

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *"La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales"* (Civitas, Madrid, 1999)

Esta nueva obra de Silva Sánchez contiene un acertado diagnóstico y una vigorosa toma de posición frente a uno de los problemas más acuciantes de las ciencias penales en la actualidad: qué hacer con las demandas crecientes de protección penal a que da origen la sociedad contemporánea. Es un hecho que asistimos a la aparición de nuevas formas de delincuencia: la criminalidad organizada –narcotráfico, terrorismo, pornografía–, la criminalidad de las empresas –delitos fiscales, medioambientales, en materia de consumo, salud e intereses económicos colectivos–, la corrupción político-administrativa y el abuso de poder, la violencia conyugal y el acoso sexual, etc. En este breve estudio de 127 páginas, el autor se hace cargo de estas nuevas formas de delincuencia, de una también nueva autocomprensión del grupo social, y de la posición de la política criminal en esta tesitura.

Aparte de la Introducción, la obra se compone de cuatro capítulos y un excurso. El primer capítulo se dedica al examen de las principales causas de la expansión del Derecho penal, para tratar luego la globalización e integración supranacional como multiplicador de tal fenómeno, en el capítulo siguiente. Después del excurso acerca de la teoría funcionalista y su relación con la expansión, aborda en el penúltimo capítulo una de las principales consecuencias del fenómeno: la administrativización del Derecho penal. Finalmente, el autor toma posición a favor de un Derecho penal "de dos velocidades", que dé cabida en su interior a una porción importante de los ilícitos que resultan del proceso expansivo.

El libro entero es una refutación frente a quienes pretenden una vuelta al *gutes, altes, liberales Strafrecht* ("el viejo y buen Derecho penal liberal", en expresión de Lüderssen), tanto porque el ideal que se pretende reconstruir nunca existió en realidad (las garantías tradi-

cionales fueron el contrapeso necesario de un derecho autoritario y extraordinariamente enérgico), como porque una *sectorialización* del Derecho penal aparece como la única forma de impedir que la "modernización" alcance también el ámbito de su núcleo más duro. En definitiva, el autor plantea la consecución de un equilibrio, en virtud del cual la flexibilización de los criterios de imputación y de las garantías político-criminales sólo vaya asociada a la imposición de penas no privativas de libertad.

Este planteamiento aparentemente inusitado se basa en la constatación de que resulta imposible poner atajo a las demandas sociales de mayor protección estatal en general y penal en particular. Los elementos de esta constatación aparecen desarrollados en forma certera y sugerente, profundamente enraizados en una nueva autocomprensión de la sociedad cuyos síntomas se advierten también en nuestro país. Se deja de lado, por tanto, una explicación exclusivamente basada en una especie perversidad estatal, por la que la autoridad recurriría al instrumento penal como el más sencillo y económico expediente para desplazar al plano simbólico (de las declaraciones) los problemas que debería resolver en el nivel instrumental (protección efectiva). Al contrario, en el texto se alude al menos a tres elementos determinantes para la mayor demanda de protección:

a) La complejidad creciente de la organización social, que conlleva no sólo la aparición de nuevos riesgos sino tal grado de interrelación entre los sujetos, que el bienestar de unos ha devenido en estrechamente dependiente del comportamiento adecuado de los otros. Esta complejidad creciente se expresa también en la aparición de formas de criminalidad organizada, en la revolución de las comunicaciones, en el rol que cumplen los medios masivos de comunicación y, por consiguiente, en la inmedia-

tez con que se percibe todo cuanto pueda afectar cualquier otro miembro del grupo social. En el plano dogmático, tal evolución se manifiesta en múltiples aspectos: la nueva configuración de la delincuencia no intencional, de forma tal que su calificación como dolosa-eventual o imprudente pasa a un segundo plano; la ubicación sistemática de las "fallas técnicas"; la exasperación de los delitos de comisión por omisión, etc. Estos elementos denotan en definitiva una aparición cada vez mayor del "otro" como riesgo y, sobre todo, de una delincuencia entendida también como abuso de poder.

b) La constitución de una sociedad de sujetos fundamentalmente pasivos, dependientes del Estado de bienestar. Tal sociedad evidencia una sobrevaloración de la seguridad frente a la libertad de acción, lo que lleva a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada. En una sociedad de clases pasivas, la "libertad de no-pasión" prima sobre la libertad de acción, e incluso las desgracias tienden a verse como "injustos" (*Unglück* por *Unrecht*). Por lo tanto, se eliminan espacios antes considerados de riesgo permitido, se incrementa la apreciación de infracciones a los deberes de cuidado y se multiplica la tipificación de delitos de peligro. La aparición y desarrollo de los llamados "sujetos del bienestar" (o clases pasivas) explica también una identificación de la mayoría social con las víctimas de la delincuencia: cada persona se considera a sí misma como una víctima potencial más que como un delincuente en potencia. Por esta razón, el Derecho penal ya no es simplemente una *Magna Charta* del delincuente, sino también, y quizá sobre todo, una *Magna Charta* de la víctima frente a la delincuencia de los poderosos. Tal cambio de perspectiva no deja de tener consecuencias respecto del principio de legalidad, en términos de difuminar los límites entre la interpretación extensiva y la prohibida *analogia in malam partem*.

c) Una combinación de dos factores constituye el tercer grupo de causas de la expansión: la proliferación de demandas de protección jurídica provenientes de nuevos y atípicos "gestores de la morali-

dad colectiva" (grupos feministas, ecologistas, pacifistas, etc.) que son acogidas por la izquierda política europea, y el descrédito en que han caído las instancias tradicionales de protección extrapenal. Con respecto al primero, el estudio pone de relieve cómo quienes antes concebían el sistema penal como estructura de dominación de los poderosos, hoy en día lo perciben como un instrumento funcional a la protección de sus intereses. Este hecho no deja de recordar la antigua doctrina política del "uso alternativo del Derecho". Silva Sánchez advierte, sin embargo, que sería muy difícil que una relajación de las garantías político-criminales del Estado de Derecho y de las reglas de imputación en perjuicio de los *powerful* no redunde también en las mismas consecuencias para los *powerless*, cuya delincuencia sigue siendo, por otra parte, mayoritaria. Por lo que se refiere al descrédito de las instancias extrapenales de protección —lo que justifica la apelación a reacciones estrictamente penales— el autor alude a la constatación de que la sociedad no funciona como instancia autónoma de moralización, a la evolución del Derecho civil desde un modelo de responsabilidad a un modelo de seguros, y a la burocratización y corrupción de las instancias administrativas.

Un capítulo aparte merece el efecto multiplicador de la globalización e integración supranacional sobre el fenómeno expansivo. El pronóstico del autor es claro en el sentido de que el Derecho penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se aprecia en las legislaciones nacionales. Una vez más, este pronóstico se fundamenta en una serie de constataciones que resulta muy difícil rebatir. Las demandas de la globalización son eminentemente prácticas, pues en general se trata de evitar hipotéticas lagunas —o "paraísos jurídico-penales"— en la lucha contra la delincuencia transnacional (criminalidad organizada, criminalidad internacional, criminalidad de los poderosos). A este hecho se suman la imposibilidad de prescindir por completo de la tradición anglosajona —cuya concepción de las ga-

rantías tradicionales difiere significativamente de la nuestra— y la natural resistencia psicológica de los países para prescindir de sus propios instrumentos de represión en aras de una normativa global, lo que sin duda (como, por lo demás, ya ha venido ocurriendo en la Unión Europea) dará lugar a una “suma” de conminaciones penales.

No pasa por alto el autor que la delincuencia de la globalización es fundamentalmente una delincuencia económica. Esto hace que la ciencia penal asista a un cambio importante en cuanto al modelo de delito que sirve de referencia a las elaboraciones de la dogmática. Tal situación debiera llevar —según Silva Sánchez— a una *sectorialización* de las reglas de la Parte General del Derecho penal, más que a una adaptación de las formas clásicas al nuevo modelo. Sin embargo, y en buena medida como consecuencia de la contraposición de tres tradiciones jurídicas (alemana, francesa y del *common law*), en el proceso de conformación de este nuevo Derecho penal ya es posible advertir consecuencias dogmáticas de importancia: una tendencia a la inversión de la carga de la prueba en materia de imputación objetiva (sobre todo en temas medioambientales), lo que se une a su creciente (y acertada) apreciación en términos de probabilidades; la comisión por omisión se amplía al ámbito de los delitos de empresa o de estructuras organizadas (como infracción del “deber de vigilancia”); la completa distinción a nivel de imputación subjetiva entre dolo eventual y culpa consciente puede diluirse en la figura anglosajona de la *recklessness*; las fórmulas de no-distinción entre autoría y participación (especialmente en materias de tráfico de estupefacientes o blanqueo de capitales); una tendencia a considerar las eximentes al modo anglosajón, es decir, como *defences*, lo que llevaría a estimar que deben ser no sólo alegadas sino también probadas por el imputado. Algo similar ocurre en relación con las garantías político-criminales. El *principio de legalidad* se ve afectado por un abandono del mandato de determinación de los tipos y, en materia procesal, por la aparición de criterios dispositivos. El *princi-*

*pio de culpabilidad*, por nuevas formas de comprender el error y apreciar su evitabilidad, por una clara acogida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (no obstante que sigue presentando muchos aspectos no resueltos en su aplicación), y por la dificultad de rechazar del todo figuras que suponen una presunción de culpabilidad (como la *strict liability* o las *infractions matérielles*, del derecho anglosajón y francés, respectivamente). Finalmente, el *principio de proporcionalidad* se verá amagado por la proliferación de delitos de peligro y la sanción penal de conductas imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos (como en el blanqueo de capitales).

Precisamente en relación con el principio de proporcionalidad, surge el problema de la llamada “administrativización” del Derecho penal, que Silva Sánchez aborda en el quinto capítulo de la obra. Una vertiente importante de la expansión se traduce en un cambio del modelo “delito de lesión de bienes individuales” por el modelo “delito de peligro de bienes supraindividuales”. Esta concepción defensiva se manifiesta especialmente en la protección penal del medio ambiente. En este ámbito —así como también en el tráfico rodado, en el tráfico de estupefacientes, en el de los ilícitos tributarios— se ha convertido al Derecho penal en un Derecho de gestión punitiva de riesgos generales. Por esta razón no sólo se han flexibilizado las categorías tradicionales de la dogmática y las garantías político-criminales, sino que se ha adoptado una forma de razonar propia del Derecho administrativo sancionador: se comienzan a castigar penalmente ilícitos que en sí mismos tienen baja intensidad, pero cuya multiplicación —desde una perspectiva sistémica— resultaría perturbadora para el éxito de determinados modelos sectoriales de gestión. Desde el prisma del *daño acumulativo* —propio del Derecho administrativo sancionador— adquieren sentido los llamados “delitos de acumulación” (*Kumulationsdelikte*), que sólo se explican en función de la respuesta a la siguiente cuestión: “es verdad que cada conducta por sí misma es incapaz de da-

ñar los bienes jurídicos protegidos, pero ¿qué ocurriría si todos hicieran lo mismo?”. En aras de este argumento, evidentemente ajeno a la racionalidad penal, se justifica la tipificación formal y material de una serie de ilícitos, en algunos casos completamente nuevos (v.gr., en el delito de contaminación de aguas) y en otros, nuevos sólo para el Derecho penal (como ocurre con ciertas defraudaciones tributarias y con algunas conductas imprudentes en el tráfico rodado o en los procesos productivos). En este sentido, Silva Sánchez llama también acertadamente la atención acerca de que la lógica de la acumulación no sólo se plantea respecto de los nuevos riesgos, sino también en ciertos delitos tradicionales. Lo que ocurre es que normalmente se oculta, como en algunos delitos fiscales, bajo el formalismo de determinadas “infracciones de deberes”. No es difícil señalar cuáles son las objeciones fundamentales a los delitos de acumulación. Aparte de que implican utilizar el Derecho penal respecto de ilícitos de menor entidad y que vulneran el principio de proporcionalidad, el mismo Derecho penal de culpabilidad se ve seriamente lesionado pues, en definitiva, el fundamento de la sanción en estos casos sólo puede hallarse *ex iniuria terti*.

Es así como Silva Sánchez, sobre la base de que en todo sistema sancionatorio no tienen por qué existir las mismas garantías —pues incluso dentro del propio sistema penal las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas—, sostiene que “el problema no es tanto en la expansión del Derecho penal, sino específicamente la expansión del Derecho penal de la pena privativa de libertad. Es esta última la que debe realmente ser contenida”. Por lo tanto, en su pensamiento es posible admitir cierta graduación en la vigencia de las reglas de imputación y las garantías tradicionales, siempre que el modelo sancionatorio —el tipo y la entidad de las sanciones que es posible imponer— resulte acorde con tales “modernizaciones”. Pero el autor va incluso más allá: sobre la base de lo anterior, no ve impedimentos para que la sanción de buena parte de los nuevos ilícitos de la expansión se realice dentro

del propio Derecho penal y no, por ejemplo, en un Derecho de la intervención —entre el Derecho penal nuclear y el Derecho de las infracciones de orden—, como postulan Hassemer y otros autores. La opción política por el Derecho penal tiene, según Silva Sánchez, ventajas no necesariamente ligadas a la dureza de las sanciones: la fuerza del mecanismo público de persecución y la dimensión sancionatoria (frente al Derecho civil), una mayor neutralidad política (frente al Derecho administrativo) y la imparcialidad propia de lo jurisdiccional. Todo esto contribuye a dotar a la sanción penal, aun sin ser privativa de libertad, de una fuerza comunicativa y preventiva mucho mayor. El hilo de su argumentación es, entonces, muy claro. En el Derecho penal coexisten dos bloques de ilícitos, los que son conminados con penas privativas de libertad y los que no lo son. No existen razones suficientes —sino al contrario— para que la pena privativa de libertad sea despojada del aparato garantístico liberal. Sin embargo, la demanda social de protección muy posiblemente no será resuelta con un Derecho penal reducido a sus ilícitos tradicionales, por lo que se producirá una expansión hacia la protección de intereses nuevos. Finalmente, lo más probable es que tal expansión traiga consigo una flexibilización de las reglas de imputación y los principios de garantía. Nada de esto es cuestionado por el autor, siempre que se mantenga dentro de límites razonables. Lo que sí refuerza con insistencia es que “esta ampliación del Derecho penal no podrá basar su requerida fuerza comunicativa en la imposición de penas privativas de libertad”. Por lo tanto, Silva Sánchez acepta el advenimiento de un Derecho penal “de dos velocidades”, lo que implica abordar una sectorialización tanto de las reglas de la Parte General como, consecuentemente, de la teoría de la reacción penal.

El excurso de la obra está dedicado a la concepción funcional-normativa sobre la misión del Derecho penal —defendida especialmente por Günther Jakobs— y su relación con el problema de la expansión. La razón por la que Silva Sánchez introduce este capítulo en su obra es

muy clara: una de las críticas que ha hecho la doctrina española al planteamiento de Jakobs –fundamentalmente a partir de la publicación en español de la crítica de Alessandro Baratta, en 1984– consiste en afirmar que responde a una concepción maximalista del Derecho penal. Esta argumentación ha sido ya suficientemente rebatida por Suárez, Peñaranda y Cancio en su introducción a la edición española de los *Estudios de Derecho penal* de Jakobs, pero Silva Sánchez se hace cargo una vez más del asunto para señalar el defecto esencial de la crítica: la propuesta de Jakobs, que asigna al Derecho penal la función de estabilizar la vigencia de las normas esenciales, no determina tanto los alcances del Derecho penal cuanto la manera de entender su misión en el ámbito que previamente –a nivel político– se define como suyo. Una visión crítica del fenómeno expansivo no es, por lo tanto, en absoluto incompatible con la afirmación de un modelo funcional del Derecho penal.

Antes de concluir esta breve nota parece importante destacar dos planteamientos que recorren transversalmente la obra. Por una parte, la llamada de atención que implica descubrir cómo el fenómeno de la expansión no obedece sencillamente a un conjunto de reacciones precipitadas y faltas de ilustración. Por el contrario, se deja entrever en qué medida tal movimiento cuenta cada vez más con un respaldo ideológico de mayor en-

vergadura. En segundo lugar, la apreciación no meramente anecdótica de que el Código Penal Español de 1995 representa una buena muestra del fenómeno expansivo y, al mismo tiempo, del abandono de las limitaciones y resguardos propuestos por Silva Sánchez.

La tesis planteada es sin duda interesante. Tiene el indiscutible mérito de abogar en forma clara –y, en principio, también dogmáticamente viable– por una limitación del fenómeno expansivo. No obstante, resulta necesario destacar que el núcleo de la propuesta se halla inevitablemente condicionado por una conjetura política, la de que no será posible interponer una limitación más enérgica a la expansión “modernizadora” mediante el fortalecimiento de otras instancias de protección, respecto de las cuales el Derecho penal no debiera perder su carácter subsidiario. Es verdad que la conjetura contraria tampoco puede ser sostenida en forma científica. Sin embargo, no parece del todo razonable dejar de lado la aspiración a que la ciencia ilustre con mayor profundidad el debate político. Tal aspiración puede incluso considerarse especialmente vigente en aquellos países que estarán en condiciones de aprender de la experiencia europea cuando, en el momento oportuno, aborden la reforma de su propio sistema penal.

*Alex van Weezel de la Cruz*