterado*, posición sostenida por HIRSCH, y que, en la práctica, supone ceñirse a la relevancia que esta institución ya tiene en el momento actual en el Derecho Penal Alemána, sobre todo en el marco de la individualización judicial de la pena, y de la remisión condicional de la pena (HIRSH, Hans Joachim, “*La reparación ...*”, *Op.cit.*, pp. 67 y ss).

⁷⁰ Sobre el tema, Cfr: BUSTOS Ramirez, Juan José y LARRAURI Pijoán, Elena, “*Victimología...*”, *Op.cit.*, pp. 102 y ss; PETERS, “*Alternativas en el campo judicial*”, *Estudios de Derecho Judicial*, (20):147 y ss, 2000.

ha afirmado –y posiblemente no le falte razón- que constituyen dos callejones sin salida: el primero porque, en su opinión, está abocado a expresar en demasía un único principio, convirtiéndolo en un obstáculo más que en un elemento positivo, y el segundo, porque necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia.¹⁰²

Junto con esto, la discusión se ha enriquecido con la aportación llevada a cabo recientemente por GRACIA MARTÍN, que propone construir un nuevo discurso basado en un «criticismo dogmático-filosófico», cuya pretensión última sería interpretar los conceptos y principios jurídico-penales en el contexto del materialismo de la Historia.¹⁰³ Su afirmación de que “la totalidad de los principios, criterios político-criminales, e instrumentos dogmáticos de la modernización, son conformes con las exigencias del Estado de Derecho”, de modo que “esta conformidad se realiza en un grado tan absoluto que la misma no admite ni excepciones ni una mínima relativización”,¹⁰⁴ deberá ser objeto, sin embargo, de una profunda discusión. En mi opinión, y en una primera aproximación, dicha afirmación resulta cuando menos “demasiado contundente”, sobre todo si no perdemos de vista que el Derecho Penal moderno comprende construcciones a las que ya aludo en el título de este

71 VON HIRSCH, Andrew y JAREBORG, Nils, “*Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*”, Bonn, 1991; VON HIRSCH, Andrew “*Censurar y castigar!*”, trad. LAURRARI Pijoán, Elena Madrid, 1998, *passim*.

72 VON HIRSCH y JAREBORG, Elena “*Neoklassizismus in der skandinavischen Kriminalpolitik: Sein Einfluß Seine Grundprinzipien und Kriterien*”, en: ESER, Albin y CORNILS, Karin, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*, Freiburg, 1987, pp. 35-64.

73 VON HIRSCH, Andrew y JAREBORG, Nils, “*Strafmaß...*” *Op.cit.*, p. 4, nota 16.

74 WEIGEND, Thomas, “*»Neoklassizismus« -ein Transatlantisches Missverständnis-*” *ZStW*, (94):801-814, 1982,; TROTHA, “*Wiederkehr der alten Strafpolitik? Zur Kritik der neoklassizistischen Kriminalpoliti*”, en: *Distanz und Nähe*, Tübingen, 1987, pp. 83 y ss; CHRISTIE, Nils, “*Die versteckte*

trabajo, como es el por JAKOBS denominado y descrito como “Derecho Penal del enemigo”, que puede identificarse sin demasiadas dificultades como una corriente regresiva, que carece de legitimidad constitucional.

El fenómeno de la expansión/modernización puede caracterizarse, en mi opinión, por tres grandes notas: la *administrativización* del Derecho Penal, la *regionalización/globalización* del Derecho Penal, y la progresiva *deconstrucción del paradigma liberal* del Derecho Penal. SILVA SÁNCHEZ ha estudiado el problema relacionándolo con las siguientes variables: creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía,¹⁰⁵ y asumiendo como vía de solución la existencia en el futuro de un “Derecho Penal de dos velocidades”. Por su parte, ARROYO ha vinculado la perspectiva del riesgo con los siguientes fenómenos del Derecho Penal: la creación legislativa de delitos de peligro, o incriminación de conductas creadoras de riesgo, sin esperar a la producción efectiva de lesiones o muerte; la aparición por obra de la ley y de la interpretación, de bienes jurídicos colectivos cuyo núcleo es la idea de seguridad: la seguridad en el tráfico, la seguridad en el trabajo, etc; la “modernización” de los presupuestos materiales y subjetivos de la responsabilidad (imputación objetiva) y, vinculado a ello, el desarrollo dogmático jurídico de la responsabilidad por delito imprudente, de acción y omisión.¹⁰⁶

Ciertamente la regulación de estos nuevos ámbitos precisa juicios de valor eminentemente normativos, y por ello se recurre a reglamentar los sectores de riesgos socialmente más significativos como la energía nuclear, el medio ambiente, las investigaciones biomédicas, la producción alimentaria, etc, lo que tiene como consecuencia la utilización frecuentísima en este ámbito de leyes penales en blanco. Este fenómeno, que puede globalmente denominarse “*administrativización*” del Derecho Penal, se caracteriza, pues, por la combinación de factores como la introducción de nuevos objetos de protección, la anticipación de las fronteras de la protección penal, y la transición, en definitiva, del modelo de *delito de lesión de bienes individuales*, al modelo de *delito de peligro de bienes supraindividuales*.¹⁰⁷ La cuestión clave radica

79 *Ibíd*, pp. 59-62.

⁸⁰ VON HIRSCH y JAREBORG se esfuerzan por ello en aclarar el malentendido que atribuye al neoclasicismo una sobrevaloración de la prevención general y una tendencia a la agravación de las penas. Consideran, como ya hemos advertido, que la prevención general es la finalidad que representa la razón fundamental por la que en el Derecho Penal moderno se procede a la

en el entendimiento del concepto de bien jurídico, como MOCCIA en un trabajo de título esclarecedor ha puesto de relieve.¹⁰⁸ Este autor entiende que el bien jurídico sufre actualmente una crisis que cuestiona su función más significativa: la de delimitar la intervención penal, y ello como consecuencia de entender legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión al bien jurídico, sin tener en cuenta el criterio del daño social de la conducta, en nombre de un exasperado pragmatismo de la eficiencia.¹⁰⁹ El Derecho Penal, al convertirse en gran medida en un Derecho de gestión punitiva de riesgos generales y no limitarse, como había venido haciendo, a la reacción frente a un hecho lesivo individualmente delimitado, corre el riesgo de “administrativizarse” y perder su configuración garantista.^{110/111}

El concepto de “riesgo permitido” juega un papel regulador básico en la dogmática penal de este “nuevo” Derecho Penal, como figura jurídica que permitiría reputar conforme a Derecho acciones que comportan un peligro de lesión para bienes jurídicos, siempre que el nivel de riesgo se mantenga dentro de unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y control necesarias para disminuir justamente el peligro de aparición de dichos resultados lesivos.¹¹² Como ha puesto de relieve PAREDES CASTAÑÓN, no es posible reducir el concepto “riesgo permitido” a un solo momento del proceso de valoración jurídico-penal de la conducta, sino que puede operar en todos: puede operar como “causa de exclusión general del desvalor objetivo de la conducta”, y como “tópico de la argumentación jurídico-penal en sede de antijuridicidad”, que serviría para modificar la forma de argumentar la valoración que merecen las conductas desde el punto de vista penal.¹¹³ Es decir, se trata de un criterio que expresa una ponderación de todos los intereses jurídico-penalmente relevantes,¹¹⁴ juicio de ponderación en el que, en opinión de SILVA, se precisaría una valoración previa, que debería incluir como premisa mayor la autocomprensión de la sociedad y el orden relativo

criminalización de comportamientos, pero señalan que el neoclasicismo no pretende en modo alguno una maximización de esta tendencia del sistema. Ahora bien, la medición de la pena ha de guiarse exclusivamente conforme a un criterio de proporcionalidad con la gravedad del hecho. La pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho para ser justa, y la pena proporcional es la pena justa porque el autor recibe la pena que ha «ganado» -o dicho de otra manera- que «merece», correspondiente al grado de «reprochabilidad» del

de valores (o preferencias) en que aquélla se plasme. Esta es la argumentación utilizada para poner de relieve que, justamente en el significativo cambio de la autocomprensión social producido en las últimas décadas, se halla la modificación del producto del juicio de ponderación de intereses antes referido en el sentido de disminución de los niveles de riesgo permitido, como consecuencia de una sobrevaloración esencial de la seguridad.¹¹⁵ Estas demandas de seguridad encuentran acogida por la vía de los delitos de peligro abstracto, pues la incriminación de conductas por la vía de los delitos imprudentes de resultado no resulta satisfactoria, al caracterizarse justamente por la confianza del agente en la no-producción del resultado.

La *globalización*, como fenómeno económico internacional, y la *integración supranacional*, como fenómeno jurídico-político, constituyen, a su vez, dos factores que inciden de modo decisivo en la discusión sobre el Derecho Penal de la sociedad post-industrial, en el mismo sentido que vengo describiendo, pues tras ellos subyace la reivindicación de una lucha más eficaz contra la criminalidad.^{116 / 117} El Derecho Penal que se ve afectado por el planteamiento de la globalización es básicamente el que afecta a la delincuencia económica y el de la delincuencia organizada en general,¹¹⁸ fenómenos ante los cuales caben, en opinión de SILVA, dos opciones: “o bien se acomete una sectorialización de las reglas de la Parte General del Derecho Penal, o bien se asume que, debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas por las que se han venido rigiendo.”^{119 / 120}

Las consecuencias de este estado de cosas no son nada alentadoras. Como han señalado MUÑOZ CONDE y HASSEMER, algunos hechos característicos de la “sociedad de riesgos” ha generado una alarma social que está provocando una tendencia a abordarlos con la sola ayuda del Derecho Penal, lo cual tiene unos costes que inciden en las garantías tradicionales del Estado de Derecho.¹²¹ El fenómeno de la expansión se inserta claramente en un *marco general de restricción*, o en el mejor de los casos, “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho Penal, y ello debido a una pluralidad de circunstancias que conectan, como se ha dicho, con la naturaleza de los bienes jurídicos que

84 FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho Penal mínimo*”, en: Poder y Control, (0):25 y ss, 1986.

85 FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón. Teoría*

pretenden ser protegidos (bienes jurídicos supraindividuales), la técnica de tipificación utilizada (delitos de peligro abstracto), y la autoría en este ámbito (criminalidad empresarial, a través de aparatos organizados de poder, de carácter transnacional, etc).¹²²

Para ser honestos desde el punto de vista científico creo que al menos hay que tener la “valentía” de manifestarse en este punto, aunque ello no signifique optar radicalmente por uno u otro punto de vista. Personalmente creo que la modernización del Derecho Penal es necesaria, y por otra parte, imparable. Como bien han señalado SCHÜNEMANN¹²³ y GRACIA MARTÍN¹²⁴ recientemente, los problemas de nuestro tiempo son muy diferentes a los del siglo XVIII, se ha producido una modernización de la criminalidad que conlleva, sin duda, un cambio en los planteamientos jurídicos que deben abordarla. En este sentido es claro que el Derecho Penal debe poder alcanzar también la “criminalidad de los poderosos”, y dejar de ser uno sólo destinado a afectar a los marginados y menos favorecidos en la sociedad. Es claro, también, que el Derecho Penal moderno conlleva la tipificación de delitos de peligro y protege bienes jurídicos colectivos, y que no tiene sentido negar *ab initio* legitimidad a estos últimos, pues ello se basaría, como ha dicho ROXIN, sólo en un “infundado escepticismo” sobre la capacidad de rendimiento de una dogmática penal político-criminalmente fundamentada.¹²⁵ Pero, por otra parte, es imprescindible no pasar por alto que la modernización del Derecho Penal, si de verdad quiere representar una “evolución” del mismo, debe llevarse a cabo con **escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho**, y no a golpe de las exigencias de “seguridad” de una sociedad que no conoce criterios de “razonabilidad” acerca de la intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada. Como nos recordaba BARATTA, “los mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos fundamentales a favor de ciudadanos “respetables” y a costa de los excluidos (inmigrantes, parados, indigentes, toxicómanos, jóvenes marginados, etc.) condicionan una reducción de la seguridad jurídica que, a su vez, alimenta el sentimiento de inseguridad en la opinión pública. El resultado es una forma de estilización selectiva de

88 *Ibid*, p. 252.

89 FLETCHER, George, “*Utilitarismus und Prinzipien im Strafrecht*”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, _807-808, 1986.

90 FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón...*”, *Op.cit*,

las áreas de riesgo de violación de los derechos, donde la parte no está en el todo, sino en lugar del todo o, directamente, contra el todo, entendido el todo como los derechos fundamentales y todas las personas.”¹²⁶

En mi opinión, es importantísimo no perder de vista este horizonte, porque el riesgo que corremos es posiblemente retroceder muchísimo en el camino emprendido hace muchos años en defensa de una consideración garantista y humanista del Derecho Penal. Una muestra de lo que digo, de los riesgos que corremos, la veo en los movimientos actuales en “defensa de la víctima”, refrendados incluso con propuestas de algunos políticos, de la derecha y de la izquierda,¹²⁷ con indudable afán de protagonismo, que pretenden estigmatizar socialmente de un modo a poder ser definitivo a los autores de determinados delitos, que se consideran especialmente reprobables. Con ello, lamentablemente, no sólo se quiere dar la vuelta al paradigma del Derecho Penal como *Carta Magna* del delincuente, sino “revolver” los instintos de venganza de la sociedad, y “sacar partido”. Tampoco conviene olvidar, sin embargo, que la sociedad evoluciona y plantea nuevas exigencias al Derecho Penal y Procesal Penal decimonónicos, a los que el ordenamiento jurídico debe dar una respuesta adecuada. Cerrar las puertas a cualquier modificación de planteamientos ya arraigados puede conducir igualmente a resultados insatisfactorios. Un ejemplo de ello puede verse posiblemente en el modo en que el legislador español de 1995 ha abordado la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde por querer mantenerse inamovible en el postulado *societas delinquere non potest*, ha acabado adoptando una solución de escasa

93 Cfr: Vv.Aa, “*La insostenible situación del Derecho Penal*”, Granada, 2000, *passim*; también, por todos, ARROYO Zapatero, Luis Alberto, NEUMANN, Ulfried, y NIETO Martín, Adán (Coords.), “*Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*”, Cuenca, 2003, *passim*.

94 Sobre la problemática en la doctrina española, Vid: GRACIA Martín, “*Prolegómenos...*”, *Op.cit*, *passim*; MATA y MARTÍN, “*Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*”, Granada, 1997, *passim*; MENDOZA Buergo, “*El derecho penal en la sociedad de riesgo*”, Madrid, 2001, *passim*; SÁNCHEZ García de Paz, “*El moderno Derecho Pena y la anticipación de al tutela penal*”, Valladolid, 1999, *passim*; SILVA Sánchez,

fiabilidad garantista: se prevén unas medidas accesorias a la pena, cuya naturaleza jurídica es una incógnita, puesto que no son penas y tampoco medidas de seguridad, pero que permiten incluso la clausura definitiva de la empresa (Art. 129 CP).¹²⁸ Tal vez sea conveniente relajar la rigidez de determinados postulados dogmáticos, aunque ello no sea todo lo lógico que debería ser desde el estricto punto de vista del pensamiento sistemático, y construir un sistema garantista también para esas nuevas realidades que el Derecho Penal de facto aborda.

98 Cfr: BECK, Ulrico, *“Riskogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere moderne,”* Frankfurt am Main, 1986, *passim*; HERZOG, *“Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Studien zur Vorlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich,”* Heidelberg, 1991, *passim*; el mismo, *“Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo,”* trad. de Anarte Borralló, *RP*, (4):54 y ss, 1999; el mismo, *“Sociedad del riesgo, Derecho Penal del riesgo, regulación del riesgo -perspectivas más allá del Derecho Penal,”* trad. de Demetrio Crespo, en: ARROYO Zapatero, Luis Alberto, NEUMANN, Ulfried y NIETO Martín, Adán, (Coords.) *Crítica y justificación del Derecho Penal...*, *Op.cit.*, pp. 249 y ss; KINDHÄUSER, *“Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft,”* Universitas, 3/1992; MOCCIA, *“La perenne*

101 Sobre éste último círculo de problemas, Vid: PORTILLA Contreras, Guillermo *“Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho Penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales”*,

107 SILVA Sánchez, Jesús María, “*La expansión del Derecho Penal...*”, *Op.cit*, p. 98

108 MOCCIA, Sergio, “*De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*”, en: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997, pp. 113 y ss.

109 *Ibid*, pp. 114-115.

110 DONINI, “*Selettività e paradigmi della teoria del reato*”, *Revista italiana di diritto e Procedura Penale*, :393, 1998; CID Moliné, José, “*Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones*

113 PAREDES Castañón, José Manuel, “*El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*”, Madrid, 1995, pp. 518 y ss.

114 *Ibid*, p. 483.

115 SILVA Sánchez, Jesús María, “*La expansión del Derecho Penal...*”, *Op.cit*, p. 32.

¹¹⁶ Vid. al respecto las interesantes reflexiones de QUINTERO Olivares, Gonzálo, “*El Derecho Penal ante la globalización*”, en: ZÚÑIGA Rodríguez, Laura, MÉNDEZ Rodríguez, Cristina y DIEGO Díaz-Santos, María Rosario, “*El Derecho Penal ante la globalización*”, Madrid, 2002, pp. 11-25; también BERNARDI, “*El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo*”, trad. de C. Portaceli Sevillano, en *Revista de Derecho y Proceso Penal* (en prensa), con abundantes referencias bibliográficas; y PÉREZ Cepeda, Ana Isabel, “*La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional*” en: LH al Prof. Baratta, Alessandro, (en prensa).

de 26 de julio de 1995 establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Como resultado de esta política de cooperación intergubernamental se llegó a la redacción del *Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*: se trata de un estudio y propuesta legislativa hecha por un grupo de expertos a petición del Parlamento Europeo, que representa el primer intento de sintetizar principios penales comunes de la Unión Europea, con el objetivo de crear un espacio judicial común. Los últimos avances en el ámbito europeo pueden verse en la *resolución adoptada por el Parlamento Europeo en septiembre de 2003*, instando la creación de un Código penal europeo que incorpore un catálogo de garantías procesales comunes, así como la *Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros* (Vid, entre otras referencias: QUINTERO Olivares, Gonzalo, “La unificación de la Justicia Penal en Europa”, *Revista Penal*, (3):51 y ss, 1999; en sentido crítico, KÜHL, “Europäisierung der Strafrechtswissenschaft”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (109):777 y ss, 1997.; y más recientemente, por todos, TIEDMANN, Klaus, (Edt.), “*Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik. Rechtsvergleich. Rechtspolitik*”, Köln. Berlín. Bonn. München, 2002, *passim*; TIEDMANN, Klaus, (Drt.), NIETO Martín, Adán, (Coord.), “*Eurodelitos. El Derecho Penal Económico en la Unión Europea*”, Cuenca, 2003, *passim*; SANZ Hermida, Agata María, “El futuro espacio europeo de Justicia Penal. Hacia el reconocimiento de un principio de territorialidad penal europea”, *Revista del Poder Judicial*, (71):175-191, 2003; HIRSCH, Hans Joachim, “*Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y del derecho procesal penal de la Unión Europea*”, trad. de D. Pastor, en: “*Libro Homenaje al Profesor Julio Maier*” (en prensa).

¹¹⁸ Cfr: BARBERO Santos, Marino, (Ed.), “*Criminalidad organizada (reunión de la Sección nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest)*”, Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, *passim*. Se ha constatado por la doctrina una ósmosis sustancial entre estos dos fenómenos según la cual la criminalidad organizada es sustancialmente económica, y la criminalidad económica es cada vez más “organizada”, bien que pueda tratarse de una consideración excesivamente general (Sobre ello, Cfr: FOFFANI, Luigi, “*Criminalidad organizada y criminalidad económica*”, trad. de Pifarré de Moner, *Revista Penal*, (7):55 y ss, 2001. Especialmente significativos son en este ámbito,

121 MUÑOZ Conde, Francisco y HASSEMER, Winfried, “*La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*”, Valencia, 1995, pp. 27 y ss.

122 Véase al respecto las palabras de SILVA: “La aspiración «naïve» de eficacia en la obtención de las ansiadas seguridad y satisfacción por parte de una colectividad que se autocomprende ante todo como víctima conduce a una animadversión frente a las formas y los procedimientos. Estos se interpretan como obstáculos, como problemas en sí mismos. Ello conduce a poner en cuestión los propios principios formales del Derecho Penal, que durante años han representado

125 ROXIN, Claus, “*Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad*”, en: La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal, Valencia, 2000, pp. 57-94, esp. p. 65.

¹²⁶ BARATTA, Alessandro, “*El concepto actual de seguridad en Europa*”, *Revista Catalana de Seguridad Pública*, (8):19, 2001.

¹²⁷ Directamente al “desprecio” del Derecho penal académico por los políticos, “convencidos de

el legislador refuerzan la imagen que los legisladores tienen del derecho penal: un buen campo de desarrollo de demagógicas y pretendidas respuestas de firmeza ante cualquier conflicto que en un determinado momento inquiete a la opinión pública (...). Suponer que lo que se decida en esas condiciones en relación con la cantidad de pena es fruto de una