

Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo"

Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo*

RESUMEN

El autor expone el estado de la discusión y las diversas propuestas político criminales a propósito de la llamada modernización del derecho penal. A partir de la tensión reduccionismo versus expansionismo muestra los diferentes planteamientos actuales que intentan dotar de legitimidad al derecho penal desde perspectivas abolicionistas, neoproporcionalistas, reduccionistas, garantistas y expansionistas; dando finalmente una opinión al respecto, resaltando las nuevas realidades a las cuales se enfrenta el sistema penal en su conjunto.

PALABRAS CLAVE

Evolución-involución, derecho penal del enemigo, derecho penal liberal, "modernización" del derecho penal, abolicionismo, neoproporcionalismo, reduccionismo, garantismo, derecho penal mínimo, expansión del derecho penal, sociedad postindustrial, "nuevo" derecho penal, víctima, legitimación, sociedad de riesgo, delitos de peligro.

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

SUMARIO

1. ¿EVOLUCIÓN O INVOLUCIÓN?. 2. LA UTOPIA ABOLICIONISTA; 3. EL REDUCCIONISMO; 4. EL NEOPROPORCIONALISMO; 5. EL GARANTISMO; 6. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL.

1. ¿Evolución o involución?

La construcción de la Ciencia Penal tal y como hoy la entendemos se inicia con el pensamiento de la Ilustración¹, 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 Penal², 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 este último unas consecuencias altamente estigmatizadoras, y que por ello es preciso restringir y justificar al máximo su intervención. Esta idea³, 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 penal⁴. 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

¹ Vid, al respecto, PRIETO SANCHÍS, *La Filosofía Penal de la Ilustración*, México DF, 2003, *passim*.

² PRIETO SANCHÍS, *La Filosofía Penal de la Ilustración*, 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 (e.a.), *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*, 2ª ed, Tübingen, 1969, p. 29.

⁴ Sobre la evolución Vid: DEMETRIO CRÉSPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Prólogos de Ignacio Berdugo y Hans Joachim Hirsch, Salamanca, 1999, pp. 51 y ss, 58 y ss.

expansionista del Derecho Penal contemporáneo, y las propuestas consistentes en devolver protagonismo a la víctima en el conflicto penal. Este problema de fondo, relativo a las estrategias de legitimación del Derecho Penal, así como los fines del Derecho Penal y de la pena, ha sido objeto de preocupación científica fundamental en la obra del homenajeado Prof. Baratta⁵, que en uno de sus trabajos llega a identificar el nacimiento del Estado central moderno con el fenómeno de monopolización del empleo de la fuerza física como sanción del orden social y de las relaciones privadas, y la nueva ideología legitimadora con la autolimitación del uso de la represión física en la función punitiva del poder central⁶.

Sin embargo, el debate sobre la legitimidad del Derecho Penal⁷, 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, por la que algún autor aboga con gran determinación⁸, frente al por él tildado como "discurso de la resistencia", que no duda en calificar como "ultraliberal y reaccionario"⁹, comprende, sin embargo, construcciones como el llamado "Derecho penal del enemigo"¹⁰

⁵ Cfr, entre otros, los siguientes trabajos: BARATTA, "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal" en *Poder y Control*, Nº 0, pp. 77-92; el mismo, "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica" en *Doctrina Penal*, 1985, pp. 3-26; el mismo, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica" en *Pena y Estado*, Nº 1, 1991, pp. 37-55.

⁶ BARATTA, "Viejas y nuevas estrategias...", pp. 79-80.

⁷ Es muy ilustrativa, desde una perspectiva global, la siguiente obra recientemente aparecida: BERGALLI (Coordinador y colaborador), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, 2003, *passim*; y, en particular, por lo que aquí interesa, desde una perspectiva histórico-sociológica, cfr: RIVERA BEIRAS, "Historia y legitimación del castigo: ¿hacia dónde vamos?" en BERGALLI (Coordinador y colaborador), *Sistema penal y problemas sociales*, pp. 86 y ss.

⁸ Vid. GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por al modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Presentación de Bernd Schünemann, Valencia, 2003, *passim*.

⁹ GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por al modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, pp. 34, 157 (entre otras).

¹⁰ JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pp. 294 y ss; JAKOBS / CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, 2003, *passim*.

-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 precio¹¹-, frente al que cabe preguntarse si la correspondiente "modernización" representa realmente una evolución, o más bien, como aquí se sugiere¹², 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 individuales¹³.

El principal teórico del concepto en la discusión actual, JAKOBS¹⁴, 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

¹¹ Sobre ello, Vid. CANCIO MELIÁ, "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" en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Nº 3, 2003, pp. 31 y ss (también en, *Jueces para la democracia*, Nº 44, 2002, pp. 19-26); PORTILLA CONTRERAS, "El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos" (inédito); EL MISMO, "La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado del 11 de septiembre de 2001" en *Revista "Mientras tanto"*, Nº 83, 2002; asimismo, haciendo referencia, en un lúcido trabajo sobre el estado actual de la Ciencia Penal en España, a la formulación de "fundamentos y metas del derecho penal abiertamente regresivos, como es el derecho penal "de enemigos" patrocinado por G. Jakobs y otros", Vid: QUINTERO OLIVARES, "La deriva y crisis de las ideas penales y de la política criminal en España" (inédito); en el mismo sentido crítico, MUÑOZ CONDE, "El nuevo Derecho Penal autoritario", Texto de la ponencia mantenida por su autor en el Coloquio Internacional Humboldt "La función mediadora del derecho como ciencia universal en una época de globalización y de lucha contra el terrorismo", celebrado en Montevideo entre el 6 y el 8 de abril del año 2003 (inédito).

¹² Vid. Punto VI.

¹³ CANCIO MELIÁ, "Derecho penal del enemigo...", p. 37.

¹⁴ En contra de la concepción dogmática sostenida por JAKOBS me he pronunciado en: DEMETRIO CRESPO, *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, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, pp. 122 y ss. Para la comprensión del sistema propugnado por este autor, además de sus obras anteriores, Vid. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003, *passim*.

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 peligrosidad¹⁵. 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 sociedad¹⁶. 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 ciudadana¹⁷.

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)¹⁸, 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 Derecho¹⁹ (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

¹⁵ JAKOBS, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo" en JAKOBS / CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, pp. 19 y ss, esp. pp. 42-43.

¹⁶ JAKOBS, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", p. 34.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 47-48.

¹⁸ PORTILLA CONTRERAS, "El Derecho penal y procesal del enemigo...", *Op.cit.*, Punto II; también CANCIO MELIÁ, "Derecho penal del enemigo...", *Op.cit.*, pp. 43 y ss.

¹⁹ Sobre la evolución del concepto en la Teoría del Derecho es de gran interés la siguiente obra colectiva: CARBONELL (Edt.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, *passim*.

primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho Penal del hecho²⁰, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como "Derecho Penal de autor"²¹. 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 eficacia²². El "Derecho Penal del enemigo" es consecuencia, en mi opinión, entre otros factores, del uso simbólico del Derecho Penal^{23/24} (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 de Derecho²⁵.

²⁰ Vid, por todos, HIRSCH, "Tatstrafrecht: ein hindreichend beachtetes Grundprinzip?" en PRITTWITZ / BAURMANN / GÜNTHER / KUHLEN / MERKEL / NESTLER / SCHULZ (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 253 y ss.

²¹ En este sentido: CANCIO MELIÁ, "¿Derecho penal del enemigo?" en JAKOBS / CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, pp. 57 y ss, esp. pp. 100 y ss.

²² Sobre ello, Cfr. DEMETRIO CRESPO, *Prevención general...*, p. 51. Sobre el significado de los binomios conceptuales *legitimidad-efectividad*, *validez-eficacia*, Cfr. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 7ª ed, México, 1993, pp. 217 y ss.

²³ Sobre la problemática subyacente acerca de la racionalidad de las leyes penales son de especial interés los trabajos de Díez RIPOLLÉS, "Exigencias sociales y política criminal" en *Claves de razón práctica*, Nº 85, 1998, pp. 48 y ss; *el mismo*, "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena" en *Actualidad Penal*, Nº 1, 2001, pp. 1 y ss; *el mismo*, "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal" en *Doxa*, 24, 2001, pp. 485 y ss; y, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, *passim*.

²⁴ Objeto de un trabajo independiente podría ser la reflexión acerca de en qué medida el uso simbólico del Derecho Penal es o no consustancial al mismo, así como de en qué medida resulta consecuente con determinada concepción sobre los fines de la pena. Todo parece indicar que las concepciones que postulan la prevención general positiva en el sentido de la "estabilización de la norma" sitúan en primer plano algo diferente a la protección de bienes jurídicos y, por tanto, conllevan una carga de simbolismo mayor que otras. Todo ello sin perjuicio de la interrelación que pueda o deba establecerse entre fines o/y funciones de uno u otro carácter. Sobre la contraposición básica subyacente, Vid: ALCÁZER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Barcelona, 2003, *passim*.

²⁵ Vid, por todos, FERRAJOLI, "El Derecho como sistema de garantías" en FERRAJOLI, *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-PIEDRASAS, "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*.

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 Penal²⁶. 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"²⁷ (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 judicial²⁸. 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

²⁶ Sobre esta misma idea incide MUÑOZ CONDE señalando que, siendo el Derecho Penal el más autoritario de todas las ramas del Ordenamiento jurídico y probablemente de todos los sistemas formalizados de control social, «el "Derecho penal de enemigos" puede caracterizarse como un "Derecho penal más autoritario de lo normal; un Derecho penal que se ha colado de rondón, "por la puerta falsa" de un Ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado» (Vid: MUÑOZ CONDE, "El nuevo Derecho...", p. 1).

²⁷ Expresión de QUINTERO OLIVARES, "La deriva...", Punto IV (nota 11).

²⁸ *Ibidem*.

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.

2. La utopía abolicionista

Probablemente el primer interrogante que surge al oír hablar de abolicionismo penal²⁹ es precisamente qué es y qué se propone abolir³⁰. 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 mismo³¹. El pensamiento

²⁹ Con más detalle me ocupo del tema en: DEMETRIO CRESPO, "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 *Cahiers de Défense Sociale. Libro Homenaje a Louk Hulsman* (en prensa).

³⁰ 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 sólo la abolición de la prisión sino también la mejora de las condiciones del sistema carcelario actual. La segunda opción, la sustitución de la cárcel por otros mecanismos disciplinarios, tampoco es el objetivo de los abolicionistas, ya que el uso de estos mecanismos punitivos no ha supuesto una disminución del uso de la cárcel y además implican un control mayor el Estado (Cfr.: LARRAURI PIDOÁN, "Abolicionismo del Derecho Penal: Las propuestas del movimiento abolicionista" en *Poder y Control*, 1987, pp. 98-104).

³¹ 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.

³² Podemos denominarlo igualmente *abolicionismo penal radical*, frente a otras posiciones diversas y limítrofes como el *abolicionismo institucional* (que

abolicionista en sentido amplio³² 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 reemplazo³³. 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 moral³⁴. En segundo lugar, tenemos el movimiento de *abolición de la pena de muerte*³⁵, y también desde el siglo XIX la corriente para la *abolición de la prostitución*. Asimismo no hay que olvidar el movimiento abolicionista *de 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"³⁶. En este sentido se ha dicho que el abolicionismo constituye una de

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, "El Sistema de Derecho Penal entre Abolicionismo y Reduccionismo" en *Poder y Control*, 1987, pp. 141-2).

³³ COHEN, "Introducción" en AAVV, *Abolicionismo Penal*, p. 13.

³⁴ SCHEERER, "Die abolitionische Perspektive" en *Kriminologisches Journal (JZ)*, 1984, pp. 90-111, p. 92. Sobre la necesidad de situar el abolicionismo en el contexto histórico.

³⁵ ROSSA, *Todesstrafen. Ihre Wirklichkeit in 3 Jahrtausenden*, Oldenburg-Hamburg, 1966 (*passim*).

³⁶ La expresión "Derecho Penal en crisis" o "*crisis del Derecho Penal*", frecuente hace algunos años, se refiere a un "déficit de legitimidad", que, sin embargo, a la luz de la expansión actual del mismo, produce una paradoja notable, dado que, contemplado desde la perspectiva de la inflación legislativa, se diría que el Derecho Penal goza de buena salud. Por otra parte, la doctrina entiende que, junto a esta *crisis de legitimación*, se puede hablar de una *crisis de identidad* de la Ciencia Penal, y, su vez, de una *crisis epistemológica* o de validez científica (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 13-14). No cabe olvidar que, siendo la concepción dogmática hoy dominante *de signo teleológico (Zweckrationalität) y consecuencialista* -porque sigue el

las tres posturas político-criminales, que con carácter general cabe estimar básicas para el análisis del fenómeno jurídico-penal en la actualidad³⁷. 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 punitivo³⁸. La base filosófica del abolicionismo se halla en lo que podríamos denominar una «disposición fenomenológica para la comprensión de las cosas»³⁹. 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

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 (Dir), *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 principialista* -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, «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites» en SILVA SÁNCHEZ (Ed), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997 pp. 20-21).

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 17.

³⁸ SCHUMANN, «Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems» en *Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften, Festschrift für Lieselotte Pongratz*, München, 1986, p. 372.

³⁹ CIAFARDINI / ALAGIA, «Prólogo» en AAVV, *Abolicionismo Penal*, p. 8.

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 objeto⁴⁰. En el caso del pensamiento abolicionista el método es la lucha por 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»⁴¹. 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*⁴².

⁴⁰ DE FOLTER, «Sobre la fundamentación metodológica» en AAVV, *Abolicionismo Penal*, p. 59.

⁴¹ SCHEERER, «Hacia el Abolicionismo», pp. 24-25.

⁴² 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, *Aproximación...*, 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 PIDOÁN, «Abolicionismo del Derecho Penal...», p. 97. Cfr. más ampliamente, de la misma autora, *La herencia de la criminología crítica*, Madrid, 1991, pp. 192-243). Por su parte, SMAUS 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, «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 DELMÀS-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 los movimientos abolicionistas contemporáneos. De acuerdo con la concepción de DELMÀS-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

Estas propuestas radicalmente abolicionistas del sistema penal (corriente de pensamiento representada por autores como MATHIESEN⁴³, HULSMANN⁴⁴, o CHRISTIE⁴⁵, 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 mismo⁴⁶. En todo caso, las 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 planteamientos⁴⁷. En cualquier caso, por lo que se refiere a la pérdida de garantías, parece claro que no

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 divergentes: el *movimiento libertario o anarquista*, y la *corriente autoritaria surgida del marxismo*. (DELMÁS-MARTY, *Modelos actuales de Política Criminal*, Madrid, 1986, pp. 19-36).

⁴³ MATHIESEN, *The Politics of Abolition. Essays in Political Theory*, Oslo, 1974, *passim*.

⁴⁴ HULSMANN, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, 1984, *passim*.

⁴⁵ CHRISTIE, *Los límites del dolor*, México, 1984, *passim*.

⁴⁶ STEINERT, "Más allá del delito y de la pena" en AAVV, *Abolicionismo Penal...*, pp. 49 y ss.

⁴⁷ Más ampliamente en: DEMETRIO CRESPO, "El pensamiento...", pp. 47 y ss.

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 aportan⁴⁸.

3. El reduccionismo

Las propuestas reduccionistas del sistema penal se caracterizan, frente a las anteriores, por la aceptación de la existencia de este último, y por la búsqueda de alternativas "realistas" a su configuración actual, con un espíritu humanista. Éstas, además de la descriminalización 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. 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 hemos asistido en España a un proceso expansionista en el uso de la prisión⁴⁹. 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^{50/51}.

⁴⁸ Cfr., por todos, LARRAURI, "Criminología crítica: abolicionismo y garantismo" en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 9, pp. 453 y ss.

⁴⁹ CID MOLINÉ / LARRAURI PÍJOÁN, "Introducción" en AAVV, *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, 1997, p. 12; también, más recientemente, CID MOLINÉ / LARRAURI PÍJOÁN (Coord.), *Los jueces penales y las penas en España*, Valencia, 2002, *passim*.

⁵⁰ FERNÁNDEZ ALBOR, "Aspectos criminológicos de las penas privativas de libertad" en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1981, pp. 227 y ss.

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»⁵², bien que ya antes de su 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 criminología⁵³.

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 resocializador⁵⁴. 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 estigmatizante; se ha producido una pérdida importante

⁵¹ 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, *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 -aún en boga como nunca- que intenta convencerles que la necesaria violencia legal sea algo que se sufre en el alma y no en el cuerpo. La pena de prisión es aún, y sobre todo, una pena corporal, algo que produce dolor físico y que produce enfermedades y muerte. En la substancia, también si no siempre en las intenciones, es una pena cruel. Como lo fue la pena de deportación en las colonias que también se contrapuso a las penas legales de la época como "benévola", "dulce" y también "útil"»

⁵² VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la 18ª ed. alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña, 3ª ed, Madrid, 1988, p. 20.

⁵³ BAUMANN, "¿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.

⁵⁴ BRICOLA, "Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale" en *Rivista italiana di Diritto e procedura Penale*, 1977, pp. 13-76; MANTOVANI, "Pene e misure alternative" en *Rivista italiana di Diritto e procedura Penale*, 1977, pp. 77-114.

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 libertad⁵⁵, no por ello dejan de ser cuestionadas las penas privativas de larga duración por ser susceptibles de ser consideradas excesivas en determinados supuestos⁵⁶. 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 delincuencia de cuello blanco⁵⁷.

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 no⁵⁸. Como señalaba MAQUEDA ABREU, «la previsión y aplicación de sustitutivos a la prisión puede considerarse ahora, quizás, un imperativo constitucional»⁵⁹, toda vez que partimos de

⁵⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *La evolución del Derecho Penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1982, pp. 27 y ss. El autor pone de relieve que «el núcleo central del trabajo desarrollado por la Unión Internacional de Derecho Penal en los primeros años de su existencia giró en torno al examen de las penas cortas privativas de libertad tanto en el planteamiento general de sus posibles alternativas como en el examen concreto de algunas de ellas» (p. 28).

⁵⁶ CID MOLINÉ / LARRAURI PLOAN, "Introducción" en AAVV, *Penas alternativas...*, p. 30.

⁵⁷ COBO / VIVES, *Derecho Penal. Parte General. Parte General*, 4ª ed, Valencia, 1996, p. 756, nota N° 23.

⁵⁸ DEMETRIO CRESPO, *Prevención general...*, pp. 312 y ss.

la consideración de que el artículo 25.2 de la Constitución constituye un principio de humanización que vendría a prohibir la imposición de sanciones inútiles⁶⁰. Sin embargo, es preciso recordar, por una parte, que toda política criminal que busque limitar la intervención penal (ya sea de descriminalización, despenalización, descarceración o simple limitación de la severidad de las penas de prisión⁶¹), debe ir acompañada de una política social de transformación de las estructuras socioeconómicas tendente a la eliminación de la marginalidad y la desigualdad, porque éste sigue siendo el verdadero problema de fondo, y por otra, tampoco cabe eludir el escepticismo que manifiesta la doctrina acerca de la potencialidad de las alternativas para disminuir el uso de la cárcel⁶².

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 víctima⁶³. 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.

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 importancia⁶⁴, 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 ellos⁶⁵. 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 autor⁶⁶. Ahora bien, los motivos que

⁶³ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 1998, *passim*; TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, 1998, *passim*; GONZÁLEZ CUSSAC / MIRA BENAVENT, "Ámbito de responsabilidad de la víctima y teoría de la imputación objetiva" en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 711 y ss.

⁶⁴ Cfr. a título ejemplificativo, de entre las numerosas publicaciones aparecidas en los últimos años, en la literatura en español, BERISTAIN IPIÑA, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, 2000, *passim*; BUSTOS / LARRAURI, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, Barcelona, 1993, *passim*; FLETCHER / MUÑOZ CONDE, *Las víctimas ante el jurado*, Valencia, 1997, *passim*; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, 3ª ed, Valencia, 1999, *passim*; HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, Valencia, 2001, *passim*; LANDROVE DÍAZ, *La moderna Victimología*, Valencia, 1998, *passim*; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999, *passim*; TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, 1998, *passim*; AAVV, *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, 1992; en la literatura alemana, por todos, HASSEMER, *Schützbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1981, *passim*; WEIGEND, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, 1989, *passim*; y WALTHER, *Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems*, Berlin, 2000, *passim*.

⁶⁵ CHRISTIE, "Los conflictos como pertenencia" en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, 1992, pp. 159 y ss.

⁶⁶ HIRSCH, "La reparación del daño en el marco del Derecho Penal material" en *De los delitos y de las víctimas*, p. 53; *el mismo*, "Acerca de la posición de la

⁵⁹ MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena y probation*, Colección Temas Penales, Serie A Nº2, Madrid, 1985, p. 21.

⁶⁰ CÓRDOBA RODA, "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978" en *Doctrina Penal*, 1980, p. 562.

⁶¹ CID MOLINÉ / LARRAURI PÍJOAN, "Introducción" en AAVV, *Penas alternativas...*, p. 14.

⁶² 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 «gravedad de la ofensa realizada» (CID MOLINÉ / LARRAURI PÍJOAN, "Introducción" en AAVV, *Penas alternativas...*, pp. 20 y ss, esp. p. 24). Sobre mi valoración acerca de este modelo *Vid. infra*. Punto IV.

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)⁶⁷.

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 sistema penal contiene algunos elementos que conviene no pasar por alto⁶⁸: a) la "gravidad 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 víctima⁶⁹. 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

víctima en el Derecho Penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales" en *De los delitos y de las víctimas*, pp. 93-94.

⁶⁷ HARTMANN, *Schlichten oder Richten. Der Täter-Opfer-Ausgleich und das (Jugend) Strafrecht*, München, 1993, pp. 96 y ss.

⁶⁸ Sobre ello Cfr: GARCÍA ARÁN, "Alternativas al Derecho Penal" en ARROYO ZAPATERO / NEUMANN / NIETO MARTÍN (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.

⁶⁹ Vid, 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, "La deriva...", *cit*, Introducción, pp. 1-2); *el mismo*, "Sulla cosiddetta privatizzazione del diritto penale" en *Critica del Diritto*, 2002, N° 4.

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 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^{70/71}. Por otro lado, la cuestión de

⁷⁰ Cfr: DEMETRIO CRESPO, "La solución de conflictos en el sistema penal: problemas dogmáticos y perspectivas político-criminales para la discusión" en *Conflicto social y sistema penal. Diez estudios sobre la actual reforma*, Madrid, 1996, pp. 32 y ss; por todos, ampliamente, PÉREZ SANZBERRO, *Reparación ...*, pp. 207 y ss.

⁷¹ En este sentido se han sugerido diversas posibilidades, entre las cuales destacan las siguientes:

a) *La composición privada del conflicto*, cuyo riesgo fundamental radica en que puede conducir a la desigualdad y arbitrariedad en la solución de conflictos (Cfr: WEIGEND, "Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren" en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (96), 1984, pp. 775 y ss);

b) *La incorporación de la reparación en el Derecho Penal como sanción penal* (SESSAR, "Schadenwiedergutmachung 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, "La reparación en el sistema de los fines de la pena" en *De los delitos y de las víctimas*, pp. 143-144), amén de no conceder relevancia alguna a la diferencia esencial existente entre el resarcimiento del daño y la pena (HIRSCH, "La reparación ...", 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 / WULF, *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, "La reparación en el sistema...", 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,

las vías procesales para mejorar la posición de la víctima ha sido uno de los aspectos 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 víctima⁷².

4. 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»)⁷³, 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 «Neoclasicismo»⁷⁴, pese a que sus partidarios nieguen la validez de este concepto⁷⁵, ya que no existe unanimidad en lo que con él se quiere significar⁷⁶. Sus partidarios proponen

Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, Berlin, 1987, *passim*), y ROXIN (ROXIN, "La reparación en el sistema...", 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) (HIRSCH, "La reparación...", p. 66);

e) *Otorgar a la reparación un papel dependiente dentro del Derecho Penal con su carácter civil inalterado*, 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 alemán, sobre todo en el marco de la individualización judicial de la pena, y de la remisión condicional de la pena (HIRSCH, "La reparación...", pp. 67 y ss).

⁷² Sobre el tema, Cfr: BUSTOS / LARRAURI, *Victimología...*, pp. 102 y ss; PETERS, "Alternativas en el campo judicial" en *Estudios de Derecho Judicial*, Nº 20, 2000, pp. 147 y ss.

⁷³ VON HIRSCH / JAREBORG, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn, 1991; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, trad. Larrauri Pijoán, Madrid, 1998, *passim*.

⁷⁴ VON HIRSCH / JAREBORG, "Neoklassizismus in der skandinavischen Kriminalpolitik: Sein Einfluß, seine Grundprinzipien und Kriterien" en ESER / CORNIGS, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*, Freiburg, 1987, pp. 35-64.

⁷⁵ VON HIRSCH / JAREBORG, *Strafmaß...*, p. 4, nota 16.

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 igualdad⁷⁷ y de justicia en la individualización judicial de la pena antes que objetivos preventivos^{78/79}. 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 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)⁸⁰.

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

⁷⁶ WEIGEND, "'Neoklassizismus' -ein transatlantisches Missverständnis-" en *ZStW*, 94, (1982), pp. 801-814; TROTHA, "Wiederkehr der alten Strafpolitik? Zur Kritik der neoklassizistischen Kriminalpolitik" en *Distanz und Nähe*, Tübingen, 1987, pp. 83 y ss; CHRISTIE, "Die versteckte Botschaft des Neoklassizismus" en *KJ*, (1983), pp. 14-33.

⁷⁷ Por ejemplo se dice que cuando dos personas cometen un delito parecido, no deberían ser penados de forma diferente porque se entienda que uno de ellos va a reincidir o no va a reaccionar tan bien como el otro al tratamiento [VON HIRSCH / JAREBORG, "'Neoklassizismus'...", p. 35]. En este sentido hay que poner de relieve que, aunque los objetivos de la igualdad y la individualización de la medición de la pena se encuentran en tensión, las consecuencias que se obtengan de la eventual constatación de "desigualdades" en la praxis depende en primer término de qué haya de entenderse por desigualdad en la medición de la pena y de un determinado concepto de "racionalización" en la misma.

⁷⁸ VON HIRSCH / JAREBORG, *Strafmaß...*, p. 5.

⁷⁹ Para una completa exposición y desarrollo de esta teoría puede consultarse: HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999, *passim*.

⁸⁰ VON HIRSCH / JAREBORG, "'Neoklassizismus'...", pp. 39-40.

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 fronteras⁸¹.

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 retributivos⁸². 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)⁸³. Estando de acuerdo en esto último, en mi opinión, como ya expuse en un trabajo anterior⁸⁴, 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 legitimación interna del Derecho Penal⁸⁵).

5. 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.

⁸¹ VON HIRSCH / JAREBORG, "Neoklassizismus...", pp. 59-62.

⁸² VON HIRSCH / 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 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 comportamiento criminal realizado; mientras que, en sentido inverso, una pena no proporcional es injusta porque atribuye al autor mayor o menor desvalor del que justifica la gravedad del delito correspondiente (Cfr: VON HIRSCH / JAREBORG, "Neoklassizismus...", pp. 47 y ss, p. 50).

⁸³ VON HIRSCH / JAREBORG, "Neoklassizismus...", p. 63.

⁸⁴ Cfr. DEMETRIO CRESPO, *Prevención general...*, pp. 203 y ss.

⁸⁵ Con más detalle, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general...*, pp. 41 y ss, 48 y ss.

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*⁸⁶, que ha desarrollado en su obra *Derecho y Razón*⁸⁷. 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 mismo⁸⁸. 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 e incluso policial⁸⁹. 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 lo mismo puede decirse de cada una de sus penas, de sus concretas prohibiciones y de sus técnicas efectivas de indagación"⁹⁰.

Sin duda el pensamiento de FERRAJOLI se inscribe en el pensamiento utilitarista proveniente de la Ilustración⁹¹, pero tiene el mérito de plantear la

⁸⁶ FERRAJOLI, "Derecho Penal mínimo" en *Poder y Control*, Nº 0, 1986, pp. 25 y ss.

⁸⁷ FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Prólogo de N. Bobbio, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, 1995, *passim*.

⁸⁸ PRIETO SANCHÍS, *La Filosofía Penal...*, p. 12, nota 3.

⁸⁹ FERRAJOLI, *Derecho y Razón...*, p. 251.

⁹⁰ FERRAJOLI, *Derecho y Razón...*, p. 252.

⁹¹ FLETCHER, "Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht" en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1986, pp. 807-808.

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"⁹². 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 formas procesalmente vinculantes)"⁹³. 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"⁹⁴.

6. 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,

⁹² FERRAJOLI, *Derecho y Razón...*, pp. 103-104.

⁹³ FERRAJOLI, *Derecho y Razón...*, p. 104.

⁹⁴ FERRAJOLI, "Pasado y futuro del Estado de Derecho" en CARBONELL (Edt), *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 13 y ss, esp. p. 19; el mismo, "El Derecho como sistema de garantías", pp. 15 y ss.

y la realidad, es tan contundente que ha permitido hablar incluso de la *insostenible situación del Derecho Penal*^{95/96}.

Tanto es así que se afirma que la expresión "Derecho Penal mínimo" lleva camino de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto⁹⁷. 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 el Derecho Penal a un núcleo duro correspondiente en esencia al llamado "Derecho Penal clásico"⁹⁸ ("Kernstrafrecht"), como propugna significativamente la llamada "Escuela de Frankfurt"⁹⁹. 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"¹⁰⁰. Esta sociedad, desde la perspectiva del Derecho Penal del riesgo, se

⁹⁵ Cfr: AAVV, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, *passim*; también, por todos, ARROYO ZAPATERO / NEUMANN / NIETO MARTÍN (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, 2003, *passim*.

⁹⁶ 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 Penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed, Madrid, 2001, *passim*; SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003, *passim*.

⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...*, p. 15.

⁹⁸ Véase la crítica al reconocimiento del Derecho penal de la Ilustración como "clásico", que lleva a cabo GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos...*, pp. 48 y ss.

⁹⁹ Cfr: HASSEMER, "¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)" en *RDPC*, Nº 3, 1999, pp. 328 y ss; EL MISMO, "Perspectivas del Derecho Penal futuro" en *RP*, nº 1, 1998, pp. 37 y ss; EL MISMO, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, trad. de Muñoz Conde y Díaz Pita, Valencia, 1999, *passim*.

¹⁰⁰ Cfr: BECK, *Risikogesellschaft. 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, en *RP*, Nº 4, 1999, pp. 54

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 estandarizada¹⁰¹.

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 momento en el que se reconoce ampliamente la "incapacidad" del Derecho Penal para la solución de problemas¹⁰². 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 funcionalista¹⁰³. Naturalmente

y ss; 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 / NEUMANN / NIETO MARTÍN (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal...*, pp. 249 y ss; KINDHÄUSER, "Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft" en *Universitas*, 3/1992; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed, Napoli, 1997, *passim*; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. Main, 1993, *passim*; el mismo, "Sociedad del riesgo y Derecho Penal", trad. de Demetrio Crespo y Nieto Martín, en ARROYO ZAPATERO / NEUMANN / NIETO MARTÍN (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal...*, pp. 259 y ss; KUHLEN, "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft" en *GA*, 1994, pp. 347 y ss.

¹⁰¹ SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de Cancio Meliá, Bogotá, 1996, pp. 30-31.

¹⁰² PRITTWITZ, "El Derecho Penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal" en *La insostenible situación...*, pp. 427 y ss.

¹⁰³ Sobre este último círculo de problemas, Vid: PORTILLA CONTRERAS, "Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho Penal: la

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 ha afirmado –y posiblemente no le falte razón– que constituyen dos callejones sin salida: el primero porque, en su opinión, está abocado a exprimir 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 jurisprudencia¹⁰⁴.

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 Historia¹⁰⁵. 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"¹⁰⁶, 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 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

influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales" en *La Ciencia del Derecho...*, pp. 135 y ss.

¹⁰⁴ SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas...*, p. 14.

¹⁰⁵ Vid. GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos...*, p. 22.

¹⁰⁶ GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos...*, pp. 155-156.

estudiado el problema relacionándolo con las siguientes variables: creación de nuevos "bienes jurídico-penales", ampliación de los espacios de riegos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía¹⁰⁷, 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 omisión¹⁰⁸.

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*¹⁰⁹. La cuestión clave radica en el entendimiento del concepto de bien jurídico, como MOCCIA en un trabajo de título esclarecedor ha puesto de relieve¹¹⁰. Este autor entiende que el bien jurídico sufre actualmente una crisis que cuestiona su función más significativa: la de delimitar la intervención

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 18.

¹⁰⁸ ARROYO, "Derecho y riesgo" en *INIURIA, Revista de responsabilidad civil y seguro*, Nº 8, 1995, p. 63.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...*, p. 98.

¹¹⁰ MOCCIA, "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.

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 eficiencia¹¹¹. 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^{112/113}.

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 lesivos¹¹⁴. 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 penal¹¹⁵. Es decir, se trata de un criterio que expresa una

ponderación de todos los intereses jurídico-penalmente relevantes¹¹⁶, 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 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 seguridad¹¹⁷. 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^{118/119}. El Derecho Penal que se ve afectado

¹¹⁶ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, p. 483.

¹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...*, p. 32.

¹¹⁸ Vid. al respecto las interesantes reflexiones de QUINTERO OLIVARES, “El Derecho Penal ante la globalización” en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ / MÉNDEZ RODRÍGUEZ / DIEGO DÍAZ-SANTOS, *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, “La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional” en *LH al Prof. Baratta* (en prensa).

¹¹⁹ Pese a las dificultades derivadas del entendimiento del *ius puniendi* estatal como una facultad estrechamente vinculada a la soberanía del Estado, en el ámbito europeo se ha emprendido de una forma limitada un camino hacia la unificación del Derecho Penal de los Estados Miembros en orden a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, que se inició con el *Convenio 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

¹¹¹ MOCCIA, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujo liberales”, pp. 114-115.

¹¹² DONINI, “Selettività e paradigmi della teoria del reato” en *Revista italiana di diritto e Procedura Penale*, 1998, p. 393; CID MOLINÉ, “Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)” en *RAP*, N° 140, 1996, pp. 141 y ss.

¹¹³ Vid. por todos: KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff*, Berlin, 2000; HIRSCH, “Acercas del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico” en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, pp. 371 y ss; MÜSSIG, “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 9, 2002, pp. 169 y ss.

¹¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico. Parte General*, Valencia, 1998, p. 135.

¹¹⁵ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Madrid, 1995, pp. 518 y ss.

por el planteamiento de la globalización es básicamente el que afecta a la delincuencia económica y el de la delincuencia organizada en general¹²⁰, 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"^{121/122}.

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, "La unificación de la Justicia Penal en Europa" en *Revista Penal*, Nº 3, 1999, pp. 51 y ss; en sentido crítico, KÜHL, "Europäisierung der Strafrechtswissenschaft" en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 109, 1997, pp. 777 y ss; y más recientemente, por todos, TIEDEMANN (Edt.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Köln, 2002, *passim*; TIEDEMANN (Dir.) / NIETO MARTÍN (Coord.), *Eurodelitos. El Derecho Penal Económico en la Unión Europea*, Cuenca, 2003, *passim*; SANZ HERMIDA, "El futuro espacio europeo de Justicia Penal. Hacia el reconocimiento de un principio de territorialidad penal europea" en *Poder Judicial* (en prensa)].

¹²⁰ Cfr: BARBERO SANTOS (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, "Criminalidad organizada y criminalidad económica", trad. de Pifarré de Moner, en *Revista Penal*, Nº 7, 2001, pp. 55 y ss). Especialmente significativos son en este ámbito, desde el punto de vista estrictamente jurídico penal, los problemas de autoría y participación (sobre ello, Vid, entre otras referencias: ROXIN, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada" en *Revista Penal*, Nº 2, 1998, pp. 61 y ss; MUÑOZ CONDE, "¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho»? " en *Revista Penal*, Nº 6, 2000, pp. 104 y ss).

¹²¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...*, p. 75.

¹²² Este mismo autor, que prefiere la primera de las opciones señaladas, menciona como características de la dogmática de la globalización las siguientes: a) la imputación objetiva tiende a perder su vinculación con relaciones de necesidad con arreglo a leyes, planteándose en su lugar la suficiencia de relaciones de probabilidad; b) transformación de la comisión por omisión hacia la simple infracción del deber de vigilancia; c) aparición de fórmulas de no-distinción

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 Derecho¹²³. 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 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.)¹²⁴.

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, imparabile. Como bien han señalado SCHÜNEMANN¹²⁵ y GRACIA MARTÍN¹²⁶

entre autoría y participación; d) inversión de la carga de la prueba desde el punto de vista procesal por lo que se refiere a las eximentes, que deberán ser probadas por quien las alega en su defensa (*La expansión del Derecho penal...*, pp. 83-85).

¹²³ MUÑOZ CONDE / HASSEMER, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Valencia, 1995, pp. 27 y ss.

¹²⁴ 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 precisamente su quintaesencia. Dicho desprecio responde, siempre, a la supuesta constatación de la ineficacia de tales «formalidades». Desde la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, a las reglas del debido proceso y la jurisdiccionalidad, pasando por la totalidad de los conceptos de la teoría del delito, el conjunto de principios y garantías del Derecho Penal se contemplan como sutilezas que se oponen a una solución real de los problemas" (SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...*, pp. 55-56).

¹²⁵ SCHÜNEMANN, "Presentación" en GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos...*, pp. 13 y ss.

¹²⁶ GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos...*, *passim*.

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 fundamentada¹²⁷. 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 el Prof. 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 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"¹²⁸.

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,

¹²⁷ ROXIN, "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.

¹²⁸ BARATTA, "El concepto actual de seguridad en Europa" en *Revista Catalana de Seguridad Pública*, Nº 8, 2001, p. 19.

de la derecha y de la izquierda¹²⁹, 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 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)¹³⁰. 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.

¹²⁹ Directamente al "desprecio" del Derecho penal académico por los políticos, "convencidos de que los juristas no captan la realidad de los deseos del votante o que son un obstáculo para el uso demagógico del derecho penal o de la justicia penal" alude QUINTERO OLIVARES. El mismo autor advierte, asimismo, con razón, que "las últimas reformas introducidas o que se van a introducir por 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 valoración sobre la proporcionalidad es realmente ingenuo" (Vid: QUINTERO OLIVARES, "La deriva...", notas 49 y 51 (nota 11)).

¹³⁰ Sobre ello, Cfr: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed, Pamplona, 2003, *passim*.