

Doctrina



Derechos humanos y Derecho penal.

Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones*

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Salamanca*

Ana Pérez Cepeda

*Titular de Derecho Penal
Universidad de Salamanca*

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

*Primero vinieron a buscar a los comunistas y no dije nada porque yo no era comunista.
Luego vinieron por los judíos y no dije nada porque yo no era judío.
Luego vinieron por los sindicalistas y no dije nada porque yo no era sindicalista.
Luego vinieron por los católicos y no dije nada porque yo era protestante.
Luego vinieron por mí pero, para entonces, ya no quedaba nadie que dijera nada.*

MARTIN NIEMÖLLER (1892-1984), Pastor evangélico

RESUMEN: *En la sociedad postmoderna nos encontramos con un Derecho penal que pretende, por una parte, evitar la aparición de nuevos riesgos, implícitos en los avances tecnológicos, y por la otra, persigue la condición de autor, de la maldad y de los enemigos del ordenamiento. Se ha producido una transformación autoritaria del derecho, donde la expansión, la crisis y la excepcionalidad legislativa van estrechamente unidas, percibiendo una restricción de los derechos humanos. Ante esta situación se pretende reflexionar sobre el Derecho penal del futuro, enmarcado dentro de los derroteros trazados por el viejo Derecho penal, aunque adaptados a las necesidades del presente siempre cambiante.*

PALABRAS CLAVE: *Derechos humanos, Sociedad del riesgo, Expansión del derecho penal, Derecho penal del enemigo, Terrorismo.*

ABSTRACT: *In the postmodern society we meet on one hand with a Penal Law that seeks, to avoid the appearance of new risks, implicit in the technological advances, and for the other one, it pursues author's condition, of the wickedness and of the enemies of the classification. An authoritarian transformation of the Law taken place, where the expansion, the crisis and the exceptional legislative go closely united, perceiving a restriction of the human rights. Before this situation it is sought to meditate on the Penal Law of the future, framed inside the courses traced by the Penal old Law, although always adapted to the necessities of the present changing.*

KEYWORDS: *Human rights, Risk society, Expansion of criminal law, Criminal Law for enemies, Terrorism.*

* Este artículo se publicó en la *Revista Penal Colombia*, núm. 1, septiembre 2010 y también lo será en el libro *Homenaje a Juan Bustos*.

SUMARIO: I. Cuestiones generales. II. Acerca de las consecuencias del modelo de Estado sobre el Derecho penal. III. De la sociedad del riesgo a la expansión del Derecho penal. IV. El Derecho penal del enemigo y la radicalización de la cultura preventiva frente al terrorismo. V. Conclusiones.

Hace ya tiempo llevé a cabo una primera reflexión sobre la proyección de los Derechos Humanos en el contenido del Derecho penal,¹ pero el sentido de las últimas reformas penales y el apoyo teórico dado a la construcción de un doble Derecho penal, que de alguna manera establece una diferencia entre, si se me permite la expresión, los “buenos” y los “malos” delincuentes y reconoce más o menos garantías según se esté incluido en uno u otro grupo, me ha llevado a desempolvar y a actualizar aquel viejo texto y a poner a prueba lo que en el mismo se sostenía. La revisión prácticamente ha tenido como resultado un nuevo artículo, su elaboración es consecuencia del trabajo conjunto con mi discípula la profesora Ana Pérez Cepeda, que con sus observaciones me ha hecho plantearme nuevos interrogantes y actualizar viejas respuestas.

I. Cuestiones generales

El reflexionar sobre los Derechos humanos y su proyección sobre el contenido del Derecho penal supone hacerlo sobre las bases de nuestro modelo de Estado y necesariamente, como iremos viendo, tenerlas en cuenta en todos los momentos por los que discurre el ordenamiento punitivo.

Obviamente, en todas las páginas que siguen quedan reflejados unos determinados presupuestos ideológicos y en coherencia con ellos, una concepción sobre qué es y para qué sirve el Derecho penal, por cierto la misma que hace veinte años. En concreto, se toma como punto de partida la consideración del Derecho penal como instrumento de control social,² al ser uno de los medios que se emplea para evitar la realización de comportamientos lesivos para el mantenimiento y evolución de un determinado sistema social.³ Este punto de partida, es acorde con una justificación del Derecho penal en su “necesidad” y no en la búsqueda de fines trascendentes.⁴ Concepción, por tanto, del Derecho penal “como una amarga necesidad” que ayuda a posibilitar la vida en comunidad.⁵ Estas afirmaciones traen consigo la adopción de finalidades preventivas en la pena⁶ y el rechazo del pensamiento retribucionista.

Importa subrayar que no se sigue un funcionalismo radical, sino por el contrario se parte de la pretensión de mantener y desarrollar un sistema social de carácter personalista, que justamente toma como base el hombre y sus derechos. Como defiende Hassemer, “una concepción humanista y no puramente funcional, burocrática y deshumanizada del Derecho penal”.⁷ Ello

¹ Berdugo Gómez de la Torre, “Derechos humanos y Derecho penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 11, 1986-1987, pp. 27 y ss.

² Con carácter general, sobre la consideración del Derecho penal como instrumento de control social y sus consecuencias, *vid.*, Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, 1985.

³ Estimar que el control social busca no sólo el mantenimiento sino también la evolución de un sistema social implica ya una no creencia en la bondad del mismo. Sobre esta consideración del control social en general y del Derecho penal en particular, *vid.*, Mantovani, *Diritto Penale, Parte Generale*, 1979, pp. 22-23. Implícitamente puede verse en Stratenwerth, *Derecho penal. Parte General*, p. 14. En contra, *vid.*, Günter, “Die Genese eines Strafrechtstatbestandes”, *JUS*, 1978, p. 11. Berdugo Gómez de la Torre, *Honor y libertad de expresión*, 1987, pp. 16-17.

⁴ Sobre esta justificación son claves los trabajos de Roxin, “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, pp. 11 y ss. Y Gimbernat Ordeig, “¿Tiene futuro la dogmática penal?”, en *Estudios Penales*, 1981, pp. 105 y ss. Esta justificación tiene que situarse en un marco del más amplio proceso de laicización que tuvo lugar en el década de los sesenta, a consecuencia de diversos factores como pueden ser el auge de la sociología o de los trabajos de reforma de los Códigos penales.

⁵ Es lugar común remitirse aquí a la frase de Hanz Schultz que se utiliza en la fundamentación del párrafo 2 del Proyecto Alternativo Alemán, al “justificar la pena como una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres”, *vid.*, *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches*, 1966, p. 29

⁶ En cuanto el actual modelo del Estado parte de situar en el pueblo el origen de todo poder, y si éste es el origen difícilmente puede asignarse a la pena otro fundamento y otra finalidad que posibilitar la convivencia a través de la lucha contra el delito, en este sentido Roxin, “Sentido y límites de la pena”, *op. cit.*, pp. 12 y ss. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social democrático de derecho*, 1982, pp. 29 y ss.

⁷ Muñoz Conde/Díaz Pita, “Nota de los traductores”, en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 15.

se debe a que el modelo funcionalista radical tiene como finalidad la conservación y reproducción de los valores sistémicos, ayuda a la estabilización de expectativas mediante la técnica de la disciplina y el control de peligros, es decir, de sectores de riesgo, con la finalidad última de lograr inmovilidad, conservación y reproducción de la complejidad del propio sistema.⁸ El bien jurídico se identifica con la norma, esto es, un formalismo jurídico reducido al poder del legislador en el que lo que prima es el interés del Estado en la protección de sus valores. En consecuencia, el sistema penal se basa en la autorreferencia, en la búsqueda de la legitimación material política de las normas a través de su autodefinición.⁹

En coherencia con este punto de partida, el primer pronunciamiento tiene que ser sobre el orden social, pues el jurista en general y el penalista en particular no pueden desconocer que el contenido del ordenamiento jurídico, y dentro de él del Derecho penal, está siempre acuñado en función de un determinado orden social. El contenido de este orden social ha de constituir un condicionante clave en sus razonamientos y así le podrá llevar a rechazar un ordenamiento jurídico, como exteriorización de su rechazo a un sistema social, o a adoptar posturas que permitan, vía interpretación, paliar los negativos efectos del sistema que no comparte.¹⁰ Es equivocada y políticamente interesada la posición de quienes entienden que la función y la actividad del jurista debe reducirse al análisis lógico de las normas, sin preguntarse los por qué y, escudándose en una pretendida neutralidad, renunciar, aparentemente, a proyectar en su reflexión su propia ideología.¹¹

Las aseveraciones precedentes implican, indudablemente, una concepción de la denominada ciencia del Derecho penal, que desborda los posicionamientos puramente dogmáticos en que permaneció durante mucho tiempo e incorpora la reflexión político-criminal, no como opuesta al razonamiento dogmático, sino al contrario, como ámbito clave a abordar por el jurista, que debe quedar reflejada en todos sus razonamientos. La política criminal es una actividad crítica y profundamente valorativa¹² que actúa como puente entre las denominadas ciencias empíricas y el legislador, pero que también queda exteriorizada en la labor del intérprete.¹³ Son, por tanto, certeras las palabras que hace ya tiempo pronunciara Gimbernat, cuando afirmaba: “que los idílicos tiempos en que lo único que aparentemente importaba era si el dolo pertenecía al tipo o a la culpabilidad se han ido para siempre. Entramos en una nueva época en que la tarea fundamental va a consistir en levantar el telón del Derecho penal para ver qué es lo que verdaderamente ha estado escondido tras él”.¹⁴

La presencia de los derechos humanos en todas las fases por las que transcurre el sistema penal constituye, sin duda, un criterio político criminal básico. La asunción del mismo responde a un determinado punto de partida ideológico, aquel que propugna un modelo social personalista, esto es de orientación hacia el individuo y de consideración del Estado como instrumento al servicio de la persona, como medio para lograr la vigencia real de los denominados derechos humanos y no a la inversa de entender que el individuo y sus derechos solamente tienen sentido dentro del Estado, que de esta forma adquiere una consideración

⁸ Barcellona, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, Dedalo, 2003, p. 12.

⁹ En una concepción que deriva de la teoría decisionista de C. Schmitt, Portilla Contreras, “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Guillermo Portilla (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía/Akal, 2005, p. 65.

¹⁰ Recuérdese en este sentido las aportaciones que en nuestro país efectuó la denominada dogmática crítica. *Vid.*, Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, 1975, pp. 185 y ss. Y Mir Puig, *Introducción a las bases de la ciencia del Derecho penal*, 1976, pp. 324 y ss.

¹¹ A menudo los profesionales del Derecho se distancian de los hechos, tanto que terminan por ser desnaturalizados, so pretexto de la más escrupulosa imparcialidad, en aras del más objetivo y aséptico de los análisis. Resulta más fácil describir un determinado conflicto jurídico-social que intentar explicarlo. Por ello, el compromiso personal e ideológico como jurista debe reflejarse en las opciones doctrinales especialmente porque se trabaja con un objeto que no es aséptico y se inscribe directamente en la dinámica social.

¹² La valoración no consiste únicamente en la búsqueda de soluciones más eficaces, sino que también comprende el pronunciarse sobre los propios fines. El sentido restringido de la actividad político-criminal fue propugnado por Von Listz, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. I, Berlín, 1905, reimpresión 1970, p. 292. En el sentido del texto, Mir Puig, *Introducción a las bases de la ciencia del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 307 y ss.

¹³ Lo que es claro si se toma conciencia del carácter no neutral de las decisiones hermeneúticas, y de la existencia de conceptos jurídicos indeterminados (los conceptos normativos, las cláusulas generales, los ámbitos de medida... etc.), *vid.*, por todos, Saavedra, *Interpretación del derecho a ideología*, 1978.

¹⁴ Gimbernat Ordeig, “Relación general”, I Coloquio Regional Español sobre Política Criminal y Derecho penal, en *Revue Internationale de droit penal*, 1978, p. XL.

autónoma respecto a aquellos que la integran. Este último sector de la doctrina penal bajo una aparente neutralidad axiológica, se orienta firmemente al apuntalamiento del sistema social imperante, en la medida en que en lugar de intentar la solución o suspensión de los conflictos más graves de la interferencia intersubjetiva de las conductas, pretenden garantizar prioritariamente la incolumidad de una cierta estructura de poder, justificada por una superestructura legitimante. Prescinden de todos los derechos del hombre, colocando en su lugar una construcción comunicativa entre la persona y el ordenamiento jurídico. Y a partir de ahí, se ofrecen explicaciones sin duda muy diferentes para la culpabilidad, la pena, las garantías penales y procesales. Así, por un lado, la pena no es la coacción dirigida contra la persona en derecho, sino a combatir el riesgo generado por el individuo peligroso a través de medidas de seguridad, de este modo la pena se concibe al servicio del ejercicio de la fidelidad al Derecho y, por otro, se estima que la culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico en función de la misma necesidad preventiva. En síntesis, el precio que se paga en esta nueva construcción es la supresión de lo político, la eliminación de cualquier espacio de discrepancia de valores, en definitiva, de cualquier conflicto que no se corresponda con las expectativas normalizadas,¹⁵ así como que, “conceptos que nacieron al calor de los derechos individuales son retorcidos hasta perder su valor o significación”.¹⁶

La primera opción política, que es la que compartimos, ha de generar consecuencias en todas las fases del sistema penal desde la determinación de los comportamientos que merecen la calificación de delictivos, hasta el cumplimiento de las penas en el ámbito del derecho penitenciario, pasando por el contenido de las interpretaciones propuestas. Por esta opción político-criminal se han inclinado ya aquellos ordenamientos, como el español, que en su Constitución se deciden de forma indubitada por el mencionado sistema personalista. En este sentido el artículo 10.1 de la norma fundamental es claro al afirmar que: “la dig-

nidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Si se acepta esta base, la actividad político-criminal estará fundamentalmente orientada, por un lado, a extraer las consecuencias concretas que el servir al mantenimiento de un sistema social personalista genera sobre el conjunto del ordenamiento jurídico penal, por otro y en todo momento, a buscar dotar a los mencionados derechos fundamentales de efectiva vigencia en nuestra realidad cotidiana. Pues estos derechos y su contenido necesariamente constituyen el fundamento de la estructura jurídica de un sistema social que toma como referencia al individuo.

Ambos objetivos político criminales gozan de apoyo constitucional. La búsqueda de esta doble meta debe vincularse con una consideración material de la Constitución, que enlaza con su significado originario¹⁷ y quiere dotar a la misma de aplicación directa, con lo que evita su consideración como puro papel mojado.¹⁸

En el artículo 9.1, se consagra el denominado valor directamente normativo de la Constitución. “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al respeto del ordenamiento jurídico”.¹⁹ A continuación, en el artículo 9.2, se establece como objetivo la búsqueda de la vigencia real de los derechos fundamentales al afirmar que: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. La fórmula empleada en este último párrafo implica reconocer que en nuestra sociedad ni la libertad ni la igualdad son reales y efectivas, esto es, que jurídicamente se está imponiendo a los poderes públicos la obligación de adoptar decisiones políticas —incluidas la potencial utilización de la legislación penal— encaminadas a buscar esta vigencia.

¹⁵ Y con ello, como subraya Barcellona, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, Dedalo, p. 136, se deprecia toda idea de transformación radical y el concepto mismo de democracia.

¹⁶ Quintero Olivares, *Adónde va el Derecho penal. Reflexiones sobre leyes penales y los penalistas españoles*, Cuadernos Cívitas, 2004, p. 129.

¹⁷ Recuérdese que el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano afirma: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los Derechos y determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”.

¹⁸ García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica*, 1982, pp. 41 y ss.

¹⁹ El valor directamente normativo de la Constitución planteó alguna cuestión en los primeros tiempos de vigencia. Este tema ya fue abordado en *El delito de lesiones*, 1982, pp. 63 y ss. Sobre este punto véase Hesse, *Die Normative Kraft der Verfassung*, 1959.

El señalado valor directamente normativo del texto constitucional, unido a la vigencia del principio de jerarquía normativa, hace que los derechos fundamentales no sólo condicionen la labor del legislador penal o de la de aquellos que en sus distintas fases aplican este ordenamiento, sino también establecen una fuente para reelaborar el contenido de los distintos elementos de la teoría del delito. Pues, no se olvide el originario carácter del pensamiento dogmático,²⁰ cómo toma como punto de partida el contenido de la ley penal, que necesariamente debe acomodar su contenido al texto constitucional, y cómo cada componente de la teoría del delito plasma un grupo de garantías.

Por otro lado, el sistema social configurado en la Constitución tiene proyección sobre las dos perspectivas desde las que se puede considerar al Derecho penal.²¹

La primera parte de contemplar al ordenamiento penal como un instrumento que busca evitar aquellos comportamientos que suponen una grave perturbación del orden social. Aquí los derechos humanos, en cuanto fundamento y base del orden social, aparecen directa o indirectamente como objeto de protección. Es la consideración del Derecho penal desde la perspectiva de las potenciales víctimas. El ordenamiento penal desempeña un papel de garantía de los derechos frente a los comportamientos de los miembros de la comunidad que les lesionan o ponen en peligro.

Desde una segunda perspectiva, el Derecho penal constituye un ejercicio de autolimitación del Estado, al establecer el ámbito de posible utilización de la sanción penal y por tanto las garantías hacia los ciudadanos potenciales delincuentes. Aquí los derechos del hombre aparecen en su primera dimensión de garantía frente a la actuación del Estado.

Estas dos perspectivas exteriorizan la tensión entre eficacia y garantía consustancial al Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho. Éste es el sentido de la muy utilizada cita de Von Liszt, “el Derecho penal es el límite a la Política criminal”.²² En momentos como el actual, en que las demandas de

eficacia pretenden situar en un segundo plano las garantías del ciudadano que delinque, conviene recordar las palabras de Bobbio: “Mejor una libertad siempre en peligro pero expansiva que una libertad protegida pero incapaz de desarrollarse. Sólo una libertad en peligro es capaz de renovarse. Una libertad incapaz de renovarse se transforma tarde o temprano en una nueva esclavitud”.²³

Finalmente, apuntar que esta consideración de la Constitución como norma jurídica, precisa de mecanismos procesales que garanticen su vigencia y su valor sobre el conjunto del ordenamiento jurídico. La estructura en nuestro Derecho ha pasado por la creación del Tribunal Constitucional, por la existencia de los recursos de inconstitucionalidad y amparo, y por la posibilidad de que los jueces y tribunales lleguen a plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

II. Acerca de las consecuencias del modelo de Estado sobre el Derecho penal

El estudio de las relaciones entre el Derecho penal y los derechos fundamentales no debe dejar de tener presente que éstos afectan a todo el ordenamiento penal²⁴ y que, el listado, número y límites de los Derechos del Hombre, está históricamente acuñado.²⁵ Pues, en el concreto contenido de los derechos convergen factores de muy diversa índole y que son consecuencia de los cambios y variaciones que periódicamente se producen en una determinada sociedad.

En este marco las limitaciones que generan los derechos fundamentales sobre el Derecho penal se derivan de la Constitución, en cuanto, como se subrayaba, ésta materialmente expresa la sociedad a la que se aspira a llegar y, por otro lado, tiene la condición de norma jurídica dotada de valor directamente normativo cuyo contenido, como se acaba de apuntar, condiciona el resto del ordenamiento en virtud del principio de jerarquía normativa. Estas limitaciones que el texto constitucional impone al Derecho penal pueden aparecer vinculadas al Estado de Derecho, a su condición de Estado social o a su carácter de Esta-

²⁰ Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, op. cit., p. 136.

²¹ Berdugo y otros, *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 2004, pp. 5 y ss.

²² Von Liszt, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. I, Berlín, 1905, reimpresión 1970.

²³ Bobbio, “Las razones de la tolerancia”, en *El tiempo de los Derechos*, 1991, p. 254.

²⁴ A veces el recurso a la vía de la legislación especial no deja de ser un camino para obviar de forma vergonzante garantías recogidas en el Código Penal. Sobre este punto vid., Cobo, *La crisis del Estado social*, 1986, p. 74.

²⁵ Por todos, Pérez Luño, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 1984, pp. 52 y ss. y 137 y ss.

do democrático. Con carácter general las limitaciones vinculadas al Estado de Derecho buscan la garantía de los derechos frente a la actuación del Estado y reflejan las consecuencias de una sociedad asentada sobre el pacto social. Las vinculadas al Estado social exteriorizan la actuación del Estado encaminada a dotar de contenido a los Derechos y las que responden al carácter democrático pretenden garantizar el pluralismo y el respeto a las minorías.²⁶

Entre las limitaciones derivadas del Estado de Derecho aparece, en primer término, el principio de legalidad, plasmado en el conocido aforismo “nullum crimen nulla poena sine lege”. El automatismo con que se asume este principio por la inmensa mayoría de los ordenamientos vigentes hace que muchas veces se recuerden únicamente sus garantías formales —la criminal, la penal, la jurisdiccional y la de ejecución— que alcanzan a todas las fases del sistema penal, pero que, en cambio, se obvian y se pasan por alto las materiales, vinculadas al propio origen de este principio.

El principio de legalidad es, como afirma Sax,²⁷ un hijo de la Ilustración al ser una consecuencia del Estado que allí se construye y que reposa sobre el principio de división de poderes. En esta estructura, como afirmaba Beccaria,²⁸ “Sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos y esta autoridad no puede recaer más que en el legislador que representa toda la sociedad unida por un contrato social”.

Es decir, el principio de legalidad se afirma en función de la necesidad de garantizar frente a la acción del Estado una serie de derechos calificados como fundamentales. Esta primera consecuencia trae consigo la vinculación a su vigencia de una serie de garantías como son la irretroactividad de la ley penal, o la exigencia, para poder aplicar una medida de segu-

ridad, de la previa comisión de un delito que refleje la peligrosidad criminal del autor del mismo. Por otro lado, obsérvese cómo aquí el Estado de Derecho condiciona las medidas de seguridad, consecuencia penal creada por el Estado social, a la previa comisión de un injusto típico. Por tanto, la aplicación de la medida no puede imponerse de forma automática, sino sólo cuando la peligrosidad ha sido demostrada procesalmente.²⁹

Luego la afirmación de la vigencia del principio de legalidad en un determinado ordenamiento está vinculada a que el contenido de los preceptos penales sea claro y que las penas sean precisas, de lo contrario el juez en la práctica estaría desempeñando funciones de legislador para las que carece de legitimación. Asimismo resultaría de dudosa compatibilidad con el principio de determinación e igualdad, una pena indeterminada. El mandato de determinación exige que las penas estén concretadas ya a nivel legislativo en cuanto a su naturaleza y duración máxima y mínima.³⁰

Junto a esta primera garantía está también la a veces olvidada exigencia, derivada del principio de división de poderes, de que la ley sea expresión de la voluntad general manifestada en el Parlamento a través de los representantes democráticamente elegidos, sólo ellos están legitimados para determinar qué comportamientos deben ser calificados como delitos y qué penas pueden ser impuestas. La satisfacción de esta garantía es lo que posibilita calificar el principio de legalidad como principio que corresponde, no sólo al Estado de Derecho, sino también a las exigencias del Estado democrático.³¹ En cuanto únicamente con este presupuesto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en los preceptos penales. Ahora bien, la efectividad de

²⁶ Éste parecía ser el objetivo establecido en Tampere, Conclusión núm. 10, donde además se ha señalado que, “es necesario luchar contra la pobreza, mejorar las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo, prevenir los conflictos y garantizar el respeto de los Derechos humanos, en particular de los derechos de las minorías, de las mujeres y de los niños”, después prácticamente ha desaparecido de las agendas europeas. Encontrándonos en la actualidad ante una crisis del Estado social que se puede expresar según Serrano Piedecabras/Crespo, “Del Estado de derecho al Estado preventivo”, en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 8, 2009, p. 27, como una crisis de legitimación. Es decir, crisis de la idea de una organización de sociedad participativa y justa.

²⁷ Sax, “Grundsätze der Strafrechtplege”, en Bettermann y otros, *Die Grundrechte*, III. 2, Berlín, 1959, p. 992.

²⁸ Beccaria, *De los delitos y las penas*, 1974, p. 74.

²⁹ Como es sabido la Ley de Rehabilitación y Peligrosidad Social de 1970, vulnerando el principio de la presunción de inocencia (STC 23/19986 y 21/1987) admitía junto a la peligrosidad criminal, la peligrosidad social. Con ello, se dejaba la puerta abierta a la existencia de medidas de seguridad predelictuales.

³⁰ Este criterio está también incluido en la regla 5 de la Recomendación núm. R (92) 16 del Consejo de Europa, relativa a las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas dentro de la comunidad, adoptada el 19 de octubre de 1992.

³¹ Bricola, “Teoria generale del reato”, en Novissimo digesto, XIX, Torino, 1974, en *Revista Española de derecho constitucional*, 8, 1983, pp. 12 y ss.

este primer condicionamiento democrático está en gran medida unida a un sistema electoral que posibilite la representación parlamentaria de las minorías.

En consecuencia, el principio de legalidad penal se resiente materialmente cuando se acude a la vía de urgencia, al decreto o al decreto legislativo, o se emplea la técnica de las leyes penales en blanco.³² Por el contrario, un ordenamiento será más respetuoso con la garantías que emanan de este principio, cuanto mayores sean las exigencias parlamentarias para la elaboración y aprobación de los textos penales.³³

Pero el principio de legalidad y las garantías que de él emanan, en particular el principio de irretroactividad,³⁴ constituyen ante todo una barrera meramente formal para garantizar los derechos fundamentales de aquellos que pactan la vida en comunidad. Esto hace que la admisión del principio de legalidad por algunos Estados, que nada tiene de Derecho, ponga de relieve que este modelo de Estado debe imponer otra serie de garantías. En concreto, requiere también el respeto a los denominados derechos fundamentales.³⁵ El Estado de Derecho ha de garantizar formalmente su ejercicio, lo que supone, en relación al delito, no sólo su no criminalización, sino más aun, la necesidad de su tutela y en el campo de las sanciones penales, la exclusión de aquellas que cualitativa o cuantitativamente se opongan a la dignidad de la persona humana. La pena de muerte,³⁶ o penas que por su contenido, duración, o falta de proporcionalidad se opongan

a la consideración que, en el marco de este modelo de Estado, merece la persona aun en el caso de que haya delinquirido.³⁷

La vinculación al Estado de Derecho de todas estas exigencias se deriva de la colocación de la persona como punto central del sistema social que subyace tras el mismo. El hombre, en cuanto le es necesario, construye la sociedad mediante el denominado pacto social y sobre la base de las menores dejaciones posibles de su libertad, aquellas que aparecen como necesarias para poder mantener la pervivencia de la sociedad pactada,³⁸ “basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito”, afirma Beccaria, “todo lo demás es superfluo y por tanto tiránico”.³⁹

Todas las garantías derivadas de estas exigencias pueden agruparse bajo el denominado principio de humanidad.⁴⁰ Vinculado a él estaría también, con carácter general, el principio de culpabilidad, en su doble vertiente de afirmación del carácter personal de la responsabilidad penal y de requerir, para poder afirmar ésta, la presencia de dolo o culpa, lo que supone por tanto la exclusión de la responsabilidad objetiva. Pues el castigo de lo puramente objetivo llevaría al ciudadano a sentir ante la actuación penal una sensación análoga a la que experimenta ante la actuación ciega de las fuerzas de la naturaleza.⁴¹ El no reconocer las garantías que implican el contenido del principio de culpabilidad es incompatible con la afirmación de la dignidad de la persona y con la idea de necesidad

³² El TC ha indicado que las leyes penales en blanco son legítimas (STC 3/1988) en cuanto contengan el núcleo esencial de la prohibición. La norma llamada a completar el tipo penal debe proporcionar circunstancias, límites u otros elementos complementarios, lo cual supone que han de describir ya la conducta típica con un grado de taxatividad semejante al que requiere el principio de determinación.

³³ Materialmente constituye la justificación de la reserva de ley orgánica en materia penal. Sobre este punto es clave la Sentencia (140/1986) del TC, que se hace eco de la argumentación propuesta por Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, en *REDC*, 1983.

³⁴ Sobre la vinculación entre retroactividad y principio de legalidad, y la fundamentación político-criminal de la excepción de retroactividad de la ley más favorable, *vid.*, Bustos, *Manual de Derecho penal español*, 1974, pp. 71 y ss.

³⁵ La vinculación entre Estado de Derecho y derechos humanos puede verse en el clásico Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1979, p. 29.

³⁶ Sobre la pena de muerte *vid.*, Barbero Santos, *La pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Buenos Aires, 1985.

³⁷ El contenido de estos límites al igual que el de la dignidad de la persona, tomando como punto de partida el carácter personalista del sistema, se acuña históricamente. Sirva de muestra, en el ámbito penal, la discusión sobre la duración máxima de la privación de libertad, por ejemplo en Alemania. Jescheck/Triffterer, *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe Verfassungswidrig*, 1978.

³⁸ Beccaria, *De los delitos y las penas*, *op. cit.*, pp. 71-73.

³⁹ *Ibidem*, p. 112.

⁴⁰ En el marco del Estado de Derecho optamos por un desarrollo amplio del principio de humanidad de las penas, que abarcaría la garantía de proporcionalidad de las penas. Si en palabras de Hassemer, “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, en *CPC*, 1982, p. 497, el principio de proporcionalidad se traduce en “la sanción equitativa y justa del delincuente”. Por su derivación de la idea de justicia y del principio de igualdad, pero, sobre todo, por su íntima conexión con la exigencia de respeto de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes, la garantía de proporcionalidad se considera derivada del principio de humanidad de las penas. Si bien este último va más allá en la medida en que compele al legislador a seleccionar penas menos graves, a rebajar la pena de privación de libertad, a la progresiva sustitución de esta pena por otras menos aflictivas, a favorecer el no cumplimiento íntegro de la pena e, incluso, a no imponer la sanción penal cuando el presupuesto de la misma era inevitable.

⁴¹ Hoester, “Zur Generalprävention als dem Zweck statlichen Strafrechts”, en *Goltamer's Archiv*, 1979, p. 277.

en la utilización del recurso penal derivado de la fundamentación pactista.

Obsérvese que todas estas garantías, aparecen exteriorizadas ya en los códigos penales decimonónicos que, como es sabido, constituyen la gran aportación de la denominada “escuela clásica”.⁴²

Con análoga fundamentación ya en el Estado liberal y para garantizar que la legislación penal se orientara hacia el individuo, se introdujo por Birnbaum⁴³ el concepto de bien jurídico como límite a la actuación del legislador, pues éste puede utilizar la sanción penal sólo frente a comportamientos que lesionen o pongan en peligro el funcionamiento de esa sociedad orientada hacia el individuo y sus derechos.⁴⁴

La muy estudiada y debatida evolución de la construcción del bien jurídico refleja, mejor que cualquier otro punto, las consecuencias de la evolución del modelo de Estado y, en buena medida, los planteamientos ideológicos del penalista. Decía Von Liszt, con razón, que “el legislador se encuentra con los bienes jurídicos no los crea”.⁴⁵ De donde también podemos extraer otro punto de partida, la actividad del jurista ni debe, ni puede limitarse al examen aislado de las normas, tiene que ver lo que hay antes, detrás y después de ellas.⁴⁶

El legislador en función de sus decisiones de política criminal, en las que queda reflejada su ideología, determina qué intereses sociales son objeto de la protección del Derecho penal y en qué medida. En un primer momento, el bien jurídico sirve para excluir del Derecho penal aquellos comportamientos tras lo que únicamente concurre un desvalor ético o religio-

so. Este contenido y efecto se retoma por cierto en las reformas de las legislaciones que se emprenden en la década de los sesenta.⁴⁷

La evolución del modelo de Estado, hacia un Estado social primero y social y democrático más tarde, va a exigir un contenido intervencionista que busque, como ya se ha apuntado varias veces, dotar de contenido real a los derechos constitucionalmente consagrados y hacerlo además de forma igualitaria y garantizando valores minoritarios.

Por otro lado, la evolución en la consideración de la Constitución, y recuérdese el sentido originario que proporciona a la misma la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano a la que antes nos hemos referido, trae consigo que la consideración de cuáles son los intereses importantes para el mantenimiento de un determinado modelo social personalista deba directa o indirectamente vincularse a los derechos en ella consagrados.⁴⁸

Esta evolución en la actuación del Estado trae una paralela evolución en la utilización del Derecho penal con la aparición de nuevos bienes jurídicos, a los que a veces es difícil de aplicar un modelo derivado fundamentalmente de las sociedades y los códigos del XIX. Incluso algún sector doctrinal, como se analizará más adelante, prescinde de la referencia al bien jurídico como límite a la actuación del legislador penal y explica así decisiones legislativas, que no compartimos, en las que detrás de los tipos penales lo que hay es tutela de funciones del Estado. El camino emprendido, por los que adoptan esta postura, está lleno de los riesgos que implica abandonar la raíz de una institución vinculada al Estado de Derecho.

⁴² La Escuela Clásica a pesar de ser heterogénea presenta unas características comunes: en cuanto al método, la utilización de un proceder racionalista, abstracto y deductivo; en lo referente al objeto, la elección de un Derecho ideal racional, el Derecho natural; y en cuanto a la finalidad, los valores del método, el garantismo, es decir, poner límites a la libertad del legislador, con el objeto de proteger la libertad del ciudadano. Los valores del liberalismo político son los que impregnan su actividad científica. Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, op. cit., p. 176.

⁴³ El concepto de bien jurídico fue introducido en el siglo pasado por Birnbaum. Esta construcción buscaba la creación de un criterio de limitación que sustituyera a la función que hasta entonces había desarrollado el Derecho subjetivo que, a su vez, había desarrollado el pensamiento ilustrado. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, 1962, pp. 82 y ss.

⁴⁴ Propiamente, la protección exclusiva de bienes jurídicos como límite al poder político del Estado debe derivarse no del Estado de Derecho, sino del Estado social. Vid., los razonamientos de Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, 8ª edición, 2008, pp. 163 y ss.

⁴⁵ Von Listz, *Tratado de Derecho penal*, trad. y adiciones de Quintiliano Saldaña y Jiménez de Asúa, 3 vols., 1914-1929, pp. 6 y ss.

⁴⁶ El conjunto de postulados político jurídicos y político criminales que debe servir de referente axiológico al legislador penal para identificar y seleccionar los bienes jurídicos a tutelar, así como la forma de diseñar su tutela, al Juez para interpretar las leyes que le correspondan aplicar y al jurista para la construcción, sistematización y crítica de las diversas categorías del Derecho penal. Arroyo Zapatero, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, op. cit., pp. 98 y ss.

⁴⁷ En los años sesenta se produce la reacción contra la “época del finalismo”, en la que se había estimado que la misión del Derecho penal consiste en la protección de valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo incluyen la protección de bienes particulares. Vid., Welzel, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., trad. Bustos-Yañez, Santiago de Chile, 1970, p. 15.

⁴⁸ Vid., González Rus, *Bien jurídico y constitución: (Bases para una teoría)*, 1983.

Por otro lado, esta situación hay que incardinarla en la general de una dogmática derivada de códigos que han sido modificados para adaptarse a los cambios experimentados por nuestras sociedades, en especial, pero no sólo en el marco del denominado Derecho penal económico. Sin embargo, a nuestro juicio, esta crítica no debería de imputarse al Derecho penal económico, ya que cuando la conducta afecta a intereses que exceden lo patrimonial, la intervención penal queda más justificada,⁴⁹ dado su potencial destructivo y desestabilizador del sistema social-económico en su conjunto.

Los principios constitucionales que se han ido analizando dan soporte a los distintos elementos de la teoría del delito y explican el porqué de su exigencia. Junto a la fundamentación de la tipicidad en el principio de legalidad, señalada desde sus orígenes,⁵⁰ hay que agregar como consecuencia del principio de culpabilidad, que puede sustentarse la exigencia de dolo o culpa⁵¹ y vinculada además al principio de legalidad, el que la distinción entre delito doloso e imprudente se lleva a cabo ya en el tipo. Así mismo, el carácter personal de la culpabilidad, la fundamentación de la misma en la necesidad de la pena, y la exigencia de edad y de conocimiento de la prohibición en el penalmente responsable pueden explicarse desde el texto constitucional. El TC entiende que la Constitución consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal,⁵² por lo que resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa.⁵³ Pero, a pesar de que no haya desarrollado suficientemente su fundamentación y de que no existe una expresa proclamación constitucional se ha sobreentendido, sin grandes disidencias, que dicho principio se puede extraer a la

luz de los principios y valores del texto constitucional, en concreto, del art. 10 CE,⁵⁴ en la medida en que aquí se propugna como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico la dignidad de la persona, la cual impide que la atribución de la consecuencia jurídica-punitiva del comportamiento humano se realice a título de mera responsabilidad objetiva,⁵⁵ del principio de igualdad (art. 14 CE), que prohíbe tratar igual a los culpables que a los inimputables o semimputables y del principio de presunción de inocencia del art. 24. 2 CE.⁵⁶

Las limitaciones examinadas hasta ahora no son suficientes para satisfacer las exigencias de un ordenamiento que sea respetuoso con los derechos fundamentales. Pues, al igual que el modelo de Estado del que éstas se derivan, el Estado liberal de Derecho, aunque haya evolucionado por las correcciones que incorpora el Estado social, no pretende la superación de las desigualdades sociales. El Estado social de Derecho, no busca con eficacia que el Derecho incida en la evolución hacia modelos sociales en los que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas⁵⁷ en cuanto no incide en la selección de intereses a los que van a ser penalmente tutelados.

Para que el Derecho penal pueda, en este sentido, contribuir a dotar de contenido real a los derechos fundamentales debe, partiendo de las limitaciones señaladas, afrontar otras complementarias.

En principio el Derecho penal en su formulación actual, no sólo no coopera a la superación del modelo social, sino que, por el contrario, como han puesto de relieve las corrientes críticas de la criminología,⁵⁸ actúa como generador de desigualdad. Esta desigualdad no debe creerse que es privativa del Derecho penal, sino que es una exteriorización de las desigualdades

⁴⁹ Terradillos Basoco, "Globalización, administratización y expansión del Derecho penal económico", en *Temas de Derecho penal económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico* (coord. Terradillos/Acale), Trotta, 2004, p. 220

⁵⁰ Binding, *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 20 y ss.

⁵¹ Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, pp. 43 y ss. o Gimbernat Ordeig, "El sistema de derecho penal en la actualidad", en *Estudios Penales*, p. 142. "La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar". Téngase presente la vinculación originaria entre prevención general y principio de legalidad, desde Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinliche Rechts*, 1836, pp. 29 y ss.

⁵² STC. 150/1991, FJ. no. 4.

⁵³ STC. 246/1991, FJ. no. 2.

⁵⁴ Artículo 10 de la CE, en un párrafo primero establece: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

⁵⁵ Muñoz Conde/Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte General*, 2008, pp. 95 y ss.

⁵⁶ Berdugo/Arroyo/G. Rivas/Ferre/S. Piedecabras, *Curso de Derecho penal. Parte General*, 2004, p. 66.

⁵⁷ Este punto es desarrollado con amplitud por Mantovani, *Diritto Penale, op. cit.*, pp. 16 y ss.

⁵⁸ Como exponente de esta diferenciación puede consultarse el artículo de Baratta, "Criminologia e dogmatica penale passato e futuro del modello integrato di scienze penaliste", en la *Questione Criminale*, 1979, en especial pp. 152 y 173.

de nuestros sistemas sociales. Por tanto, las reformas que deban producirse no son privativas del ordenamiento punitivo, sino que hay que entenderlas en el marco global de las medidas de cambio social. El creer que basta con actuar en el ámbito del Derecho penal supone ignorar que el ordenamiento penal no es sino la punta del iceberg que constituye el control social.⁵⁹

En igual sentido, hay que tener presente que la viabilidad de las limitaciones que a continuación se enumeran presuponen una serie de condiciones previas de diversa índole. Así, un sistema electoral que asegure la representación de los intereses reales que se den en una comunidad; la existencia de cauces a todos los niveles que garanticen el respeto a las minorías; la participación popular en la administración de justicia; el control de la administración penitenciaria; el debate social sobre la cuestión penal; la existencia de instrumentos jurídicos que aseguren la pervivencia de los derechos fundamentales, etcétera.

La pretensión de llegar a un sistema social plenamente democrático supone respecto al contenido de las leyes penales limitaciones de distinto signo. En sentido negativo se ha de evitar que la determinación de las conductas delictivas actúe como factor generador de desigualdad. En sentido positivo, por el contrario, el legislador ha de buscar que la ley contribuya a que la igualdad real de los miembros de la comunidad pueda llegar a ser alcanzada.

El primer objetivo supone renunciar a utilizar el Derecho penal como medio para imponer un determinado orden ético o cultural, aunque éste sea el mayoritario, en cuanto lo que un derecho democrático debe buscar en este ámbito es justamente garantizar la coexistencia de una pluralidad de órdenes éticos o culturales, mediante la creación de marcos que posibiliten su coexistencia.⁶⁰ En nuestro ordenamiento, se intenta salvar jurisprudencialmente los conflictos culturales haciendo uso del error de prohibición. Sobre la base de que en la actualidad una competencia penal que trascienda las culturas, un Derecho penal intercultural existe sin lugar a dudas, aunque no absolutamente,

en la medida en que los delitos jurídico-penales se pueden fundamentar con argumentos de naturaleza humana universal y, más específicamente, con argumentos de los derechos humanos, lo cual es general en muchos delitos y, sobre todo, en los previstos en los ordenamientos liberales del Derecho penal. Desde esta perspectiva, puede aceptarse la existencia de un Derecho penal multicultural mientras se mantenga el límite claro de los derechos humanos, ya que de lo contrario se trataría de una visión típica del individualismo clásico que conduce a una interpretación “privatista” de los derechos fundamentales, considerando que éstos sólo pueden ser ejercidos cuando en una misma colectividad los derechos de unos individuos son oponibles frente a otros. Los derechos humanos deben ser la base común a todo el planeta, siendo inaceptable que el respeto a la diferencia cultural pueda alcanzar a las culturas que no respetan los derechos humanos.⁶¹ Sentada esta premisa, es cuando la constitucionalización de los valores de libertad, pluralismo y dignidad obligan al sistema democrático a garantizar la diversidad multicultural que supone la acogida del inmigrante. Es entonces cuando en el Derecho penal se pueden tener en cuenta determinados conflictos culturales, para atenuar o en los casos menos graves eximir de responsabilidad de los extranjeros.⁶²

En igual sentido, con carácter general, debe buscarse dotar de un contenido democrático al principio de “ultima ratio”. Es decir, la reducción del empleo del Derecho penal tiene que ser distribuido de forma igualitaria y no que, en su mayor parte, la exclusión del empleo del Derecho penal quede reducida a comportamientos realizados por las clases sociales más poderosas.⁶³ Pero afrontando el proceso de contracción general de la esfera penal, éste ha de efectuarse, como hace ya tiempo recordaba Arzt,⁶⁴ de forma racional, de tal manera que se impida que “la seguridad”, en abstracto, pase a constituir una mercancía, que sólo esté al alcance de aquellos dotados de una alta capacidad adquisitiva, lo que supondría que la descriminalización estaría actuando como factor generador de desigualdad.

⁵⁹ Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, op. cit., p. 17.

⁶⁰ Mir Puig, *Fundamento de la pena y Teoría del Delito*.

⁶¹ En este sentido, vid., Quintero Olivares, “El derecho penal ante la globalización”, en *Derecho penal ante la globalización* (coord. Zúñiga/Méndez/Diego), Colex, 2002, pp. 13 y s.

⁶² En este sentido, vid., Pérez Cepeda, *Globalización, tráfico ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, 2004.

⁶³ Por todos, Baratta, “Criminología y Dogmática penal”, en *Rev. Internacional de Droit Pénal*, p. 157, nota 19.

⁶⁴ Arzt, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, 1976, pp. 39 y ss.

Junto a ello, y en sentido opuesto, el Derecho penal debe alcanzar ámbitos fundamentales en la vida individual y colectiva que, en la actualidad, o no están o están suficientemente tutelados por la sanción penal. Los “intereses difusos”, con la ya clásica terminología de Sgubbi,⁶⁵ de los que son titulares todos los miembros de la comunidad, los intereses de naturaleza colectiva o aquellos que inciden directamente sobre el logro de una mejor calidad de vida.

Pero, con razón recuerda Baratta⁶⁶ que, en la perspectiva de un tal uso alternativo del Derecho penal, es necesario evitar caer en una supervaloración de su idoneidad y dar importancia a los medios alternativos de control no menos rigurosos que pueden resultar en muchos casos más eficaces.

La búsqueda de la vigencia real de derechos fundamentales impone también consecuencias respecto a la sanción penal y a la finalidad de la misma.

Respecto al contenido de la propia reacción penal se ha venido subrayando el carácter marginador de la pena de prisión, lo que impone una restricción a su utilización dentro de los límites de su irrenunciabilidad histórica por exigencias preventivo generales. Esta restricción tiene particular incidencia en las penas privativas de libertad de corta duración.⁶⁷ En este sentido, las denominadas penas cortas aparecen sólo como alternativa desde una perspectiva preventiva frente a la delincuencia de tipo socioeconómico, la denominada criminalidad de cuello blanco.⁶⁸ Como destaca acertadamente Lorenzo Copello,⁶⁹ lo que sucede con la delincuencia socioeconómica es que las penas previstas son leves en relación con las graves

conductas realizadas, y que lo pertinente no es disminuir garantías y reducir penas, sino elevar penas y acomodar las garantías a ese tipo de criminalidad.

Respecto a la finalidad de la sanción penal vivimos un proceso de crisis del pensamiento resocializador vinculado a su discusión en el marco de Estados y posicionamientos ideológicos superadores del Estado social de Derecho, que originó esta finalidad. La resocialización ha imperado en el Derecho penal contemporáneo desde la época del programa de Marburgo, con razón se subraya⁷⁰ que tras la misma hay un entusiasmo no demasiado justificado por la bondad de nuestros sistemas sociales y una no aceptable imposición de un cuadro de valores a quien a lo mejor ni los comparte ni desea compartirlos.⁷¹ Se debe considerar esta finalidad como la existencia del un derecho a la resocialización, recogido en el art. 25.2 de la Constitución y que como tal no puede imponerse y cuyo contenido, por otra parte, aparece siempre limitado por el respeto a la dignidad del interno. Esto es, el único sentido que la ejecución de la pena puede tener es buscar la no realización de delitos e intentar ofrecer al ciudadano todas aquellas oportunidades que le fueron socialmente negadas.⁷²

Por último, señalar que la búsqueda de la vigencia de los derechos fundamentales también tiene trascendencia en determinados puntos de la teoría del delito. Por ejemplo, el carácter democrático del Estado lleva a una concepción preventiva del Derecho penal, de la que indefectiblemente debe derivarse la diferenciación ya en el tipo entre delitos dolosos y culposos.⁷³ De igual manera, respecto al contenido del tipo del

⁶⁵ Vid., Sgubbi, “Tutela penale di ‘interessi difussi’”, en *Questione Criminale*, 1975, p. 448.

⁶⁶ Baratta, “Criminología y Dogmática penal”, *op. cit.*, p. 50.

⁶⁷ Los orígenes de la crisis de prisión, por su no adecuación a los fines de la pena son antiguos, *vid.* Garofalo, *La criminología*, pp. 317 y ss. y Von Listz, *Tratado de Derecho penal*, II, *op. cit.*, p. 16. Modélica en sus alternativas a las penas privativas de libertad es la Propuesta Anteproyecto de Nuevo Código Penal, 1983.

⁶⁸ Vid., Berdugo Gómez de la Torre, “Alternativen zur kurzen Freiheitsstrafe in den Spanischen Reform Überlegungen”, en *Deutsch Spanisches Strafrechts Kolloquium*, 1986, pp. 168 y ss.

⁶⁹ Lorenzo Copello, “Recensión a Silva Sánchez. La expansión del Derecho penal”, 2ª ed., en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 12, 2003, pp. 451-455. Llama la atención, según García Arán, “El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2005, p. 59, cómo la represión de la pequeña delincuencia convive con el tratado privilegiado de los evasores fiscales en el CP actual.

⁷⁰ La prevención especial es la finalidad plenamente coherente con el Estado social de Derecho. Sobre las consecuencias para la pena que supone el Estado social, *vid.* Mir Puig, *Función de la pena*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

⁷¹ Vid., Muñoz Conde, “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1979, pp. 91 y ss. En general el libro de Barbero Santos, *Marginalidad social y derecho represivo*, 1979 y Bergalli, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, 1976.

⁷² Es normalmente la conclusión de la doctrina que afronta críticamente la prevención especial, por todos Barbero Santos, *Marginalidad social y Derecho represivo*, *op. cit.*, p. 189.

⁷³ El carácter democrático del Estado en cuanto que impone la necesidad de modificar la sociedad lleva a una concepción preventiva general que refuerza los argumentos expuestos en la nota 50. Berdugo Gómez de la Torre, *El delito de lesiones*, *op. cit.*, p. 37 nota 68.

injusto, si la Constitución realmente refleja la búsqueda de un sistema social igualitario puede su contenido servir para la determinación de cuál es la lista concreta de bienes jurídicos protegibles.⁷⁴ Más aún, puede suponer un criterio para construir democráticamente su contenido ya para dar solución a los supuestos de conflictos sociales que subyacen tras las denominadas causas de justificación.⁷⁵ También la vigencia de los derechos fundamentales ofrece pautas importantes para asentar las bases de una discusión de otros temas claves de la actual dogmática penal. Así, el contenido de la culpabilidad⁷⁶ o las consecuencias del error de prohibición.⁷⁷

III. De la sociedad del riesgo a la expansión del Derecho penal

La política criminal y la teoría penal, pero sobre todo la dogmática jurídico-penal, están influidas desde hace mucho por el desarrollo social en su conjunto, concebido como una sociedad de riesgo. La llamada sociedad del riesgo, que caracteriza las sociedades posindustriales desarrolladas, fue objeto de estudio en 1986 de Beck,⁷⁸ quien sintetizaba el nuevo y creciente interés por el riesgo, dándole un sentido nuevo y elevándolo a su vez al rango de paradigma explicativo a finales del siglo XX de la sociedad contemporánea. Las sociedades occidentales —y progresivamente la nueva sociedad mundial— se habrían convertido en auténticas “sociedades del riesgo”. La teoría Beck desemboca en el paradigma de la sociedad del riesgo identificando, como signo más relevante de la modernidad reflexiva, o postmodernidad, la lógica de la producción y la distribución del riesgo.

La producción de los mencionados riesgos, que afectan a amplios colectivos, puede ser calificada como artificial, en cuanto producto de la actividad del hombre y vinculada a las decisiones de éste. En concreto, son consecuencias colaterales, consideradas inevitables de la puesta en práctica de nuevas tecnologías, las actividades industriales y científicas en muy diversos ámbitos sociales. Tales riesgos, hasta ahora no percibidos, imprevistos y no deseados, resultan de difícil anticipación y suelen basarse en fallos en el conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas, suprimiendo los pilares básicos del cálculo del riesgo y de seguridad. En este ámbito se incluyen los delitos relativos a la manipulación genética, delitos informáticos, delitos relacionados con el uso de energía nuclear, los delitos cuyo sustrato fáctico conforman la fabricación o utilización de sustancias peligrosas, los delitos ecológicos, etcétera.

Puede afirmarse que surgen nuevas necesidades, nuevos valores y nuevos problemas de la sociedad, que aun cuando no se conciba como sociedad del riesgo, al menos hay que calificarla de sociedad compleja. Ante todo, el planteamiento de Beck ha sabido capturar, como en una instantánea, la preocupación contemporánea por el riesgo. Éste parece esconderse en todos los rincones de lo social, lo que es tanto como decir que hoy todo parece estar en riesgo.⁷⁹ Ciertamente, más allá de cualquier formulación teórica precisa, la sociedad del riesgo ha emergido en un sentido simbólico, como una “persuasiva representación de la vida contemporánea”.⁸⁰ Una especie de metáfora del presente que, además, ha trascendido el ámbito estrictamente académico para infiltrarse en la conciencia política y cotidiana.⁸¹

⁷⁴ El problema radica en la presencia o no de un texto constitucional y en el carácter del mismo, *vid.*, Berdugo, Recensión a Bustos/Valenzuela, “Derecho penal y latinoamericano comparado, t. I., P. General, 1981”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, p. 618.

⁷⁵ Es clave subrayar el carácter dinámico del contenido del bien jurídico. Esta idea debe conectarse con la de Constitución como marco, *vid.*, Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980.

⁷⁶ Difícilmente es compatible con las exigencias de un Estado democrático el mantenimiento de una concepción normativa de la culpabilidad asentada sobre la base de una idea de reproche y vinculada a la finalidad retribucionista. Claves en la crisis normativa de la culpabilidad son Gimbernat Ordeig, “¿Tiene futuro la dogmática penal?”, *op. cit.*, pp. 105 y ss. Los trabajos de Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, 1981 y las aportaciones de Muñoz Conde o Mir.

⁷⁷ Así, *vid.*, Muñoz Conde, “La creencia errónea de estar obrando lícitamente”, en *Estudios penales y criminológicos X*, Santiago de Compostela, 1987.

⁷⁸ *Vid.*, ampliamente, Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. Navarro, D. Jiménez y M^a.R. Borrás, Paidós, Barcelona, 1998.

⁷⁹ Reith, “Uncertain Times. The Notion of ‘Risk’ and the Development of Modernity”, en *Time&Society*, 13(2/3), 2004, p. 384.

⁸⁰ Alexander/Smith, “Social Science and Salvation: Risk Society as Mythical Discourse”, en *Zeitschrift für Soziologie*, 25(4), 1996, p. 259.

⁸¹ San Martín Segura, “Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo”, en *La tensión entre la libertad y seguridad* (Bernuz Beneitez/Pérez Cepeda), Universidad de La Rioja, pp. 71 y ss.

En los países del primer mundo, en la actualidad las actividades comunes de la vida social constituyen un fenómeno de riesgo. Ello nos lleva a que hayamos asumido el peligro como medio natural en el desarrollo de nuestra vida cotidiana. No se concibe una política criminal que no se apoye necesariamente en el concepto de riesgo, al menos en tres aspectos diferentes:⁸² primero, en tanto que es la existencia de un riesgo significativo, socialmente relevante, y la necesidad de controlarlo, lo que legitima la intervención penal; segundo, porque la omnipresencia del fenómeno del riesgo, rasgo ineludible de nuestras sociedades modernas, obliga necesariamente a plantearse la cuestión del riesgo permitido, eso es, la posibilidad de que ciertos riesgos sean comparados frente a otros, con los consiguientes efectos limitadores en el alcance a la incriminación; finalmente, porque las reglas de imputación de responsabilidad se construyen también en buena medida sobre el propio concepto de riesgo.

La sociedad del riesgo se caracteriza, según Corcoy Bidasolo,⁸³ porque los nuevos riesgos que aquella genera suelen proporcionar beneficios a la colectividad. La sociedad debe ponderar, efectuando cálculos de coste-beneficio, si compensa, o no, correr dichos riesgos, teniéndose en cuenta la importancia del peligro como la utilidad que éste reporta. Los riesgos que la sociedad decide correr son, desde el punto de vista del Derecho penal, riesgos permitidos o socialmente adecuados. En este caso, no es el hombre sino la sociedad, es decir, el legislador después de un análisis racional, económico y amoral, quien gestionaría el riesgo. En consecuencia, el peligro objetivo en cuanto riesgo con relevancia penal no tiene naturaleza causal-naturalística sino sólo normativa. Dicho peligro normativo⁸⁴ se concibe como probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal, debiendo ser dicha

probabilidad de una entidad rayana en la seguridad de lesión para que se pueda aceptar la legitimidad de la incriminación de la conducta.⁸⁵

Se trata meramente de principios de actuación referidos a la necesidad de evitar las defraudaciones de las expectativas que generan el avance social y el desarrollo tecnológico y científico. De ahí que se justifique la transformación del principio de intervención mínima en intervención máxima, puesto que también se tutelan nuevos intereses y funciones, esto es, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica, o bien contextos, entornos o condiciones del disfrute de bienes jurídicos individuales, dejando de lado el criterio limitador del bien jurídico, lo que se encuentra en clara contradicción con el principio de lesividad.⁸⁶ De tal manera que, el sistema se estaría escorando hacia modelos de intervención que identifican el bien jurídico a tutelar con mecanismos y funciones que, cuyo carácter multiforme y difuso, no pueden erigirse como un fundamento limitador del poder punitivo. También los principios de necesidad y proporcionalidad dejan de tener como referente el carácter de ultima ratio del Derecho penal, y se refiere a la supuesta realidad de lo que acontece. Estos inconvenientes tratan de superarse, exigiendo que solamente se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto.

Ante estos planteamientos, con O'Malley⁸⁷ cabría decir que mientras bajo la lógica del welfare el objetivo —ciertamente utópico— era el de una sociedad de seguridad universal, libre de riesgos, el neoliberalismo se pregunta, de forma previa, qué riesgos son tolerables y cuáles, por el contrario, deben ser neutralizados. Puede observarse cómo las concepciones neoliberales diseñan una política-criminal que se fundamenta en “conceptos económicos básicos,

⁸² Así, *vid.*, Paredes Castañón, “Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo”, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto* (Agra, Domínguez, García Amado, Hebberecht, Recasens, eds.), Atelier, 2003, p. 91.

⁸³ Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, p. 192.

⁸⁴ *Vid.*, Corcoy Bidasolo, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en *La política criminal en Europa* (dir. Mir/Corcoy), Atelier, 2004, pp. 33 y ss.

⁸⁵ Desde una perspectiva subjetiva, los riesgos que pueden ser relevantes son aquéllos cognoscibles en el momento en el que el sujeto realiza la conducta, esto es desde una perspectiva *ex ante*, en otras palabras sólo son jurídico-penalmente relevantes los riesgos conocidos por el autor —dolosos— y también pueden serlo los cognoscibles imprudentes. *Ex post* deberá probarse que la conducta efectivamente, en ese caso concreto, atendiendo no sólo a las circunstancias conocidas *ex ante* sino también a las que conocieron *ex post*, ha afectado el bien jurídico.

⁸⁶ *Vid.*, Hassemer, W., “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno” (traducción de E. Larrauri y M. Mainecke), en *ADPCP*, 1992, pp. 235 y ss.; él mismo, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 30 y ss.

⁸⁷ O'Malley, P., *Crime and The Risk Society*, Aldershot, Dartmouth, 1998, p. X.

como racionalidad, maximización, costos, beneficios esperados, arreglos institucionales, intereses especiales, derechos de propiedad, equilibrio y eficiencia son también fundamentales para explicar, predecir y combatir de manera efectiva la actividad criminal”.⁸⁸ Poniéndose en evidencia, la contradicción que hay entre el modelo de desarrollo capitalista, que en nuestro tiempo lanza al neoliberalismo más crudo, con la destrucción sistemática del Estado social, y que asumen ese peligro como precio necesario (y su plasmación en acciones hace que éstas se estimen adecuadas) de una determinada concepción del progreso y la hipócrita promesa de los legisladores de robustecer la tutela de los bienes jurídicos.⁸⁹ Lo cierto es que la ideología de la distribución de riesgos entre el individuo y la sociedad, como manifiesta Díez Ripollés, es un discurso que “se sirve de la tecnología tecnocrática para ocultar la insolidaridad social que inspira”.⁹⁰

Junto a ello, la sociedad del riesgo señala el extraordinario incremento de las interconexiones causales y los ámbitos de acción individual han dado paso a contextos de carácter colectivo. Los sujetos en la organización son intercambiables y su contribución personal es tan reducida en relación con el conjunto que resulta una menor sensación de responsabilidad, pues las consecuencias son producto de la acumulación de múltiples factores.⁹¹ Ello da lugar a que la asunción individual de responsabilidad se diluya en el conjunto de aportaciones, llegándose incluso a afirmar que las estructuras complejas de producción dan lugar a una irresponsabilidad organizada. De tal manera que, generalmente que el peligro no permite vincular causalmente el daño, estableciendo imputaciones oportunas, a las acciones de individuos responsables, ya que a la falta de previsión de su aparición, se añade la realidad de unas actividades generadoras de riesgos que se entrecruzan unas con otras. El resultado es que

el control del riesgo no sólo escapa al dominio sino que tampoco está claro quién detenta dicho dominio. Ello plantea que se consideren ineludibles criterios de distribución de riesgos, que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad. En suma, la irresponsabilidad organizada se esconde hoy tras la complejidad.

En este contexto, y bajo el slogan de aseguramiento del futuro,⁹² se adelanta la intervención punitiva. Se emplea la técnica de los delitos de peligro abstracto como una reacción frente a las inseguridades de orientación social ante las innovaciones, el aumento de la complejidad, los cambios estructurales, las transformaciones tanto en el ámbito económico como tecnológico.⁹³ En ellos, la prohibición no se basa en su conocida capacidad para producir daños, sino simplemente en la sospecha, no confirmada por los conocimientos empíricos, de que pueden acarrear consecuencias indeseables. El reproche penal se basa en la realización de determinados comportamientos sin cerciorarse, mediante procedimientos pertinentes, de que son nocivos. Cuando la finalidad que justifica al Derecho penal difícilmente puede ser afirmada desde el subjetivismo epistemológico y el relativismo axiológico, ni experimentada desde teorías y paradigmas que no pueden refutarse, pero tampoco pueden verificarse.⁹⁴ El Derecho penal ya no pretende prevenir y evitar lesiones al bien jurídico, sino que asume la tarea en el sistema de aseguramiento y previsión estatal de la existencia.⁹⁵

En esta línea, se propone una política de tolerancia cero ante cualquier conducta delictiva, sin analizar las consecuencias o circunstancias que pueda generar ésta, de tal manera que los programas de los políticos en sus plataformas electorales ofrecen una serie de medidas con el fin de brindar seguridad a los ciudadanos, medidas que van desde el aumento de las

⁸⁸ Rivera Beiras/Nicolás Lazo, “La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política europea”, en *Política criminal y sistema penal* (coord., Rivero Beiras), Anthropos, 2005, p. 234.

⁸⁹ En este sentido, *vid.*, Quintero Olivares, “Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* (Arroyo/Neumann/Nieto coord.), Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 241.

⁹⁰ Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Derecho penal y política transnacional* (coords. Bacigalupo/Cancio Meliá), Atelier, 2005, p. 261.

⁹¹ Sellmann, “Societat de risc i drec penal”, *Iuris*, en *Quaderns de política Jurídica*, 1, p. 273.

⁹² Sobre la necesidad del aseguramiento del futuro, *vid.*, Stratenwerth, G., “Zukunftssicherung mit der Mitteln des Strafrechts?”, en *ZStW*, 105, 1993, pp. 679 y ss., mostrándose optimista respecto a la intervención penal, incluso abogando por una amplia adaptación a las necesidades en este ámbito.

⁹³ Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit un strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1990, p. 54.

⁹⁴ *Vid.*, en este sentido, Bueno Arús, *La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Cuadernos Civitas, 2003, p. 19.

⁹⁵ Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit un strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1990, p. 87.

penas, el cumplimiento total de las penas privativas de libertad, y fundamentalmente las restricciones de las garantías penales y procesales en general. Cuando, como ha manifestado Maqueda Abreu, “la crítica generaliza frente a ésta y otras medidas de exasperación punitiva, es la de su ineficacia [sic]. La investigación criminológica ha demostrado que el endurecimiento de las penas no reduce las tasas de criminalidad ni, por tanto, garantiza la mejor seguridad de las personas. Además, hay que contar con el elevadísimo coste que estas políticas de seguridad representan para el sistema de garantías de nuestros Estados de Derecho”.⁹⁶ En fin, una tendencia en lo que se ha dado en llamar “el populismo antigarantista” en donde cualquier derecho fundamental queda reducido a un mínimo, en pos de la eficiencia del poder represivo del Estado de Derecho con el fin expreso o no de calmar a la opinión pública y su idea ancestral de venganza. Es la actualización de la vieja tensión entre eficacia y garantía que siempre ha caracterizado al Derecho penal. Hoy, la eficacia se presenta bajo la reiterada referencia del no olvido de las víctimas del delito, pero con el coste del olvido de que el Derecho penal es el Derecho que plasma las garantías del ciudadano que delinque, pero que continúa siendo ciudadano.

En parte este factor expansivo aparece como consecuencia de la identificación social con las víctimas (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo), convirtiéndose la ley penal también en “Magna Carta de la víctima”. A ello han contribuido de forma significativa las asociaciones u ONGs, denominadas por algún autor como “gestores atípicos de la moral”.⁹⁷ Éstas actúan como lobbies de presión frente a los gobiernos, pero también sensibilizan a la opinión pública sobre determinadas situaciones que hasta el momento de forma interesada se mantienen invisibles. Si bien estas situaciones se visibilizan, en la medida en que interese políticamente, porque no conviene obviar que las víctimas lo que suelen reivindicar es mayor eficiencia en la aplicación del Derecho, o en la reparación de los efectos del delito.

Otro de los factores que han ayudado a la proliferación de este fenómeno expansivo, ha sido la ten-

dencia básica del Consejo europeo, pero también de la Comisión y el Parlamento, es claramente punitiva. Parece que únicamente se trata de armonización “extensiva”, de incriminación, de llenar lagunas en torno a punibilidad y aumento de los marcos de punibilidad. Sobre descriminalización o de alternativas al Derecho penal se discute poco, al día de hoy sólo ha servido para despenalizar conductas que limitaban la libre circulación de mercancías y capitales. La crítica penal es escasa, frecuentemente se realiza persiguiendo intereses nacionales y hasta meramente empresariales, lo que refleja el espíritu de las sociedades europeas y el incremento de un pensamiento dirigido al aumento de la incriminación. No se puede desconocer que la política criminal europea se concentra en interesantes ámbitos “modernos”.

A pesar de todo, en el ámbito europeo, lo que parece mucho más preocupante, es justo el efecto contrario de desregular, promovido a nivel europeo por el “soberano privado supraestatal difuso” titular del poder de hecho y nacido no del acuerdo entre Estados ni de la voluntad general democráticamente manifestada, sino de la conjunción de grandes compañías transnacionales y de los conglomerados financieros, eso sí son verdaderos lobbies.⁹⁸ De tal manera que, respecto a determinados conflictos sociales económicos, realmente no existe una expansión del Derecho penal sino más bien una desregulación programada,⁹⁹ el caos de la no regulación. En este ámbito, el principal problema radica en el mal funcionamiento de otras instancias previas del control social al Derecho penal, en la inadecuada regulación y sobre todo en la ausencia de las políticas sociales o de prevención más costosas, propias del Estado de bienestar. Donde realmente ha habido una expansión a través del incremento de figuras delictivas o de leyes especiales, la ampliación de sus ámbitos de aplicación y una agravación punitiva ha sido de nuevo respecto a los delitos cometidos por la delincuencia tradicional, de criminalidad callejera, funcionalizando precisamente también el concepto de riesgo y dando lugar a que el Derecho penal se profile como un Derecho penal de la seguridad.

⁹⁶ Maqueda Abreu, “Crítica a la reforma penal anunciada”, en *JpD*, núm. 47, 2003, p. 10.

⁹⁷ Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op.cit., pp. 66 y ss.

⁹⁸ En este sentido, vid., Terradillos Basoco, “Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico”, en *Temas de Derecho penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico* (coord. Terradillos/Acale), Trotta, 2004, p. 223.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 234 y ss.

Pues bien, el principal problema de esta ampliación punitiva, la cual sería ostensible en el Derecho penal del peligro, es que se realice sin límites (sin determinar claramente los ámbitos), o controles, criminalizando la mera sospecha, afectando a la certeza, la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley, los principios de responsabilidad personal de la propia culpabilidad, de proporcionalidad y, por supuesto, la presunción de inocencia para permitir cuando sea útil la inversión de la carga de la prueba. Sin que, además, se consigan los objetivos propuestos.

Con carácter general, se puede afirmar que el fenómeno expansivo no sólo se ha traducido en un incremento continuado de comportamientos que se elevan a la categoría de delito, sino que ha dado paso a un nuevo modelo de política criminal que parece contradecir los principios programáticos que deben orientar la actividad legislativa en el campo penal. Así, unido a la flexibilidad de los criterios dogmáticos de imputación (por ejemplo, los relativos a la relación de causalidad, a la imputación objetiva de la conducta y el resultado, a la imputación subjetiva, o a la relación de autoría), existe una flexibilización de las garantías político-criminales materiales y procesales (por ejemplo, el principio de legalidad penal y procesal, la progresiva importancia de los acuerdos entre las partes en el proceso y la disminución de las formalidades del mismo, el principio de taxatividad en la elaboración de los tipos penales, el principio de irretroactividad de las disposiciones perjudiciales para el reo, el principio de prohibición de analogía in malam partem o el principio de culpabilidad).

IV. El Derecho penal del enemigo y la radicalización de la cultura preventiva frente al terrorismo

Una vez analizado cómo la reconstrucción del valor seguridad, cómo axioma político a la vez que cómo valor prioritario y cómo idea desprovista de sus dimensiones “materiales”, se inscribe en una semán-

tica que anuncia un mundo descrito y percibido como riesgo. Además, debe tenerse en cuenta que los miedos existen previamente en nuestra sociedad y que son las instituciones públicas y los medios de comunicación no solamente los que les dan relevancia, sino que en ocasiones también los manipulan y rentabilizan.¹⁰⁰ Es innegable que el fenómeno del terrorismo internacional, y en particular la terrible masacre del 11-S de 2001, ha puesto en crisis la ilusión de seguridad e invulnerabilidad del llamado primer mundo. De esta manera, el miedo, entendido en este caso como el sentimiento de vulnerabilidad, se ha convertido en un condicionante importante de las políticas de seguridad, siendo utilizado tras el atentado para la creación de un enemigo con el objetivo de eliminar toda resistencia a la estrategia de las posiciones dominantes.¹⁰¹

Por ello, la política criminal frente al fenómeno del terrorismo está cada vez más ideologizada en la lucha contra quienes, ya a priori, son considerados enemigos del Estado. Esto ha ocasionado que en numerosos Estados aparezcan normas, la mayoría de carácter penal, cuyo fin último es incrementar la eficacia de la lucha frente al terrorismo y cuya característica principal es la minimización de las garantías y derechos fundamentales que tradicionalmente han informado los procesos penales en los Estados democráticos. Así, frente a esta delincuencia que hace peligrar, desestabiliza y lesiona los bienes de las personas, los cimientos del Estado y las estructuras democráticas, los Estados han tendido a estirar los límites de la democracia hasta el punto de convertir las leyes antiterroristas en auténticos laboratorios donde distintas normas penales y procesales han puesto a prueba la resistencia de los principios y garantías que rigen en el llamado Estado social y democrático de Derecho.¹⁰²

Como acertadamente afirma Brandariz García, “el riesgo de amenaza, generalmente en forma de enemigo, es presentado, y vivido como una emergencia, como un peligro ante el que hay que responder de forma urgente y excepcional”.¹⁰³ Esto incentiva la aceptación social de respuestas que desconocen los límites jurídicos previamente alcanzados, como entendemos

¹⁰⁰ En este sentido, *vid.*, Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2001.

¹⁰¹ *Vid.*, entre otros, Portilla Contreras, “Represión legal del enemigo tras el 11 de septiembre de 2001”, en *Mientras tanto*, núm. 83, 2002, pp. 83 y ss.

¹⁰² *Vid.*, más ampliamente, Pérez Cepeda, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

¹⁰³ Brandariz García, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en *Nuevos retos del Derecho penal de la globalización* (dir. Faraldo Cabana), Valencia, 2004, p. 59.

es el caso, por ejemplo, de la negación de estatuto jurídico a los prisioneros hasta estos momentos recluidos en Guantánamo o de la drástica disminución de las garantías procesales de los extranjeros —que durante siglos han atraído a millones de personas a los EEUU— tras la aprobación de la *USA Patriot Act*.¹⁰⁴

Los Estados han intentado tradicionalmente justificar esta intervención penal excepcional alegando la aparente debilidad de la democracia frente al fenómeno del terrorismo y la necesidad de autodefensa frente a quien pretende su destrucción. Sin embargo, ha surgido recientemente desde la dogmática penal una tesis doctrinal que puede convertirse en un auténtico paraguas legitimador del modelo político-legislativo que se ha venido utilizado frente al terrorismo.¹⁰⁵ Nos estamos refiriendo a la tesis del “Derecho penal del enemigo” propuesta y defendida por Jakobs,¹⁰⁶ para quien contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es necesario acudir a un “Derecho penal del enemigo, guerra refrenada”.¹⁰⁷ De acuerdo con esta doctrina, el legislador actúa previniendo, atacando a un sujeto peligroso antes de que cometa el hecho, buscando como único interés la pretendida seguridad de los ciudadanos.¹⁰⁸ El acusado se transforma en no-persona por haber abandonado el Derecho, aunque no sea de modo permanente.¹⁰⁹ En esta lógica, ciertamente dia-

bólica, no debe darse la libertad, es decir las garantías vinculadas a la condición de persona, a los enemigos de la libertad.

Así, se alega que el destinatario del control no presenta ya meras conductas socialmente desviadas, sino que comete auténticos actos de guerra. De ahí que todo individuo que no admite su acceso a un estado de ciudadanía no pueda participar de los beneficios del concepto de persona, lo que conduce a cuestionar la reacción penal frente al terrorista que rechaza el principio de la legitimidad del ordenamiento jurídico y que persigue la destrucción del orden establecido por él mismo. Dado que el terrorista no ofrece una expectativa de conducta personal, la categoría de delito referida a las personas resulta inadecuada. En consecuencia, si no se quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho, “debería llamarse Derecho penal del enemigo a lo que haya que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir”.¹¹⁰

Puede constatarse, cómo desde la doctrina penal se han alzado voces en favor de aplicar el llamado Derecho penal del enemigo en la lucha contra el terrorismo, lo que no significa tanto “civilizar” el Derecho penal, cuanto desformalizarlo y despojarlo de garantías y principios que, se dice, dificultan el castigo de

¹⁰⁴ El 26 de octubre de 2001 se aprobó la *USA Patriot Act* que fortaleció los poderes de policía sobre la sociedad civil. Bajo esta ley: a) toda delegación facultada puede entrar secretamente en cualquier casa o negocio, recoger elementos de prueba, no informar al inquilino de la entrada y registro y utilizar posteriormente los elementos de prueba así recogidos para ejercitar la acción penal contra el mismo; b) cualquier agente de policía tiene el poder de monitorear el tráfico de Internet y los correos electrónicos, así como de interceptar los teléfonos celulares de millones de “sospechosos”; c) cualquier agencia de policía federal puede invadir cualquier local comercial y confiscar todos los registros sobre la base de que ese procedimiento está “conectado” con una investigación sobre terrorismo. La *USA Patriot Act* también permite detener a personas sin comunicarles el título de imputación, ni designarles abogado, ni dar cuenta de su paradero, ni fijar un límite temporal para esta situación tan precaria.

Por su parte, el 13 de noviembre de 2001, el presidente Bush emitió la *Military Order* que faculta al gobierno de los EEUU a arrestar a “no-ciudadanos” de quienes se tengan “razones para creer” que son terroristas a los efectos de que puedan ser procesados por un tribunal militar. Los juicios son secretos y los fiscales no están obligados a presentar pruebas si esto es “en pos de los intereses de la seguridad nacional”. Estas medidas han motivado que el debate sobre la tensión inherente entre seguridad y libertades civiles esté más vivo que nunca. Surgiendo cuestiones como: ¿hasta qué punto la necesidad de impedir nuevos atentados terroristas y nuevas víctimas justifica la erosión de ciertas libertades civiles fundamentales? O, dicho de otra manera, ¿hasta qué punto la necesidad de proteger las libertades civiles básicas, que son el rasgo distintivo de la democracia y que durante siglos han atraído a millones de personas a los EEUU, justifica renunciar a medidas antiterroristas adicionales? *Vid.*, Vervaele, “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: *inter arma silent leges*”, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 14, 2005, pp. 116 y ss.

¹⁰⁵ *Vid.*, más ampliamente, Pérez Cepeda, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

¹⁰⁶ Esta teoría se encuentra ampliamente expuesta por Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006. *Vid.* críticamente Miró Llinares, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁷ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ Como críticamente señala Ladrove Díaz, *El nuevo Derecho penal*, 2009, p. 44, “Nadie puede ser definido, ni siquiera de forma transitoria, como ‘no persona’ y nadie puede ser perseguido mediante un ‘no-Derecho’, o sea, mediante una reacción defensiva frente a sujetos ‘excluidos’”.

¹¹⁰ Al respecto, *vid.*, más ampliamente, Jakobs, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, pp. 57 y ss.

ese tipo de criminalidad. El Derecho penal del enemigo se caracteriza por: (i) una amplia anticipación de la tutela penal en cuanto a la definición de las conductas punibles (esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado al hecho venidero, formulando delitos de sospecha y apoyándose en estructuras de peligrosidad sin necesidad de exteriorización de una conducta delictiva) que llega al punto de castigar en ocasiones conductas de contenido simbólico en lugar de hechos; (ii) el no respeto al principio de proporcionalidad (ya sea por sancionar de igual modo los actos preparatorios que los consumados, ya sea por agravar las penas de los delitos clásicos cuando se cometan por sociedades criminales); y (iii) la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales,¹¹¹ entre las que destaca el cuestionamiento de la presunción de inocencia porque se opone a la exigencia de verdad en el procedimiento penal, la reducción de las exigencias de admisibilidad de la prueba, la extensión del alcance de la intervención de las comunicaciones y de la investigación bajo secreto de sumario, la eliminación del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, la ampliación de los plazos de detención oficial con fines supuestamente investigadores e, incluso, la reivindicación en el plano teórico de la tortura.¹¹² Aparecen así la disminución de las garantías del acusado en el proceso penal, la creación de nuevas figuras delictivas de márgenes poco precisos y la exasperación de los marcos punitivos de las infracciones ya existentes en la legislación penal, como notas distintivas del moderno Derecho penal y procesal penal en la lucha emprendida contra la delincuencia organizada en general, y contra el terrorismo, como forma particularmente grave de la actividad criminal organizada.¹¹³

Siguiendo esta tendencia, las legislaciones contra el terrorismo de numerosos países occidentales comparten una cierta anticipación en la intervención penal, la tipificación de comportamientos como la

pertenencia o colaboración con banda armada, la sanción de actos preparatorios y la utilización de términos vagos y ambiguos a través de los que se prima más la eficacia que el respeto a los principios de legalidad y seguridad jurídica. Además, en el Derecho penal español en particular se castiga la apología de aquellos actos definidos como terrorismo, y se prevé un sistema excepcional de aplicación de penas y beneficios penitenciarios (aunque, paradójicamente, se establece para los delitos de terrorismo la posibilidad de una importante atenuación de la pena como premio por el abandono de las actividades delictivas si se colabora en el descubrimiento o la evitación de otros delitos).¹¹⁴

Se trata, en definitiva, de un Derecho penal *ad hoc* para la lucha contra el terrorismo, que frente a las dudas de legitimidad que presenta opone criterios de necesidad y eficacia, justificando su excepcionalidad en el carácter desestabilizador que este fenómeno genera en el sistema político. De esta manera, además de adoptarse un modelo de emergencia basado en el tratamiento del terrorista como un enemigo a batir, la política-criminal se ha liberado sin complejos de los principios garantistas en el Derecho penal sustantivo que dominaron el panorama político-criminal y dogmático durante buena parte del siglo XX en Europa. Parece como si no importara nada que la eficacia en la represión pueda comportar la pérdida de eficacia del pacto social y las libertades.¹¹⁵

A lo que hay que añadir la tendencia a extender las limitaciones en el contenido de derechos humanos fundamentales más allá del fenómeno del terrorismo a otros fenómenos relacionados con la criminalidad organizada que, a pesar de no ser dominados por grupos complejos y estructurados, pueden propasar los confines de la micro-criminalidad. Con ello se acentúa el riesgo de que la legislación dirigida específicamente al terrorismo se transforme en un caballo de Troya

¹¹¹ Cancio Meliá, “‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en *JpD*, núm. 40, 2002, p. 21.

¹¹² Vid. Gracia Martín, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Revista General de Penal*, 2004, IUSTEL, www.iustel.com. Como ha señalado Pérez del Valle, “Sobre los orígenes del Derecho penal del enemigo, algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau”, en *CPC*, núm. 75, 2001, pp. 609 y ss, estas medidas son consecuentes con la doctrina del Derecho penal del enemigo, puesto que el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una norma sino la venganza, en un estado de guerra no son necesarias las garantías.

¹¹³ Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en *Nuevos retos del Derecho penal de la globalización* (ed. Faraldo Cabana), Valencia, 2004, pp. 302 y ss.

¹¹⁴ Vid., más ampliamente, Pérez Cepeda, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, op. cit., pp. 165 y ss.

¹¹⁵ *Ibid*, pp. 94 y ss.

capaz de anular los principios del Derecho penal liberal puesto que se trataría de una realización tanto más difícil de combatir por cuanto inesperada, al provenir no de las figuras tradicionales del legislador o de la magistratura penal sino de una reconstrucción del fenómeno excesivamente ampliada.¹¹⁶

La amenaza del terrorismo es además utilizada para crear nuevos poderes al servicio del Estado y limitar el contenido de los derechos de los ciudadanos, lo que según Jakobs estamos obligados a aceptar puesto que “quien incluye al enemigo en el concepto de delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos de ‘guerra’ y ‘proceso penal’”.¹¹⁷ Así, en numerosos Estados de nuestro entorno se crean tribunales especiales para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, se prolongan los tiempos de detención policial, se limita la elección de asistencia letrada, se limita el alcance de las comunicaciones del detenido o se amplían las competencias policiales en la práctica de ciertas diligencias de investigación. De esta manera, se minimizan, particularmente durante la fase de investigación, las garantías procesales derivadas de los derechos fundamentales a la libertad y a la tutela judicial efectiva que son aplicables en la lucha frente al enemigo, lo que se acompaña de la debilitación de otros derechos y libertades fundamentales (intimidad, libertad de expresión, libertad de movimientos, propiedad, etc.), y todo ello en aras de facilitar las tareas de los cuerpos de seguridad del Estado y de los servicios de inteligencia.¹¹⁸

Ejemplo paradigmático a este respecto es la *USA Patriot Act* que, entre otras cosas, suprime cualquier trámite judicial para practicar diligencias de investigación tales como allanamientos, escuchas telefónicas y controles de la correspondencia postal y de las comunicaciones vía internet.¹¹⁹ Además, se han creado nuevas obligaciones para los servidores de internet, autoridades tributarias, agencias de viajes y aerolíneas (por poner sólo algunos ejemplos) tenden-

tes a permitir el acceso a los servicios de inteligencia y a los cuerpos de seguridad del Estado a todo tipo de datos, a priori, privados. A lo que hay que añadir, que el personal militar se encuentra autorizado para mantener en situación de detención a sospechosos y para llevar a cabo investigaciones cuando exista peligro para la vida humana y las autoridades civiles no se hallen en condiciones de cumplir con sus obligaciones.

Por otra parte, el terrorismo internacional se representa hoy como una causa de inseguridad que, a diferencia de los conflictos armados tradicionales en los que la amenaza emanaba de otro Estado, es provocada por una organización deslocalizada, un enemigo ubicuo e invisible.¹²⁰ De ahí que la nueva imagen del enemigo está difuminando los contornos de lo interno y lo externo, cuya delimitación precisa es uno de los pilares sobre los que el Estado-nación se ha constituido y ha desarrollado sus funciones.¹²¹ Nos encontramos, además ahora, ante un concepto de enemigo de una gran maleabilidad, y por tanto de mayor funcionalidad. En este nuevo formato, el sujeto-enemigo se transforma en una emancipación de peligro, un riesgo para la seguridad, y, en virtud de ello, en enemigo del ordenamiento jurídico. Esta potencial peligrosidad se conjura mediante una legislación penal preventiva.¹²² La percepción del nuevo peligro ha supuesto, en términos generales, una radicalización de la cultura preventiva que ha impregnado las políticas de seguridad en las últimas décadas, aplicada tanto a la filosofía del control interno (favoreciendo su flexibilización) como a un nuevo concepto de guerra (preventiva), bajo el argumento de la mayor eficiencia en la prevención del riesgo. El concepto de “grupo de riesgo” adquiere entonces una elasticidad casi infinita —es el renacimiento de la filosofía de la sospecha—, pero donde el principal objetivo son, sin duda, los extranjeros islámicos. Se trata de una redefinición de la teoría del enemigo tal y como la concibiera Carl Schmitt, a pe-

¹¹⁶ Militello, “Una experiencia comparativa: el proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada”, en *Derecho penal ante la globalización* (ed. Zúñiga/Méndez/Diego), Colex, 2002, p. 40.

¹¹⁷ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 42.

¹¹⁸ Vid., más ampliamente, Pérez Cepeda, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, op. cit., pp. 165 y ss.

¹¹⁹ Recientemente, numerosos congresistas y senadores en Washington muestran su oposición a esta norma en cuanto que no se limita a los supuestos de terrorismo.

¹²⁰ Vid., Bauman, “El eterno retorno de la violencia”, en *Modernidad y violencia colectiva* (ed. Beriain), CIS, Madrid, 2004, p. 82.

¹²¹ Vid., más ampliamente, Pérez Cepeda, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, op. cit., pp. 49 y ss.

¹²² Portilla Contreras, “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales* (coord. Guillermo Portilla), Universidad Internacional de Andalucía/Akal, 2005, p. 71.

sar de que éste, curiosamente, rechazara la posibilidad de un “enemigo de la humanidad”, que sin embargo es el argumento de la nueva filosofía de la protección.¹²³

Actualmente, podría recogerse numerosas definiciones y llegaríamos a la conclusión de que, en esta era del terror globalizado, una de las dificultades más grandes al tratar el fenómeno del terrorismo es la falta de consenso a la hora de definir en qué consiste exactamente el mismo. Incluso, la definición de grupos terroristas en ciertos países se realiza a través de listas o catálogos, elaborados por el Ministro del Interior o de Justicia, sin contar con el Parlamento, unido a leyes antiterroristas. En consecuencia, en este ámbito el control parlamentario y judicial resulta marginal, ya que el poder ejecutivo adopta decisiones básicas sobre qué organizaciones y qué individuos pueden ser considerados terroristas.¹²⁴ En esta línea, las políticas de la Unión Europea han mantenido la técnica de las listas y, con ello, un automatismo arriesgado en la definición de terrorismo internacional,¹²⁵ aceptando además la lógica peligrosista que deriva hacia el Derecho penal de autor. Por el contrario, en otros países, no se han introducido estas listas, pero se deja al sistema judicial la definición de terrorista y de terrorismo a la hora de interpretar elementos de los tipos penales de los delitos cometidos. Lo cierto es que la indefinición permite una utilización oportunista e interesada del término, de hecho hay quien habla de terrorismo como si fuera una marca.

El carácter unilateral y arbitrario de la definición, concreción y atribución de la condición de enemigo a quienes previamente eran ciudadanos por parte de los

gobiernos [sic]. Sobre la base de una presunta falta de seguridad cognitiva (que, dada la vaguedad con la que Jakobs define esta adjetivación, puede devenir no de la realización de injustos típicos sino de su frecuencia o de condiciones cuasi-innatas en el sujeto como la nacionalidad); el Derecho penal del enemigo conlleva que muchas de las restricciones o privaciones de derechos y garantías estén dirigidas contra grupos específicos de la población señalados por los Estados como terroristas-enemigos, tales como los no nacionales, los ideológicamente peligrosos, y en la actualidad los pertenecientes a ciertos grupos civiles, fundamentalmente de tipo religioso, y específicamente islámico.¹²⁶

Así, por ejemplo, esta teoría justificaría que la *USA Patriot Act* recoja una clara regulación discriminatoria entre extranjeros y nacionales, puesto que permite la expulsión o la denegación de entrada en los EEUU a extranjeros sospechosos de pertenecer o colaborar con cualquier organización que apoye públicamente actos de terrorismo, siendo el propio extranjero quien debe probar su inocencia.¹²⁷ Además, la *USA Patriot Act* estipula como obligatoria la detención de cualquier nacional no estadounidense cuando el Fiscal General sospeche que la persona objeto de investigación es terrorista, prevé que cualquier persona extranjera pueda ser detenida hasta siete días sin necesidad de acusación formal por el Fiscal General, y permite que se pueda mantener la detención de forma indefinida en aquellos casos en que no sea posible la expulsión en un futuro razonable de los extranjeros acusados de terrorismo que puedan poner en peligro la seguridad nacional.¹²⁸

¹²³ Beriain, “La dialéctica de la modernidad: las metamorfosis de la violencia colectiva moderna y postmoderna”, en Beriain (ed.), *Modernidad y violencia colectiva*, CIS, Madrid, 2004, p. 125.

¹²⁴ Albrecht, “Respuestas legislativas al 11 de septiembre. Un análisis comparado de la legislación antiterrorista”, en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, coord. por Francisco Bueno Arús, José Luis Guzmán Dalbora, Alfonso Serrano Maíllo, 2006, p. 1150.

¹²⁵ Portilla Contreras, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2007, pp. 203 y ss.

¹²⁶ El gobierno de los EEUU ha detenido a más de 1200 personas, casi todas ellas árabes o musulmanas, en conexión con la investigación de los ataques del 11-S. Solamente una de las personas ha sido acusada de estar envuelta en los crímenes que se investigan. Los juicios se llevan a cabo en secreto y los nombres de los detenidos no se hacen públicos.

¹²⁷ Sección 411 de la Ley de inmigración (reformada por la *USA Patriot Act*).

¹²⁸ Sección 236 de la Ley de inmigración (reformada por la *USA Patriot Act*). La *USA Patriot Act* amplía a siete días el plazo para comunicar los motivos de detención administrativa. El INS ha sustituido este periodo por un plazo razonable, que por lo general es de seis meses, pero el Fiscal General puede ampliar este periodo y, si la seguridad nacional lo exige, puede prorrogarlo diversas veces (Sección 412 *USA Patriot Act*). Como señala, Vervaele, “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: *inter arma silent leges*”, *op. cit.*, p. 131, el Fiscal General y el INS ostentan un poder de detención a largo plazo sin precedentes, sin posibilidad de defensa y sin obligación de declarar expresamente en qué consiste con exactitud la amenaza para la seguridad nacional. El procedimiento se aplica en el periodo anterior a la expulsión, en el periodo sucesivo a la expulsión y durante la propia expulsión. No obstante, el 12 de enero de 2005, el Tribunal Supremo decidió que los “no-ciudadanos” tienen derecho a no ser detenidos por un tiempo indeterminado, concluyendo que la detención sólo estará autorizada si es “razonablemente necesario” para obtener la expulsión. Esto significa que el Gobierno debe encontrar fundados motivos para ello, y de no ser así, el interesado debe ser puesto en libertad.

En el mismo orden de cosas, la doctrina del Derecho penal del enemigo justificaría también que la *Military Order*, dictada por el presidente Bush el 13 de noviembre de 2001, establezca que los tribunales militares son los únicos competentes para juzgar a extranjeros que son o han sido miembros de Al Qaeda por actos cometidos en contra de EEUU o de sus ciudadanos.¹²⁹

La cobertura que la teoría del Derecho penal del enemigo da a este tipo de medidas se produce a pesar de que las mismas conllevan una exclusión de la condición de ciudadano que el Estado realiza unilateral y discriminatoriamente, no sobre la base del carácter peligroso del ciudadano como quisiera pensar Jakobs, sino simplemente por el origen no nacional del mismo.¹³⁰

Es importante recordar que esta tendencia no es nueva puesto que la criminalización de los extranjeros enemigos, así como el perverso concepto de la investigación preventiva en el marco de la justicia, se fundamenta en postulados de los años 20 y 30, defendidos por Mezger,¹³¹ en los que el Derecho penal objetiviza algunas categorías de ciudadanos en base a la raza, a la fe religiosa, a la ideología o a la nacionalidad y no asume ninguna relevancia si el Derecho penal interviene *post o ante delictum*.

Además, a pesar de que en España somos conscientes de que el Derecho penal del enemigo no es un fenómeno que pueda entenderse nacido a la luz de las leyes antiterroristas surgidas tras el 11-S,¹³² sino que existe desde hace muchos años como un modelo de intervención penal utilizado por el Estado frente al terrorismo para tratar de aparecer ante la sociedad como inflexible frente a las ofensivas del terrorismo,¹³³ únicamente después del 11-S podría hablarse

de una expansión y normalización de la excepcionalidad democrática.

Esta normalización se demuestra con varios datos significativos: por una parte el que se realicen limitaciones a los derechos fundamentales propias de los Estados de emergencia, pero no a través de cambios constitucionales sino mediante leyes ordinarias o, incluso, decretos leyes u órdenes dictadas por el Ejecutivo;¹³⁴ por otra parte el que, aún tratándose de normas que por sus medidas excepcionales nacen aparentemente con una limitación temporal, las mismas acaban convirtiéndose en la forma de tratamiento general del terrorismo y no en un recurso extraordinario relacionado con una crisis momentánea del Estado.

De manera tal que si bien en los Estados democráticos la excepcionalidad siempre ha ido unida a las ideas de transitoriedad, en la actualidad no están limitadas en el tiempo, ni gozan de las garantías de un control judicial que mantenga en vigor real el principio de separación de poderes, ni buscan realmente la normalidad sino que, más bien, pretenden instaurar una excepcionalidad normalizada. Esto permite a los Estados utilizar la ideología de la normalidad para considerar la intervención frente a fenómenos criminales como el terrorismo, no como algo excepcional, sino como una aplicación ordinaria de las posibilidades que brinda la Ley penal para actuar frente a la delincuencia, y así negar la excepcionalidad democrática y la situación de emergencia que, en caso de ser afirmada, llevaría a la aplicación del Derecho de excepción.¹³⁵ Con ello se cae en el peligroso error de admitir que desde la normalidad democrática es imposible luchar contra las amenazas del fenómeno del terrorismo (y en particular del terrorismo internacional), y que el Derecho penal del ciudadano

¹²⁹ Este decreto estipula que el presidente será la única autoridad competente para formular cargos en contra de los sospechosos y que las actuaciones de dichos tribunales no serán recurribles ni ante un tribunal ordinario federal o estatal, ni tampoco ante un tribunal internacional. *Vid.*, con referencias al respecto, González Cussac, "El Derecho penal frente al terrorismo: cuestiones y perspectivas", en *Terrorismo y proceso penal acusatorio* (coord. Gómez Colomer/González Cussac), Valencia, 2006, pp. 57 y ss.

¹³⁰ Miró Llinars, "Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001", *op. cit.*, p. 210 (nota 84).

¹³¹ Mezger, "Die Straftat als Ganzes", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57, 1938, p. 689.

¹³² Gracia Martín, "El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo", en *Homenaje al Profesor Dr. González Rodríguez Mourullo*, Thomson, Civitas, 2004, pp. 447 y ss.

¹³³ Hace años, Gómez Benítez, "Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo", en *II Jornadas de Derecho penal, Colegio Universitario de Toledo*, Toledo, 1984, p. 45, ya señalaba "el terrorismo está ganando su batalla en este terreno, ya que su batalla no es otra que la de generar y estimular tendencias de inflexible autoritarismo en nuestros poderes públicos y en la sociedad, conseguir recortar las reglas del juego democrático, justificar, en definitiva, la limitación de los derechos y libertades públicas y, por tanto, convertir en excepcional el normal funcionamiento del Estado de Derecho".

¹³⁴ La confusión entre los actos del poder ejecutivo y los del poder legislativo es una característica esencial de los estados de emergencia, y conlleva necesariamente una expansión del poder Ejecutivo a costa de crear un desequilibrio entre los tres poderes del Estado.

¹³⁵ *Vid.*, más ampliamente, Pérez Cepeda, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

es inútil frente al mismo, reconociendo, lo que constituye en última instancia la aceptación por el Estado de su impotencia o derrota frente a dicho fenómeno, que persigue precisamente la quiebra del Estado de Derecho.¹³⁶

Sin embargo, no podemos olvidar que los derechos fundamentales, y en especial el principio de igualdad, constituyen la esencia de la idea de la democracia y los pilares sobre los que se levanta el Estado de Derecho.¹³⁷ Así, en un Estado democrático la búsqueda de la seguridad de los ciudadanos no puede entenderse nunca como legítima si se realiza a costa de la libertad o de los derechos humanos básicos de algunos de ellos, de manera que condiciones de los ciudadanos como la ideología, las creencias religiosas o la nacionalidad no pueden ser nunca parámetros para la limitación de sus derechos fundamentales. Y es precisamente a este resultado al que nos lleva la tesis de que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho de las demás personas a la seguridad.

En realidad, la legislación contra el terrorismo, fundamentada en el Derecho penal del enemigo, se basa en la voluntad de proteger y reforzar la seguridad de los ciudadanos frente al fenómeno del terrorismo, determinando que la tutela de las libertades civiles está sometida a la misma. Con ello la seguridad adquiere un valor supremo al que todo comportamiento debe supeditarse, de manera que sirve de fundamento para justificar y legitimar la adopción de técnicas penales excepcionales en el ámbito de la seguridad ciudadana (provocando incluso que surjan corrientes como la tolerancia cero) cuando se trata ésta de una

materia genuina del derecho de policía y de las contravenciones administrativas.¹³⁸

Se trata, en definitiva, de una nueva aplicación de la antigua “doctrina de la seguridad nacional” como una guerra permanente contra enemigos pequeños e invisibles,¹³⁹ que reconoce un papel prioritario y esencial al poder penal estatal como consecuencia de la inseguridad en la convivencia social. En este sentido, el delito terrorista, como afirmó Bustos Ramírez,¹⁴⁰ “surge desde el poder penal estatal y no del Derecho penal”. Y el Derecho se convierte en puro Derecho de Estado, en el que el Derecho sirve para expandir y conservar el poder del Estado mediante el aseguramiento del dominio sobre un territorio y su población.¹⁴¹

Ahora bien, como afirma Zaffaroni,¹⁴² el discurso bélico aplicado al poder punitivo lleva a: (i) incentivar el antagonismo entre los débiles; (ii) impedir el acuerdo entre ellos; (iii) aumentar la incomunicación entre los distintos sectores sociales; (iv) potenciar los miedos, las desconfianzas y los perjuicios; (v) devaluar los discursos de respeto a la dignidad y a la vida; (vi) dificultar la alternativa de solucionar realmente los conflictos; (vii) desacreditar los discursos limitadores de la violencia; (viii) convertir en cómplices de los delincuentes a los críticos del abuso de poder; y (ix) habilitar igual o mayor violencia para acabar con la violencia.

Por ello se puede ver en las respuestas estatales tras el 11-S una auténtica crisis de las democracias en la que el nuevo contexto internacional¹⁴³ está siendo utilizado para justificar una vuelta a ciertos procedimientos no sólo comúnmente rechazados por el Derecho penal, sino también contradictorios con los principios y derechos estructuralmente necesarios para hablar de un Estado Democrático de Derecho.¹⁴⁴

¹³⁶ Gómez Benítez, “Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo”, *op. cit.*, p. 46.

¹³⁷ González Cussac, “El Derecho penal frente al terrorismo: cuestiones y perspectivas”, en *II Jornadas de Derecho penal, Colegio Universitario de Toledo*, Toledo, 1984, pp. 57 y ss.

¹³⁸ En esta línea, aunque defiende la idea de seguridad como derecho humano, Kindhäuser, “Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Dtrafrechts in der Risikogesellschaft”, en *Universitas*, 1992, p. 229.

¹³⁹ Parece como afirma Anitua, “Seguridad insegura, el concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico”, en *RGDP*, núm. 5, 2006, p. 13, que “de la misma forma que la guerra al terrorismo justifica que el Estado sea terrorista, la guerra al delito permite que el Estado sea criminal”.

¹⁴⁰ Bustos Ramírez, “Inseguridad y la lucha contra el terrorismo”, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo, “cedant arma togae”* (eds. Losano/Muñoz Conde), Valencia, 2004, p. 407.

¹⁴¹ *Vid.*, al respecto, Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, en *Estudios penales en Recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2003.

¹⁴² Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 17.

¹⁴³ Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo, “cedant arma togae”* (eds. Losano/Muñoz Conde), Valencia, 2004, p. 162.

¹⁴⁴ Miró Llinares, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”, *op. cit.*, p. 212.

Hay que subrayar que esta legislación excepcional contiene en realidad un buen número de normas meramente simbólicas cuya eficacia es sólo aparente. Se trata en definitiva más de una respuesta política al fenómeno del terrorismo que de un conjunto de medidas que pretenden incrementar la eficacia de la norma penal. Sin embargo, ni la legislación excepcional ni las guerras preventivas, se han demostrado capaces de combatir el terrorismo.¹⁴⁵ Por ello, la limitación de los derechos fundamentales que comporta esta legislación suele ser innecesaria.¹⁴⁶ A lo que hay que añadir la inseguridad generada por la misma, puesto que dicha legislación desmonta los límites al ejercicio del poder estatal (y no olvidemos que la idea de seguridad no nace del poder estatal en sí, sino precisamente de los límites al ejercicio de dicho poder) sobre la base de un concepto abierto en expansión como es el de “enemigo”, creando así un peligro demasiado elevado para aquello mismo que se dice querer defender: los principios básicos de la convivencia social en un Estado Democrático de Derecho.¹⁴⁷

V. Conclusiones

En estas páginas se pone de manifiesto cómo en el Derecho penal la postmodernidad exhibe simultáneamente dos caras opuestas. En una de ellas, el sujeto sólo responde por la lesión del valor tutelado, la pena adquiere funciones preventivas y no se interrumpen las garantías constitucionales. En la otra, por el contrario, el sujeto aparece como emancipación de peligro, como un riesgo para la seguridad del Estado.

Hablamos entonces de un singular Derecho penal de excepción cuyo fin es combatir peligros, esencialmente, a través de las medidas de seguridad; un Derecho en el que no se estima tanto la acción como el riesgo potencial para la seguridad y en el que se restringen determinados Derechos fundamentales por su supuesta traba a la razón de Estado.¹⁴⁸ Estos argumentos sirven de legitimación, de nuevo, para la expansión y el recrudecimiento de las medidas de control.¹⁴⁹ En otras palabras, se legitima la creación de un Derecho penal en el que rige no la evitación de resultados lesivos, sino la persecución de la condición de autor, de la maldad y de los enemigos del ordenamiento jurídico.¹⁵⁰ En este contexto se produce una transformación autoritaria del Derecho, donde la crisis y la excepcionalidad legislativa van estrechamente unidas y donde es posible percibir una politización de los derechos penales.¹⁵¹ Esto ha quedado claramente puesto de manifiesto en la legislación excepcional, que ha justificado en los países occidentales la creación de cuerpos especiales de policía, de jurisdicciones singulares y de cárceles de máxima seguridad.

Por otra parte, el Derecho penal pretende abarcar la aparición de nuevos riesgos, implícitos en los avances tecnológicos, que caracterizan a las sociedades modernas, con el fin de evitar que se conviertan en situaciones concretas de peligro para bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.¹⁵² Estos nuevos riesgos son característicos de la sociedad postindustrial del Estado del bienestar, ante los cuales la sociedad se configura como de clases pasivas, al restringir las esferas de actuación arriesgada y mostrar una resistencia

¹⁴⁵ Como tampoco son eficaces los asesinatos selectivos. Estas medidas sólo producen millones de víctimas inocentes. *Vid.*, en este sentido Serrano Piedecabras/Crespo, “Del Estado de derecho al Estado preventivo”, *op. cit.*, p. 34.

¹⁴⁶ Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, *op. cit.*, p. 162.

¹⁴⁷ Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *op. cit.*, p. 316.

¹⁴⁸ Portilla Contreras, “Prólogo”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales* (coord. Portilla Contreras), Akal, 2005, p. 10.

¹⁴⁹ Como ejemplo normativo de esta tendencia, podemos citar el Proyecto de Ley Orgánica de Defensa Nacional, remitido por el Gobierno español al Congreso en marzo de 2005 (todavía en tramitación al concluir este trabajo), y que propone reconocer, por primera vez en el Estado español desde la aprobación de la Constitución de 1978, la posibilidad de participación por parte de las Fuerzas Armadas en la lucha contra el terrorismo, «ante coyunturas excepcionales y alarmas específicas». Puede consultarse el texto completo en el BOCG núm. A-31-2, del 20 de abril de 2005.

¹⁵⁰ Portilla Contreras, “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, *op. cit.*, p. 71.

¹⁵¹ *Vid.*, Serrano Piedecabras, “Efectos de la crisis del Welfare State en el ordenamiento jurídico penal”, en *Revista General de Derecho penal*, 2005, IUSTEL, www.iustel.com.

¹⁵² Los bienes jurídicos supraindividuales suelen dividirse en dos grandes grupos: a) los bienes jurídicos intermedios, que se configuran como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales, y que, por tanto, pueden reconducirse directamente a un bien jurídico personal; b) los bienes jurídicos institucionales, los cuales comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son auténticos bienes públicos, instituciones esenciales para el desarrollo social basadas en la participación de sus integrantes, y que por ello su lesión es autónoma. De forma similar sigue esta clasificación, *vid.*, Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 299 y ss.

psicológica ante el caso fortuito.¹⁵³ Ante ésta la nueva criminalidad se restringe al ámbito del espacio permitido y el consiguiente incremento de la apreciación de infracciones de deberes de cuidado, los deberes de control, y, consecuentemente, el recurso preferente, con el fin de incrementar la capacidad de respuesta, no sólo de los delitos de peligro abstracto, con lo que se pretende obtener una protección total y sin lagunas frente a las nuevas situaciones de amenaza,¹⁵⁴ sino de otros nuevos, los delitos de acumulación, como instrumentos de lucha contra esta nueva criminalidad.¹⁵⁵ Puede constarse cómo frecuentemente se incriminan comportamientos que se encuentran lejos de los estados previos y posteriores de un daño concreto. No pocas veces se encuentran los ámbitos en cuestión, cargados en gran medida de aspectos políticos y morales. Estas conductas generalmente son designadas como criminalidad de bagatela, en cuanto que su peligrosidad surge únicamente por el denominado efecto de acumulación.

En este contexto, en el ámbito doctrinal se extiende el formalismo jurídico neofuncionalista, cuya finalidad es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado.¹⁵⁶ El Derecho, así entendido, se convierte en puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o la fuerza que controla el poder.¹⁵⁷ Por ende, el ordenamiento jurídico se convierte en puramente tecnocrático funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, cuyos valores tengan la fuerza y el poder para imponerlos, siendo necesario para ello minimizar los derechos fundamentales a través de un

Derecho penal del enemigo que pretende alcanzar su exclusión o inocuización.¹⁵⁸

Con este fin se desarrolla una normativización del concepto de persona, a partir de una construcción comunicativa, y no como sujeto universal de derechos, que ha permitido la separación del Derecho penal en función de la valoración entre las acciones de las personas y de las no personas (enemigos).¹⁵⁹ Surge así, el Derecho penal del enemigo, donde las personas son tratadas como meras fuentes de peligro, que deben ser neutralizadas, se retorna a legislaciones propias de etapas pasadas y oscuras, caracterizadas por su autoritarismo y deshumanización. Desde luego esta construcción termina convirtiendo al ser humano en uno de los subsistemas de la compleja red sistémica diseñada por las corrientes funcionalistas responsables de ellas, olvidando que —cualquiera que sea el nuevo orden mundial en los planos político, económico y jurídico— jamás se podrá arrasar con la dignidad del ser humano, con los Derechos del hombre, otro de los patrimonios de Occidente que ha nacido hace cinco siglos con una innegable vocación universalista.¹⁶⁰

Puede percibirse cómo comienza por prescindir de todos los derechos del hombre, colocando en su lugar una construcción comunicativa entre la persona y el ordenamiento jurídico. Y a partir de ahí, se ofrecen explicaciones sin duda muy diferentes para la culpabilidad, la pena, las garantías penales y procesales. Así, por un lado, la pena no es la coacción dirigida contra la persona en Derecho, sino a combatir el riesgo generado por el individuo peligroso a través de medidas de seguridad; de este modo la pena se concibe al servicio del ejercicio de la fidelidad al Derecho y, por otro, se estima que la culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico en función de la misma nece-

¹⁵³ Martínez-Buján Pérez, “Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del “Big Crunch” y la selección de bienes jurídico-penal”, en *La política criminal en Europa* (dir. Mir/Corcoy), Atelier, 2004, pp. 94 y ss.

¹⁵⁴ Mendoza Buergo, “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto* (Agra, Domínguez, García Amado, Hebberecht, Recasens eds.), Atelier, 2003, p. 83.

¹⁵⁵ Vid., más ampliamente, Kuhlen, “Unweltstrafrecht, auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *ZStW*, 105, 1993, p. 720.

¹⁵⁶ Cfr., Portilla Contreras, “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, *op. cit.*, pp. 43 y ss., con las referencias bibliográficas de aquellos autores que sustentan y defienden esta tesis.

¹⁵⁷ Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, *op. cit.*, p. 814.

¹⁵⁸ De esta manera, tal y como señala Portilla Contreras, “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, *op. cit.*, p. 80, el Derecho queda así reducido “a una simple técnica y su legitimación limitada por la idea de la persona como construcción comunicativa, un subsistema que lo que le interesa es el control social para la satisfacción de las necesidades individuales de crecimiento económico”.

¹⁵⁹ Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Cívitas, 2003, pp. 20 y ss.

¹⁶⁰ Velásquez, “Globalización y Derecho penal”, en *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, “*cedant arma togae*” (coords. Losano/Muñoz Conde), Valencia, 2004, p. 191.

sidad preventiva. En síntesis, el precio que se paga en esta nueva construcción es la supresión de lo político, la eliminación de cualquier espacio de discrepancia de valores, en definitiva, de cualquier conflicto que no se corresponda con las expectativas normalizadas,¹⁶¹ así como que, “conceptos que nacieron al calor de los derechos individuales son retorcidos hasta perder su valor o significación”.¹⁶²

Todo ello ha influido para que estemos viviendo en una época caracterizada por el expansionismo del poder punitivo y por el auge de corrientes de pensamiento que amenazan con diluir los propios edificios conceptuales de la dogmática jurídico penal, esos que presentaban, y aún pugnan por representar, barreras al avasallamiento de los derechos y garantías de los individuos por parte de ese creciente poder. La demolición del edificio conceptual de la teoría del delito se lleva a cabo a través de la flexibilización de las reglas de imputación así como de las garantías penales y procesales. Podría sintetizarse que, las características actuales de Derecho penal son: a) instrumentalización del Derecho penal; b) inoperativo, selectivo y simbólico; c) excesiva anticipación en la tutela penal (prevencionista), administrativizado, banalizado (utilización emocional y racional); d) exasperación punitiva; e) desformalización (flexibilidad de las garantías penales, procesales y de ejecución); f) prisionización (explosión carcelaria); g) excepcional y ser más severo, más represivo; h) premial (colaboración con la justicia).

Se constata que, dentro de la actual situación marcada por el fenómeno de la globalización, aunque la estructura del discurso penal no ha variado, lo mutable son los datos y la tecnología con que se reviste en cada momento histórico, y el programa sigue siendo idéntico y único.¹⁶³ Si bien, se plantea en la actualidad una involución penal en todos los órdenes que,

sin duda, coloca al Derecho penal en una delicada situación. Más aún, hay quien afirma que, el Derecho penal postmoderno que se nos impone no es ni siquiera Derecho penal, “es el infierno de Dante, estadios primitivos de evolución social ‘conmoción y espanto’”.¹⁶⁴ Realmente podría pensarse que está en una situación irreconocible, pero la cuestión es si es recuperable, precisamente éste ha sido nuestro objetivo en este estudio.

Entendemos que el Derecho penal del futuro sólo podrá enmarcarse dentro de los derroteros trazados por el viejo Derecho penal, aunque adaptados a las necesidades del presente siempre cambiante. Se debe, pues, acudir a tal modelo para ponerle cortapisas al llamado Derecho penal máximo, una de cuyas modalidades es el eficientismo o Derecho penal eficaz que, escudado en la prevención general positiva como único cometido de la pena, como estrategia de cara a los modernos desarrollos.¹⁶⁵ No olvidemos que la llamada a la eficacia, y la historia nos proporciona ejemplos, tiene el riesgo de podernos llevar a la situación que describen las palabras del pastor Martin Niemöller, que precedían a este estudio. Ahora bien, también deben rechazarse posturas maximalistas que anuncian la demolición de la Teoría del delito como de las garantías formales y materiales del Derecho penal y del Derecho procesal penal, en aras de combatir los modernos y globalizados brotes criminales. Y sobre todo, avanzar en la configuración de un Derecho penal como herramienta útil para la tutela de los Derechos humanos en todo el mundo y garantizar por esa vía la libertad individual de todas las personas, pero también debe tender a una amplia humanización, en el sentido de un Derecho penal, al mismo tiempo liberal y social, que comporte una atenuación general de la represión.

¹⁶¹ Y con ello, como subraya Barcellona, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, op. cit., p. 136, se deprecia toda idea de transformación radical y el concepto mismo de democracia.

¹⁶² Quintero Olivares, *Adónde va el Derecho penal. Reflexiones sobre leyes penales y los penalistas españoles*, op. cit., p. 129.

¹⁶³ Zaffaroni, “Derecho penal liberal y sus enemigos”, en *Investidura como Doctor “Honoris Causa” por la Universidad de Castilla-La Mancha del Excmo. Sr. D. Eugenio Raúl Zaffaroni*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, p. 28.

¹⁶⁴ Arroyo Zapatero, “Presentación”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (Arroyo/Neumann/Nieto coords.), Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p. 21.

¹⁶⁵ Velásquez, V.F., “Globalización y Derecho penal”, op. cit., pp. 201 y ss.

