

Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal

BLANCA MENDOZA BUERGO
Universidad Autónoma de Madrid

En las consideraciones que siguen se pretende, básicamente, analizar de modo sintético y desde una aproximación crítica, en primer lugar, los rasgos principales que pueden observarse en la moderna evolución del Derecho penal del presente, propiciadas por las condiciones de la sociedad postindustrial moderna y la complejidad de los problemas que trae consigo y, en segundo lugar, los efectos o consecuencias que tal evolución puede suponer para elementos centrales del actual Derecho penal. En este segundo punto, se trata de detenerse en algunos aspectos problemáticos de la evolución que pueden entrañar un cambio importante en el uso que se está haciendo del instrumento penal y, en última instancia, tal vez del modelo mismo de Derecho penal.

Hoy en día, en el contexto de la discusión sobre el llamado moderno «Derecho penal de la sociedad del riesgo», no es difícil encontrar afirmaciones del siguiente tenor: «...s e ponen de manifiesto las deficiencias estructurales del Derecho penal liberal o clásico para hacer frente a la evolución social... Instituciones fundamentales de la teoría del delito de corte garantista resultan ineficaces o no soportan la crítica que pone de manifiesto sus funciones ideológicas al servicio de “viejos” intereses (1); ... “la causalidad, la determinación indivi-

(1) Corresponden a DE LA CUESTA AGUADO, «Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo», *Rev. Derecho y Proceso penal*, núm. 4, 2000, p. 137.

dualizada de la autoría en una persona física concreta, etc., son conceptos que pudieron servir a la sociedad tradicional, pero que ya en la actualidad son difíciles de compaginar con las visiones sociales. En la sociedad de inicios del siglo XXI no es posible funcionar con un Derecho penal anclado en el Estado liberal y la sociedad industrial» (2).

Pues bien, ante tan terminantes aseveraciones, entresacadas de otras semejantes, conviene alguna reflexión al respecto y proceder a ciertas observaciones. Más allá de la evidente necesidad de actualización y renovación de todo ordenamiento positivo y del sistema teórico que constituye su base, ante la exigencia de que el Derecho penal intervenga para responder a nuevas demandas de protección que requieran o impliquen ciertas transformaciones o adaptaciones de elementos estructurales, parece necesario identificar cuáles de estos cambios resultan además de imprescindibles, también acordes con los principios básicos sobre los que se asienta el propio sistema y cuáles, en cambio, pueden resultar perturbadores en una rama del ordenamiento con las peculiaridades del Derecho penal (3). Sin llegar en todo caso a situaciones extremas, lo cierto es que la evolución presente y la previsible tendencia de futuro apunta una serie de caracteres que hacen pensar en la necesidad de reflexionar detenidamente hacia dónde nos encaminamos y qué consecuencias tiene transitar a través de ciertas vías. La discusión a la que se quiere aludir tiene que ver, en definitiva, con el entendimiento del Derecho penal contemporáneo y de su evolución presente y futura.

(2) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Responsabilidad penal en actividades arriesgadas: el caso de la construcción*, Madrid 2000, p. 20, para quien el funcionalismo, su forma de resolver la culpabilidad, la prevención general positiva, etc, son conceptualizaciones que, sin perjuicio de sus antecedentes, son propias de esta época. En sentido similar, el mismo, «El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos», *Rev. Poder Judicial* núm. 48, 1997, p. 293 s. Seguramente estas afirmaciones son una toma de postura respecto a la alternativa que ya planteaba JAKOBS en el propio título de uno de sus trabajos: *El Derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento de los principios de la tradición europea, o: ¿Despedida del Derecho penal tradicional?* (traducido al castellano como *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid 1996, [traducción Cancio, M./Feijóo, B.].

(3) Así, preservar un principio tan asentado como el de la irretroactividad de las normas penales desfavorables, tal vez pudiera parecer a una parte de la opinión pública poco adecuado para la adaptación a los cambios que en una sociedad con las relaciones de producción y distribución como las actuales dan lugar a múltiples riesgos para bienes de la mayor importancia como la salud pública o el medio ambiente. Sin embargo no parece que poner en cuestión la plena vigencia de tal principio tenga sentido, apelando a su falta de adecuación a las necesidades de una sociedad del siglo XXI.

1. RASGOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO

1. En el análisis de los rasgos característicos de las reformas penales de al menos los últimos veinte años, ha adquirido relevancia la propia exploración de las peculiaridades de la evolución social que estarían influyendo de manera decisiva en las pautas político-criminales imperantes. En tal estudio, inicialmente en Alemania, se ha sentido el influjo de la concepción que describe la sociedad postindustrial presente como una «sociedad del riesgo». Desde la aceptación o asunción del *topos* de la *sociedad del riesgo* (4) como modelo sociológico que describiría de modo al menos parcialmente acertado la configuración de la sociedad actual, se pone de relieve que los caracteres de ésta (5), comportan determinadas consecuencias que propician la aparición de ciertos rasgos que conformarían una específica *política criminal en la sociedad del riesgo* y, ulteriormente, también de un específico Derecho de tal sociedad.

En una primera aproximación, tal política criminal en la sociedad del presente se caracterizaría por una evidente tendencia a la expansión del Derecho penal que se concreta en la ampliación del *Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal*. Ello se lleva a cabo, primordialmente, a través de la formulación de nuevos bienes jurídicos universales de vago contorno y el frecuente recurso a la técnica de los delitos de peligro (6) —en buena

(4) Modelo sociológico propuesto por BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M. 1986 (= *La sociedad del riesgo*, Barcelona 1998, trad. de J. Navarro, D. Jiménez y M.ª R. Borrás), *passim*, que ha conseguido extenderse, si no como modelo dominante, al menos, como uno que describe características fundamentales de la sociedad postindustrial del presente, y que viene siendo objeto de una viva discusión en los últimos años ya no sólo en Alemania, sino extendida tanto en la literatura sociológica como, más recientemente, en la jurídica.

(5) Caracteres que no pueden reproducirse aquí, por lo que me permito remitir a mi trabajo *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, ed. Cívitas, Madrid, con ulteriores referencias.

(6) Apuntan, entre otros, estos dos aspectos fundamentales de la evolución político-criminal actual, SEELMANN, *Risikostrafrecht. Die «Risikogesellschaft» und ihre «symbolische Gesetzgebung» im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht*, *KritV* 1992, p. 453; MÜLLER-DIETZ, *Gibt es Fortschritt im Strafrecht?*, en Jung/Müller-Dietz/Neumann (ed.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, Baden-Baden 1996, p. 44. *Vid.* también, HOHMANN, *Recensión a Müssig, B.: Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a. M. 1994, *GA* 1995, p. 497. En la doctrina española, *Vid.* por todos, SILVA, *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*,

medida, de peligro abstracto—. Si resulta certera la caracterización de Prittwitz de lo que diferencia el Derecho penal, llamémosle clásico, del que se está configurando en la actualidad, es que este último protege *más* bienes —configurados además de modo distinto— y los protege *antes* (7), es decir, en un estadio previo a la lesión del bien jurídico. Pero además, a este rasgo central de la ampliación de los límites del Derecho penal mediante la anticipación de su intervención, se añaden como síntomas que evidencian su tendencia preventiva, la *flexibilización* de ciertos presupuestos de imputación tanto objetivos como subjetivos, lo que conjuntamente con la utilización de ciertas técnicas de tipificación compone un cuadro que plantea también la posible afectación, en mayor o menor medida, de *principios garantistas limitadores* del Derecho penal propio de un Estado de Derecho avanzado (8).

La constatación que globalmente describiría el proceso que experimenta el Derecho penal en la sociedad del riesgo es que la creciente sensación de inseguridad social —en buena parte subjetivamente percibida de modo más grave de lo que correspondería objetivamente— generada tanto por los nuevos riesgos, como por el cambio de potencial de los riesgos ya conocidos, y por la complejidad de todos los procesos en los que está implicada la sociedad, provoca una *demanda específicamente normativa de seguridad* dirigida prioritariamente al Derecho penal, que se canaliza procediendo cada vez de manera más palmaria a la ampliación cuantitativa y cualitativa del mismo. Las manifestaciones expansivas tienen, además, en demasiadas ocasiones, un efecto primordialmente *simbólico*, esto es, muchas de las nuevas criminalizaciones se presentan como una

Madrid 1999, p. 98; CORCOY, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia 1999, *passim*.

(7) Vid. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M. 1993, p. 245.

(8) Señalando lo primero vid. SEELMANN, «Societat de risc i dret penal», *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, p. 274 ss. y añadiendo a tal «reinterpretación» en clave expansiva de las reglas de imputación, la flexibilización de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y procesal, SILVA, *Expansión*, 1999 (cit. nota 6), p. 17 s., 30. Con un planteamiento similar, también SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, p. 11 ss., 36 ss., 66 ss. No comparte, en cambio, esta perspectiva crítica sobre la evolución actual tendente a la protección preferente de bienes jurídicos supraindividuales a través de la técnica de los delitos de peligro, CORCOY, *Delitos* (cit. nota 6), p. 20 s., 186 ss. Sobre el tema resultan fundamentales las monografías de LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996, p. 2 ss. y *passim*; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlín 1998, *passim*.

aparente solución al conflicto, para satisfacer necesidades de intervención (9), sin una suficiente constancia de la *necesidad y la adecuación* de la intervención penal o de su capacidad real para posibilitar la solución efectiva al conflicto, ni tampoco de si se trata de una respuesta que se mantiene dentro de los *límites de una intervención legítima del Derecho penal*.

Desde posturas que ven con especial preocupación este cariz que adopta el desarrollo del Derecho penal en la actualidad, se pone especial énfasis en el hecho de que la presión de prevención de la sociedad del riesgo incita a una *política criminal simbólica* ya que el logro de la seguridad se convierte en un motivo dominante de la ordenación de la vida social (10). Tal exigencia, aunque sea razonable en cierta medida (11), se convierte en algo problemático cuando, por una parte, la sensación de inseguridad no se corresponda con la entidad y magnitud de los riesgos reales (12) y, por otra, cuando el destinatario de todas las demandas de seguridad es el Derecho penal –incluyendo aquí también el derecho procesal penal– (13). Con ello, como se ha destacado, la

(9) Vid. en este sentido, HASSEMER, «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, p. 36 (= *NStZ* 1989, pp. 553 ss.).

(10) Así se pronuncia, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg 1990, p. 53 s.; vid. también incidiendo en este punto, CALLIES, «Strafzwecke und Strafrecht. 40 Jahre Grundgesetz– Entwicklungstendenzen von freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat?», *NJW* 1989, p. 1338; ALBRECHT, P. A. «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», *NJ* 1994, p. 194 (= *La insostenible situación del Derecho penal*. Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra [ed. española], Granada 2000, pp. 471-487, traducción de Ricardo Robles).

(11) Sobre el surgimiento de la idea de seguridad como derecho humano, vid. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 1983 y sobre la discusión ligada a ello, ampliamente PRITTWITZ, *Strafrecht*, (cit. nota 7), p. 135 ss; vid. también CALLIES, *NJW* 1989, (cit. nota 10), p. 1338. Sobre la justificación histórica y material de la idea de seguridad y su fundamentación en la literatura filosófico-jurídica y política, vid. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechts-theoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt a. M. 1989, p. 284 ss; el mismo, KINDHÄUSER, *Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft*, *Universitas* 1992, p. 229; ss.; vid. también sobre ello HERZOG, *Unsicherheit* (cit. nota 10), p. 50 ss.

(12) Se dice que si por algo se caracteriza una sociedad del riesgo es por tener una necesidad de seguridad siempre en aumento, así como de procurar *sensaciones* o impresiones de seguridad a través los medios de control.

(13) Destacando este aspecto, HASSEMER, «El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal “eficaz”», *Estudios Penales y Criminológicos*, XV, 1992, p. 189 (= *StV* 1990, pp. 328 ss.); FREHSEE, «Die Strafe auf dem Prüfstand Verunsicherungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse», *StV*, 1996, p. 224. Trata los argumentos a favor y en contra de la intervención del Derecho penal en ciertos ámbitos en el contexto de la sociedad del riesgo, PRITTWITZ, «Funktionalisierung des Strafrechts», *StV* 1991, p. 437.

demanda de seguridad no se dirige a su «lugar natural» que sería más bien el Derecho administrativo (14), produciéndose así una evidente tendencia a la ampliación de la intervención penal en vez de a su limitación. El Derecho penal se ve así forzado en un proceso de expansión continuo, asumiendo un papel que no le pertenece ni en exclusiva ni tampoco de modo prioritario y que podría abocar a una situación en la que se tiende a la seguridad de los bienes jurídicos a través de un modelo preventivo que conduciría a un Estado intervencionista y, en un cierto modo, a un Estado de la seguridad (15).

2. El hecho de que el nuevo paradigma de configuración social de la sociedad del riesgo traspase las fronteras del análisis social y se incorpore a las reflexiones sobre su influencia en la evolución del ordenamiento jurídico, es decir, en la regulación jurídica de las transformaciones que trae consigo tal modelo social, propicia la importación del concepto de sociedad del riesgo a los análisis propiamente jurídicos. Al partir de la constatación de que los «nuevos» riesgos tienen su origen en decisiones y actuaciones humanas, esto es, que el primer factor de inseguridad en la sociedad del riesgo es el hombre (16), y que aquellas son susceptibles de una cierta conducción a través del Derecho, surge la idea de acudir al Derecho penal como medio adecuado y necesario para contrarrestar los nuevos riesgos y asegurarse frente a ellos. Pero la atribución de potencial al Derecho penal para el control de los nuevos riesgos y el tratamiento de las nuevas demandas sociales viene propiciado por diversos factores añadidos a éste. En primer lugar, a la ya aludida sensación de inseguridad que genera una

(14) Vid. al respecto las precisiones de SILVA, *Expansión* (cit. nota 6), p. 30, aspecto también subrayado por KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 229.

(15) Éste es el peligro que ven, con un planteamiento sólo en parte similar, DENNINGER, «Der Präventions-Staat», *KritJ* 1988, p. 9 ss., tesis que recoge BARATTA, «Jenseits der Strafe- Rechtsgüterschutz in der Riskogesellschaft», en Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (ed.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, p. 402 s.; y ALBRECHT, P. A., «Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionstaat.- Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts», *KritV* 1988, p. 184 ss., que destaca el llamado Derecho penal político como una de las materias centrales del Estado intervencionista de la seguridad, como «compensación» del déficit de control en el terreno técnico-económico.

(16) Vid. KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 229; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, Berlín 1993, p. 28; el mismo, Gibt es ein «Strafrecht der Risikogesellschaft»? *NSz* 1993, p. 11 ss., que a este respecto recoge las ideas señaladas por BECK de que los riesgos actuales a diferencia de los peligros propios de otras épocas, son «artificiales» en la medida en que son producidos por la actividad humana y están inicialmente vinculados a decisiones humanas. En el mismo sentido vid. LAU, *Soziale Welt* 1989, p. 423.

demanda de control netamente penal por el carácter más drástico o severo y por la efectividad que en principio se concede a éste, viene a sumarse la impresión de que no hay ninguna otra alternativa de protección que se ajuste a la gravedad que se atribuye al fenómeno. Por otro lado, también influye el deseo, propio de la presión social visible en la actualidad, de tener todo bajo control sin dejar ningún resquicio en la prevención de riesgos y acontecimientos lesivos, de manera que si finalmente éstos se producen, han de ser en todo caso imputados a alguien y no se acepta que pueda haber accidentes producto del riesgo marginal que conlleva toda actividad arriesgada (17). Todo ello permitiría, efectivamente, hablar en un cierto sentido de un «*Derecho penal de la sociedad del riesgo*» (18).

(17) Describen este fenómeno en la imputación de responsabilidad, PRITTWITZ, *Strafrecht* (cit. nota 7), p. 109; SILVA, *Expansión* (cit. nota 6), p. 33, con nota 41.

(18) Expresión que, en buena medida, surge como creación conceptual crítica del sector doctrinal detractor de la evolución experimentada por el Derecho penal, que pretende designar una forma de desarrollo y de modificaciones estructurales introducidas en el Derecho penal para adaptarse al fenómeno de la sociedad del riesgo, como ha puesto de manifiesto FREHSEE, *StV* 1996, (nota 13), p. 227. Recoge en nuestro país este origen crítico de la utilización del término, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto», en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Casabó*, vol. II, Valencia 1997, p. 706. Vid. otras precisiones respecto a la noción designada con dicha expresión, en HILGENDORF, *NSiZ* 1993 (cit. nota 16), p. 12; el mismo, *Produzentenhaftung* (cit. nota 16), p. 28; SEELMANN, *KritV* 1992, p. 453 (cit. nota 6); PRITTWITZ, «Risiken des Risikostrafrechts», en Frehsee/Löschper/Smaus (ed.), *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, Interdisziplinären Studien zu Recht und Staat*, t. 5, 1997, p. 47 ss., donde resume los puntos más destacables de su construcción en sus trabajos anteriores. Posteriormente su referencia se ha extendido tanto entre quienes niegan la existencia de tal Derecho penal específico de la sociedad del presente y critican la propia caracterización de la misma como sociedad del riesgo —opinión sustentada en Alemania por KUHLEN, «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung» (§ 324 StGB), *GA* 1994, p. 352, 358 ss. y SCHÜNEMANN, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *ADPCP* 1996, (= *GA* 1995, pp. 201 ss.) p. 198—, como entre los que aceptan la evolución actual como una necesaria y conveniente adaptación y modernización de un Derecho penal anticuado que no puede ofrecer soluciones a nuevos problemas con los «viejos» instrumentos y estructuras, postura esta última que encuentra adeptos en nuestro país; recientemente se han manifestado en este sentido, CORCOY, *Delitos* (cit. nota 6), pp. 24 s.; PÉREZ DEL VALLE, *Poder judicial* núm. 43-44, 1996, pp. 61 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Rev. Poder Judicial* núm. 48, 1997, (cit. nota 2), p. 293 s.; el mismo, *Responsabilidad*, 2000, (cit. nota 2), p. 20; DE LA CUESTA AGUADO, *Rev. de Derecho y Proceso pPnal*, 4, 2000, (cit. nota 1), p. 136. Hoy se ha convertido ya en una expresión acuñada y en una referencia casi obligada, o en un concepto clave al abordar ciertos aspectos de la evolución actual del Derecho penal.

La llegada de nuevas demandas al Derecho penal plantea la cuestión de las dificultades que surgen para operar de la misma forma o con los mismos instrumentos que hasta ahora. Algunos consideran que tal problema da lugar a una verdadera crisis en la capacidad de rendimiento del ordenamiento jurídico, hablándose de una «crisis en la prestación» (19) del mismo ante los nuevos riesgos y las exigencias que éstos plantean. El proceso parece desarrollarse en dos fases: en la primera, surgen nuevos sectores o ámbitos de actividad que se incorporan al Derecho penal —señaladamente los riesgos derivados de ciertas técnicas como la atómica, biológica o informática—. Además, se produce una extensión y endurecimiento de los preceptos en otros sectores ya existentes —frecuentemente en el Derecho administrativo sancionador o en el Derecho penal accesorio, incorporados luego al Código Penal—, ampliando y endureciendo su alcance, como ha ocurrido en materia medioambiental y de ordenación del territorio y en el Derecho penal económico. En estos sectores y, aún en mayor medida, en el de la criminalidad vinculada a estupefacientes así como, en general, en la criminalidad organizada, influye otro rasgo típico de la actual sociedad, como es la *globalización y el carácter transnacional* de ciertas actividades y formas de delincuencia. Pero en una segunda fase de la evolución, y ante las dificultades para reaccionar de manera flexible y «eficaz» a las exigencias planteadas con las estructuras existentes, surgen además planteamientos que abogan por la necesidad de un *cambio de perspectiva* o del propio modelo a adoptar, así como por la transformación y el desarrollo de nuevas estructuras y vías de imputación de la responsabilidad penal (20). Así, surgen disfunciones en el desarrollo actual del Derecho penal con elementos estructurales de

(19) Expresión con la que PAREDES, «Responsabilidad penal y “nuevos riesgos”: el caso de los delitos contra el medio ambiente», *AP* 1997, p. 217, alude a la cada día más patente discrepancia entre las prestaciones que se esperan o se demandan del Estado desarrollado moderno y de su ordenamiento jurídico, y la capacidad real de los mismos para satisfacerlas.

(20) Curiosamente entre quienes no reconocen ni aceptan la nueva entidad de los riesgos, sí se acepta que ciertas actividades se presentan, al menos, bajo una nueva perspectiva o dimensión que «provoca», justificadamente, tal incremento punitivo, así como la necesidad de transformaciones en la forma de intervención penal. Significativamente de esta opinión KUHLEN, *GA* 1994 (cit. nota 18), pp. 352, 358 y SCHÜNEMANN, *ADPCP* 1996 (cit. nota 18), pp. 197 s., quienes han destacado que la habitual respuesta a la cuestión de por qué ha surgido el discurso sobre el Derecho penal de la sociedad del riesgo, sólo es en parte cierta, ya que no todos los ámbitos de actividad arriesgada a los que se hace referencia son realmente privativos de la sociedad actual y, por otro lado, al menos algunos de los aspectos importantes de lo que se reconoce como reacción jurídico penal ante los fenómenos de la sociedad del riesgo son conocidos hace tiempo.

atribución de la responsabilidad penal habituales hasta ahora, especialmente los que se refieren a la presencia de la relación de causalidad, la imputación de responsabilidad individual, respecto a la diferenciación entre responsabilidad dolosa e imprudente, entre autoría y participación y entre consumación y formas anticipadas de la punibilidad (21).

En suma, el rasgo que define y caracteriza la política criminal de los últimos años se resumiría en la tendencia a consolidar un Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, en un sentido indudablemente más inflacionista y criminalizador que despenalizador. La tensión en la que se encuentran el principio de *intervención mínima* y el entendimiento de la pena criminal como *ultima ratio* por un lado, y las tendencias expansivas que pretenden atender a las crecientes demandas de tutela, por otro, se resuelve claramente a favor de estas últimas (22). Pero más allá de esta tendencia ampliatoria del Derecho penal, surge la demanda de una transformación más o menos sustancial del llamado «viejo» modelo, pues se señala que las demandas preventivas de una política criminal interesada en el control del riesgo no podrían ser supestamente satisfechas a través de un Derecho penal liberal y garantista que está más bien orientado hacia el pasado, dotado de un arsenal de medios limitados y que, como instrumento preventivo, ha de ser prudente (23).

(21) Cfr. HASSEMER, *Pena y Estado* núm. 1, 1991 (cit. nota 9), p. 34; el mismo, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno» *ADPCP* 1992, p. 244; HERZOG, «Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)», *ADPCP* 1993, pp. 317, 319; en la doctrina española vid. MATA Y MARTIN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada 1997, pp. 4 s.

(22) Vid. sólo los diagnósticos en este sentido, referentes al CP de 1995, de RODRÍGUEZ MOURULLO, *Prólogo*, en Rodríguez Mourullo (Dir.), Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1997, p. 18; GIMBERNAT, *Prólogo Código Penal* (Tecnos); el mismo, «La contrarreforma penal de 1995», *Jueces para la Democracia* 36/1999; CÓRDOBA, «Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima», *La Ley* 1996-3, pp. 1332 s.; MUÑOZ CONDE, «Principios inspiradores del nuevo Código penal», en *Estudios Jurídicos en memoria Prof. Casabó*, vol. II, Valencia 1997, p. 532; SILVA, *Expansión*, p. 19 (cit. nota 6). Plantea en cambio la posible síntesis de aquellos dos términos, CORCOY, *Delitos de peligro* (cit. nota 6), pp. 28 ss., 188 ss., en el sentido de que la asunción por parte del Derecho penal de los nuevos problemas que conlleva la modernización de la sociedad, no implica la creación de un «moderno» Derecho penal que suponga problemas añadidos.

(23) En este sentido, HASSEMER, *Pena y Estado* núm. 1, 1991, (cit. nota 9), p. 5. A este respecto, entre otros factores que dificultan una conciliación del tratamiento jurídico de las cuestiones que plantean los nuevos riesgos con los principios hasta ahora vigentes en materia de imputación de responsabilidad penal y

En ese contexto, no es extraño que se abra un frente por el que pueden surgir fisuras en elementos garantistas del Derecho penal, pero lo que resulta especialmente preocupante es que incluso se haga referencia explícita al papel obstaculizador o de rémora que se le asigna a las garantías penales llamadas «clásicas» en la consecución de la eficacia preventiva (24).

En relación con todo ello, desde una perspectiva que contempla con inquietud esta evolución, la crítica global a la que se somete a la política criminal de la sociedad del riesgo es que en su característica disposición al control y disminución de la inseguridad podría provocar transformaciones que amenazarían, en primer lugar, a algunas estructuras de imputación de responsabilidad reputadas básicas en Derecho penal y, finalmente, a principios y garantías propias del Estado de Derecho (25), pues el objetivo de conseguir una mayor eficiencia

con los principios básicos del Derecho penal garantista, señala PAREDES, *AP* 1997 (cit. nota 19), p. 218, que la ignorancia y la dificultad o imposibilidad de previsión de la evolución de peligros eventualmente unidos a ciertas actividades, técnicas y objetos, produce dificultades en los principios de imputación de responsabilidad individual basada en la previsibilidad de los posibles resultados, en la relevancia de los conocimientos individuales del autor, en la necesaria prueba de la relación causal entre el comportamiento del autor y el hecho del que se le responsabiliza, así como en la individualización de la responsabilidad individual de cada interviniente

(24) Aunque suele constituir más bien el trasfondo no siempre declarado de ciertas argumentaciones, no faltan las referencias explícitas en este sentido tanto en la doctrina alemana como española: *vid.* SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 574 ss., en relación con los criterios de imputación del Derecho penal clásico frente a la criminalidad de empresas; KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), pp. 233 ss.; DE LA CUESTA AGUADO, *Rev. Derecho y proceso penal*, núm. 4, 2000 (cit. nota 1), p. 137; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Responsabilidad*, 2000, (cit. nota 2), p. 20. Advirtiendo esta actitud de crítica a la «rigidez» que imponen las garantías y también advirtiendo del peligro de proceder a una flexibilización de las mismas, SILVA, *Expansión*, p. 30 (cit. nota 6).

(25) Esa amenaza se produciría porque los principios de un Derecho penal liberal propio de un Estado de Derecho son demasiado exigentes para ceder a la presión y reaccionar de modo flexible ante los problemas de la sociedad del riesgo; *vid.* sobre ello, HASSEMER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (AK StGB,), Band 1, Neuwied 1990 antes § 1, nm. 480 ss. Destacan también los problemas de legitimidad que plantea un Derecho penal preventivo característico de la sociedad de riesgo, desde la óptica del Estado de Derecho y, en definitiva, el carácter *antigarantista* de tal tendencia, HASSEMER, «Sozialtechnologie und Moral; Symbole und Rechtsgüter», en Jung, H./Müller-Dietz, H./Neumann, U. (ed.), *Recht und Moral*, Baden-Baden 1991, pp. 329 ss., el mismo, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en Scholler/Phillips (ed.), *Jenseits des Funktionalismus*, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, pp. 88 ss. (= *Doctrina penal* 1989, pp. 279 ss.); el

puede afectar a alguno de ellos. Se destaca, por tanto, el carácter tendencialmente antigarantista de la evolución que ha sufrido el Derecho penal preventivo característico de la sociedad del riesgo y los problemas de legitimidad que ello plantea.

3. De otro lado, se suscitan también en este contexto otras dos cuestiones de no poca envergadura: por una parte, la que se pregunta por la *capacidad o adecuación* del Derecho penal como instrumento eficaz de conducción de comportamientos que sirva como medio de defensa efectivo ante los nuevos riesgos y para responder a las actuales necesidades de protección, —es decir, la cuestión de la eficacia o no de la inserción del mecanismo penal en estos terrenos—. Por otra, la que se refiere a la polémica acerca de la existencia de una mutua influencia entre los fenómenos típicos de la sociedad del riesgo y un distanciamiento de los fines tradicionales de la pena y del Derecho penal —retribución, prevención especial y general intimidatoria—, que supusiera la paralela adopción como teoría de la pena específica de las condiciones de la sociedad del riesgo de la fundamentación preventivo-general positiva de la pena (26). En relación con ello, el balance poco halagüeño de la eficacia de los preceptos penales preci-

mismo, *Pena y Estado* núm. 1, 1991 (cit. nota 9), pp. 23 ss., en conclusión, pp. 36; ALBRECHT, *KritV* 1988 (cit. nota 15), pp. 182 ss., 200 ss.; el mismo, *NJ* 1994, (cit. nota 10), pp. 193 ss.; PRITTWITZ, *StrV* 1991 (cit. nota 13), pp. 435 ss.; KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 227; HERZOG, *Unsicherheit*, (cit. nota 10), pp. 70 ss.; el mismo, *ADPCP* 1993 (cit. nota 21), pp. 317 ss., 321 ss. *Vid.* sobre ello en la doctrina española, por todos, SILVA, ¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del art. 325, *La Ley* 1997-3, pp. 1714 ss. (= en *La Reforma de la Justicia Penal*. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann. Gómez Colomer/González Cussac [coordinadores], Castellón de la Plana 1997, pp. 151-181); el mismo, *Expansión*, *passim*, especialmente, pp. 55 ss., 63 ss. (cit. nota 6).

(26) Fin que, precisamente, según uno de sus sustentadores, estaría de actualidad no sólo por su plausibilidad, sino especialmente porque se ajustaría «como anillo al dedo» al Derecho penal de la seguridad característico de la sociedad del riesgo: así, KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 232, (que con el término «Derecho penal de la seguridad» designa desde la perspectiva que defiende básicamente la necesidad y legitimidad de la evolución actual, el Derecho penal típico surgido en la sociedad del riesgo para asegurar niveles suficientes de seguridad en la disposición de bienes). En nuestro país, defiende que la prevención general positiva sería una conceptualización «propia de esta época», LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Responsabilidad*, (cit. nota 2), p. 20; *vid.* también del mismo, *Rev. Poder Judicial* núm. 48, 1997, (cit. nota 2), pp. 293 s. Por su parte SILVA, *Expansión*, p. 90 (cit. nota 6), aunque no aborda directamente la cuestión de si dicha teoría de la pena es la que mejor se ajusta a las condiciones de la sociedad postindustrial moderna, niega que la misma pueda ser un factor determinante para propiciar un concepto maximalista del Derecho penal que resulte determinante en el actual proceso expansivo del Derecho penal.

samente en los ámbitos en los que inciden más fuertemente las presiones de criminalización y la percepción de la evidente *crisis de efectividad* en estos terrenos –medio ambiente, Derecho penal económico, criminalidad organizada, drogas, paz pública etc.–, no ayuda a reforzar la tesis de la utilidad y eficacia del instrumento penal en los mismos. De otra parte, se destaca el marcado *carácter simbólico* que tendría en ellos la respuesta penal, en el sentido de que, en realidad, su efecto es más simbólico que verdaderamente instrumental. Incluso la impresión, o más bien la fundamentada sospecha de que, a veces, se busca sólo el efecto declarativo que tiene la propia aprobación de una norma (27) como medio de acallar las presiones de prevención y de protección de la seguridad que demanda una cierta opinión pública, revierte en el saco del escepticismo frente al recurso a la criminalización.

Todo ello ha podido ser interpretado por los críticos con esta evolución como una política criminal orientada no tanto a la protección real de los bienes, sino a la de satisfacer fines más amplios, de corte político populista, como los de aplacar o mitigar una demanda de intervención y respuesta ante fenómenos que se perciben con la preocupación propia de la inseguridad que se corresponde con la imagen de la sociedad del riesgo, y para operar como medio educador para fomentar ciertos valores entre la población (28). Entre los problemas que la acentuación de

(27) Resulta efectivamente destacable que el efecto simbólico no se refiere sólo al proceso de aplicación de las normas, sino también de manera frecuente, al propio hecho de su formulación o promulgación, porque apenas se espera su aplicación; *vid.* en este sentido, HASSEMER, *Pena y Estado* 1991, (cit. nota 9), pp. 30; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 256 (cit. nota 7); en nuestra doctrina *vid.* SILVA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, p. 305.

(28) Sobre todo ello, *vid.* HASSEMER, *Pena y Estado*, 1991, (cit. nota 9), p. 36, p. 30, donde resalta el carácter negativo de este efecto simbólico, al hacer predominar las funciones latentes –necesidad de actuar y tranquilización de los ciudadanos mostrando un Estado que interviene– sobre las instrumentales o manifiestas regulación de un conjunto de casos abarcados en el ámbito de aplicación de la norma para tutelar efectivamente un bien jurídico; advierte este mismo autor, *ADPCP* 1992 (cit. nota 21), p. 240, que la exigencia de que el Derecho penal intervenga cuanto antes en ciertos ámbitos especialmente «sensibles» no sólo pretende servir como medio para solución de conflictos, sino que perseguir también operar como *medio pedagógico* o educador en ciertos valores emergentes –los ejemplos a los que se hace referencia son claros: la legislación penal medioambiental y la legislación antidiscriminatoria–. Alude también al efecto simbólico que produce una inmediata estigmatización de la conducta sometida a pena, que pretende resultar útil en un Derecho penal que persiga cumplir funciones educativas, SILVA, *Aproximación* (cit. nota 27), p. 306; *Vid.* también PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 256 (cit. nota 7). Por otra parte, SILVA, *Expansión*, p. 45 (cit. nota 6), se muestra con toda razón, crítico ante la visión del Derecho penal como principal o único instrumento de pedagogía social.

este efecto simbólico en sentido negativo (29) puede producir, está el hecho de que además de resultar ineficaz y destructivo a largo plazo por producir un efecto de pérdida de confianza de los ciudadanos en el ordenamiento y la Administración de Justicia, supone un ataque a los principios del Derecho penal propio de un Estado de Derecho (30).

4. Ante estas dificultades a que se enfrenta el Derecho penal y la crisis que de ello deriva surge la cuestión fundamental en que está implicada la discusión actual de la doctrina penal en este contexto,

(29) Se pone el acento en el carácter pernicioso de este uso simbólico de la norma penal, ya que no hay que perder de vista que la presencia de efectos simbólicos es una faceta —no necesariamente negativa— de toda norma penal y no constituye tampoco una característica privativa del Derecho penal moderno. Sobre este sentido «positivo» de la función simbólica del Derecho penal *vid.* HASSEMER, *Pena y Estado* 1991, (cit. nota 9), pp. 25 ss.; el mismo, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2.ª ed., Heidelberg 1996, pp. 13 s.; PRITTWITZ, *Strafrecht* (cit. nota 7), pp. 162, 255 s.; el mismo, *StV* 1991 (cit. nota 13), p. 440; BARATTA, *Art. Kaufmann FS.*, (cit. nota 15), pp. 411 ss.; el mismo, Prefacio, en MOCCIA, *La perenne Emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2.ª ed., Napoli 1997, pp. XV s. *Vid.*, igualmente, entre nuestra doctrina, SILVA, *Aproximación* (cit. nota 27), pp. 304 ss.; TERRADILLOS, «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal», *Pena y Estado* núm. 1, 1991, pp. 9 ss. Sobre el concepto de Derecho penal simbólico y, en general sobre el tema *vid.* VOB, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach 1989, *passim* y especialmente, pp. 79 ss., 102 ss.; AMELUNG, «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung», *ZStW* 92 (1980), pp. 19 ss.; HAFFKE, «Symbolische gesetzgebung? Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland», *KritV* 1991, pp. 165 ss.; SCHMEHL, «Symbolische Gesetzgebung», *ZRP* 1991, pp. 250 ss. Sobre los distintos aspectos de un Derecho penal simbólico en el Derecho penal moderno *vid.* PRITTWITZ, *Strafrecht* (cit. nota 7), pp. 255 ss. En la doctrina española *vid.* las distintas aportaciones en *Pena y Estado* núm. 1, 1991, donde también se contienen contribuciones de autores alemanes e italianos. *Vid.* en la doctrina italiana también, PALIERO, «Il principio di effettività del Diritto penale», *Riv. it. Dir. Proc. Pen.* 1990, p. 537; FIANDACA, «Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina», en L. Pepino (a cura), *La Riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano 1993, pp. 20 ss.

(30) *Vid.* las conclusiones a este respecto de HASSEMER, *Pena y Estado* 1991, (cit. nota 9), p. 36; el mismo, *ADPCP* 1992 (cit. nota 21), pp. 243 s; el mismo, «Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik», *StV* 1995, p. 486; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 260 (cit. nota 7); SEELMANN, *KritV* 1992, pp. 452 ss. (cit. nota 6) y FRETSEE, *StV* 1996 (nota 13), p. 226. Destaca también los efectos de pérdida de fiabilidad e instrumentalidad del Derecho penal a largo plazo, SILVA, *Aproximación* (cit. nota 27), p. 306. A este respecto, se alude también al efecto claramente nocivo de los déficit de ejecución, que no se refieren exclusivamente a las elevadas cifras negras, sino también a la que la escasa aplicación de la norma llega frecuentemente sólo a los casos de bagatela, a los pequeños culpables y no a los grandes que permanecen impunes; en definitiva, a la desigualdad en la aplicación de la norma que conlleva, frecuentemente, consecuencias injustas. Sobre ello *vid.* sólo SEELMAN, *KritV*, 1992, pp. 461 ss. (cit. nota 6).

esto es, analizar si el sistema está en condiciones de afrontar los nuevos retos con el instrumental a su alcance y sin perder los perfiles y las señas de identidad propias de un Derecho penal garantista. El problema que late en el fondo de esta disyuntiva es cómo se puede introducir la idea de *consecución de seguridad* —en sí legítima— a través del Derecho penal sin deformar con ello el sistema. Lo cuestionable es, como agudamente ha señalado Kindhäuser (31), por qué la *seguridad*, que es una materia genuina del derecho de «policía» y de las contravenciones administrativas, *se incorpora como idea básica del moderno Derecho penal y si su consecución puede realizarse a través de éste de manera razonable —y legítima, añadiría yo—* o si, por el contrario, tal objetivo puede desbordar en ocasiones el marco de una fundada política criminal adecuada en un Estado de Derecho o se lleva a cabo a través de vías que suponen también fricciones con los principios característicos del Derecho penal propio de tal Estado.

Aunque se volverá más adelante sobre ello, para intentar esbozar una conclusión hay que dejar claramente sentado ya aquí que la alternativa no está, al contrario de lo que habitualmente se dice, entre dos únicas posturas claramente contrapuestas. Éstas serían, por un lado, la defensora de la «modernización» y la adaptación a las nuevas tareas, aunque ello pueda suponer una renuncia, no siempre expresamente aludida ni asumida, a la estricta sujeción a las estructuras y principios de atribución de la responsabilidad penal habitualmente asociados a un Derecho penal garantista. De otro lado, estaría la que presenta los inconvenientes de que el Derecho penal abandone el núcleo original de regulación que indiscutiblemente se le atribuye, sin que deba acoger el tratamiento de los «modernos» problemas que exceden del mismo. No resulta defendible que las dos únicas alternativas ante la cuestión planteada consistan en la total funcionalización del Derecho penal que modifique o incluso renuncie a principios garantistas o, por contra, en el refugio incommovible en el llamado Derecho penal nuclear más básico, sino que se hacen necesarias las posturas intermedias que intenten alcanzar un punto de posible solución.

(31) *Universitas*, 1992, p. 229 (cit. nota 11). Apunta también la idea JAKOBS, *Sociedad*, pp. 44 s. (cit. nota 2).

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA MODERNA EVOLUCIÓN DEL «DERECHO PENAL DEL RIESGO»

Conviene ahora considerar sumariamente los trazos más significativos observables en la reciente evolución del sistema del Derecho penal en cuanto a las consecuencias que ya en plano de las *categorías y estructuras dogmáticas* acarrea la política criminal imperante, aceptando al menos como objeto de discusión el topos *Derecho penal del riesgo* (32). Se trata pues, de centrar ahora el interés en los *instrumentos y medios* que utiliza el Derecho penal moderno de manera preferente.

1. El primer rasgo visible y repetidamente aludido como una de las características del Derecho penal actual es una tendencia que podría definirse, en cuanto a su resultado final, como una *disolución del concepto o del referente bien jurídico* (33), y que pasa por la introducción preferente en los nuevos preceptos que se incorporan a las legislaciones penales de «intereses», objetos o fines de protección de carácter supraindividual o universal con un perfil tan difuso y vago que resulta difícil precisar sus contornos y designar con claridad el bien jurídico tutelado por la norma. El fenómeno es constatado de forma generalizada, pero resulta incluso auspiciado por aquellos que, básicamente, defienden el cambio de paradigma de un Derecho que prohíbe lesiones de bienes individuales a uno que pretende procurar control y seguridad en todos los terrenos en los que actúa. Así, se afirma que el alejamiento de la protección de bienes jurídicos individuales —o, más allá, la preterición de la propia referencia al concepto de bien jurídico— es consustancial con un Derecho penal que no tiene tanto que ver con el castigo o represión de daños individuales y concretos, sino con la mera *inobservancia de normas organizativas*, es decir, con la *protección de condiciones o estándares de seguridad* y

(32) Aunque como es conocido, esta etiqueta constituye precisamente el concepto clave de una teoría crítica con esta evolución y, en esa medida, su utilización puede recibir la acusación de que ya supone una cierta toma de postura. Sin embargo, la referencia a esta expresión está hoy tan extendida en la discusión y los análisis teóricos sobre la situación y evolución presente y futura del propio modelo de Derecho penal que me parece absolutamente justificado su empleo.

(33) Sobre ello, ampliamente, MÜSSIG, *Entmaterialisierung des Rechtsguts und der Kriminalpolitik*, (= *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, versión castellana de CANCIO, M. y PEÑARANDA, E., *Revista de Derecho penal y Criminología* [en prensa]).

con la evitación de perturbaciones sociales (34); que no persigue —aparentemente— la conservación de objetos, sino el mero *mantenimiento* de la vigencia de la norma (35).

Con el surgimiento y, sobre todo, la proliferación de estos nuevos bienes se han abierto debates doctrinales importantes sobre los problemas dogmáticos y político-criminales que la admisión y protección de los mismos plantea al Derecho penal (36). En cuanto a las consecuencias de corte *dogmático* que esto conlleva, no cabe duda que una de las más destacables es la que supone el encubrimiento de la mínima lesividad del comportamiento típico a través de la «nebulosa» de un bien jurídico creado *ad hoc* (37). Éste y otros problemas aquí implicados se agravan con la *combinación* de la tutela penal de estos «nuevos bienes» con la anticipación de la misma a través de la técnica de los delitos de peligro (38)—especialmente abstracto—, ya que a la característica vaguedad del objeto de protección y lo difuso del «titular» de tales

(34) Vid. en este sentido MOCCIA, *La perenne Emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2.ª ed., Napoli 1997, p. 30; KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 231; el mismo, *Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote*. Versión dactilografiada de la conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Sept. 1996 (original alemán sin publicar) (= en KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá 1996; pp. 65-89; traducción C. López Díaz), pp. 1 s.

(35) Así se pronuncia JAKOBS, *Sociedad*, p. 46 (cit. nota 2).

(36) Sobre este núcleo de problemas, ampliamente, vid. MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a. M. 1994, pp. 184 ss. y sobre los mismos, en referencia a concretos preceptos de la Parte especial, pp. 13 ss.; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos* (cit. nota 21), *passim* e Introducción; planteando la problemática ligada a la protección penal desde la óptica de la denominación «intereses difusos», vid. también CARBONELL, «Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», en *Cuadernos de Derecho judicial*, t. XXXVI, 1994, pp. 11 ss.; MORALES PRATS, «Técnicas de tutela penal de los intereses difusos», *Cuadernos de Derecho judicial*, t. XXXVI, 1994, pp. 75 ss.; PORTILLA CONTRERAS, «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», *CPC* 1989, pp. 723 ss.

(37) La observación corresponde a KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), pp. 231.

(38) Plantea el agravamiento de la problemática suscitada por la protección de imprecisos bienes jurídicos, cuando además a ello se une su tutela mediante delitos de peligro abstracto, HASSEMER, en *Recht und Moral* (cit. nota 25), pp. 329 ss.; el mismo, *ADPCP* 1992 (cit. nota 21), p. 242; vid. también del mismo, en, *Funktionalismus* (cit. nota 25), p. 89; HERZOG, *Unsicherheit* (cit. nota 10), pp. 109 ss.; HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt a. M./Bern/New York/Paris 1991, pp. 179 ss. En nuestra doctrina alude expresamente a tal problema SILVA, *La Ley* 1997-3 (cit. nota 25), p. 1716. Por su parte, recoge la opinión de Hassemer a este respecto, MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos* (cit. nota 21), pp. 3 s. En la doctrina italiana vid. MOCCIA, *Emergenza* (cit. nota 34), pp. 31 ss.

bienes jurídicos —en la medida que su ataque, frecuentemente, no presenta «víctimas» definidas— se une la inherente falta de concreción lesiva del tipo de peligro abstracto. Ello resulta, por tanto, particularmente preocupante cuando no se trata de la tutela de bienes supraindividuales con un referente claro a los bienes individuales de la máxima importancia como vida, salud, integridad de la persona u otros semejantes, sino de bienes de «nuevo cuño» sin referentes tan claros, como los del Derecho penal socioeconómico o el ambiente (39), entre otros. En esos ámbitos resulta más palmario ese cambio de paradigma que supone pasar de la tutela de bienes referidos en última instancia a intereses identificables de los individuos —en sentido individual o colectivo— a la tutela o el mantenimiento de funciones (40), de modelos de organización social o de funcionamiento de ciertos subsistemas (41).

(39) Sobre la intervención del legislador en la tutela penal en estos terrenos, *vid.* las apreciaciones en defensa de la misma de SCHÜNEMANN, «Vom Unterschichtszum Oberschichtsstrafrecht (Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?)», en Kühne/Miyazawa (ed.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderung in Japan und Deutschland*, Berlín 2000, pp. 23 s. En torno a la evolución respecto a la configuración del bien jurídico ambiental, *vid.* HIRSCH, «Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?», en Kühne/Miyazawa, *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Köln/Bonn/München 1995, p. 13. Sobre la configuración del bien jurídico ambiental en Derecho penal español, *vid.* por todos, JORGE BARREIRO, «Reflexiones acerca de la reforma española de los delitos contra los intereses colectivos: dos casos paradigmáticos: artículos 347 bis (delito ecológico) y 348 bis a) (protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo) del CP», *Rev. Foro Canario* 1993-I, pp. 141 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *Protección del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona 1996, pp. 41 ss.; SILVA, *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia 1999, pp. 80 ss.; en la doctrina italiana, solo, CATENACCI, *La Tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «sanzionatoria»*, Padova 1996, pp. 1 ss., 9 ss., 33 ss.

(40) *Vid.* sobre el particular las consideraciones de MOCCIA, «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», en Silva (ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a C. Roxin*, Barcelona 1997, (traducción de R. Ragués), pp. 119 ss., especialmente, pp. 121 ss.; el mismo, *Emergenza* (cit. nota 34), pp. 30 ss.

(41) De entre las numerosas referencias bibliográficas posibles (para las que me remito a mi trabajo más extenso *El Derecho penal en la sociedad del riesgo* (en prensa, ed. Cívitas), *vid.* sólo HASSEMER, en *Funktionalismus* (cit. nota 25), pp. 88 ss.; FRISCH, «Straftat und Straftatsystem», en Wolter/Freund (ed.), *Straftat Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg 1996, p. 150; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung*, (cit. nota 8), pp. 47 ss. Para una exposición de esta visión en la doctrina italiana *vid.* PALAZZO, «I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione», *Riv. it. Dir. Proc. pen.* 1992, pp. 468 ss. con

En un plano más general, resulta fundamental otro de los efectos que vienen propiciados por la tendencia aludida: se trata del cambio en el propio recurso al principio de protección de bienes jurídicos que, en vez de serle atribuida fundamentalmente una función de operar como criterio que sirve de instancia crítica y de limitación a la intervención punitiva del legislador, ahora se alega como criterio para exigir intervención penal o la anticipación y la exacerbación de la misma. Este giro en la orientación conlleva que la progresiva *expansión* del significado del concepto de bien jurídico, acompañada del paulatino *desvanecimiento* de sus referentes empíricos o tangibles, supone también que se le atribuya la pérdida de la *función de garantía* de los límites o de las condiciones de justificación de la prohibición penal (42). Ha pasado así a un primer plano el aspecto no deseable del principio de protección de bienes jurídicos, esto es, su empleo como *criterio de ampliación y no de limitación de la intervención* del Derecho penal (43), lo que ha contribuido, sin duda, a su desprestigio.

2. Otro instrumento básico del Derecho penal del riesgo está constituido por la creciente previsión de *delitos de peligro*, hasta el punto que ha llegado a calificarse el modelo de tipificación del delito de peligro abstracto como «tipo estándar» (44) de las reformas penales

ulteriores referencias; MOCCIA, *Política criminal* (cit. nota 40), pp. 115 ss.; y sobre la discusión, en una perspectiva general, ampliamente FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel et al.], Madrid 1995 (= *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Roma/Bari 1989), pp. 467 ss.

(42) Destaca este aspecto, FERRAJOLI, *Derecho y razón* (cit. nota 41), p. 468; Vid. también MOCCIA, en Silva (ed), *Política Criminal* (cit. nota 40), pp. 114 ss.

(43) Aluden a tal cambio de tendencia en el recurso al bien jurídico *vid.* JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* (1985), pp. 752 ss. (= *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, pp. 293-324, traducción de E. Peñaranda, p. 294); HASSEMER, en *Funktionalismus* (cit. nota 25), pp. 86 s.; el mismo, en *Recht und Moral* (cit. nota 25), p. 331 y en *ADPCP* 1992 (cit. nota 21), p. 239; PRITTWITZ, *StV* 1991 (nota 13), p. 438; CALLIESS, *NJW* 1989, (cit. nota 10), p. 1339; STACHELIN, *Strafgesetzgebung*, (cit. nota 8), pp. 42 ss. Entre nuestra doctrina, SILVA, «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo», *AP* núm. 15 1996, pp. 247 ss.; el mismo, *Expansión*, p. 98 (cit. nota 6); MUÑOZ CONDE, en *Estudios Casabó*, (cit. nota 22), p. 532; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos* (cit. nota 21), pp. 2 s. En la italiana, BARATTA, *Art. Kaufmann FS.*, (cit. nota 15), pp. 393 ss., 400 s.

(44) En este sentido, KINDHÄUSER, *Rechtsgüterschutz* (cit. nota 34), p. 6. Aunque no puede dejar de reconocerse que el modelo de delito de peligro no es nuevo ni privativo del Derecho penal actual, se establece esa relación directa entre e fenómeno de la ampliación de los espacios de riesgo no permitido a través de la tipificación creciente de delitos de peligro.

recientes. Se dice que estos delitos más que necesarios, resultan ineludibles como opción preferente o casi única de tipificación penal de comportamientos, en la medida en que en una sociedad industrial avanzada como la presente, crecen los contactos relativa o totalmente anónimos, en los cuales es también frecuente la realización de actividades o el empleo de instrumentos que pueden tener efectos potencialmente peligrosos. Desde la perspectiva de los fines de política criminal, el empleo preferente de la figura del delito de peligro abstracto pretende obtener una protección total y sin lagunas frente a nuevas situaciones de amenaza (45): no se quiere evitar sólo la producción de modo imprudente de resultados lesivos o de daños concretos, sino que se intenta adelantar la prevención para posibilitar y garantizar mejor la seguridad y la propia *sensación* de seguridad (46). La amplitud del que podría llamarse Derecho penal del peligro es

(45) Este es el diagnóstico de SCHNEIDER, en «Die Umwandlung des Strafrechts in ein Sicherheitsrecht», en *Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung*, (20. Strafverteidigertag von 22-24 März 1996 in Essen), Köln 1996, p. 250. Sobre las razones o motivos que explican el mayor recurso a la anticipación de la tutela penal a través de técnicas como los delitos de peligro, entre otras, y la discusión sobre la legitimidad o no de las mismas, *vid.* la amplia discusión recogida en WEBER, «Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte», en JESCHECK, H. H. (ed.), *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte. Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20 September 1985 in Göttingen.* (Beiheft ZStW 1987), pp. 1 ss.; PLATZGUMMER, «Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte im österreichischen Strafrecht», en JESCHECK, H. H. (ed.), *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte. Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20 September 1985 in Göttingen* (Beiheft ZStW 1987), pp. 37 ss.; GRASSO, en JESCHECK, H. H. (ed.), *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte. Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20 September 1985 in Göttingen* (Beiheft ZStW 1987), pp. 57 ss. (= *Riv. it. Dir. Proc. pen.* 1986, pp. 689 ss.); TIEDEMANN, *Poder económico y delito: Introducción al Derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona 1985 (A. Mantilla Villegas), pp. 33 ss.

(46) *Vid.*, MÜLLER-TÜCKFELD, «Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts», en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.): *Vom Unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M. 1995, pp. 461-481, p. 464 [= en *La insostenible situación del Derecho penal*. Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), Granada 2000, pp. 507-530, traducción Elena Iñigo, Nuria Pastor y Ramón Ragués]. ; KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 228, cuya afirmación al respecto resulta de suma importancia en el

explicada como la *respuesta* a la complejidad y la inseguridad de la vida en la sociedad actual, que crea la necesidad de seguridad y la correspondiente demanda de la misma, reclamando la tipificación preferente de los tipos de peligro (47), ampliando así los márgenes de los riesgos penalmente relevantes y anticipando el umbral de la punibilidad.

Desde parámetros ya atinentes a su estructura dogmática, el hecho de que se sostenga que estos delitos fijan de manera general e indiscutible en el caso concreto el comportamiento prohibido *per se*, sin consideración a su capacidad individual de conducir al peligro temido (48), tiene implicaciones que van más allá de las repercusiones puramente dogmáticas. El establecimiento así de responsabilidad penal por la mera infracción de estándares de comportamiento, sin

contexto de la discusión de si nos encontramos o no ante un Derecho penal del riesgo y de la seguridad, teniendo en cuenta que la misma proviene, precisamente, de un defensor de tal modelo de Derecho penal. En este sentido, también, guarda una evidente significación el argumento, tantas veces esgrimido por los defensores de la previsión preferente de delitos de peligro abstracto, de que éstos evitan el componente de azar inherente a los delitos de resultado (incluidos los de peligro concreto), especialmente rechazado en los delitos imprudentes; *vid.* sobre ello, entre la amplia literatura, las aportaciones de WEBER, PLATZGUMMER y la discusión recogida por MAIER, Diskussionsbericht (coloquio de la «Arbeitsitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20.9.1985 in Göttingen): en JESCHECK, H. H. (ed.), *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs und Unternehmensdelikte*, (Beiheft ZStW 1987). Se refiere también a la «irrefrenable» tendencia a la tipificación de delitos de peligro abstracto en este proceso expansivo de garantizar más seguridad, SILVA, *Expansión*, pp. 35-36 (cit. nota 6).

(47) Tal dirección está representada de modo paradigmático por la postura de HERZOG, *Unsicherheit*, (cit. nota 10), p. 54; el mismo, *ADPCP* 1993 (cit. nota 21), p. 317.

(48) *Vid.* en este sentido sólo SCHÜNEMANN, *ADPCP* 1996 (cit. nota 18), pp. 199 s; JAKOBS, «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», *Estudios de Derecho Judicial* 20, 1999, pp. 123 s. Para LAGODNY, *Strafrecht*, (cit. nota 8), p. 442, se debe a la estructura de los delitos de peligro abstracto el que éstos *necesariamente* abarquen también comportamientos concretamente no peligrosos (cursiva en el original; *vid.* también p. 245). Ampliamente sobre el tema y con ulteriores referencias, me remito a mi monografía: MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, ed. Comares, Granada, donde se adopta un punto de vista que, en cambio, partiendo de lo discutible que resulta aceptar que la estructura de los delitos de peligro abstracto *obligue ineludiblemente* a castigar también comportamientos en los que *ab initio* está ausente toda peligrosidad, analiza las distintas vías que permitan encontrar una solución para los problemas tanto dogmáticos como de legitimidad de los delitos de peligro abstracto.

consideración a criterios de lesividad en el caso concreto, ni atinentes a la culpabilidad del autor —que puede haber tomado todas las precauciones necesarias para evitar el peligro o puede actuar sabiendo que en su conducta está ausente toda peligrosidad típica desde un principio—, no sólo no parece tener suficientemente en cuenta los postulados en los que se ha basado la imputación de responsabilidad penal, sino que supone perder buena parte de los elementos que configuran la particularidad de la misma, acercándola a lo que es más propio del Derecho administrativo. La creciente utilización del modelo de tipificación del delito de peligro abstracto tiene la finalidad confesada de ampliar la capacidad de respuesta y afianzar la tendencia expansiva, puesto que desde el punto de vista de su estructura dogmática, al disminuir los requisitos de punibilidad facilitan enormemente la aplicación del tipo y, con ello, el alcance del instrumento penal (49). La presunción o generalización del peligro para el interés protegido entraña evidentes problemas de legitimidad (50), que se pueden sintetizar en la fricción con los principios de lesividad del hecho y de culpabilidad por falta de un injusto material, a la que daría lugar la imposición de una pena por hechos que individualmente no muestran una peligrosidad suficiente de la que poder hacer responsable al autor, pero que por ello también se pueden referir al principio de proporcionalidad. La aplicación estricta o automática de las normas que prevén delitos de peligro abstracto conforme a las interpretaciones «formales» tradicionales —teoría de la presunción y teoría del peligro general como «ratio» de la incriminación—, junto con su tipificación a través de delitos por acumulación, tipos penales en blanco que remiten el injusto a la nueva infracción administrativa, etc., hacen surgir el temor de estar haciendo un uso en buena medida ilegítimo del instrumento penal, especialmente cuando se afirma la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y, con ello, la plena punibilidad del hecho aunque

(49) Ello es así, si se sigue la interpretación habitual según la cual se atribuye usualmente a tal técnica la característica de anudar la punibilidad a la mera realización de la conducta descrita en el tipo, sin que normalmente se discuta en el momento de la aplicación de la norma, para afirmar la tipicidad del hecho concreto, si tal conducta es realmente peligrosa, sino que ello pretende ser únicamente elemento de la valoración realizada por el legislador en el momento de la creación de la norma; *vid.* a este respecto, HASSEMER, *Pena y Estado* 1991, (cit. nota 9), p. 35; el mismo, *SrV* 1995 (cit. nota 30), p. 484; LAGODNY, *Strafrecht*, (cit. nota 8), pp. 186 ss., 240.

(50) Entiende sin embargo LAGODNY, *Strafrecht*, (cit. nota 8), p. 245, que con razón, el Tribunal Constitucional alemán se refiere a tal presunción como una de carácter irrefragable y vinculante; *vid.* también *ibídem*, pp. 191 ss., 480 ss.

sea evidente la ausencia de peligrosidad de la conducta desde el momento de su realización, o a pesar de que el autor haya tomado medidas para evitar el surgimiento del peligro (51). Así, cuando se anuda una pena criminal a conductas que carecen de referencia lesiva evidente, resultan evidentes las tensiones con las características propias del concepto *material* de delito; ello comporta, como se ha señalado, una cierta confusión entre aquello que debe reputarse como injusto criminal y lo que no es más que mero control «socialtecnológico» (52) de comportamientos que se desvían de la regla, diluyéndose también así indudablemente las fronteras del Derecho penal con otras materias.

3. A la difuminación de la lesividad de las conductas incriminadas, es decir, de lo que se consideran caracteres necesarios de toda infracción penal, contribuyen también otros muchos factores, a veces añadidos y, en otras ocasiones, independientes de la tipificación de delitos de peligro abstracto. Así la anticipación visible en los más variados ámbitos de la punibilidad de comportamientos; la creación de tipos delictivos por acumulación; la determinación del injusto criminal sólo por referencia a la infracción administrativa, es decir, insuficiente carga de lesividad de la conducta individual desde parámetros estrictamente penales y no administrativos, a lo que frecuentemente se une la reducción o disminución de las exigencias de la prueba de la virtualidad causal de las conductas punibles. Es visible asimismo, el recurso a técnicas legislativas de difícil compatibilizaron con principios elementales vigentes en la definición de lo delictivo, al igual que la relativización de importantes categorías dogmáticas. En relación con todo ello, la crítica global del fenómeno se resume en una *flexibilización y desformalización* de las estructuras y categorías dogmáticas asentadas, que sería también objetable

(51) Vid., entre otros, sobre un planteamiento similar de los problemas de legitimidad de los tipos de peligro abstracto KINDHÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 11), pp. 225 ss.; FRISCH, «An den Grenzen des Strafrechts», en *Festschrift für Stree und Wessels zum 70 Geburtstag*, Heidelberg 1993, pp. 91 ss.; HASSEMER, *Funktionalismus*, pp. 89 ss. (cit. nota 25); HERZOG, *Unsicherheit*, (cit. nota 10), *passim*. Cfr. también, LAGODNY, *Strafrecht*, (cit. nota 8) *passim*, especialmente, en conclusión, pp. 425 ss., 430 ss., 437 ss., 441 s., 480 ss.

(52) Por utilizar una expresión de FRISCH, en *Straftat* (cit. nota 41), p. 150, (con ejemplos del CP alemán y ulteriores referencias). Se destaca que las conductas se definen por su violación a un estándar, muchas veces fijado desde instancias extrapenales, y en muchas ocasiones también, no pasan de ser meros comportamientos inadecuados para el modelo de funcionamiento de determinado subsistema.

desde el punto de vista de las garantías propias de un Derecho penal del Estado de Derecho (53).

Analizando algunos de los más significativos factores señalados, un primer síntoma de este proceso se daría ya desde la propia ley con la *indeterminación* que provoca el incremento de ciertas técnicas legislativas, como la inclusión creciente de tipos en blanco, de cláusulas generales y de elementos típicos indeterminados, todo lo cual facilita la intervención penal. La pretensión de crear preceptos omni-comprendidos conduce a una redacción poco clara, con múltiples remisiones entre tipos, utilizando conceptos indeterminados, remisiones tremendamente generales a normas extrapenales, trasladando también a ésta muchas veces la determinación del injusto. Ello suele suponer que, en más ocasiones de las deseables, el comportamiento incriminado muestre una mínima lesividad, lo que en los no pocos casos de fijación de un marco penal elevado supone una amenaza para el principio de proporcionalidad (54). Junto a ello, se asiste también a la «difuminación» y «flexibilización» de ciertas categorías y principios dogmáticos de imputación objetiva y subjetiva, que afectan a la determinación de la relación de causalidad, cada vez más apoyada en una «causalidad general», a la carga de la prueba —cuyas escrupulosas exigencias no son siempre respetadas—, a la concreción individual del riesgo penalmente relevante, a la imputación individual, de responsabilidad, al concepto de dolo y su diferencia con la imprudencia —en la medida en que se identifica dolo con conciencia del riesgo y se diluye la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente—, así como enturbiando la nítida diferenciación entre autores y meros partícipes y entre consumación y formas preparatorias o intentadas del delito (55) que, en algunos

(53) Sustentadores de esta crítica son en Alemania tanto HASSEMER, *AK StGB* (cit. nota 25), antes del § 1, como PRITTWITZ, *Strafrecht*, pp. 248 ss. (cit. nota 7); en la literatura española *vid.* HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia 1995, p. 122; SILVA, *Expansión*, pp. 83 ss. (cit. nota 6).

(54) Un ejemplo de estos dos últimos caracteres apuntados coinciden en mi opinión en el art. 380 CP, que tipifica el criticado delito de desobediencia consistente en la negativa a someterse a las pruebas tendentes a la determinación del índice de alcoholemia, castigado con una pena superior a la prevista para el delito cuya comisión se pretende probar. En contra de que tal precepto atente contra el principio de proporcionalidad, *vid.* STC 161/1997 de 2 de octubre.

(55) *Vid.* PRITTWITZ, *Strafrecht*, pp. 248 ss. (cit. nota 7); HERZOG, *ADPCP* 1993 (cit. nota 21), p. 319; HASSEMER, *ADPCP* 1992 (cit. nota 21), p. 244; el mismo, *AK StGB* (cit. nota 25), antes § 1, nm. 480 ss., 487 ss. 490; sólo a efectos de discutir la supuesta flexibilización de tales categorías o criterios, HILGENDORF, *Produzentenhaftung* (cit. nota 16), pp. 48 ss., 52 ss. *Vid.* también la referencia a esta

ámbitos (56), están perdiendo o han perdido ya el significado básico que tenían. Indudablemente, ello conlleva además de la clara disminución de los requisitos de punibilidad, la merma de las posibilidades de defensa y de control a través de criterios dogmáticos de la decisión del juez, que a su vez está muy supeditado por el legislador (57).

Bajo esta objeción se alude, por tanto, a una relativización o incluso la disminución de barreras o límites que, erigidos de manera sistemática en función de los principios de un Derecho penal respetuoso con el Estado de Derecho, parecen dificultar la prosecución de ciertos fines político-criminales (58) y verse como obstáculos a la consecución de los mismos. Uno de los sustentadores de esta crítica señala cómo en tiempos recientes se pueden apreciar señales de una disminución de los esfuerzos por hacer segura la aplicación de las leyes penales: en el proceso de modernización del sistema penal se observaría, tanto en la *praxis* como en la teoría, una tendencia a considerar los principios y garantías tradicionales del Derecho penal material como algo «pasado» cuando no una rémora que, por su carácter excesivamente conceptual o abstracto, formal y rígido, vienen a obstaculizar el logro de los intereses y el empleo de instrumentos de una política criminal efectiva (59).

flexibilización respecto a los supuestos de responsabilidad por el producto como uno de los «nuevos ámbitos» del moderno Derecho penal en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en *Estudios Prof. Casabó* (cit. nota 18), pp. 695, 707. Entre nuestra doctrina recoge también todos estos caracteres de lo que él prefiere llamar una «dogmática de globalización», SILVA, *Expansión*, pp. 18, 83 ss. (cit. nota 6).

(56) El de las conductas relativas a drogas es un ejemplo paradigmático de dicha flexibilización o incluso anulación de tales criterios diferenciadores, pero también el del medio ambiente o el del Derecho penal económico son terrenos abonados para propiciar dicho efecto.

(57) Así HASSEMER, *ADPCP* 1992 (cit. nota 21), pp. 244-245.

(58) Este es el pronunciamiento que recoge HASSEMER, *AK StGB* (cit. nota 25), antes del § 1, nm. 480-481, 487 ss.; *vid.* también PRITTWITZ, *Strafrecht*, pp. 248 ss. (cit. nota 7); HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Responsabilidad por el producto* (cit. nota 53), p. 122, refiriéndose a la desformalización de los presupuestos de imputación que tiene lugar para que el Derecho penal pueda ser un instrumento válido para prevenir los problemas que suscita la responsabilidad por el producto y cómo ello supone una disminución de las precisiones conceptuales, de las garantías del Derecho penal material y formal y una flexibilización de las estructuras dogmáticas asentadas. En la doctrina española, por todos, SILVA, *Expansión*, pp. 41, 51 ss. (cit. nota 6).

(59) *Vid.* HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., München 1990, p. 274. Incluso se procede a la ridiculización de tales caracteres y principios propios de un Derecho penal garantista liberal desde posiciones ajenas al mundo jurídico, cuando se presentan las estructuras de la imputación como algo anticuado o pasado de moda; *vid.* BECK, *Gegengifte. Die organisierte Untverant-*

3. LOS PRINCIPIOS LIMITADORES IMPLICADOS POR LA EVOLUCIÓN ACTUAL

En lo que se refiere específicamente a los principios que resultan potencial y a veces efectivamente afectados o amenazados por el desarrollo actual del Derecho penal, el elenco resulta tan amplio como lo es el catálogo de los mismos; es decir, alcanza a todos, aunque seguramente en distinta medida. En un repaso muy sumario de los problemas que los elementos más polémicos señalados ocasionan para los principios de garantía, y sin pretensiones de exhaustividad, sino de dibujar el panorama global, cabría señalar lo siguiente:

1. En primer lugar, es innegable la existencia de un alto consenso en torno a la idea de que el principio de intervención mínima es uno de los más directamente cuestionados y contradichos por la política criminal imperante en nuestro país y aún en mayor medida en otros ordenamientos penales de nuestro entorno. A ello no sólo contribuye la incompatibilidad que la consecución de un control global sobre todo riesgo supone respecto del *carácter fragmentario* del Derecho penal, sino también, de modo muy especial, la puesta en cuestión de otro de los aspectos implicados en el principio de intervención mínima como es el principio de *subsidiariedad* o *ultima ratio*. En efecto, en directa relación con este principio, son constatables diversos factores que confluyen finalmente en un mismo punto: la inserción del instrumento penal en supuestos en los que no se puede sostener que éste constituya el *último recurso* de la política de control social. Entre tales factores, el más directamente relacionado con los caracteres propios de la sociedad del riesgo es el que supone que la demanda de control se dirige en primera instancia al Derecho penal en vez de prioritariamente a otros órdenes de control, jurídicos o no. La política criminal intervencionista es forzada indudablemente desde diversas instancias sociales y el Estado acepta recondu-

wortlichkeit, Frankfurt am Main, 1988, p. 214 (= *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*, Barcelona 1998, trad. de Martin Steinmetz). Vid. también ampliamente WOLF, en Beck, *Politik in der Risikogesellschaft. Essays und Analysen*, Frankfurt am Main, 1991, pp. 379 ss. Recoge también este rasgo de las demandas de protección y seguridad presentes en la esta evolución, SILVA, *Expansión*, pp. 30, 55 s. (cit. nota 6), que alude a la «animadversión» y «desprecio» frente a las formas y procedimientos que se acogen como «obstáculos» o «problemas» frente a la aspiración de eficacia en la consecución de seguridad.

cirilas al Derecho penal como si éste fuera el único instrumento a su alcance (60). Relacionado en parte con ello, pero también propiciado por otras razones, se alega la inexistencia de formas de control o protección no jurídica, así como la inadecuación o el mal funcionamiento de otros órdenes normativos (61) para acudir al control jurídico-penal, sin cuestionarse antes si efectivamente la respuesta penal es en sí la necesaria y la adecuada. Pero indudablemente también convergen aquí otras razones como la de pretender obtener y potenciar los efectos simbólicos atribuidos y atribuibles al Derecho penal, acudir a una solución aparentemente sencilla, contundente y eficaz, además de cómoda y comparativamente barata para los poderes públicos.

2. En segundo lugar, la tendencia a extender los límites del Derecho penal específicamente a través del adelantamiento de la punibilidad y de la configuración de bienes jurídicos de vagos contornos afecta de manera central al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos merecedores y necesitados de tutela penal y al conexo principio de necesaria lesividad de la conducta inculpada para aquellos. Ambos principios son vulnerados por preceptos de índole y sectores de tutela diversos a través de numerosos factores adicionales que van desde la elección de la concreta técnica de tutela entre las distintas clases de delitos, la utilización de diversos recursos de tipificación del hecho punible antes aludidos –ley penal en blanco, tipos indeterminados y cláusulas omnicomprendivas–, sólo compatibles con tales principios si se cumplen determinados requisi-

(60) Así pues, reconociendo que es cierto que se produce esta instrumentalización del Derecho penal para contrarrestar la inseguridad, no comparto la idea de que en un Estado de Derecho que intente asegurar «máximas prestaciones, máxima participación y máximas garantías» sólo sea posible un, llamémosle, «Derecho penal máximo» como parece pensar SILVA (*Expansión*, p. 40, nota 55 [cit. nota 6]) y que la pretensión de un Derecho penal limitado constituya una *contradictio in terminis* y sea, por tanto, incompatible con un Estado que garantice máximas prestaciones. Entiendo, en cambio, que las prestaciones y la protección de las mismas que debe ofrecer un Estado de Derecho democrático avanzado no han de ser necesariamente garantizadas a través del Derecho penal; precisamente el error de base es pretender o aceptar que sólo el Derecho penal brinda y garantiza seguridad: para ello se ofrecen otras vías y es también deber del Estado que estas existan, sean operativas y eficaces para la consecución de los fines que le son propios, en vez de deformar el instrumento penal. En definitiva, un «Estado de Derecho máximo» no presupone necesariamente un Derecho penal «máximo».

(61) Señala también este factor como explicación de la demanda de criminalización y la consiguiente expansión precisamente del Derecho penal, SILVA, *Expansión*, p. 44 (cit. nota 6).

tos que no siempre se dan. La proliferación de técnicas de tipificación poco escrupulosas con los mencionados principios produce a su vez otro efecto distinto: la afectación de otros postulados de relevancia constitucional como el principio de legalidad —a través de la posible vulneración de la reserva de ley, de la exigencia de certeza y suficiente salvaguarda de la función de garantía de los tipos que comporta cierto grado de inseguridad jurídica—, o también, del principio del hecho. Este último se ve asimismo claramente rebatido por la incriminación de conductas en sí no claramente lesivas, que se someten a pena simplemente porque se toman como conductas preparatorias o previas de otras que son las que atentan realmente contra el bien jurídico, y ello aunque no llegue a cometerse esta segunda acción. Igualmente la punición de lo que no son más que expresión de ideas, sin que pueda afirmarse una conducta de provocación o proposición al delito, resulta difícilmente compatible con este principio.

3. En lo que se refiere al principio de proporcionalidad, ni en su acepción amplia de intervención penal *necesaria y eficaz*, ni en sentido estricto como *respuesta proporcionada* al ataque que representa el hecho punible, resulta en todo caso suficientemente preservado. En cuanto a lo primero, ya se ha hecho referencia a la falta de constancia de la *necesidad* de la intervención estrictamente penal visible en la política criminal imperante. En lo que se refiere a la eficacia de la intervención penal hipertrofiada en cantidad o intensidad punitiva tampoco parece necesario insistir más allá de lo que se ha dicho y de la necesidad de apoyar suficientemente, a través de estudios empíricos, la afirmación de aquella. Sin infravalorar estos aspectos, adquiere dimensiones especialmente graves el que tiene que ver con la *proporcionalidad en sentido estricto*, esto es, con el imprescindible equilibrio entre el empleo del instrumento penal y la entidad y gravedad de la conducta incriminada (62). El panorama presente es, a este respecto y en mi opinión, demoledor en numerosos casos: la afirmación programática de que el Derecho penal se inserta como la *ultima ratio* en la cúspide de las reacciones normativas es clara-

(62) Sobre ello, *vid.* el interesante estudio de las diversas implicaciones de la cuestión de SILVA, «Eficiencia y Derecho penal», *ADPCP* 1996, pp. 93ss.; LASCURAÍN, «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho público* núm. 5, 1998, pp. 159 ss.; ampliamente con un estudio sobre contenido del principio de proporcionalidad y la compatibilidad con éste del supuesto de anticipación de la punibilidad constituido por los delitos de peligro abstracto, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid 1999, *passim* y especialmente, pp. 149 ss., 323 ss.

mente desmentida por los hechos (63). Por otro lado, la configuración de algunos de los bienes tutelados, así como la elección de las fórmulas de tipificación de conductas es muchas veces más propia del Derecho administrativo, lo que propicia un desdibujamiento de la distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador que ha supuesto de hecho una progresiva administrativización del Derecho penal (64) en lo que concierne a las técnicas y los objetos de protección, en definitiva la configuración de la materia de prohibición, sin por ello dejar de lado lo que es consustancial al Derecho penal, esto es, la utilización de la pena criminal y de la que lo es por excelencia: la pena privativa de libertad.

Finalmente, entiendo que la aplicación práctica de todo el sistema generado comporta, de hecho, una posible vulneración del principio de igualdad, en la medida en que la sanción penal alcanza frecuentemente, y a veces prácticamente en exclusiva, sólo a los casos de bagatela o de menor trascendencia entre los ataques al bien jurídico de que se trate (65). Ello resulta palmario en terrenos como el de la represión del tráfico de drogas, los atentados medioambientales y contra la flora y la fauna y parece que también entre los nuevos preceptos contra la ordenación del territorio. Esto último tiene, como se ha destacado, múltiples efectos, uno de los cuales es el de crear, en más ocasiones de las convenientes, una sensación de *desigualdad* y favorecer consecuencias en parte injustas en la aplicación de la ley (66).

La constatación de estos efectos perceptiblemente unidos a la

(63) Son numerosos los preceptos del CP de 1995 que no merecen por la conducta punible o la forma de tipificarla, estar donde están; tanto los que no deberían constituir una conducta penalmente relevante o, al menos, no de la forma en que está prevista, como en otros casos en los que se fijan, además, penas desproporcionadas a la gravedad atribuible al hecho incriminado, se plantea la eventual infracción del principio de proporcionalidad en el sentido de fragmentariedad y *ultima ratio*.

(64) Este es el diagnóstico de SILVA, *Expansión*, pp. 100 ss. (cit. nota 6).

(65) *Vid.* sobre la presencia de tal atentado, SCHÜNEMANN, *ADPCP* 1996 (cit. nota 18), p. 196; HERZOG, *Unsicherheit*, (cit. nota 10), pp. 142 s.; HOHMANN, *Rechtsgut* (cit. nota 38), p. 205; *vid.* también ALBRECHT, P. A., *KritV* 1988 (cit. nota 15), pp. 182, 188 ss.

(66) *Vid.* la ejemplificación de casos en los que se ha aplicado el rigor de la ley penal, frente a otros mucho más graves que no llegan a ser enjuiciados siquiera, en HEINE, «Derecho penal del medio ambiente. Especial referencia al Derecho penal alemán», *CPC* 1997, p. 62: pena por eliminación ilegal de desechos a quien permite que su perro deposite excrementos en un parque; pena por tortura de animales al cineasta que, para mostrar sus efectos, introduce en un acuario con peces la misma sustancia que produjo la grave contaminación en el Rin por vertidos de la multinacional Sandoz, mientras que el propio vertido industrial mencionado acabó en sobreesimiento. Nuestra Jurisprudencia en materia de protección de fauna y flora —entre otros variados ámbitos— ofrece también ejemplos de cómo la represión penal alcanza básicamente a los hechos casi anecdóticos.

evolución presente del Derecho penal, no permite concluir, sin más, que los preceptos o las interpretaciones flexibles que se hacen de determinadas categorías o principios pueden ser considerados directamente inconstitucionales. El juicio ha de ser necesariamente más matizado, ya que como se ha puesto de manifiesto no sólo por diversas sentencias del TC, el margen del legislador a este respecto es considerablemente holgado, en cuanto que el marco constitucional también lo es. En lo que se refiere al intérprete, no cabe duda que también hay un amplio espacio de interpretación de lo que es abiertamente incompatible con las garantías constitucionales y lo que puede reputarse simplemente como una práctica no todo lo respetuosa que cabe con los principios y garantías mencionadas, o que fuerza algo su estricto respeto. Solo de manera aislada y excepcional, por tanto, las amenazas al pleno y escrupuloso cumplimiento de los mencionados principios, supondrá también la afirmación de la inconstitucionalidad del precepto o de la interpretación de que se trate. La cuestión afecta más a los límites y la configuración del modelo de Derecho penal que se está configurando, que a un problema de abierta inconstitucionalidad de todos los preceptos que puedan ser ejemplo de esta evolución.

4. EXAMEN DE ALGUNAS DE LAS MANIFESTACIONES EXPANSIVAS. ALGUNOS EJEMPLOS

El Derecho penal del riesgo no es sólo el que pretende hacer frente a los nuevos riesgos tecnológicos, sino también aquel que quiere controlar e incluso conjurar antes de su surgimiento todo riesgo en los más variados terrenos; por ello resulta prototípico del mismo la búsqueda y aseguramiento del máximo de seguridad también en todos ellos. La presión a la que la consecución de seguridad somete al Derecho penal no opera o se limita sólo a los que podríamos denominar «nuevos ámbitos» donde son más visibles los embates de los nuevos riesgos típicos del presente, sino que se «contagia» a todo el conjunto, surgiendo en los más diversos sectores síntomas típicos del afán preventivo de control total. Los supuestos que pueden ejemplificar los caracteres de la evolución señalada pueden encontrarse efectivamente por doquier y no sólo en lo que constituyen los sectores de intervención creciente inducidos por los cambios que conllevan nuevas tecnologías y las novedosas formas de agresión a intereses o bienes tutelados penalmente —significativamente, delitos

contra el medio ambiente, contra la seguridad colectiva, incluyendo especialmente los de riesgo catastrófico, y contra la salud pública, delitos de manipulación genética—. Así, en terrenos en principio alejados de tales novedades, se ha podido desarrollar toda una serie de preceptos o incluso de leyes penales especiales que en algún país como Italia se ha denominado *legislación de emergencia* o, también, lo que en Alemania Jakobs ha denominado «*Derecho penal del enemigo*» (67).

En lo que se sigue trataré de ilustrar a través de algunos ejemplos extraídos de sectores diferentes e incluso en algunos casos distantes entre sí, lo que a mi modo de ver constituyen incriminaciones que suponen una evidente puesta en cuestión de lo que hasta ahora vienen siendo considerados como principios limitadores básicos de un Derecho penal «clásico» garantista, y que, en mi opinión, deben seguir constituyendo principios estructurales legitimadores de toda intervención penal presente y futura.

1. En primer lugar me referiré a un supuesto que prácticamente contiene todos los problemas antes aludidos; se trata de algunos de los tipos contenidos dentro del Capítulo IV del Título XVI de los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna. En concreto fijaré ahora la atención en el artículo 335, que reprime el comportamiento de quien cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior (referido a especies amenazadas así como a las que se encuentren en peligro de extinción), no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia, con la pena de multa de cuatro a ocho meses. Se trata en mi opinión, atendiendo al bien jurídico tutelado en estos preceptos —el medio ambiente y la biodiversidad— de delitos de peligro y, más concretamente, de tipos acumulativos o delitos por acumulación, pues salvo casos de acciones masivas de caza o pesca, lo habitual es que acciones aisladas como las descritas no sean aptas para afectar de modo

(67) Expresión acuñada en su trabajo sobre anticipación de la tutela penal en *Estudios*, pp. 293 ss. (cit. nota 43), del que constituirían ejemplos, la apología del delito del § 140 del CP alemán o la instigación del § 130, la exaltación de la violencia del 131 del mismo cuerpo legal, la fundación de asociaciones de carácter delictivo §§ 129 y 129 a, § 30 todos ellos del CP alemán; la producción de narcóticos por bandas organizadas § 30 I 1 de la Ley de Narcóticos o Estupefacientes, etc. Sobre el desarrollo del Derecho penal político, además de las obras citadas en nota 15, *vid. DENCKER, DAS «Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus», StV 1987, pp. 117 ss.*; el mismo, «*Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?*», *StV 1988, pp. 262 ss.*, en el que vislumbra el peligro de crear un Derecho penal de intención, en el sentido denunciado también por Jakobs.

relevante a los bienes protegidos. El principio de *intervención mínima*, tanto en su aspecto de intervención subsidiaria, como de *última ratio* se ven absolutamente puestos en entredicho por un tipo que ni en la delimitación del objeto contra el que se ha de dirigir la acción, ni en la propia descripción de la conducta típica y de su relación con una afectación relevante del bien jurídico tutelado, se mantiene dentro del mínimo exigible para merecer respuesta penal. La definición de la conducta típica queda íntegramente relegada a normativa administrativa que no se limita a complementar o delimitar el tipo delictivo, de manera que éste no contiene el «núcleo esencial de la prohibición», como ha exigido el TC (68) que ocurra en los casos de leyes penales en blanco que realizan remisiones a normas administrativas. Pero también el principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos*, así como el de necesaria *lesividad del hecho* se ven afectados, ya que no ha de recaer la acción sobre especies amenazadas ni en peligro de extinción sino, por eliminación, en cualquiera cuya caza o pesca «no esté expresamente autorizada», por lo que no se evidencia la necesidad de tutela penal, ni se exige una peligrosidad de la acción que dote al hecho de una relevante antijuridicidad material o contenido de injusto material.

Junto a ello, la redacción del tipo con una anómala técnica de tipificación que supone considerar como delictivo todo lo que no esté expresamente permitido, creando así un margen de inseguridad incompatible con la exigencia de *certeza* de la norma penal que asegure suficientemente la función de garantía de la tipicidad, además de la posible infracción de la reserva de ley por la incorrecta remisión a normativa administrativa, hace el precepto difícilmente compatible con el principio de legalidad y plantea en este caso razonables dudas de constitucionalidad, como acertadamente señala la STS de 8.2.2000 (69). Efectivamente, como refiere la misma Sentencia, cabría entender que resulta delictiva la captura de un solo ejemplar de cualquier especie animal aunque no esté amenazada ni en peligro de extinción, en el caso de que la correspondiente Comunidad Autónoma de Murcia no

(68) Vid. SsTC 127/1990; 118/1992; 111/1993; 62/1994; 24/1996 y 120/1998.

(69) (Ponente Conde-Pumpido Tourón). Dudas que no supusieron la formulación de la correspondiente cuestión de constitucionalidad debido a su improcedencia por considerar la STS que el precepto cuestionado no era finalmente de aplicación al caso por no quedar en su opinión subsumido el hecho juzgado en el referido art. 335 CP —se trataba de la captura de dos jilgueros por una persona autorizada a la caza de dichas aves para canto y cría por un permiso otorgado por la CA de Murcia, que no era extensible a la provincia limítrofe de Almería, donde tuvo lugar la captura.

haya dictado una norma que autorice expresamente su caza o pesca, con absoluta independencia de que la acción en el caso concreto resulte totalmente inofensiva para el bien jurídico tutelado en el precepto y en el Capítulo en el que éste se integra. La inconveniencia del precepto se pone aún más en evidencia cuando incluso acciones banales como la eliminación de roedores o de insectos o la pesca deportiva de costa estaría abarcada por el tenor del tipo, aunque evidentemente sean posibles interpretaciones restrictivas como las que de manera encomiable suelen hacer las Audiencias Provinciales. Pero lo cierto es que ninguna de ellas resulta directamente deducible de la literalidad del precepto y, por tanto, queda finalmente en manos de la discrecionalidad del juzgador.

Prácticamente lo mismo se puede decir de la norma contenida en el artículo 332 que sanciona con una pena de prisión de seis meses a dos años al que corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos. En esta modalidad del inciso primero –no extensible al inciso segundo referido a la destrucción o alteración grave del hábitat de estas especies–, y salvo la importante diferencia de que el objeto de protección se limita convenientemente a las especies de flora protegidas, la mera recolección de una mata de una planta perteneciente a una especie protegida puede subsumirse en la descripción típica y constituir materia delictiva (70) castigada con una pena de prisión cuyo límite máximo la hace no susceptible de suspensión (71). El castigo de tales supuestos de bagatela a través de preceptos tan defectuosos provoca graves fricciones con los mencionados principios, lo cual hace totalmente rechazable su previsión.

2. Un segundo campo donde resultan manifiestos al menos algunos de los caracteres del Derecho penal de la sociedad del riesgo viene constituido por los tipos delictivos que se podrían incardinar en el lo que con una expresión gráfica se ha denominado «*Derecho penal del enemigo*», que se singularizan básicamente, aunque no sólo, por la nota común de la contradicción que pueden entrañar con el princi-

(70) Como efectivamente se consideró en el caso de un pastor que, pastando con su ganado, cogió una mata silvestre de lo que le pareció manzanilla común, cuando en realidad se trataba de una especie de manzanilla protegida.

(71) Si se interpreta que sólo se pueden dejar en suspenso las penas privativas de libertad inferiores a dos años (art. 80 CP), aunque el art. 81, 2.º permitiría interpretar que también los son las que tengan una duración hasta dos años de privación de libertad.

pio del hecho y con el de lesividad, en aquellos casos en que no queda clara la peligrosidad del hecho que se castiga sin tomar en cuenta la eventual realización de hechos futuros, del propio autor o de un tercero (72). Entre los caracteres típicos de tal Derecho penal del enemigo ha resaltado Jakobs los siguientes: en primer lugar, el *amplio adelantamiento de la punibilidad*, con un cambio de la perspectiva desde el hecho ya producido al del hecho que se supone que se va a realizar en el futuro –así en la tipificación de la mera creación de una organización con fines criminales o la mera tenencia de droga con la supuesta finalidad de destino al tráfico–. En segundo lugar, es característico el elevado marco penal de estos preceptos, en la medida en que no se procede a una reducción de la pena en proporción al adelantamiento de la punibilidad que se produce; es decir, se produce la *desatención del principio de proporcionalidad* al fijar las penas de estos supuestos de anticipación frente a tipos consumados. Además, se señala la tendencia en este campo a pasar en buena medida de la legislación a través de preceptos integrados en el CP a la previsión de leyes penales especiales –caso evidente en Alemania y prototípico en Italia a través de la llamada legislación de emergencia, aunque menos evidente entre nosotros–. Finalmente, resulta también característica distintiva la *supresión o reducción de las garantías procesales*, por ejemplo a través de la incomunicación del procesado (73) o prácticas poco rigurosas con las garantías que deben rodear la prueba. En definitiva, en muchos de los tipos se pueden apreciar de manera inequívoca tanto los síntomas característicos de la política criminal apuntada, como indicios de afectación de garantías que tal vez algunos puedan calificar como «viejas», pero que en mi opinión siguen siendo de necesaria actualidad. Este tipo de incriminaciones serían expresión inequívoca de un pensamiento defensorista que quiere optimizar la seguridad de bienes, aun antes de que estén incluso planificadas o comenzadas las actividades que puedan ponerlos en peligro. Resultan claramente perceptibles en este terreno los caracteres apun-

(72) El problema en muchos de estos delitos es que el comportamiento verdaderamente peligroso no es el que se castiga, sino que la realización del peligro depende de un hecho que todavía no ha sido realizado ni tal vez siquiera planeado, lo cual supone una invasión en el ámbito interno del autor que no es correcta desde el punto de vista de las garantías de un Estado de Derecho. Sobre ello, ampliamente *vid.* JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlín 1991, § 6/86 a., así como *Estudios*, pp. 293 ss. (cit. nota 43).

(73) *Vid.* JAKOBS, en *Estudios de Derecho judicial* 20, 1999 (cit. nota 48), pp. 138 s.

tados en el sentido de una política criminal preventiva que aspira a un mayor control anticipando extraordinariamente y agudizando la intervención penal, así como el recurso al principio de protección de bienes jurídicos como criterio desde el que reclamar la criminalización de comportamientos a costa de invadir esferas de libertad del potencial autor.

Los argumentos sugeridos por Jakobs en el sentido de que algunos comportamientos sancionados no constituirían todavía un comportamiento externo perturbador, así como de que la pena se estaría aplicando en estos casos sobre la base de lo planeado por el autor, es de gran utilidad para rechazar la legitimidad de algunos delitos asignados a este grupo, pero también de otros como la tenencia de drogas con el supuesto fin de traficar con ellas, antes de que tal intención aparezca evidentemente reflejada en hechos externos. El contrapunto a esta tendencia de optimización de la seguridad vendría a ser la maximización de la garantía de la libertad de los ciudadanos, no concebidos como enemigos. Es decir, que en la contraposición entre libertad o seguridad, la opción preferente no sea en todo caso la seguridad a toda costa. A esta conclusión se puede llegar por un camino o desde un punto de vista que difiere del de Jakobs, partiendo de la defensa de un Derecho penal concebido de modo fragmentario y como *ultima ratio* en el que el principio de protección de bienes jurídicos no es necesariamente un aliado de la construcción de un Derecho penal máximo ni de un Derecho penal del enemigo. Por el contrario, si este principio se pone en conexión con los valores y la jerarquía de bienes que se desprende del modelo de Estado configurado por la Constitución, las intromisiones en la esfera privada del potencial autor no pueden considerarse legítimas para proteger bienes de menor importancia –y frente a ataques de escasa envergadura– que la libertad de acción y la esfera privada de todo ciudadano: en este sentido, el *status* del potencial autor como ciudadano es un valor más a proteger, que por ello ha de ser tomado en cuenta en el proceso de criminalización y tipificación de conductas.

En todo caso y en relación no con el Derecho penal del enemigo, sino con la tendencia apuntada de la estandarización de los criterios para determinar el carácter perturbador de las conductas hay que resaltar que, del mismo modo, debería considerarse impropio de un «Derecho penal del ciudadano» determinar el carácter lesivo de las conductas penalmente relevantes mediante criterios generalizadores, fijados de modo centralizado y a través de meras infracciones al estándar precisado con pautas no estrictamente penales.

En lo que se refiere a nuestra legislación, y dejando aparte la legislación antiterrorista (74), entre los preceptos recogidos en la Sección primera del Capítulo IV, atinente a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, —que han sufrido un notable incremento en el CP de 1995—, sobresale la norma contenida en el artículo 510 CP que tipifica una conducta de instigación a la discriminación, al odio o la violencia contra determinados sectores de la población, así como la difusión de informaciones injuriosas sobre determinados grupos raciales, religiosos, etc. Se trata de un precepto que, en consonancia con lo que se ha dicho de paralelos preceptos del CP alemán, parece que pretenden propiciar lo que se podría denominar cierto clima de paz social. En él no se reprimen, al contrario que en los artículos 511 y 512, conductas de efectiva discriminación, sino meras manifestaciones o expresión de ideas, por lo que no resulta manifiesto que se sancione un comportamiento externo que muestre suficiente contenido de lesividad (75). Por otra parte, el contenido altamente simbólico de la tipificación de este tipo de conductas resulta evidente, como lo es también que el legislador introduce este tipo de delitos con otra finalidad ajena a lo que debe guiar la labor legislativa, esto es, reprimir la expresión de valores indeseables para propiciar los valores deseables entre la población, es decir, en definitiva, utilizar el instrumento penal para funciones formativas y ejemplarizantes que desvirtúan su verdadera función. Por lo demás, nadie puede negar que aunque lo simbólico pueda tener su importancia, nunca puede constituir la única o exclusiva fundamentación o justificación de una determinada norma: aunque se le quieran reconocer funciones positivamente valoradas por algunos, como su connotación pedagógica, de promoción de determinados valores entre la población,

(74) Recientemente reformada a través de la LO 7/2000 de 22 de diciembre.

(75) *Vid.* sobre la necesidad de que se dé un comportamiento externo perturbador para hacer responsable al sujeto y distinguirlo de lo que todavía es interno, JAKOBS, *Estudios*, p. 313 (cit. nota 43). En relación a ello y al *principio del hecho* parece, en otro ámbito de regulación, difícilmente justificable la punición —además con las mismas penas que para el tráfico— de las conductas de *tenencia* de estupefacientes «con fines» de promoción, facilitación, etc. de los mismos en el art. 368 CP español; en este subtipo de tenencia ni siquiera ha comenzado la conducta reputada como peligrosa de favorecer el consumo de otros, sino que la Jurisprudencia entiende que basta con la tenencia de las sustancias y su destino a ser transmitidas a terceros, finalidad que se deduce por indicios como la cantidad y otros (*vid.* sSTS 25.3.1993; 25.4.1996; 26.3.1999; 20.9.1999; SAN 4.º 24.11.1999). En este caso se está basando la antijuridicidad de la conducta únicamente en la intención (supuesta) del sujeto de realizar algo en el futuro, deducida además de datos indiciarios y no incontestables.

o de integración, ello no puede agotar por sí solo la justificación instrumental que requiere toda intervención punitiva.

Ante este panorama, no parece infundada la preocupación, presente entre muchos penalistas –no sólo entre los representantes de la llamada Escuela de Frankfurt– de que se acabe atribuyendo al Derecho penal la tarea de *recomponer* de manera *forzada* aquello que en la organización social básica se desmorona, de que se le exija, más allá de lo razonable, una tarea de «reparación social» general (76). Hay que resaltar que esto no ocurre sólo en los llamados «nuevos ámbitos», o en lo que se designa como «nuevos riesgos», sino que se *generaliza* en todos los terrenos en los que la percepción social del problema como grave dispara la demanda de una «solución penal», como si ésta fuera la única posible o la más indicada. En un primer momento se cede a la presión de recurrir al Derecho penal como instancia desde la que conseguir la «solución» adecuada al problema; posteriormente, ante la *ineficacia* e *inadecuación* del instrumento penal para ofrecer una solución completa, se hacen llamadas a la necesidad de una mayor eficacia, que se pretende lograr con más intervención y de mayor intensidad. Ello puede implicar forzar y desvirtuar el propio instrumento al que se recurre, con la consiguiente amenaza a su propia esencia y a su verdadera efectividad a largo plazo.

3. Por último y muy brevemente, entre los delitos contra la ordenación del territorio el artículo 319 CP castiga en su párrafo primero con prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio durante seis meses a tres años, al promotor, constructor o técnico director que lleve a cabo la construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. En su núm. segundo se impone una pena de prisión algo inferior –hasta 2 años de prisión–, la misma multa y la inhabilitación especial con la misma duración, también a los promotores, constructores o técnicos directores que realizaren una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

(76) Así, en cuanto a lo primero, *vid.* KÖHLER, «Intervención en VITT, Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1993 in Basel)», en *ZStW* 105 (1993), p. 806; respecto a lo último, *vid.* NAUCKE, Intervención en VITT, Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1993 in Basel), *ZStW* 105 (1993), p. 807.

Aparte de que en el número primero se define la infracción penal sólo por referencia a la falta de autorización administrativa, constituyendo así un claro ejemplo de inadmisibles ley penal en blanco, que incumple además la exigencia de necesaria lesividad de la conducta penalmente relevante, el problema aplicativo principal de este precepto es que a pesar de que parece clara la voluntad del legislador de tipificar un *delito especial propio*, la Jurisprudencia menor lo está aplicando, en algún caso, a *particulares* que realizan la conducta descrita en el tipo (77). Con ello se produce una ampliación de la intervención penal no sólo contraria al principio de fragmentariedad e intervención mínima –ya que lo que antes sólo era objeto de tutela administrativa pasa a recibir protección penal sin limitar ésta siquiera a los atentados más graves– (78), sino además en clara violación del principio de legalidad.

(77) Con lo que nos encontramos con que la conducta de un particular que amplía la terraza o patio de su casa sobre una vía pública, como venían haciendo todos sus vecinos, sea castigado con una pena de prisión, además de la multa correspondiente (SAP Jaén, 1.ª, 4.9.2000).

(78) *Vid.*, sin embargo, las atinadas precisiones que se realizan en las siguientes sentencias:

«(...) debe realizarse la interpretación finalista del tipo contenido en el artículo 319.2 del nuevo Código Penal, que obviamente protege un bien jurídico que antes sólo lo estaba por normas administrativas, como es la ordenación del territorio, tipificando acciones que perjudican gravemente la idónea regulación del suelo, con efectos perturbadores y nocivos para la naturaleza, y difícilmente esos objetivos pueden ser vulnerados por la acción aislada de una persona que no se dedique profesional y habitualmente a la función de construcción». (SAP Cádiz 3.ª, de 18.11.1999, f. D. 2). [En el mismo sentido, SAP Cádiz 3.ª, 18.11.1999 y SAP Cádiz 3.ª, 11.11.1999].

« (...) la alusión expresa a ciertos sujetos convierte el tipo en un delito especial propio y supone una voluntad político-criminal de restricción del ámbito de los sujetos punibles a través del Código Penal a quienes se dediquen profesionalmente a actividades de promoción, construcción, etc., apoyando igualmente su criterio tanto en la previsión expresa de la pena de inhabilitación especial, como en que la sanción penal debe reservarse para las acciones más graves y dañosas para la Ordenación Territorial que coinciden con aquellas actividades urbanísticas.

c) El propio Consejo General del Poder judicial en el informe sobre el Anteproyecto de la LO 10/95 vino a recomendar la necesidad de volverse a la redacción de los artículos 307 a 309 de la PANCP 83, pues "si no se acota el círculo de los sujetos activos al ámbito de los empresarios y profesionales y se prescinde del grave daños a los intereses protegidos por el planteamiento urbanístico, la esfera de conductas punibles resulta desmesurada. Sería actor del delito el particular que por sus propios medios se construye en suelo no urbanizable una chabola de segunda residencia» .

De admitirse la interpretación extensiva que se pretende se llegaría a criminalizar conductas nimias cuyos efectos pueden ser fácilmente corregidos por las autoridades administrativas sin la conminación de una pena». (SAP Málaga 1.ª, 12/2000 de 19.1, f. D. 1).

5. PERSPECTIVAS ANTE LA PRESENTE EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL

Sin pretender con lo que sigue cerrar una discusión que se mueve forzosamente en un campo ajeno al Derecho penal, parece una tesis sostenible que la presencia de ciertos riesgos y su difusión con caracteres en muchos casos de globalización, así como la proliferación de otras situaciones ya conocidas, pero que se dan en una escala –cuantitativa y a veces también cualitativamente– mucho mayor, han supuesto una *crisis profunda* –y algunos creen que irreversible– del modelo de intervención penal (79).

«(...) la limitación realizada por el precepto en orden a la limitación de los posibles autores, convierte el tipo en un delito especial propio y supone una voluntad del legislador de restringir el ámbito de los posibles sujetos activos a quienes se dediquen profesionalmente a actividades de construcción, promoción, etc., criterio que se refuerza en el principios de intervención mínima, informador del Derecho Penal y una interpretación finalista del propio tipo penal, que, como afirma la Sentencia de la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial de 4 de enero de 1999 protege un bien jurídico, que antes sólo lo estaba por normas administrativas, como es la ordenación del territorio, tipificando acciones que perjudican gravemente la idónea regulación del suelo, con efectos perturbadores y nocivos para la naturaleza, y difícilmente esos objetivos pueden ser vulnerados por la acción aislada de una persona que no se dedique profesional y habitualmente a la función de construcción (en el mismo sentido la Sentencia de dicha Sección de 22 de diciembre de 1998 y de esta misma Sala de 4 de enero, 13 de mayo y 9 de diciembre de 1999); es decir, la sanción penal está reservada a las acciones graves y dañosas para la Ordenación Territorial que coincide con aquellas actividades urbanísticas que, incluso en su promoción, requieren una habitualidad o cierta dedicación profesional. Por otra parte, la pena prevista para estos delitos, inhabilitación especial para profesión u oficio, unido a la filosofía de castigar penalmente las conductas objetivamente más graves, abonan la tesis de que las conductas punibles solo pueden afectar a los sujetos cuya profesión se encuentra relacionada directamente con el delito cometido, es decir, profesionales de la construcción; pues carecería de sentido su imposición a un particular cuya ocupación habitual, (...) no esté relacionada con la construcción (...)).» (SAP Cádiz 1.ª, 10.1.2000, f. D. 2).

(79) En este sentido de poner en relación la crisis del modelo «clásico» de intervención penal con la sociedad del riesgo y la calificación de aquella como «forzosamente irreversible», *vid.* CASTALDO, «La concreción del “riesgo jurídicamente relevante”», en SILVA, *Política criminal y nuevo Derecho Penal, Libro homenaje a C. Roxin*, Barcelona 1997, (traducción de E. Ruiz de Erenchun) p. 234. Ampliamente sobre el problema, PRITTWITZ, *Strafrecht*, pp. 38 ss., 43 s. (cit. nota 7). En relación con la reforma operada en nuestro CP en 1983, por la que se introdujo, entre otras novedades, la protección penal del medio ambiente, se dijo que «se hace patente una línea evolutiva que necesariamente habrá de ir recorriendo el Derecho penal de nuestra época» (BOIX/ORTS/VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia 1989, p. 81, cursiva añadida).

La objeción esgrimida por quienes defienden la consolidación de la tendencia actual, en el sentido de que con conceptos como el de la sociedad del riesgo o el del «Derecho penal del riesgo» no se designa un campo homogéneo de problemas y que las dificultades propias del moderno Derecho penal se refieren a muy variadas cuestiones con poca unidad entre sí, puede ser, sólo en principio y en parte, aceptable. Por tanto, aunque sea posible e incluso obligado llevar a cabo el enjuiciamiento crítico de la evolución presente de modo diferenciado, como sugiere el propio análisis y crítica del Derecho penal del riesgo, ello no debería suponer la negación de plano de la problemática aludida, es decir, por una parte, de la existencia de una creciente orientación jurídico penal a la prevención de riesgos antes incluso de que surjan y a su minimización a través del Derecho penal y, por otra, de la transformación que ello está implicando para éste.

Tampoco parece digna de adhesión la actitud de quienes, reconociendo la presencia de estos caracteres, niegan que den lugar a una «moderna dogmática penal» merecedora de crítica. Es posible, pues, que un análisis global crítico de «la» moderna evolución jurídico-penal sea demasiado ambicioso para que pueda tener éxito sin recurrir a un estudio sectorial de los distintos problemas y cuestiones implicadas. Pero ello no permite, en mi opinión, negar la presencia de un problema común a diversos sectores del Derecho penal, que tiene efectos en variados aspectos del modelo político criminal y dogmático constituido por el ideal garantista —nunca totalmente consolidado—: la exacerbación de una orientación del sistema a la prevención, cada vez más anticipada, más amplia en ciertos ámbitos y presidida por la consecución de eficacia, aunque sea mediante procedimientos que fuerzan el sistema y afectan a caracteres básicos conformadores de aquel modelo.

La ineficacia que se reprocha a ciertos sectores de la normativa penal es un hecho incuestionable, pero la demanda de una mayor intervención penal para llegar a *más* casos, llegar *antes* y reprimirlos *más duramente* con la finalidad de lograr así más eficacia en el control y una mayor aplicación de normas penales en los sectores problemáticos, no parece claramente que sea el mejor camino para conseguir el fin propuesto, puesto que no está en absoluto probado —más bien lo contrario— que una intervención más enérgica consiga esa mayor eficacia (80). Pero además de ello, tal fin tampoco puede ser conseguido

(80) Muestra igualmente reservas SILVA, *Expansión*, pp. 45 s. (cit. nota 6), resaltando que la expansión que someta a fracturas que desnaturalicen el modelo garantista de Derecho penal no tiene por qué ser más eficaz o útil, aludiendo a los fenómenos de carácter macroscópico que no pueden ser reducidos ni menos aún combatidos solo ni prioritariamente a través del Derecho penal.

a toda costa, olvidando los principios que constituyen la base misma del sistema (81).

Resulta necesario recordar que los principios de legalidad, y de taxatividad, en definitiva, la precisión de las definiciones contenidas en la Ley penal, tienen una importancia capital para el funcionamiento legítimo del Derecho penal; sin principios o con principios flexibilizados, sin definiciones taxativas a las que se atenga escrupulosamente el Juez no hay Derecho penal legítimo. Hoy, como siempre, es ineludible atenerse a los principios que permiten utilizar el Derecho penal como instrumento legítimo en un Estado de Derecho, pero igualmente éstos son necesarios si pretendemos que el Derecho penal sirva lo más eficazmente posible a la función que se le encomienda. Si, en cambio, se fuerza y se desvirtúa el instrumento penal, crece el peligro de que pierda legitimidad y también fuerza y poder de convicción, de modo que no sirva ni para las nuevas tareas que se le quieren encomendar ni para las que tradicionalmente se le han atribuido. Hay que resaltar, por tanto, la importancia de mantener y exigir a este respecto coherencia en el sistema, de manera que los criterios de imputación penales han de corresponderse con las consecuencias jurídicas propias del Derecho penal y viceversa (82). Las transformaciones o cambios en las condiciones de imputación en el ámbito penal que algunos alientan no deben ni pueden dejar de tener en cuenta la *naturaleza* de las *consecuencias jurídicas* de nuestro actual Derecho penal; deben hacerse cargo de que las mismas, las más graves en su contenido y en su carga de desaprobación ético-social, sólo son aplicables cuando el Derecho penal atribuya una responsabilidad individual al sujeto activo por un hecho gravemente lesivo de intereses dignos de protección penal. En este sentido, la importancia y la gravedad de la pena como *ultima ratio* requiere su aplicación bajo estrictos límites y sólo para los ataques

(81) *Vid.* sobre los efectos indeseables de la ineffectividad de ciertas normas, especialmente la discriminación o desigualdad que supone en la aplicación de la ley, PALIERO, *Riv. it. Dir. Proc. pen.* 1990 (cit. nota 29), pp. 471 ss. y en contra de la búsqueda de efectividad a cualquier precio, pp. 475 ss. *Vid.* entre nosotros, SILVA, *Aproximación* (cit. nota 27), pp. 306 s.; el mismo, *Expansión*, pp. 41, 45 (cit. nota 6), llamando la atención sobre lo criticable y peligroso de la tendencia expansiva que conlleva una relativización de los principios de garantía para poder así llegar a más casos y recordando la necesidad de respetar estrictamente las garantías propias del Derecho penal propio del Estado de Derecho, así como sus reglas de imputación (*ibídem*, p. 54).

(82) Así lo recuerda SEELMANN, «Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit. Zielkonflikte bei der Akzesorietät des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten», en Orsi/Seelmann/Smid/Steinvorh (ed.), *Gerechtigkeit. Rechtsphilosophische Hefte* núm. 2, Frankfurt a. M. 1993, p. 119.

más graves a los intereses más importantes, si no queremos que su utilización desmedida le prive de significación y eficacia allí donde sea absolutamente imprescindible (83).

Aun en el caso de que estuviera claro el elevado efecto preventivo y la consiguiente mayor eficacia de una intervención penal con las características ya señaladas, y sin restar importancia al argumento de la necesidad de *efectividad* (84), resultan necesarios, e incluso más decisivos y más sólidamente fundamentados, otros argumentos que no tienen que ver tanto con la consecución de eficacia a toda costa del instrumento penal, sino con los principios y límites que rigen en su utilización legítima. La idea de la eficacia en la prevención no puede ser el fin primordial de una política jurídica en un Estado democrático, sino que la consecución de ésta debe encontrar su límite en los principios de garantía. A este respecto, incluso algún partidario de la corriente «intervencionista», ha recordado que la utilización del Derecho penal, y en especial la tendencia al aumento del Derecho penal de la seguridad, se encuentra bajo una fuerte presión de legitimación (85), lo cual, a pesar de su evidencia, parece necesitar hoy ser resaltado. La justificación del recurso a la pena criminal requiere algo más que la apelación a su utilidad preventiva, aunque ésta estuviera absolutamente demostrada (86). La decisión sobre la intervención o no del Derecho penal, o la forma y medida de la misma en un determinado ámbito no puede tomarse sólo en atención a criterios de obtención de mayor eficacia, sino que debe tener en cuenta que la intervención penal está y debe estar sometida a numerosos requisitos y límites propios de un Estado de Derecho, que han de ser necesariamente respetados, aunque ello pueda suponer una cierta disminución o entorpecimiento de la *efectividad total* del Derecho penal. Resulta

(83) Comparto plenamente la posición que en este sentido ha desarrollado FRISCH, *Stree/Wessels FS* (cit. nota 51), pp. 85 ss., 95 s.

(84) A este respecto, conviene distinguir entre la eficacia como objetivo de la política criminal intervencionista —la idea de consecución de eficacia en el control global de los riesgos— de la idea de la eficacia de la pena, es decir, de la propia efectividad del instrumento penal una vez que se acude a éste. *Vid.* ampliamente sobre la problemática aquí implicada, PALIERO, en *Riv. it. dir. e Proc. pen.* 1990 (cit. nota 29), pp. 430 ss., que concibe la efectividad como requisito para la legitimidad de la pena (op. ult. cit. p. 471), con múltiples referencias.

(85) Así, KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 230.

(86) *Vid.*, por todos, SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en: Schünemann (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (traducción, introducción y notas de J. Silva Sánchez), Madrid 1991, p. 162 (= *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín 1984, pp. 153 ss.).

importante que no se avance de forma algo solapada pero inexorable hacia la difuminación o incluso el desmantelamiento de aquellos principios y categorías esenciales que, sin embargo, son percibidos por algunos como impedimentos de una mayor idoneidad del Derecho penal como eficaz medio de prevención para la protección de bienes jurídicos. Del mismo modo, no parece conveniente que el afán de eficacia nos lleve a transitar por caminos que supongan dificultar la consolidación o la plena vigencia de otros principios que, aunque se reconocen en el terreno de las declaraciones programáticas o generales, no se respetan plenamente en la concreta regulación o aplicación de los preceptos (87).

Por otra parte, los principios de garantía incorporados a un sistema o plasmados en el Derecho positivo no están ni han estado nunca plenamente realizados; en este sentido, se trata de claramente de un *ideal* a perseguir y no de una propuesta de «vuelta» a un «viejo» Derecho penal liberal (88), como algunos parecen plantear y otros rechazan como algo anacrónico o fuera de lugar.

En conclusión, el problema común a toda política de intervención penal para la consecución de seguridad es que puede incurrir en un irreflexivo aumento de la incriminación, tanto en el aspecto cualitativo como en el cuantitativo, de manera que se puede operar una transformación del Derecho penal entendido como un Derecho protector del ciudadano en un instrumento flexible de intervención del Estado, lo cual no deja de ser una respuesta inadecuada a la cuestión de cómo prevenir razonablemente las situaciones de conflicto, cuestión que, desde la perspectiva de la Constitución, sólo puede responderse de manera acertada a través de la protección y consolidación del Derecho penal del Estado de Derecho (89).

El dilema que surge entre la necesidad de responder a los retos planteados por nuevas necesidades sociales y el indiscutible mantenimiento de principios consustanciales al Estado de Derecho sólo puede solucionarse analizando sectorialmente lo fundamentado de la exigen-

(87) Cfr. JAKOBS, *Estudios* (cit. nota 43), p. 294, quien hace la importante precisión de que las consecuencias del desarrollo de la criminalidad anticipada «no consisten tanto en un abandono de principios acrisolados como en la continuidad en un estado de carencia de principios».

(88) Vid. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt a. M. 1995, pp. 381 ss. Vid. a este respecto el planteamiento de SILVA, *Expansión*, pp. 115 ss. (cit. nota 6), que destaca el carácter ucrónico de tal pretendido retorno.

(89) Vid. defendiendo esta idea que considera estrechamente ligada a la función que se atribuya a la pena, CALLIES, *NJW* 1989, (cit. nota 10), p. 1338.

cia de intervención penal así como la posibilidad de un eficaz empleo de su instrumental y de sus categorías sistemáticas, teniendo siempre presente la función que cabe atribuir al Derecho penal por su propia naturaleza y por su imprescindible sujeción a las funciones que legítimamente puede asumir en un Estado de Derecho avanzado.