



UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

**Fenómeno de Anticipación de la Barrera Punitiva
del Derecho Penal y Política Criminal en las Últimas
Reformas del Código Penal.**

**-Especial Mención a los Delitos contra
la Seguridad Vial-**

D. Omar Lucas Colazo

2017

Abreviaturas empleadas

- Art.: Artículo
- AA.VV.: Autores Varios
- ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
- Cap.: Capítulo
- Cfr.: Confrontar
- Cor.: Coordinador
- CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
- CE: Constitución Española
- CN: Constitución Nacional
- CP: Código Penal
- Dir.: Director
- Eds: Editores
- Edit.: Editorial
- FGE: Fiscalía General del Estado
- Mir: Ministerio del Interior
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LO: Ley Orgánica
- Op.cit.: Opus Citatum
- SGIP: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- Trad.: Traducción
- Vid.: Véase
- Vol.: Volumen

INDICE

I. Abreviaturas	1
II. Introducción	7

CAPITULO I

SOCIEDAD DE RIESGO Y DERECHO PENAL. DERECHO PENAL DE ESTADO DEMOCRATICO Y DE DERECHO. PROBLEMÁTICAS.

1. Sociedad de riesgo y Derecho penal.

<i>1.1. Entre el riesgo y el peligro. Diferencia conceptual</i>	16
---	----

<i>1.2. Sobre la sociedad de riesgo</i>	17
---	----

<i>1.3. Sobre la sociedad de riesgo y el Derecho penal</i>	26
--	----

<i>1.4. La legitimidad o ilegitimidad del control de los riesgos, como cuestión central</i>	45
---	----

1.4.1 Intervención penal en el control de riesgo.

<i>Límites. Objetivos</i>	47
---------------------------------	----

1.4.2. Derecho penal: expansión. Límites

<i>Libertad y seguridad</i>	49
-----------------------------------	----

<i>1.5. Sobre la Penalización del Derecho Administrativo</i>	69
--	----

<i>1.6. ¿Una batalla perdida?</i>	79
---	----

2. Derecho penal y el Estado de Derecho Social y Democrático

<i>2.1. Sobre el Derecho penal en el Estado de Derecho</i>	86
--	----

<i>2.1.1. El Derecho penal Liberal</i>	93
--	----

<i>2.1.2. El Derecho penal y el Estado Autoritario o “gendarme”</i> ...	98
---	----

<i>2.2. ¿Retroceso a un Derecho penal de entre-guerra?</i>	101
--	-----

CAPITULO II

LOS DELITOS DE PELIGRO Y EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD. PROBLEMÁTICAS.

1. Concepto material del delito. Bien jurídico protegido.

1.1. *Sobre la Teoría del Bien Jurídico Protegido*

Primeros pasos. Desarrollo del concepto.....110

1.2. *Posición de Von Hirsch. Análisis de la dogmática penal*

*americana/anglosajona. Teoría del Bien Jurídico Protegido
y el Principio del daño. Función crítica*.....118

1.2.1. *Sobre la Teoría penal angloamericana y el “principios
del daño”*119

1.2.2. *Sobre la función crítica*.....127

1.3. *Teoría del Bien Jurídico, Constitución*

y Derechos Fundamentales en Hassemer.....129

2. Los delitos de peligro y el principio de ofensividad. Problemática

2.1. *Sobre el concepto de delito*.....137

2.2. *Nociones sobre la clasificación de los delitos*.....141

2.3. *Sobre los delitos de daño y de peligro. Diferencia conceptual*.....143

2.4. *Sobre los delitos de peligro. Problemática*.....148

2.4.1. *Sobre el concepto de peligro*.....153

2.4.2. *Sobre el concepto de peligro y los delitos de peligro*.....156

2.4.3. *La construcción compleja del tipo penal.*

Delitos de peligro concreto y abstracto.....167

2.5. *Sobre los delitos de peligro abstracto*.....173

2.5.1	<i>Sobre las teorías que justifican la punición</i>	177
2.5.1.1.	<i>Sobre la teoría de la presunción del peligro</i>	177
2.5.1.2.	<i>Teoría del peligro general o de la relevancia lesiva general: peligrosidad como motivo del legislador</i> ”	180
2.5.2.	<i>La peligrosidad “ex ante” de la acción. Posiciones en España</i>	183
2.5.3	<i>Posiciones dogmáticas sobre los problemas fundamentales de los delitos de peligro abstracto</i>	194
2.6.	<i>Sobre los delitos Obstáculo</i>	200

CAPITULO III

JUSTIFICACION Y FINES DE LA PENA

1. Principio de Proporcionalidad.

1.1.	<i>Sobre el Principio de Proporcionalidad</i>	208
1.1.1.	<i>Conceptualización</i>	208
1.1.2.	<i>La “finalidad” de la pena, como baremo</i>	213
1.1.3.	<i>Tribunal Constitucional. Derecho Procesal Penal</i>	218
1.1.3.1.	<i>Sobre la Intervención mínima</i>	218
1.1.3.2.	<i>Proporcionalidad en los casos de injerencias corporales Presupuestos y requisitos extrínsecos</i>	220
1.2.	<i>Principio de proporcionalidad y la pena como “última ratio”</i>	225
1.2.1.	<i>Principio de Necesidad</i>	228
1.2.2.	<i>Principio de Merecimiento de la pena</i>	231
2.	Sobre la Justificación y fines de la pena	233

2.1. <i>Sobre la gran división metajurídica de las teorías de la pena</i>	236
2.1.1. <i>Sobre las teorías absolutas de la pena</i>	242
2.1.2. <i>Sobre las teorías relativas de la pena</i>	248
2.2. <i>Nuevos vientos de cambio. Teorías funcionalistas</i>	256
2.3. <i>¿Redescubrimiento de la inocuización?</i>	262
2.4. <i>Resumiendo</i>	271

CAPITULO IV

DE LA INTERVENCION MINIMA A LA TOLERANCIA CERO

1. La dudosa política criminal de “tolerancia cero”.

1.1. <i>Desarrollo y conceptualización</i>	284
1.1.1. <i>Política criminal “clásica”</i>	284
1.1.2. <i>Política criminal “moderna”</i>	288
1.2. <i>Del dicho al hecho</i>	294
1.2.1. <i>Primeros pasos de la llamada “tolerancia cero”</i>	294
1.2.2. <i>La “tolerancia cero” en su auge</i>	299
1.2.3. <i>La importación de Europa del modelo “ejemplar”</i>	314
1.2.4. <i>Tolerancia cero. Medios de comunicación y sociedad</i>	323
1.3. <i>¿Los elementos oscuros?</i>	330
1.3.1. <i>Sobre la elaboración de estadísticas</i>	330
1.3.2. <i>El negocio de los medios de comunicación</i>	334
2. La relación de la Política Criminal, Criminología y Derecho penal	339
2.1. <i>Sobre la relación entre Política criminal y Criminología</i>	341
2.2. <i>Sobre la relación entre Criminología y Derecho penal</i>	343

2.3. *Sobre Política Criminal y Derecho Penal*.....351

2.4. *Sobre Política criminal, Derecho penal y el Control social*.....358

CAPITULO V

LA POLITICA CRIMINAL EN LAS ULTIMAS REFORMAS DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995 RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL

1. Análisis crítico de las últimas reformas penales

1.1. *Sobre las reformas del 2003*.....368

1.1.1. *Algunas reflexiones críticas*.....368

1.1.2. *Medios de comunicación y la reforma*.....377

1.2. *Sobre las reformas del 2007*.....391

1.3. *Sobre la reforma 05/2010*.....406

1.4. *Sobre la reforma 01/2015*.....411

2. **Análisis de las estadísticas criminológicas**.....424

2.1. *Estadísticas en relación a las víctimas de accidentes*

de tránsito.....424

2.2. *En relación a las condenas en los delitos*

Contra la seguridad vial.....433

CONCLUSION.....452

BIBLIOGRAFIA..... 468

II. INTRODUCCION

1. *Reflexión sobre el porqué del planteamiento.*

Plantear el interrogante sobre la constitucionalidad de las conductas de peligro abstracto y obstáculo¹ nos lleva a una confrontación permanente entre el Derecho colectivo y el Derecho individual.

La referida cuestión ha sido el motor de una constante y permanente discusión entre aquéllos dogmáticos que han justificado el adelantamiento de la barrera punitiva del Derecho penal en beneficio del todo social y aquéllos que han considerado dicha conducta, por parte del Estado, una ilegítima “intromisión” a los derechos individuales de los ciudadanos.

En un marco conceptual tanto dogmático, como fáctico, desarrollaremos el desandar que ha tenido la tensión *supra* manifestada e intentaremos desentrañar si aquella conducta *legisferante* por parte de los agentes políticos, orientada a una constante política criminal de endurecimiento punitivo, tiene una justificación empírica.

De manera espontánea surgen una serie de controversias: *¿Puede acaso el legislador, ora en beneficio del “bien común”, limitar derechos individuales?*, y a su vez *¿pueden esas conductas descritas y tipificadas como peligrosas traer consigo una posible pena de prisión sin contradecir el principio de proporcionalidad, entre hecho cometido y pena?*, a su vez, *¿de qué manera influyen los medios de comunicación en las políticas criminales?*, *¿cómo influye la opinión popular en el desarrollo de las políticas criminales?* Y, por último, como dijimos *¿se justifica, desde lo pragmático, el*

¹ Nueva tendencia dentro del estudio del Derecho penal que ha sido tratado por Ferrajoli, Mantovani, entre otros y en España por Cuesta Pastor, será desarrollado en el Cap. II, del presente trabajo.

mayor adelantamiento de la barrera punitiva y con ello la mayor rigurosidad en las penas?

Los interrogantes así expuestos, traen a la palestra el núcleo de la cuestión: la posible contradicción entre la norma primaria -tipo penal/regla- y los principios² del Derecho penal clásico plasmados en la Constitución Nacional, a saber: reserva, culpabilidad, inocencia, lesividad u ofensividad y el de proporcionalidad en las penas; desconociendo, en éste último, los fines de la misma³, íntimamente, relacionados con los fines de la ejecución de la pena⁴. Tensión que se constata cuando se tipifica una conducta que el legislador ha catalogado de peligrosa.

Podría afirmarse que, quizás, uno de los principales factores que ha colaborado con una política criminal orientada hacia la tipificación de delitos de peligro abstracto es el incesante desarrollo de la sociedad en la que vivimos. En éste marco, podemos partir de la premisa por cuanto, el legislador, en su afán de querer brindar una sensación de seguridad social ha intentado o intenta regular todos los ámbitos de desarrollo de una persona; generando para algunos, cada vez con mayor intensidad, un Derecho penal de autor, dejando de lado al clásico Derecho penal de acto.

² La distinción entre principios y reglas tiene una radical importancia para cualquier concepción del Derecho que se preocupa por la argumentación de las decisiones judiciales. Las reglas tienen una determinación precisa del supuesto de hecho, de manera que su aplicación consiste en la subsunción de ese hecho descrito en el derecho aplicable, deduciendo la solución. Los principios son indeterminados, porque no tienen un supuesto de hecho específico. Son guías de razonamiento legal. La colisión entre principios no es una opción, sino una ponderación, puesto que en cada caso hay que ver cómo se mide la importancia de cada uno de ellos. LORENZETTI, RICARDO L. *Teoría de la Decisión Judicial - Fundamentos de Derecho-*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, pp. 22-23. Los axiomas garantistas, no expresa proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir, se trata, de implicaciones deónticas, normativas o de debe ser. Véase en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, -10ª edición-, p. 92.

³ Prevención general, justicia o retribución, prevención especial.

⁴ Art. 25.2 C.E: “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*”

Un accionar constante a lo largo de las últimas décadas ha sido utilizar el Derecho penal⁵ como un mecanismo directo en la regulación de conductas y en la travesía de ir delineando los parámetros de la sociedad. Parece ser que ha resultado más eficaz adelantar la barrera punitiva del Estado que generar verdaderas políticas criminales amparadas en estudios sociales serios, cualquiera sea el ámbito del que hablemos.

En la misma línea de pensamiento se enrola Bernardo del Rosal Blasco, cuando analiza que el Derecho Penal, en los ordenamientos jurídicos-penales actuales, ni se ajustan ni se aproximan a lo que debería ser un verdadero Estado de Derecho, acercándose a modelos represivos. Políticas Criminales que, a su vez, van de la mano con un amplio consenso social y con el apoyo de sectores sociales que tradicionalmente eran opuestos a los endurecimientos de la legislación penal⁶.

Así, de esta manera, se ha producido lo que Silva Sánchez ha denominado la expansión del Derecho penal⁷; utilizándolo, de manera constante, como un mecanismo de abordaje al problema de la inseguridad en las sociedades contemporáneas. Criminalidad leve reiterada (hurtos y robos), criminalidad grave individual (delitos sexuales y violentas) criminalidad grave colectiva (terrorismo y otras actividades de

⁵ Esta problemática, referida a la complejidad de los delitos de peligro abstracto, ya había sido advertida por Binding en 1922, y aún sigue vigente en la actualidad, donde se dan soluciones que muchas veces entran en tensión con los principios fundamentales del Derecho penal, siendo el objetivo del presente trabajo desentrañar dicho conflicto.

⁶ DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, “La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, t. I. p. 474.

⁷ SILVA SANCHEZ, JESUS MARIA, *La expansión del Derecho penal*, Ed. Edisofer -3ra. ed.-, Madrid, 2011. En cierta confrontación, Andrea Castaldo, entiende que no es posible encontrar una respuesta correcta a la problemática planteada, ¿realmente existe una expansión?, si antes no se hace una apropiado diagnóstico a través de las ciencias empíricas; sector, entiende, que se encuentra descuidado. Véase en CASTALDO, ANDREA R. “Tradición y Obsolescencia en el Derecho penal”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M/SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO G. (Editores) *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo Social y Tecnológico*, -Armaza Armaza, Emilio J. (Coor.)-. Ed. Comares, 2010, Granada, pp. 41-44.

organizaciones criminales) son, ciertamente, fuentes objetivas de inseguridad ciudadana. Así, la representación que el colectivo social se ha forjado en cuanto a su presencia y extensión, constituye, sin duda, un factor tan importante o más en la configuración de ese “fenómeno” de sensación de inseguridad⁸.

En consecuencia, el Derecho penal, parece ser que ya no actúa como la *última ratio*, postulado del Derecho penal liberal, sino que se convierte en una especie de conformación social o instrumento de cambio de la sociedad, idea que ya en su momento había sido rechazada por la Ilustración⁹ tipificando conductas que en más de una ocasión, en el caso concreto, no afectan al bien jurídico que se intenta proteger.

Si hace décadas las preocupaciones tenían como horizonte el preservar el carácter de *última ratio* del Derecho penal; es de suyo que, ante la inseguridad de los instrumentos jurídicos de intervención y dada la constante evolución que ha tenido la sociedad en distintos estamentos -tecnológico, económico o financiero-, aquella preocupación se ha acrecentado¹⁰.

Parece ser que el principio de culpabilidad ha cedido frente al concepto de *peligrosidad* plasmada en más de una premisa normativa. Así, de la mano de políticas criminales intervencionistas se intenta buscar el control de toda la sociedad ocupando un papel preponderante como fundamento de la represión penal. En esta nueva visión

⁸ SILVA SANCHEZ, JESUS M./I SABORIT, DAVID F./ROBLES PLANAS, RICARDO/PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad en la Sociedad de Riesgo. Un Debate Abierto*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003, p. 114. *Vid* , FELIP I SABORIT, DAVID, “Observaciones a la Expansión diez años después”, en ROBLES PLANAS, R. / SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Cdres), P. en *La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo*, Ed., Atelier, Barcelona, 2010, pp. 64/85.

⁹ DONNA, EDGARDO ALBERTO, *¿es posible el Derecho Penal liberal?*, conferencia dictada en la Universidad Austral, Buenos Aires, 2002.

¹⁰ MORALES PRATS, “De nuevo sobre las definiciones en el Derecho penal”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. t. II p. 1410.

del Derecho Penal pareciera ser que se prioriza un Derecho penal de autor, agudizándose, con ello, una ausencia de las garantías individuales¹¹.

Vivimos en un mundo que ha aceptado, deseado, necesitado y asumido el peligro como medio natural en el que se desarrolla nuestra vida cotidiana, tanto si se trata de las circunstancias comunes, cuanto si se entra en sectores concretos como la construcción, la medicina, la producción industrial, medio ambiente, etc., En una sociedad así configurada y, sobre todo, habituada o educada, parece esperar que el Derecho Penal cumpla una función protectora¹².

Mayor repudio y rechazo a los principios clásicos podrían producir los llamados “*delitos obstáculo*” -veremos *infra*- donde se produce un adelantamiento *in extremis* del Derecho penal, tipificando conductas que aún no se sabe que puedan afectar, en ninguna de sus variables, bienes jurídicos. Hablamos de descripciones normativas que tipifican directamente el peligro de peligro.

Así, como consecuencia, no sólo del desarrollo de toda sociedad; sino, muchas veces, también por el acrecentamiento o “supuesto” acrecentamiento de los índices delictivos o criminológicos, el legislador, agudiza el adelantamiento de la barrera punitiva con políticas de claro corte preventivo, tipificando conductas que “ponen en peligro”, de algún modo, el todo social.

No es menos cierto que la sociedad ha avanzado de tal forma que en ocasiones parece ser que nos encontramos ante situaciones donde no tenemos un resguardo legal que dirima un conflicto, sin entrar en una evidente contradicción entre normas y

¹¹ PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “Derecho a la Seguridad”, en *El Derecho Penal de la Libertad y Seguridad (De los derechos)*, Ed. Iustel, Madrid, 2012, pp. 22-24.

¹² QUINTEROS OLIVARES, GONZALO *Adonde va el Derecho Penal, Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, p. 168.

principios. Se ha transformado en una permanente sociedad de peligro, compuesta de igual manera, aparentemente, con sujetos también peligrosos.

Así, resulta plausible que en ese afán de querer regular absolutamente todas las acciones y/o relaciones humanas, se vaya más allá de lo que los ilustrados propugnaban como principios rectores y sin advertir, quizás, lo peligroso que puede resultar, cualquiera sea la *excusa*, no sólo el adelantamiento del aparato punitivo del Estado; sino una política criminal orientada hacia un Derecho penal de autor, próximo al llamado Derecho penal del enemigo.

Entiendo que la problemática planteada tiene tintas y tintas de líneas argumentales, en uno u otro sentido, por lo que voy a intentar circunscribirlo a la tensión que generan los tipos de peligro abstracto con los principios de un Derecho penal liberal clásico y si existe un sustento fáctico que justifique ese fenómeno de anticipación punitiva.

A tales fines, vamos a analizar tanto las últimas reformas operadas en el Código de fondo español, como, en idéntico sentido, aquellos argumentos pragmáticos para darle fuerza conviccional; dándole una orientación criminológica.

Brindaremos conceptualizaciones de una serie de cuestiones por de más controversiales, tomando como punto de referencia: en general, los delitos contra la seguridad vial y, en particular, entre otras, la norma que pune la negativa a someterse al test de alcoholemia¹³, regulado en el Código Penal español.

La Constitución española es clara cuando expone que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la

¹³ Art. 383: “...El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años...”

reinserción social¹⁴. Entonces, si bien, no podemos confundir lo que son los fines de la pena -prevención general o especial, justicia o retribución-, con los fines de la ejecución de la pena -reeducación, reinserción, retención, custodia, labor asistencial-; considero que tampoco es menos cierto, la estrecha relación entre ambas premisas. La aplicación de la primera, se convierte en el antecedente necesario para el consecuente, que no en pocas veces, se constituye a través del encierro personal.

En consecuencia, de lo *ut-supra* expuesto, si ya estamos resaltando la tensión que genera una premisa normativa que encierra una punición de conductas supuestamente peligrosas; es de suyo que se agudizará la problemática, cuando en la misma se contiene una pena de prisión, afectando -claro está- el bien máspreciado que posee un ser humano luego de la vida, la libertad.

El presente trabajo tiene como punto de partida la caracterización misma que vive hoy nuestra sociedad, el riesgo permanente con el que nuestras vidas conviven diariamente. En esa convivencia, el Estado, ha pasado a ocupar una posición más que activa en su afán de intentar brindar soluciones a todas las posibles situaciones de riesgo, aún antes de que éste ocurra. Ha utilizado para ello, al Derecho penal¹⁵.

Vamos a intentar analizar si la política criminal de los últimos tiempos deja de lado los estudios de campo, para directamente verse influenciada por la opinión pública que, a su vez, marca sus “ideales” en base a los medios de comunicación; los

¹⁴ Art. 25.2 CE. “...Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de lo que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria...”

¹⁵ Vid., DONINI, MASSIMO, “Principios Constitucionales y Sistema Penal. Modelo y Programa”, en LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL (Dtor.) *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho -Libro homenaje a Santiago Mir Puig-*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 98-99.

cuales, sólo parecen buscar, entre otros objetivos, un bienestar a sus propios intereses económicos.

En ese marco, el legislador, desoyendo las constantes críticas de dogmáticos y doctrinarios acude a una constante reforma del Código Penal¹⁶ teniendo, al parecer, como única misión el acallar las voces que aclaman mayores penas y, con ello, mayor rigor punitivo.

Intentaremos determinar, a través del análisis estadístico, si se produce una contradicción desde lo fáctico, con la proliferación de la tipificación de los delitos de peligro abstracto y más específicamente aquellos que tienen que ver con los delitos contra la seguridad vial. Analizaremos, si efectivamente la realidad diaria, constituye una base sólida para justificar el mayor rigor punitivo, en detrimento de una mayor campaña de prevención, resaltando el menoscabo real, entre otros, al principio de proporcionalidad, entre la conducta desplegada y la pena asignada, cuando la misma lleva consigo la pérdida de libertad.

En definitiva, se pretende con el presente estudio, plantear un severo cuestionamiento a la política criminal del actual Estado de Derecho¹⁷ en el constante y permanente adelantamiento de la barrera punitiva teniendo como principal instrumento al Derecho penal¹⁸, generando una proliferación de los delitos de peligro abstracto y

¹⁶ LO 7/2003, 11/2003, 15/2003, 15/2007, 5/2010.

¹⁷ “La construcción de las paredes maestras del Estado de derecho tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario de poder, particularmente odioso en el Derecho penal”. Cita de Bobbio en GASCON ABELLAN, MARINA “La Teoría General del Garantismo-rasgos principales”, en CARBONELL, MIGUEL/SALAZAR, PEDRO, *Garantismo-Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Ed. Trotta, Madrid, 2005, p. 21.

¹⁸ Frente a un Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos y por tanto de intereses vinculados a la persona; en la actualidad se orienta la propuesta, hacia un derecho protector de la vigencia de la norma con la consiguiente exclusión de la persona y su sometimiento a las reglas de un sistema social. *Vid.* BUSTOS RAMIREZ JUAN J./HORMAZABAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho penal -Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 24.

obstáculo, cuando desde un marco práctico, tal vez, no se dan los elementos necesarios para dicha intervención.

Asimismo, constituye una constante el camino que transita el Derecho penal del enemigo generando políticas criminales más duras por parte de los legisladores, acudiendo, muchas veces, a la llamada “tolerancia cero”, quizás sólo motivados por intenciones de demagogia populista.

En el marco, precedentemente expuesto, vamos a desandar cuestiones que tienen que ver con la sociedad de riesgo, la problemática del bien jurídico protegido, - como manifestáramos-, la referida a los delitos de peligro abstracto y la tensión entre la norma que los tipifica con los principios clásicos del Derecho penal y como consecuencia, con las garantías constitucionales. Veremos cómo se ha complementado la sociedad actual, con la política criminal que ha tenido como parámetro la “tolerancia cero” y el rol que ocupan los medios de comunicación en el desarrollo de la misma, para finalmente y tomando como referencia los datos emitidos por los distintos estamentos gubernamentales en relación a los delitos contra la seguridad vial, poder extraer las conclusiones del actuar del legislador penal en la elaboración de la política criminal.

CAPITULO I

SOCIEDAD DE RIESGO Y DERECHO PENAL. DERECHO PENAL DE ESTADO DEMOCRÁTICO Y DE DERECHO. PROBLEMÁTICAS.

1. Sociedad de Riesgo y Derecho penal.

1.1. *Entre el riesgo y el peligro. Diferencia conceptual.*

Antes de adentrarnos de lleno en el tema que da título a éste epígrafe, se torna necesario, desde una óptica jurídica, no confundir los conceptos de “riesgo” con “peligro”.

Así, Roger Campione, ubica temporalmente al vocablo “riesgo” entre la Edad Media y la modernidad (S. XVI-XVII). Dicho, concepto, podría haber surgido con motivo de los viajes emprendidos por los exploradores occidentales; de hecho, el vocablo parece haber llegado a los demás idiomas por vía del castellano a causa de un término náutico que significa encontrar un peligro o chocar un risco¹⁹.

Otros sostienen que tiene una procedencia árabe que al introducirse la imprenta se expande especialmente en Italia y España. No obstante, parece ser que un momento fundamental para la afirmación del concepto de riesgo se debería a la invención de la contabilidad y a la introducción del libro de doble entrada, lo cual conllevó la posibilidad de hacer previsiones y calcular los beneficios y las pérdidas de las inversiones futuras. De esta manera, junto con la idea de riesgo cobra valor la idea de seguro. De ello se desprende que la seguridad representa la otra cara del riesgo y de

¹⁹ Vid, CAMPIONE, ROGER, “El que quiere algo le cuesta: notas sobre la Kollateralschädengesellschaft”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds) *La seguridad...* op. cit., p. 11.

hecho no sería casualidad que también los primeros contratos de seguros surgieron en el ámbito del tráfico marítimo en el siglo XVI.

La diferencia entre esta nueva noción y la de peligro estriba en que un peligro potencial puede ser conceptualizado como riesgo cuando aquél no deriva de un fenómeno externo e imprevisible para los seres humanos, sino que, en cierta forma, es la consecuencia de una intervención humana activa, la responsable de la amenaza²⁰.

Entonces, desde éste punto de vista: por un lado, riesgo es aquella coyuntura azarosa que se produce sin la intervención del hombre; y por otro, se podría decir que el peligro es el antecedente necesario del riesgo.

1.2. Sobre la sociedad de riesgo.

Mendoza Buergo, nos refiere que si bien puede hablarse de una cierta diversidad en la delimitación teórica de la sociedad del riesgo²¹, lo que nos permite acercarnos a distintos modelos, en parte, complementarios entre sí según la caracterización que el acuñador del término “sociedad del riesgo” propone; en las sociedades postindustriales desarrolladas las implicancias negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo adquieren entidad propia y

²⁰ *Ibid*, p. 12.

²¹ Concepto brindado por el sociólogo alemán Ulrich Beck. Que da título a su obra de referencia sobre la materia *Risikogesellschaft*. La expresión en alemán incluye el término riesgo en singular; por ello suele traducir como “sociedad de riesgo” o “sociedad del riesgo”, pero la alusión genérica al riesgo permite también hablar de “sociedad de riesgos”. BECK, ULRICH, *Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1986. *La sociedad del riesgo*, Barcelona 1998, trad., de J. Navarro, D. Jiménez y M. R. Borrás. También en BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 69-80. También en RANDO CASERMEIRO, PABLO *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador – Un análisis de política jurídica-*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 288-292. También en PERIS RIERA, JAIME, M. “Delitos de peligro y Sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década” en AA.VV. *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 687-708. También en PERIS RIERA JAIME, M./CUESTA PASTOR, PABLO J., “Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico -El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995-”, en *Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la Circulación*, La Ley, N° 23, Noviembre 2000, pp. 4-5.

amenazan de forma masiva a los ciudadanos, propiciando la aparición de “nuevos” riesgos de tal magnitud, que determina un cambio de época desde la sociedad industrial a un nuevo tipo macrosociológico: el de la *sociedad del riesgo*²².

Existe una metamorfosis entre lo que era la sociedad industrial en su búsqueda ideal de la igualdad; a una sociedad de riesgo que desarrolla una tensión normativa en busca de una idea, ahora, de seguridad. La consideración, *per se*, no supone ninguna conclusión novedosa: la historia misma de la modernidad y del Estado-Nación ha construido sus líneas de desarrollo oscilando alrededor de la alternativa libertad/seguridad²³. Así, la sociedad del riesgo ya no es sociedad de clases porque la fuerza impulsora de ésta podía resumirse en la frase “tengo hambre”, el rasgo distintivo de aquélla puede expresarse con la frase “tengo miedo”²⁴

Entre los aspectos más definatorios, nos dice Mendoza Buergo, de ésta sociedad del riesgo, se pueden destacar los tres siguientes:

a) El primero, sería el cambio sustancial de los peligros actuales en relación con los de otras épocas: a partir de los rasgos distintivos apuntados por Beck se destaca que la sociedad actual se caracteriza por la existencia de riesgos que a diferencia de los peligros que amenazan con desastres naturales o plagas de otras épocas son

²² MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001 pp. 24 y ss.

²³ *Vid.*, PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “Derecho a la Seguridad”, en *El Derecho Penal de la Libertad y Seguridad...* op. cit., p. 21. Con idéntica orientación analiza la situación, Gallardo García, al momento de llevar adelante su introducción, entendiendo que la actual política criminal estará dirigida, en consecuencia, a buscar una alta sensibilidad al riesgo, asumiendo la demanda de seguridad, la que se va a ver reflejada en el Derecho penal. El legislador busca como principal aliado a esa seguridad el constante endurecimiento de la intervención penal. En GALLARDO GARCIA, ROSA M. “El riesgo permitido y la auto-puesta en peligro en los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores”, en PEREZ ALVAREZ FERNANDO (Ed.) *Delito, Pena, Política Criminal y Tecnologías de la Información y la Comunicación en las Modernas Ciencias Penales*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, p. 232.

²⁴ CAMPIONE, ROGER, “El que quiere algo le cuesta: notas sobre la Kollateralschädengesellschaft”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds) *La seguridad...* op. cit., p. 18. También en BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal...* op. cit. p. 70.

“artificiales” en el sentido de que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de éste.

Los riesgos, señalados, además de ser de una magnitud creciente frente a los peligros naturales, también lo son de grandes dimensiones, es decir, amenazan a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas e incluso amenazan la existencia de la humanidad como tal.

Otra característica de la sociedad actual lo supone la globalización²⁵ de muchos de los fenómenos que en ella se producen o existe el riesgo que se produzca; lo que supone, que las decisiones humanas que desencadenan los peligros tienen consecuencias que, eventualmente, pueden potencialmente afectar a todos en casos límite (peligros globales en la sociedad global) lo que justificaría hablar de sociedad de riesgo mundial²⁶.

Beck, en este sentido nos refiere que contra las amenazas de la naturaleza exterior hemos aprendido a construir cabañas y acumular conocimiento. Por el contrario, estamos entregados casi sin protección a las amenazas de la naturaleza, incluidas en el sistema industrial. Los peligros se convierten en polizones del consumo

²⁵ Las máximas más importantes de este fenómeno, que tiene su piedra angular en el aspecto económico, lo constituye: a) la intangibilidad del mercado, el mercado se regula por sí mismo; b) desregulación, El Estado debería abstenerse de una intervención en la medida de lo posible de comportamientos económicos. El sistema político se verá eclipsado por el aspecto económico; y c) neodarwinismo, no serán factores históricos, políticos o económicos los responsables de la falta de igualdad entre los hombres y de las desigualdades sociales; se trata más bien de que el principio de la selección natural que se observa en la naturaleza es también válido para el Hombre. Ahora, es innegable, que éstas máximas, de ser ciertas, van a tener que influenciar en el Derecho penal, de hecho la tienen. NELLES, U. “La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”, -Trad. Pirrafé, María José- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. También en BORJA JIMENEZ, “Modernas tendencias y proyecciones de la Política Criminal en un mundo globalizado”, en *Curso de Política Criminal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 105-107. También sobre el tema “El Derecho penal moderno (Nuevo o Actual)” en *Hacia un Derecho penal equilibrado-Plataforma razonable de política criminal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 28-29

²⁶ CAMPIONE, ROGER, “El que quiere algo le cuesta: notas sobre la Kollateralschädengesellschaft”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds) *La seguridad...* op. cit. p. 26.

normal. Viajan con el viento y con el agua, están presentes en todo y atraviesan con lo más necesario para la vida²⁷.

Lo que trata de decirnos Beck es que hemos resignado, en *son* de ese desarrollo y permanente evolución del hombre, aquella seguridad o al menos sensación de seguridad que teníamos en otras épocas. Ya no es sólo la naturaleza la que nos “ataca”, sino el hombre mismo.

Los nuevos riesgos de la modernización que son consecuencias secundarias del progreso tecnológico constituyen siempre efectos indeseados, a menudo no previsto, y a veces imprevisibles de un actuar humano, inicialmente dirigido a fines positivamente valorados. En el modelo de Beck, se destaca este concepto de consecuencias accesorias, en el sentido de lo que no ha sido perseguido intencionalmente y de que, por lo tanto el problema no es sólo el manejo de los efectos inmediatos que ciertas actividades tienen, por ejemplo, para la vida humana y animal, entre otras; sino a su vez, las consecuencias secundarias de orden social. Este sería, el potencial político de las catástrofes²⁸.

La cuestión básica a dilucidar a este respecto en relación con los grandes riesgos, es si tales peligros artificiales y de grandes dimensiones pueden ser calculados y por lo tanto prevenidos y controlados, o si, por el contrario, como opinan algunos, estamos expuestos a los mismos de una manera que difiere poco de la de estar expuestos a un cataclismo natural²⁹.

²⁷ BECK, U., *La sociedad del riesgo*,...op. cit. p. 13. También en BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal*,...op. cit. 70.

²⁸ MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*...op., cit., p. 27.

²⁹ La intención de modernizar el Derecho penal a pretendido adaptarlo a las nuevas circunstancias económicas, tecnológicas y ambientales para las cuales no había sido pensado, ni estructurado. Así, en sintonía con los postulados de la sociedad del riesgo, se trata de adecuar una respuesta penal a las acciones delictivas relacionadas con el uso de las nuevas tecnologías, para lo cual el Derecho penal clásico, pareciera no estar preparado, por lo que se ha motorizado mayor

Personalmente, sostengo que aquéllos que han visto una respuesta afirmativa al interrogante precedente, son los que en cierta forma han utilizado el Derecho penal, como principal instrumento de control de esos riesgos.

La diferencia esencial entre estos nuevos riesgos, las catástrofes y los peligros anteriores a la industrialización, radica en el hecho de que éstos últimos se concebían como algo que sólo podía ser imputado al destino, a la naturaleza o a los dioses³⁰.

Un aspecto que se destaca ya desde la perspectiva jurídica es el hecho de que Beck, en una caracterización ulterior de estos nuevos riesgos, considera que éstos, al contrario de lo que ocurría con los riesgos tradicionales de la sociedad industrial primaria, no serían imputables según las reglas vigentes de la causalidad, la culpabilidad y la responsabilidad, ni serían susceptibles de ser objeto de seguro³¹.

b) El segundo elemento caracterizador de la sociedad del riesgo se ha visto en la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad. El considerable incremento de las interconexiones causales y su desconocimiento o las dificultades en su aclaración junto con la creciente sustitución de contextos de acción individuales por otros de carácter colectivo, determina que la responsabilidad se ramifique cada vez más a través de procesos en los que contribuyen muchas personas, a veces integrados en un sistema de división del trabajo, pero otras sin relación entre ellos; así se suele hablar de una irresponsabilidad organizada.

Tras pasado esto al ámbito penal, se destaca que en lo que se podría denominar un “*Derecho penal de seguridad*”³² que asume este carácter de la sociedad de riesgo³³

intervención penal, caracterizada por un adelantamiento de la barrera punitiva. BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal*,...op. cit. p. 71.

³⁰ MENDOZA BUERGO. B. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*...op. cit. p. 27.

³¹ *Ibid*, p. 28.

³² Expresión utilizada por Kindhäuser. Tiene sus primeros pasos en el Derecho de policía orientado a la anticipación y evitación del peligro en que no ve al autor como fuente de peligro,

existiría una vaga o difusa culpabilidad por el hecho individual³⁴, de modo que sólo con dificultades pueden ponerse en relación la producción del daño o del peligro y la culpabilidad por ello.

En un típico Derecho penal de la seguridad faltaría una relación cercana respecto a la víctima e, igualmente, los sentimientos de culpabilidad se pueden llegar a suprimir. Así pues, esta situación de irresponsabilidad se produce en unos casos como consecuencia de múltiples acciones individuales y, por otro lado, por la sistemática divergencia entre producción de riesgo y afectación por el mismo en sociedades funcionalmente diferenciadas.

El dato del desconocimiento acerca de los riesgos o de los mecanismos que puedan producir daños es, sin duda, central en el concepto de la sociedad del riesgo. En la sociedad moderna y avanzadas las personas están produciendo, para sí mismas, su propio peligro de manera que los riesgos son desconocidos e incluso no cognoscibles.

diferenciándose del Derecho penal, el cual lo toma como persona con la capacidad de poner en riesgo la validez de las normas. De a poco, pero con firme voluntad, el legislador va desplazando el peso de la evitación de peligros desde la policía a los sujetos potencialmente perturbadores, esto es, de prohibir penalmente la propia perturbación. Entonces, con ese paso, el peligro de la comisión de un delito de peligro, es una perturbación de la seguridad que autoriza a intervenir, junto a la prevención policial, las competencias represivas de investigación del Derecho Procesal Penal. Ante esto, si bien, debemos impedir la alteración de la división de las tareas del Derecho penal y el de policía, parece ser que, en la actualidad, el Derecho penal tradicional como el de policía, no son suficientes para proveer a la sociedad de riesgo de medidas suficientes de seguridad, por lo que se gesta la antesala al Derecho penal del enemigo. *Vid.* KINDHÄUSER, URS, “Retribución de culpabilidad y pena”, -traducción de Nuria Pastor- en KINDHÄUSER, URS-MAÑALICH, JUAN PABLO, *Pena y Culpabilidad, en el Estado Democrático de Derecho*, Ed. Bdef, Buenos Aires, 2011, pp. 170-172. El valor seguridad adquiere tal categoría que se convierte en un Derecho a la seguridad, amparándose en los poderes públicos y en el Derecho penal. Los efectos son tres: a) expansión del Derecho penal; b) La consideración de aquellos que pretendan ir contra el orden de enemigos, con la consiguiente aplicación del Derecho penal del enemigo; y c) la exigencia al poder público de una actuación eficaz genera la aparición del Derecho penal simbólico. BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal*,...op. cit. pp. 70-71.

³³ MENDOZA BUERGO, BLANCA, en *El Derecho penal en la sociedad de riesgo...* op., cit p. 29.

³⁴ *Vid.*, PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “Derecho a la Seguridad”, en *El Derecho Penal de la Libertad y Seguridad...* op. cit. p. 22.

c) El tercero de los rasgos definitorios de la sociedad del riesgo, está condicionado por los dos anteriormente mencionados. Es decir, una sensación de inseguridad subjetiva que incluso puede existir independientemente de la presencia de peligros reales.

La demanda específicamente normativa de seguridad busca no sólo la protección objetiva frente a riesgos y peligros, sino la posibilidad de asegurar además a través de esa protección la confianza o seguridad en ella de modo que, precisamente, en base a tal convencimiento, sea posible sentirte libre de temores. Lo dicho, nos lleva de manera vertiginosa a una demanda de seguridad siempre en ascenso³⁵.

El binomio riesgo-inseguridad y, por tanto, la aversión al riesgo con la consiguiente aspiración a la seguridad, hace que los individuos reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo. La seguridad se convierte en un motivo dominante de la ordenación de la vida social³⁶.

El punto en cuestión, se traduce, cuando el destinatario de todas las exigencias de seguridad por parte de los componentes sociales es el propio el Derecho penal, el cual, junto con el derecho formal, se ven forzados en un continuo proceso de expansión destinado al control de nuevos peligros. Justamente, asumir ese rol, decanta estar en presencia de un Estado de prevención o Estado preventivo, abriendo fisuras en aspectos garantistas del Derecho penal³⁷.

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, decimos que esa demanda de protección en ocasiones masiva, se canaliza, por tanto, a través de la ampliación del

³⁵ MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo...* op. cit. pp. 30-31. También véase en PERIS RIERA, JAIME, M. "Delitos de peligro y Sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década" en AA.VV. *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal...* op. cit., pp.688-690.

³⁶ MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo...* op. cit., p. 31.

³⁷ *Ibid* p. 32. También en PERIS RIERA JAIME, M./CUESTA PASTOR, PABLO J., "Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico -El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995-", en *Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la Circulación...* op. cit. p. 5.

Derecho penal, sin constatar en debida forma si las respuestas obedecen a los principios de necesidad; si es adecuada para conseguir las soluciones más idóneas y eficaces a los problemas planteados y si es una respuesta que se mantiene dentro de los límites de una intervención legítima del Derecho penal.

Parece ser que en esta sociedad de riesgo se ve seriamente comprometida la posibilidad de continuar garantizando la seguridad colectiva. Los individuos demandan del Estado una protección dinámica de los derechos fundamentales. Así, el Estado se ve en la tesitura de convertirse en previsor, lo que exige de él tareas de anticipación y control de cursos futuros inciertos en su acaecimiento y dañosidad³⁸.

La sociedad actual, es una sociedad de enorme complejidad en la que la interacción individual ha alcanzado niveles hasta ahora desconocidos. Sin embargo, la profunda interrelación de las esferas de organización individual incrementa la posibilidad de que algunos de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas. Dado que, por lo demás, dichos resultados se producen en muchos casos a largo plazo y, de todos modos, en un contexto general de incertidumbre sobre la relación causa-efecto, los delitos de resultado de lesión se muestran crecientemente insatisfactorios como técnica de abordaje del problema. De ahí el recurso cada vez más asentado a los tipos de peligro, así como a su configuración cada vez más abstracta o formalista³⁹.

Por ello, esta “sociedad del riesgo” o “de la inseguridad”, conduce, inexorablemente a un Estado vigilante o de prevención. En este contexto policial-

³⁸ PRIETO NAVARRO, EVARISTO “Sobre los límites y posibilidades de la respuesta al riesgo”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad...*, op. cit., pp. 37-38.

³⁹ SILVA SANCHEZ, JESUS MARIA, *La expansión del Derecho penal...* op. cit. pp. 16 y 17.

preventivo, la barrera de intervención del Estado en las esferas jurídicas de los ciudadanos se adelanta de modo sustancial⁴⁰.

Ahora, ¿cómo se relaciona o debería relacionarse, esta situación real, con una correcta política criminal? la respuesta, para algunos, es simple. Asumiendo esta realidad, se debe partir de la presencia del riesgo en las actividades más comunes de la vida social, ya que es un fenómeno constantemente presente sin cuya consideración no es posible diseñar una política criminal aceptable, ajustada a las necesidades sociales.

Por ello, dicha política criminal ha de apoyarse necesariamente en el concepto de riesgo, al menos en tres aspectos diferentes: primero, 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, cualidad de nuestras sociedades modernas, obliga necesariamente a plantearse la cuestión del riesgo permitido, esto es, la posibilidad de que ciertos riesgos sean comparados y, eventualmente, de que algunos de ellos se acepten con preferencia frente a otros, con los consiguientes efectos limitadores en el alcance de la incriminación. Finalmente, porque las reglas de imputación de responsabilidad se construyen también en buena medida sobre el propio concepto de riesgo⁴¹.

Entiendo que lo plasmado, donde la justificación basada en el concepto de riesgo permanente e inherente a la sociedad actual para la elaboración de las políticas criminales intervencionistas, podría ser caracterizada como una posición conformista,

⁴⁰ *Ibid*, p. 153. También en NIETO, ALEJANDRO *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012 -5ta. Edición-, p. 31.

⁴¹ PAREDES CASTAÑÓN, JOSE MANUEL, “Riesgo y Política Criminal: La Selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad...* op. cit., p. 91. También véase en PERIS RIERA, JAIME, M. “Delitos de peligro y Sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década” en AA.VV. *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal...* op. cit., pp. 691-694.

si se me permite el término. La sola descripción de estar en una sociedad de riesgo no debería ser elemento suficiente para justificar el adelantamiento de la barrera punitiva; hacerlo, nos lleva, por lo pronto a descuidar la *última ratio* en la aplicación del Derecho penal, que debe imperar en todo Estado de Derecho. En definitiva, es evidente, que resulta más seductor para el legislador echar mano del Derecho penal que afinar y adelantar en todo caso el Derecho administrativo.

1.3. Sobre la sociedad de riesgo y el Derecho penal.

Una consecuencia directa de lo analizado sería, justamente, ese rasgo característico de una política criminal que en los últimos años se apreciaría, sin duda, en una tendencia a un Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, la cual tendría un sentido más criminalizador que despenalizador⁴².

En esa lucha o tensión permanente, entre uno de los pilares del Derecho penal clásico, como lo es, el principio de intervención mínima y recurso a lo penal criminal

⁴² Desde la óptica de Díez Ripollés, son cuatro los rasgos de la política criminal que intenta dar respuesta a esta sociedad del riesgo: *una notable ampliación de los ámbitos sociales*, objeto de la intervención penal, la que incide sobre nuevas realidades sociales; *una transformación del objeto de la nueva política criminal*, que busca concentrar sus esfuerzos en perseguir la criminalidad de los poderosos; *preeminencia de intervención penal*, en detrimento de otros controles sociales, se considera más eficaz el Derecho penal que otros instrumentos -civiles, políticos, administrativos-; *necesidad de acomodar el contenido del Derecho penal y procesal penal*, debido a las dificultades que plantea la nueva criminalidad, lo que implica flexibilizar el sistema de imputación de responsabilidad y de garantías individuales vigentes, lo que se hace en función de la necesidad político-criminal de mejorar la persecución y encausamiento penal. DIEZ RIPOLLES, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Política Criminal y Derecho penal*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 105-106. También en RANDO CASERMEIRO, PABLO *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador – Un análisis de política jurídica-*,...op. cit. p. 288. También en PERIS RIERA, JAIME, M. “Delitos de peligro y Sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década” en AA.VV. *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*,...op. cit., pp. 694-695. También en PERIS RIERA JAIME, M./CUESTA PASTOR, PABLO J., “Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico -El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995-”, en *Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la Circulación*,...op. cit. p. 5. También véase sobre el tema PEREZ ARIAS, J. “Fundamentos de la culpabilidad en la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas” en PEREZ ARIAS, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las Personas Jurídicas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 168-170.

como *última ratio* por una parte y, por otra, las actuales tendencias expansivas que tienen como norte, atender, las supuestas crecientes necesidades de tutela⁴³, es claro que la tensión se decanta a favor de las segundas. La expansión o la acentuación de la tutela penal a nuevos ámbitos, como la regulación en materia de recursos naturales, territorio y medio ambiente, salud pública y seguridad colectiva, etc., supone una creciente criminalización de conductas que, añadidas a los tipos del Derecho penal clásico nuclear, no consiguen ser contrapesadas por la descriminalización⁴⁴.

Gracia Martín, directamente habla de un Derecho penal moderno⁴⁵, que se contrapone, según Díez Ripollés, a un modelo garantista⁴⁶, pero sostiene, Gracia

⁴³ SCHÜNEMANN, B. habla entre otras posiciones, de dos polos antagónicos en la evolución del Derecho penal. Por un lado sitúa a aquella posición donde se propugna un Derecho referido exclusivamente al individuo, la cual se manifiesta en la teoría del bien jurídico y práctica procesal de Hassemer como cabeza más visible de la escuela de Frankfurt y por otro lado, la que propugna un sistema normativista del Derecho penal, orientada con base en la teoría funcional de sistemas y que se concibe como el polo opuesto al pensamiento lógico-material, siendo Jakobs su principal exponente. SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana* (Trad., de Manuel Cancio Meliá), Universidad Externado Colombia, Colombia, 1996, p. 13.

⁴⁴ MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad de riesgo...* op. cit., p. 48. También sobre el tema CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Derecho penal del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, en CANCIO MELIÁ, MANUEL/FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO (Ed.) *Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad- Seminario con Günther Jakobs en la UAM-*, Ed. Aranzadi SA. Pamplona, 2008, pp. 66-72. La necesidad cada vez más extendida tanto en la sociedad como en el Estado, de dominar peligros y prevenir las grandes catástrofes vuelcan sus expectativas en el Derecho penal. HASSEMER, W., “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a la exigencias de su tiempo”, -Trad. Díaz Pita, M., del Mar- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit. p. 51.

⁴⁵ Véase en GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. pp. 881-882. También véase en RANDO CASERMEIRO, PABLO *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador – Un análisis de política jurídica...* op. cit. pp. 289-290. También en HERRERO HERRERO, C. “El Derecho penal moderno (Nuevo o Actual) en *Hacia un Derecho penal equilibrado-Plataforma razonable de política criminal...* op. cit., pp. 29-33. También en PEREZ ARIAS, J. “La llamada crisis del sujeto individual-Teoría deshumanizante”, en PEREZ ARIAS, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las Personas Jurídicas...* op. cit., pp 176-177.

⁴⁶ Asimismo, Díez Ripollés, dentro de los modelos de intervención penal en el marco de control social, además del mencionado, expone la tesis abolicionista, la cual, entiende que no es capaz de atender, ni de evitar a las necesidades de la víctima o del delincuente. No se postulan para la resolución de los conflictos ligados a la criminalidad grave, no abandona el ámbito del control social, sólo traslada la problemática a otro subsistema de éste donde se pierde una de la ventajas de la aplicación del control social formalizado, particularmente el distanciamiento entre autor y víctima, evitador de la venganza privada y la igualdad de armas entre las partes, neutralizadora de diferencias socio-económicas. Por su

Martín, que el mismo no es homogéneo, sino que se desgrana en seis ramas -si se me permite la expresión-, así menciona en primer término, justamente, un Derecho penal del riesgo; junto a éste: el Derecho penal económico y del ambiente, el Derecho penal de la empresa, el Derecho penal de la Unión Europea, el Derecho penal de la globalización⁴⁷ y el Derecho penal del enemigo.

Asimismo, dentro de su postura señala que este Derecho penal moderno posee tres características: la primera, es la orientación de la mayor parte de los tipos penales enfocados a la protección de bienes de carácter colectivo, universal o supraindividual; la segunda, la sustitución del modelo tradicional de la lesión o peligro concreto de bienes jurídicos individuales por otro en que predominaría el peligro abstracto y por último, el desarrollo de una legislación penal, con una clara función simbólica⁴⁸.

parte, en relación, a un Derecho penal que busca la absolutización de la resocialización del delincuente, muchas veces ha incursionado en una inseguridad jurídica, por su ineficacia, por una focalización que ha dejado de lado el aspecto social y por una constante injerencia en la personalidad del individuo. En relación al garantismo, asume una posición ecléctica sobre la legitimación del Derecho penal, buscando una posición aunadora de voluntades, mostrándose escéptico respecto a la posibilidades del Derecho penal como instrumento de control social; esto es lo que permite entender la autolimitación del garantismo, basado en tres ideas: humanización, un Derecho penal mínimo y la desconexión con exigencias morales. *Vid.* en DIEZ RIPOLLÉS, J.L. “La contextualización del bien jurídico protegido”, *Política Criminal y Derecho penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 18-19. También en RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA “Expansión del Derecho penal y límites constitucionales” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. t. II p. 1656. También en BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal...* op. cit. 58-61.

⁴⁷ Sobre el tema, véase, SANZ MULAS, quien caracteriza a este Derecho, con tres rasgos distintivos: a) *expansión*, toda vez que la criminalidad que se va a asociar a la globalización es económica, y en ese contexto los riesgos que se protegen ya no son individuales, sino colectivos, por lo que se amplía la tutela penal; b) *permanente flexibilización*, de los distintos tipos penales y con ello las reglas de imputación y las garantías penales y procesales, como consecuencia a la búsqueda de una protección a bienes supraindividuales y a los riesgos actuales y c) *necesidad de unificación*, buscando en correlación a esa globalización de los estándares mínimos de seguridad, los estándares de un Derecho penal global. SANZ MULAS, N. “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 1041-1056. También véase en BORJA JIMENEZ, cuando analiza la peligrosidad del condenado en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal español de 2012. BORJA JIMENEZ, E. “Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho” en ORTS BERENGUER E. (Dir) *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 163-171.

⁴⁸ GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU

Entiendo que las características descritas, por Gracia Martín, son en cierta forma las mismas en que Silva Sánchez, cimienta la expansión del Derecho penal.

Entonces, junto a los bienes altamente personales y propios de tutela del Derecho penal nuclear (la vida, la libertad sexual o el patrimonio), esta sociedad se ve en la necesidad de la intervención penal⁴⁹ para la prevención de estos “nuevos riesgos” que tienen su origen en la complejidad estructural de estas “nuevas” sociedades⁵⁰.

Ese adelantamiento de la barrera punitiva de protección, se justifica ahora, por la esencial peligrosidad de la conducta en el caso concreto, la cual compromete bienes jurídicos como la paz pública, la seguridad jurídica, el clima favorable al Derecho, etc.

J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. pp. 885-893. DIEZ RIPOLLES, entiende en el mismo sentido que como consecuencia de las actuales políticas criminales de estas sociedades de riesgo, constituye notas características de ese Derecho penal resultante, además de las expuestas: *una creciente modificación* en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales; así, se admiten como necesaria la pérdida de ciertos principios de seguridad jurídica, una creciente elaboración de leyes penales en blanco; se amplía el grado de lesividad real o potencial de ciertos comportamientos; se flexibiliza requisitos de causalidad o de la culpabilidad; se minimizan las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación; se revaloriza el principio de oportunidad; la agilidad y celeridad del procedimiento son objetivos lo suficientemente importantes como para conducir a una significativa reducción de las posibilidades de defensa del acusado, entre otras. DIEZ RIPOLLES, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Política Criminal y Derecho penal*,...op. cit., pp. 106-107. También véase sobre el punto LOTHAR KUHNER, “La autocomprensión de la Ciencia Jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo”,-Trad. García Alvarez, P.- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*,...op. cit. pp. 68-71.

⁴⁹ La modernización de las expectativas de control social ha creado una situación de crisis en el sistema penal que ha puesto en duda su propia capacidad funcional. La crisis se orienta en tres sentidos: a) una crisis de transparencia, nos referimos a una incapacidad del sistema penal de hacer frente a la criminalidad; b) una crisis de incapacidad, la imposibilidad nuevamente del Derecho penal, para hacer frente, dentro de sus estructuras típicas, no tanto por la difusión de comportamientos lesivos, sino por la magnitud de los resultados (v.e. Infecciones mortales que se producen en masa, en Francia, la ruptura de la presa Stava en Italia, o en el envenenamiento colectivo debido a la ingesta de aceite de colza desnaturalizado en España), hechos con penas irrisorias, imputaciones impropias y dispersión de responsabilidades, lo que ha traído la bagatelización de estos hechos hiperlesivos, toda vez que ha tocado lo grotesco, todo porque las estructuras penales no están concebidas para albergar extensa enormidad de consecuencias lesivas en una o más conductas individuales; y c) crisis de complejidad, se refiere a la problemática que originan las fuentes de dañosidad social -v.e. Producción industrial- frente a las que el Derecho penal “clásico” no dispone de instrumentos adecuados de intervención. PALIERO, C.E., “La autocomprensión de las Ciencias del Derecho penal frente a los desafíos de su tiempo”,-Trad. Pirrafé, M.J.- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*...op. cit. pp. 106-108.

⁵⁰ *Vid.*, ROMEO CASABONA, CARLOS M. “Aportaciones del Principio de precaución al Derecho Penal”, en *Conducta Peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Ed., Comares, Granada, 2005, pp. 90/91. También en NIETO, ALEJANDRO *Derecho Administrativo Sancionador*,...op. cit. pp. 148-149.

Se trata, en fin, de elementos imprescindibles para el desenvolvimiento de la vida social, cuya importancia es de tal entidad que ya el poner en peligro -sin llegar a conmovier realmente- su existencia es considerada, en sí, delictiva⁵¹

Hans Lilie, nos dice que Peter Alexis Albrecht había constatado en 1988 que con el paso del Estado liberal del siglo XIX al Estado social y del bienestar del siglo XX se había transitado también desde el principio jurídico-penal de la idea de control represivo hacia un modelo de control preventivo-conformador⁵².

El Derecho penal, se ha convertido, entonces, en un medio de solución de conflictos que no se percibe distinto, por aptitud y peligrosidad, de otros medios de solución de conflictos: de esta manera el Derecho penal deviene en simbólico⁵³.

⁵¹ POLAINO-ORTS, MIGUEL, *El Derecho penal del enemigo*, Ed., Bosch, Barcelona, 2009, p. 52. La legislación se va a corresponder con esa expectativa de endurecimiento de la amenaza penal tanto para la creación de nuevos tipos como con la ampliación de la sanción, un incremento de los delitos de peligro abstracto y un evidente adelantamiento de las barreras punitiva. HASSEMER, W., “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a la exigencias de su tiempo”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*,...op. cit., pp. 51. También en PERIS RIERA, JAIME, M. “Delitos de peligro y Sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década” en AA.VV. *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*,...op. cit. p. 697-700.

⁵² HANS LILIE, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO G., *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social y tecnológico*,...op. cit. p. 45. También en BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal*,...op. cit. 61.

⁵³ El Derecho penal actual carecería de la capacidad suficiente para prestar, un auxilio, de manera eficaz a la sociedad y a los individuos que la componen como consecuencia de los nuevos riesgos; entonces se recurriría al Derecho penal, aún sabiendo que se torna de imposible aplicación para la resolución, de manera plena, los nuevos riesgos que se presentan. Adquiere o se transforma en un Derecho penal simbólico, en atención de que con la criminalización de los comportamientos conectados a los nuevos riesgos da al problema la solución eficaz que se demanda, o bien con el fin pedagógico o educativo de que la población adquiriera conciencia de la necesidad de respetar determinados valores, el estándar o el buen orden de determinados sectores de actividad, etc. Sobre el punto nos remitimos a GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. pp. 892/893. Vid., SANCHEZ, NATALIA-MORALEDA VILCHEZ, “Simbolismo en los delitos contra la seguridad vial”, en *Revista General de Derecho penal*, N° 16, 2011, pp. 8 y ss. También véase DIEZ RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Política Criminal y Derecho Penal*,...op. cit. pp. 59-67. También en BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013,op. cit. p. 74-79. También en BORJA JIMENEZ, “Política Criminal y Derecho penal simbólico”, en *Curso de Política Criminal*,... op. cit. pp. 109-111. También en BORJA JIMENEZ, cuando analiza la peligrosidad del condenado en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal español de 2012. BORJA JIMENEZ, E. “Peligrosidad

A partir de estas críticas o de esta realidad que se nos presenta, se desarrollan una serie de posiciones doctrinales. Así, la primera postura, propia de la Escuela de Frankfurt⁵⁴, con Hassemer⁵⁵ a la cabeza, plantea soluciones concretas: la reducción del Derecho penal a su núcleo mínimo, pero asumiendo que, en tanto que el Derecho penal no puede renunciar hoy, a los bienes jurídicos colectivos⁵⁶, debe operarse una funcionalización en atención a bienes jurídicos individuales y describir éstos del modo más preciso posible.

En definitiva, su propuesta pasa, por la protección de bienes jurídicos individuales de forma directa o de forma indirecta cuando se protejan los colectivos en

postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho” en ORTS BERENGUER E. (Dir.) *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia...* op. cit., pp. 166-171. También en PERIS RIERA, JAIME M. *La regulación penal en la Manipulación genética en España*, Ed. Civitas S.A., Valencia, 1995, pp. 130-133.

⁵⁴ Vid, SANZ MULAS, N. “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. pp. 1051-1052.

⁵⁵ Entiende, desde un punto crítico, que el Derecho penal “moderno”, se sustenta en tres tesis específicas: a) El Derecho penal clásico, tiene un núcleo ideal, al cual se aferran los principios liberales de taxatividad y subsidiariedad, de igual manera los delitos de lesión como tipo delictivo habitual, b) Del referido núcleo ideal, es del cual se aleja el Derecho penal “moderno” de manera acelerada y c) el desarrollo de este Derecho penal “moderno” conlleva problemas específicos en el Derecho penal. HASSEMER, “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno” (Trad. Elena Larrauri), *ADPCP*, Tomo 45, Nº 1, 1992, pp. 237-249. También véase en CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en MIR PUIG, SANTIAGO/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal y Reforma Penal*, Ed. Edisofer, Buenos Aires, 2007, p. 37. También en CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligros y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales* Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 200-203. También en GOMEZ TOMILLO, MIGUEL/SANZ RUBIALES, ÍÑIGO *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013, -3ra. Edición-, pp. 55-57.

⁵⁶ Se entiende que estos siempre están al servicio de los bienes jurídicos individuales, pues su función, consiste en prestar determinadas utilidades a éstos. Los bienes jurídicos colectivos tienen un carácter complementario para los bienes jurídicos individuales; sólo tienen su razón de ser en la medida en que su sustrato preste determinadas utilidades, que se valoran positivamente por el Derecho, a los bienes jurídicos individuales y, por ello, a las personas. Sobre el punto, ver el análisis descriptivo y a favor de la legitimidad en el Derecho penal moderno, GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. pp. 910/914. También sobre el tema en HERRERO HERRERO, C. “Observaciones críticas, claramente favorables y eclécticas, en torno al precedente Derecho penal. Actual o Moderno” en *Hacia un Derecho penal equilibrado-Plataforma razonable de política criminal...* op. cit. pp. 43-48.

tanto éstos deben tener siempre como referente un bien jurídico individual⁵⁷. De ser de otro modo, el Derecho penal simbólico se corresponderá con “la representación de inseguridad global en una sociedad de riesgo y tendrá una función de engaño”.

Tampoco puede admitirse, reflexiona Corcoy Bidasolo, sin ulteriores consideraciones, las críticas que, desde las posturas que defienden el Derecho penal mínimo, se vierten en el sentido de que una intervención efectiva del Derecho penal en el ámbito de los nuevos riesgos comporta una merma de las garantías inherentes al Estado de Derecho. Puede afirmarse que la situación es exactamente la contraria, puesto que desde esas posiciones se propugna, como solución a la pretendida dialéctica entre garantismo y eficacia, la creación de un modelo de “Derecho de la intervención” que esté situado entre el Derecho penal y el Derecho contravencional, entre el Derecho civil y el público, y que ciertamente dispondrá de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho penal, pero que a cambio estaría dotado de sanciones menos intensas frente a los individuos⁵⁸.

Otra posición, sería la que desarrolla Silva Sánchez, quién, como ya hemos adelantado, habla de un Derecho penal de dos o tres velocidades, en el que la primera

⁵⁷ En un sentido idéntico se orienta Díez Ripolléz, cuando entiende que las intervenciones penales se van a enfocar en aquellos que mayor riesgo de lesionar bienes jurídicos, delincuentes reales o potenciales próximos, sin que sean admisibles aquellas intervenciones en quienes no se está planteando delinquir. Si se han de producir los efectos expresivos-integradores imprescindibles para el control social penal, se va a adoptar una actitud reduccionista respecto de los efectos sociopersonales a causar. Asimismo, concluye que esos criterios serán de escasa operatividad si no existe un verdadero desarrollo técnico que permitan verificar la corrección de las decisiones penales desde el punto de vista de sus efectos. Una de ellas lo se dan en el campo de las decisiones legislativas, para lo cual, entiende que se debe plantear un verdadero procedimiento material y no sólo jurídico-formal de elaboración; sino también en cuanto a su aplicación, utilizando instrumentos de análisis en cuanto a la motivación de éstas decisiones aplicadoras del derecho, lo que nos permita identificar los excesos y su anulación en instancias superiores. DIEZ RIPOLLEZ, J.L. “La contextualización del bien jurídico protegido”, *Política Criminal y Derecho penal*,...op. cit. pp. 66-67.

⁵⁸ CORCOY BIDALSOLO, MIRENTXU, “Límites objetivos...op. cit., p. 38. Este derecho de intervención será el encargado de ocuparse de esa nueva criminalidad, utilizando nuevas reglas de imputación y garantías procesales y penales menos estrictas, lo cual iría de la mano con sanciones penales menos estrictas. DIEZ RIPOLLÉS, J.L. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Política Criminal y Derecho penal*”,...op. cit., pp. 107-108.

le corresponde al Derecho penal nuclear, donde se mantendrían todas las garantías, mientras que en la segunda, las garantías podrían relajarse y en contraprestación no estarían previstas penas privativas de libertad. A estas dos “clases” de Derecho penal, le añade una tercera, el llamado Derecho penal del enemigo, cuyas personas a las que se les aplican no se les reconoce calidad alguna en cuanto a la calidad de ciudadano, se refiere⁵⁹.

Así, el interrogante y punto de partida, en un Derecho penal de dos velocidades, será: si se produce el mantenimiento de garantías cualificadas en caso de conminación con penas privativas de libertad⁶⁰.

Por eso, cabría que en un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre las personas jurídicas) se flexibilizaran los criterios de imputación y las garantías político criminal. La característica esencial de dicho sector seguiría siendo la judicialización (y la consiguiente máxima imparcialidad) a la vez que el mantenimiento del significado “penal” de los injustos y de las sanciones, sin que éstas, con todo, tuvieran la repercusión personal de la pena de prisión⁶¹.

⁵⁹ También sobre la posición de Silva Sánchez, véase GOMEZ TOMILLO, MIGUEL/SANZ RUBIALES, ÍÑIGO *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo...* op. cit., pp. 57-59.

⁶⁰ Lo específico del Derecho penal vigente en nuestro ámbito cultural es, sin duda, la sanción de privación de libertad. En efecto, éste es el único tipo de sanción que no puede imponer la administración. Ello naturalmente, dejando al margen el significado simbólico comunicativo que tiene la intervención de los tribunales penales.

⁶¹ SILVA SANCHEZ, J. *La expansión...* op. cit., p. 179. También en DIEZ RIPOLLES, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Política Criminal y Derecho penal*”,...op. cit., p. 108.

Comparto la idea que el viejo conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible y un Derecho penal mínimo y rígido debe hallar así una solución en el punto medio de la configuración dualista.

Asimismo, el día a día nos da claros ejemplos, no parece que la sociedad actual esté dispuesta a admitir un Derecho penal orientado al paradigma del Derecho penal mínimo⁶²; pero ello no significa que la situación nos aboque a un modelo de Derecho penal máximo. La función racionalizadora del Estado sobre la demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulta, por un lado, funcional y, por otro lado, suficientemente garantista. Así, se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión⁶³.

Entonces, puede afirmarse que ciertamente existe en esa expansión del Derecho Penal, que habláramos antes, un espacio de expansión razonable del Derecho penal⁶⁴. El espacio de la expansión razonable del Derecho penal de la pena de prisión viene dado por la existencia de conductas que, por sí solas, lesionan o ponen en peligro real un bien individual; eventualmente, cabe admitir lo mismo a propósito de bienes supraindividuales, siempre que sea la conducta del concreto sujeto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real. En este ámbito, además, la razonabilidad de la expansión requeriría la plena salvaguarda de todos los criterios clásicos de imputación y principios de garantías⁶⁵.

⁶² Vid., HANS LILIE, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social...* op. cit., pp. 46-51.

⁶³ SILVA SANCHEZ, J. *La expansión...* op. cit., p. 180.

⁶⁴ BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal...* op. cit. 71.

⁶⁵ No obstante, puede admitirse, con cierto grado de resignación, la expansión del Derecho penal a ilícitos de acumulación o peligro presunto; esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales; pero la admisión de la razonabilidad de esta segunda expansión, que viene

De lo dicho, queda caracterizada las que serían las dos velocidades del Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal de la cárcel, donde impera la rigidez de los principios político criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias donde impera la flexibilización de aquellos principios y reglas en una menor intensidad de la sanción⁶⁶.

En la medida en que esta exigencia no sea respetada por los ordenamientos jurídicos, la expansión del Derecho penal, carece de la requerida razonabilidad político jurídica⁶⁷.

Así, Silva Sánchez, cuando nos habla de la “Tercera velocidad del Derecho penal”, la evoca en una directa conexión al Derecho penal del enemigo, la cual debería ser deseablemente reducida a la mínima expresión, su ámbito de aplicación⁶⁸.

Esta “Tercera velocidad del Derecho penal”, reitero, guarda una estrecha relación con el denominado, desde la difusión de la terminología por Jakobs, “Derecho penal del enemigo”, que se contrapone al de los del ciudadanos⁶⁹. Si nos atenemos a la

acompañada de los rasgos de flexibilización reiteradamente aludidos, exigiría ineludiblemente que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión.

⁶⁶ En este sentido, Díez Ripollés, entiende que la propuesta esbozada por Silva Sánchez, es una aceptación resignada de la realidad e intenta reducir el impacto sobre el Derecho penal; se distingue de la anterior postura toda vez que se muestra dispuesta a que las exigencias sociales tengan una directa, pero limitada repercusión en la configuración del Derecho penal. A partir de este nuevo sector del Derecho penal, se asumiría el carácter colectivo de la mayor parte de los bienes jurídicos tutelados, se adoptarían estructuras laxas y en cierta medida, se flexibilizarían las garantías individuales; la contrapartida de todas las cesiones, como ya hemos mencionado, sería la renuncia a la previsión de la pena de prisión para estos comportamientos, que deberían ser castigados únicamente con penas pecuniarias y privativas de la libertad. DIEZ RIPOLLES, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Política Criminal y Derecho penal*, ...op. cit., p. 108.

⁶⁷ SILVA SANCHEZ, J. *La expansión...* op. cit. p. 182.

⁶⁸ También en DIEZ RIPOLLES, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Política Criminal y Derecho penal*, ...op. cit., pp. 124-125.

⁶⁹ JAKOBS, G. “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, -Trad. Manso Porto, T.- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*,...op. 58-61. También en BUSTOS RAMIREZ JUAN

definición de este autor, el enemigo es un individuo que mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta⁷⁰. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según Jakobs, la amplia anticipación de la protección penal; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico penal a la legislación de lucha y el socavamiento de garantías procesales⁷¹.

Estas propuestas, nos dice Corcoy Bidasolo, lo que promueven es la existencia de tres clases de Derecho penal que se corresponde con tres “clases” de ciudadanos⁷²: de primera, de segunda y de tercera. Ello es así porque los ilícitos que se considera que

J./HORMAZABAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho penal -Parte General...* op. cit. pp. 27-28. También en NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. “The long and winding road: De un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. pp. 889-897.

⁷⁰ Quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o si es denegada de manera expresa, el Derecho penal será un instrumento de la reacción social frente al hecho de uno de sus miembros, una reacción frente al enemigo. En el Derecho penal del enemigo, también se trata de una defensa frente a una agresión futura. JAKOBS, G. “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”,-Trad. Manso Porto, T.- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*,...op. cit. p. 58.

⁷¹ SILVA SANCHEZ, *La expansión...* op. cit., pp. 186-187. Vid. JAKOBS, GÜNTHER, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad” -Traducción Cancio Meliá- en CANCIO MELIÁ, MANUEL/FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO (Ed.) *Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad- Seminario con Günther Jakobs en la UAM...* op. cit. pp. 41-51. Vid., RAGÜES I VALLES, R. “El Derecho penal del Enemigo en la Expansión del Derecho Penal”, en ROBLES PLANAS, R. / SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Cdres), P. en *La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo...* op. cit. p. 89. También en BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal...* op. cit. 73. También en JAKOBS, G. “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”,-Trad. Manso Porto, T.- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*,...op. cit. pp. 58-59. También en SANZ MULAS, N., “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...pp. 1030-1034.

⁷² Idéntico análisis en cuanto a ésta y otras críticas, sobre la propuesta de Silva Sánchez, véase en GOMEZ TOMILLO, MANUEL-SANZ RUBIALES, IÑIGO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*,...op. cit. pp. 63-68.

no deben incluirse en el Derecho penal nuclear, son conductas que sólo puede ser cometidas por quienes tienen poder y/o dinero; propuesta común por quienes sostienen -el propio Silva Sánchez- ésta tesis es que, en estos casos, no es adecuada la aplicación de penas privativas de libertad.

Para resolver la cuestión del aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal, se propone una “tercera vía”, recomendando ir más allá de la protección de bienes jurídicos anclada en el pensamiento antropocéntrico, protegiendo jurídico penalmente “normas de conducta referidas al futuro” sin “retro-referencia a intereses individuales”⁷³. La nueva dogmática penal, aparentemente, debería ir en ésta dirección sin olvidar los intereses predominantes de la actual sociedad. La autonomía de los bienes jurídicos penales supraindividuales no excluye que, en cuanto “intereses predominantes en la sociedad”, sólo podrán ser calificados como tales y, en consecuencia, legitimada la intervención penal para su protección, aquellos que sirvan al mejor desarrollo personal de cada uno de los individuos que la conforman⁷⁴.

Entonces, el actual desarrollo del Derecho penal influenciado por los nuevos riesgos, supone la tendencia a una disolución del concepto de bien jurídico que evolucionaría desde los contornos más claros de los bienes jurídicos individuales que se caracterizan como bienes innatos⁷⁵, a los más vagos e imprecisos de los nuevos

⁷³ Sin “retro-referencia a intereses individuales” sólo implica que, desde una perspectiva de tipicidad penal, no hay una relación ni mediata -en la línea de su consideración como bienes jurídicos intermedios-, ni inmediata con los bienes jurídicos penales individuales.

⁷⁴ *Vid.*, SANCHEZ-OSTIZ GUTIERRES, P. “La Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Veinte años después: Los fines del Derecho Penal”, en ROBLES PLANAS, R. / SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Cdres), P. en *La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo...op.*, cit. 38.

⁷⁵ *Vid.*, GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...op. cit.* pp. 908.

bienes jurídicos *supra* individuales⁷⁶. La introducción de bienes jurídicos universales o colectivos con perfiles más difusos o aquellos alejados de la concepción material clásica con una expansión de la técnica de los delitos de peligro, sobre todo abstracto⁷⁷; es reconocida, parece ser, como una característica del Derecho penal actual, que surge con el Estado social, pero que se ha acentuado y agravado en el Derecho penal propio de la sociedad del riesgo⁷⁸.

Así, se acepta que el alejamiento de la protección de bienes jurídicos individuales es consustancial con un Derecho penal que no tiene tanto que ver con el castigo o represión de daños individuales y concretos, sino con la mera inobservancia de normas organizativas, es decir, con la protección de condiciones o estándares de seguridad y con la evitación de perturbaciones sociales, un Derecho penal que persigue, el mantenimiento de la vigencia de la norma⁷⁹.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 909-910.

⁷⁷ RODRIGUEZ MONTAÑES “Expansión del Derecho penal y límites constitucionales” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. t. II p. 1656.

⁷⁸ DIEZ RIPOLLES, va a denominar a este Derecho penal, Derecho penal de la seguridad ciudadana, el cual se ha servido del debate sobre la sociedad del riesgo y de las propuestas que abogan por una modernización del Derecho penal. Entiende que son tres las propuestas que en cierta forma de superponen, dentro de éste Derecho penal de la seguridad ciudadana. Así, enuncia: a) *Derecho penal del enemigo*, donde la distinción entre individuo y ciudadanos, ha otorgado a ciertos delincuentes, la consideración de enemigos sociales y será, contra ellos, que se aplique un Derecho penal del enemigo, girando en torno a la peligrosidad que representan. No hace falta esperar a la producción del daño para la intervención penal; b) *El Derecho penal de la tercera velocidad*, tiene directa relación a la postura anterior, pero deja afuera a la delincuencia socio-económica y abarca la delincuencia patrimonial profesional, la sexual violenta, la criminalidad organizada, el narcotráfico, la criminalidad de Estado y el terrorismo y c) *La reconstrucción del Derecho de la peligrosidad*, la primacía otorgada a la peligrosidad del delincuente, en esta sociedad de la seguridad ciudadana, nos lleva nuevamente a la reactivación de las propuestas doctrinales partidarias de las medidas de seguridad. Se van a centrar en aquellos individuos “peligrosos” que llevan a cabo una delincuencia que se siente grave -violenta y la sexual- y por otro lado, hacia los reincidentes y habituales, que recae sobre los autores de la criminalidad leve patrimonial. DIEZ RIPOLLES, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Política Criminal y Derecho penal*,...op. cit., pp. 124-129. También sobre el tema SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*...op. cit. pp. 30-42. También véase sobre el tema BLANCO LOZANO, CARLOS, *Tratado de Política Criminal-La Política Criminal Aplicada*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, t.II., pp. 100-101

⁷⁹ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “Límites objetivos...op. cit., pp. 68 y 69. *Vid.*, AAVV, “Informe sobre los intentos de adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de

Desde mi óptica se ha producido una desnaturalización de aquel Derecho penal liberal clásico, por uno “moderno”⁸⁰, donde los principios que antaño fueron los pilares de la ilustración han cedido de manera dramática a una política de prevención⁸¹. Ahora de manera intuitiva me surge el interrogante, cuánto queda de aquel “viejo” Derecho penal liberal o es como Silva Sánchez refiere, que debemos hablar de un Derecho penal de distintas velocidades; ¿hablamos de evolución o de retroceso?⁸².

Así, la tercera posición doctrinal, justamente es producto de la reacción de aquel sector que está abocado a la construcción e interpretación de los nuevos conceptos y figuras jurídicas del moderno Derecho penal⁸³.

investigación y conclusiones”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social...* op. cit., pp. 489-490.

⁸⁰ Recordemos lo ya citado por Gracia Martín, cuando sostiene que este Derecho penal moderno, no es homogéneo. GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 882. Otra de las características de este Derecho penal moderno, es que tiende a la flexibilidad de las imputaciones y las garantías políticos criminales; y con ello, el menoscabo a una serie de principios básicos, como lo sería el de la seguridad jurídica, garante de la justicia, la igualdad y la libertad en el orden jurídico. La prevención se convierte en el principal objetivo del Derecho penal y los delitos de peligro su mecanismo predilecto. En GALLARDO GARCIA, ROSA M. “El riesgo permitido y la auto-puesta en peligro en los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores”, en PEREZ ALVAREZ FERNANDO (Ed.) *Delito, Pena, Política Criminal y Tecnologías de la Información y la Comunicación en las Modernas Ciencias Penales...* op. cit., p. 234.

⁸¹ Idéntica posición la observa VIVES ANTON, afirmando que la política criminal actual se desarrolla por un camino que no se ajusta a los ideales de la Ilustración, con una visión a corto plazo. VIVES ANTÓN, T. “La Reforma Penal de 2015: Una valoración genérica”, en GONZALEZ CUSSAC, JOSE L. -Dtor- *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 30-34.

⁸² En el mismo sentido, se pronuncia, HEINE GÜNTER, cuando reflexiona que la instrumentalización del Derecho penal puede ser entendida como un avance o temerla como una desnaturalización del mismo, pero es de suyo, que el recurso a influenciar procesos sociales por medio de la violencia del Derecho penal no constituye una moda pasajera; ejerciendo, entre otros factores, una notable influencia la presión por parte del desarrollo internacional. El Derecho penal, entonces, debería reducir los peligros para la futura vida en común. En consecuencia, ya no se utiliza de manera puntual y reactiva, sino de modo prospectivo y llano. HEINE GÜNTER, “La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”, -Trad. Pirrafé María José-, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit. 433-434.

⁸³ La línea argumental, de esta posición, describe Díez Ripollés, se justifica en que *la modernización del Derecho penal* es consecuencia de la acomodación de las nuevas sociedades postindustriales al modelo del Estado social de Derecho, frente al Estado liberal, la tutela de los derechos colectivos están encaminados a que beneficie el libre desarrollo personal de los ciudadanos. Por otro lado, los *incrementos* de la intervención penal derivan del surgimiento de nuevas realidades y conflictos sociales que ponen de manifiesto la existencia de relevantes intereses colectivos cuya protección penal resulta plenamente justificada, lo que explica la aparición de potentes movimientos

Gracia Martín, reflexiona que a diferencia de aquellos que cuestionan este Derecho penal moderno, descalificándolo y deslegitimándolo, sin dejar margen a la intervención penal en las nuevas realidades sociales; este “nuevo” Derecho penal, con el que se identifica, parece ser que sólo plantea una adecuación a esas nuevas realidades, pero con estricta sujeción a los principios y garantías penales del Estado de Derecho⁸⁴.

La inseguridad objetiva y subjetiva que generan los riesgos de procedencia humana, propicia de manera voraz esta tendencia a anticiparse a todo peligro para evitar siquiera su surgimiento, así como el rechazo a todo lo que se repute como daño o lesión, más aún si tiene las notas de gravedad, difusividad y, al menos, relativa irreversibilidad. Volvemos a afirmar que desde una perspectiva orientada a los fines de la política criminal, resulta primordial simple y llanamente la prevención o evitación, de aquella lesión antes incluso de que pueda surgir el peligro de su producción⁸⁵.

sociales que demandan actuaciones enérgicas para prevenirlos y que cuentan con el apoyo de la ciudadanía a sus demandas. También en que las nuevas *medidas de intervención penal* inciden sobre ámbitos sociales donde operan de forma predominante los sectores sociales privilegiados de la sociedad, pero tales hechos vienen marcados por quienes son los causantes de los nuevos y graves daños sociales que se quieren prevenir, lo que supone un avance en el empleo de los instrumentos de control social. Por último, entienden que el supuesto abandono por parte del Derecho penal moderno con los principios clásicos no se condice con la realidad, toda vez, que: a) los diferentes contenidos introducidos permiten confirmar que el garantismo posee instrumentos necesarios para integrarlos en su seno; en realidad, entienden, que las críticas en este sentido, no son más que orientaciones para una mejora en la técnica legislativa; b) los principios limitadores del *ius puniendi* son debidamente respetados; así, afirman que en relación al principio de subsidiariedad, el Derecho penal ha mostrado ser más eficaz que el Derecho administrativo sancionador en la prevención de conductas especialmente peligrosas. Entienden que las estructuras de peligro resultan imprescindibles para la protección de ciertos bienes jurídicos colectivos cuando no se puede o no conviene esperar a su efectiva lesión. DIEZ RIPOLLES, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Política Criminal y Derecho penal*”,...op. cit., pp. 109-110.

⁸⁴ GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. p. 898.

⁸⁵ MENDOZA BUERGO, B., “Gestión del Riesgo y Política de Seguridad en la Sociedad del Riesgo”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds) *La seguridad*....op. cit., 75.

Ahora bien, la desmaterialización y difuminación del bien jurídico⁸⁶ que produce la aplicación de este Derecho penal moderno, tiene sin duda, consecuencias dogmáticas y político-criminales importantes, que pueden afectar a cuestiones verdaderamente centrales. Entre ellas, se pueden destacar las siguientes: delimitar con claridad el bien jurídico tutelado en cada caso, para determinar si es lesionado o sólo puesto en peligro por la conducta típica; establecer la relación de causalidad entre la conducta y estos posibles efectos; concretar si el bien jurídico ya referido, en última instancia, lesiona intereses individuales o no; establecer la eventual compatibilidad o no de tal difuminación con los principios de lesividad del delito y de intervención mínima, como también las cuestiones que pudieran surgir en relación a la tensión con principios básicos de atribución jurídico-penal de un comportamiento a su autor.

Todas estas dificultades, que han sido expuestas, entiendo, se agravan con la combinación de la tutela penal de estos nuevos bienes con la anticipación de la misma, a través de la técnica de los delitos de peligro, sobre todo abstractos⁸⁷ y también de los llamados delitos obstáculo⁸⁸; ya que a la característica vaguedad del objeto de protección y lo difuso del titular de tales bienes jurídicos se une a la inherente falta de concreción lesiva del tipo penal.

En consecuencia, como un evidente fracaso de las políticas educativas y de prevención se lleva adelante una drástica punición de conductas peligrosas o lo que es

⁸⁶ Vid., GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. p. 886-887.

⁸⁷ Vid., GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. pp. 887-892. Tema que vamos a desarrollar *supra* Capítulo II, punto II.5.

⁸⁸ Vid. CUESTA PASTOR, PABLO, *Delitos Obstáculo – Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico protegido*, Ed. Comares, Granada, 2002. Tema que vamos a desarrollar *supra* Capítulo II, punto II.6.

peor, conductas que llevan consigo un peligro de peligro, nunca más lejos de la afectación de algún bien jurídico.

Los delitos de peligro abstracto han proliferado de manera vertiginosa y con ello han marcado un camino, muchas veces, teñido de arbitrariedad, alejándose de los principios rectores de un Derecho penal liberal.

Así, y como consecuencia de lo precedentemente expuesto, nos encontramos con la cuarta postura doctrinal, la cual, puede ser definida como una actitud de resistencia garantista ante las distintas modificaciones que propone la política criminal modernizadora. Se va a diferenciar de las dos primeras posturas, toda vez que no ve la necesidad de realizar cesiones aceptando niveles intermedios de intervenciones penal o parapenales, Entienden que las propuestas modernizadoras están determinadas por un ilusorio sin sentido de intercambio de eficacia por garantías⁸⁹.

Es lógico que, los tipos penales, se hayan creado de una manera muy directa al desarrollo social. Decíamos más arriba, vivimos en una sociedad peligrosa, pero es esto, argumento suficiente para justificar ese adelantamiento en la aplicación del Derecho penal. Por otro lado, *¿a quién le corresponde determinar un obrar peligroso, al juez, al legislador y llegado el caso concreto, cuáles son las premisas que nos determinan que ese obrar es peligroso?*

Entonces, *¿Se justifica desde lo social, sin más, que se determine en abstracto, qué es peligroso y qué no lo es, al momento de tipificar una conducta?*. El mismo

⁸⁹ La supuesta eficacia del Derecho penal en detrimento del Derecho administrativo sancionador, confronta de lleno cuando luego de un adecuado manejo del principio de subsidiariedad nos muestra conclusiones contrarias. Asimismo, se muestra escasa idoneidad del Derecho penal moderno para afrontar las nuevas necesidades de la sociedad de riesgo, con lo cual, priva de justificación a la acomodación que la política criminal modernizadora hace del Derecho penal garantista. Por último, se asigna al Derecho penal una función meramente educadora, con lo que cae directamente en un Derecho penal simbólico. DIEZ RIPOLLES, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Política Criminal y Derecho penal*”,...op. cit., 110.

Roxin, se plantea una serie de interrogantes en el mismo sentido y en relación al tema que nos toca, partiendo de la piedra angular, es decir, *¿será el Derecho penal un instrumento adecuado para la lucha contra tales peligros?*⁹⁰

Como en cierta forma hemos venido plasmando, se torna compleja la disyuntiva orientada a tratar de punir aquellas conductas que caen bajo el concepto de peligrosas. Lo dicho, toda vez que nos adentramos en una puja permanente entre la premisa normativa y los principios del Derecho penal liberal (lesividad, culpabilidad, reserva y proporcionalidad), que buscan resguardar las garantías individuales y los derechos colectivos o el bienestar general.

Es de suyo que como efecto o consecuencia de la influencia de las condiciones de la sociedad del riesgo, resulta notoria la producción de una revisión o transformación de los principios que sirven para gestionar y tratar con riesgos; hay un cambio de enfoque evidente y la restricción de los límites del riesgo permitido y, consiguientemente, de las actuaciones arriesgadas permitidas traen consigo el incremento de los deberes de control, de los deberes de cuidado y, consecuentemente, de la incriminación de la infracción de aquellos. La seguridad prima respecto de la libertad de acción⁹¹.

⁹⁰ Además se plantea el autor: ¿consistirá la mejor protección en la renuncia a determinadas posibilidades o en el perfeccionamiento de controles preventivos?, en el caso de riesgos lejanos, será nuevamente el Derecho penal, un instrumento apropiado y proporcionado en la resolución de conflictos?, o ¿hasta dónde puede llegar la abstracción de los delitos de peligro abstractos y la generalidad de los bienes jurídicos colectivos y a partir de cuándo la sanción penal no es ya una prohibición legítima? ¿es todavía el principio de culpabilidad, diseñado para el comportamiento individual, un medio adecuado para la limitación de la reacción estatal?, en ROXIN, C. “La ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”, -Trad. Gómez Rivero, Carmen- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit. pp. 395-396.

⁹¹ MENDOZA BUERGO, B., “Gestión del Riesgo y Política de Seguridad en la Sociedad del Riesgo”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds) *La seguridad...* op. cit., p. 76.

En una situación antagónica y crítica, en ésta descripción que estamos dando sobre el adelantamiento de la barrera punitiva y la constante lucha entre derechos colectivos e individuales, tenemos a Dworkin⁹², con el que se comparte en gran medida la posición tomada.

Dworkin, cuya filosofía jurídica está fundamentada, justamente, en los derechos individuales, afirma que estos son triunfos frente a los derechos de la mayoría. Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico Derecho. Rechaza el utilitarismo porque no se toma en serio los derechos y se alinea en esa dirección de pensamiento que opone al utilitarismo una auténtica teoría de los derechos. Sostiene que los derechos sociales sólo son legítimos si respetan los derechos de los individuos.

En la misma línea conceptual podemos citar a González Rus, quien reflexiona que la defensa social no puede prevalecer sobre los derechos individuales, debiendo primar el aspecto garantista de cualquier norma que pueda suponer la privación de derechos fundamentales del sujeto, máxime, cuando la premisa normativa contenga en su ejecución -práctica común- un contenido sancionador. Las garantías propias del Estado del Derecho son irrenunciables⁹³.

Así, el denominado Derecho penal de riesgo, basado en delitos de peligros abstracto referidos vagamente a un bien jurídico, se muestra como insostenible en un Estado de Derecho, a la vez que se aproxima peligrosamente a un Derecho penal de actitud.

⁹² DWORKIN RONALD, *Los Derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 16.

⁹³ GONZALEZ RUS, J.J. *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo del Rosal -Dir-), t. I, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 242, cita conforme CORDOBA RODA, JUAN/GARCIA ARAN, MERCEDES, *Comentarios al Código Penal -Parte General*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 48.

Parece oportuno, recordar la reflexión del maestro Jiménez de Asua, quién de manera clara exponía que no debemos dejarnos seducir por aquellas corrientes de pensamiento que están de “moda”, las cuales usando el pretexto de la “realidad” ponen directamente en peligro las libertades del hombre⁹⁴

1.4. La legitimidad o ilegitimidad del control de los riesgos, como cuestión central.

Tal como hemos venido desarrollando, la legitimidad del control de riesgos por medio de la conminación a través de consecuencias penales y, específicamente, de penas privativas de libertad, es el punto de partida de la dicotomía que surge en la discusión dogmática penal actual con posturas aparentemente irreconciliables. El problema se plantea, justamente, a partir de cuestiones que legitiman o no la intervención penal en la protección de los llamados “nuevos riesgos”.

Es de suyo que cada posicionamiento elabora posturas antagónicas, donde: por un lado, se enrolan aquellos que defienden la legitimidad de la intervención penal, únicamente, en la medida en que se circunscriba al ámbito propio de un Derecho penal mínimo, reducido al Derecho penal tradicional o clásico⁹⁵, a un Derecho penal nuclear. Mientras que, por otro lado, tenemos quienes aceptan la legitimidad de la intervención penal en nuevos ámbitos de la actividad social, en sectores en los que el referente supraindividual colectivo está en un primer plano, aceptándose la legitimidad del llamado Derecho penal accesorio.

⁹⁴ Vid, JIMENEZ DE ASUA, “El problema político penal”, en *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Ed. Lozada SA. Bs As., 1967, p. 198.

⁹⁵ HASSEMER, “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno” (Trad. Elena Larrauri), *ADPCP*..op. cit. p. 241. También en CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en MIR PUIG, SANTIAGO/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal*...op. cit., p. 33.

Ahora bien, al momento de analizar el contenido del Derecho penal nuclear surge la idea de un Derecho penal accesorio⁹⁶ conceptualizado como Derecho penal administrativo, desde el momento en que lo que sanciona es la violación de reglamentaciones administrativas que tienen una cierta trascendencia en el plano económico.

Así, en un sentido formal, el Derecho penal accesorio, se contrapone al concepto de Derecho penal principal, mientras que desde un punto de vista material se contrapone al de Derecho penal nuclear⁹⁷.

De lo dicho y en cuanto a los dos contenidos y/o acepciones del Derecho penal, va a surgir el interrogante a los fines de determinar si la diferencia entre el Derecho penal nuclear y el Derecho penal accesorio es cualitativa o cuantitativa.

El Derecho penal accesorio, en sentido material, tiene junto a un significado de origen histórico, otro de corte ideológico que tiene que ver con consideraciones de política criminal relativas al bien jurídico; ergo, con dicha expresión se quiere aludir a aquellos ámbitos sobre los que se discute la legitimidad de la intervención penal⁹⁸.

El Derecho penal nuclear se concibe como el Derecho penal de los bienes jurídicos penales altamente personales protegidos mediante tipos configurados como delitos de lesión. Por su parte, el Derecho penal accesorio toma como referente, como *ratio* de tutela los bienes jurídicos penales supraindividuales o colectivos, siendo los

⁹⁶ El concepto de Derecho penal accesorio puede utilizarse para aludir a los delitos que, independientemente se ubiquen en el Código o en leyes penales especiales, se van a referir a un sector de actividad en la que generalmente ya existe, por parte de las autoridades administrativas, una previa actividad de control.

⁹⁷ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en MIR PUIG, SANTIAGO/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal...* op. cit., pp. 34-35.

⁹⁸ *Ibid*, p. 35.

delitos de peligro abstracto, el mecanismo legislativo por excelencia recurriendo a la técnica de la ley penal en blanco.

Coincido con Corcoy Bidasolo, cuando entiende que en estos tiempos no puede fundamentarse la legitimidad o no de la intervención en los nuevos ámbitos, sólo en la conciencia de los particulares, ni que no exista “una clara conciencia de antijuricidad social”, ni que tengan una “valoración ético social neutra”. Reflexiona con acierto que la legitimidad de la intervención penal debe estar sujeta a la constante revisión de todas las figuras delictivas: los principios limitativos del *ius puniendi* deben operar necesariamente en la totalidad del sistema penal, ya sea un Derecho penal nuclear o un Derecho penal accesorio; agrego, siempre orientada a la mínima intervención.⁹⁹

1.4.1. *Intervención penal en el control de riesgos. Límites. Objetivos*

Corcoy Bidasolo, al momento de estudiar la problemática que estamos viendo, elabora una serie de límites en cuanto a la intervención penal en el control de riesgos¹⁰⁰. Entiende como límites objetivos:

a) En primer lugar, cree necesario, a los efectos de determinar una imputación objetiva, ya sea en una conducta que trae un resultado de peligro o de lesión, distinguir entre la situación de riesgo -grado normativo penalmente relevante- y juicio de peligro. Va a describir que el peligro normativo se va a concebir como aquella probabilidad de

⁹⁹ *Ibid*, pp. 40-41.

¹⁰⁰ El peligro objetivo sólo tiene relevancia penal cuando puede ser calificado como riesgo y será calificado de tal manera, cuando los “peligros” se pueden conocer y controlar. Entonces, el peligro, en cuanto riesgo con relevancia penal, no tiene una naturaleza causal naturalística sino normativa. Las reformas del Derecho penal, se han caracterizado por ser el “caballo de Troya” del legislador, justamente, el instrumento jurídico-penal para luchar contra los grandes riesgos modernos, ante esto parece ser que el Derecho penal clásico no puede reaccionar ante estos retos, para lo cual carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños, decantando la disyuntiva entre un Derecho penal respetuoso de las garantías tradicionales o un Derecho penal que responda a las exigencias modernas. MUÑOZ CONDE, F. “Dogmática penal afortunada y sin consecuencias” en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit., 238-239.

lesión a un bien jurídico penal, debiendo suponer que dicha probabilidad debe contener una intensa entidad en cuanto a la seguridad de lesión para que se pueda aceptar la legitimidad de la incriminación de esta conducta;

b) Habla de una *relevancia del bien jurídico*: si se quiere, entendido, como un correlato del primer requisito; toda vez que ante aquella probabilidad debemos tener en cuenta variables, nos dice, como la misma entidad del bien jurídico penalmente protegido o la ponderación de la utilidad social de la actividad en cuestión.

c) En tercer lugar, entiende que debemos remarcar la *gravedad del riesgo*: Llevado al caso concreto, verificando de nuevo esa real y alta probabilidad de producir una lesión para calificar aquella conducta en peligrosa. La situación de peligro *ex ante* opera como límite a la actuación incriminadora del legislador.

d) *Utilidad*: la gravedad del riesgo y el riesgo permitido, están íntimamente relacionado con la idea de utilidad, por cuanto al estar tomada como utilidad social es esencial a la hora de establecer una frontera entre los riesgos permitidos y los jurídicos-penalmente relevantes. Ello implica una concepción del Derecho penal estrictamente utilitarista, por cuanto la utilidad del riesgo no servirá para excluir su relevancia penal cuando ese riesgo pueda ser evitado o controlado con un coste asumible¹⁰¹

Corcoy Bidasolo, en ésta “secuencia”, por llamarla de alguna manera, le atribuye un cierto grado de importancia al papel que ocupa el consentimiento de aquel sujeto que se somete a una situación peligrosa.

Entonces, como quinto elemento, coloca: el consentimiento. Al respecto, reflexiona, si ¿existe el deber de controlar un riesgo asumido por la persona que se encuentra en peligro?, obviamente cuando la conducta arriesgada es atribuible a la

¹⁰¹ CORCOY BIDASOLO, M. “Límites objetivos....op. cit., p. 44.

víctima ese comportamiento será atípico. El consentimiento sólo puede constituir riesgo permitido cuando el peligro afecte el bien jurídico o a los bienes jurídicos de un sujeto y éste, en ejercicio de su derecho a la libertad, consiente en el peligro.

Entonces, vemos, que para Corcoy Bidasolo, sólo se respetarán los postulados de un Estado de Derecho, como ser el de *mínima intervención* y el de *última ratio* del Derecho penal, cuando se pueda afirmar que podrán incriminarse conductas, en abstracto, con suficiente peligrosidad normativa¹⁰².

1.4.2. *Derecho penal: expansión. Límites. Libertad y seguridad.*

Gómez Martín, en la temática que estamos inmersos, resalta un par de interrogantes, los cuales se asemejan a los que nos planteamos en el presente trabajo, es decir: ¿resulta compatible este nuevo Derecho penal “expandido”, abierto a la nueva realidad criminológica con el aparato de garantías político criminales y criterios de imputación propio del Derecho penal liberal clásico?; y por otro lado, ¿es imprescindible, a tales efectos, un Derecho penal modernizado que flexibilice tales garantías y reglas de imputación?¹⁰³.

A tales fines, Gómez Martín, nos dice que son cuatro, en esencia, las posturas defendidas en relación con este particular¹⁰⁴:

a) La primera, a la que podríamos llamar, posición rígida, por cuanto es incompatible la amplitud del Derecho penal a la prevención de los nuevos riesgos, debiendo

¹⁰² *Ibid* p. 43.

¹⁰³ GOMEZ MARTIN, VICTOR, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal....op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁴ *Ibid*, p. 79. También véase la cuestión en ZUÑIGA RODRIGUEZ, LAURA “Viejas y Nuevas Tendencias políticocriminales en las legislaciones penales”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdras) *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*, Ed. Comares, 2005, Granada, pp. 110-124.

mantenerse fiel en todas sus estructuras a las garantías individuales del Derecho penal liberal;

b) La segunda alternativa, antagónica a la que acaba de ser mencionada, toda vez que postula al Derecho penal como un instrumento necesario para la prevención de los riesgos de la sociedad moderna a pesar de que ello pueda representar la flexibilización de los criterios de imputación y las garantías político-criminales del individuo.

c) Una tercera postura, a la que ubicamos en una posición ecléctica, toda vez que defiende la idea de que el Derecho Penal moderno debe estar abierto a la protección de la sociedad de riesgos de la sociedad postindustrial, sin que ello tenga porqué traer consigo, necesariamente, menoscabo de rigor dogmático o garantístico alguno.

d) Por último, Silva Sánchez, el cual habla, se podría decir, de causa-consecuencia, toda vez que por las especiales características de la actual sociedad postindustrial provoca la aparición de nuevas formas de delincuencia que conducen, a su vez, a una ampliación o expansión del Derecho penal.

Ya hemos venido exponiendo que la sociedad en que nos ha tocado vivir es la del “riesgo”, en que tanto los avances científicos y tecnológicos, como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen a la aparición de nuevos riesgos humanos y la función del Derecho penal consiste, para algunos, en la protección de la sociedad mediante la prevención (general y especial) de delitos. Así las cosas, parece comprensible que ante aquella aparición de nuevos riesgos el contenido del Derecho penal positivo se extienda, se expanda¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Vid., SILVA SANCHEZ, JESÚS, *La expansión...* op. cit. También, ROBLES PLANAS, R. / SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Cdres), P. en *La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo...* op. cit. También RODRIGUEZ MONTAÑEZ, TERESA “Expansión del Derecho penal y límites constitucionales”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. t. II, pp. 1656-1672. También en BORJA JIMENEZ, cuando analiza la peligrosidad del condenado en el Anteproyecto de Reforma de

Gómez Martín, ante esta nueva característica del Derecho penal, es decir, ante la “expansión” de la que nos habla Silva Sánchez, se plantea una serie de interrogantes: ¿se limita o aumenta la libertad de los individuos que conforman ésta sociedad de los “nuevos riesgos”? En otras palabras: ¿es cierto que cuanto más se acentúa la expansión del Derecho penal para tratar de garantizar la seguridad de la sociedad; en contrapartida, se constriñe, las libertades individuales? ¿O más bien sucede lo contrario, esto es, el aumento de la seguridad incrementa la libertad individual?

Como vemos, contrapone o pone en juego la supuesta dicotomía entre libertad y seguridad. A tales fines, nos dice que hay dos posiciones bien diferenciadas. Adelanto que me siento más identificado con la primera de las posturas que vamos a exponer, más, luego, daré los motivos por los que la considero más razonable.

La primera posición es defendida por un sector dominante de la doctrina penal española y alemana. Ante mayor seguridad, se limita la libertad. La seguridad y la libertad individual son dos intereses en conflicto, no realizables plenamente, por tanto, de forma simultánea. Según esta primera línea de pensamiento, una legislación penal que persiga garantizar al máximo la seguridad de los ciudadanos deberá hacerlo, forzosamente, mediante la tipificación como delito o falta de una gran cantidad de conductas, así como mediante el incremento de las penas. Esto último limitará la libertad de los individuos, que quedarán seriamente condicionados en relación con la hipotética realización de un gran número de actividades¹⁰⁶.

Frente a este punto de vista, como es obvio, sus detractores, han defendido que la búsqueda de la seguridad no sólo no menoscaba la libertad individual, sino que, al

Código Penal español de 2012. BORJA JIMENEZ, E. “Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho” en ORTS BERENGUER E. (Dir) *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*,...op.cit., pp. 157-172.

¹⁰⁶ GOMEZ MARTIN, V., “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal*.... op. cit., p. 81.

contrario, la auténtica libertad presupone la seguridad, de modo que sin esta última no es posible, en realidad, ser libre. Y en este sentido, se pone el ejemplo de la seguridad en la construcción¹⁰⁷.

¿A cuál de estos dos sectores asiste la razón? ¿Al primero, según el cual la seguridad y la libertad constituyen dos intereses en conflicto? ¿Al segundo, para el que dichos intereses encontrarían su síntesis en un concepto de libertad que tendría en la seguridad uno de sus presupuestos?

Apuntalando la primera posición (mayor seguridad, menor libertad) parece ser que el Derecho penal liberal clásico no está en condiciones de asumir la función de defender a la sociedad de los “nuevos riesgos”, ni de proteger la indemnidad de los nuevos bienes jurídicos penales. Lo dicho, trae consigo tres importantes consecuencias: la aparición de nuevos bienes jurídicos ‘universales’ o ‘supraindividuales’ y, con ello, la aparición de nuevos ámbitos de riesgo penalmente relevante; la aparición de nuevos riesgos para algunos bienes jurídicos tradicionales; y, por último, la proliferación de los “delitos de peligro abstracto” como instrumento de lucha contra la criminalidad¹⁰⁸. Es decir, Gomez Martín, lo hace ver como un Derecho penal “viejo”, si se me permite el término.

No obstante, autores, como Hassemer¹⁰⁹, Herzog, Prittwitz o Kargl, en Alemania, y Silva Sánchez o Mendoza Buergo, en España, nos refieren que en contra

¹⁰⁷ Según éste planteamiento, un hipotético aumento de la intervención penal en dicha materia no sólo no limitaría la libertad de los trabajadores, sino que vendría a reforzar su posición, garantizando, además de una mayor seguridad, un mayor ámbito para el libre desarrollo de su personalidad.

¹⁰⁸ GOMEZ MARTIN, V., “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal...* op. cit., p. 83.

¹⁰⁹ Entiende que si la criminalidad es inevitable y que en cierto punto constituye un componente normal dentro de la sociedad, la esencia de la discusión debe estar orientada a una reducción que la haga soportable a la convivencia. En este marco, juega un papel trascendental, la elaboración de normas que reduzcan esa criminalidad, pero que a la vez respeten el espacio de libertad que será indispensable para el desarrollo humano. Lo dicho, porque cuando se habla de esa reacción social frente a la criminalidad y se busca seguridad, se olvidan los encargados de las políticas criminales, que la libertad es tan

de lo que suele afirmarse, los criterios dogmáticos de imputación y las garantías políticos criminales del Derecho penal clásico no son, ni meras formalidades, ni obstáculos para un Derecho penal que pretenda ser moderno y eficaz ante las nuevas exigencias político criminales deba superar a toda costa. Según estos autores, aunque parece evidente que el Derecho penal debe ser eficaz también lo es que éste, para ser legítimo, debe encontrarse sujeto a límites. Y tanto los criterios dogmáticos de imputación de responsabilidad penal como las garantías político-criminales deben ser contemplados como instrumentos al servicio de esta función limitadora del *ius puniendi* del Estado¹¹⁰.

Esta postura explica o fundamenta su posición, dando lugar al Derecho de intervención, en la preeminencia a un “Derecho penal tradicional o nuclear”. Sostienen, los maestros de la Escuela de Frankfurt, que al ser el Derecho penal la rama del ordenamiento jurídico con mayor rigurosidad en cuanto a las consecuencias, o sea, más restrictivas para derechos fundamentales del individuo, deberá estar orientado a la protección de los bienes jurídicos más importantes mediante la evitación de la conductas peligrosas para ellos. Esto es: evitar los delitos más graves. Fuera del Derecho penal nuclear (homicidio, el asesinato, las lesiones, es decir, los delitos contra bienes colectivos más graves) la intervención del Derecho penal sería ilegítima, porque

importante como la seguridad. Así, como no hay libertad absoluta, tampoco puede pretenderse una seguridad absoluta y a cualquier precio, toda vez que acabaría con cualquier vestigio de libertad del hombre. En consecuencia, todo el conjunto de componentes encargados de llevar adelante una política criminal, debe mantener el equilibrio entre libertad y seguridad, consiguiendo niveles de eficacia aceptables en la reducción o contención del problema de la criminalidad, teniendo en cuenta los límites normativos de todo Estado de Derecho. HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 162.

¹¹⁰ FERRAJOLI, L. sobre el tema, refiere que la función específica de las garantías en el Derecho penal, no es tanto legitimar o permitir como más bien condicionar o vincular y, por lo tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva. Véase FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, op. cit. p. 92.

constituiría una intervención en la esfera de libertad de los ciudadanos incompatible con la consideración del Derecho penal como *última ratio*¹¹¹.

A su vez, para las conductas que integran el llamado “Derecho penal accesorio”, los autores de Frankfurt consideran que es preferible buscar una *ratio* alternativa: el “Derecho de intervención”, una suerte de derecho sancionador con un nivel de dureza y garantías intermedio al que caracteriza el Derecho penal y al Derecho administrativo¹¹².

Recordemos, que no había una opinión uniforme sobre la problemática. En este contexto, aquellos que sostienen que “no hay libertad sin seguridad” lo sustentan en que la libertad del individuo sólo puede ser asegurada mediante la prevención penal de los nuevos riesgos. Esta tesis viene siendo defendida en Alemania por Shünemann y, en España, por Corcoy Bidasolo.

Según Schünemann, es absurdo, reducir el Derecho penal como lo hace la teoría personal del bien jurídico promovida por los autores de Frankfurt, porque parece evidente, desde su punto de vista, que el libre desarrollo o la autonomía de su personalidad depende no sólo de la protección de los intereses estrictamente individuales, sino también de la protección de los intereses supraindividuales¹¹³.

Para sustentar su posición, entiende que la teoría personal del bien jurídico esbozada por Hassemer, ha dejado de lado dos cuestiones trascendentes. Por un lado, no puede limitarse la participación en el contrato social a los individuos que viven en

¹¹¹ SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana* (Trad., de Manuel Cancio Meliá)...op. cit., pp. 18-19.

¹¹² GOMEZ MARTIN, V., “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal*.... op. cit., p. 86.

¹¹³ SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana* (Trad., de Manuel Cancio Meliá)...op. cit. pp. 23-31. También en GOMEZ MARTIN, V., “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal*.... op. cit., p.87.

un determinado momento, por lo que la idea sólo podrá llevarse a cabo si se concibe como parte del contrato social a toda la humanidad. Por otro lado, entiende que no ha tenido en cuenta las distintas potencialidades de lesión de una determinada sociedad en función de su estadio de desarrollo tecnológico¹¹⁴.

Por su parte, Corcoy Bidasolo, sostiene que no es posible garantizar la libertad individual de los ciudadanos sin garantizar, al mismo tiempo, su seguridad. Sin seguridad, no puede haber auténtica libertad.

Para Corcoy Bidasolo, el Derecho penal moderno del Estado de bienestar servirá para fomentar la confianza del ciudadano en el funcionamiento del sistema penal. Un Derecho penal, basado en la prevención de riesgos resultará, no sólo más eficaz; sino más “barato” tanto para el delincuente (el adelantamiento de las barreras de protección debería dar lugar, por lógica, a penas más reducidas) como para la víctima (no hay necesidad de esperar la lesión si puede ser evitada mediante la tipificación del peligro). Se inclina por sostener que la tipificación de delitos de peligro abstracto es perfectamente asumible por un Derecho penal garantista¹¹⁵.

La sociedad del riesgo tiene como premisa relevante el señalar que los nuevos peligros que aquélla genera suelen proporcionar beneficios a la colectividad. Los riesgos que la sociedad decide asumir, desde el punto de vista del Derecho penal, serán riesgos “permitidos” o “socialmente adecuados”. No obstante, el ciudadano, para poder ejercer realmente su libertad corriendo aquellos riesgos que le reportan alguna utilidad o beneficio, debe tener una cierta seguridad o confianza en que dichos riesgos no son

¹¹⁴ SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana* (Trad., de Manuel Cancio Meliá)...op. cit. pp. 20-21.

¹¹⁵ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligros y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales...*op. cit., p. 191.

mayores de lo que parecen. De lo contrario, el individuo no aceptaría correr riesgo¹¹⁶. Nuevamente, se usa para el caso concreto, aquel ejemplo del operario de la construcción¹¹⁷

Entonces, desde ésta óptica, la discusión relativa a si, ante la nueva sociedad del riesgo el Derecho penal debe optar por ser un Derecho penal “máximo”, sin rigor dogmático ni garantías políticas criminales, o bien por ser “mínimo” que respete tanto el primero como las segundas¹¹⁸, debe ser resuelta, buscando una tercera alternativa a la cual se la podría denominar “intermedia”, donde no sólo es posible, sino también necesario que el Derecho penal sirva para la prevención de los nuevos riesgos (atómicos, genéticos, ecológicos, socioeconómicos, etc.) respetando las garantías del Derecho penal liberal¹¹⁹.

Corcoy Bidasolo, desde una posición crítica, entiende que cuando parte de la doctrina, especialmente representada por los autores de Frankfurt, defienden la idea del

¹¹⁶ *Ibid...* op. cit. p. 192. También en GOMEZ MARTIN, V., “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal...* op. cit. p. 88.

¹¹⁷ ¿Hasta qué punto puede decirse que un operario de la construcción es “libre” en su trabajo, desarrolla libremente su actividad profesional si las condiciones de seguridad en su sector no se encuentran garantizadas? ¿Es correcto afirmar que si el operario resulta lesionado como consecuencia de un accidente producido por el incumplimiento de una norma de cuidado por parte del jefe de obra o del arquitecto ello debe ser imputado objetivamente al ámbito de libertad o de autorresponsabilidad del operario?

¹¹⁸ *Vid.*, DAUNIS RODRIGUEZ, ALBERTO “Seguridad, Derechos Humanos y Garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdras) *Derecho Penal...* op. cit., pp. 213/214.

¹¹⁹ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligros y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales...* op. cit., p. 193. También en GOMEZ MARTIN, V., “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal...* op. cit. p. 89. En este punto SCHÜNEMANN, entre las críticas que esboza a las dos posiciones antagónicas -escuela de Frankfurt y el funcionalismo de Jakobs-, entiende que tanto la una -Frankfurt- con su individualismo extremo, el cual lo convierte en vez de un elemento positivo en un obstáculo; y la otra -normativismo- que se conduce a una capitulación incondicional ante la práctica inoperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia; ambas se transforman en un gran obstáculo en la evolución de la ciencia del Derecho penal, si se toman en serio las pretensiones teóricas de ambas corrientes, en vez de relativizarlas siempre que sea necesario a través de decisiones *ad hoc*. Es de suyo que propone una posición más laxa y en cierta manera abarcativa de ambas posturas. SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana* (Trad., de Manuel Cancio Meliá)...op. cit. p. 14.

Derecho penal mínimo, en nombre de la libertad, se comete un doble error. El primer error es que al partir de la exigencia de que el Estado intervenga sólo en la esfera de la libertad del individuo exclusivamente con respecto a la lesión de bienes jurídicos personales, normalmente se está pensando en la esfera de libertad del autor. Ésta unilateralidad es incorrecta, nos señala, porque el Derecho penal no sólo debe pensar en la libertad del delincuente, sino también, en la libertad de la víctima. En segundo lugar, los autores que se manifiestan partidarios del Derecho penal mínimo, con el argumento de la libertad parecen olvidar que sólo es posible ejercer plenamente la libertad como “libre desarrollo de la personalidad” en un ambiente de seguridad y confianza. Según este argumento, un sujeto, para ser auténticamente libre debe tener una cierta seguridad de que no va a padecer injerencias externas en su esfera individual. A partir de las dos razones que acaban de ser expuestas, la autora concluye que, “fundamentalmente, la libertad que tiene que protegerse es la de quien no infringe la norma, no la del autor”¹²⁰. En este marco, se entiende que una verdadera libertad se da cuando el sujeto que pertenece a una comunidad se siente seguro con los riesgos que pueden surgir en su sociedad.

En un camino similar, podríamos ubicar a Díez Ripollés, quien expresa que los pilares que forman parte del “modelo garantista¹²¹” (Derecho penal mínimo), en los

¹²⁰ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligros y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales*,...op. cit., pp. 192-194. También en GOMEZ MARTIN, V., “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal*...op. cit. p.90.

¹²¹ Se identifican tres grandes bloques de principios que estructuran la intervención garantista; así, tenemos los principios de la protección, de la responsabilidad y de la sanción. Dentro del primero, que es el desarrolla para explicar este punto, Díez Ripollés, coloca: el *principio de lesividad*: paso de una antijuricidad formal a una material, debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social, y no un mero conflicto entre víctima y autor; *de mínima intervención*, surgiendo dos subprincipios, el de carácter fragmentario, que constriñe el Derecho penal, a los ataques más intolerables para el conjunto social y el de subsidiariedad, que entiende al Derecho penal como el último recurso frente al conflicto concreto, luego del fracaso de los otros controles sociales. Dentro de éste subprincipio, ubica la relación el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador y en tercer

tiempos modernos no nos da las claves para interpretar los distintos cambios político-criminales, por la sencilla razón que estos no obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. En su trabajo “La nueva política criminal española”, pregona, lo que llama *modelo penal bienestarista*; lo hace luego de realizar un “diagnóstico” de la problemática y los errores del garantismo, al cual le atribuye un anclaje e inmovilidad para poder abordar cualquier iniciativa de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales¹²².

En consecuencia, éste autor, sostiene que el debate social y jurídico sobre la política criminal contemporánea tiene su punto de partida en los modelos más eficaces de la prevención de la delincuencia y no entre los polos de más o menos garantismo.

En ese sentido, entiende que la alternativa al modelo de la seguridad ciudadana¹²³ no es el modelo garantista, sino –reitero- un *modelo penal bienestarista*,

lugar, coloca el principio de *neutralización de la víctima*, siendo relevante, el surgimiento de la acción penal pública como reflejo de que todo delito constituye una agresión al conjunto de la sociedad. DIEZ RIPOLLES, J.L. “La contextualización del bien jurídico protegido”, en *Política Criminal y Derecho penal*....op. cit., pp. 19-21.

¹²² Tres, son los ejemplos que esgrime para describir el fracaso del “garantismo”: a) un desprecio hacia todo lo que suponga abandonar el cómodo hogar de los principios. Su descuido de las aproximaciones empíricas a la realidad del delito y del delincuente ha permitido que su discurso político-criminal se haya mantenido inmune a los cambios sociales que se han ido sucediendo; b) se ha servido de un principio tan poliédrico y confuso como el de intervención mínima para descalificar un buen número de iniciativas de activación del derecho penal que luego, sin embargo, han mostrado eficacia o efectividad aceptable sin que, por lo demás hayan puesto en peligro principios básicos, y c) la incomprensible actitud según la cual la reflexión jurídico-penal se debe concentrar en una correcta interpretación de las leyes, ya que es mediante el aseguramiento de una aplicación judicial del derecho acorde con los principios garantistas, salvaguardada en último término por el tribunal constitucional, como se satisfarán las aspiraciones del derecho penal mínimo. Encerrados, consecuentemente, en la torre de marfil de la dogmática, desdeñosos de los vaivenes políticos, se ha dejado que los encargados de elaborar las leyes operen sin el apoyo de elaboraciones teóricas y sin estar sometidos a constricciones normativas dignas de consideración. DIEZ RIPOLLÉS, JOSE L. “La nueva política criminal española”, en AA.VV. *Cuadernos Penales José María Lidón. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed., Publicación de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 29-30. También en DIEZ RIPOLLES, J.L. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Política Criminal y Derecho penal*,op. cit., pp. 104-134.

¹²³ El cual, satisface muchas de las necesidades actuales: se asienta sobre un conjunto de valores que se estiman incuestionables, distingue nitidamente entre ciudadanos y delincuentes, preconiza la dureza frente a intrusos y extraños, ignora la desigualdad social, suministra, en suma, certezas en extremo convenientes para desenvolverse en un mundo desregulado e imprevisible. DIEZ RIPOLLÉS, JOSE L. “La nueva política criminal española”, en AA.VV. *Cuadernos Penales José María Lidón. Las*

que antepone una aproximación social a una aproximación represiva hacia la delincuencia. La contraposición entre dos perspectivas -efectividad y eficacia de las medidas de intervención social-, sin perjuicio de que ninguna renuncie plenamente a contenidos de la otra, refleja el contraste entre un afrontamiento ingenuo, tosco, de la delincuencia, centrado en síntomas e incapaz de ver más allá del corto plazo y un abordaje de la criminalidad experto, consciente de la complejidad del fenómeno, centrado en las causas y dispuesto a dar su tiempo a las modificaciones sociales. Es preciso abandonar, nos dice, la argumentación en el mero terreno de los principios y

recientes reformas penales: algunas cuestiones,....op. cit. p. 36. Asimismo, sostiene que si bien las ideas motoras, que expone de este modelo de intervención actual, surgen de un estudio realizado por Garland en las sociedades americanas y británica, no encuentra obstáculo para ser aplicadas a la realidad nuestra. Así, enumera como pilares del porqué de la actual realidad: el *protagonismo de la delincuencia clásica* es la que gira en relación a los delitos contra intereses individuales (vida e integridad, propiedad y libertad) siguen siendo de los más perseguidos, a pesar de los intentos de solidificar la persecución contra aquellos de criminalidad más poderosa; *prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana*, se ha propagado en la ciudadanía tanto la preocupación en general sobre la delincuencia, como el miedo a ser víctima de un delito; *sustantividad de los intereses de las víctimas*, durante mucho tiempo los intereses de las víctimas han quedado subsumidos en los intereses públicos; *Populismo y politización*, la experiencia cotidiana del pueblo, junto con la percepción de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de la configuración legislativa y en la misma aplicación de la ley; *revalorización del componente aflictivo de la pena*, sentimiento de venganza inmerso en la pena, predominio de una realidad menos idealizada en relación a la resocialización del delincuente, la sociedad mira como un conjunto de beneficios inmerecido del que goza el sujeto sometido a proceso y la falsa idea que la delincuencia proviene como consecuencia de la desigualdad social, sino que se ve como un acto premeditado por parte del delincuente; *redescubrimiento de la prisión*, así la mayor parte de las medidas alternativas de prisión sancionadas en el Código del 95 en España, han caído en desuso en la práctica, ya sea por falta de medios materiales o personales, con lo cual, la vida real dista mucho de la plasmada o la intención que tuvo el ordenamiento, acelerando el proceso de privación de libertad; *ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal*, en el marco de las sociedades democráticas modernas, se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, buscando una mayor efectividad contra la delincuencia; *Implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia*, antes la implicación estaba orientada a una colaboración hacia la inclusión del delincuente, hoy, esta colaboración es hacia la policía en la prevención de la delincuencia y *transformación del pensamiento criminológico*, en los años 50, 60 y parte de los 70, el estudio empírico-social del delito y el delincuente se centraba en un enfoque etiológico que entendía la delincuencia como producto de la exclusión social. Los 70 y 80, se pasa a una criminología más orientada al etiquetamiento y las instituciones que antes fomentaban la inclusión, ahora, son el principal elemento generador del delincuente. Desde los 90, ya no serán la marginación o exclusión social, ni las instituciones de integración y control social las que crean la delincuencia, sino que ésta surge como defecto, siendo la consecuencia de la ausencia de un suficiente control social. *Vid.*, en DIEZ RIPOLLES, J.L. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Política Criminal y Derecho penal*,....op. cit., pp. 74-89. También en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, quien directamente habla de Conrailustración. Véase, también sobre el tema, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 727-735.

descender a discursos en los que las alternativas defendidas estén bien apoyadas en datos empíricos-sociales. Sólo así, reflexiona, recuperará la pericia político-criminal su fuerza de convicción y el lugar del que ha sido desalojada¹²⁴.

Enfatiza en que hay que retomar los esfuerzos a favor de la modernización del Derecho penal, eso es, de una ampliación de la intervención penal a ámbitos socioeconómicos y de interés comunitario hasta hace poco considerados ajenos a la política criminal. Obliga a incorporar la criminalidad de los poderosos al acervo de conductas objeto de consideración del Derecho penal, como consecuencia directa del principio de igualdad de trato. Esta es la genuina tarea expansiva de la criminalización que corresponde al modelo penal bienestarista: Ha de liberar al Derecho penal del estigma de ser el derecho de los pobres y ha de asegurar que cumpla realmente su función, la de ser un derecho orientado a la salvaguarda de los presupuestos esenciales para la convivencia¹²⁵.

Primero, voy a adentrarme en cuestionar, desde mi humilde óptica, el por qué considero que el razonamiento de Corcoy Bidasolo es parcial, en cuanto a los argumentos expuestos, para dar sustento a su posición y luego, alguna reflexión sobre los errores que remarca la autora, para rebatir la posición de la escuela de Frankfurt. En

¹²⁴ DIÉZ RIPOLLÉS, JOSE L. “La nueva política criminal española”, en AA.VV. *Cuadernos Penales José María Lidón. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*,....op. Cit. 37. Asimismo, entiende que éste modelo debe marcar una distancia con aquellas posiciones políticos-criminales que podrían ser tomadas como herederas. Por un lado, el modelo resocializador, cuya decadencia se debió a la excesiva atención y expectativa puesta en el delincuente, descuidando las actuaciones de la sociedad; y por el otro, el bienestarismo autoritario, que muestra una permanente empatía en colocarse en el lugar del otro, por más justificadas que sean sus finalidades. Entiende que para el modelo propuesto sea eficaz, no debe ser impuesto, sino que debe seducir a través de una debida documentación de las consecuencias negativas del modelo de seguridad ciudadana y el porqué de su fracaso. DIEZ RIPOLLES, J.L. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Política Criminal y Derecho penal*,op. cit., pp. 99-100.

¹²⁵ DIÉZ RIPOLLÉS, JOSE L. “La nueva política criminal española”, en AA.VV. *Cuadernos Penales José María Lidón. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*,....op. Cit. 37. También en DIEZ RIPOLLES, J.L. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Política Criminal y Derecho penal*,op. cit., pp. 100.

segundo término realizaré algunas consideraciones a la posición asumida por Díez Ripollés.

Por un lado, entender que con el adelantamiento de la barrera punitiva no hacemos sino beneficiar a las partes de un hecho, -toda vez que con la tipificación de los delitos de mera peligrosidad abstracta nos llevaría a la aplicación de una pena inferior- deja aún sin respuesta la cuestión de fondo. Se entiende que la discusión central, justamente, es que el Estado al hacer uso y abuso de esta facultad o de este fenómeno de adelantamiento de la barrera punitiva vulnera los principios rectores del Derecho penal liberal clásico.

No obstante, la pregunta que en forma inmediata surge sería ¿cuál es, o qué es una pena beneficiosa? la pena, es pena y si la misma abarca una posible privación de libertad, aún cuando sea menor, no deja de ser traumática y no orientada a la finalidad que marca todo Estado de Derecho. Por ende, considero que éste argumento es totalmente plausible y sólo justificable desde una concepción del “mal menor”.

En cuanto al segundo de los argumentos, la creación de un Derecho penal de prevención respetando los principios del Derecho penal liberal clásico, no puede tener cabida, por la sola razón que si hablamos de un Derecho penal de prevención, automáticamente, trae consigo la consecuencia directa de vulnerar los principios del Derecho penal ilustrado, entre ellos el de lesividad u ofensividad. A mi entender, son antagónicos¹²⁶. El Derecho penal liberal y sus pilares son únicos. En todo caso, cobraría mayor sustento si hablamos de un Derecho administrativo más rígido.

¹²⁶ En una posición contrapuesta, SCHÜNEMANN, B., en su análisis, entiende, que la postura de Jakobs, no se encuentra en las antípodas de los miembros de la escuela de Frankfurt -presumo que podríamos ubicar en cada polo-, en cierta manera, afirma que se exagera la contradicción. Lo afirma toda vez que el Derecho penal de la Ilustración reconstruyó, en base a la sustitución del Derecho penal religioso, en un pensamiento orientado con base de determinados fines; básicamente lo hizo como medio para evitar daños sociales, colocándolo sobre una base funcionalista. También los principios de la

Realizada las apreciaciones que, humildemente, entiendo son viables para cuestionar la posición expuesta, voy a adentrarme en refutar los supuestos errores que remarca para dejar sin efecto la posición de la escuela de Frankfurt.

Doy la razón por cuanto al tomar una posición dogmática, no se puede dejar de lado a la víctima, lógico. El punto es que, tranquilamente, puede amoldarse una política criminal apoyada en el Derecho penal liberal clásico sin dejar de lado ni delincuente, ni víctima. Es decir, cuando uno habla de posiciones garantistas, habla justamente de “garantizar” los derechos de uno y otro, por lo que tampoco considero que sea un argumento fuerte el esbozado.

Por último, la seguridad que pregona la autora, es totalmente justificable. La cuestión que para lograr esa sensación de seguridad no puede verse menoscabado los derechos individuales, ni legitimar la intromisión del Estado, utilizando el Derecho penal como mecanismo para tales fines, creo yo, que esa es la cuestión, no otra.

En relación a la postura asumida por Díez Ripollés, en igual sentido le cabe, una crítica en términos similares a la precedentemente señalada. Lo dicho en relación a que el modelo que pregona, no hace sino permitir nuevamente el adelantamiento del Derecho penal, bajo una causal de prevención. En todo caso, reitero, es viable una mayor rigurosidad en la aplicación del Derecho Administrativo y no la aplicación del aparato punitivo. Comparto con el autor, en que el Derecho penal no puede estar estancado, inmóvil, ante el desarrollo de la sociedad y sus nuevos mecanismos, pero el

escuela de Frankfurt tienen una base funcionalista al sostener que es la libertad del individuo o la protección del individuo lo que ha de ser garantizado con los medios del Derecho, es decir, aquello que es definido como función del Derecho. Al limitar la escuela de Frankfurt en gran medida la funcionalidad a la necesidad de protección de individuos concretos establece barreras de principio para los análisis referidos a los contextos funcionales colectivos, propugnando un funcionalismo de modo individualista. En base a esto, entiendo que la contraposición es más retórica que una construcción lógica. SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal en Alemania*, -Traducción Cancio Meliá-...op. cit. pp. 42-43.

control, tomando como base la prevención, dónde el medio o instrumento es el Derecho penal, nos obliga a encender nuevamente la alarma, pero no desde el sentimentalismo que provoca el Derecho penal liberal y los pilares que lo componen, sino desde lo improvisado e irresponsable que suelen ser las actuales políticas criminales.

Ferrajoli¹²⁷, por su parte, entre un Derecho penal mínimo¹²⁸ y un Derecho penal máximo¹²⁹, propone, como contrapartida a lo que venimos viendo, un proyecto de refundición de legalidad penal sobre el modelo del Derecho penal mínimo.

¹²⁷ FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris- Teoría del Derecho y de la Democracia*, Ed. Trota, Parte IV, Madrid, 2011, -Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchis y Alfonso Ruiz Miguel-. También en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*,...op. cit., pp. 108-109.

¹²⁸ Modelo normativo, nunca perfectamente realizado, y quizás no susceptible de plena realización, por la inevitable divergencia existente entre el ser y el deber ser del derecho. Se trata de un modelo que presenta siempre una divergencia deóntica más o menos amplia de la realidad, que permite predicar de él solo un grado más o menos amplia de efectividad. Sin embargo, hoy, esta divergencia está llegando a ser patológica. En efecto, en las democracias actuales, la crisis del Derecho penal consiste en la quiebra de las dos funciones garantistas que le aportan legitimación: de su papel de prevención de los delitos y del de prevención de las penas arbitrarias; de su capacidad de represión y castigo de las ofensas injustas y de garantía frente a los castigos excesivos e injustos; de su función de defensa social, puesta en crisis por una criminalidad organizada, cada vez más agresiva e impune, y, al mismo tiempo, de sus funciones de garantía individual, a su vez puestas en crisis por una legislación inflacionaria que parece haber dado la espalda a cualquier criterio de racionalidad y por políticas represivas orientadas a la criminalización de los sospechosos y de la pobreza y la marginación. En suma, casi todos los ordenamientos avanzados se enfrentan a una doble crisis del sistema penal, la de sus funciones y garantías de defensa social *erga omnes* y la de sus funciones y garantías de tutela individual *erga publicas potestades*. FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris- Teoría del Derecho y de la Democracia*,...op. cit., p. 352. También en GOMEZ TOMILLO, MIGUEL/SANZ RUBIALES, ÍÑIGO *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*...op. cit. pp. 50-51.

¹²⁹ Se han producido dos expansiones patológicas del Derecho penal que ha acentuado sus tradicionales caracteres irracionales y clasistas. Sobre todo, la expansión del derecho de la penalización, es decir, de la inflación legislativa y, con ello, de las figuras de delito y volumen de los asuntos penales; en segundo lugar, la expansión de hecho del encarcelamiento, es decir, del volumen de aflicciones punitivas y de la cantidad de personas presas y sometidas al control penal. Las dos expansiones, ambas en dirección de un Derecho penal máximo, no están en conexión directa, en el sentido de que el aumento del número de presos no depende sino de manera marginal de los castigos infringidos en virtud de las nuevas figuras del delito. Su relación es indirecta, en cuanto que el crecimiento exponencial del volumen de casos penales se ha traducido en el desarrollo de un Derecho penal burocrático, responsable de la quiebra tanto de la eficiencia como de las garantías, reservada la primera a los sectores más débiles y las otras sólo a los imputados más poderosos. Así sucede que, mientras que ha crecido la impunidad de los poderes criminales y de los crímenes del poder, desde la criminalidad mafiosa a la gran corrupción y a la variada fenomenología de los crímenes contra la humanidad, se han producido un endurecimiento de los caracteres selectivos y antiguarantistas de la represión penal y un crecimiento exponencial de la población carcelaria, en perjuicio de los grupos sociales más pobres, como los

El mismo tiene su justificación, nos dice el autor, como consecuencia de la actual crisis del Derecho penal que compromete de manera radical la legitimidad del derecho y de la jurisdicción penal. Debería elevarse al Derecho penal como instrumento costoso, sólo utilizable como *extrema ratio* y dirigido a la minimización de la violencia tanto de los delitos como de las penas y a la tutela de los bienes y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

Así, Ferrajoli, insta a una drástica despenalización y radical descarceración del sistema penal; procura un retorno a la función de defensa frente a las ofensas más graves a tales bienes y derechos. Como se puede advertir, se trata de un programa diametralmente opuesto a las políticas que hoy prevalecen, que, como se ha visto, han provocado la doble expansión patológica de la deriva inflacionista de la legislación penal y del uso creciente de la cárcel en relación con la pobreza. Cabe delinearlos, con tres órdenes de indicaciones, relativas a los tres momentos en los que se articula la intervención penal, es decir, el delito, la pena y el proceso¹³⁰.

Entiendo que la postura que asume, Ferrajoli, debemos tomarla desde la idealización, desde la dicotomía del ser y el deber ser. Lo que propone el autor, en su refundición del Derecho penal mínimo, debe ser tenido como aplicable en una sociedad ideal, por lo que si bien coincido que entre un Derecho penal máximo y uno mínimo, debemos inclinarnos por éste último, de igual manera debo propugnar una suerte de posición intermedia entre ambos, donde la aplicación del Derecho penal sea sobre la base del respeto absoluto del principio de mínima intervención y con ello de los pilares del clásico Derecho penal liberal.

toxicómanos, inmigrantes y desempleados. FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris- Teoría del Derecho y de la Democracia...* op. cit., p. 357.

¹³⁰ FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris- Teoría del Derecho...* op. cit., p. 366.

De manera breve, para darle mayor completitud a la problemática planteada, debemos referir las distintas posiciones que adoptan tanto Roxin, como Jakobs. El primero de ellos, reflexiona y asienta su postura sobre el pilar que debe constituir la política criminal y en base a ésta elaborar un Derecho penal. Un Derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible. Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado social¹³¹.

Frente al delincuente, el Derecho penal, tiene una tarea social y eso significa, frente a una tendencia actualmente muy influyente en Alemania, que la prevención especial socializadora y resocializadora tiene que estar presente en la misma medida que la prevención general¹³²

Nos dice, Roxin, que la tarea principal del Derecho penal es la de evitar riesgos para el individuo y la sociedad. Basta con traer a colación la discusión sociológica sobre la sociedad como “sociedad de riesgo” para mostrar la idea de riesgo inserta en las amplias coordenadas de la teoría de la sociedad¹³³. Adopta, claro está, una posición mucho más flexible al funcionalismo de Jakobs.

Por su parte, Jakobs, desarrolla una teoría dogmática de la imputación exclusivamente normativa¹³⁴ cuyo fundamento teórico reside en la teoría del sistema social¹³⁵. Hace su aparición un principio preventivo general orientado al

¹³¹ ROXIN, CLAUS, “La evolución del Derecho penal y la Política criminal en Alemania tras la segunda guerra mundial”, -traducción del capítulo por Carmen Gómez Rivero- en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 31.

¹³² *Ibid*, p. 33.

¹³³ *Ibid*, p. 45.

¹³⁴ *Vid.* SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal en alemania*, (Trad. Cancio Meliá)...op. cit. pp. 42-48.

¹³⁵ El Derecho penal garantiza la vigencia de las normas, antes que bienes jurídicos, pues de esta manera se asegura la expectativa de que las personas actuarán conformes a su rol social. Quién lleva cabo un comportamiento prohibido abandona su rol. Así el hombre sería un ser social a quién le asignan un rol dentro del todo social; si se aparta de aquel rol, habrá defraudado lo que se espera de él. Se

mantenimiento del sistema social, por lo que, la dogmática jurídico penal de base ontológica, quiebra. La pena está al servicio del ejercicio de la fidelidad al derecho, esto es, a lo que hoy se llama “prevención general positiva” y la elaboración conceptual penal se realiza conforme exigencias preventivas generales. La culpabilidad se le atribuye al autor si el castigo aparece como necesario bajo aspectos generales preventivos¹³⁶.

Asimismo, al tratar como enemigo a quien amenaza el estado de paz en la convivencia de los hombres, podría decirse que sustenta o justifica su posición dogmática en la posturas Kantiana¹³⁷; o de Hobbes, en su teoría del Estado soberano

entiende que hay una visión reduccionista de la vida social a la actividad útil, entendiendo por tal la económicamente productiva. Ahora, el hombre como ser social es una persona protagonista de su propia vida dotada de autonomía y dignidad. Como persona libre, consciente y ejerciente de sus derechos políticos, luchará por un modelo de sociedad que esté al servicio de sus propias expectativas. En este marco, no será el Estado el que esté en peligro de ver defraudadas sus expectativas por las personas a las que sirve, sino, al revés, son estas personas las que pueden verse defraudadas por el Estado cuando éste se manifiesta incapaz de garantizar a las personas una vida en libertad y la satisfacción de sus necesidades básicas. *Vid*, BUSTOS RAMIREZ, JUAN J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNAN. “Introducción a la Teoría del Delito”, en *Nuevo sistema del Derecho penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 68-71.

¹³⁶ ROXIN, CLAUDIUS. “La evolución del Derecho penal y la Política criminal en Alemania tras la segunda guerra mundial” -Traducción del capítulo por Carmen Gómez Rivero-, en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal...* op. cit. p. 51

¹³⁷ Aquel estado de paz entre los hombres que conviven unos con otros, se encuentra siempre en amenaza, por no ser un estado natural, y cuando un vecino no proporciona esta garantía a otro, éste puede tratarlo como un enemigo. Véase, sobre el tema, el particular análisis, algo crítico, que realiza JIMENEZ REDONDO MANUEL “El diablo como persona en Derecho- Sobre la idea de Günther Jakobs de “Derecho penal del enemigo”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. t. II. pp. 1062-1063. El mismo Kant, describe que la unión de muchas personas en orden a cualquier fin -común, que todos tienen, en busca de su felicidad- se halla en todo contrato social; pero la unión de estas personas que es fin en sí misma -fin que cada uno debe tener- por tanto la unión en todas las relaciones externas, en general, de los hombres es un deber primordial e incondicionado; tal unión puede encontrarse en una sociedad en la medida en que ésta se halle en estado civil, es decir, en la medida que constituya una comunidad. Este fin que en semejante relación externa es en sí mismo un deber, e incluso la suprema condición formal de todos los demás deberes externos, viene a ser el derecho de los hombres bajo leyes coactivas públicas, mediante las cuales se puede atribuir a cada uno lo que es suyo y garantizárselo frente a una usurpación por parte de cualquier otro. Ese estado civil, se va a fundar en tres principios: a) *libertad*, donde nadie puede ser obligado a ser feliz de un modo determinado, sino que es lícito la búsqueda de esa felicidad de la mejor manera, siendo el único límite la libertad de los demás. b) *Igualdad*, cada miembro de la comunidad tiene el derecho a coaccionar a otro miembro, dentro de un límite justificado, quedando excluido de dicha posibilidad el Jefe de dicha comunidad -Jefe de Estado-, toda vez que es el único que puede coaccionar sin estar sometido a ninguna coacción; y c) *independencia*, la independencia de un ciudadano, esto es, en tanto legislador. En lo tocante a la legislación misma, todos los que son libres e iguales bajo leyes públicas ya existentes no han de ser

moderno, donde el súbdito entrega al soberano tal fuerza para que éste la ejerciera, como la estimara conveniente con la finalidad de preservarlos a todos¹³⁸.

Desde la perspectiva de Jakobs, lo único decisivo es la fuerza de la autoconservación del sistema. En su construcción están ausentes elementos esenciales de la política criminal que son centrales en la postura de Roxin, la prevención especial y garantía de los derechos del acusado no se contemplan en su punto de partida teórico-sistémico¹³⁹.

Jakobs, entiendo que lo hace desde una faceta descriptiva, sostiene que en los tiempos que corren, las técnicas legislativas, tratan al autor de un hecho delictivo, como enemigo del bien jurídico, por lo que, dichas normas pertenecen a lo que él denomina “Derecho penal del enemigo”, que se contrapone al “Derecho penal del

considerados iguales, en lo que se refiere al derecho de dictar leyes. Quienes no están facultados para este derecho se hallan sometidos también, como miembros de la comunidad, a la obediencia de esas leyes, con lo cual participan en la protección que de ellas resulta; sólo que no como ciudadanos, sino como coprotegidos. Cuando el poder supremo dicta leyes orientadas para la búsqueda de la felicidad, lo hace para asegurar el Estado de Derecho, sobre todo frente a enemigos exteriores del pueblo, garantizando la fuerza y la firmeza de las leyes de manera interna, como externamente. No está facultado para que el pueblo sea feliz contra su voluntad, sino sólo para procurar que exista como una comunidad. *Vid.* KANT, IMMANUEL “De la relación entre Teoría y Práctica en el Derecho Político”, en *Teoría y Práctica*, -Trad., Juan Miguel Palacios, M. Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo-, Ed. Tecnos, 1986, Madrid, pp. 25-39. También en KANT, IMMANUEL, “Que abarca los artículos definitivos para la paz perpetua”, en *Por la Paz Perpetua y ¿Cómo orientarse en el pensamiento*”, -Traducción, Francés LL. Cardona-, Ed. Brontes S.L., Barcelona, 2011, pp. 45-48.

¹³⁸ Se entiende, desde la posición de Hobbes -El Leviatán-, que contra enemigos que el Estado juzgue capaces de hacerle daño, es legal por el derecho original de la naturaleza, hacerles la guerra. Hobbes, habla por parte del Estado de una hostilidad hacia el exterior, necesario para la propia conservación, donde mientras no se vulnera ningún pacto entre soberanos, no tendría sentido hablar ni de derecho, ni de vulneración del derecho. Ahora, Hobbes, introduce hacia el interior otro tipo de derecho penal, que se podría asemejar -de hecho lo hace Jakobs- a un derecho penal de enemigo, donde bien sea del exterior respecto del orden jurídico o del mismo interior, se sostiene que hay que buscarle un acomodo a ese desorden. Este Derecho penal del enemigo, se ejerce si bien sobre súbditos, al ser estos delitos de naturaleza distinta, cambia la finalidad de la pena en atención que ahora la pena estará orientada a la preservación del normal Estado de derecho, y por ende, los individuos a él sometido ya no sufrirán un derecho penal como súbditos, sino como enemigos, pues la rebelión no es sino la guerra renovada. Recordemos que antes del Estado, existe un estado de guerra permanente. Véase de igual manera, sobre el tema, la posición y el análisis de JIMENEZ REDONDO MANUEL “El diablo como persona en Derecho- Sobre la idea de Günther Jakobs de “Derecho penal del enemigo”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. t. II. pp. 1069-1073.

¹³⁹ ROXIN, CLAUDIUS, “La evolución del Derecho penal y la Política criminal en Alemania tras la segunda guerra mundial”, -traducción del capítulo por Carmen Gómez Rivero- en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal...* op. cit. pp. 52-53.

ciudadano”: en este último, la criminalización de la puesta en peligro del bien jurídico se hace en un estadio más cercano a la efectiva lesión del mismo, en que el ámbito interno es mayor que en los supuestos de adelantamiento de la criminalización al estadio previo a dicha lesión. El primero optimiza la protección de bienes jurídicos, el segundo, optimiza la libertad¹⁴⁰.

Mi posición puede acercarse de manera más socavada a la expuesta por Roxin, en cuanto no puede elaborarse un Derecho penal lejos de las bases de una correcta política criminal, pero debo alejarme nuevamente cuando es el Derecho penal el “organizador” de una “mejor conformación social”, orientado a impedir la comisión de delitos. Me aparto en éste punto, toda vez que el espectro de interpretación y aplicación es demasiado amplio y el instrumento -Derecho penal- demasiado severo para la función que se pregona. Ni que hablar en la posición de Jakobs, donde desde la concepción de la “autoconservación del todo” se justifica un adelantamiento *in extremis* del Derecho penal¹⁴¹.

¹⁴⁰ POLAINO-ORTS, MIGUEL, *El Derecho penal del enemigo...* op. cit., p. 45-46.

¹⁴¹ Quizás debamos mitigar la posición de Jakobs, como, bien, él refiere, cuando sostiene que sus consideraciones se formulan con carácter descriptivo, no prescriptivo. Reflexiona que hasta le resultaría agradable que pudiera disolverse la detestable imagen del Derecho penal del enemigo; pero que no ve ninguna posibilidad de una disolución incondicionada, y por ello intenta conocer y dar a conocer lo que pasa, aunque sea detestable. Nos dice que intenta demostrar que el cuerpo del emperador, es decir, el Estado, en algunos lugares no está cubierto por una vestimenta como es debido, propia del Estado de Derecho, sino está desnudo, más aún, que debe estar desnudo en las actuales condiciones, si se quiere evitar que quede lesionado en su conjunto por un recalentamiento garantista. La objeción estándar contra este intento de proseguir con la ilustración es que el discurso de la desnudez, es decir, del Derecho penal del enemigo, es obsceno, llevándolo a lo político: fascista. Sin embargo, lo único decisivo es si el discurso acierta con su objetivo. JAKOBS, GÜNTHER, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, -trad. Cancio Meliá- en CANCIO MELIÁ, MANUEL/FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO (Ed.) *Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad-Seminario con Günther Jakobs en la UAM-*, op., cit. pp. 29-30.

La realidad nos muestra que su tesis ha dado el punta pié inicial, al menos, en los actuales tiempos que corren, a grandes arbitrariedades en lo que se ha dado en llamar “Derecho penal del enemigo”¹⁴².

1.5. Sobre la Penalización del Derecho Administrativo

La permanente invocación a un Derecho penal que tenga por objetivo la protección de contextos cada vez más genéricos del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, nos lleva a fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente contempladas, son de “intensidad baja” por no decir nula. En consecuencia, el Derecho penal que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado se ha convertido en un Derecho de gestión punitiva de riesgos generales y, en esa medida, se ha “administrativizado”¹⁴³.

Desde esta óptica, a modo personal, considero que en realidad al tipificar conductas que antes eran abarcadas por el Derecho administrativo creo que lejos de administrativizarse el Derecho penal; directamente, sin paso previo, ni preaviso, se ha expandido, tal como denomina dicho fenómeno Silva Sánchez.

¹⁴² Vid, RAGUÉS I VALLES, R. “El Derecho penal del Enemigo en la Expansión del Derecho Penal”, en ROBLES PLANAS, R. / SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Cdres), P. en *La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo...op.*, cit. p. 91/92. MUÑOZ CONDE, lo caracteriza por una derogación ya sea parcial o total de los principios y garantías básicas del Estado de Derecho, como el derecho del acusado a no declarar contra si mismo, a la presunción de inocencia, a no ser condenado con pruebas obtenidas ilícitamente; el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, castigando meras opiniones o conductas que difícilmente pongan en peligro bienes jurídico, o el mismo principio de proporcionalidad, aplicando penas excesivas respecto a la gravedad del hecho. MUÑOZ CONDE, F. “El Derecho penal en los tiempos del cólera”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-, ...op. cit.*, pp- 867-868.

¹⁴³ SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión del Derecho penal...op. cit.*, p. 134. Si en los años 60 y 70 se produjo un incesante movimiento despenalizador en Europa occidental, llevando gran parte de beneficio una preeminencia del Derecho administrativo sancionador, en la actualidad se produce un fenómeno inverso. DIEZ RIPOLLES, JUAN L. “La Contextualización del bien jurídico protegido”, en *Política Criminal y Derecho penal, ...op. cit.* p. 20.

Se ha pasado de una cuestión cuantitativa a una cualitativa, a una distinción basada en parámetros éticos; lo dicho, si buscáramos la diferencia básica entre el Derecho Administrativo y el Derecho penal¹⁴⁴. Se ha evolucionado, para algunos, por llamarlo de alguna, en cuanto a qué conducta debía ser subsumida dentro del ámbito del Derecho Administrativo y la que debía serlo dentro del Derecho Penal¹⁴⁵.

En consonancia con lo expuesto, observamos que las tesis clásicas distinguían entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuyendo al primero el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético-valorativo neutro. Posteriormente, sin embargo, fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante la tesis de la diferenciación meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual lo característico de este último es un menor contenido de injusto¹⁴⁶.

Ahora bien, la perspectiva que se centra sólo en el injusto y su conformación para distinguir el ámbito de lo penal y lo administrativo, a juicio de Silva Sánchez, es errónea. Sostiene, era errónea la teoría clásica de base ética y, de igual manera, le resulta incompleta la moderna teoría de la diferenciación cuantitativa¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Vid, GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. p. 891. También sobre la temática véase RANDO CASERMEIRO, PABLO *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador – Un análisis de política jurídica*,...op. cit. pp. 53-60. Sobre la temática véase PEREZ ARIAS J. “Derecho penal versus Derecho administrativo sancionador desde la perspectiva de la persona jurídica”, en PEREZ ARIAS, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las Personas Jurídicas*, ...op. cit., pp. 91-96.

¹⁴⁵ Sobre el tema ver JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 63-69.

¹⁴⁶ SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión*...op. cit. p. 135.

¹⁴⁷ *Ibid* p. 136. En este mismo sentido, pero con cierto reparo, se expresa Jakobs, cuando expone que todos los demás criterios, que no se tomen como cualitativos, se pueden interpretar como puntos límites de diferencias cuantitativas: refiere que desde el injusto de lesión, hasta la mera desobediencia a una norma que prohíbe la puesta en peligro abstracta, se halla una escala no graduada de magnitudes intermedias. No se considera apropiado pretender describir la diferencia sólo desde el punto de vista de la infracción de la norma, pues la posibilidad de solucionar el conflicto mediante una multa en vez de

Entiende, el autor, que al momento de establecer los verdaderos elementos diferenciadores, no puede serlo sólo la configuración del injusto, sino los criterios desde los que se contempla, los criterios de imputación de ese injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanciones al mismo. Ante esto, es evidente que el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, como lo sería de igual modo la imposibilidad de que la Administración imponga sanciones privativas de libertad. Tales garantías especiales que rodean lo penal, más bien, abonan la idea de que procede introducir una perspectiva de diferenciación cualitativa que ha de tener reflejo, ante todo, en la forma de entender la lesividad de una y otra clase de infracciones y en los criterios utilizados para su imputación¹⁴⁸.

Jakobs, luego de argumentar de porqué, no hay posibilidad de caracterizar cualitativamente a las contravenciones¹⁴⁹, sostiene que sí puede señalarse aquello que nunca será catalogado como tal, sino sólo infracción penal o exenta de todo castigo; y

una pena depende también de otros factores y no necesariamente vinculados con el injusto o la culpabilidad. Establece reglas de clasificación, pero sin estar conectadas con criterios cuantitativos: a) normas cuya infracción se efectúa mediante un comportamiento que poco distingue de lo adecuado socialmente, se ajustan más al ámbito de las contravenciones; b) Aquellas que tengan que ver con la solución de supuestos insignificantes; c) En los casos de autores no sujetos a deberes especiales, aquellas formas de conducta que perturban al Estado en la realización de metas intercambiables, en casos de metas fijas habrá infracción penal. JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación...* op. cit. 67-68.

¹⁴⁸ SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión...* op. cit. p. 136. También véase en GOMEZ TOMILLO, MANUEL-SANZ RUBIALES, IÑIGO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo...* op. cit., pp. 77-84.

¹⁴⁹ Posición contraria a la expuesta por Silva Sánchez. Jakobs, entiende que el Derecho positivo resiste a una delimitación cualitativa entre infracción penal y contravencional. Sostiene que son obsoletos y en parte no necesariamente cualitativos en su origen. Así entiende obsoleta la argumentación basada en una posición especial de la Administración, es decir, que su funcionamiento no se puede definir como bien jurídico, se trata únicamente de la cuestión de cuándo y en qué medida la Administración es digna de protección. En su caso, parece ser que le otorga preeminencia a un criterio discrecional para su determinación. JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación...* op. cit. 68. Idéntica posición a Díez Ripollés, el cual sostiene que se ha fallado en encontrar una diferencia basada en conceptos cualitativos, lo que se hace más evidente con la inclusión en los códigos penales más actuales de bienes jurídicos directamente conectados a las necesidades organizativas de la sociedad del bienestar. Asimismo, ésta diferenciación entre las sanciones ha quedado limitada a la imposibilidad de la administración pública de imponer sanciones privativas de la libertad. DIEZ RIPOLLES, JUAN L. "La Contextualización del bien jurídico protegido", en *Política Criminal y Derecho penal, ...* op. cit., p. 20.

se refiere a las normas del ámbito central o nuclear. En estas normas se trata de algo más que de la existencia o de la pérdida de bienes, hablamos de imprescindibles de la identidad de la sociedad¹⁵⁰.

En este breve repaso de las distintas posiciones que tratan los elementos diferenciadores no podemos concluir sin mencionar aquella que pregona que tanto la infracción penal como la infracción administrativa serían, esencial, sustancialmente idénticas. Delito e infracción administrativa son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, el cual a través del contrato social, tutela bienes jurídicos. Se denominará tesis unitaria y se defiende que ambos fenómenos parten de la misma naturaleza, se acepte o no sin matices la tesis cuantitativa¹⁵¹

Rando Casermeiro, por su parte, reflexiona que la clasificación cuantitativa o cualitativa y aún la mixta¹⁵² -cuantitativa/cualitativa-, tiene más desventajas que ventajas y no aporta nada a la problemática planteada en cuanto a la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo; toda vez que cada cual entiende lo cuantitativo y cualitativo de las formas más variadas, comportando una declaración genérica de intenciones¹⁵³.

Lo decisivo aquí vuelve a ser, al menos en apariencia, el criterio teleológico del Derecho penal y el administrativo sancionador. El primero protege bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto penal. El segundo, por su parte, tiene como objeto ordenar de

¹⁵⁰ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación*,...op. cit. 68-69.

¹⁵¹ Véase sobre el tema en GOMEZ TOMILLO, MANUEL-SANZ RUBIALES, IÑIGO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*,...op. cit. pp. 91-114.

¹⁵² Véase en *Ibid*, pp. 84-88.

¹⁵³ RANDO CASERMEIRO, PABLO *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador – Un análisis de política jurídica*,...op. cit. pp. 54-60.

modo general sectores de actividad. Es por esta razón, que no tiene justificación de seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, puesto que en todo caso, debe atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no necesariamente debe o tiene que ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución, regida por criterios de oportunidad y no de legalidad.

El interés del Derecho administrativo sancionador, reside en la globalización del modelo, en el sector de su integración, y por eso tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales. Reiteramos, no se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante he imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial.

En consonancia con lo precedentemente expuesto, el Derecho administrativo sancionador no precisa que la conducta específica, en sí misma, concebida sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico y por ello tampoco será necesario un análisis de lesividad en el caso concreto. Se va a regir por puros criterios de oportunidad, mirando, quizás términos estadísticos, aquello que configura un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado¹⁵⁴.

En el contexto mencionado, el Derecho administrativo sancionador es esencialmente el Derecho de daño acumulativo o, también, del daño derivado de la repetición que exime de una valoración del hecho específico, jugando sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estimara lícito. En este punto, la cuestión central genera el interrogante: ¿qué pasaría si todos los intervinientes de una actividad determinada realizaran la

¹⁵⁴ Véase RANDO CASERMEIRO, PABLO *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador – Un análisis de política jurídica-*,...op. cit., pp. 293-294.

conducta X cuando existe, además, una seria probabilidad de que muchos de ellos lo hagan, de ser estimada lícita?

Naturalmente, tal pregunta adquiere todo su sentido desde perspectiva de gestión de un determinado sector, sea éste el del tráfico rodado, el de la posesión de armas de fuego o el de la evacuación de los residuos. Pero es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho penal, una sanción *ex iniuria tertii*¹⁵⁵. No hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta: ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente, constatable en la conducta en virtud de un juicio *ex ante*. Simplemente, peligro presunto, peligro estadístico o peligro global.

Entonces, podríamos referir que el punto sublime de la problemática, es este nuevo concepto de una tesis que entiende que es posible sancionar penalmente una conducta individual aun cuando esta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico, ni lo ponga por sí misma, en peligro, si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta *per se*, no lesiva, se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico. Estos llamados Derechos del daño cumulativos o acumulativos, cuya relevancia penal se pretende asentar, se hace en una perspectiva ajena al modo de pensar del penalista¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Vid, FELIP I SABORIT, D. “Observaciones a La Expansión, diez años después”, en ROBLES PLANAS, R. / SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Cdres), P. en *La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo...op.*, cit. p. 81. También en RANDO CASERMEIRO, PABLO *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador – Un análisis de política jurídica-...op. cit.*, p. 294-295.

¹⁵⁶ Vid, SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión...op. cit.*, pp. 143-144. También véase en HIRSCH, VON ANDREW/WOHLER, WOLFGANG, “Teoría del Bien Jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico-*

Ante la ausencia total de elementos de lesividad e incluso de peligrosidad general en los hechos individuales, no resulta lógico, ni legítimo extender sobre estos una sanción penal¹⁵⁷

Esta diferencia es trascendental en el marco del trabajo que estamos realizando, toda vez que la tipificación de infracciones administrativas, aunque pretenda ciertamente cumplir funciones de protección global, muchas veces sólo adquiera dicho tono material si las infracciones se contemplan en conjunto. En contrapartida, contempladas una a una resultan, ciertamente formales, esto es, muchas veces ni siquiera de peligro abstracto, sino de mero peligro global, estadístico, presunto, etc¹⁵⁸.

De lo que hemos venido analizando, podemos concluir, con cierto dejo de preocupación, que se ha transformado en una característica del Derecho penal de las sociedades postindustriales el asumir una lesividad global, derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo. Es esto lo que se quiere indicar cuando se alude al proceso de administrativización en que, a nuestro juicio, se

Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juegos de abalorios dogmáticos-, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Españolas S.A. Madrid, 2007, pp. 299-304.

¹⁵⁷ GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 891.

¹⁵⁸ A modo de ejemplo y en orientación con las conductas sometidas a estudio, podemos citar: a) El límite de la infracción administrativa en materia de tráfico rodado es de 0,5 mg de alcohol por litro en la sangre, según la normativa española. Obviamente, dicho límite, o incluso uno inferior, pueden tener todo su sentido desde perspectivas globales de ordenación del sector, desde perspectivas estadísticas. Desde luego, una mayoría de personas representa un peligro para la circulación si su sangre muestra dicho contenido de alcohol. Más aún, en términos de gestión administrativa del riesgo de la circulación puede tener incluso sentido el límite absoluto de 0 mg de alcohol por litro de sangre, cuya superación conduciría a la infracción administrativa. Ahora bien, tal criterio por sí solo no es operativo en el ámbito jurídico penal. Pues ahí no interesa el aspecto estadístico, sino si la persona cuya conducta estamos enjuiciando puso realmente en peligro bienes jurídicos o no. Y aquí la apreciación estadística puede sólo constituir una presunción en contra del reo, en la que, en principio, no se da base suficiente para la imputación.

b) En materia de estupefacientes, podría venir dado por los casos en que la cantidad con la que se trafica no tiene, por sí misma, entidad para poner en peligro la salud pública. Aquí también lo decisivo para la sanción será la protección de un determinado modelo de gestión pública y no el desvalor de la acción aisladamente considerada.

encuentra inmerso el Derecho penal. Ello podría llevarse incluso más lejos: al afirmar que el Derecho penal asume el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador y que, incluso, a partir de ahí se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales con todo lo que implica para sus principios clásicos y sobre todo para el sujeto componente de ese marco social¹⁵⁹.

Lo decisivo, para el Derecho penal actual empieza a ser el problema de las grandes cifras y no la dimensión de lesividad del comportamiento individual. Lo dicho, es una consecuencia directa de la evidente transformación del Derecho penal en estas modernas sociedades, inspiradas en los comportamientos masivos, siendo un elemento más de Derecho de gestión¹⁶⁰.

Lógico que, nuevamente, de manera intuitiva surge que la mencionada tesis -¿o descripción de la realidad?-, encuentra, entre otras objeciones que su aplicación vulnera de manera indiscutible: por un lado el principio de culpabilidad, puesto que se trata de casos donde se amparan los “grandes riesgos”, los que no se pueden contemplar como problemas de un actuar individual, sino sólo como problemas sistémicos, que no cabe reconducir equitativamente a acciones de personas¹⁶¹. Por otro lado, al no haber lesión (o peligro) para el bien jurídico atribuible personalmente a la

¹⁵⁹ Vid, SANZ MULAS, N. “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*...op. cit. pp. 1047-1048.

¹⁶⁰ Vid, GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. p. 891-892.

¹⁶¹ Ferrajoli, lo llama, sistema objetivista, dentro del modelo de Derecho penal autoritario. Habla de un esquema arcaico y refleja ordenamientos primitivos informados por la responsabilidad objetiva -colectiva, por hecho ajeno o impersonal-, donde el ordenamiento va a privilegiar la exclusiva función penal de la defensa social, descuidando el elemento subjetivista de la culpabilidad, lo torna irrelevante. Véase en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, op. cit., pp. 99-100.

conducta del sujeto concreto, la sanción penal vulneraría el principio de proporcionalidad¹⁶².

Como vemos una vez más se echa mano al Derecho penal como aquel supuesto, único mecanismo, para hacer frente a la solución de los grandes problemas derivados de la industrialización.

En cuanto a la proporcionalidad, comparto con Silva Sánchez, cuando refiere que la magnitud del problema global no puede nunca justificar la imposición de una pena grave a sujetos individuales cuando las aportaciones de estos son, por separado, nimias. El sector del ordenamiento que por sus características mejor se adapta a casos de esta configuración es el Derecho administrativo. En este marco descriptivo, sería conveniente hablar de un Derecho Penal de frontera, que mostraría mayor flexibilización en su aplicación, sobre todo en cuanto a la alternativa de aplicar penas privativas de prisión. Lo expuesto, en tanto y en cuanto si juega la intención que el Derecho penal se mantenga por razones comunicativas en esa nueva función que ha asumido y que en puridad no le corresponde; debemos tener claro que no cabe integrarla en el Derecho penal nuclear de la pena privativa de la libertad¹⁶³.

Con lo analizado hasta el momento, si nos preguntáramos, *-¿si el Derecho administrativo se ha “penalizado” o el Derecho penal se ha administrativizado?-*, la respuesta, parece decantar por un Derecho penal que se ha expandido hacia otros campos que antes le eran extraño¹⁶⁴. Hoy, en base a una constante regulación de

¹⁶² SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión...* op. cit. pp. 145-146.

¹⁶³ *Ibid* pp. 147-148.

¹⁶⁴ Véase también RANDO CASERMEIRO, PABLO *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador – Un análisis de política jurídica...* op. cit. pp. 290-291. También véase en GOMEZ TOMILLO, MIGUEL/SANZ RUBIALES, ÍÑIGO *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo...* op. cit., pp. 68-74.

contextos sociales, se ha decidido que el Derecho penal, por ajustar aun más el Derecho administrativo, se utilice como verdadero mecanismo de control.

Se produce, en no pocos casos, una invasión del Derecho penal al Derecho administrativo, relleno de los tipos penales de conductas sin entidad suficiente. Un claro ejemplo, que ya lo veremos desarrollado en el capítulo V, es la *tipificación de la conducción sin licencia válida* (art. 384 CP). Se incrimina del mismo modo al sujeto que demostró incompetencia, temeridad y peligro al volante (razón por la cual le quitaron todos los puntos del carnet o le imposibilitaron judicialmente ejercer el derecho de conducción del vehículo a motor) que a quien no demostró ninguna incompetencia, sino lo contrario: siendo un conductor impecable, respetuoso y hábil al volante aún no obtuvo la correspondiente licencia administrativa que lo habilita para conducir. No se valora la peligrosidad originaria, real y constatada en el caso concreto, sino el elemento objetivo de la ausencia de una licencia administrativa habilitadora para la conducción. Esta inobservancia del deber administrativo no sólo se eleva a delito sino que recorta al sujeto de algunos de sus derechos fundamentales, anticipando una actuación penal y suponiendo un peligro no real, sino meramente hipotético, que se imputa contra el sujeto¹⁶⁵.

Se busca explicaciones dogmáticas, echando mano a un Derecho administrativo acumulativo, pero aun partiendo de ésta óptica, tampoco se logra sortear las constantes vulneraciones a los principios básicos que forman parte del Derecho penal liberal clásico, sólo se consigue darle un sentido de explicación y/o justificación formal dogmática al verdadero problema, más no brindar verdaderas soluciones.

¹⁶⁵ POLAINO-ORTS, MIGUEL, *El Derecho penal del enemigo...op. cit.*, p. 486.

Entonces el lugar apropiado para resolver los conflictos de esta sociedad de riesgos, no debería ser otro que el Derecho de policía y el Derecho administrativo sancionador, en este sentido, deberíamos dejar descansar al Derecho penal nuclear como elemento de formación social¹⁶⁶.

1.6. *¿Una batalla perdida?*

Eso parece decirnos, Silva Sánchez, al momento de describir la realidad actual, toda vez que considera que este Derecho penal moderno propicia con penas de prisión de gravedad media, supuestos administrativizados, donde las reglas de imputación ya no tienen la rigidez de antaño¹⁶⁷.

Quizás lo más desilucionante para el autor y para todos aquellos que miramos con cierto escepticismo la realidad actual, es que, justamente, esta tendencia de corte netamente intervencionista va a proseguir de manera corregido y aumentado. El proponer la devolución al Derecho administrativo de todo el nuevo Derecho penal, sin duda, es una postura loable desde perspectivas academicistas. De ahí que se elabora un análisis con alguna resignación basado en una propuesta realista o, si se quiere, posibilista acerca de la medida que desde un Derecho penal con vocación racionalizadora ha de acogerse la demanda social de protección precisamente “penal”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Vid, GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 890.

¹⁶⁷ SILVA SANCHEZ, JESUS MARIA, *La expansión del Derecho penal...* op. cit., p. 166. También en Vid, SANZ MULAS, N. “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*...op. cit. pp. 1049-1050. También en aguda crítica HASSEMER, “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno” (Trad. Elena Larrauri), *ADPCP...* op. cit. 235-249.

¹⁶⁸ SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión del Derecho Penal...* op. cit., pp. 166-167.

Silva Sánchez, con su expresión “expansión del Derecho penal” intenta desarrollar un nuevo Derecho penal, donde su punto de partida será la misma realidad que procuramos describir, con una constante tipificación de conductas peligrosas, donde las consecuencias directas, en muchos casos, será el encierro. Pareciera ser que la realidad que hoy nos toca ver y analizar, lamentablemente, nos lleva a darle la razón al autor; de ahí el título de éste epígrafe.

La posible solución que evoca, Silva Sánchez al problema planteado, es justamente la directa relación existente entre las garantías que incorporan un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación. Estima viable la posibilidad de sostener la idea de que la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología¹⁶⁹. Lo que quiere decir es que: ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo sistema de Derecho sancionatorio tiene por qué haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas.

En esta línea de pensamiento, culmina por entender o proclamar que más allá de la evidente relación que debe existir entre la rigidez de los principios de garantía tradicionalmente vigentes en Derecho penal y el hecho en sí mismo reprochado, cuyas consecuencias jurídicas fueron tradicionalmente las penas de muerte y corporales; hoy tenemos una pena directamente vinculada al ser de la persona como es la privativa de

¹⁶⁹ Moccia, *Il Diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, cita conforme SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión del Derecho Penal...* op. cit. p. 167. “...En efecto, es precisamente porque con la pena se puede incidir en derechos fundamentales del individuo por lo que se dedica un cuidado particular a la definición de los presupuestos de su aplicación, sea en fase general y abstracta -previsión legislativa-, sea en fase individual y concreta -el juicio individual-”

libertad. Entonces, desde ésta visión, debe procederse a matizar otra cuestión, donde ya el problema no es tanto la expansión del Derecho penal en general, sino específicamente la expansión del Derecho penal privativo de libertad. Es esta última la que debe ser realmente contenida¹⁷⁰.

Entonces, desde la óptica que estamos analizando, se deja de lado aquella realidad, por cuanto la problemática, no se basa tanto en la proliferación del proceder por parte del Estado en el adelantamiento de la barrera punitiva, sino más bien, que esta política tiene como consecuencia directa la aplicación de penas privativas de libertad. Entiendo, que se resigna por un lado, pero intenta solucionar la cuestión, donde realmente importa, es decir, la posible pérdida de la libertad individual.

Silva Sánchez, entiende que en el Derecho penal actual esta disminución de garantías y de rigor dogmático podrían explicarse si ello fuera el correlato de la generalización de sanciones pecuniarias o privativas de derechos, o -más aún- de la “reparación penal”, en los casos en que pueda acogerse, en lugar de las penas privativas de libertad.

En esta línea, como es obvio, un sistema jurídico que prescindiera por completo de la sanción -incluso pecuniaria-, como es lo característico del sistema de la responsabilidad civil, puramente reparatorio, podría reducir al mínimo las exigencias de garantía político jurídicas. Ahora, téngase en cuenta que apenas el Derecho civil asume elementos punitivos se admite que también éste habría de empezar a tener más garantías así como ser más riguroso a la hora de efectuar juicio de imputación¹⁷¹.

La clave de la propuesta de Silva Sánchez, radica, entonces, en admitir una graduación de la vigencia de las reglas de imputación y de los principios de garantía en

¹⁷⁰ SILVA SANCHEZ, JESUS MARIA, *La expansión....*op. cit., pp. 168-169.

¹⁷¹ *Ibid* p. 170.

el propio seno del Derecho penal, en función del concreto modelo sancionatorio que éste acabe asumiendo. Esboza y en ese sentido coincide con Hassemer, en la construcción de un Derecho penal, “intermedio”, si se me permite el término. Un Derecho penal, que se encuentre en la mitad de un Derecho penal nuclear y el Derecho administrativo -alemán, para Hassemer-, entre el Derecho civil y el Derecho público, para ilícitos cuyo bien jurídico protegido tienda a proteger intereses supraindividuales, como ser los que conciernen a drogas, económicos, ecológicos, etc¹⁷².

El Derecho propuesto, por Silva Sánchez, sería un Derecho penal más flexible en cuanto a garantías, ya sean formales como materiales; y sus consecuencias tampoco serían tan rígidas, como lo constituyen las penas tradicionales. Muy expresiva, al respecto, es la frase del propio Hassemer: *“Para combatir las formas modernas de causación de daños, debería pensarse en la construcción de un sistema jurídico, que tenga elementos absolutamente penales, pero que esté orientado en términos estrictamente preventivos y, en todo caso, renuncie al reproche personal y a la imposición de penas privativas de libertad. Una clase de Derecho de intervención así configurada podría integrar formas de imputación colectiva”*¹⁷³.

Debo advertir que si bien en cierta manera logra seducirme la propuesta de Silva Sánchez y Hassemer -Derecho penal de intervención o como me he atrevido a denominarlo intermedio-, necesariamente una y otra vez, me pregunto si éstos autores

¹⁷² Véase en *Ibid*, p. 171.

¹⁷³ HASSEMER, “Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht”, en *Festschrift für Günter Berman*, Baden-Baden, 1997, pp. 175 y ss., 188, nota al pie conforme SILVA SANCHEZ, *La expansión...* op. cit. p. 172. “Para Hassemer el derecho de intervención habría de recoger preceptos que, en la actualidad, se hallan en el derecho penal. No se trata, pues, de ampliar la intervención punitiva del Estado, sino de reducirla. Una pretensión que es común a la propuesta expuesta. Otros autores, en cambio (Martínez Buján, *Derecho Penal económico*. PG, Valencia, 1998, p. 29) parecen acoger la idea de derecho de intervención pero para ilícitos que todavía ahora están fuera del derecho penal. Lo que determina que el contenido de su posición resulte absolutamente diverso”.

pregonan el mal menor. ¿Por qué digo esto?, porque se resalta, lo preocupante que puede ser que determinadas conductas traigan consigo una posible pena de privación de libertad, pero considero que no sólo la pérdida de libertad es lo que lleva a sostener lo duro que puede ser la tipificación de ciertas conductas, sino también y casi en la misma sintonía, no podemos dejar de tener en cuenta lo altamente estigmatizante que puede resultar para un sujeto estar sometido a un proceso penal, con las más duras consecuencias (e.g., pérdida de fuente laboral, del núcleo familiar, alto porcentaje de impedimento para conseguir un empleo debido al antecedente penal, etc.)

Silva Sánchez, admite que no habría ninguna dificultad para aceptar ese modelo de menor intensidad garantista dentro del Derecho penal, siempre y cuando -eso sí-, las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran de prisión. La opción político-jurídica por el Derecho penal sigue teniendo, en efecto, ventajas relevantes, no vinculadas necesariamente a la dureza fáctica de la sanción. Quizás lo justifica desde el mismo mensaje que transmite un Derecho penal más intervencionista, en contraposición al Derecho civil compensatorio, basado en la fuerza del mecanismo público de persecución de infracciones; algo que le atribuye una dimensión comunicativa superior, incluso de modo independiente a la conexión ético-social tradicionalmente inherente a todos los ilícitos¹⁷⁴.

La conclusión de todo lo anterior, y siempre desde la óptica de Silva Sánchez, es un marco de análisis descriptivo. Señala, que tal como ha ido desarrollando la sociedad actual y con ella el Derecho en general, pero sobre todo el Derecho penal en particular, no resultará sencillo combatir esa expansión del Derecho penal. Asimismo y ya mirando desde la solución que propugna, nos señala que la teoría del delito básica

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 172-173.

en un Derecho penal moderno con vocación intervencionista y reglamentadora, debería estar orientado hacia penas pecuniarias y privativas de derecho, así como para un eventual Derecho penal de reparación. A todo ello puede hacerse frente desde una configuración dualista del sistema del Derecho penal, con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles¹⁷⁵.

Entonces, si nos enfocamos en el modelo sugerido, Silva Sánchez, nos dice que sólo hay dos opciones: la primera, que aquellos delitos que son una manifestación de la expansión denunciada se deberán integrar en el núcleo del Derecho penal, con las máximas garantías (en lo relativo a la legalidad, la proporcionalidad, la lesividad, la prueba, etc.) y las más rigurosas reglas de imputación (de la imputación objetiva, la autoría, la comisión por omisión, etc.); y la segunda, que se mantenga la línea de relativización de principios de garantía que ya hoy está acompañando a tales delitos, en cuyo caso debería renunciarse en ellos a la conminación con penas de prisión que ahora existe¹⁷⁶.

Por su parte, Gómez Martín, reflexiona que esa expansión del Derecho penal, que denuncia Silva Sánchez, en principio se presentaría como la respuesta a la existencia de una creciente sensación subjetiva -no fácticamente real- de inseguridad en la colectividad, generando por parte del Estado una creciente intervención penal en esa realidad social, con el único supuesto objetivo de garantizar la seguridad de la sociedad frente al delito¹⁷⁷.

Lo dicho, es coincidente, con lo expuesto por Felip i Saborit, quien al analizar la posición de Silva Sánchez, evoca como una de las causas de la referida expansión,

¹⁷⁵ *Ibid*, p. 174.

¹⁷⁶ *Ibid* pp. 175-176.

¹⁷⁷ GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal...* op. cit., p. 76.

justamente, esos supuestos índices de delincuencia y de victimización, los cuales, no han experimentado cambios muy significativos durante la última década, siendo los gestores públicos los que empiezan a abordar técnicamente el control del miedo al delito y la percepción de riesgo de victimización. La opinión pública, especialmente, publicada por algunos medios de comunicación continúan siendo uno de los motores de la expansión ante un poder político cada vez más débil ante tales embates¹⁷⁸.

En definitiva, la propuesta, -reflexiona Gómez Martín, el cual también parece subsumido en el escepticismo- parte de la constatación de una realidad respecto de la cual se estima imposible la vuelta atrás. Esta realidad es la expansión del Derecho penal y la coexistencia, por tanto, de “varios Derechos penales distintos” con estructuras típicas, reglas de imputación, principios procesales y sanciones sustancialmente diversas.

A partir de la referida constatación, se postula una opción matizada. Estimando improbable un movimiento de despenalización, se propone que las sanciones penales que se impongan allí donde se han flexibilizado las garantías no sean penas de prisión.

Lo dicho, tiene dos consecuencias: Por un lado, ciertamente, admitir las penas no privativas de libertad, como mal menor dadas las circunstancias, respecto a infracciones en las que se han flexibilizado los presupuestos de atribución de responsabilidad. Pero sobre todo, exigir que allí donde se imponen penas de prisión, y especialmente penas de prisión de larga duración, se mantenga todo el rigor de los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad¹⁷⁹.

¹⁷⁸ FELIP I SABORIT, D. “Observaciones a La Expansión, diez años después”, en ROBLES PLANAS, R. / SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Cdres), P. en *La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo...op.*, cit. p. 70.

¹⁷⁹ GOMEZ MARTIN, VICTOR, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal...op. cit.*, p. 76.

Sigo sosteniendo lo reflexionado líneas más arriba, se continúa, en cierta forma aceptando el mal menor, olvidándose de “todas” las consecuencias que traen aparejada la problemática planteada.

2. Derecho penal y el Estado de Derecho Social y Democrático.

2.1. *Sobre el Derecho penal en el Estado de Derecho.*

Autores clásicos, como Jiménez de Asúa¹⁸⁰, ya realizaban un planteo profundo del cuestionamiento que intentamos desentrañar, es decir, sobre la injerencia del Estado en los ámbitos de los derechos subjetivos personales, utilizando como mecanismo común el Derecho penal¹⁸¹.

La historia nos enseña que, si bien, cuando hablamos de derechos individuales es Francia la que ha tomado para sí su difusión y con ello el pensamiento constitucional; éstos, ya se habían plasmado con la declaración para Norteamérica.

Hasta la aparición de los detractores, era casi unánime la postura por la cual a estos derechos, se los concebía como algo anterior a la existencia del Estado y que, justamente, para su organización, se desarrolla la sociedad política. Así, se le asignan el

¹⁸⁰ JIMENEZ DE ASÚA, L. “El problema político penal”, *Tratado de Derecho...*, t. II, op. cit., p. 163.

¹⁸¹ La evolución histórico-política del Estado, viene marcada, por los tránsitos del Estado absolutista al Estado liberal y luego al Social. Así, en esa primera transición, el Derecho penal, que era utilizado como un instrumento de represión y control social, ahora pasa a integrar la protección de los derechos individuales. A partir de este momento los bienes jurídicos se definen como prerrogativas del ciudadano frente al Estado y serán, por lo tanto, un límite a tener en cuenta por el legislador para la elaboración de normas de convivencia. La base del Derecho penal del Estado liberal, no será otra que la desconfianza que genera el uso de la política punitiva. La segunda transición, es decir, del Estado Liberal al Social, la posición del Derecho penal como regulador y garante de los bienes jurídicos se torna más enérgica. Nace la teoría del bien jurídico. Se configura un Derecho penal autolimitado, evita ser uno de los instrumentos para la resolución de los conflictos sociales y económicos. La resistencia de esta rama del Derecho, se daría por la construcción de una fuerte defensa de los principios garantistas, que van a limitar la labor del legislador y por la codificación que generaría un gran respeto a ese sistema de normas contenidas en los códigos penales. Asimismo, si bien la influencia del Estado social en el Derecho penal es menor a la sufrida en ciertos sectores del ordenamiento, la del Estado constitucional sí que constituye una gran influencia, debido a la recolección de aquellos principios en una normativa de rango netamente superior, determinando un marco al que debe adaptarse. BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 61-62.

carácter de *absolutos, ilimitados, ilegibles, inalienables e imprescriptibles*, y de ahí que, en conjunto, respondan a una realización positiva por vía revolucionaria de los principios del Derecho natural.

No obstante, parece ser que la doctrina moderna que se ha planteado conjuntamente el problema de los orígenes del Derecho y del Estado llega a conclusiones distintas. Jellinek, reflexiona que no hay derechos fuera del Estado, por lo tanto tampoco cabría hablar de la existencia de derechos individuales frente a ese Estado y antes de que apareciera.

Entonces para una primera postura clásica, el Estado se organiza para desarrollar aquellos derechos que ya existen de manera anterior, mientras que para las posturas modernas, nace primero el Estado que da lugar a esos derechos.

Rentería Díaz, al momento de analizar el pensamiento de Ferrajoli, entiende que son derechos fundamentales -desde una propuesta teórica, puramente formal y estructural- todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar¹⁸².

Ferrajoli, entonces, va a extender los derechos subjetivos a cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y le va a otorgar un *status*, que no es otra cosa que la condición de un sujeto, también prevista por una norma jurídica positiva, como

¹⁸² RENTERIA DIAZ, ADRIAN “Derechos Fundamentales, Constitucionalismo y Iuspositivismo en Luigi Ferrjoli”, en CARBONELL, MIGUEL/SALAZAR, PEDRO, *Garantismo-Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli...*op. cit., p. 121. Véase en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...*op. cit. pp. 912-915.

presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas¹⁸³.

Es evidente, hoy podemos decir, que han variado el punto de vista con el que se miran los derechos individuales: decíamos que para aquella primera concepción eran algo exterior y superior al Estado, que éste apenas puede rozar; en la moderna ideología, el Estado, en su actuar, no puede ejercer un poder arbitrario, sino que ha de limitarse a sí mismo por reglas jurídicas que, en su individualización, constituyen los derechos públicos subjetivos¹⁸⁴.

Lo último reseñado, podríamos abarcarlo dentro de lo que Ferrajoli, entre otros, ha dado en llamar “garantismo”. En ese sentido, garantizar, nos dice Gascón Abellán, significa afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo y cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo, ese algo que se tutela, son los derechos o bienes individuales. Así, cuando se establecen instrumentos para la defensa de los derechos individuales, ya sea frente a la agresión de otros sujetos o, con mayor énfasis, si proviene del propio poder estatal, surge un derecho garantista; el cual tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar amenazas¹⁸⁵.

¹⁸³ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*...op. cit. p. 910.

¹⁸⁴ JIMENEZ DE ASÚA, L. “El problema político penal”, *Tratado de Derecho*..., t. II,... op. cit., p. 164. FERRAJOLI, L. Entiende que aquel movimiento de pensamiento jurídico ilustrado, le otorgó al legislador la posibilidad de poner las bases de un “estado de derecho” como sistema de poder vinculado por reglas y que asume como fin no valores ultraterrenos o ultrahistóricos, sino la tutela de la vida y de los demás derechos fundamentales. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, ...op. cit. p. 227.

¹⁸⁵ GASCÓN ABELLAN, MARINA “La Teoría General del Garantismo-rasgos principales”, en CARBONELL, MIGUEL/SALAZAR, PEDRO, *Garantismo-Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*...op. cit. p. 21. Se podría decir que era el modelo político-criminal, que predominaba hasta hace poco; constituye un sistema que se resiste a la creación de normas penales de manera inflacionista. Se configura como un modelo vigilante de los derechos humanos. Se trata de un Derecho penal autolimitado, que se llama a sí mismo, Derecho penal mínimo. BECERRA MUÑOZ, J. *La Toma de decisiones en política criminal*,...op. cit. p. 58-59. La inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad

Duguit, por su parte, negaba que las pretensiones del individuo frente al Estado puedan constituir derechos subjetivos y sólo admite que puedan darse situaciones jurídicas subjetivas.

Este conflicto dio lugar a profundos debates. En la actualidad, parece ser que no existe como tal, puesto que entre las exigencias del moderno Derecho penal, que pueden representar un límite a la libertad y las conquistas políticas, se reconoce lamentablemente, desde mi óptica, que por motivo de utilidad pública puede restringirse, en demasía, el ejercicio de esos derechos.

En el marco referido y en atención a ésta cuestión de utilidad pública, es común que se tome al Derecho penal como un instrumento de control social formalizado¹⁸⁶, - como ya lo veremos más adelante- puesto que reúne una serie de garantías que proporcionan la seguridad de unas respuestas previstas, objetivas e iguales. Por la magnitud de las respuestas penales consistentes en la privación o restricción de la libertad u otros derechos, es preciso someterlo a la formalización.

Lo que va a importar es justamente no hacer ilusorias las garantías de los derechos que adquirimos de manera innata. Si bien, existen posiciones que aseguran que no existe pugna entre las instituciones del nuevo Derecho penal y los Derechos

mediante el respeto también de su verdad. La tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del Derecho penal. Véase en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. p. 335-336.

¹⁸⁶ CARBONELL MATEU, JUAN C. “El Derecho penal como instrumento de control social formalizado”, en *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 (3ra. Edición) p. 65. BUSTOS RAMIREZ/HORNAZABAL MALARÉE, entienden que si bien el Derecho penal es un control social formal, resulta incompleta dicha aseveración, toda vez que entiende que el Derecho penal es sólo un conjunto de normas estáticas. Sólo cabe considerarlo como control social de esa especie en tanto que forma parte de ese sistema dinámico de funciones que denomina sistema penal y cuyo objetivo será el control de aquellos comportamientos desviados que previamente han sido formalmente definidos como delitos. BUSTOS RAMIREZ, JUAN J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNAN. “Control social y Derecho penal”, en *Nuevo sistema del Derecho penal...* op. cit. p. 21. También comparte el concepto RANDO CASERMEIRO, PABLO *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador – Un análisis de política jurídica-*,....op. cit. p. 148.

individuales, en la práctica se pueden dar tales abusos que la cuestión exige un examen atento y sincero¹⁸⁷.

Así, vamos a afirmar que es políticamente peligrosa la concepción del Derecho penal como un “medio de configuración social”. Si el Estado social de Derecho es realmente crítico respecto de la estructura liberal–capitalista de la sociedad civil, ha de imponerse la tarea de transformar dicha estructura. Pero la transformación no incumbe o no debería incumbir, primordialmente al Derecho penal¹⁸⁸.

La sociedad que busca su transformación por medio de la pena, nos dice Roxin, se convierte en una triste tiranía; por tal motivo, se entiende que el Derecho penal no puede asumir esta tarea, opinión que comparto. El paso del Estado liberal de Derecho al Estado Social, tiene sin duda, consecuencias para el Derecho penal, pero no implica un cambio en sus finalidades básicas¹⁸⁹.

El nuevo Derecho penal contiene numerosas fórmulas que pueden ser un peligro para los derechos individuales, siendo uno de los riesgos más agudo, justamente el criterio de peligrosidad del delincuente. Lo dicho, puesto que ésta fórmula de peligrosidad, como criterio básico y único para el tratamiento penal y preventivo, pone de relieve lo imposible de hacer catálogos completos de situaciones peligrosas ya que la peligrosidad puede ser un concepto subjetivo (mensurable *ex post*) y cada hombre será un caso distinto y peculiar¹⁹⁰.

¹⁸⁷ JIMENEZ DE ASÚA, L. “El problema político penal”, *Tratado...op. ct.*, p. 164.

¹⁸⁸ COBO DEL ROSAL, MANUEL/ VIVES ANTÓN, TOMÁS S., *Derecho penal – parte general*, Ed. Tiranch Lo Blanch, Valencia, 1999 (5ta. Edición), p. 131.

¹⁸⁹ ROXIN, CLAUS *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1972, p. 27.

¹⁹⁰ Sobre la cuestión Ferrajoli, entiende que aquellas teorías que legitiman sistemas penales sustancialistas y autoritarios -e.g. las positivistas del “delincuente nato” o de la “defensa social”, o las subjetivistas del “tipo de autor” o del “derecho penal de la voluntad”- son teorías que admiten la inclusión en la ley de criterios valorativos y de referencia indeterminadas, en virtud de un principio de legalidad penal entendido en un sentido lato, simple o atenuado. Véase en FERRAJOLI, LUIGI *Derecho y Razón...op. cit.* pp. 216-218.

Zaffaroni, sobre “las clases peligrosas” y los primeros orígenes de la expresión, afirma que le corresponde a la obra de H. A. Frégier, jefe policial de la zona del Sena, publicada en 1840; pero no por obra de Frégier, sino que con ese título la Academia de Ciencias Morales había convocado al concurso al que el autor se presentó y en que su libro resultó premiado, en los siguientes términos: *Investigar, según componen, en París o en cualquier otra ciudad, esa parte de la población que forma una clase peligrosa por sus vicios, su ignorancia y su miseria; indicar los medios que pueden emplear la administración, la gente rica o acomodada, los obreros inteligentes y trabajadores, para mejorar esta clase peligrosa y depravada.* La academia presuponía que la clase peligrosa y depravada era la de los obreros no inteligentes ni trabajadores, características derivadas de vicios, ignorancia y miseria. El autor responde expresando que se ocupará también de la clase peligrosa letrada, en razón del papel que la inteligencia juega en la depravación¹⁹¹

Así, como podríamos decir que fue Frégier el que incorpora las primeras expresiones referidas en cuanto a las clases de peligros; Zaffaroni nos ilustra, por cuanto también, se podría decir que fue en el S. XVII (año 1631), por obra de un confesor jesuita, Friedrich Spee von Langenfeld en su *Cautio criminalis* (Prudencia criminal), el que inicia los primeros pasos de aquellos principios que luego se verán reflejados con el movimiento de la ilustración. Spee, angustiado ante el asesinato masivo de mujeres que importaba y siguiendo a dos jesuitas que en sus obras generales

¹⁹¹ Vid, ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, “Las clases peligrosas: El fracaso de un discurso policial prepositivista”, en la obra *En torno de la cuestión penal*, Ed., Bdef, Buenos Aires, 2005, p. 42.

de teleología habían deslegitimado el *Malleus*¹⁹², escribe ésta pequeña obra, dividida en cincuenta y dos preguntas, al estilo de las cuestiones escolásticas¹⁹³.

El discurso crítico de Spee ya va a comenzar a denunciar la construcción procesal del delito: cualquier sometido al proceso inquisitorial sería condenado por brujería; luego, si desapareciesen esos procesos, desaparecerían las brujas. El interaccionismo simbólico no lo hubiese dicho más claramente. Señala, como uno de los elementos fundamentales para que continúen las desigualdades y crímenes, el prejuicio y la ignorancia o falta de información pública. Serán los doctos de la época como lo son, en su mayoría, los medios de comunicación como formadores de opinión, en la actualidad, lo que escriben y aconsejan sin enfrentar los prejuicios, sino sólo reforzándolos, por conveniencia o por expresar conceptos gratos al poder¹⁹⁴.

Spee, concluye reclamando las garantías: la abolición de la tortura, el derecho a un tribunal imparcial, la legalidad de los delitos y de las penas, el principio o presunción de inocencia, la valoración racional de las pruebas y, especialmente, el ejercicio del derecho de defensa penal.

Tal como lo hemos expuesto líneas más arriba y bien señala, Zaffaroni, podemos atribuirle a SPEE y a su *Cautio criminalis*, de 1631, los primeros pasos del

¹⁹² *Malleus maleficarum o Martillo de las brujas*, escrito por Heinrich Kramer y James Sprenger, en 1484, y sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIII, del 9 de diciembre de ese mismo año. Este texto de altísima circulación en los dos siglos posteriores y deslegitimado en definitiva apenas en 1701 por obra de Christian Thomasius, durante los tres últimos siglos fue reducido a la condición de objeto de curiosidad o de interés sólo para los historiadores de la Inquisición, pero silenciado completamente por los penalistas. El texto está precedido por a) la larga tarea de los criminólogos de su tiempo, o sea, por los especialistas en el mal y en su etiología, que eran los demanólogos, b) un considerable debate sobre si la capacidad de daño del Maligno y de hazañas extraordinarias de las brujas era real o imaginaria y c) el trabajo jurídico de la glosa.

¹⁹³ ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, “El Derecho penal liberal y sus enemigos”, en la obra *En torno de la cuestión...* op. cit. p. 166.

¹⁹⁴ *Ibid*, p. 167.

discurso crítico, que luego fue remozado por los iluministas del XVIII, siendo el tema clave de todo el pensamiento jurídico del racionalismo¹⁹⁵.

2.1.1 *El Derecho Penal Liberal.*

Como es sabido, el Derecho penal liberal es hijo pródigo de la Época de las Luces¹⁹⁶, siendo el que mejor defiende las conquistas del liberalismo. Es en el Código penal francés de 1791 donde quedaron modelados los principios de la revolución francesa -*Libertad, Igualdad y Fraternidad*- constituyendo lo que será, el aspecto medular del moderno Estado de Derecho que lo diferencia de los Estados absolutos, autoritarios, justamente por someter su poder punitivo a una serie de normas, las cuales deberán ser respetadas por todos los componentes, comenzando, claro está, por el mismo Estado que las crea¹⁹⁷. Surgió con la intencionalidad política de poner límites al poder coactivo del Estado absoluto, diferenciarlo con el antiguo régimen¹⁹⁸.

El primero de aquellos irrenunciables principios, -*Libertad*-, se halla encarnado en el famoso *nullum crimen, nulla poena sine lege*; el segundo, se traduce en el Derecho punitivo por la entidad objetiva, figura del delito, al que llamamos tipo legal, éste se mantiene en el Derecho punitivo del liberalismo y funciona con doble resultado, puesto que no sólo garantiza la igualdad, sino que refuerza el Derecho de libertad del hombre llevando hasta sus últimas consecuencias el principio *nullum crimen sine lege*,

¹⁹⁵ *Ibid*, p. 169.

¹⁹⁶ La legislación criminal era tan caótica, tan irracional que tanto la época de la Monarquía Ilustrada y el ulterior nacimiento del Estado Liberal, se van a caracterizar por esa búsqueda de la racionalidad y del humanismo de todas las instituciones jurídicas; siendo una constante en el pensamiento iluminista. BORJA JIMENEZ, “Ilustración y Codificación: el Nacimiento del Estado Liberal de Derecho”, en *Curso de Política Criminal*,...op. cit. p. 43. También en Véase FERRAJOLI, LUIGI *Derecho y Razón*,...op. cit. p. 33.

¹⁹⁷ MUÑOZ CONDE, F. “El Derecho penal en los tiempos del cólera”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*...op. cit. , pp. 855-856.

¹⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNAN. “Política criminal y Derecho penal subjetivo”, en *Nuevo sistema del Derecho penal*,...op. cit. p. 26.

con la nueva máxima de “no hay delito sin tipicidad”, por último, la Fraternidad, se refleja en el Derecho penal con la dulcificación y benignidad de las penas. La Revolución Francesa, asegura el movimiento antes iniciado, en *pro* de la abolición del tormento y de los suplicios atroces¹⁹⁹.

Podemos afirmar, en contrapartida, como un evidente avasallamiento de estas garantías que fueron el producto de intensas luchas sociales, la aparición de aquellos grandes gobiernos totalitarios.

Rusia, Italia y Alemania, fueron quienes instituyeron en la tierra regímenes totalitarios, si bien no son de igual esencia las dictaduras mencionadas, sí, podemos aseverar que aún desde distinta concepción, menoscabaron el Derecho penal liberal, por uno totalitario²⁰⁰.

Sería un despropósito comparar aquellos gobiernos totalitarios, con las posibles consecuencias que, muchas veces, traen aparejadas conductas no del todo prolijas de nuestros legisladores a la hora de la elaboración de los tipos penales, puniendo acciones o sujetos que posiblemente sean peligrosos, pero me permito el interrogante sobre el punto.

¹⁹⁹ JIMENEZ DE ASÚA, L. “El problema político penal”, *Tratado...* op. cit., p. 168. En la materialización de esos principios reside la esencia del Derecho penal en la práctica y en la ciencia; éstos representan el mensaje de la ciencia penal en su relación con la política de su tiempo y son el núcleo del Derecho penal. HASSEMER, W., “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a la exigencias de su tiempo”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit. pp. 48-49. También en ROSSETTI, ALFREDO C. *Introducción al Estudio de la Realidad Estatal*, Ed. s/n, Córdoba, 1983, p. 262. También véase en BORJA JIMENEZ, “Ilustración y Codificación: El Nacimiento del Estado Liberal de Derecho”, en *Curso de Política Criminal...* op. cit. p. 45-48. También en Véase FERRAJOLI, LUIGI *Derecho y Razón...* op. cit. pp. 34-38.

²⁰⁰ FERRAJOLI, L. lo cataloga como una etapa nefasta de oscurantismo penal, donde recuerda la concepción positivista-antropológica del “delincuente natural”, la doctrina nazi del “derecho penal de la voluntad” o del “tipo de autor” y la estalinista del “enemigo del pueblo”. Véase en FERRAJOLI, LUIGI *Derecho y Razón...* op. cit. p. 42.

Siguiendo a Zaffaroni²⁰¹, podemos decir que el “Derecho penal liberal” es sinónimo del Derecho penal del Estado de Derecho, con todas las implicancias que ello tiene: respeto a la autonomía ética, limitación lo más precisa posible del poder público, selección racional de los bienes jurídicos, seguridad jurídica.

El antónimo del liberalismo, así entendido, lo constituyen: la injerencia en la conciencia individual, la falta de limitación del poder público y la inseguridad jurídica.

Desde la óptica de Zaffaroni, el punto neurálgico de la problemática, es el dilema entre Derecho penal-arbitrariedad penal, restándole trascendencia al que pueda surgir entre “Derecho penal liberal-Derecho penal totalitario”, porque cuando llegamos al fondo de la cuestión vemos que lo que aquí se enfrenta al Derecho penal del Estado de Derecho es la arbitrariedad penal.

Por Derecho penal del Estado de Derecho deberá entenderse aquél que trata de lograr la mayor seguridad en la aplicación del derecho, excluyendo, por ende, en la medida de lo posible, la arbitrariedad en su aplicación. Su opuesto es el Anti-derecho, o sea, toda la fuerza tendiente a sembrar la inseguridad, la incertidumbre, el arbitrio personal del poder, la arbitrariedad en el ejercicio del magisterio punitivo.

Habíamos mencionado que con advenimiento de la Revolución Francesa se consagraron los principios centrales del pensamiento liberal -libertad, igualdad, fraternidad; reflejados de manera directa al Derecho penal, caracterizado por varios principios²⁰², entre ellos: *el nullum crimen sine conducta*, *el nullum crimen sine lege*²⁰³, *el nullum crimen sine culpa* y *el nulla poena sine previa lege penale*²⁰⁴.

²⁰¹ ZAFARONI, RAUL, *Tratado de Derecho Penal...* op. cit., pp. 366-367.

²⁰² *Vid.*, BUSTOS RAMIREZ, JUAN J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNAN. “Política criminal y Derecho penal subjetivo”, en *Nuevo sistema del Derecho penal...* op. cit. pp. pp. 28-40. También sobre el tema HERRERO HERRERO, C. “Principios básicos más significativos del Derecho penal, en su dimensión sustantiva. Su enumeración y la debida armonización, o compensación, de los

El *nullum crimen sine conducta*, de su contenido decimos que se torna ilegítimo el punir la mera intención pero, además, como la conducta humana sólo puede darse en sociedad, requiere que la conducta sea social, es decir, de alguien frente a alguien, respecto de otro²⁰⁵.

El *nullum poena, nullum crimen sine praevia lege penale*, por un lado tiene un doble sentido. Primero, va a satisfacer la necesidad de tener conocimiento exacto de cuales serán aquellos bienes de los que será privado una persona en razón de haber cometido un delito. Segundo, busca satisfacer el requerimiento de que la persona tenga la posibilidad de adecuar su conducta a la norma, dado que conoce la punibilidad de la misma. Así, entonces, éste principio enunciado en su completitud, nos refiere a la necesidad en cuanto a la existencia de una ley previa que configure aquellas conductas que luego serán pasibles de reproche penal. Asimismo, la ley debe ser racional, orientada a un fin y siempre debe garantizar protección a un bien jurídico²⁰⁶.

El *nullum necessitas sine iniuria*, hablamos de la naturaleza lesiva del resultado, por lo que, la conducta delictiva deberá necesariamente afectar bienes jurídicos protegidos²⁰⁷.

mismos entre sí” en *Hacia un Derecho penal equilibrado-Plataforma razonable de política criminal...* op. cit. pp. 95-106.

²⁰³ A pesar que se consagró en la Revolución Francesa, se acostumbra a señalar la “Carta Magna” del Rey Juan de 1215, como aquel documento en donde aparece por primera vez el principio de referencia: “No hay pena, sin ley”. En su art. 39, prohíbe una pena contra los libres. Luego fue tomado por las constituciones norteamericanas (Congreso de Filadelfia de 1744, declaraciones y constituciones de los Estados particulares de 1776 y años posteriores), para luego ser, sí, tomado por la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa de 1789. *Vid*, MEZGER, E. *Derecho Penal -parte general-* Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 60

²⁰⁴ *Vid.*, ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL (Dir) *Fundamentos de Derecho Penal -Parte General-*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, (4ta. Edición) 2010, pp. 94-107.

²⁰⁵ Existe un ámbito de de la vida personal intocable por el poder estatal y a resguardo del control público y de la vigilancia policial: no sólo las intenciones y los proyectos, sino también, con mayor razón los errores del pensamiento y la opinión. *Vid*, FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. pp. 480-487.

²⁰⁶ Véase en profundidad en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. pp. 373-420.

²⁰⁷ Este principio ha jugado un papel esencial en la definición del moderno estado de derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un Derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación

El *nullum crimen sine culpa* requiere: a) que la acción delictiva se haya cometido al menos culposamente; y b) le sea jurídicamente reprochable al autor. En consecuencia, se revela la consideración del delincuente como persona capaz de autodeterminarse. El reproche jurídico sólo puede formularse a una persona, a un ente capaz de autonomía; a una “cosa”, no puede reprochársele nada²⁰⁸.

Otro principio fundamental del Derecho penal del Estado de derecho, como hemos intentado destacar, es el de la *racionalidad de la pena* que se deduce del objetivo del Derecho penal. Su objetivo claro, concreto, no es otro que el aseguramiento de bienes jurídicos contra ataques graves. La pena no puede tener otro fin que el de servir al cumplimiento del objetivo del Derecho penal: proveer a la seguridad jurídica procurando evitar futuros ataques a los bienes jurídicos.

En relación al significado del principio *nullum crime sine poena*, podríamos aseverar que si bien casi todos tenemos el conocimiento básico que constituye una de las manifestaciones clásicas del principio de legalidad en su descripción originaria y que, por otro lado, también supone la racional necesidad de que las conductas proclamadas delictivas tengan anudada una consecuencia represiva²⁰⁹, en un segundo nivel de derivaciones aparecen otras consecuencias:

- a) La seguridad de que todos los delitos serán castigados, lo que supone una promesa de lucha contra la impunidad,
- b) la certeza de que la pena será precisamente la señalada y no otra,
- c) la imposibilidad de abrir espacios a soluciones del conflicto penal que son menos traumáticas que la pena,

no teleológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran necesarios y fundamentales. Véase en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*....op. cit. pp. 466-467.

²⁰⁸ Véase en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*....op. cit. pp. 487-502.

²⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde*....op. cit., p. 24.

d) la indisponibilidad de los ciudadanos sobre el proceso penal una vez que éste ha nacido.

El garantismo, como teoría de la justicia, incentiva un ambicioso proyecto que mira directamente a aquel anhelo que arranca con la Ilustración²¹⁰. Este modelo compromete no solo al legislador, sino también al juez y al jurista al estar ya plasmado en la constitución.²¹¹

2.1.2. *El Derecho penal y el Estado Autoritario o “gendarme”*

A todo Derecho penal del Estado de derecho, se opone, el Derecho penal de la arbitrariedad, el cual no puede definirse con criterios uniformes, toda vez que no tiene un camino único de aplicación; sino que puede, tranquilamente, imponerse por modos y medios diferentes; será el que se encuentra inserto en el Estado autoritario, al cual Zaffaroni lo ha denominado Estado “gendarme”.

Zaffaroni²¹², cuando nos habla del concepto de Estado “gendarme”, refiere a una concepción política donde el Estado debe abstenerse al máximo de intervenir en las relaciones sociales y será el “libre” juego de fuerzas lo que hará que se acomoden de modo “natural”. Es un concepto que surge de la contra-revolución francesa²¹³.

²¹⁰ Véase FERRAJOLI, LUIGI *Derecho y Razón*,...op. cit., p. 23.

²¹¹ GASCON ABELLAN, MARINA “La Teoría General del Garantismo-rasgos principales”, en CARBONELL, MIGUEL/SALAZAR, PEDRO, *Garantismo-Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*...op. cit. p 36. Véase en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*...op. cit. pp.851-860.

²¹² ZAFARONI, RAUL *Tratado Derecho Penal*...op. cit., p. 370-371.

²¹³ Fue en el Congreso de Viena donde se intentó restaurar un régimen, es decir, cambiar lo que se había creado para volver a lo anterior. Esta iniciativa tuvo, como era lógico, una fuerte pulseada con la burguesía francesa en el poder económico, la cual, quería consolidar su poder político a efectos de sofrenar los ímpetus igualitarios socializantes y anarquizantes de las masas populares y para ello, necesitaba de un Estado que permitiese una abstracta libertad a todos, que económicamente se traducía en la afirmación de su poder económico, ya que, en esa libertad, sólo ella podía triunfar.

Este concepto de Estado es una degradación del mismo y, por ende, del Derecho penal y de la profunda incumbencia social del mismo. El estado “gendarme”, cosifica al hombre, lo hace un valor de cambio en una economía “libre”.

El hombre al adquirir esa calidad de “cosa” no puede realizarse, elegirse y llegar a ser, como fin en sí mismo; toda vez que está inmerso en una sociedad que no le trata como tal que no le proporciona los medios necesarios para ello. No persigue más que un reconocimiento, pero mirado en sí mismo.

En este contexto, en este Estado de Derecho, el Derecho penal tutela bienes jurídicos que sólo tienen como principal objetivo la protección de aquellos bienes mediante los cuales los grupos poderosos pueden someter al resto; es decir, no tutela como bienes jurídicos los elementos de la autorrealización humana. La permanente lucha de los sectores oprimidos obliga a que el Derecho penal del Estado “gendarme” se niegue a sí mismo.

El lugar de Dios, es ocupado por el Estado, el Estado es “gendarme” de sus intereses: el código Napoleón encabeza su “parte especial” con los delitos contra el Estado. La burguesía en el poder echa mano de conceptos organicistas. Los detentadores de las posiciones de privilegio pasan a defender sus intereses a toda costa. En la defensa de éstos lo inconfesable se torna patente y sus sostenedores se sacuden la molesta estructura del Estado “gendarme” y pasan a adoptar cualquier posición ideológica con que rellenar el Derecho penal autoritario y opresivo que crean²¹⁴.

La sola descripción de este proceso nos muestra que el Derecho penal del Estado “gendarme” desemboca en el autoritarismo, constituyendo la negación del

²¹⁴ ZAFFARONI, RAÚL E., *Hacia una nueva defensa individual*, en DJ, La Plata, 1973.

Estado de Derecho y en consecuencia opuesto al verdadero Derecho penal del Estado de derecho.

Mir Puig, entiende que el Derecho penal de un Estado asume varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. En cuanto Derecho penal de un Estado social, debe legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos. Ahora bien, lo que parece evidente, justamente, es cómo la Política criminal de la última parte del siglo XX, ha marcado una tendencia hacia su endurecimiento, contraria a la línea histórica que dio lugar al Derecho penal característico del Estado de derecho liberal. Hace ya tiempo que está en peligro el Derecho penal que surgió de las ideas ilustradas del siglo XVIII y que tras el nefasto paréntesis de los totalitarismos de entreguerras en Europa considerábamos ya consolidado como una conquista indiscutible de la modernidad²¹⁵.

El Estado, a través del ejercicio legítimo y reconocido de sus poderes públicos tiene el deber de proporcionar a los ciudadanos que lo conforman un marco de razonable seguridad; pero este marco jamás puede o debe ir de la mano con la adopción de medidas diversas, mucho menos penales, que impliquen un rigor punitivo desproporcionado ni la supresión de las garantías penales y procesales, en busca de ese fin. En consecuencia se torna necesario reafirmar la vigencia del principio del hecho frente a las posturas que toman como referencia la actitud penal del autor²¹⁶

Tanto en España como en los demás países de la Unión Europea, a pesar que se sigue pregonando los principios clásicos del Derecho penal garantista, es evidente que

²¹⁵ MIR PUIG, SANTIAGO, “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, en MIR PUIG, SANTIAGO/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU *Nuevas Tendencias en Política Criminal*, Ed. Reus, Madrid, 2006, pp. 122.

²¹⁶ FERNANDEZ MARTINEZ, JUAN M. “Un Código Penal en continua reforma”, en GÓMEZ BERMÚDEZ, JAVIER (Dtor) *Las últimas reformas penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 228.

en la evolución de las legislaciones penales de todos los países occidentales van apareciendo elementos que contradicen aquella concepción, lo que trae aparejado el llevar al Derecho penal al camino contrario: al camino de su ampliación y de su endurecimiento²¹⁷. Estamos frente al flagrante problema, conflicto propio de la política criminal del Estado social y democrático de Derecho²¹⁸.

Gascón Abellán, entiende que la teoría general del garantismo arranca de la idea: que del poder, hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos. El garantismo se opone, pues, al autoritarismo en la política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad; en definitiva, el gobierno *sub lege* (mera legalidad) y *sub leges* (estricta legalidad)²¹⁹.

2.2. ¿Retroceso a un Derecho penal de entre-guerras?

No se pretende llegar al extremo de afirmar que la punición de aquellas conductas sólo fundado en un obrar peligroso, nos lleve nuevamente a un Derecho penal autoritario, propio de los regímenes de la entre-guerra, pero veamos, de manera muy sucinta, aquellos modelos y saquemos nuestras conclusiones.

Zaffaroni, nos dice que, los sistemas penales a los cuales nos estamos refiriendo, si bien han pasado, siempre es necesario volver a su estudio, porque se

²¹⁷ MIR PUIG, S., “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, en MIR PUIG, SANTIAGO/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU *Nuevas Tendencias...* op. cit., p. 122.

²¹⁸ Análisis que plantea BORJA JIMENEZ, cuando analiza la peligrosidad del condenado en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal español de 2012. Véase en BORJA JIMENEZ, E. “Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho” en ORTS BERENGUER E. (Dir) *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia...* op. cit., pp. 154-156.

²¹⁹ GASCON ABELLAN, MARINA “La Teoría General del Garantismo-rasgos principales”, en CARBONELL, MIGUEL/SALAZAR, PEDRO, *Garantismo-Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli...* op. cit. p. 21-22.

suelen filtrar elementos de estos sistemas y de los pensamientos que dieron origen sin que los hacedores, de estas “nuevas” normas, se percaten del sello que llevan²²⁰.

Durante la segunda guerra mundial era común que los doctrinarios hiciesen referencia a la antinomia *Derecho penal liberal-Derecho penal autoritario*²²¹, con abundante bibliografía referida a la legislación fascista, nazista y soviética²²².

El nombre de Derecho penal autoritario era asumido por sus propios partidarios sin ningún reparo. Si bien no era una antinomia nueva ni tampoco desapareció con posterioridad, lo cierto es que en las décadas cuarta y quinta del siglo pasado su exposición fue más manifiesta y transparente.

Con un cierto paralelismo a aquéllas posturas ideológicas, el nuevo Derecho antiliberal, entiende y acepta que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, da por asumida una relación inversa entre garantías y seguridad. Lo interesante es que este avance del Derecho antiliberal no se va a presentar como un Derecho penal autoritario ni se enmarca en los pensamientos políticos totalitarios como los de entreguerras, sino que se invoca la eficacia preventiva, como una cuestión casi pragmática²²³

En el siglo XX, antes de determinar la síntesis moderada del posterior Estado social de bienestar, la tendencia intervencionista del Estado social condujo a la antítesis del Estado liberal: a sistemas políticos totalitarios, como el soviético que surgió de la Revolución de 1917, el fascista de Mussolini en la Italia de los años 20 y el

²²⁰ ZAFFARONI, RAÚL E., *Tratado de Derecho Penal, parte Gral*, t. II, Ed. Ediar. Buenos Aires, 1987, pp. 374 y ss.

²²¹ *Vid.*, DAUNIS RODRIGUEZ, ALBERTO “Seguridad, Derechos Humanos y Garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdr.) *Derecho Penal...op.*, cit., p. 214.

²²² ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, “Las clases peligrosas....*En torno de...* op. cit., p. 153.

²²³ *Ibid.*, p. 154.

nacionalsocialismo de Hitler en los años 30²²⁴. En todos ellos el Derecho penal se endureció, hasta los extremos que se alcanzaron en la Unión Soviética y en el III Reich²²⁵.

Las características del pensamiento penal fascista no se diferencian mucho de otros autoritarismos, a saber: protección del Estado como fin del Derecho penal; gravísimas penas para los delitos políticos, protección del partido oficial; *amplio predominio de la prevención general mediante la intimidación* y relevamiento de la especial.

El fascismo, no obstante, no llegó por estos caminos a los excesos irracionalistas místicos del nacional-socialismo ni del régimen soviético de pre-guerra. El autoritarismo penal fascista se nutrió incoherentemente en el pensamiento hegeliano, lo cual, lo hizo menos irracional que el de los otros autoritarismos²²⁶.

En aquel Código Penal italiano, será el Estado el que pasa a ser preeminente, cimentado en los principios de autoridad, socialidad y el principio de la autonomía individual armónicamente coordinado con los dos primeros principios, pero los tres subordinados a las supremas exigencias del Estado, tal como surge de la profunda

²²⁴ Se torna interesante y sobre todo complementaria, la obra de Ferrajoli, el cual nos refiere que como consecuencia de las experiencias fascistas, se desarrolló el constitucionalismo del SXX, atento que mediante formas políticamente democráticas, habían conquistado el poder primero, y destruido la democracia después. Para que un sistema político sea democrático es necesario que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría. Está claro que estos límites y vínculos, impuestos a los poderes de la mayoría a través de la estipulación constitucional de los derechos fundamentales y de sus garantías, son normas no ya formales, sino sustanciales. Estas normas tienen que ver con los contenidos de las decisiones, condicionan su validez sustancial y no simplemente formal y, por lo tanto, contradicen la tesis según la cual la democracia únicamente en un método, es decir, en reglas procedimentales que aseguran la representatividad popular a través del sufragio universal y del principio de la mayoría. FERRAJOLI, LUIGI, “Democracia Constitucional y Derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías”, en FERRAJOLI, LUIGI/MORESCO, JOSÉ J./ATIENZA MANUEL, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 85-86.

²²⁵ MIR PUIG, SANTIAGO, “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, en MIR PUIG, SANTIAGO/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU *Nuevas Tendencias...* op. cit., pp. 116-117.

²²⁶ ZAFFARONI, RAÚL E., *Tratado de Derecho Penal, parte Gral...* op. cit., p. 374.

transformación sufrida en consecuencia de la Revolución Fascista, constituyendo los pilares sobre que se apoya la acción de su gobierno.

El ministro Rocco, quien defendía a ultranza aquel proyecto, en relación al Estado Fascista, decía: "...Como organismo económico-social, el Estado no se presenta más como la suma aritmética de los individuos que lo componen, sino como la resultante, la síntesis o composición de los individuos, de las categorías y de las clases que lo constituyen, teniendo vida propia, fines propios, necesidades propias e intereses que trascienden por extensión y por duración, la vida misma de los individuos, de las categorías y de las clases y se extienden a todas las generaciones, pasadas, presentes y futuras. A tales preeminencias e intereses, que son los fines e intereses estatales, deben subordinarse, por tanto, en el caso de eventuales conflictos, todos los otros intereses individuales o colectivos, propios de los individuos, de las categorías y de las clases que tienen, a diferencia de aquellos, carácter transeúnte y no ya inmanente, como los intereses que atañen a la vida del Estado..."²²⁷

Como vemos, se le daba al Estado el poder supremo, éste era el núcleo de la existencia, no había nada más importante o por encima del mismo²²⁸. Lógico, que la consecuencia directa, no fue otra, que el avasallamiento de los derechos individuales.

Surge de manera casi instintiva que así como antes se utilizó *so* pretexto, la supremacía del Estado, hoy, decimos que en *son* de los derechos colectivos, de la organización y regulación social, del afán en brindar una *pseudo* sensación de

²²⁷ Véase, *Ibid*, p. 375.

²²⁸ FERRAJOLI, denominará auto-poyéticas, doctrinas donde promueven el Estado como un fin en si mismo, encarna valores éticos-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos. Abarca de manera clara dentro de esta posición a las doctrinas idealistas que estamos refiriendo, además de la fascista, la estalinistas y la liberal-nacionalista. En contraposición, coloca a las doctrinas héteropoyéticas, donde el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aun, si el mismo los viola. Véase en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. pp. 880-883.

seguridad, como también de intentar regular todas las conductas del hombre, parece que se ha avasallado nuevamente sus derechos individuales con premisas que punen no sólo conductas tildadas de peligrosas aun cuando, en el caso concreto, no hay daño, sino que muchas veces van más allá, y nos adentramos en un Derecho penal de autor²²⁹.

El Derecho penal fascista, como cualquier otro Derecho penal autoritario, pretende llegar a dominar la interioridad del sujeto, por lo que se convirtió en un Derecho penal de “intención”, de *animus*. Si bien es un error pretender que el Derecho penal pueda afirmarse sólo en criterios objetivos, los Derechos penales autoritarios con el pretexto de la inmoralidad de la voluntad, llegan a hacer depender la misma del “ánimo” o sentido con que se la desarrolla, extendiendo el ámbito de lo punible y con ello, “controlar” al individuo. Desde esta perspectiva, con el pretexto de una medida de seguridad se puede extender indefinidamente la privación de libertad del llamado “delincuente habitual”, “profesional” o “por tendencia a delinquir”²³⁰.

En tanto que el fascismo hizo una reforma penal integral, el nazismo no lo logró. En Alemania las aberraciones jurídico-penales fueron mayores, pero fueron más demostrativas de ellas, las leyes sancionadas y la doctrina elaborada en su consecuencia, que la misma labor proyectora, la cual quedó trunca.

²²⁹ Las democracias constitucionales están incompletas en relación con los prolijos catálogos de principios y de derechos establecidos en sus rígidas constituciones. Faltan, en muchos casos, las técnicas garantistas adecuadas para impedir o reparar el desmantelamiento en curso en muchos países de las garantías sociales existentes. Por otro lado, las clásicas garantías primarias que prohíben su lesión y las secundarias que condenan su vulneración y anulan las normas contrarias a ellos, resultan de todo punto inadecuadas frente a las viejas y nuevas insidias y agresiones por parte, no sólo de los poderes políticos, sino también de los grandes poderes económicos privados. FERRAJOLI, LUIGI, “Democracia Constitucional y Derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías”, en FERRAJOLI, LUIGI/MORESCO, JOSÉ J./ATIENZA MANUEL, *La teoría del derecho en el paradigma...* op. cit., pp. 113-114.

²³⁰ ZAFFARONI, RAÚL E., *Tratado de Derecho Penal, parte General*, t. II,...op. cit. p. 378.

El nacional-socialismo, no se valió del concepto espiritualizadamente hegeliano del “partícipe del derecho”, sino “partícipe del pueblo”; y esta comunidad del pueblo se edificó sobre la comunidad de sangre y suelo, que apeló al mito de la raza. La raza “aria”, considerada “raza superior”, debía ser defendida de la contaminación física y moral, particularmente de las “especies inferiores”, en la que se incluían a los judíos, gitanos y negros²³¹.

La pena, conforme a esta idea del “derecho”, no tenía ningún contenido vindicativo, ni preventivo, sino que era la simple segregación de los que atacaban la integridad del pueblo alemán y todos los delitos eran, en definitiva, ataques de esta naturaleza. Cuando los nazis hablaban de “prevención” lo hacían siempre en el sentido de “lucha”, de “guerra”. Así, la pena cumplía la doble función preventiva general y especial, debiendo hacerse la prevención general en forma que “lo que los otros sólo temen, lo sienta él en su persona” y la prevención especial debía distinguirla en “mejoramiento, intimidación y neutralización”, todo respondiendo al principio de que “la posición ante el delito no debe ser sólo educativa, sino de lucha”²³².

Más allá de los profundos cambios, que se dieron en la faz política; en el orden penal, la característica más notable del régimen nazi, fue la supresión del principio de reserva o de legalidad, que consagraba la retroactividad y la analogía penales. El

²³¹ *Ibid*, p. 380-381. Los presupuestos filosóficos y políticos que lo sustentan parten de un pensamiento comunitarista e irracionalista de los años treinta, donde la autonomía del individuo queda sometida a la prioridad axiológica de la comunidad, conformada, justamente por vínculos de sangre y nación. El valor más elevado del pensamiento nacionalsocialista lo constituye el pueblo, no el individuo. El único bien merecedor de protección es la comunidad misma. Así la esencia del delito no es la lesión de intereses y bienes jurídicos, sino la rebelión contra la comunidad y su ley interna. La fusión entre el Derecho y la moral, tanto respecto a la desvaloración e imputación de la responsabilidad, llega con el nacionalsocialismo a su máxima expresión. Véase en ALCACER GUIRAO, RAFAEL *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Ed. Atelier, Barcelona, 2003, pp. 39-40.

²³² ZAFFARONI, RAÚL E., *Tratado de Derecho Penal, parte General*, t. II,...op. cit., p. 383.

pensamiento del “sano sentimiento del pueblo” garantizaba el carácter “popular”, es decir, irracional de esta legislación, como también la dictadura de la costumbre²³³.

Por su parte, en la política penal soviética de entre-guerra, Zaffaroni²³⁴, nos dice que fueron los primeros decretos los que introdujeron el concepto de “conciencia socialista del derecho”, otorgando al juzgador la más amplia libertad de apreciación e intérprete de esta “conciencia”, al que él debía consultar en caso de duda. La primera manifestación jurídico-penal fueron los “principios” de 1919; estos “principios” no dejaban de ser un abierto Derecho de guerra, en que el juzgador debía apreciar la peligrosidad social del delito, conforme a su conciencia socialista, en vista a la eliminación de los enemigos de la clase proletaria. No había en ellos penas fijadas y se daba la libre elaboración del derecho, es decir, la más absoluta arbitrariedad del juez.

Una vez asentado el poder soviético, se sancionó el Código Penal de 1922, que permanecía estrechamente vinculado a los principios de 1919. La función del Derecho penal siguió siendo la defensa del “Estado de campesinos y obreros” durante el periodo de “transición al comunismo”. Las agravaciones más notorias eran para los actos “socialmente peligrosos” que tenían por objeto el restablecimiento del poder de la burguesía²³⁵.

El juzgador permanecía extraordinariamente “libre” para apreciar el “peligro social” y construir analógicamente los tipos conforme a la conciencia socialista. Este texto representa el más nefasto maridaje entre el objetivismo valorativo y las ideas

²³³ Se produce una “etización” del Derecho penal. La desvaloración de las conductas hallará su fundamento en la actitud de rebelión frente al orden moral que representa la comunidad misma; el delito implica un significado de infidelidad, de traición a la comunidad. Se produce un paso a un Derecho penal de autor. El único supervalor a cuyo mantenimiento debe consagrarse el Derecho penal es la comunidad como esencia moral e histórica. Véase en ALCACER GUIRAO, RAFAEL *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito...* pp. 40-41.

²³⁴ ZAFFARONI, RAUL E. *Tratado de Derecho Penal -parte General*, t. II...op. cit. p. 387.

²³⁵ *Ibid*, p. 388

positivistas de Ferri. Toda pena tenía su legitimación en la defensa social. Cualquier acción que fuera catalogada como “socialmente peligrosa” daba lugar a la aplicación de un Derecho penal riguroso, alejado de cualquier principio liberal, eliminando cualquier límite legal.²³⁶.

El autoritarismo penal, reflexiona, Zaffaroni, con meridiana exactitud en cuanto al origen ideológico/psicológico de los hombres que forman estos poderes autoritarios; como la manifestación de una frustración en los sujetos del grupo de poder que detentan el gobierno. Siempre se fundan en una “ideología”, lo que no es más que la exaltación de una idea, manejada como un “deber ser”. La actitud del ideólogo penal autoritario es siempre la de un exaltado, finca en un exaltación. La exaltación se da cuando se construye más alto de lo que se puede subir. Exaltación significa absolutización de una única decisión en que el valor está fijado de una vez y para siempre²³⁷.

Todo sistema penal autoritario, nos dice, responde a una política penal guiada por el miedo, que siente y que quiere imponer. “El miedo es la sombra del autor”, persigue todo el accionar penal, tanto el del autor como del represor. El verdadero sentido del miedo es una conciencia que pretende negar, a través de una conducta mágica, un objetivo del mundo exterior²³⁸.

El legislador autoritario quiere negar nada menos que el ser del hombre, que es lo que le amenaza, lo que le hace tambalear su fuerza. A ello obedece que aumente penas sin tener en cuenta qué sucede en la realidad que no puede dominar. No le importa la realidad, la niega, se encasilla en sus tipos. No le importa qué es el hombre,

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*, p. 392.

²³⁸ *Ibid.*, p. 393.

no le interesa que se lo digan. El autoritarismo penal considera patológica toda separación de sus tipos valorativos pétreos²³⁹, de sus ideas exaltadas y cada día concibe menos que los otros no se percaten del ataque del que tiene que defenderse.

Decimos que se complace en una “frontalidad” penal, es decir, se aumenta el rigor de las penas, sintiéndose más seguro frente a ese rigor. Se consuma, un círculo vicioso, donde el miedo es su principal componente, haciendo que todo el orden penal pierda eficacia. Por eso estos autoritarismos resplandecen y encasillan, pero a poco son nada o, mejor, muestran ser nada.

¿Acaso estamos cayendo de manera sutil, pero constante, en aquéllos designios de un Derecho penal de entre-guerra?; la respuesta al interrogante se puede tornar algo obvia, si la mirada la orientamos en las bases mismas del Derecho penal liberal clásico y observamos la realidad actual, donde es cotidiano la proliferación de punir conductas en ora del bienestar general. Insisto, seguramente no estamos inmersos en aquellos gobiernos totalitarios, pero intento generar el interrogante si acaso el mecanismo de utilizar el Derecho penal como instrumento de control, no es idéntico en ambos estamentos. A modo personal y desde lo empírico, considero que la respuesta puede ser afirmativa.

²³⁹

Véase en FERRAJOLI, LUIGI *Derecho y Razón*, ...op. cit. pp. 227-231.

CAPITULO II

LOS DELITOS DE PELIGRO Y EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD. PROBLEMÁTICAS.

1. Concepto material del delito. Bien jurídico protegido.

1.1 *Sobre la Teoría del Bien Jurídico Protegido. Primeros pasos. Desarrollo del concepto.*

Más allá de la intención por definir de manera única qué debemos entender por bien jurídico protegido, nos vamos a encontrar con una cierta limitación para llegar a nuestro propósito, toda vez que no es poca la problemática²⁴⁰ que se plantea, como lo veremos en las líneas que prosiguen.

No obstante, lo reflexionado, podemos comenzar afirmando, tal como lo señala Balcarce²⁴¹, que el concepto de bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Lo fundamentó y formuló Feuerbarch como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. Su denominación queda definitivamente fijada con Birnbaum, en 1834, quién sostiene que el Derecho penal tiene que proteger bienes y no derechos subjetivos, como proponía Feuerbarch²⁴²; pero será Binding quién utilice el término

²⁴⁰ A saber: Un contraste entre funciones de carácter preferentemente dogmático o, desde la óptica de la política criminal, que limita la conceptualización abarcativa de ambas perspectivas. La contraposición entre bienes jurídicos de naturaleza individual frente a otros de carácter social. La imposibilidad de encontrar un grado de abstracción que permita captar los diferentes objetos de protección, con el mínimo de contenido que posibilite sus prestaciones dogmáticas. La necesidad de distinguirlo del objeto de la acción. SANZ MORAN, ANGEL J. “Reflexiones sobre el bien jurídico” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 1755. También en SILVA SANCHEZ, JESUS M. *En busca del Derecho penal -Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena...* op. cit., pp. 153-156. Idéntica problemática se refiere en PERIS RIERA, JAIME M. *La regulación penal en la Manipulación genética en España*,...op. cit., p. 81.

²⁴¹ BALCARCE, FABIAN, “Lección 11. La Antijuricidad”, en LASCANO, CARLOS J (h), *Manual de Derecho Penal –parte general*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2002.

²⁴² *Vid*, GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 884. *Vid*, SANZ MORAN, ANGEL J. “Reflexiones sobre el bien jurídico” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución,*

por primera vez a partir de la noción de lesión de bienes de Birnbaum, refiriéndose al objeto del delito como bien jurídico. Lo va a definir como: “Todo aquello que, en sí mismo, no es derecho; pero que, según el legislador, tiene valor como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuya conformación inmodificada y sin perturbaciones tiene, según su opinión, un interés”²⁴³.

Entonces, en cuanto a su evolución, el antecedente más inmediato a la teoría del bien jurídico fue la doctrina de los llamados *derechos subjetivos*²⁴⁴.

La teoría iusnaturalista-racionalista, que permitió la caída del antiguo régimen absolutista, daría un vuelco fundamental a la manera de ver las cosas, pues, al proponer la teoría contractualista del Estado, colocaría en un primer plano a los derechos naturales del hombre y, el ente político sólo tenía como razón de ser, su protección²⁴⁵. Así, se impone la razón del individuo por encima de la razón del Estado. El *prius* era el individuo; el *posterius*, el ordenamiento²⁴⁶.

Los *derechos subjetivos* fueron reemplazados por el *bien jurídico*, pues se entendió que antes que al derecho subjetivo, se lesionaba el objeto sobre el que recaía

Derechos Fundamentales y Sistema Penal,...op. cit. t. II p. 1753. También en ALCACER GUIRAO, RAFAEL *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*...op. cit. pp. 67-71, 100-104.

²⁴³ Vid, BINDING, KARL “La Culpabilidad en el Derecho penal”, -Trad. Cancio Meliá, M.-, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 29-31. También en BUSTOS RAMIREZ, JUAN, en *Control social y Sistema Penal*, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, p. 137-140. Véase también sobre el tema en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*...op. cit. pp. 468-480.

²⁴⁴ Los juristas en general asignan a la palabra “derecho”, dos acepciones diferentes. Por un lado, norma o regla de Derecho y por otro facultad o poder jurídico. Como consecuencia de la influencia alemana, a la norma o regla de Derecho la llaman Derecho “objetivo”; y a la facultad o poder jurídico, derecho subjetivo. Sobre el concepto de derecho subjetivo y su evolución histórica, podemos ver la obra de FOLGADO, AVELINO P. *Evolución Histórica del Concepto del Derecho Subjetivo*, Ed. Anuario Jurídico Esculiarense, Madrid, 1960.

²⁴⁵ Vid, KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, -Traducción, Gregorio Robles Morchón/Felix F. Sánchez-, Ed. Trotta, Madrid, 2011, pp. 67-70.

²⁴⁶ BALCARCE, FABIAN, “Lección 11. La Antijuricidad”, en LASCANO, CARLOS J (h), *Manual de Derecho Penal*...op. cit. p. 395. KINDHÄUSER, también admite que el concepto de bien jurídico es extraído de una teoría de justicia contractualista. KINDHÄUSER, URS “Personalidad, culpabilidad y retribución”, -Trad. Juan Pablo Mañalich-, en KINDHÄUSER, URS-MAÑALICH, JUAN P. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*...op. cit., p. 8.

la denominación, manteniéndose aquél incólume. En esta etapa se mantendrá la fuerte vinculación entre el concepto bien jurídico y los derechos individuales.

Luego, como consecuencia de las codificaciones, el positivismo decimonónico, las ideologías estatalistas, el neokantismo llevado a sus últimas consecuencias y el subsuncionismo censorador de toda actividad interpretativa, se produjo el fenómeno en sentido inverso, es decir, se fue reivindicando el Derecho objetivo en el sentido de darle preeminencia frente al Derecho subjetivo. Se impuso así la razón del Estado sobre la razón del individuo²⁴⁷.

Hace un siglo, se luchó para superar la concepción del delito como infracción del deber. Luego la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia de valores dieron los siguientes pasos: exigir la precisión del objeto de la tutela penal y en un plano superior de búsqueda de la justicia material, se estableció la idea central de bien jurídico como algo que no procede de la ley penal, sino que es anterior y superior a ella y es ella la que se destina a protegerlo. De esa manera es claro que la función de la ley penal es la de proteger a los bienes jurídicos de ataques, y el poder del legislador penal reside precisamente en la capacidad de elegir los bienes jurídicos que le parecen más importantes y describir las clases de ataques que va a castigar, pero nunca será la de crear un bien jurídico por la sola fuerza de la voluntad legal²⁴⁸.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, si bien, se apeló a los viejos caminos del Derecho natural para fundar la dignidad de la persona como Derecho esencial y

²⁴⁷ BALCARCE, FABIAN, “Lección 11. La Antijuricidad”, en LASCANO, CARLOS J (h), *Manual de Derecho Penal....op.*, cit. p. 396. Kant, por su parte, entiende que resultará comprensible que, antes de existir la voluntad general, el pueblo no posee ningún derecho de coacción contra quien le manda, porque sólo a través de éste puede aquel coaccionar jurídicamente; pero si existe esa voluntad general, tampoco puede ejercer coacción alguna contra él, pues en ese caso el pueblo sería la autoridad suprema; en consecuencia nunca corresponde al pueblo un derecho de coacción contra el jefe de Estado. *Vid.* KANT, IMMANUEL, “De la relación entre Teoría y Práctica en el Derecho político”, en *Teoría y Práctica,....op. cit.*, p. 44.

²⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va el....op. cit.*, p. 140-141.

fundante; el profesor de Bonn, Hans Welzel²⁴⁹, buscó el límite del poder punitivo del Estado en las estructuras lógico-objetivas, lejos de aquella intención.

Bustos Ramírez, refiere que el aporte más significativo de Welzel es haber señalado que había que ir más allá del bien jurídico para darle un contenido material, que la sanción penal sólo era posible cuando había una efectiva inobservancia y

²⁴⁹ Entiende que la idea del estar-obligado absolutamente es el núcleo y contenido de verdad del Derecho natural. En ese enfrentamiento entre Derecho natural y positivo, se expresa la convicción de que en las relaciones sociales no sólo existe algo que por su poder superior coacciona, sino más bien algo que no posee únicamente una mera realidad fáctica, algo que nos obliga en nuestra íntima convicción a actuar de una determinada manera. Ahora bien, entiende que éste mandato real, se presenta como simple pretensión del deber ser, pero no como deber ser obligatorio. Así las teorías del Derecho natural parten de un deber obligatorio que trasciende al ente. En todos los tiempos ha mantenido la conciencia de una significación existencial, ha revelado que la presencia de un deber ser obligatorio trascendente a la existencia, es el presupuesto de posibilidad de una existencia humana en sentido pleno. Con lo dicho, no sólo se encontró el polo supremo del que prende toda teoría jurídica, sino también, implícitamente, se descubre el correlato del deber ser obligatorio, la persona responsable. Así, obligación y persona responsable se corresponden indisolublemente. Por ello, todo mandato que en tanto norma jurídica quiera obligar al hombre, tiene que reconocerlo como persona. El reconocimiento del hombre como persona responsable es un presupuesto mínimo que debe cumplir un orden social si no quiere sólo coaccionar como poder sino obligar como derecho. Luego de la caída del régimen nacionalsocialista, el mundo jurídico, se orientó a buscar principios suprapositivos. Se buscaba una medida ideal que pudiera decidir cuándo constituyen Derecho obligatorio las disposiciones eficaces en la práctica emanadas del supremo poder del Estado, una cuestión que partía de la premisa por la cual lo que no es Derecho continúa sin ser Derecho aunque se presente bajo la forma de ley. Así, se determina que será el reconocimiento general uno de los presupuestos para el nacimiento del Derecho positivo. Todo Derecho positivo, por muy terreno que sea, es la justicia realizada en el tiempo y en el espacio, y de aquí proviene la dignidad. Entonces los mandatos del supremo poder estatal que ni siquiera pretenden lograr el asentimiento general, pueden, ciertamente imponerse si se encuentran con súbditos bastante dispuestos, pero no llegan a alcanzar la validez positiva ni a ser Derecho positivo. Y si contradicen a normas jurídicas positivas (reconocidas), son mandatos contrarios al Derecho. A lo referido, le queda agregar, entonces, que una vez terminado el problema de la validez del Derecho; después del problema de la efectividad del mismo surge el problema de la legitimidad; es decir, encontrar una respuesta hacia el interrogante de por qué un Derecho que ha logrado validez positiva en un Estado debe ser acatado también por aquellos que no lo aprueban. Aquí, se encuentra seducido por la postura de Kelsen, el cual, parte de la disparidad existente entre el ser y el deber ser, cuya diferencia no podría esclarecerse de manera más inmediata, sino que vendría dada inmediatamente a nuestra conciencia; como concepto simple que es, no podría definirse ni analizarse. Ahora bien, entiende que el único acto de conciencia en el que el deber ser es visto como un deber ser normativo-obligatorio, vinculante, es el de la conciencia moral. Así un deber ser no puede nunca derivarse más que de otro deber ser: también el deber ser de un orden jurídico positivo, efectivo -por ser aplicado y obedecido en general-, pero únicamente derivarse de un deber ser anterior más alto, de una norma fundamental hipotética que legitime el orden jurídico. Se convierte así, el deber ser, en un esquema de interpretación inventada, de acuerdo con el cual puede interpretarse todo el Derecho positivo, es decir, todo orden coactivo que sea efectivo general, como un orden objetivamente válido, normativamente obligatorio. Entonces, será de una importancia fundamental para la configuración de la vida social: el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo de un orden jurídico, esto es, de un orden social de mando que no solo pretende imponerse por medio de la fuerza triunfante, sino que quiere obligar como un orden del deber ser. *Vid*, WELZEL, HANS, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Ed. B de F Ltda. Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 115-244.

además por haber dejado una definición concreta de bien jurídico, entendido como: “todo estado social deseable que el Estado quiere resguardar de lesiones”²⁵⁰.

Por su parte, el constitucionalismo internacional moderno llevaría al núcleo axiológico fundamental la dignidad humana, hoy la mayoría de las Cartas Magnas nacionales consagran los derechos individuales (parte dogmática) como fuente del Derecho, de aplicación inmediata y directa (carácter operativo). La nueva doctrina se denomina positivismo valorativo o crítico.

Como bien lo ha señalado, Balcarce, la evolución del bien jurídico no es más ni menos que la historia de los derechos fundamentales y, ésta, a su vez, es el devenir de los intereses vitales de la humanidad²⁵¹.

El concepto de bien jurídico se suele utilizar por la doctrina penal en dos sentidos diferentes²⁵², ya sea hacia la política criminal ya sea hacia la dogmática:

²⁵⁰ Vid., BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal*....op. cit. pp. 164-165. La aspiración fundamental de Welzel era la de oponerse a un concepto “espiritualizado” de bien jurídico; concepto que, dado que definía el bien jurídico como un valor ideal, situaba la lesividad del mismo en el plano ideal de la vigencia de los valores y las normas, viniendo a coincidir enteramente con su noción de del “desvalor del acto”. Asumir, un bien jurídico de carácter espiritualizado llevaría a una confusión dogmática al igualarse en el sistema tanto material como estructuralmente la lesión del bien jurídico -desvalor de resultado- con la lesión de deber -desvalor del acto-, dado que todo desvalor del acto, en cuanto lesionaría ya la vigencia del valor ideal, implicaría ya el desvalor del resultado. Y, optar por prescindir enteramente del bien jurídico haría perder coherencia lógica a todo su sistema, al carecer de un objeto exterior -un estado valorado- hacia el que se dirigiera la finalidad de la acción -el desvalor del acto-. Véase en ALCACER GUIRAO, RAFAEL *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*....op. cit. pp. 43-48.

²⁵¹ BALCARCE, FABIAN, “Lección 11. La Antijuricidad”, en LASCANO, CARLOS J (h), *Manual de Derecho Penal*op., cit. p. 397. Asimismo, Díez Ripollés, sólo para acotar, entiende que tras la aparición de los aportes de Rawls y Habermas se ha producido una revitalización de la idea contractualista como criterio legitimador del orden social. Con ellos, sin embargo, ha terminado asumiendo, éste criterio fundante, un carácter contingente en su contenido, apartándose en cierta forma de los planteamientos Kantianos que a partir de cierto momento consolidaron la teoría clásica del contrato social. DIEZ RIPOLLES, JUAN L. “La Contextualización del bien jurídico protegido”, en *Política Criminal y Derecho penal*,...op. cit. p. 16.

²⁵² Lo dicho, como consecuencia a la reconducción que hace la doctrina moderna en relación a las cuatro funciones que podemos atribuirle al bien jurídico, tres dogmáticas y una político criminal. Así, tenemos, relacionada a la primera: Una de contenido material de la infracción jurídico-penal: es antijurídica aquella conducta que menoscaba bienes jurídicos. En conexión, con esta, otras dos: si caracterizamos al delito, en sentido material, como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, se ofrece, un criterio para la ordenación de las diferentes conductas delictivas (función clasificatoria o sistemática), así como un instrumento de interpretación (teleológica) de los elementos que sirven al

a) En el sentido *político criminal*, por lo que merece ser protegido por la norma penal de que se trata. Estamos ante un concepto material y, por lo tanto, con contenido; el cual exige al legislador, como condición de la legitimidad de su tarea en relación al Derecho penal, que sólo se protejan bienes jurídicos. Este es el concepto liberal del bien jurídico, obedece a una posición crítica y reformista que en nuestro siglo arranca con Von Liszt y tiene como antecedente la teoría del objeto del delito propia de la ciencia penal del Iluminismo²⁵³.

b) En el sentido *dogmático* de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trata. Desde este punto de vista se hace referencia a un concepto formal o metodológico de bien jurídico. Es un etiquetamiento de la interpretación teleológica a nivel de dogmática penal. Con este punto de apoyo positivista y conservador, se torna imposible comprobar inductivamente la lesión –o puesta en peligro– de un bien jurídico como el núcleo común de todo delito; el objeto de protección no existe como tal, sólo irrumpe a la vida cuando vemos en los valores

legislador en la elaboración de los tipos penales (función interpretativa). La cuarta función, la que se refiere al corte político criminal, derivada de la tarea de protección que se le suele atribuir al Derecho penal, informando el bien jurídico protegido conductas deben ser amparados por el legislador con una amenaza penal, construyendo de esta manera los límites a la intervención estatal. Ver en SANZ MORAN, ANGEL J. “Reflexiones sobre el bien jurídico” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 1754. También véase en PERIS RIERA, JAIME M. *La regulación penal en la Manipulación genética en España*...op. cit., p. 82.

²⁵³ *Vid*, en *ibid*, pp. 1757-1758. En relación al pensamiento de Von Liszt, éste entiende que las raíces del bien jurídico no están en el campo de la del derecho y que frente a esto hay que buscar sus presupuestos en el campo de la metafísica o en el de la realidad social. El primer camino nos lleva al campo de la abstracción, de la deducción y en cierto modo al campo de la ciencia jurídica; en cambio, el segundo, al estudio del hombre en cuanto ente social y a su actuación dentro de una realidad social determinada, luego a la creación, a la inducción, a la constante interacción del hombre y su medio, a la determinación de las estructuras sociales. Lo que le interesa al derecho es proteger relaciones sociales determinadas y las posiciones que en ellas tienen los individuos y su intermediación con objetos y entes con las interacciones consecuenciales que surgen entre ellos. Lo que interesa salvaguardar son las relaciones sociales mismas, la interacción social de los individuos que forman el todo social. Los bienes jurídicos lo que hace es plasmar de manera concreta este complejo real social que interesa proteger. En esto se justifica su importancia, como principio garantizador, ya que permite a toda la sociedad y a todos los individuos determinar qué es lo que se está protegiendo, fundamento por el que se rechaza a toda fórmula que lo lleve a la vaguedad y a la abstracción. Por esto, la exigencia imprescindible de que todo precepto penal ha de contener un bien jurídico protegido. Véase en BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal...* op. cit. pp. 164-168.

de la comunidad los objetos que constituyen el fin objetivo de las prescripciones penales. Desde mi interpretación, punto de partida de los intereses difusos o supraindividuales²⁵⁴ y con ello el nacimiento de la discusión debido a la gran proliferación de normas que tienden a resguardar estos bienes jurídicos colectivos²⁵⁵

Gracia Martín, sostiene desde un punto formal que bien jurídico es todo bien, situación o relación deseada y protegida por el Derecho; mientras que desde un aspecto material, sostiene, que no parece posible aprehender al bien jurídico mediante la formación de un concepto. Dicha imposibilidad no debe suponer obstáculo alguno al reconocimiento del principio de protección de bienes jurídicos toda vez que, si en lugar de pretender encasillarlo en un concepto lo tomamos como una directriz normativa, donde el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos puede continuar siendo el muro de contención del poder punitivo frente al Estado y para cualquier manifestación actual de Derecho penal²⁵⁶

El Derecho penal, nos dice Jakobs, tiene como principal contribución el mantenimiento social y estatal y lo hace garantizando las normas, garantía que consiste en que aquellas expectativas que el componente de una sociedad coloca en ella, no se

²⁵⁴ Vid, en SANZ MORAN, ANGEL J. “Reflexiones sobre el bien jurídico” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. pp. 1755-1756.

²⁵⁵ Se refleja, como lo hemos venido manifestado, el paso de un Estado liberal, más preocupado por asegurar el orden social en un contexto de garantías formales de la convivencia, a un Estado social que busca la plena convivencia pacífica por medio del aseguramiento a todos los ciudadanos de determinados presupuestos materiales. Así, encontramos, por un lado, normas penales que contienen una vaguedad en su contenido; como también una permanente legislación que busca soluciones en tipos de peligro con el riesgo para la seguridad jurídica, sobre todo por el abuso que hace el legislador del Derecho penal para transformaciones sociales que son ajenas a su función, generando, muchas veces, un Derecho penal simbólico. Vid. DIEZ RIPOLLES, JUAN L. “La Contextualización del bien jurídico protegido”, en *Política Criminal y Derecho penal*,...op. cit., 29-30.

²⁵⁶ GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. pp. 903-904. También en BUSTOS RAMIREZ, JUAN J. / HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN *Lecciones de Derecho penal -parte general-*,...op. cit., pp. 71-77. También en PERIS RIERA, JAIME M. *La regulación penal en la Manipulación genética en España*’...op. cit., pp.81-82.

entienda perdida en caso que resulte defraudada. Por eso, se debe definir como el bien a proteger, la firmeza a las expectativas normativas frente a la decepción; este bien se denominará bien jurídico protegido²⁵⁷

Bien es sabido, que los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad a los que el Derecho penal otorga su protección²⁵⁸, no es un concepto estático, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierto al cambio social y a los progresos del conocimiento científico.

Kindhäuser, en un sentido similar, entiende que los bienes jurídicos son aquellas propiedades de seres humanos, cosas e instituciones que sirve al libre desenvolvimiento individual y que resultan merecedoras de protección bajo el principio de la coexistencia de libertad ventajosa para todos²⁵⁹

Por su parte, en esa línea de pensamiento, aparece la posición de Silva Sánchez, tal como lo refiere Sánchez-Ostiz Gutiérrez²⁶⁰, el cual expone que Silva Sánchez, al momento de tratar el tema del bien jurídico, evita partir de la base de un concepto

²⁵⁷ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación...* op. cit. p. 45. El delito, al igual que la pena no es entendido como fenómeno que produzca efectos en el mundo exterior al sistema, sino como un hecho social, como un proceso de comunicación referido al sistema mismo. Así, delito y pena, son captados como mensaje y respuesta respecto de la vigencia de la norma. Con lo dicho, hay que resaltar un carácter social de la lesividad inherente a todo delito. Entonces, la protección de bienes jurídicos es una labor también por otros ámbitos del Derecho. No obstante, rechaza la posibilidad de prescindir totalmente del bien jurídico y sustituirlo por la noción genérica de la lesividad social. La concreción en bienes tiene la función de simplificar la cuestión de la concreta dañosidad social de cada lesión de bien jurídico, por medio de la remisión a la relevancia general del bien. Véase sobre el tema en ALCACER GUIRAO, RAFAEL *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito...* op. cit. pp. 60-62; 104-107.

²⁵⁸ Valores o intereses, especialmente importantes, de una sociedad que se intentan proteger mediante el amparo de las normas. FERNANDEZ REQUENA, JUAN, *El delito de terrorismo urbano o de baja intensidad -análisis del art. 577 CP-* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp- 55-56.

²⁵⁹ KINDHÄUSER, URS “Personalidad, culpabilidad y retribución”, -Trad. Juan Pablo Mañalich-, en KINDHÄUSER, URS-MAÑALICH, JUAN P. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho...* op. cit., p. 8.

²⁶⁰ SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P. “La aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, veinte años después: Los fines del Derecho Penal”, en ROBLES PLANAS, R. / SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Cdres), P. en *La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo...* op., cit. p. 37.

ontológico, sosteniendo que hacerlo sería estar abocado al fracaso; debe, el bien jurídico, estar sujeto al cambio histórico, condicionado por estructuras socio-culturales.

Se lo define, nos dice Balcarce, como circunstancias dadas o finalidades útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Es su dimensión social lo que interesa al derecho: la medida en que la indemnidad de los objetos reales constituye una necesidad social y condiciona las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales. En este sentido, el bien jurídico es un esquema de interpretación constitutivo de una síntesis concreta de una relación social dinámica, con lo cual se comprende la posición de los sujetos, sus formas de vinculación entre ellos y los objetos, sus interacciones y su transcurso dentro del desarrollo histórico del contexto social²⁶¹.

1.2. Posición de Von Hirsch. Análisis de la dogmática penal americana/anglosajona. Teoría del Bien Jurídico Protegido y el Principio del daño. Función crítica.

Andrew Von Hirsch²⁶², refiere sobre el bien jurídico que, el mismo, ha ostentado desde siempre un papel central en la teoría jurídico-penal alemana.

El bien jurídico protegido en un tipo penal constituye uno de los tópicos esenciales de cara a su interpretación. De igual manera, y junto a esta reconocida función intrasistemática, la doctrina dominante asigna a la teoría del bien jurídico también una *función crítica*; la cual, consistirá en la posibilidad de declarar la inexistencia de un bien jurídico merecedor de protección frente a supuestos de

²⁶¹ BALCARCE, FABIAN, “Lección 11. La Antijuricidad”, en LASCANO, CARLOS J (h), *Manual de Derecho Penalop.*, cit. p. 400.

²⁶² HIRSCH, ANDREW VON, “La Teoría del Bien Jurídico y el Principio del Daño”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico- Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juegos de abalorios dogmáticos-,...op.* cit.

penalización de conductas meramente inmorales (v.g. la prostitución), lo que a su vez habría de llevar a concluir que dicha conducta no debería ser criminalizada. No obstante, ésta función crítica, está siendo contemplada últimamente con cierto escepticismo, toda vez que la opinión mayoritaria sigue considerando el bien jurídico como la base irrenunciable de un sistema jurídico penal-racional²⁶³.

Ahora bien, desde un punto comparativo, podríamos decir que las cosas se ven muy distintas en el ámbito anglo-americano. Ni en la dogmática penal americana ni en la inglesa se maneja tal concepto de bien jurídico protegido. De cualquier modo, esta discrepancia entre la ciencia penal angloamericana y la europea continental no es una particularidad aislada. Así, otra noción central para la dogmática alemana que, sin embargo, no es manejada en la discusión angloamericana es la prevención general positiva. No obstante, el contraste entre la ciencia penal alemana y la angloamericana es menos pronunciado que el relativo al del “bien jurídico”²⁶⁴.

1.2.1. Sobre la Teoría penal angloamericana y el “principio del daño”

Von Hirsch, intenta analizar si de la teoría penal angloamericana tradicional puede extraerse un concepto equivalente al del bien jurídico y, si es así, en virtud de qué presupuestos partiría²⁶⁵.

En primer plano ha de situarse a este respecto el “*harm principle*” (principio del daño), el cual, al igual que en Alemania con el “bien jurídico”, es empleado como instrumento para delimitar y limitar el ámbito de aplicación legítimo de las normas

²⁶³ *Ibid*, pp. 37-38.

²⁶⁴ Tal como se pusiera de manifiesto en el seminario anglo alemán sobre el tema “prevención general positiva”, celebrado en 1996 en Uppsala, respecto de esta cuestión existen en muchos aspectos coincidencias notables tanto en los presupuestos como, por ello, en las tesis mantenidas.

²⁶⁵ HIRSCH, ANDREW VON, “La Teoría del Bien Jurídico y el Principio del Daño”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico...*, op. cit., 38.

penales. En un segundo paso, nos dice, habrá de preguntarse si las conclusiones obtenidas pueden ser útiles para la discusión alemana sobre el bien jurídico²⁶⁶.

Para el análisis del tema, Hirsch, intenta desentrañar la posición que sobre el concepto “principio del daño” han desarrollado autores, como Mill y Feinberg.

El “principio del daño”, ha jugado un papel esencial desde el siglo XIX, en los países de habla inglesa, como base de legitimación de las normas penales. En relación con el mismo, afirma el filósofo John Stuart Mill, la única finalidad por la que el poder podría ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es para evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos porque esto fuera mejor para él, porque lo haría más feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. No obstante, él es responsable ante la sociedad, cuando su conducta se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es de derecho, absoluta. El individuo sobre su cuerpo y espíritu es soberano²⁶⁷.

La sociedad debe soportar, si el daño es contingente o constructivo; sin violar ningún deber preciso hacia el público ni perjudicar a ningún otro miembro de la

²⁶⁶ *Ibid.* También en SANZ MORAN, ANGEL J. “Reflexiones sobre el bien jurídico” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. p. 1765-1766. Aunque lo toma al concepto como una de las posiciones que asumen algunos autores con la finalidad de determinar una conceptualización del bien jurídico protegido.

²⁶⁷ MILL, JHON STUART, “De los Límites de la Autoridad de la Sociedad sobre el individuo”, en *Sobre la Libertad*, -Traducción de Josefa Sainz Pulido-, Ed. Aguilar, Madrid, 1972, pp. 111-121. También en HIRSCH, ANDREW VON, “La Teoría del Bien Jurídico y el Principio del Daño”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico...*, op. cit., p 39. También en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*...op. cit. p. 466.

sociedad más que a sí mismo, y debe hacerlo por el bien superior que significa la libertad humana²⁶⁸.

Bajo los presupuestos de la concepción de Mill, no pueden castigarse legítimamente conductas que únicamente conllevan una lesión para uno mismo, ni tampoco puede justificarse el castigo de una conducta únicamente en virtud de la inmoralidad. Así concebido, el “principio del daño” ha sido utilizado en la discusión angloamericana como argumento frente a la prohibición penal del consumo de alcohol, de la prostitución o de la homosexualidad²⁶⁹.

Por su parte, reflexiona Hirsch en su análisis, Joel Feinberg, en relación al principio del daño, entiende que éste ha de estar orientado prioritariamente a asegurar las condiciones de la convivencia social, en cuanto los intereses primordiales del individuo son protegidos frente a injerencias externas, y ello de modo que intente asegurarse la mayor optimización posible de las esferas de libertad de todos. Lo dicho, conlleva que cada ciudadano, tiene plena libertad para perseguir sus deseos y fines mientras no dañe a los demás, esto es, mientras no menoscabe intereses ajenos²⁷⁰.

Según la teoría de Feinberg, una conducta, además de lesiva, debe integrarse con dolo o imprudencia, para adquirir verdadera relevancia penal. De lo dicho, nos lleva a la conclusión de sostener que el sujeto, sólo, puede ser condenado por las consecuencias lesivas de sus acciones cuando hubiera podido evitarlas. Ahora bien, entiende que, ésta reducción de la responsabilidad penal puede también argumentarse desde la perspectiva de la consecuencia jurídica: una sanción penal expresa un juicio

²⁶⁸ MILL, JHON STUART, “De los Límites de la Autoridad de la Sociedad sobre el individuo”, en *Sobre la Libertad*, -Traducción de Josefa Sainz Pulido-...op. cit. p. 122.

²⁶⁹ Véase, en *Ibid*, pp. 145-152. En relación argumentos a favor y en contra, que expone el autor, sobre la temática, véase las pp. 147-148.

²⁷⁰ FEINBERG, *Harm to Other*, 1984. Hay una resección de Neumann, *ARSP*, 1986, pp. 118 y ss.. Cita conforme HIRSCH, ANDREW VON, “La Teoría del Bien Jurídico y el Principio del Daño”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico...*, op. cit., p. 40.

de desvalor y asigna un reproche. La pena, entonces, puede ser entendida como una comunicación con el autor, entendido como una persona capaz de emitir juicios morales. Ese contenido de reproche presupone necesariamente que la conducta punible sea merecedora de dicha censura, lo que es relativamente fácil de asumir cuando la consecuencia inmediata del hecho es la lesión de una persona y ello ha sido producido dolosa o imprudentemente²⁷¹.

Entonces, mientras, Mill, limitó su concepción esencialmente a las conductas dañosas, Feinberg considera que bajo determinadas circunstancias el riesgo de consecuencias lesivas puede equipararse al daño efectivo. Desde estas premisas, admite la criminalización de distintas formas de peligro abstracto. Para Feinberg, ya se puede hablar de delito cuando la conducta prohibida se ha llevado a cabo con dolo o imprudencia y ello, incluso, cuando el autor no quiere provocar o ni siquiera prevé las futuras consecuencias lesivas. Se plantea el problema, no obstante, de si esas consecuencias pueden serle imputadas legítimamente al autor²⁷².

Feinberg pone de manifiesto que el “*principio del daño*” debe configurarse como un principio limitador, promoviendo que no sean criminalizadas las conductas que, aun siendo indeseables, no causen un daño o un riesgo de lesión. Pero no toda conducta lesiva a ser prohibida penalmente, ya que el autor introduce toda una serie de principios mediadores que han de ser tenidos en cuenta, antes que intervenga el Derecho penal²⁷³.

²⁷¹ Véase en HIRSCH, ANDREW VON, “La Teoría del Bien Jurídico y el Principio del Daño”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico...*, op. cit. p.40.

²⁷² *Ibid* p. 41.

²⁷³ Dichos principios se refieren a la intensidad y probabilidad del daño, la relevancia de los intereses a proteger, el grado de limitación de la libertad personal del autor y el valor social del comportamiento. Y también deberá tenerse en cuenta si la conducta ha de ser regulada mediante sanciones sociales informales o por el derecho civil.

Ante el interrogante que se plantea, Feinberg, determinar si el “*principio del daño*” puede acometer la función asignada en la teoría penal alemana al concepto de bien jurídico; reflexiona que si se comparan las implicaciones de aquél con la discusión alemana, acerca del bien jurídico, pueden encontrarse coincidencias que sirvan quizá para complementar ésta²⁷⁴.

A tales fines, toma como punto de partida de la tesis, el concepto de daño, haciéndolo desde la noción de interés. Sostiene que se estará ante un daño cuando un conducta menoscabe un interés, si bien no se aclara de forma satisfactoria en qué consiste esa noción de interés²⁷⁵, cree que el interés debe concebirse como un recurso sobre cuya integridad tiene una pretensión, la persona involucrada, es decir, una conducta lesiva es el menoscabo de un recurso a cuya existencia indemne tiene derecho otra persona.

Así, se da paso al segundo aspecto y es justamente: qué debe entenderse por recurso. Para hacerlo, debe partirse de que el bien jurídico es algo independiente: no el fin de protección, sino ese “algo” que se halla tras el fin de protección. Entiende, que en esa noción de recurso que late tras el interés, se encuentra la respuesta a qué es ese algo; por lo que termina definiéndolo como un medio o una capacidad que, en el caso normal, posee un cierto valor para el mantenimiento de un estándar de calidad de vida²⁷⁶.

²⁷⁴ Véase en HIRSCH, ANDREW VON, “La Teoría del Bien Jurídico y el Principio del Daño”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico...*, op. cit., p. 41.

²⁷⁵ FEINBERG. “El interés del sujeto, por tanto (...) consiste en todo aquello relevante para el sujeto (...) estos intereses, o, quizás mejor, los objetos sobre los que recaen, son elementos distinguibles del bienestar del sujeto: éste crece o languidece según lo hacen aquellos”. Citado por HIRSCH, *ibid.*

²⁷⁶ Como, e.g podrían citarse la propiedad, que proporciona los medios para satisfacer las necesidades materiales, o la integridad corporal, en tanto constituye un requisito previo para la consecución de otros intereses.

Como tercer aspecto, plantea la cuestión relativa a cómo definir los presupuestos de esa “pretensión” a un recurso. Las pretensiones tienen ante todo una naturaleza normativa. Debe haber, entonces, una razón normativa diferente de la prohibición misma, por la que una persona puede legítimamente hacer que otras se abstengan de menoscabar un recurso. Para concretar las razones que nos indican cuándo un recurso de una persona debe asignarse como “su” recurso y bajo qué condiciones debe considerarse como menoscabo, debe acudir al ordenamiento jurídico primario –e.g., al derecho civil-, o bien a presupuestos éticos, o a ambos²⁷⁷.

Entonces, diremos que para Feinberg, los elementos para definir el concepto de daño, lo resumimos en: a) *interés*, b) *recurso* y c) *la pretensión -entendida como razón de protección- de ese recurso*²⁷⁸.

A su vez, Hirsch, resalta un par de cuestiones acerca del concepto de “recurso”. En primer lugar, lo define como un “medio o capacidad”, y las capacidades son potencialidades, no objetos materiales. En segundo lugar, es aquello que en el caso normal ostenta un cierto valor para la calidad de vida. Lo relevante es determinar si esos recursos en circunstancias habituales favorecen la calidad de vida de una persona estándar. Lo que nos lleva a la tercera cuestión, es decir, que la calidad de vida tiene una dimensión temporal: su perspectiva temporal es más dilatada que la variable calidad de la experiencia en uno u otro momento. Por ello, el menoscabo de un interés debe influir la calidad de vida a lo largo de un cierto periodo de tiempo²⁷⁹.

²⁷⁷ Para justificar, e.g, el derecho de una persona a la propiedad privada podrá recurrirse a los presupuestos establecidos en el Código Civil, y si fuera necesario, a la discusión filosófica existente acerca de las bases normativas de la propiedad privada.

²⁷⁸ *Vid*, HIRSCH, ANDREW VON, “La Teoría del Bien Jurídico y el Principio del Daño”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico...*, op. cit., p. 42

²⁷⁹ *Ibid* p. 43.

Ahora, Hirsch, nos dice que si el concepto de daño, central para el “*principio del daño*” se define como el menoscabo de un recurso con respecto al que una persona tiene una pretensión o un derecho, se están incluyendo en esa definición los distintos aspectos de la discusión alemana acerca del concepto fundamental “*bien jurídico*”. En consecuencia, podría afirmarse que a partir del principio del daño puede construirse algo parecido a un bien jurídico²⁸⁰.

La razón por la que en la discusión alemana ha adquirido protagonismo el fenómeno del “*bien jurídico*” en lugar del menoscabo de los derechos ajenos, radica probablemente en el esfuerzo de ampliar el marco de los potenciales bienes jurídicos, que el bien jurídico es entendido de manera muy amplia y, en particular, que se renuncia a vincularlo a los intereses individuales. Por lo demás, son susceptibles de reconocimiento como bienes jurídicos incluso entidades puramente fácticas o relaciones funcionales, (e.g., “la posibilidad de funcionamiento del mercado de capitales” o “la capacidad de rendimiento social del seguro). No obstante, el bien jurídico no es un fenómeno de la esfera del ser. Aunque a menudo el recurso está vinculado a un fenómeno natural, por ejemplo a la posesión de las cosas o a la salud física, no puede renunciarse a una descripción normativa: los recursos pasan a erigirse en intereses sólo cuando un tercero ostenta una pretensión a su integridad susceptible de fundamentación normativa.

Por regla general, los bienes jurídicos no están protegidos frente a todas las modalidades de acción posible, sino sólo frente a aquellas que lo ponen en peligro o lo menoscaban. Si se asume, entonces, que se trata del merecimiento de pena de las conductas, resulta evidente que dicho merecimiento de pena no sólo ha de hacerse

²⁸⁰

Ibid

depender de que la conducta menoscabe o ponga en peligro un interés ajeno, sino que lo relevante es que la responsabilidad por la puesta en peligro o el menoscabo de un bien jurídico pueda imputarse de modo justo al agente²⁸¹.

Este problema de la imputación, especialmente relevante en el ámbito de los delitos de peligro ha venido siendo también desatendido en la discusión anglosajona acerca del principio del daño. En relación con los delitos de peligro abstracto, se parte, como ya fue mencionado, de que las conductas peligrosas desde esa perspectiva abstracta deberían ser, *prima facie*, penalmente prohibidas cuando pueda esperarse, con un grado de probabilidad suficiente, la producción de grandes daños, y el agente haya actuado dolosa o imprudentemente. Este planteamiento desconoce, en particular, la diversidad de mecanismos a partir de los que pueden derivarse lesiones a los bienes jurídicos. El merecimiento de pena de una conducta depende de si al agente pueden imputársele los daños que puedan producirse, y ello a su vez depende decididamente de la estructura de los cursos causales en cuestión.

Este problema de la atribución de responsabilidad está presente en diversos contextos relativos a la puesta en peligro abstracta de bienes jurídicos. Para su solución es preciso distinguir entre: a) el bien jurídico implicado, de una parte, y b) el nexo de imputación entre la conducta en la cuestión y la posible puesta en peligro o menoscabo, de otra. También en los casos en los que un bien jurídico, en sí mismo indudablemente merecedor de protección, pueden darse problemas de imputación. Un ilustrativo ejemplo, lo proporciona la argumentación consistente en que la pornografía

²⁸¹ *Ibid*, p. 46.

debe estar prohibida porque el acceso a textos o imágenes pornográficas pueden inducir a otras personas a cometer agresiones sexuales²⁸².

Considero que tomar la justificación que precedentemente se expone, sólo es ver una parte del problema. Es decir, sólo se justifica el porqué se tipifica la conducta, más no que necesariamente aquella conducta menoscabe bien jurídico alguno.

Ahora bien, la criminalización de la difusión de pornografía no puede estar fundada exclusivamente en el hecho de identificar un bien jurídico amenazado, sino que deviene esencial e irrenunciable el análisis de la imputación que debe poder afirmar que los riesgos o menoscabos que pudieran producirse pertenecen al ámbito de responsabilidades del agente²⁸³.

1.2.2. Sobre la función crítica.

Hirsch, ahora junto con Wohlers²⁸⁴, nos refiere que junto a la función inmanente²⁸⁵ y que hemos venido desarrollando, propia de la teoría del bien jurídico, también le corresponde una *función crítica* al sistema. Consiste en la posibilidad de objetar a las decisiones del legislador de amenazar con pena determinadas conductas donde la norma correspondiente no protege ningún bien jurídico digno de protección penal²⁸⁶.

²⁸² Véase en *Ibid*, p. 47.

²⁸³ *Ibid*,

²⁸⁴ HIRSCH, VON ANDREW/WOHLER, WOLFGANG, “Teoría del Bien Jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien....op.*, cit. p. 285.

²⁸⁵ *Vid.*, SANZ MORAN, ANGEL J. “Reflexiones sobre el bien jurídico” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal,..op.* cit. p. 1764.

²⁸⁶ Hablamos de una limitación a la punibilidad del legislador, entendiendo que las únicas posturas que prometen dicha función son aquellas que han buscado el contenido del bien jurídico exclusivamente en bienes fundamentales de la realidad social empírica, es decir, en relación a elementos que son previos al Derecho. Entonces la obligación del legislador no será la de crear bienes jurídicos, sino de elevar a bienes jurídicos bienes de la realidad empírico-social, y que serán aquellas que se determinen como

En la tradición liberal garantista, el concepto de bien jurídico desempeña una función crítica de sentido descriminalizador; mientras, que parece ser que en el Derecho penal actual, el concepto de bien jurídico desempeñaría una función opuesta en sentido criminalizador²⁸⁷

Sin embargo, hasta ahora la teoría del bien jurídico crítica al sistema no ha podido cumplir el objetivo que se había fijado a sí misma de poner en manos del legislador penal un criterio plausible y utilizable para sus decisiones y desarrollar, al mismo tiempo, un baremo para el examen externo de la justicia de dichas decisiones. Una de las posibles razones podría residir en que prácticamente cualquier tipo penal se puede relacionar con un bien jurídico legítimo, si se está dispuesto a considerar suficiente la presencia de nexos de imputación indirectos.

Prueba de ello, son los tipos del Derecho penal en materia de drogas, al abarcar el consumo de estupefacientes por personas que actúan bajo su propia responsabilidad, estos tipos no pueden legitimarse considerando que se trata de proteger la integridad personal del consumidor de drogas. Sin duda, determinadas drogas son perjudiciales, y lo son para la salud de quien las consume. Sin embargo, dado que éste se infringe a sí mismo los daños corporales resultantes del consumo, si se partiera del bien jurídico de la integridad corporal, tales tipos penales sólo se fundamentarían en el paternalismo, lo que sería manifiestamente inconciliable con la concepción del ciudadano capaz de

unidades de funcionamiento social, objetos que el hombre necesita para el libre desarrollo de su personalidad o como objetos homogéneos que son expresión de intereses humanos protegibles. KAIAFA-GBANDI MARIA “Una mirada hacia los puntos centrales de la evolución de la dogmática jurídico-penal alemana ante el cambio de siglo desde la perspectiva de un miembro de la ciencia jurídico-penal griega”, -Trad. Manso Porto, Teresa-, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit. pp. 290-293.

²⁸⁷ GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 894.

formar un juicio y adoptar decisiones de forma autónoma. Del mismo modo, en una sociedad pluralista, el modelo de una vida de abstinencia tampoco puede ensalzarse como concepción correcta de vida, obligatoria con carácter general y merecedora *per se* de protección penal. Por tanto, lo que queda es el interés de los miembros individuales de la sociedad en no verse afectados por las consecuencias negativas y los costes de un consumo de drogas creciente. Serán de estos intereses cuando se habla, dando lugar a malinterpretaciones, de la salud pública como bien jurídico protegido²⁸⁸.

El hecho de que para la legitimación de un tipo penal es importante en qué medida y frente a qué modalidades de ataque, se debe brindar protección penal a determinados bienes jurídicos no es un problema técnico, derivado, de segunda categoría frente a la problemática del bien jurídico, sino una cuestión de importancia autónoma en relación con la valoración de la legitimidad de las normas penales: la legitimidad de un tipo penal no se puede fundamentar sólo con una remisión a un bien jurídico en sí merecedor de protección penal. Lo decisivo es la relación que guardan las conductas abarcadas por el tipo penal con este bien protegido y en sí digno de protección penal²⁸⁹.

1.3. Teoría del Bien Jurídico, Constitución y Derechos fundamentales en Hassemer.

En relación a la teoría del bien jurídico y el Derecho constitucional, Hassemer²⁹⁰, nos dice que la Constitución se ocupa o debe ocuparse de los límites a los que ha de someterse al Estado que ejerce el poder punitivo en interés de la protección

²⁸⁸ HIRSCH, VON ANDREW/WOHLER, WOLFGANG, “Teoría del Bien Jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien....op.*, cit. p. 286.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 287.

²⁹⁰ HASSEMER, WINFRIED, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien....op.*, cit. p. 96.

de los Derechos Humanos de todos los intervinientes en un conflicto penal²⁹¹, nada distinto, de las tradiciones penales desde Beccaria y Feuerbach.

El Derecho penal, de acuerdo a las tradiciones penales, es un derecho que pone límites a la lucha contra el delito. La Constitución, por su parte, formula límites a la intervención del Estado que ejerce el poder punitivo. Así, ambas limitaciones, las del Derecho penal provenientes de la tradición de la teoría del Derecho penal y las limitaciones de las intromisiones penales derivadas de la Constitución, tienen el mismo origen o fuente: una fundamentación del Derecho penal y de la pena basadas en los Derechos fundamentales llevada a cabo sobre todo por la filosofía política ilustrada.

Como hemos venido desarrollando, es de suyo, -al menos así lo entiendo- que estas limitaciones ya no se corresponden con la realidad, o al menos se han flexibilizado desoyendo aquellos principios reguladores.

En esta simbiosis, entre el Derecho penal y el constitucional, el primero, posiblemente, es la fuente más antigua y la más fértil. En el siglo XVIII ya se había formulado los teoremas centrales de las teorías de la pena y del Derecho penal del ámbito europeo occidental, que siguen constituyendo el modelo de un Derecho penal de un Estado de Derecho²⁹².

El principio de legalidad, culpabilidad o la existencia de bienes jurídicos como presupuesto de la criminalización y punición no tuvieron que inventarse después, sino sólo formularse en detalle o defenderse. Más aun, las estrellas de un Derecho penal

²⁹¹ También sobre el tema SANZ MORAN, ANGEL J. "Reflexiones sobre el bien jurídico" en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. pp. 1758-1760.

²⁹² HASSEMER, WINFRIED, "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?", en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien*....op., cit. p. 97.

propio de un Estado de Derecho brillaron en el siglo pasado, más que en la oscuridad de un Derecho penal efectivo de orientación preventiva propio de la actualidad²⁹³.

La tradición de los Derechos fundamentales, a diferencia de lo que sucede con las tradiciones penales, está menos desarrollada. Aunque esto pudiera ser una desventaja en determinados aspectos, sin duda queda compensado por la fuerza y la capacidad de imponerse, característica de las posiciones jurídicas que pueden remitirse a las que tienen como base un Derecho fundamental o un Derecho a él equiparable.

Entiende, Hassemer, que partiendo del marco donde la “protección de bienes jurídicos”, por sus orígenes, es un principio negativo, limitador del Derecho penal; es decir, un principio que no ha trabajado del lado de la justificación del Derecho penal; sino orientado a la limitación de su intervención; podría la utilización del concepto bien jurídico, desde esta óptica, acercarlo a la doctrina de los Derechos fundamentales si se presta atención a la función clásica de éstos como Derecho de defensa²⁹⁴.

Nos dice el autor, que si la definición y la concepción del bien jurídico se quieren encajar en la discusión constitucional sobre el Derecho penal y sus límites, dos conceptos del Derecho constitucional y de la ciencia del Derecho constitucional tiene que ocupar un lugar destacado: *la prohibición de exceso* y *la prohibición de defecto*. Ambos, están en condiciones de reconstruir desde el punto de vista del Derecho constitucional las tradiciones del Derecho penal en cuyo centro se encuentra el bien

²⁹³ *Ibid*,

²⁹⁴ *Ibid*. También en SANZ MORAN, ANGEL J. “Reflexiones sobre el bien jurídico” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. p. 1760. También en KAIAFA-GBANDI MARIA “Una mirada hacia los puntos centrales de la evolución de la dogmática jurídico-penal alemana ante el cambio de siglo desde la perspectiva de un miembro de la ciencia jurídico-penal griega”, -Trad. Manso Porto, Teresa-, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*...op. cit. pp. 296-297.

jurídico, ya que representan los dos polos que determinan el Derecho de intervención estatal conforme a la Constitución²⁹⁵.

En la *prohibición de exceso* se pone de relieve la tradición clásica de los Derechos fundamentales como fundamentos de Derechos de defensa frente a las intromisiones estatales. Esta prohibición hace efectivos los límites a las intervenciones del Estado que sobrepasan la medida legítima.

Naturalmente, nos dice Hassemer, que el concepto de bien jurídico no colma todas las lagunas sistémicas en el ámbito de la *prohibición de exceso*. En particular hay tres cuestiones abiertas²⁹⁶.

- a) Cuándo debe responder el legislador a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico;
- b) Hasta dónde está autorizado el legislador a extender la punibilidad en cada caso,
- c) Cómo puede justificarse y organizarse un examen de la corrección de la decisión del legislador penal.

Todas las cuestiones precedentes son importantes y, su interrogante, no puede evadirse en la práctica de la política criminal y, por ello, también son de interés para la teoría de la política criminal.

Sin embargo, está claro que la concepción (negativa) del bien jurídico, reconstruida en el marco de una *prohibición de exceso*, no da respuesta a estas cuestiones. Esta concepción desautorizaría el mensaje con el que comenzó si instruyera (positivamente) al legislador penal sobre cómo tendría que organizar en concreto su política de conminación penal y punición, o le requiriera u obligara en ese sentido. Una

²⁹⁵ HASSEMER, WINFRIED, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien...* op., cit. p. 98.

²⁹⁶ *Ibid*, p. 100.

concepción de la prohibición de exceso orientada en función del bien jurídico podrá aportar, como máximo, algo a los principios para controlar la corrección de las decisiones del legislador penal y efectivamente lo hace.

Por eso, las tres cuestiones pendientes no se refieren a la teoría del bien jurídico, sino a una teoría de la discrecionalidad legislativa en Derecho penal. El margen de decisión del legislador respecto a la cuestión del merecimiento de pena de una conducta, de si debe haber o no prohibiciones penales y amenazas de consecuencias penales y cómo; según la opinión general y correcta es grande. Se trata de decisiones que se ha de adoptar en una situación de incertidumbre así como de pronósticos que deben conciliar gran cantidad de datos, finalidades e instrumentos.

Por otro lado, nos refleja, que la *prohibición de defecto* no es, al menos para aspectos penales, un concepto clásico. No lo es por el mero hecho de que contradice la función tradicional de los Derechos fundamentales como derechos de defensa frente a intervenciones estatales. Quiere decir que el legislador puede estar obligado en determinadas situaciones por la Constitución a proteger determinados intereses con determinados medios, así adquiere una dimensión positiva²⁹⁷, el ámbito de aplicación de la *prohibición de defecto* no se reduce al Derecho de intervención, ni mucho menos al Derecho penal, sino que se amplía con las distintas posibilidades existentes de poner bajo protección jurídica a determinados intereses o bienes jurídicos, que son muchas²⁹⁸.

Hassemer, con el que se comparte la observación, defiende la postura por la cual no se puede construir una *prohibición de defecto* sin la idea de bien jurídico; que a

²⁹⁷ SANZ MORAN, ANGEL J. "Reflexiones sobre el bien jurídico" en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. 1761.

²⁹⁸ HASSEMER, WINFRIED, "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?", en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien...* op., cit. p. 101.

la luz de la doctrina constitucional entiende que dicho concepto es fundamental, incluso cuando ésta rechaza las tradiciones penales vinculadas a la protección de bienes jurídicos.

Es indiscutible que la *prohibición de defecto* no se ha acabado de consolidar en la jurisprudencia; también debe tenerse presente que dicha prohibición no se restringe al Derecho penal, sino que su ámbito de aplicación se define según las posibilidades de protección de un determinado interés disponibles en cada momento. De este modo, en los últimos tiempos es posible encontrar deberes de protección en forma de prohibición de defecto en decisiones del Tribunal que no tienen que ver, o no directamente, con la fundamentación de intervenciones penales, como por ejemplo en el deber del legislador de eliminar de forma rehabilitadora un injusto anterior infligido a las personas por un Derecho penal contrario al Estado de Derecho, o de proteger a las personas frente a humillaciones y estigmatizaciones. A pesar de este amplio ámbito de aplicación de la prohibición de defecto, sigue siendo el Derecho penal el que debe ser siempre utilizado por ese concepto, en concreto, en forma de mandatos de pena²⁹⁹.

En consonancia con lo que venimos desarrollando, y en cierta forma de manera conclusiva de lo que hemos plasmado, Kai Ambos con Cristian Steiner³⁰⁰, señalan que la función del Derecho penal es la cuestión acerca de lo que el legislador puede y debe prohibir a su súbditos bajo la amenaza de una pena. El catálogo de patrones de conducta a penalizar por el Estado no es susceptible de ser determinado con facilidad. Este depende del sistema de valores de una sociedad determinada y, hasta cierto punto, es relativo. De hecho, los delitos cambian con el transcurso del tiempo, al igual que sus

²⁹⁹ *Ibid*, p. 103.

³⁰⁰ KAI AMBOS-STEINER, CRISTIAN, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006, p. 60.

respectivas sanciones. Del mismo modo, delitos diferentes pueden ser al mismo tiempo válidos en lugares distintos. Lo que hoy es punible, mañana puede ser socialmente aceptable en virtud de un cambio en las actitudes sociales de la población, en tal caso, el Estado, tendría que abstenerse de castigar.

Conforme a una concepción moderna del Derecho penal, éste se encuentra al servicio de una finalidad determinada, esto es, garantizar la protección de una pacífica convivencia entre los individuos que integran una comunidad. Conforme a ella, de las respectivas circunstancias históricas y sociales surgen una serie de condiciones básicas para la vida en comunidad, tales como: la protección de la vida e integridad física, la libertad de autodeterminación y la propiedad. Tales condiciones se denominan bienes o intereses jurídicos. Respecto de ellos, el Estado está autorizado e incluso obligado a protegerlos, y sólo a ellos, mediante la amenaza de una sanción penal³⁰¹. Algunos autores, entre ellos, el mismo Hassemer, han denominado esta postura, bajo la rúbrica de un concepto personal del bien jurídico, donde efectivamente, el fin del Derecho penal es el asegurar y conservar la posibilidad de autorrealización de la persona, con lo que los bienes jurídicos, serán aquellos objetos que el ser humano necesita, justamente, para su autorregulación³⁰².

Entonces de todo lo expuesto no hacemos, sino confirmar, aquel primer párrafo, por el cual, ya adelantábamos que se tornaba difícil la tarea de encontrar una concepción uniforme del bien jurídico protegido.

³⁰¹ *Ibid*, p. 62.

³⁰² SANZ MORAN, ANGEL J. "Reflexiones sobre el bien jurídico" en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. pp. 1766-1767. También véase en ALCACER GUIRAO, RAFAEL *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*...op. cit. pp. 91-99. También en PERIS RIERA, JAIME M. *La regulación penal en la Manipulación genética en España*",...op. cit., pp. 85-86.

Así, pasamos de una concepción propugnando una vuelta al sustrato social que se encuentra en la base de la protección jurídico-penal de bienes, a una que busca en la Constitución, ya sea desde una dimensión negativa³⁰³ o positiva³⁰⁴ en relación al sistema jurídico-penal de bienes, buscando pautas programáticas y vinculantes para una buena tutela jurídico penal³⁰⁵.

En la actualidad, parece ser que la discusión se divide entre una postura directamente caracterizada por el escepticismo a encontrar un concepto de bien jurídico, esto dado sobre todo por las diferencias estructurales entre las diversas materias de objeto de prohibición jurídico-penal³⁰⁶. Otros, que directamente sustituyen la apelación al bien jurídico por principios alternativos³⁰⁷, que legitiman la punición³⁰⁸.

Por lo dicho, quizás, la más aceptada, la constituya aquella concepción personal del bien jurídico, donde se pregona que el concepto de bien jurídico protegido parte de una concepción personal -valga la redundancia- del Estado y el Derecho, una concepción que se remonta en su esencia a la Ilustración, entendiendo que la función

³⁰³ Tomando la Constitución, como el papel central en cuanto a la cristalización del sistema de valores vigentes en una sociedad, sin llegar a una correlación entre bienes jurídicos y valores constitucionalmente reconocidos, pero exigiendo la no incompatibilidad entre los mismos; como también aquella postura que entiende que hay que buscar referencias valorativas previas al legislador, pero vinculantes para él.

³⁰⁴ Un auténtico mandato constitucional de criminalización.

³⁰⁵ SANZ MORAN, ANGEL J. "Reflexiones sobre el bien jurídico" en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. pp. 1760-1761. También sobre la cuestión véase GOMEZ TOMILLO, MIGUEL/SANZ RUBIALES, ÍÑIGO *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*....op. cit., pp. 51-55.

³⁰⁶ Dentro de esta postura, tenemos algunas no tan radicales: aquellos que sin renunciar por completo al concepto del bien jurídico, rechazan su virtualidad político criminal o crítica, acentuando su función inmanente, de carácter interpretativo o dogmático; y otros, donde la función crítica del concepto del bien jurídico sigue estando en primer plano, entendiendo la caracterización del bien jurídico protegido, como instrumento de delimitación negativa.

³⁰⁷ Principio del daño, principio de la subsidiariedad, o proporcionalidad.

³⁰⁸ SANZ MORAN, ANGEL J. "Reflexiones sobre el bien jurídico" en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. pp. 1763-1765.

del Derecho penal está orientado a la protección de los bienes jurídicos, como condición para el libre desarrollo del ser humano en sus interrelaciones³⁰⁹.

Aún cuando quede mucho camino por andar en el presente trabajo, es obvio, que sigo manteniendo esa suerte de posición dispar. Es cierto que es el Estado el obligado en brindar esa protección, sobre todo basado en aquel contrato social fundado en la posición de Rousseau o Hobbes, con su Teoría del Estado soberano moderno; pero aún me produce un rechazo intuitivo que sea el Derecho penal el mecanismo para tales fines. A su vez, comparto que la noción de bien jurídico no puede ser estática, sino que debe corresponderse a cada momento histórico; el punto es que la política criminal que lleva a determinar qué bienes son dignos de protección penal, pocas veces son el producto de un estudio serio sobre el tema en cuestión; sino más bien, el producto de políticas improvisadas y de poco sustento fáctico.

2. Los delitos de peligro abstracto y el principio de ofensividad. Problemática.

2.1. Sobre el concepto de delito.

Antes de adentrarnos en el análisis de los delitos de peligro y, más específicamente, la problemática que han generado los denominados delitos de peligro abstracto, se considera conveniente, brevemente, partir de la determinación del concepto de delito y la clasificación que se ha establecido sobre los mismos; para luego, abocarnos, a lo que sería uno de los puntos importantes del trabajo y que da nombre a este segundo apartado.

³⁰⁹ *Ibid.*, pp. 1766-1769. También sobre el tema en STERNBERG-LIEBEN, DETLEV “Bien Jurídico, Proporcionalidad y Libertad del Legislador Penal” -Traducción de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien. Jurídico...op.*, cit. pp. 108-127.

A los fines fijados y siguiendo al clásico maestro, Jiménez de Asúa, podemos advertir, tal como destacaba el autor, tomando de referencia a Binding, que lo que viola el ladrón no es la ley, sino un principio que describía el “está prohibido robar”³¹⁰. “Hallaron los pueblos antiguos y hallan los modernos, la naturaleza del delito en que se infringe la paz, el Derecho, la Ley. De aquí, le viene el nombre”³¹¹.

La teoría de la norma de Binding no sólo da nacimiento a las modernas definiciones dogmáticas del delito, comenzando por la de Binding, sino que se expande hasta llegar a tener eco en autores que no siguen rigurosamente sus ideas y que incluso desconocen lo esencial de sus tesis³¹².

Ahora bien, en esta evolución que ha tenido el concepto del delito, y ya situándonos en la concepción dogmática en Italia, podemos ver que éstos parten, claro está, de las doctrinas alemanas.

Grispigni, nos ofrece tres versiones del concepto del delito, la que va a variar según la óptica en la que nos encontremos. Así habla de una concepción “*formal*”, entendiendo que es delito, “todo hecho al cual el ordenamiento jurídico asocia, como consecuencia jurídica, una pena”. Una concepción “*legislativa*”, la cual indaga la conducta que las normas penales prohíben, es decir, va a entender como delito aquellas conductas que a juicios de las personas que, según el ordenamiento jurídico, están autorizadas a establecer desde un matiz prohibitivo, las normas jurídicas que hacen imposible o ponen en grave peligro la existencia y la conservación de la sociedad. Por último, entiende el autor, que de la conceptualización legislativa, se llega a un concepto “*sociológico*”, sosteniendo que es delito aquella conducta que hace

³¹⁰ BINDING, KARL “La Culpabilidad en el Derecho penal”, -Trad. Cancio Meliá, M.-,...op. cit. pp. 27-29.

³¹¹ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Ed. Lozada SA. Bs As., 1967, p. 53.

³¹² *Ibid*, p. 54.

imposible o pone en grave peligro la convivencia y la cooperación de los individuos que constituyen una sociedad.

Ahora, cuando el autor italiano, construye una definición desde el punto de vista analítico, que es la auténtica dogmática, lo define como “la conducta humana correspondiente al tipo descrito por una norma penal, que no presenta causas de justificación y que además es psíquicamente referible a un sujeto”³¹³.

En coincidencia con lo expuesto por Grispigni, Garcia-Pablos de Molina, refiere que existen numerosas y muy diversas nociones de delito. Así para el Derecho penal, delito, sería toda conducta prevista en la ley y solo aquella que la ley penal castiga. La filosofía y la Ética, acuden a otras pautas e instancias más allá del Derecho positivo: el orden moral, el natural, la razón, etc; para concluir refiriendo que desde un punto de vista criminológico, el delito, se presenta como un problema social y comunitario, siendo un concepto empírico, real y dinámico, a diferencia del penal que es un concepto jurídico-formal, normativo y estático³¹⁴.

Siguiendo con esta modesta intención de conceptualizar el delito, y ya mirado de una forma material, diremos que el delito es la conducta considerada por el legislador como contraria a una norma de cultura reconocida por el Estado y lesiva de los bienes jurídicamente protegidos, procedente de un hombre imputable que manifiesta con su agresión peligrosidad social³¹⁵.

Jiménez de Asúa, cuando realizaba en su obra el estudio del concepto de delito y su desarrollo histórico, hacía referencia que junto a este concepto aparecía ya, en los

³¹³ GRISPIGNI, FELIPE, cita conforme JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de...* op. cit., p. 59.

³¹⁴ Véase con mayor profundidad GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* op. cit. pp.110-119. También en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. pp. 371-372.

³¹⁵ GRISPIGNI, FELIPE, citado conforme JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de...* op. cit. . 65.

distintos códigos, la admisión por parte del dogmático de un estado peligroso³¹⁶, la llamada peligrosidad criminosa e incluso la peligrosidad sin delito, la cual era de difícil captación objetiva, se manifiesta por actos de naturaleza antisocial que pueden no ser subsumibles en los tipos legales descritos en los Códigos.

Entonces, ya en aquel momento, decía Jiménez de Asúa³¹⁷, que al lado de la conducta delictiva puede figurar la conducta peligrosa³¹⁸; pero hacía la salvedad que el estudio de ésta, escapa al sistema del Derecho penal objetivo y, por ende, a esta parte en que se hace la construcción y análisis del delito.

Como hemos visto, sólo se ha pretendido dar una breve reseña del concepto del delito, sin mayores preocupaciones, para dar lugar a la clasificación de los mismos y luego sí, -reitero- adentrarnos de lleno en el desarrollo de una de las piedras angulares del presente trabajo.

³¹⁶ Tiene su punto inicial con los positivistas, siendo Garófalo quien introduce el concepto de *temibilitá* -estado peligroso-. Asimismo, existen muchos estados peligrosos, latentes o virtualmente asentados en diversidad de personas y que según la orientación del estado peligroso, podrían sobrevenir formas de daños distintas, tanto personales como reales, a propios y extraños. El criminólogo clínico -designación realizada por Herrero Herrero-, ha de centrarse en el estado de peligrosidad criminológico u orientado, potencial o virtualmente a pasar al acto estrictamente delictivo. El estado peligroso, propicia el paso al acto criminal. Entendiendo el delito como un acto antisocial, penalmente tipificado, antijurídico, culpable y punible. El estado peligroso según la concepción de Garófalo, habría que construirse con dos elementos, la capacidad criminal y la adaptabilidad social. También Ferri, intentó definir el estado peligroso, afirmando que hay que entender esta peligrosidad como la capacidad ofensiva, existente en un individuo, orientada a cometer, con gran probabilidad, delitos. *Vid.* HERRERO HERRERO, *Tratado de Criminología Clínica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013 op. cit. pp. 113-144. También en PEREZ SUAREZ, JORGE RAMIRO *Las Crónicas de Enriq-La enseñanza de la Criminología y el Derecho Penal a través del método del caso*, Ed., Dykinson, Madrid, 2013, pp. 33-35.

³¹⁷ JIMENEZ DE ASUA, L. *Tratado de Derecho Penal...*t. III, op.cit., p. 66.

³¹⁸ No hay unanimidad entre los autores para determinar una clasificación uniforme en relación al “estado peligroso”. Puede encontrarse: a) Por razón de su etiología -criminológico y de naturaleza psiquiátrica o psicopatológica-, teniendo en cuenta la existencia o no de factores alienantes en la conformación de la peligrosidad; b) Por razón de su conexión operativa con la infracción penal, -predelictivo, actualmente operativo y postdelictivo-, teniendo en cuenta según el momento y la exteriorización del accionar; c) Por razón de la gravedad o intensidad del estado peligroso; d) Por razón de los resultados del diagnóstico etiológico en la valoración de la intensidad y continuidad del estado peligroso -crónico, marginal y episódico-, teniendo en cuenta el grado de influencia de factores psicobiológico y psicosocial; e) Por razón de la orientación antisocial o delictiva del estado peligroso, -general o indefinido, mixta o múltiple y específico-; y f) Por razón de las formas de manifestarse, -estable, agudo o inminente y en relación al momento o a la edad de aparición en el individuo por él afectado-. En HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica*,...op. cit., pp. 142-148

2.2. Nociones sobre la clasificación de los delitos

Al momento de establecer una clasificación de los delitos, es de suyo, que debemos hacer la salvedad de que podremos encontrar múltiples clasificaciones, dependiendo también del autor que cite y de la posición doctrinal del mismo, entre otros aspectos, de lo que se quiere proteger con la norma prohibitiva.

Así, decimos que los delitos se pueden clasificar³¹⁹: a) por su calidad (naturales y de creación), b) por su gravedad (crímenes, delitos y contravenciones), c) por su ilicitud y motivaciones (comunes y políticos), d) atendiendo a la ley que los define y sanciona (comunes y especiales), e) en referencia al sujeto activo (monosubjetivos y plurisubjetivos, así como, también en individuales, en pareja, en asociación y en muchedumbre), f) por el bien o interés jurídico lesionado, g) en referencia al sujeto pasivo; de la característica de la acción o manera de manifestarse la voluntad (acción, omisión y de comisión por omisión), h) por el resultado, las infracciones pueden ser predominantemente actividad y de resultado, de resultado intransitivo, de efecto presuntivamente indicado, etc.; y, en relación a la causalidad, de delitos de lesión (o daño) y de peligro; i) por el medio (violencia y de fraude).

Asimismo, la tipicidad, da nacimiento a un número considerable de divisiones del delito; a) por la culpabilidad (dolosos, culposos, preterintencionales y calificados por el resultado); b) en relación a su perfección (tentados, frustrados, consumados y agotados); c) por su unidad o pluralidad en la acción y en el delito (únicos, instantáneos, permanentes y continuados; simples, complejos o compuestos,

³¹⁹ En este punto voy a utilizar la clasificación que realiza el maestro Jiménez de Asúa, entendiéndolo que el mismo nos brinda una amplia y suficientemente abarcativa clasificación. *Vid.* JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal...*t. III, op. cit. pp. 127-128. También en BUSTOS RAMIREZ, JUAN J. / HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN, *Lecciones de Derecho penal -parte general-...*op. cit. pp. 191-193. También en BELING, ERNST, *Esquema del Derecho Penal-La Doctrina del Delito-Tipo*, análisis de Carlos M. de Elía, -Trad. Sebastián Soler sobre obra original de 1930-, Ed. Rodamillans S.R.L., Buenos Aires, 2002, pp. 78-82.

progresivos y colectivos o habituales; unisubsistentes y plurisubsistentes); d) en dirección a la persecución (de oficio a instancia privada o acción privada) y e) por el momento de su comprobación (flagrantes y no flagrantes).

Por su parte, Carrara³²⁰, nos dice que el delito es *formal* cuando se consuma con una simple acción del hombre que basta por sí sola para violar la ley y es *material* cuando para ser consumado tiene necesidad de un determinado resultado que es el que viola la ley. Esta clasificación que propone el maestro Carrara si bien en su base no ha sido destruida, se la suele atacar porque se dice que desconoce, aparentemente, el principio de que todo delito tiene un resultado representado por una modificación del mundo exterior.

Para el maestro italiano, sin embargo, con arreglo a su teoría de las fuerzas del delito, todo delito está dotado de un resultado, que es su fuerza física objetiva y que constituye la ofensa al derecho atacado o el daño material del delito. Sin embargo, como ya hemos visto, existe diferencia entre el resultado del delito formal y el resultado del delito material³²¹.

Ahora bien, una cosa será afirmar que de toda acción para que sea delictivo, deberá resultar una ofensa para un derecho penalmente protegido, como también deberá ser antijurídica; y, otra distinta, es sostener que sólo algunas acciones exigen como elemento constitutivo un resultado de hecho, de daño potencial o efectivo.

Nuñez³²², en relación al delito formal, nos dice que el resultado está representado por un estado objetivo que implica la consumación jurídica del delito, la ofensa al derecho protegido por la pena y sólo constituye un daño potencial para el

³²⁰ CARRARA, FRANCISCO, cita conforme JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal...*t. III, op. cit p. 458.

³²¹ *Ibid*, p. 459.

³²² NUÑEZ, RICARDO, *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Lerner, Córdoba. 1992, t.I p. 249.

bien material que la acción pretende privar. En el delito material, por el contrario, se exige para su consumación la privación real del bien material a que se refiere el derecho protegido por la ley penal y, por consiguiente, su resultado está representado por un estado objetivo distinto de la acción en sí, que consiste en el daño efectivo del bien material correspondiente al derecho protegido por la pena y del cual la acción priva.

Entonces, para concluir frente a los delitos materiales, que exigen el daño efectivo del bien a cuya lesión tiende la conducta del agente, vamos a encontrar los delitos formales, que sólo requieren una situación potencialmente (abstracta o concreta) dañosa para ese bien, generando la tipificación de los denominados delitos de peligro abstracto, una constante tensión con los principios de un Derecho penal (lesividad u ofensividad, culpabilidad, inocencia, proporcionalidad, *última ratio*³²³) consagrados y reconocidos constitucionalmente.

2.3. Sobre los delitos de daño y de peligro. Diferencia conceptual.

Jiménez de Asúa³²⁴, nos dice que fue Carlos Binding, quien encuadró por primera vez en el sistema del Derecho penal la noción del peligro, como elemento subjetivo de un grupo de delitos. Su preocupación fue entonces hallar el llamado dolo de peligro, como contrapunto al dolo de lesión³²⁵.

³²³ *Ibid* pp. 250 y 251.

³²⁴ JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho...op.*, cit. t. III, p. 467

³²⁵ El contenido del dolo se determina conforme al contenido de la norma vulnerada. El dolo de un delito de lesión concreto, se halla dirigido hacia la lesión de un determinado bien jurídico, el del delito de peligro, a la puesta en peligro de aquél; mientras que el dolo referido a la infracción de una prohibición sin más o de un mandato carece de esta exacerbación. Entiende que para el análisis de un acto jurídico de voluntad, entran en consideración la representación y la voluntad. Lo dicho, trae como principal consecuencia que queden excluidos del contenido: el sentimiento, deseo, expectativa, la esperanza respecto del resultado representado; como de igual manera todo lo que el autor haya pensado, dudado o se hubiera propuesto antes del hecho. Así, el dolo siempre será voluntad consciente de un hecho antijurídico. Su concepto se compone de elementos indivisibles, el querer y el saber. Así el dolo

Ahora, si bien fue Binding quien dio el concepto del dolo de peligro; Carrara ya se había ocupado de ello, al referirse al resultado que encarnaba en el daño. Así, nos dice Jiménez de Asúa, Carrara, entiende que hay dos clases de peligro: el temido y el corrido. En relación al primero, es el objeto de las medidas de buen gobierno, en el que podríamos hallar el germen de la peligrosidad; mientras en relación al peligro corrido, nace de un estado de hecho que hace inminente, en un momento dado, la violación del derecho. Constituye la base de la tentativa³²⁶.

Entonces, como consecuencia directa de aquellas conceptualizaciones de peligro, vemos que el resultado, no es sólo un daño y que puede estar representado justamente por el peligro. Por eso puede hablarse de delitos de lesión y de peligro³²⁷.

Habitualmente, la caracterización de una infracción penal como delito de peligro o como delito de lesión se realiza atendiendo a la formulación del tipo, siendo fundamental a estos efectos no sólo la descripción de la conducta típica, sino, más bien, las características que reviste la consecuencia del mismo. Si el tipo reclama la incidencia de tal conducta, en su caso, sobre un objeto típico y, con ello, la producción de un efecto, en el mismo, que supone la destrucción o afectación del bien jurídico y en definitiva la lesión de éste, hablaremos de delitos de lesión; por el contrario, serán de

del autor será idóneo en un sujeto con capacidad de acción, será la voluntad de cometer por sí mismo una acción delictiva a pesar de su contradicción representada con el deber jurídico (norma) que la prevé. *Vid*, BINDING, KARL, *La culpabilidad en el Derecho penal*,...op. cit. pp. 44-55.

³²⁶ JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho*...op., cit. t. III, p. 467

³²⁷ *Vid.*, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, LUIS, *Curso de Derecho Penal*, Ed., Experiencia, Barcelona, 2010, (2da. Edición), p. 215. Igualmente, *vid*, RODRIGUEZ RAMOS, LUIS, *Compendio de Derecho Penal -Parte General-*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, (2da. Edición), 2010, p. 120. También, ORTS BERENGUER, ENRIQUE/GONZALEZ CUSSAC, JOSE L. *Compendio de Derecho Penal -Parte General-* Ed. Tirant Blanch, Valencia, 2010, p. 156. También en PERIS RIERA, JAIME, M. "Delitos de peligro y Sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década" en AA.VV. *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*,...op. cit., p. 700. También, véase, en PERIS RIERA JAIME, M./CUESTA PASTOR, PABLO J., "Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico -El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995-", en *Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la Circulación*...op. cit. pp. 6-9.

peligro, cuando la realización de la conducta implica la amenaza de producción de tal efecto lesivo. El elemento distintivo básico, por tanto, es el grado de afección del bien jurídico tutelado³²⁸.

Entonces, en la justificación de los delitos de peligro, sólo se requiere una mera conducta, aún sin resultado, siendo suficiente que el dolo esté tipificado legalmente o que se refiera a otras circunstancias generalizadas de las cuales surja, para el legislador, una conducta manifiestamente peligrosa.

La doctrina, normalmente, procede a la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro en el seno de la clasificación de los tipos, aludiendo a la distinta intensidad del ataque al bien jurídico.

La diferenciación, se lleva a cabo por la doctrina dominante, atendiendo a la relación entre la conducta y, en definitiva, el bien jurídico tutelado; en los de daño se exige para la tipicidad del hecho la producción de la lesión del bien jurídico o del objeto que lo encarna, mientras que en los de peligro no se exige ese efecto, produciéndose un claro adelantamiento de la protección del bien a fases anteriores al efectivo menoscabo o lesión³²⁹. Por ello, lo cierto es que no sólo el dato de cómo esté configurado este ataque y sus eventuales consecuencias, sino el relativo a cómo lo esté el propio bien jurídico protegido, resulta fundamental a la hora de considerar que estamos antes un delito abstracto, de peligro concreto o de lesión³³⁰

³²⁸ MENDOZA BUERGO, B, *Límites Dogmáticos y Políticos Criminales de los delitos de Peligro Abstracto*, Ed., Comares, Granada, 2001, p. 10.

³²⁹ Vid, ROCCO, ARTURO *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal* -contribución a las teorías generales del delito y de la pena-, Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2001, pp. 338. También en GIMBERNAT ORDEIG, E. "Causalidad, omisión e imprudencia" en *Estudios sobre el Delito de omisión*, Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2013 -2da., edición-, pp. 47-48.

³³⁰ MENDOZA BUERGO, B, *Límites Dogmáticos y Políticos Criminales de los delitos de Peligro Abstracto...*op. cit. p. 11.

Mayer, trata de ellos bajo el epígrafe de “delitos con resultados que han de interpretarse presuntivamente” y dice, en cuanto a los delitos de peligro, mirando a la consecuencia concreta, se distinguen porque el peligro, es decir, una lesión como posibilidad, es un elemento del tipo. Necesitan un especial tratamiento en la teoría de la antijuricidad, que señala las fronteras entre el peligro permitido y el prohibido, de modo menos tajante que entre los límites de la lesión permitida y la prohibida³³¹.

El maestro Soler, por su parte, a los delitos de daño los define como aquellos en donde el elemento objetivo de la acción se concreta en la lesión total o parcial del bien jurídico que la norma tutela. Delitos de peligro será el que se concreta y perfecciona con la mera posibilidad de la lesión³³².

Ahora, bien, la distinción que hacemos referencia, señala Soler, no es pacífica, pues a la expresión “daño” es posible acordarle distintos sentidos y, así, hablar de daño efectivo y de daño potencial. Lo mismo, sucede con el concepto de peligro, es decir, se desdobra, dando lugar a la distinción entre peligro abstracto y concreto.

En este terreno, debe advertirse que son poco útiles las distinciones de tipo naturalista o sociológico. Lo importante es atender al motivo de la tutela de un derecho, a la forma que asume en la ley y a la relación que suelen guardar, entre sí, ciertos grupos de incriminaciones de un mismo bien jurídico. Sea cual sea la infracción que se tome como parámetro, siempre constituirá la tutela de un bien jurídico y, por lo tanto, la comisión del delito representará una efectiva lesión a un bien jurídico. Así, a modo de ejemplo para comprender mejor la posición, referimos que dentro de la esfera de las figuras que protegen la vida, encontramos el disparo de arma. El derecho, además de tutelar el bien jurídico de la vida, eleva a esa jerarquía a la seguridad de las

³³¹ Véase en JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal...* op. cit. t. III, p. 468.

³³² SOLER SEBASTIAN, *Tratado de Derecho Penal*, Parte II, Ed. Tea. Bs. As. 1998, p. 282

personas, por lo que además de prohibir la destrucción de la vida, de igual manera, prohíbe el mero hecho de ponerla en peligro. Tenemos, lo que denominados un peligro concreto. No porque haya corrido peligro la seguridad, ni porque se haya destruido la seguridad, sino porque se ha hecho correr peligro a una vida, que es algo correspondiente a un bien jurídico. Entonces, el bien jurídico “vida” aparece, defendido de dos maneras, la una que defiende contra la destrucción del bien, y la otra que prohíbe incluso el mero de hecho de crear peligros para ese mismo bien³³³.

Pero, según, nuestro distinguido maestro, aún es posible un paso más, y en ese sentido, nos dice que el derecho suele aún incriminar acciones independientemente del hecho de que ellas constituyan real y efectivamente una lesión destructiva de un bien jurídico y hasta prescindiendo de que pongan en peligro concreto ese bien. Las castiga en general, porque tienen una idoneidad genérica para crear peligro y causar daños. Estos son los delitos llamados de peligro abstracto³³⁴.

Por su parte, autores ya citados como Hirsch y Wohlers, nos refieren que la teoría del Derecho penal, generalmente, distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro, donde a su vez se diferencia entre delitos de peligro abstracto y de peligro concreto. Sin embargo, y sólo a modo de adelanto de lo que más abajo desarrollaremos, nos dicen, precisamente, que la categoría de los delitos de peligro abstracto es una categoría aglutinadora en la que se agrupan todos aquellos tipos no calificables como delitos de resultado o de peligro concreto³³⁵.

El desinterés por un análisis diferenciado de los delitos de peligro abstracto equivale al desinterés, igual de extendido, por encontrar una legitimación material

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ HIRSCH, VON ANDREW/WOHLER, WOLFGANG, en HEFENDEHL, ROLAND, *Teoría del Bien....* op. cit. p. 288.

convinciente de dichos tipos. La insuficiencia de este enfoque se deduce ya de que los delitos de peligro se caracterizan precisamente porque no se llegó a un menoscabo y de que justo en los delitos de peligro abstracto también quedan abarcados casos donde ese menoscabo posiblemente podía incluso excluirse de antemano. Por ello, los delitos de peligro precisan una legitimación superadora del dogma del bien jurídico: es necesaria la prueba de que ya la mera transgresión como tal, puede legitimar una punición³³⁶.

2.4. Sobre los delitos de peligro. Problemática.

Silva Sánchez, entiende que ha sido la introducción de nuevos objetos de protección penal lo que ha propiciado una transición rápida del modelo “delito de lesión de bienes individuales” al modelo “delitos de peligro (presunto) para bienes supraindividuales”, pasando por todas modalidades intermedias³³⁷.

Algo hemos adelantado al comienzo de nuestro trabajo, donde el problema no radica en que los legisladores, en el cumplimiento de sus labores, hayan promulgado y promulguen numerosas nuevas leyes penales. La cuestión que genera alarma es que, junto a los delitos clásicos, aparecen otros muchos, donde el bien jurídico rara vez se encuentra en peligro real. La doctrina tradicional del bien jurídico pone de relieve, cómo, a diferencia de lo sucedido en los procesos de despenalización de los años sesenta y setenta, hoy se vive una situación de plenos procesos de criminalización.

Los Códigos penales de la primera mitad del siglo XX no contenían apenas delitos de peligro. En la actualidad, los delitos de riesgo o peligro aparecen y, sobre todo, como fórmulas técnicas que pretenden adelantar la protección e intervención del

³³⁶

Ibid.

³³⁷

SILVA SANCHEZ, JESUS MARIA, *La expansión....*op. cit., p. 132.

Derecho penal al estadio de creación de una posibilidad de daño de bienes jurídicos de especial importancia, a partir de una prognosis basada en la experiencia³³⁸.

Los delitos de peligro, surgen, reflexiona Rodríguez Montañes, para castigar la realización de conductas peligrosas imprudentes respecto del eventual resultado lesivo, pero sin esperar a que ese resultado se produzca. Representan, un adelantamiento de las barreras de protección del bien puesto en peligro y la especial relevancia lesiva de la forma de ataque al mismo³³⁹.

Las prohibiciones de poner en peligro no son autónomas frente a las prohibiciones de lesionar y los delitos de peligro no tienen un contenido de injusto propio. El peligro no es un estado a evitar en sí mismo, sino sólo en cuanto medio para evitar la lesión del bien jurídico protegido y la prohibición de acciones peligrosas responde a la necesidad preventiva y político-criminal de adelantar la protección de los bienes jurídicos al momento de la actuación peligrosa. Pero el fin último de la prohibición de tales actuaciones es la evitación de la lesión del bien jurídico protegido, único concepto legitimador posible de cualquier intervención penal, aún cuando entren en tensión con el principio de ofensividad, como el caso de los delitos de peligro.

Esta concepción de los delitos de peligro, ha sido, sin embargo, cuestionada recientemente por Kindhäuser, quien rechaza que constituyan un adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico orientado a evitar su lesión. Para este autor, los delitos de peligro tienen un contenido de injusto penal, constituido por la genuina

³³⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va....* op. cit., p. 83.

³³⁹ RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004, p. 23.

dañosidad del peligro: la pérdida de la seguridad del bien jurídico, lo que supone convertirlos en una especie de delitos de lesión contra ese específico bien jurídico³⁴⁰.

Entonces para Rodríguez Montañes, el “peligro” es un medio, mientras que para Kindhäuser, el “peligro”, representa un medio en sí mismo, se podría decir una fusión medio-fin.

Asimismo, otro de los conflictos que surge en relación a los delitos de peligro (concreto o abstracto) tiene que ver con su aspecto semántico; es decir, *¿es correcto asignar a la categoría de delitos de peligro, utilizando el vocablo “peligro”?*

Brevemente y sólo a modo de adelanto de lo que vendrá, decimos que tradicionalmente, a los llamados delitos de peligro abstracto se los ha considerado como aquellos en que el peligro es únicamente la *ratio legis*; es decir, el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castiga ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido.

Con esta base y fundamento es que durante mucho tiempo se definió como hechos delictivos a los delitos de peligro abstracto, en los cuales la misma ley es la que prohíbe cierta forma de conductas que según la experiencia general son peligrosas³⁴¹.

Sin embargo, se ha sostenido, que esta clasificación no es adecuada, ni siquiera en el nombre, ya que si bien se habla de peligro, esto significa algo transitivo. Ahora,

³⁴⁰ KINDHÄUSER, URS, “Personalidad, Culpabilidad y Retribución”, -Trad. Juan Pablo Mañalich- en KINDHÄUSER, URS -MAÑALICH, JUAN PABLO, *Pena y Culpabilidad, en el Estado Democrático de Derecho*..op. cit., p. 27. También RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*,...op. cit., pp. 24 y ss.

³⁴¹ HIRSCH, HANS JOACHIM, *Peligro y peligrosidad*..., op. cit., p. 70. También véase en PERIS RIERA, JAIME, M. “Delitos de peligro y Sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década” en AA.VV. *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*,...op. cit., p. 703.

si por definición en los delitos de peligro abstracto no hay bien puesto en peligro, la palabra peligro, está mal empleada y sería más preciso hablar de lo que se ha dado en llamar una irrefutable suposición legal de la entrada del éxito del peligro³⁴².

En base a lo planteado, y dentro de la idea de tomar el peligro como una presunción, la doctrina moderna ha sostenido que más que un delito de peligro se trata de que el ordenamiento jurídico no ve la realización de un ilícito por parte del autor en el sentido de que se pone a un determinado bien jurídico en peligro, sino que se trata de imputar al agente un típico actuar peligroso, por lo que la designación correcta sería: delitos de peligrosidad abstracta (o delitos de riesgo abstracto)³⁴³.

Estos tipos de delitos de peligrosidad, en donde se debe apreciar la peligrosidad de la conducta desde la perspectiva de una persona media normal colocada en la situación del autor, pueden dividirse, claro está, en delitos de peligrosidad concreta y abstracta, según se exija una peligrosidad real de la conducta o alcance una peligrosidad general o típica³⁴⁴.

Un delito de peligrosidad concreta tiene relación con el riesgo concreto, visto desde una perspectiva *ex ante*, según las circunstancias del hecho. Por ende lo decisivo, para diferenciar entre delitos de peligrosidad concreta y verdaderos delitos de peligro, radica, según Hirsch, en analizar si un bien jurídico está o no al alcance del concreto hacer riesgoso³⁴⁵.

³⁴² DONNA EDGARDO ALBERTO, “Delitos...”, en *Revista... op.*, cit., p. 21.

³⁴³ *Vid.*, HIRSCH, HANS JOACHIM, *Peligro y peligrosidad...*, op.cit. p. 71.

³⁴⁴ Es el ejemplo, citado tantas veces, de la maniobra, por la cual el sujeto se adelanta de manera riesgosa para el tráfico, que, en virtud de donde está tipificado (“quien en el tránsito adelante en una curva es punible”), se trata, sin duda, de un delito que se podría llamar de peligrosidad abstracta, siempre que la curva esté totalmente visible y, además, no venga ningún vehículo en sentido contrario. Aún en este caso y si hubiera una prohibición penal, igual nos encontraríamos dentro del marco de lo prohibido

³⁴⁵ DONNA EDGARDO ALBERTO, “Delitos contra la Seguridad Pública”, *Revista ...*, op., cit., p. 22.

Quintero Olivares, nos refiere que no es ninguna aberración afirmar que el concepto de peligrosidad se contraponen al de culpabilidad. Lo hace, partiendo del viejo pacto entre el positivismo natural o defensivo y el Derecho penal del hecho y de la culpabilidad, que se cristalizó hace un siglo en el sistema de doble vía. Entiende que si ya hace tiempo que los dogmáticos han llegado a la conclusión de lo difícil que es saber a qué nos referimos al hablar de culpabilidad, otro tanto sucede con la “peligrosidad”, entendida como prognosis de comportamientos delictivos futuros, plena de ideas preconcebidas e ideas sociales excesivamente arraigadas³⁴⁶.

Ahora bien, más allá de la terminología que vayamos a emplear para la designación de estos tipos penales, queda claro, esa constante predisposición legislativa a la tipificación de delitos de peligro que, lamentablemente, suele encontrar las razones en esa evolución de la sociedad de riesgo, lo que conjugado con una deficiente capacitación de los legisladores nos lleva a ser testigo privilegiados de una política criminal cada vez más intervencionista.

Es posible, quizás, que los delitos de peligro subsistan por razones de simbolismo. Bien es cierto que el Derecho penal tiene también un carácter simbólico³⁴⁷, pero no se puede utilizar exclusivamente por ese carácter simbólico, sino que se torna necesario y preciso reconocer la clamorosa ineficacia del adelanto de la intervención del Derecho penal³⁴⁸.

³⁴⁶ QUINTERO OLIVARES, G., en *Adónde va...* op. cit., p. 70.

³⁴⁷ *Vid.*, LANDROVE DIAZ, GERARDO “Una cierta política criminal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. t. II, p. 1083.

³⁴⁸ La experiencia muestra que, con la excepción de la conducción bajo la influencia del alcohol o de estupefacentes, la persecución de estos delitos sólo se produce cuando ya ha pasado algo: si se repasa la relación de fallos dictados por los Tribunales en aplicación de los tipos que describen delitos de peligro, la práctica totalidad son casos en los que ya se percibían efectos dañosos en personas, animales o la naturaleza.

2.4.1. *Sobre el concepto de peligro.*

Surge de manera inequívoca, como “*antesala*” de lo que vendrá, la necesidad cierta y concreta de referirnos al concepto de peligro, y más precisamente a cómo debe interpretarse el mismo dentro del Derecho penal, siendo esto, una de las la columnas vertebrales del problema.

A pesar de la importancia que este concepto tiene en diversos campos de nuestro Derecho punitivo, no podremos extraer del Código Penal una definición legal de peligro, sobre todo por la multiplicidad de aplicaciones que tiene este concepto³⁴⁹.

El concepto de peligro desempeña dentro del Derecho en general, pero en el Derecho penal en particular, un papel que trasciende a los mismos delitos de peligro, materia de nuestro estudio.

Una posición semejante a la que hemos expuesto, es la asumida por la doctrina italiana. Antolisi, expone a grandes rasgos que al concepto de peligro se le puede atribuir muchas aplicaciones en el ámbito del Derecho penal. Misma sintonía es la que asume Florian, al afirmar que es una acepción de tal amplitud, como lo es el delito³⁵⁰.

Von Rohland, intenta elaborar un concepto de peligro, partiendo de dos componentes que se interrelacionan, si falta uno de ellos, no podemos considerar la existencia del peligro. Afirma que hay peligro cuando, por un lado, nos encontramos ante la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado y además, como complemento necesario, el carácter lesivo o dañoso de dicho resultado³⁵¹.

Von Rohland, reflexiona, que no podemos hablar de peligro cuando la producción de un suceso es imposible, tampoco cuando el mismo concuerda con

³⁴⁹ ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, p. 15.

³⁵⁰ *Ibid.* pp. 17-18.

³⁵¹ Véase en *Ibid.*, p. 18.

nuestros intereses o no los afecta. Así, el peligro, será la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción³⁵².

En cuanto a la probabilidad, debemos destacar una serie de cuestiones:

- a) La necesidad de distinguir el desarrollo objetivo de un acontecimiento de la convicción subjetiva de distintos individuos, ya que una experiencia subjetiva nunca nos ofrecerá una pauta adecuada para la afirmación o negación de un fenómeno real.
- b) La temibilidad, destacada por la doctrina italiana³⁵³. Grispigni, define el peligro, como probabilidad de un resultado temido. Petrocelli, distingue el elemento subjetivo del temor, refiriendo que el temor puede subsistir independientemente de que existan los datos objetivos del peligro. El elemento subjetivo del peligro, por el contrario, es un juicio que se funda en la experiencia general de los valores causales³⁵⁴. En consecuencia, se entiende que el peligro contiene un fondo emocional³⁵⁵.

Sin embargo, el mismo Escrivá, siguiendo la posición de Binding, refiere que no es aconsejable estimar la característica de la temibilidad en la noción misma de

³⁵² *Ibid.* En idéntico sentido, Rodríguez Mourullo, al conceptualizar al peligro como probabilidad o relevante posibilidad de que se produzca el efecto temido; entiende que de una determinada situación de hecho, que verdaderamente existe, puede derivar, según un juicio de probabilidad, una ulterior situación de hecho lesiva de un bien, cuya verificación, se teme. Véase, en RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO, “*La Omisión de Socorro en el Código Penal*”, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, p. 164.

³⁵³ Nace con el Positivismo, la cual de la mano de uno de sus cultores, Ferri, y de manera crítica a la Escuela Clásica, le recriminaba a ésta que, en materia criminológica, no daban con la solución de la delincuencia, en constante aumento, invocando como causal su falta de preocupación en conocer científicamente la realidad humana y las causas de la delincuencia, con lo cual no les era posible indicar los remedios adecuados. En consecuencia, si el ser humano no era libre y sin embargo unos cometían delitos y otros no, ello tenía que ser debido a la existencia de una serie de factores que actuaban tanto en su interior como en su exterior, que lo convertían en *peligroso* para pasar a la actividad criminal; pero será su discípulo, Garófalo, quién acentuaba en el delincuente, que desde factores morales y psicológicos, bajo una perspectiva criminológica, la intensidad de la existencia de una peligrosidad cualificada de acceder a la conducta delictual; un estado peligroso, que debe ser asimilado a -temibilidad-, concebido como la perversidad constante y actuante del delincuente y la cantidad de mal que puede esperarse de él; o sea, su capacidad criminal, debiendo tenerse en cuenta además de la capacidad criminal del delincuente, su adaptabilidad social. HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica*,...op. cit. pp. 113-118.

³⁵⁴ Vid en ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*...op. cit., p. 20.

³⁵⁵ RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO, “*La Omisión de Socorro en el Código Penal*”,...op. cit. p. 165.

peligro, ya que el temor, como tal, puede conducir ciertamente a creer que una situación no peligrosa lo es, pero nunca a la inversa. Lo dicho, por tratarse el temor de un rasgo psicológico-emotivo, no propio del peligro, sino más bien a un aspecto subjetivo del sujeto que experimenta como gravosa una situación de peligro³⁵⁶.

c) La probabilidad, entendida en un sentido gnoseológico u ontológico. Según la primera, probable será lo que según las apariencias puede ser declarado verdadero o cierto, adoptando varios grados según su mayor o menor acercamiento a la certidumbre. La postura ontológica, por el contrario, entiende la probabilidad como un concepto aplicable a las cosas mismas³⁵⁷.

d) Será necesario o trascendental, conocer el grado de probabilidad, en relación a dos posibilidades en sentido de contingencia; por una parte, la producción y, por la otra, la no producción del daño³⁵⁸.

De lo dicho, entonces, referimos que si tenemos distintos grados de probabilidad -entre la probabilidad que suceda a que no-, en cuanto a la producción de un acontecimiento, es de suyo, que de igual manera tendremos distintos grados de peligro³⁵⁹. En este sentido, podremos hablar de dos situaciones en que una sea más

³⁵⁶ Vid, en ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*...op. cit., p. 20.

³⁵⁷ ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*...op. cit. pp. 22-26. También en RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO, “*La Omisión de Socorro en el Código Penal*”...op. cit. p. 165.

³⁵⁸ ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*...op. cit. pp. 26-27.

³⁵⁹ En este marco, Rodríguez Mourullo, entiende en cuanto a los aspectos que puede presentar la *gravedad*, del peligro, tres perspectivas: a) *una primera posición cuantitativa*, donde el peligro es cuando la posibilidad relevante de producción del daño temido, se acerca en demasía a aquel punto donde todas las condiciones son favorables para la producción del resultado temido. El peligro puede decirse que, en esta perspectiva, es grave cuando el número de condiciones que favorecen la producción del mismo, es superior al número de aquellas que obstaculizan su producción, b) *un segundo punto de vista cuantitativo*, el peligro es grave cuando los factores causales existentes hacen temer la verificación de un daño grave y c) *desde un punto de vista cualitativo*, el peligro es más o menos grave, según que los elementos objetivos que le sirven de base, como factores causales, permitan anunciar la probable verificación de la lesión de un bien más o menospreciado. Vid, RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO, “*La Omisión de Socorro en el Código Penal*”...op. cit. p. 165.

peligrosa que otra, sin que por ello dejar de serlo ambas. Un ejemplo claro de lo que decimos, estaría dado, por cuanto una escalada de un monte resulta más peligrosa por una ladera que por otra, o que determinados medios de transporte son más peligrosos que otros³⁶⁰.

El concepto de peligro, ha planteado un sin fin de dificultades a la doctrina, ya sea debido a su propia naturaleza “fugaz”, a una visión causalmonista que tenemos del mundo o a la, real, posibilidad de diversos grados de probabilidad que guarda el mismo; todo lo cual, nos lleva a la imposibilidad de elaborar un criterio uniforme y suficiente capaz de abarcar todos aspectos de dicho concepto³⁶¹

2.4.2. Sobre el concepto de peligro y los delitos de peligro.

Se han planteado, sobre la cuestión, distintas posiciones dogmáticas: por lado aquéllos que estructuran el estudio partiendo del bien jurídico protegido y, por otro, los que lo hacen desde la acción del autor del hecho; dilema que para los clásicos era abarcado por una teoría subjetiva, objetiva y mixta³⁶².

No obstante lo referido y más allá de la posición por la que optemos, no encontramos una respuesta única que pueda conformarnos, por lo que consideramos que el problema se mantiene.

³⁶⁰ ESCRIVA GREGORI, JOSE, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, ...op. cit. pp. 26-27.

³⁶¹ *Ibid* p. 30. También sobre la temática, véase el trabajo de ROCCO, ARTURO *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal* -contribución a las teorías generales del delito y de la pena-, Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2001, pp. 283-331.

³⁶² *Vid.*, CORCOY BIDASOLO, M, “El concepto de Peligro”, en *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales*, ...op. cit., pp. 30-53.

Para una primera posición, -desde el bien jurídico-, el concepto de peligro debe ser entendido, como un estado objetivo en el cual se encuentra un bien jurídico³⁶³. En consecuencia, el análisis debe hacerse desde la perspectiva del bien jurídico amenazado y no desde el sujeto actuante. Según Hirsch, expone que formas del comportamiento que sólo tienen apariencia de una agresión no pueden ser calificadas de antijurídicas³⁶⁴.

Lo dicho, llevaría inmediatamente a distinguir el peligro en que se encuentra el bien jurídico y la concreta peligrosidad de una conducta. Así, de ésta manera, en los delitos de peligro concreto se produce el fenómeno por el cual un bien jurídico entra en el radio de acción de un determinado hecho típico. Por eso se ha sostenido que la prognosis del peligro corresponde a la situación de amenaza como tal, al bien jurídico y no a la valoración o a la posibilidad de valoración del lado del autor, siendo el riesgo de la acción lo que causa el peligro en este tipo de delitos. Esto, partiendo de un concepto de peligro dirigida al bien jurídico.

Desde una segunda posición, -como parámetro, el objeto de la acción-, diremos que el peligro es un juicio³⁶⁵, que se relaciona con el juicio de previsibilidad objetiva realizado por una persona normal, se trata de un juicio *ex ante*, colocada en la posición del autor, cuando se dé el comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por la persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los

³⁶³ Vid, ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*,...op. cit., pp. 39-40.

³⁶⁴ DONNA, EDGARDO ALBERTO, “Delitos contra la Seguridad Pública”, *Revista de Derecho Penal*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fé, 2007, p. 19.

³⁶⁵ Vid, ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*,...op. cit., pp. 85-94.

cursos causales (saber nomológico)³⁶⁶. Si la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable, la acción era peligrosa. Pero en este caso, como se puede observar, el peligro es una cualidad inherente a la acción del autor, de allí que pueda hablarse de una acción peligrosa³⁶⁷.

Los bienes jurídicos son valores sociales ideales, mientras que objeto de la acción, por el contrario, es el objeto concreto sobre el que se ejecuta la acción típica y contra el que se dirige el ataque lesivo del bien jurídico³⁶⁸

Tal como lo adelantara más arriba y continuando con el análisis, podemos referir que en la dogmática tradicional existieron tres grandes intentos de explicación del concepto de peligro que pueden agruparse en la teoría subjetiva, objetiva y mixta³⁶⁹:

a) Teoría subjetiva: a finales del S. XIX, bajo el influjo del positivismo y de la vigencia inexorable de la “ley de causalidad”, se niega la existencia objetiva del peligro y las circunstancias que nosotros consideramos peligrosas son o causales o no causales respecto del resultado temido, el suceso puede producirse o no producirse.

Sin duda ha de admitirse que nuestro conocimiento es limitado; que, bajo ciertas circunstancias, ante la imposibilidad de abarcar las relaciones exteriores, surge

³⁶⁶ Vid. ROMEO CASABONA, CARLOS M. “Aportaciones del Principio de precaución al Derecho Penal”, en *Conducta Peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo...* op. cit. pp. 106/107. Asimismo, este autor, desarrolla lo que es el principio de precaución. Propuesta, que aporta a la problemática, una visión alternativa. Sostiene que, con dicho principio, la respuesta a las situaciones s -saber nomológico-, puede ser la exigencia de las máximas cautelas posibles, llevando consigo, la recomendación o prohibición, si es adoptada por la autoridad legitimada, de no iniciar la actividad o dilatarla hasta que no se tenga mayor conocimiento. La propuesta, del autor, aludiría a meras conductas peligrosas, ya sea a delitos de peligrosidad -abstracto-, o, incluso, de acción peligrosa -abstracto-concreto-. Entiendo que el principio mencionado, excede lo planteado en este trabajo, pero no obstante, era necesario al menos, escuetamente, referirlo.

³⁶⁷ HIRSCH, HANS JOACHIM, *Peligro y Peligrosidad*, en Obras Completas, Ed., Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 1999, t.I., p. 65 y ss.

³⁶⁸ WESSEL, en ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal...* op. cit., p. 40.

³⁶⁹ Vid., CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “El concepto de Peligro”, en *Delitos de Peligro...* op. cit., pp. 32-36. También se avoca al tema ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal...* op. cit., pp. 48-54.

para cada cual lo que denominamos peligro; así, pues, el peligro no puede llegar a ser algo objetivo³⁷⁰. Una representación de la mente humana y no algo objetivamente existente³⁷¹

Desde esta explicación causal del mundo, el hombre, por su limitada capacidad de conocimiento, nunca percibe todas las relaciones fácticas y las leyes causales que, a partir de cierto estado presente, van a dar lugar a un acontecimiento futuro. En consecuencia, los conceptos de peligro y posibilidad carecen de entidad real, sólo son el pronóstico subjetivo de un observador mal informado.

Estas ideas fueron sostenidas, nos dice, Rodríguez Montañés³⁷², entre otros por Lammasch³⁷³, Hertz³⁷⁴, Von Buri, Janka³⁷⁵, siendo su principal exponente Finger.

Finger, señala la autora, deduce el concepto de peligro a partir de los conceptos de necesidad e imposibilidad. El concepto de necesidad, no precisa de mayor explicación, pues resulta indiscutido en la actual visión mecanicista del mundo. Frente a este concepto, surge el de imposibilidad, que es la forma positiva de negar la

³⁷⁰ Vid. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “Juicio sobre el peligro típicamente relevante”, en *Delitos de Peligro y Protección de Bienes...* op. cit., pp. 57-108.

³⁷¹ ROCCO, ARTURO *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal* -contribución a las teorías generales del delito y de la pena-...op. cit. p. 299.

³⁷² RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia...* op. cit. p. 40.

³⁷³ “Una situación de hecho es, objetivamente hablando, causal o no causal respecto de un determinado resultado. Peligroso o no peligroso son sólo juicios subjetivos de quien no percibe con claridad la causalidad o no causalidad de un hecho, porque no conoce la totalidad de sus elementos, objetivamente no existe la posibilidad, sino sólo la necesidad. La peligrosidad objetiva sería, una contradicción”, en *Ibid.*

³⁷⁴ “La existencia de una puesta en peligro se limita a la subjetividad de aquel a quien afecta”. “el concepto de peligro debe su existencia a la limitación de nuestra capacidad de conocimiento”. “El peligro es un hijo de nuestra ignorancia”, en *ibid.*

³⁷⁵ “La palabra peligro expresa sólo algo subjetivo, no algo objetivo. Un peligro objetivo, en el sentido de un estado de amenaza realmente con la lesión, pero al mismo tiempo puede no lesionar, no existe. Lo que no ha lesionado era desde el principio no peligroso, puesto que todo lo que sucede, sucede necesariamente”, en *ibid.* Vid. ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal...* op. cit., pp. 48.

necesidad y que constituye un puro concepto subjetivo, que resulta de que el mundo real es no sólo representado, sino también modelado por nosotros³⁷⁶.

Así, se da nacimiento al concepto de posibilidad, en un doble sentido: como lo contrario de imposibilidad, desde una confrontación de las relaciones en función de nuestra visión subjetiva y nuestra experiencia (no hay nada en *a* que impida que tenga como consecuencia *b*), y como puro concepto subjetivo, que renuncia a la declaración de las relaciones entre los estados *a* y *b* (el individuo que realiza el juicio es consciente de su propia ignorancia: “no sé, quizá”). Los dos sentidos, se entremezclan, porque ambos son subjetivos.

La cuestión de la posibilidad o imposibilidad de un suceso ha de responderse con referencia a la experiencia, que es un concepto relativo en el tiempo y limitado a la valoración de los datos de la realidad que podemos percibir, pero sin tener en cuenta otros muchos que se nos escapan. Si nuestro conocimiento del mundo fuera plenamente exacto no existiría la posibilidad, sólo la necesidad; no habría duda, sólo certeza y por ende, no habría peligro.

El peligro, por tanto, es un juicio que conforme a la experiencia realizamos sobre hechos trascendentes basado en una cierta situación del mundo típicamente reconocida, lo que nos enseña que en ciertas situaciones resulta fácil la producción de lesiones a bienes jurídicos. Constituye algo subjetivo, puesto que ese juicio se funda en un conocimiento parcial e inexacto del mundo o de sus leyes, dependiente del saber

³⁷⁶ RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia...* op. cit. p. 40. También en ROCCO, ARTURO *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal* -contribución a las teorías generales del delito y de la pena-...op. cit. 300-301.

ontológico y nomológico, y con una fuerte influencia de la subjetividad del juzgador³⁷⁷.

En definitiva, concluye, el concepto de peligro no puede definirse mediante relaciones objetivas, sino que se concreta mediante la apreciación subjetiva de quien actúa de juzgador. El juicio sobre la peligrosidad o no de la acción es siempre un juicio de medio, realizado *ex ante*, conforme al cual una acción es peligrosa cuando no podemos reconocer los motivos por los que finalmente (*ex post*) no se produce el resultado lesivo³⁷⁸.

Von Buri, otro de los grandes exponentes de esta posición, refiere que el peligro no puede estimarse como hecho, como entidad concreta, sino como hipótesis o abstracción. En la realidad de los fenómenos reales no hay plaza para el peligro considerado objetivamente, es decir, no se habla de posibilidad y de probabilidad. Si los hechos acontecen, son tales hechos y se presentan *a posteriori* como posibles desde el principio, por la prognosis posterior, aunque antes los hubiéramos reputado como imposibles. En cambio, si no se producen tales hechos, no puede decirse que había riesgo objetivo antes, pues eran *ab inicio imposible*, aunque nosotros los hubiéramos estimado como realizables³⁷⁹.

Ahora bien, en la relación de concepto de peligro y delitos de peligro, sólo podemos referirnos, como Von Buri dijo, a una impresión subjetiva del juzgador, de un temor, a una representación mental, a una simple inducción del sujeto, y ello, entiendo, a una flagrante violación del principio de legalidad y lesividad.

³⁷⁷ Vid. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “Juicio sobre el peligro típicamente relevante”, en *Delitos de Peligro y Protección...* op. cit., pp. 108-117.

³⁷⁸ RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA, *Delitos de peligro...* op. cit., p. 42.

³⁷⁹ Vid. en JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de...* op. cit. t. III, p. 468. También, ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal...* op. cit., pp. 49-50.

b) Teoría Objetiva: si bien tenemos como exponente a Von Liszt y Binding, en Alemania, quienes proclaman que el peligro es un acontecimiento de la realidad, o a Rocco y Florian en Italia, para quienes si el peligro fuese una apreciación subjetiva, el Derecho penal no tutelaría el orden externo, sino la impresionabilidad interna de los individuos³⁸⁰. Serán Von Kries y Von Rohlandn, quienes van a marcar el camino de una concepción objetiva del peligro.

Por su parte, nos dice Rodriguez Montañés, que Kries³⁸¹, define el peligro como la posibilidad objetiva de un resultado lesivo, que presupone el conocimiento de las conexiones causales generales. Sólo es posible hablar de peligro en relación a ciertas condiciones determinadas de manera general, que abarcan una pluralidad de formas de conducta, las cuales, representan una elevada probabilidad de producción de un resultado lesivo.

Kries, afirmó que existe una posibilidad y probabilidad objetiva y, por lo tanto, un peligro objetivo, sometido a un cálculo estadístico, fundado en la experiencia u observación sistemática de los hechos. Si dadas ciertas condiciones un fenómeno puede ocurrir o fallar, ello significa que el fenómeno existe en el orden externo de las cosas, en la posibilidad o probabilidad objetiva del mundo, es decir, que el fenómeno, posible o probable, tiene una existencia objetiva del mundo³⁸².

El peligro, por ende, es un estado de hecho que contiene las condiciones incompletamente determinadas de un resultado dañoso. El interrogante que de manera

³⁸⁰ Vid, JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal...* op. cit. p. 469. También en ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal...* op. cit., p. 53. Véase en ROCCO, ARTURO *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal* -contribución a las teorías generales del delito y de la pena-...op. cit. pp. 301-308.

³⁸¹ Véase en RODRIGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro...* op. cit., p. 43. También en ROCCO, ARTURO *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal* -contribución a las teorías generales del delito y de la pena-...op. cit. pp. 303.

³⁸² Vid, ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal...* op. cit., pp. 52-53.

instintiva acaece, justamente, es qué sucede si el hecho temido no acontece. Ante el interrogante de si esto, *demostrará su inexistencia*, podemos decir que los que apoyan ésta teoría objetiva refieren que, lo que va a impedir ese fenómeno, serán condiciones ulteriores *in concreto*, que surgen, luego de las que tendían a producirlo y, que como tal, no invalidan que el peligro existiera antes de que esas condiciones impeditivas se hayan presentado.

Rohland, en esta dinámica, afirma que al concepto de peligro lo constituyen dos elementos: por un lado, la probabilidad de un suceso y, por el otro, el carácter lesivo del mismo. Peligro es la mayor o menor probabilidad de un resultado dañoso, la más o menos elevada posibilidad de su producción³⁸³.

Para el concepto de peligro no basta, con la mera y lejana posibilidad de que una acción tenga como consecuencia un daño, pero tampoco puede afirmarse que exista siempre peligro a partir de un cierto grado elevado de probabilidad, sino que es necesario examinar todas las circunstancias del caso concreto.

Así, y en concordancia con lo señalado, un principio importante para delimitar las acciones generalmente peligrosas (propias de los delitos de peligro) frente a las peligrosas sólo en abstracto será, si se puede contar con la intervención protectora de un tercero o del propio. Entonces, una acción es no peligrosa no sólo cuando la posibilidad del daño es lejana, sino también cuando es cercana pero se puede contar con seguridad la intervención inhibitoria del autor o de otro que lo paralice³⁸⁴.

En definitiva de las teorías antes reseñadas, decimos que la diferencia entre ambas, radica en el carácter que se otorga al juicio de peligro: mientras que para la teoría subjetiva, el juicio tiene carácter constitutivo, porque se niega la existencia real

³⁸³

Ibid

³⁸⁴

RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA, *Delitos de peligro*,... op. cit., p. 44.

de peligro; para la teoría objetiva, será declarativo, toda vez que el peligro tiene entidad propia en el mundo externo, más allá de la persona que emite el juicio³⁸⁵.

c) Teoría mixta: Una tercera corriente intenta desentrañar la problemática planteada en relación al tema que nos toca, así tenemos lo que se denomina teoría objetiva-subjetiva o teoría mixta³⁸⁶.

Esta posición utiliza la experiencia, como medio necesario, para conocer la posibilidad próxima o probabilidad de su presentación; y si bien es cierto que esa posibilidad o probabilidad tiene siempre algo de subjetivo, la situación en que un objeto es puesto mediante el peligro, tiene algo de objetivo.

En definitiva, el peligro como posibilidad de daño es una situación objetiva. Ahora, esa posibilidad aunque tenga existencia objetiva, no se revela por sí misma, puesto que ha de ser “reconocida”; esto es, juzgada. Es preciso, entonces, un juicio de valoración, un cálculo: al que llamamos juicio de peligro, que es el resultado de un raciocinio silogístico, en el que la premisa mayor está construida por las lecciones de experiencia respecto a circunstancias análogas³⁸⁷.

Mezger, también se adhiere a ésta teoría. El peligro, dice el autor, supone un juicio fundamentado en la general experiencia, en el conocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos, con el que expresa el temor fundado e inmediato de la lesión de un bien jurídico. Es incorrecto sostener que “el peligro” sólo puede ser algo puramente subjetivo. Según el criterio que se siga respecto a la persona que ha de formar el juicio sobre la existencia del peligro, el concepto de éste tendrá un carácter

³⁸⁵ *Ibid.* p. 46.

³⁸⁶ ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal...* op. cit., pp. 54-57.

³⁸⁷ Entonces, un fenómeno existente dispone de potencia causal en orden a otro fenómeno aún no ocurrido, cuando la experiencia, basada en la observación de casos idénticos, nos enseña que al primer fenómeno suele seguir el segundo, en relación de causa, a efecto.

objetivo o subjetivo; si se exige que el juicio lo formule el juez, el concepto será objetivo; si se pretende que sea el autor mismo quien lo haga, el concepto tendrá carácter subjetivo.

Así, peligro será la posibilidad inmediata de un resultado perjudicial. En este marco, el concepto procede de los criterios de la posibilidad. Para ello, se inicia de una parte de las condiciones; esta parte de las condiciones, de las que depende el resultado efectivo, es conocida y fundamenta el juicio. Así, mientras se juzga las condiciones ciertas, frente a las que no lo son, comienza a decantar aquella probabilidad de lo que resultaría posible. Por lo tanto posibilidad, es sinónimo de potencialidad. Peligro, entonces, será por consiguiente la existencia de circunstancias que precisarían o habrían precisado sólo el agregado de otras condiciones parciales, frecuentes, para producir el daño³⁸⁸.

No obstante lo expuesto, el verdadero problema, radica en poder determinar el grado que debe asumir el peligro para traspasar la barrera de la última *ratio*, que es el Derecho penal. Lo dicho, nos lleva a tratar de manera inmediata la posibilidad o probabilidad del riesgo que amenaza al bien o interés jurídicamente protegido. Algunos necesitan para fundar su posición la mera posibilidad, otros, la probabilidad.

En relación a los primeros, podemos citar a Rocco, quien entiende que el peligro no es la posibilidad próxima del daño, la probabilidad mayor o menor (peligro máximo), sino la posibilidad del daño *in genere*, pequeña o elevada, mayor o menor,

³⁸⁸ MEZGER, E. *Derecho Penal -parte general-...op.*, cit. pp. 127-129. También en JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de...op.*, cit. t. III, p. 470. También en ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal...op. cit.*, pp. 55-56.

próxima o remota. Entiende que la sola posibilidad del daño es suficiente, cualquiera sea el grado, para encontrarnos frente a un concepto del peligro³⁸⁹.

En relación, a quienes necesitan la probabilidad, podemos nombrar a Beling³⁹⁰. Decimos, que no se contentan con la mera posibilidad, sino que hablan de una probabilidad, a la cual la pueden llamar notable posibilidad (Von Kries) o posibilidad inmediata (Von Liszt).

Entiendo que la simple posibilidad de un resultado no puede servir de índice para calificar como peligrosa una conducta. Es posible que, desde el punto de vista abstracto, deba hablarse de peligro en cualquier grado en que éste puede presentarse, pero el Derecho penal solo acota un sector de la realidad, el que ofrece el riesgo más alto, pues si fuese a preocuparse de las mínimas posibilidades de amenaza a un interés o a un bien jurídico, además de la constante vulneración al principio de ofensividad, la vida misma en sociedad sería más que complicada y, con ello, la libertad humana recibiría un duro revés.

³⁸⁹ Rocco, luego de analizar el concepto del daño desde una concepción jurídico, psicológica y sociológica, termina definiendo al mismo como la pérdida o la disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés humano en cuanto es el resultado de un acontecimiento natural o del hecho del hombre o del un animal. Si hablamos del hecho del hombre, éste deberá ser el producto de la determinación de la voluntad humana, ya sea mediante una acción positiva o una acción negativa. Entiende, que no puede haber distinción entre daño potencial y peligro de daño. Tampoco puede llamarse lesión al peligro de daño, aun dejando al daño su nombre, puesto que el daño no es sino una lesión, el peligro de daño al ser peligro y no daño, es una amenaza y no una lesión. Así, refiere que el concepto de peligro es uno de los más difíciles del Derecho penal. Nos dice que saber qué es el peligro depende de que se sepa qué es la posibilidad o la probabilidad y saber qué es la posibilidad y la probabilidad depende, a su vez, de una investigación aun más alta; es decir aquella acerca del concepto de causalidad. Así va a entender al peligro como la posibilidad de daño. Toda posibilidad es un fenómeno determinado y, en ese sentido, posibilidad concreta: no existe una posibilidad abstracta, como posibilidad de un fenómeno no determinado; de un fenómeno cualquiera. En consecuencia, todo peligro es la posibilidad de un daño determinado, de un resultado dañoso; es un peligro concreto, y no existe un peligro abstracto, como peligro de un daño indeterminado, de cualquier resultado dañoso. *Vid.* ROCCO, ARTURO *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal* -contribución a las teorías generales del delito y de la pena-,...op. cit. pp. 283-299 y 308-319. También en JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho*...op. cit. p. 471. También en ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*,...op. cit., pp. 55-56.

³⁹⁰ BELING, ERNST, *Esquema del Derecho Penal-La Doctrina del Delito-Tipo*,...op. cit. pp. 143-144. También en JIMENEZ DE ASUA, en *Tratado de Derecho*...op. cit., p. 471 .

2.4.3 La construcción compleja del tipo penal. Delitos de peligro concreto y abstracto.

Para la construcción del tipo penal, debemos resaltar, en cuanto a su clasificación, y tomando como base para subsumir la conducta descrita en la premisa normativa, si es suficiente la mera realización de una conducta o se requiere algo más³⁹¹.

En base a lo hemos referido y sólo para refrescar lo dicho, los tipos penales se pueden clasificar en *tipos de pura actividad*³⁹² y de *resultado*³⁹³. Por su parte, éste *resultado* puede consistir en una *lesión o puesta en peligro* del respectivo bien jurídico, conforme a lo cual, se va a distinguir en *tipo de lesión*³⁹⁴, y en *tipos de peligro*³⁹⁵.

Así estructurado el mapa de los distintos tipos penales, nos queda por recordar que a su vez el peligro, podrá ser *concreto*, cuando se produce la posibilidad real y efectiva de lesión al bien jurídico (e.g. incendio, art. 351 y ss. CP³⁹⁶) o *abstracto*, cuando el tipo se limita a describir un comportamiento que generalmente representa, en sí mismo, un peligro para el interés penalmente tutelado (e.g., conducción peligrosa CP)³⁹⁷.

Algún sector de la doctrina, y ya abogados al tema que nos toca, suele acudir para diferenciar los delitos de peligro en concreto y abstracto, a una caracterización puramente negativa o residual de los de peligro abstracto, es decir, como aquellos que no exigen en su formulación típica, una concreta puesta en peligro del objeto del bien

³⁹¹ LASCANO, CARLOS JULIO (h), en *Manual de Derecho...* op., cit. p. 266.

³⁹² Sólo requieren el comportamiento del autor, sin exigir un resultado –potencial o efectivo– separable de aquél –e.g., violación de domicilio–

³⁹³ La modificación sensible del mundo exterior –tanto en el plano físico, como psíquico– está separada espacial y temporalmente de la acción del sujeto.

³⁹⁴ Son aquellos en que la conducta debe haber producido la lesión del bien jurídico mediante el daño o la modificación del objeto material sobre el cual recae;

³⁹⁵ No se exige que la conducta haya ocasionado un daño sobre su objeto, pues es suficiente que el bien jurídicamente protegido haya sido puesto en riesgo de sufrir la lesión que se quiere evitar.

³⁹⁶ Conf. art. 186 del C. Penal de Argentina.

³⁹⁷ *Vid.*, ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL (Dir) *Fundamentos de Derecho Penal -Parte General...* op. cit., pp. 257-258.

jurídico protegido. Si bien, en ambos se requiere un desvalor de acción -que exige la valoración de la conducta con arreglo a un juicio *ex ante*-, sólo los delitos de peligro concreto exigirían, además, un verdadero desvalor de resultado consistente, precisamente, en esa concreta puesta en peligro. Se dice, entonces, que la intensidad del ataque al bien jurídico es de mayor entidad en los delitos de peligro concreto, puesto que en ellos necesariamente ha de darse un contacto entre la acción peligrosa y un objeto de protección³⁹⁸.

Para ir resaltando, desde éste primer punto de vista, la diferencia va a radicar, entonces, en la mayor y concreta puesta en peligro del bien jurídico protegido.

La posición doctrinal mayoritaria, refiere que los delitos de peligro abstracto castigan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. Se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son típicamente o generalmente peligrosos para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico. Así, al considerar que la peligrosidad de la acción típica no es elemento del tipo sino simplemente razón o motivo de la existencia del precepto, se concluye que no sólo no es necesario probar si se ha producido o no en el caso concreto una puesta en peligro, sino ni siquiera confirmar tal peligrosidad general de la conducta en el caso individual,

³⁹⁸ MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos...* op. cit., pp. 18 y 19. *Vid.*, HANS-HIRSCH, JOACHIM, “Delitos de peligro y Derecho penal moderno”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social...* op. cit., pp. 97-116. También véase en FERRANDIS CIPRIAN, DANIEL, “El delito de conducción bajo la influencia de ciertas sustancias tóxicas”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. t. I. p. 625.

ya que el peligro viene deducido a través de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador³⁹⁹.

La segunda posición, como vemos, pone hincapié directamente en la construcción del tipo penal, es decir, en aquellos parámetros preestablecidos al momento de la elaboración de la premisa normativa, sin permitir en el caso concreto, determinar si el hecho peligroso efectivamente se produjo, generando mayor tensión con el principio de ofensividad.

La opinión generalizada, como se ha señalado, es la de que los delitos de peligro concreto exigen más allá de la puesta en práctica de la conducta típica, la entrada de un objeto de la acción en el radio de eficacia de la conducta peligrosa y, por tanto, la producción de una objetiva situación de peligro, aludida de diferente manera en el tipo, que ha de ser constatada en el caso concreto por el Juez. Entonces, la calificación de los delitos de peligro concreto como delitos de resultado es absolutamente generalizada, considerándose que éste viene constituido por la concreta puesta en peligro del bien jurídico protegido⁴⁰⁰.

Así pues, la distinción entre ambas clases de delitos viene determinada, en el terreno práctico, por la necesidad de verificación de la puesta en peligro en los delitos de peligro concreto, así como por las diferencias del respectivo juicio de peligro⁴⁰¹ según vaya referido a la evaluación del peligro como efecto de la conducta sobre un concreto objeto de la acción, o al enjuiciamiento de la peligrosidad *ex ante* que

³⁹⁹ MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos...* op. cit. p. 20. *Vid.*, FERRANDIS CIPRIAN, DANIEL, “El delito de conducción bajo la influencia de ciertas sustancias tóxicas”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. t. I. p. 626.

⁴⁰⁰ MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos...* op. cit. p. 24. También en PERIS RIERA, JAIME, M. “Delitos de peligro y Sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década” en AA.VV. *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal...* op. cit. p. 704.

⁴⁰¹ Recordemos el análisis que se hace del tema en ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal...* op. cit., pp. 85-94.

conlleva la realización de la conducta. Aun, cuando, la delimitación y distinción entre los dos términos *peligrosidad*, como algo que califica una conducta, que juzga su potencialidad lesiva⁴⁰²; y *peligro concreto*⁴⁰³, como situación que se produce a consecuencia de una acción, ha sido y sigue siendo singularmente oscura y equívoca, por la falta de claridad que trae consigo la utilización indistinta de los términos *peligrosidad* y *peligro*.

Para esta nueva posición expuesta, la diferencia encuentra su punto de partida en la conceptualización de la conducta desplegada, la cual trae la consecución directa de un juicio *ex ante* y un juicio *ex post*. Entonces, serán delito de peligro abstracto aquellas conductas que conlleven *peligrosidad*, mientras que delitos de peligro concreto, una conducta de *peligro*, literalmente hablando.

Ahora bien, para expresar el distinto sentido del *peligro* en el juicio *ex ante* y *ex post*, dentro de la postura, algunos autores, como Corcoy Bidasolo⁴⁰⁴, utilizan para el primero el término “riesgo” y para el segundo el de “*peligro*”.

Así, se debe entender como *riesgo* el cálculo de probabilidad de lesión cognoscible *ex ante* con el que se valora la *peligrosidad* de una conducta, es decir, el juicio de *peligro* propio del primer juicio de imputación, como creación de *riesgo ex ante*. En cambio, *peligro*, será el contenido del juicio valorativo sobre una situación en

⁴⁰² La *peligrosidad* como calificativo referido a una conducta implica necesariamente un juicio sobre la propia acción en el momento de ponerla en práctica, se trata en todo caso de un juicio a realizar con los conocimientos y datos disponibles en ese momento, un juicio *ex ante*, como juicio de pronóstico o de previsibilidad, sobre la posibilidad de producción de una lesión o una concreta puesta en *peligro*.

⁴⁰³ El *peligro* como efecto producido por una determinada conducta ha de ser necesariamente juzgado *ex post*, que es cuando se pueden conocer las consecuencias de las conductas.

⁴⁰⁴ El alto nivel de riesgo no autoriza al poder legislativo ni al judicial a no respetar los principios que dan vida al Derecho penal, sobre todo el de lesividad; en consecuencia siempre se deberá probar en el caso concreto, *ex post* si la conducta era efectivamente *peligrosa*, idónea y con ello, lesionaba la seguridad y la confianza del ciudadano. CORCOY BIDASOLO, M. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligros y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales...* op. cit., pp. 226-227. También en MENDOZA BUERGO, BLANCA *Límites dogmáticos...* p. 27.

la que, conforme a la ley de probabilidad disponible, la lesión del bien jurídico individual es consecuencia lógica de la acción⁴⁰⁵.

Por otra parte, Mendoza Buergo, exponiendo su punto de vista, sostiene que la diferencia entre el peligro concreto y el peligro abstracto no tiene que ver con un mayor o menor grado de peligrosidad o de probabilidad de lesión como ha sido sostenido por algún autor.

Refiere, la autora, que las conductas tipificadas en los delitos de peligro abstracto no pueden ser consideradas menos peligrosas que las previstas en delitos de peligro concreto; por el contrario, la diferencia estriba en si, de acuerdo con la descripción típica correspondiente, ha de constatarse en el caso individual que el comportamiento ha sido en concreto peligroso, si ha producido una concreta situación de peligro para el bien jurídico protegido -conforme a un enjuiciamiento *ex post*-, o si sólo es necesaria una consideración, conforme a un juicio *ex ante*, de la peligrosidad de la conducta.

Para apoyar su posición sostiene que es frecuente que el legislador tipifique como delitos de peligro abstracto comportamientos de los que se conoce su alto grado de peligrosidad y su reiterada relación con la producción de resultados lesivos, mientras que respecto a otras conductas no tan frecuentemente ligadas a efectos dañosos resultaría necesario exigir que en el caso concreto se ha producido al menos un peligro concreto.

⁴⁰⁵ Sería deseable que los términos con los que se alude a nociones diferentes fueran también distintos o, al menos, se utilizaran con mayor precisión, pero la realidad es que no se utiliza una terminología unitaria ni hay acuerdo en proceder a la distinción entre riesgo y peligro, expresiones que más bien se emplean de manera indiferenciada no sólo en materia de delitos de peligro, sino también en otros terrenos como las causas de justificación, la omisión del deber de socorro o la teoría de la imputación objetiva.

Si tomamos como cierta esta postura, no cabe duda de que se trata de una elección del legislador basada en criterios políticos criminales, conforme a la cual se decide el mayor o menor adelantamiento de la tutela penal de que se dota al correspondiente bien objeto de protección. Resulta indiscutible que por elevada que pueda ser la peligrosidad de un comportamiento contenido en un delito de peligro abstracto, la intervención punitiva se adelanta a un momento consumativo anterior al que se toma en cuenta en los delitos de peligro concreto⁴⁰⁶

Como vemos, otra vez, se hace hincapié, a los fines de establecer los parámetros que diferencian uno y otro “peligro”, en la descripción del tipo penal, construido por el legislador, al momento de crear la figura penal, desconociendo nuevamente si en caso concreto se lesiona efectivamente el bien jurídico.

Es de suyo, que estos delitos de peligro se vienen utilizando de manera creciente en las legislaciones penales, en general, y en la española en particular, ya que los nuevos diseños legislativos optan de modo decidido por la idea de que el límite a la intervención penal no debe establecerse necesariamente, como regla general, en la lesión de bienes jurídicos, debiéndose a diversos factores⁴⁰⁷:

Nuevamente la circunstancia real de vivir en lo que se denomina “*Sociedad de riesgo*”, junto con fenómeno actual de la aparición de nuevos bienes jurídicos, llamados a satisfacer necesidades de carácter social (bienes jurídicos, colectivos, supraindividuales o difusos), cuya acogida político-criminal, aparentemente, no puede ser rechazada por el Derecho penal y que sólo pueden ser adecuadamente protegidos a través de las figuras de los delitos de peligro, nos lleva a que gran parte de la doctrina y

⁴⁰⁶ MENDOZA BUERGO, B. *Límites dogmáticos...* op. cit., p. 32.

⁴⁰⁷ ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL (Dir) *Fundamentos de Derecho Penal...* op.cit., p. 258.

la dogmática actual vea necesario adelantar las barreras de protección de algunos bienes jurídicos fundamentales clásicos para reforzar su protección y evitar que la intervención del Derecho penal dependa sólo del azar, aún cuando con dicho proceder se vea vulnerado el principio de ofensividad⁴⁰⁸.

2.5. Sobre los delitos de peligro abstracto

Ya hemos referido que el desarrollo de la sociedad la ha transformado en una comunidad de riesgo, lo cual trae como principal consecuencia que el legislador ante la demanda continua de seguridad y mediante la aplicación de un Derecho penal preventivo, desarrolle una constante tipificación de conductas de peligro abstracto y de los nuevos llamados delitos obstáculos -desarrollaremos *infra*-, conductas que guardan un peligro de peligro⁴⁰⁹.

Se advierte que se agudiza el problema para legitimar un Derecho penal ampliado al campo de la punición de meras acciones definidas como peligrosas con carácter general, supraindividual, incriminando conductas a fases muy adelantadas, previas a la lesión y a la posibilidad de una evidencia de peligro⁴¹⁰.

Al tratarse de la vulneración de parámetros de seguridad tipificados y cuya eficiencia es medida esencial del aprovechamiento racional de los bienes, el peligro se torna abstracto, puesto que ya no se trata de una desprotección actual del bien.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, pp. 258-259.

⁴⁰⁹ Es una verdad de *perogrupo* que la tipificación de delitos de peligro abstracto se ha revelado en los últimos años como la técnica por excelencia del legislador contemporáneo en éstos nuevos ámbitos de desarrollo del Derecho penal. KAIIFA-GBANDI MARIA “Una mirada hacia los puntos centrales de la evolución de la dogmática jurídico-penal alemana ante el cambio de siglo desde la perspectiva de un miembro de la ciencia jurídico-penal griega”, -Trad. Manso Porto, Teresa-, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...*op. cit. p. 302.

⁴¹⁰ MENDOZA BUERGO, B. *Límites dogmáticos...*op. cit., p. 4.

En las codificaciones de finales del siglo XIX y comienzo del XX, nos relata Balcarce, al delito de peligro abstracto, se le adosaba una condición objetiva de punibilidad, se entendía que era la tentativa de un delito culposo. Tal circunstancia, nos señala el autor, obedecía a la determinación relativa de la norma violada con la conducta que llevaba a la lesión, la cual normalmente remitía a otra norma (tipo penal en blanco) o a la elaboración del deber de cuidado por el Tribunal⁴¹¹.

En los nudos delitos de peligro abstracto se entiende que es innecesario que el órgano jurisdiccional constate la existencia del peligro, porque tal circunstancia se presupone *iure et de iure* ya valorada por el legislador, lo cual trae el interrogante, si éste mecanismo, no produce una incursión en la tarea propia del juez.

La doctrina y la jurisprudencia, bien señala Balcarce y ya lo analizaremos *infra*, pretenden transformarlos en delitos de peligro hipotéticos en donde la presunción *iure et de iure* se transforme en presunción *iuris tantum*. Lo verdaderamente característico de estos delitos es la incorporación de elementos típicos normativos, tendientes a determinar la potencialidad lesiva del agente, cuya concurrencia deberá ser constatada por el órgano jurisdiccional.

Estos “delitos de peligro abstracto”, suelen agruparse en un conjunto heterogéneo de tipos penales con un potencial de riesgo absolutamente diferente, por lo que es de suyo, que no podemos hablar de una tipología homogénea. Así, se podrá distinguir, tres tipos delictivos dentro de los tipos penales vigentes⁴¹².

a) Delitos preparatorios: conductas cuyo potencial de riesgo consiste en que la propia persona que actuó u otra pueden apoyarse en el resultado de la conducta previa

⁴¹¹ Vid, BALCARCE FABIAN, *Armas, Municiones y Materiales Peligrosos*, Ed. Lerner, Córdoba, 2004, p. 21.

⁴¹² HIRSCH, VON ANDREW/WOHLER, WOLFGANG, en HEFENDEHL, ROLAND, *Teoría del Bien...op.*, cit. p. 288.

en cuestión. El ámbito de aplicación de este tipo de delitos se extiende tanto a la protección de intereses personales como a la de colectivos⁴¹³.

b) Delitos cumulativos⁴¹⁴: -recordemos- conductas que por sí solas no pueden menoscabar o no, en una medida relevante, un interés protegido jurídicamente, pero que unidas a otras realizadas en la misma dirección pueden conducir a un menoscabo. El ámbito principal de aplicación de este tipo de delitos es la protección de intereses supraindividuales, en los que incluso constituye el verdadero prototipo de tipo penal (e.g. los tipos penales de protección de los medios naturales)⁴¹⁵.

c) Delitos de peligrosidad⁴¹⁶ concreta: ejemplos típicos de este tipo de delitos son el incendio grave y los tipos penales del Derecho penal de tráfico, especialmente la conducción en estado de embriaguez, la conducción sin permiso de conducir, así como infracciones reglamentarias sin consecuencias (e.g. rebasar el límite de velocidad).

En legislaciones, como la Alemana, estos delitos de peligrosidad, están previstos en parte como contravenciones al orden. No son delitos preparatorios, porque la puesta en peligro o menoscabo del bien jurídico puede producirse también sin una conducta posterior conectada con ellos de la persona que actuó primero o de un tercero. Tampoco se trata de delitos cumulativos, dado que la puesta en peligro o menoscabo no se produce sólo a partir del momento en que un número significativo de ciudadanos se comporta así. La peligrosidad reside en situaciones que ya no son

⁴¹³ En estos tipos penales que tipifican determinadas modalidades de conducta en el estadio previo al menoscabo de intereses colectivos, por lo general concurre una combinación entre delitos preparatorios y delitos cumulativos. Lo decisivo es que esa concurrencia las conductas pueden conducir a un menoscabo real del interés colectivo protegido, si y sólo si, en un número relativamente grande de casos particulares se producen los correspondientes actos preparatorios y los hechos vinculados a ellos.

⁴¹⁴ Nos remitimos a lo dicho en el punto 1.5 del capítulo I.

⁴¹⁵ Si se considera como bien jurídico protegido el aseguramiento de los medios naturales necesarios para la supervivencia de la humanidad, conducta como verter basura en las aguas sólo pueden conducir a menoscabos jurídicamente relevantes cuando un número significativo de personas se comporte de esa manera.

⁴¹⁶ Debemos recordar la diferenciación tomando como parámetro la terminología “peligrosidad” y “peligro”.

controlables por el autor y se dan cuando el correspondiente objeto material entre en el ámbito de actuación del sujeto y pueda tener como consecuencia un peligro concreto. Como se penaliza la conducta como tal, con independencia de si realmente se produjo una puesta en peligro o menoscabo, podría hablarse de un peligro abstracto; pero como este concepto, se extiende tradicionalmente a todos los delitos en los que falta un peligro concreto o un menoscabo real del bien jurídico, -también puede hacerse extensivo a los delitos preparatorios y a los cumulativos-, es coherente denominar a este tipo de delitos, delitos de peligrosidad concreta⁴¹⁷.

La tipificación de aquellas conductas que se catalogan bajo el título “delitos de peligro abstracto”; suponen una ampliación del ámbito incriminatorio, excesiva quizás; pero lo justificarían, según algún sector de la doctrina, no sólo por la aparición de nuevos intereses dignos de protección, generalmente, de carácter colectivo; sino también, por el nacimiento de nuevas formas de ataque a los bienes jurídicos, generalmente, individuales, ya protegidos por el Derecho penal y cuya efectiva protección requeriría adelantar las barreras de la punibilidad. Las desventajas que presentaría un excesivo recurso a estos delitos, aparte de suponer intromisión en la libertad de los ciudadanos castigando conductas muy alejadas de la efectiva lesión del bien jurídico; lo constituye la criminalización de comportamientos desprovistos de peligro o peligrosidad, convirtiendo en ilegítima toda intervención jurídico-penal⁴¹⁸.

⁴¹⁷ HIRSCH, VON ANDREW/WOHLER, WOLFGANG, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien...op.*, cit. pp. 289-290. También véase en RIQUERT, MARCELO A. *Crisis Penal. Política criminal, globalización y Derecho penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, pp. 62-75.

⁴¹⁸ AAVV, “Informe sobre los intentos de adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de investigación y conclusiones”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social...op. cit.*, p. 496. También en KAIAFA-GBANDI MARIA “Una mirada hacia los puntos centrales de la evolución de la dogmática jurídico-penal alemana ante el cambio de siglo desde la perspectiva de un miembro de la ciencia jurídico-penal griega”, -Trad. Manso Porto, Teresa-, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...op. cit.* pp. 305-

2.5.1. *Sobre las teorías que justifican la punición:*

El tratamiento doctrinal que ha recibido y sigue recibiendo la cuestión general del fundamento de la punición de los delitos de peligro abstracto suele dividirse en dos grupos de teorías: a) *teoría de la presunción del peligro* y, b) *la teoría de la peligrosidad general o peligrosidad como motivo del legislador*.

Un punto en común de las teorías mencionadas se orienta a aceptar que en los delitos de peligro abstracto ni el peligro como situación o resultado (*ex post*), ni la peligrosidad de la acción concreta (*ex ante*), constituyen un elemento del tipo que deba ser comprobado por el juez y que, por tanto, en ellos basta que la conducta realizada coincida con la descrita en el tipo.

La conclusión a la que llegan ambas teorías no es, a pesar de las diferencias nominales, muy distintas; toda vez que se parte de una justificación o fundamentación de la punición del comportamiento basada en una consideración general y no particular del hecho que finalmente se imputa al autor. Por un lado, a través de una presunción de carácter general, establecida por el legislador de que el comportamiento típico implica, en todo caso, un peligro. Por otro, a través de la idea de que toda conducta perteneciente a una clase de comportamiento que, generalmente, implica un peligro, ha de ser también reputada peligrosa⁴¹⁹

2.5.1.1 *Teoría de la presunción del peligro:*

De acuerdo a la primera de las teorías reseñadas, podríamos decir que, aquellos sostenedores de la misma, hablan de una presunción por parte del legislador orientada

306. También en CORCOY BIDASOLO, M. “*Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales*, op. cit...p. 213.

⁴¹⁹ MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos...* op. cit., p. 67. También véase en CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales*, op. cit...pp. 214-225.

hacia la acción del sujeto activo donde se subsume su conducta dentro de la peligrosidad de la acción típica. En un principio, la presunción legal de la realización de ciertas acciones que traen consigo un peligro, sería una presunción *iuris et de iuris*, puesto que no admite prueba en contrario, siendo modificada la postura, pasando a una presunción *iuris tantum*, la cual puede en el caso concreto, demostrar la falta de peligrosidad de la misma.

Esta teoría, va a partir de la necesidad de atribuir al hecho concreto una relevancia lesiva manifestada en la producción de un peligro o en la peligrosidad no meramente estadística de una conducta, por lo que ante las dificultades de prueba que surgen en los procesos implicados se recurre a la presunción de que si se dan unas condiciones mínimas descritas en el tipo correspondiente, se considera producido el peligro. Así, la justificación de la punición en el hecho concreto no se basa en una relación estadística entre dos sucesos -clase de acción y el resultado temido-, tal como ocurre en la teoría de la peligrosidad general; sino en la concurrencia en el caso concreto de las condiciones que hacen de una conducta algo peligroso para el objeto de protección, de manera que si se constata la presencia de la primera se entenderá producido el peligro⁴²⁰.

Rodríguez Mourullo, quizás desde una posición más radical o más decriptiva, en el marco de una realidad legislativa, prefiere hablar de peligro presunto en vez de peligro abstracto, toda vez que si, realmente, el peligro existe es siempre concreto. El legislador presume *iuris et de iure* que la realización de ciertas acciones origina un riesgo o peligro, castigándose la conducta, tanto si el peligro se produce en el supuesto concreto como si no. Entonces, lo dicho, significa que existen delitos en los que el

⁴²⁰ RODRIGUEZ MONTAÑÉS, TERESA *Delitos de Peligro, Dolo e imprudencia...* op. cit. pp. 285-287. También en MENDOZA BUERGO, B. *Límites dogmáticos...* op. cit. p. 69.

peligro representa un elemento que debe ser comprobado caso por caso y otros delitos en los que el peligro se presume, sin posibilidad de prueba en contrario. Así, se deja de lado la distinción de delitos de peligro concreto y abstracto, por la de delitos de peligro efectivo y delitos de peligro presunto⁴²¹

Méndez Rodríguez, considera que los delitos de peligro abstracto que se explican en base a la teoría de la presunción del peligro, se presume la peligrosidad de la acción y no la efectiva producción del peligro. Se castiga la acción cuya misma peligrosidad no es sometida a prueba efectiva, resaltando que resulta suficiente la adecuación formal de la acción al tipo legal para que se deduzcan las consecuencias jurídicas que el mismo tipo prevé y no una acción peligrosa cuyo resultado de peligro se presume⁴²².

Una versión de la teoría de la presunción, llevada al *extremis*, diría que en los delitos de peligro abstracto no sólo se presume el peligro, sino que el propio injusto. Autores, como Bustos Ramírez, con posición crítica, han sostenido que en los delitos de peligro abstracto se estaría presumiendo el injusto, una presunción *iuris et de iure* del peligro abstracto⁴²³.

Una discusión latente de los sostenedores de esta posición, es determinar, por un lado, si la presunción va referida sólo a la peligrosidad de la acción o; por el otro, va más allá, es decir, a la propia producción de una situación de peligro. La cuestión relevante es si realmente el legislador procede a tal presunción, mientras que resulta

⁴²¹ RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO, *La omisión del deber de socorro en el Código Penal...* op. cit. pp. 169-170. También véase en MENDOZA BUERGO, BLANCA *Límites dogmáticos...* op. cit., p. 71.

⁴²² MENDEZ RODRIGUEZ, CRISTINA, *Los Delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, pp. 133 y ss, Cita conforme, MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos...* op. cit., 73.

⁴²³ *Vid*, BUSTOS RAMIREZ, JUAN, en *Control social y Sistema Penal*, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, pp. 323-340. También en MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites...* op. cit., p. 329.

secundaria la diferencia entre una u otra presunción, salvo que con la presunción de la producción del peligro se pretenda conceder a los delitos de peligro abstracto, por esta vía, el carácter de delitos de resultado.

Este enfoque muestra de manera evidente que lo que se determina mediante una generalización son las notas o elementos que hacen de una acción algo peligroso, apto en principio para producir a su vez determinados efectos. Por tanto no parece ajustado a la formulación típica de estos delitos considerar que se presume directamente la producción de un resultado o de una situación de peligro, sino, si se quiere ver en ellos una presunción, si acaso la de la peligrosidad de la conducta⁴²⁴.

La teoría descrita, parece ocupar una posición minoritaria en la dogmática, pero de ningún modo puede decirse que sea una teoría en desuso, siendo de un importante desarrollo una versión mixta, por cuanto se combina el criterio de la presunción con el de la peligrosidad general como motivo del legislador.

2.5.1.2 *Teoría del peligro general o de la relevancia lesiva general: peligrosidad como “motivo del legislador”*

Mendoza Buergo señala que, según la teoría del peligro general, el fundamento para la punición de los delitos de peligro abstracto se encuentra en que el legislador quiere prohibir aquellos tipos de comportamientos que de modo general o típico conducen a un menoscabo de un bien jurídico y, por ello, son desvalorados de manera general. Se formulan preceptos que sólo describen el comportamiento desvalorado, sin

⁴²⁴ MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos...* op. cit., p. 74.

incluir en ellos la característica del peligro como resultado, como consecuencia de que el legislador parte de una peligrosidad típica y propia de ciertas conductas⁴²⁵.

Esta teoría, doctrina dominante en la actualidad, entiende que tal peligrosidad general es la *ratio legis*, esto es, el motivo que lleva al legislador a incriminar las acciones que de forma general, típicamente, pueden lesionar bienes jurídicos. El comportamiento típico no está prohibido porque de hecho lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado, sino porque pertenece a una clase de comportamiento que generalmente, conlleva determinadas consecuencias indeseables.

La observación general aparece como característica de un grupo de acciones, por lo que la peligrosidad no es atributo propio de la acción individual. La experiencia enseña que acciones de este tipo de manera fácil y relativamente frecuente se transforman en lesiones, adquieren la calidad de peligrosas⁴²⁶.

Con arreglo a esta teoría, yendo un paso más allá, ha podido decirse que la cuestión no es ya en el caso concreto, si el comportamiento causa o no una lesión o un peligro efectivo, ni siquiera si es o no apto para ello, toda vez que la razón de la prohibición no sería la relevancia particular para la lesión de un determinado comportamiento, sino la relevancia general para la lesión de una clase de comportamientos, configurados a través de las características mencionadas en el tipo.

Al no aparecer el peligro como elemento expreso del tipo se priva al juez no sólo de la tarea de comprobación del peligro, sino también de la de constatar la mera peligrosidad de la conducta, lo decisivo es la experiencia -que el legislador toma como

⁴²⁵ *Ibid*, p. 75. También véase en CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales*, op. cit... p. 214. También en PERIS RIERA, JAIME, M. "Delitos de peligro y Sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década" en AA.VV. *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*,...op. cit., pp. 705-707.

⁴²⁶ BINDING, KARL, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, reimpr. 4º de., Leipzig, 1922, pp. 379 y ss., en *ibid*, p. 76. Cita, conforme MENDOZA BUERGO, B. en *Limites dogmáticos*...op. cit. 76

base para la tipificación- acerca de la regularidad con la que determinadas acciones conllevan un peligro y no la confirmación de tal máxima de experiencia, por lo que el legislador no sólo tipifica ciertas acciones u omisiones, debido a que en su opinión, tienen consecuencias lesivas, sino que va más allá de este motivo incriminante.

En consecuencia, la tipicidad y el propio injusto del hecho van únicamente anudados a la constatación de la realización del comportamiento descrito en el tipo, con independencia de que tal conducta no sea en absoluto peligrosa, pues se trata de tipos no necesariamente en el caso individual, sino más bien como fenómenos en serie, o en masa significan peligro y por ello no pueden ser permitidos⁴²⁷.

Escrivá, por su parte, nos dice que el peligro constituye el motivo de la introducción del delito de peligro abstracto por el legislador, pero en el tipo no aparece la exigencia de un peligro como elemento típico.

Asimismo, sostiene que en los delitos de peligro abstracto no se exigiría una comprobación del peligro por parte de juez, mientras que tal comprobación sería necesaria en los delitos de peligro concreto⁴²⁸.

En un sentido similar, Rodríguez Montañés, reflexiona que “el peligro no es elemento del tipo objetivo, sino el motivo o razón que lleva al legislador a tipificar ciertas conductas por su peligrosidad abstracta o general demostrada por la ley de la experiencia”, aunque puntualiza, que suele entenderse que el legislador realiza una presunción de peligrosidad que eximiría al juez de su constatación en el caso concreto; presunción que se podría calificar como *iuris tantum*, ya que si se prueba, para algunos, la absoluta ausencia de peligrosidad de la acción en el caso concreto, la acción

⁴²⁷ MENDOZA BUERGO, B., en *Límites dogmáticos...* op. cit., p.77.

⁴²⁸ ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal...* op. cit. p. 69.

debe quedar impune; mientras que otros exigirían que se pruebe positivamente la idoneidad general de la conducta para provocar daños. Se parte de un juicio de probabilidad estadístico, entre ciertas clases de acciones y un resultado lesivo⁴²⁹.

A modo de comentario, entiendo que el punto débil de la postura, radicaría en lo “endebles”,- si se me permite el término- de las premisas a tener en cuenta por el legislador, al momento de determinar que tal o cual conducta se torna peligrosa. Puesto que directamente toma aquellas generalidades que pueden llegar a producir un peligro en el contexto colectivo, pero que no necesariamente y efectivamente produzca lesión alguna. Lo traumático, independientemente de la vulneración del principio de culpabilidad, es que el daño “personal” y “estigmatizante” ya se ha consumado.

2.5.2 La peligrosidad “*ex ante*” de la acción. Posiciones en España.

Hemos desarrollado en el apartado precedente aquella postura que justifica la punición de los delitos de peligro abstracto o al menos intenta explicar su existencia, partiendo de una premisa estadística, propia de una conducta general, a la que el legislador le atribuye una peligrosidad *ex ante*.

Ahora bien, las líneas que continúan intentan analizar esta posición doctrinal en el ámbito doméstico y analizar los distintos matices que se desarrollan en la problemática planteada.

Dentro de estas construcciones doctrinales, tenemos aquellas que consideran necesaria la concurrencia de la peligrosidad de la acción -*ex ante*- junto con la efectiva comprobación de la misma por parte del juez -*ex post*-. A esta postura vamos a denominarla materializadora, en la medida que sus precursores estiman inadecuado

⁴²⁹ RODRIGUEZ MONTAÑÉS, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, ...op. cit. pp. 283-284. También en MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Limites dogmáticos*...op. cit., p. 79.

sancionar, sin excepción, los delitos de peligro abstracto incluso cuando falta toda posibilidad objetiva de puesta en peligro.

Esta postura doctrinal, propugna en realidad una comprensión de los delitos de peligro abstracto, lo que supone asimilarlos a los delitos de aptitud⁴³⁰, diferenciándolos de aquellos otros que sólo aluden a la característica de la peligrosidad general de la acción sin requerir que tal peligrosidad se dé, necesariamente, *ex ante* en el caso concreto; siendo, por ende, una postura más formal y no realmente materializadora. Se trata, en consecuencia, de una corriente que no considera simplemente necesaria tal peligrosidad general, sino que exige verdadera peligrosidad *ex ante* de la acción individual, perfectamente, comprobable por el juez⁴³¹.

En España⁴³², se mantienen en esta posición, autores como Torio López, Cerezo Mir y Bustos Ramírez. El primero de los mencionados, somete a revisión la teoría convencional de los delitos de peligro abstracto⁴³³, a partir de lo cual se considera que el peligro en ellos es mero motivo del legislador para someterlos a una pena y no un elemento constitutivo del tipo correspondiente. En esta postura, existe la evidente posibilidad de castigar meros comportamientos, carentes de peligrosidad en tanto y en cuanto la conducta pueda ser subsumida, sin más en el tipo penal⁴³⁴.

Torio López, intenta una transformación dogmática, tomando en cuenta las distintas críticas ya sea originadas en dicho ámbito, como las que provienen de la

⁴³⁰ Sobre el tema, en ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal...* op. cit. p. 31.

⁴³¹ MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos...* op. cit., p. 310.

⁴³² Me parece apropiado seguir el lineamiento que le ha dado Mendoza Buergo, al estudio de la temática en la que estamos inmersos, yendo de igual modo a la lectura de los autores mencionados.

⁴³³ TORIO LOPEZ, A. “Los delitos de peligro hipotético”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Revista N° 34, Fascículo II y III, Madrid, 1981. pp. 825-847.

⁴³⁴ Véase, sobre el tema TORIO LOPEZ, A. “Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M. *Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución*, Ed. Comares, Tenerife, 1996, pp. 373-374.

política criminal. Intenta conseguir la mayor coincidencia posible entre el concepto formal -delito es la acción penada por la ley- y material de delito -delito es la acción peligrosa para bienes jurídicos fundamentales, reprochables a su autor-. Asimismo, rechaza la idea de una descriminalización, sin más, de todos los delitos de peligro abstractos, sobre todo los que presentan una permanencia en la historia y en el Derecho penal comparado -cohecho, amenazas o corrupción de menores-⁴³⁵

Antes de exponer su posición, parte de la afirmación que es insuficiente la caracterización negativa que hace la teoría convencional de los delitos de peligro abstracto⁴³⁶, no precisando tampoco un ataque efectivo al bien jurídico, dado que la producción es sólo motivo del legislador⁴³⁷.

Torio López, distingue tres especies de delitos de peligro abstracto, a los fines de decantar los que son penalmente relevantes y de lo que no lo son. Por un lado, elabora dos primeras especies: aquellas infracciones ético sociales o religiosas, como también aquellas que son injustos administrativos, sometidos indebidamente por el legislador a sanción penal y como tercera categoría a los que va a denominar delitos de peligro hipotético, que son los delitos de peligro abstracto que requerirán una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo, constituyen el núcleo de su reconstrucción de la categoría a efectos de su previsión específicamente en el orden penal⁴³⁸.

Torio López, en definitiva, con su postura y la aparición de los delitos de peligro hipotético, pretende: restringir la extensión de la responsabilidad -propia de la

⁴³⁵ TORIO LOPEZ, A. “Los delitos de peligro hipotético”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, op. cit. p. 826. También en MENDOZA BUERGO, B. *Límites dogmáticos...* op. cit. p. 326.

⁴³⁶ Todos los delitos que no son de lesión ni de peligro concreto.

⁴³⁷ TORIO LOPEZ, “Los delitos de peligro hipotético”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*,...op. cit. p. 827.

⁴³⁸ *Ibid*, pp. 827-828.

teoría convencional- que de forma indebida se configura, incorporando al tipo de éstos delitos de peligro hipotético, por vía interpretativa, la exigencia de que la acción sea positivamente peligrosa⁴³⁹. Además, se intenta poner en conexión, estos delitos con otras transformaciones operadas en la teoría jurídica del delito, donde para empezar se exige en el tipo objetivo la peligrosidad de la acción para el bien jurídico protegido⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Para llevar adelante su contribución, Torio López, resalta la figura de Binding y el aporte que el mismo hace a la temática que nos toca y su teoría de las normas. Distingue tres modalidades de normas: a) las normas tanto prohibiciones como mandatos por las que se trata de impedir la producción de ciertas modificaciones en el mundo jurídico, b) las normas prohibitivas de acciones que suponen el peligro de causar un resultado lesivo. Estas normas prohíben peligro no puede por ello comprender la acción. Todo delito de peligro se halla prohibido bajo la reserva tácita de que ese contraefecto no tenga lugar. En tales casos, una ley que no prestara atención a las medidas de seguridad adoptadas por el autor y estableciese una presunción *iuris et de iure* de que la ejecución de la acción, externamente caracterizada, implica un peligro consumado o intentado, difícilmente podría sustraerse a la censura de injusticia. Con Binding, se niega la existencia de delitos de peligro abstracto. En los delitos de peligro, nos dice, se requiere como momento necesario una acción básica peligrosa. Es identificada como un peligro la acción que, según un juicio de peligrosidad, en caso de producirse el contacto entre ambos, es idónea para producir una lesión en el bien jurídico protegido. De acuerdo con esta posición, niega Binding, la existencia de delitos de peligro abstracto. Todo delito de peligro es de peligro concreto, al entender que hay acciones que bruscamente se transforman en daños para los bienes jurídicos. En el sentido de las normas, el peligro es en todo caso una situación real que compromete la estabilidad del objeto de protección. Es siempre conmoción de la seguridad de su existencia. La aplicación de un medio idóneo contra el objeto protegido significa siempre la producción del peligro. La acción se encuentra prohibida precisamente porque resulta peligrosa, de faltar el peligro la acción no es injusta. Tales normas se designan como prohibiciones de peligro y c) Finalmente, Binding, se refiere a otra clase de normas, que sólo de forma remota pretenden neutralizar resultados no deseables. Surgen frente a acciones que generalmente implican un peligro para determinados bienes. La acción no sólo se prohíbe cuando es particularmente peligrosa, sino también cuando no lo es; o sea, con indiferencia de si en la situación concreta su peligrosidad puede ser o no verificada. Binding, refiere a este sector como simple prohibiciones, se someten a pena solamente por la desobediencia normativa que implican. *Vid.* TORIO LOPEZ, “Los delitos de peligro hipotético”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*...op. cit. pp. 826-831.

⁴⁴⁰ Para esta segunda cuestión, Torio López, analiza la evolución más reciente y con ello las posiciones de autores como Cramer, Escrivá Gregori y Gallas. El primero, toma en cuenta la existencia de acciones que son generalmente peligrosas, procediendo a establecer su prohibición jurídica penal. También afirma que debe negarse la tipicidad de la acción cuando pese a su coincidencia formal con la figura de delito, no puede conducir, de acuerdo con la experiencia humana, a la producción del resultado que el legislador pretende neutralizar, o sea, cuya evitación constituye la *ratio legis* del tipo. La posición de Cramer implica tanto, el reconocimiento de la existencia de tipos de delito contruidos haciendo abstracción de que se produzca un peligro e, incluso, de que la acción singular sea peligrosa, es decir, adecuada para determinar su producción. Establece una zona especial o exceptuada frente a la teoría convencional de que el peligro es mero motivo del legislador. Admite la existencia de delitos de peligro abstracto, pero selecciona dentro de ellos los tipos que, aun no exigiendo un peligro efectivo, tampoco se agotan en la coincidencia formal entre acción y descripción típica, al exigir la verificación judicial de la idoneidad de la acción para la producción del peligro. Escrivá Gregori, sobre la base del análisis lingüístico de los tipos, propone distinguir entre delitos de peligro explícito, en los que la producción del peligro es elemento formal del tipo, y delitos de peligro implícito. El tipo no es solamente descriptivo, afirma, sino que contiene una valoración: describe conductas humanas valoradas. La tesis de que los delitos de peligro abstracto se convertirían, mediante una análisis correcto del

En los delitos de peligro hipotético sería necesaria y suficiente la ejecución de una acción peligrosa, esto es: idónea, adecuada o apta para producir un peligro para el bien jurídico tutelado; sin que baste la mera coincidencia formal entre acción realizada y descripción típica. Lo que caracteriza estos delitos legítimamente utilizables por el legislador penal es que, justamente, son delitos de peligro posible y de ahí la denominación de peligro hipotético, de manera que la imposibilidad de la producción del peligro excluye la tipicidad de los mismos. Se aprecia de manera clara que el comportamiento puede originar un peligro para el objeto de protección⁴⁴¹.

Torio López, parte de criterios normativos teleológicos, aceptando que el momento esencial en los delitos de peligro hipotético es de carácter eminentemente normativo y que lo decisivo de este grupo es la valoración como contraria al fin de la norma jurídica de la acción realizada por el autor. Lo dicho, supone que los tipos de peligro abstracto reclamarán, bien de forma expresa -en los delitos llamados inicialmente de peligro abstracto-concreto y, posteriormente, delitos de aptitud o idoneidad-, bien mediante la interpretación -en los denominados por Torio López, delitos de peligro hipotéticos-, una acción peligrosa como exigencia del tipo. Ahora, como pone de manifiesto, el tipo no exige un coeficiente matemático exacto de

lenguaje, en delitos pertenecientes al grupo opuesto de los delitos de peligro abstracto, no coincide ya con el criterio de Cramer., mostrando afinidades con el punto de vista de Gallas, quien rectifica la posición convencional. Entiende a los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro posible. En ellos, mediante un juicio *ex ante*, ha de determinarse, si la acción es en las circunstancias singulares en que se realiza peligrosa para el objeto de protección. La peligrosidad del comportamiento será necesaria y suficiente, no así la producción del resultado peligroso. Entiende que los delitos de peligro abstracto son un estadio previo de los delitos de peligro concreto, así como estos implican una fase previa a la producción de la lesión. Así se produce una aproximación entre delitos de peligro concreto y abstracto. El punto de contacto entre ambas categorías viene dado por el hecho de que el juicio de peligrosidad se basa en las propiedades materiales del hecho concreto, mientras que el pronóstico inmanente al concepto de peligro contiene un elemento de generalización y de abstracción. *Vid*, en *ibid*, pp. 832-835.

⁴⁴¹ TORIO LOPEZ, "Los delitos de peligro hipotético", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* "...op. cit. p. 840.

peligrosidad del comportamiento; “la acción ha de ser incuestionablemente peligrosa, pero su grado de peligrosidad no puede ser preestablecido por el legislador”⁴⁴².

Lo decisivo en esta clase de delitos es la apreciación valorativa del comportamiento como jurídicamente prohibido y no sólo la verificación de que la acción coincide con la descripción típica; o la peligrosidad de la acción, abstractamente considerada, que supone entender que el momento decisivo en estos delitos viene dado por el contraste existente entre la acción y la norma prohibitiva de su ejecución. Y ello, es plenamente compatible con el principio de legalidad ya que condiciona la punibilidad dentro de los límites que este configura, de acuerdo con una política criminal acorde con el Estado de Derecho⁴⁴³.

Así, en esta postura, si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez deberá además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, sobre el cual se puede producir un peligro efectivo. Ha de plantear la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. Entonces, en los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor real de acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial del resultado)⁴⁴⁴

⁴⁴² *Ibid*, pp. 840-841.

⁴⁴³ *Ibid*, pp. 841-842. También en MENDOZA BUERGO, B. *Límites dogmáticos...* op. cit. pp. 328-329..

⁴⁴⁴ TORIO LOPEZ, “*Los delitos de peligro hipotético*”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*”...op. cit. p. 846.

Torio López, también excluye a los delitos de peligro abstracto de la aplicación de los criterios de la imputación objetiva⁴⁴⁵. Dice, Mendoza Buergo que con esa denominación quiere referirse sólo a aquellos en los que el peligro es sólo motivo para su tipificación por exclusión frente a los delitos de peligro hipotético. Ahora, sobre los delitos de peligro abstracto no interpretados como delitos de peligro hipotético que consistan en violaciones de la ética social o en infracciones administrativas criminalizadas, no necesitan ser corregidos por la vía dogmática, sino que se juzga directamente la descriminalización, visto desde un plano político criminal⁴⁴⁶.

Mendoza Buergo, analiza que dentro de los puntos a favor en la posición asumida por Torío Lopez, ahora parece fundamental delimitar aquellos delitos de peligro abstracto que una vez al ser re-interpretados correctamente conforme a las exigencias que, con carácter general, se requiere para la constitución de un injusto penal, son legítimamente sancionables con pena criminal, frente a aquellos otros que, deben eliminarse del terreno de lo penalmente relevante, aunque sean sometidos a otro tipo de control jurídico. En segundo lugar, la consideración de que en el seno de los delitos de peligro abstracto se requiere, para afirmar su tipicidad, la realización de una acción peligrosa en el sentido de idónea para producir un peligro para el bien jurídico; supone negar lo que venía siendo la interpretación dominante: que en ellos basta con la

⁴⁴⁵ La conceptualiza como una construcción sumamente compleja, nutrida de datos teleológicos (objetivos finales) y normativos (valorativo jurídico). En ésta se pregunta sobre la existencia de una acción peligrosa, jurídico penalmente peligrosa, jurídico penalmente prohibida cuya peligrosidad se haya materializado transitivamente (conexión de riesgo) en el resultado descrito en el tipo. Véase en TORIO LOPEZ, A. "Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas", en ROMEO CASABONA, CARLOS M. *Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución*,....op. cit. p. 371.

⁴⁴⁶ *Vid*, MENDOZA BUERGO, B. *Límites dogmáticos*...op, cit. pp. 329-330. También en TORIO LOPEZ, "Los delitos de peligro hipotético", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*"...op. cit. p. 847.

coincidencia formal entre acción realizada por el autor y la descrita en el tipo y que, por tanto, en ellos al juez sólo le cabe subsumir⁴⁴⁷.

Asimismo, y a pesar que toma los criterios de imputación objetiva, sólo, para delimitar cuándo el peligro es motivo de tipificación, se le debe adjudicar el haber iniciado y propiciado dichos criterios de aplicación a estos delitos.

La operatividad de estos criterios supone que la acción carente de peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico ha de considerarse atípica; pero además, supone afirmar que una acción no puede incluirse materialmente en el tipo si, estando excluida *ex ante* su aptitud para producir un peligro para el bien jurídico, excepcionalmente, da lugar a un peligro para el objeto de protección⁴⁴⁸.

Por su parte, Cerezo Mir⁴⁴⁹, luego de analizar, brevemente, las posturas sobre los tipos dolosos de la acción y, de igual modo, las distintas posiciones sobre la teoría de la imputación objetiva, proyecta su posición. Lo hace desde la teoría del peligro como *ratio legis*, a partir de lo cual se castigan ciertas conductas por su peligrosidad general para el bien jurídico, por lo que el peligro no sería considerado elemento del tipo. Así, el peligro quedará consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido⁴⁵⁰.

Asimismo, entiende que una presunción *iuris tantum* -con cierta crítica a la moderna posición dogmática-, es decir, una prueba en contrario en el caso concreto

⁴⁴⁷ Vid, MENDOZA BUERGO, B. *Límites dogmáticos...*op, cit. p. 330.

⁴⁴⁸ *Ibid*, p. 331.

⁴⁴⁹ CERESO MIR, JOSE “El tipo de lo injusto de los delitos de acción dolosos (I)”, en *Curso de Derecho penal español -parte general- Teoría Jurídica del Delito*, Ed. Tecnos, (6ta edición), Madrid, 2005, Vol. II. pp. 100-119.

⁴⁵⁰ *Ibid*, p. 111.

para determinar la inexistencia del peligro sería contraria a la ley, toda vez que asimilaría los delitos de peligro concreto y abstracto⁴⁵¹.

No le parece aceptable, por considerar que se produce una nivelación de todas las figuras de peligro abstracto la vía propuesta por algunos, para evitar el castigo de conductas con un discutible contenido de injusto, consistente en exigir la peligrosidad *ex ante* de la acción. Sí, se adhiere, en cambio, a la postura que entiende exigible la peligrosidad de la acción, es decir, que en el momento de su realización aparezca como no absolutamente improbable la producción de la lesión del bien jurídico⁴⁵².

Ahora bien, para determinar, cuándo una acción es peligrosa, propone la noción de juicio de peligro; el cual se identifica con el juicio de previsibilidad objetiva en el sentido de que se trata de un juicio *ex ante* realizado por una persona inteligente colocada en la posición del autor en el momento del comienzo de la acción y tomando en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona, más las conocidas por el autor (saber ontológico), así como la experiencia común sobre los cursos causales (saber nomológico). Este sujeto -juez-, será el que determine si la acción es peligrosa y lo será si la producción del resultado temido aparece como no absolutamente improbable, de manera que no considera necesario que la producción

⁴⁵¹ CERESO MIR, JOSE, nos ilustra con un ejemplo didáctico y perfectamente gráfico sobre la posición. Un conductor de un vehículo de motor adelanta a otro vehículo en un cambio de rasante; su conducta será peligrosa si aparece como no absolutamente improbable que venga un vehículo en dirección contraria y, por lo tanto, la producción de un resultado de muerte, lesión o daños. Puede, de igual modo, que en ese instante no venga ningún vehículo en dirección contraria, con lo que no se habría producido aquel resultado de peligro, un peligro concreto del bien jurídico protegido. Si venía un vehículo en dirección contraria, se habrá producido un resultado de peligro, si en el momento en que este vehículo entraba en el radio de acción del que llevaba a cabo el adelantamiento, aparecía como no absolutamente improbable la producción de un resultado. *Ibid.* pp. 114-115.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 115.

del mismo apareciera como probable, sino meramente que no se pudiera descartar casi por completo la posibilidad de su producción⁴⁵³.

Por último, Bustos Ramírez⁴⁵⁴, va a rechazar aquella concepción que atribuye al peligro mero carácter de *ratio legis* y que supone la tipificación de acciones con independencia de que se dé o no un peligro, ya que transforma, a los delitos de peligro abstracto en meros actos de indisciplina social o delitos de desobediencia.

Una concepción como la que está describiendo genera, no solo una tensión con los principios de un Derecho penal liberal toda vez que pune al sujeto rebelde, sino que además produce una ruptura con los extremos en que se construye la idea misma de peligro; ya no sería una relación de probabilidad, desde que se renuncia a establecerla, y tampoco un juicio de valor, puesto que no interesa la sensibilización del bien concreto tutelado. Se está castigando al sujeto peligroso, estamos ante un Derecho penal de ánimo y no frente a un Derecho penal de acto⁴⁵⁵.

Si bien, el legislador es omnipotente para configurar conductas delictivas, señalando como fundamento de punibilidad la conducta humana, no puede al mismo tiempo castigar sin que exista esa misma conducta humana. Así, en relación a los delitos de peligro abstracto, si su fundamento de la punibilidad es el peligro, es contradictorio castigar delitos de peligro sin peligro⁴⁵⁶.

De lo dicho y más allá que puedan existir posiciones que intenten justificar y/o argumentar que la ley, en realidad, presume un peligro; dicha afirmación lleva implícita un aserto todavía no demostrado, esto es, de que la ley ha establecido una

⁴⁵³ *Ibid*, p. 113. También en MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos...* op. cit., pp. 332-333.

⁴⁵⁴ BUSTOS RAMIREZ, JUAN “La teoría del delito o del injusto de acción doloso”, en *Nuevo Sistema del Derecho Penal...* op. cit. pp. 73-93.

⁴⁵⁵ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, en *Control social y Sistema Penal...* op. cit. p. 325.

⁴⁵⁶ *Ibid*, p. 328.

presunción de derecho y con ello se produciría un desmembramiento de la estructura del delito dentro de un Derecho penal liberal, más en los delitos de peligro abstracto, toda vez que su construcción sobre la base de una presunción generada en la misma premisa normativa, nos llevaría a afirmar que se está construyendo un delito a partir de un concepto vacío, una mera idealidad. Así, el peligro pertenece al núcleo del tipo y es por ende fundante de la ilicitud, ninguna interpretación puede prescindir de verificar su presencia y una presunción de derecho, parece ser una elaboración sólo para conducir a la incriminación de la desobediencia⁴⁵⁷

El desvalor del acto es objetivo, no subjetivo y se determina en la tipicidad por la valoración *ex ante* de la capacidad de la acción concreta para afectar al bien jurídico-penal⁴⁵⁸.

Entiende, Bustos Ramirez, que la verificación, caso por caso, de la relación de probabilidad del desvalor en que el peligro consiste, será el límite tácito de los tipos de peligro. Esta verificación será imprescindible en los delitos de peligro abstracto, sin que obste a ello el silencio de la ley al describir las conductas. Tal verificación debe partir de los criterios científicos, pero empleando los necesarios correctivos que pueden hacer de la acción típica un concepto más restringido aunque no diverso de los que desde el punto de vista científico es una acción causal⁴⁵⁹.

En definitiva, introduciendo la idea de lo que es relevante para los fines del derecho, esboza la propuesta de tomar en cuenta, para esta comprobación de la

⁴⁵⁷ *Ibid*, p. 329.

⁴⁵⁸ BUSTOS RAMIREZ, JUAN “La teoría del delito o del injusto de acción doloso”, en *Nuevo Sistema del Derecho Penal*,...op. cit. p 78.

⁴⁵⁹ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, en *Control social y Sistema Penal*,...op. cit., p. 325.

peligrosidad de la conducta por parte del juez, criterios como el de la relevancia o lo que hoy se designa bajo el término de imputación objetiva⁴⁶⁰.

2.5.3 Posiciones dogmáticas sobre los problemas fundamentales de los delitos de peligro abstracto.

La cuestión fundamental que surge en torno a los delitos de peligro abstracto, cualquiera sea la posición que adoptemos de las teorías que hemos analizado, es que la fundamentación del castigo de la conducta individual es muy distinta a la que se utiliza en los delitos de lesión y de peligro concreto, donde no hay que apelar a presunciones ni generalizaciones para explicar la punición del comportamiento individual, ni para fundamentar su contenido material de injusto.

En los delitos de peligro abstracto, la idea del peligro como motivo del legislador, para incriminar ciertos comportamientos, podrá explicar la razón por la que una determinada clase de conductas, -recordemos- al formar parte de ciertos acontecimientos dañosos, resulta indeseable; pero no nos ofrece una explicación plausible sobre el contenido de injusto del concreto comportamiento del autor⁴⁶¹.

Con esa idea de peligrosidad típica lo que se quiere significar es que, por regla general, con tales acciones va asociada la creación de un riesgo del bien jurídico, pero no, que la acción concreta sea de hecho y realmente en todo caso peligrosa⁴⁶².

⁴⁶⁰ Partiendo de la base de la existencia de un bien jurídico, surge en el análisis del caso concreto la exigencia de que comprobada *ex ante* el desvalor situacional y con ello el riesgo del bien jurídico, es necesario comprobar que ese riesgo típico se haya plasmado en la afectación del bien jurídico, es decir, que el resultado valorativo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal sea imputable objetivamente al riesgo creado con la realización típica. BUSTOS RAMIREZ, JUAN “La teoría del delito o del injusto de acción doloso”, en *Nuevo Sistema del Derecho Penal...* op. cit. p. 90. También en BUSTOS RAMIREZ, J., *Control social y sistema penal...* op. cit. pp. 331-333. También en MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos...* op. cit., pp. 334-335.

⁴⁶¹ *Vid.*, ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL (Dir) *Fundamentos de Derecho Penal...* op. cit., pp. 259-260.

⁴⁶² MENDOZA BUERGO, B., en *Límites dogmáticos...* op. cit. p. 80.

Si quisiéramos un ejemplo práctico y análogo, de lo referido, y llevándolo al plano de la argumentación interna de una sentencia, podríamos ponerlo a la par de aquellos hechos que para probar su existencia sólo contamos, como plexo probatorio, de un cúmulo indicios; es decir, de un hecho conocido y cierto se infiere otro no conocido. De este cúmulo de indicios, sólo se podría llegar a una sentencia condenatoria si esos indicios son unívocos, es decir, sólo se puede llegar, luego de una inferencia lógica a una única conclusión. Si por el contrario aquél cúmulo de indicio es anfibológico, la conclusión no será única y por ende, no se podrá condenar. Entonces de una acción peligrosa en abstracto, no necesariamente vamos a concluir que efectivamente, en el caso concreto, lo sea.

Esta fundamentación de la dañosidad o lesividad de los delitos de peligro abstracto, ha llevado a un descrédito de estos tipos penales, en la medida en que las afirmaciones sobre una peligrosidad general no permiten ninguna conclusión sobre la concreta peligrosidad de una determinada conducta. De hecho en muchos casos, la puesta en práctica de comportamientos incluidos en delitos de peligro abstracto resulta, en concreto, no peligroso.

Entonces, se incurre en un trilema de difícil solución para quienes fundamentan el injusto de los delitos de peligro abstracto con referencia a la relevancia lesiva de la acción típica, si un concreto bien no puede ser abstractamente lesionado, ni tampoco ser abstractamente puesto en peligro⁴⁶³.

⁴⁶³ Kindhäuser, entiende que las puestas en peligro abstractas son menoscabos de las condiciones de seguridad que aparecen como necesarias en nuestros tiempos. No obstante, quien menoscaba la seguridad de determinados bienes jurídicos no, necesariamente el hecho, será indicio de una lesión grave del sentido de la justicia. La depreciación del Derecho penal a través de la trivialización de la noción de culpabilidad se ve hoy día ulteriormente acelerada y en gran medida mucho tiene que ver la labor legislativa. Una lucha férrea por incluir el Derecho penal en una estrategia de humanidad no es compatible con la histeria de la política de la seguridad que vivimos. *Vid.* KINDHÄUSER, URS, “Personalidad, Culpabilidad y Retribución” -Trad. Juan Pablo Mañalich-, en KINDHÄUSER, URS-

Lo dicho *supra*, se pone de manifiesto, toda vez que si de acuerdo al tenor literal del tipo, se castiga una conducta de un sujeto aún cuando se juzgue una falta de relevancia lesiva, en el caso concreto, se producirá una tensión con el principio de culpabilidad debido a la ausencia de desvalor de acción. Por otro lado, si sólo se castiga al autor cuando este parta -al menos subjetivamente en el sentido de una tentativa inidónea- de la concreta relevancia lesiva de su comportamiento, se entiende que la conducta estaría abarcada por la figura de la tentativa, perdiendo, nuevamente los delitos de peligro abstracto la justificación de su existencia. Por último, si se adopta como salida, la prueba en contra de la falta de peligrosidad del caso concreto, ello no sólo conlleva una inversión de la carga probatoria contraria al principio *in dubio pro reo*, sino que choca también, debido a lo azaroso de la existencia de un medio de prueba exonerador, contra el principio de igualdad.

Mendoza Buergo, por su parte, refiere que el origen del problema está en establecer una discutible e infundada relación de implicación necesaria entre: las consideraciones propias de la peligrosidad de ciertas conductas, como legítimo motivo para su incriminación y, aquella, afirmación de la falta de necesidad de la comprobación de peligrosidad para constatar, ahora sí, la tipicidad del hecho por la vía de negar su relevancia como elemento del tipo⁴⁶⁴.

El inconveniente es que si, tradicionalmente, se ha visto el fin de las prohibiciones de peligro en la evitación de lesiones de bienes jurídicos; en los delitos de peligro abstracto se va más allá, se prohíbe un comportamiento sin una relación explícita o necesaria con la posibilidad real de afectar a un bien jurídico, el círculo de

MAÑALICH, JUAN PABLO, *Pena y Culpabilidad, en el Estado Democrático de Derecho...* op.cit., pp. 26-28. También en MENDOZA BUERGO, B. *Limites dogmáticos...* op. cit. p. 81.

⁴⁶⁴ Véase, en MENDOZA BUERGO, B., *Limites dogmáticos...* op. cit. pp. 82.

las formas de comportamiento prohibidas tendría una mayor extensión que la del círculo de las acciones contrarias al fin de la norma.⁴⁶⁵

Es justamente, concluye Mendoza Buergo, bajo este aspecto de la finalidad de protección de las normas penales, que van a surgir los problemas no sólo de legitimidad, sino también dogmáticos de los delitos de peligro abstracto, ya que se consideran típicos y antinormativos comportamientos cuya falta de peligrosidad para bienes jurídicos resulta evidente, tanto desde el punto de vista de un observador prudente como desde el del autor. Plantea problemas de justificación, en cuanto a la imposición de una pena por tal conducta, puesto que debe fundarse en el hecho de que se ha realizado una acción que pertenece a una clase que generalmente, o normalmente provocan lesiones, es decir, que en definitiva podía haber sido peligrosa o lesiva, dado que otras veces lo es⁴⁶⁶.

Es lógico que toda imputación personal de injustos penales requiera algo más que fundamentaciones basadas en generalizaciones y en relaciones estadísticas, entre dos clases de acontecimientos, que no necesariamente van a ser aplicables al comportamiento individual. No hacerlo, menoscaba, no sólo, el principio de ofensividad, sino también el de culpabilidad por la comisión de ese injusto y, con ello, el fundamento de la imposición al autor de una pena criminal. Visto de esta forma, la determinación de la contrariedad a la norma de la concreta conducta sin tener que probar su lesividad en el caso individual, se transforma, en realidad, en el inconveniente decisivo de estos criterios.

Así las cosas, vemos que la polémica sobre los problemas dogmáticos de los delitos de peligro abstracto se plantea desde la siguiente óptica:

⁴⁶⁵ *Ibid*, p. 83.

⁴⁶⁶ *Ibid*, pp. 83-84.

- a) La consideración de la peligrosidad de la acción individual, como un lado irrelevante, admitiéndose, en consecuencia, el castigo de la mera infracción de la regla por razones preventivas o funcionales;
- b) el entendimiento de que tal castigo sin consideración a la peligrosidad de la conducta concreta, sino en virtud de la sola infracción de la norma, en principio, es contradictorio, cuando no abiertamente incompatible con una serie de categorías dogmáticas y de postulados básico en Derecho penal.

El conflicto que se plantea es de difícil resolución, sin tensar los distintos principios constitucionales de ofensividad y culpabilidad, entre otros, toda vez que conductas no peligrosas pueden ser objeto de punición, por sólo coincidir formalmente con el tipo penal, aún cuando no vulneren bien jurídico. Lo dicho, tiene su punto de partida, por cuanto el castigo de acciones que, en una consideración individual, no sólo no son productoras de un peligro concreto *ex post* sino que, además, ya *ex ante* carecen por completo de peligrosidad; es decir, son conductas que tanto objetiva, como subjetivamente según la representación del autor, no pueden de ninguna manera poner en peligro ni lesionar un bien jurídico, es decir, son inofensivas⁴⁶⁷.

Desde un principio, en la dogmática Alemana, el eje de la polémica radicó en la idea de si la punición de estos delitos supone una vulneración del principio de culpabilidad al sancionar al autor por un delito de peligro, aun en los casos de ausencia de peligrosidad, ya sea a través de una presunción o bien por una generalización no confirmada en el caso concreto. Así, los delitos de peligro abstracto plantean

⁴⁶⁷ Véase en *Ibid*, pp. 84-85.

problemas en primer término en cuanto a su contenido de injusto material y sólo de forma derivada, en relación con la culpabilidad⁴⁶⁸.

Entonces, se ve vulnerado el principio de culpabilidad entendido en el sentido de que sólo puede hacerse *responsable* al autor de un injusto realizado de manera culpable. En algunos delitos de peligro abstracto la imputación subjetiva de un hecho, no se constata en el caso concreto, sino que, la peligrosidad, se da por supuesta a través de una presunción o de la existencia de una regla de experiencia.

Por su parte, en la doctrina italiana y parte de la española, en esta discusión dogmática, han apuntado sus objeciones hacia la vulneración del principio de lesividad y, consecuentemente, de contenido material de antijuricidad del hecho concreto, no peligroso.

La doctrina italiana, fiel a su tradición, ha planteado la problemática desde la perspectiva de la posible violación del principio de necesaria lesividad del hecho en los casos de punición a pesar de la ausencia de peligrosidad de la conducta formalmente típica. Como consecuencia que estos delitos pueden llegar a castigar la mera desobediencia o la mera peligrosidad del autor, ha llevado a parte de la doctrina italiana a poner en duda la misma admisibilidad general y compatibilidad de conciliar estos delitos con principios constitucionales, por la posible no correspondencia entre conformidad al tipo y peligrosidad concreta de la conducta para el bien jurídico, aunque, para algunos, los delitos de peligro parecen partir también del principio de lesividad de bienes jurídicos⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ *Ibid*, p. 87.

⁴⁶⁹ GALLO, M., *Foro Penale*, 1968, p. 8, -Trad. de C.A. Tozzini-. Cita conforme MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos...* op. cit. p. 88.

2.6. *Sobre los delitos obstáculo*

No sin asombro y cierto descontento, se puede observar que el legislador está yendo mucho más allá en su afán de utilizar al Derecho penal como un mecanismo utilitarista en su *quehacer* funcional.

Lo dicho, toda vez, que a la par de la gran proliferación de delitos de peligro abstracto, se ha comenzado a transitar un sinuoso camino que intenta regular conductas aún, cuando no se ha producido ni siquiera un peligro de peligro de lesionar bien jurídico alguno. Es lo que se ha dado en llamar *delitos obstáculo*⁴⁷⁰.

Cuesta Pastor⁴⁷¹, nos refiere que el delito obstáculo constituye una modalidad que, si bien está cada vez más extendida en los Códigos Penales, todavía la doctrina mayoritaria no ha reconocido expresamente.

Implica, nos dice, en que se van a criminalizar determinadas conductas en aras de la protección de otros intereses que a pesar de su indudable trascendencia social entran en juego de modo indirecto. Se trata de los llamados “*fenómenos de criminalización anticipada*”, puesto que se castigan conductas en un momento anterior a la lesión del bien jurídico protegido, incluso antes de que exista peligro concreto de dicho bien; representan un estadio previo a los propios delitos de peligro abstracto.

Si en el transcurso de todo el trabajo hemos ido advirtiendo y dejando entrever nuestra crítica al alto grado de proliferación de delitos de peligro abstracto, justamente, porque rozan o vulneran principios del Derecho penal clásico, vamos a coincidir con el

⁴⁷⁰ Véase sobre la temática CUESTA PASTOR, PABLO, *Delitos Obstáculo – Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico protegido*,...op. cit. También en el análisis previo a la reforma del año 2007 que realiza CUESTA PASTOR, PABLO, J., en PERIS RIERA JAIME. M./CUESTA PASTOR, PABLO J., “Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico -El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995-”, en *Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la Circulación*...op. cit. pp. 9-10.

⁴⁷¹ CUESTA PASTOR, PABLO, *Delitos Obstáculo – Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico protegido*...op. cit. p. 39.

autor, cuando reflexiona que éstas técnicas suponen un serio cortapisa al principio de ofensividad puesto que implica en cierta medida la tipificación del llamado “*delito sin ofensa*”. No se puede confundir la finalidad de la norma con el bien jurídico protegido. En este caso, nos dice Cuesta Pastor, el fin que se persigue, precisamente, es el de evitar que se produzca el delito; es decir, prevenirlo⁴⁷².

El delito obstáculo castiga la llamada “*premisa idónea*”, actos que son necesariamente idóneos para la comisión de un hecho delictivo posterior, que es en última instancia lo que se trata de evitar. Por lo tanto, se configuran como un auténtico “obstáculo” para que no puedan llegar a producirse los actos delictivos futuros, que son los que realmente dañan el bien jurídico.

Nos encontramos con una modalidad delictiva vinculada de manera evidente con el ámbito de la prevención en Derecho penal, puesto que más que castigar comportamientos que lesionan un interés, tiende a prevenir la realización de acciones peligrosas mediante la punición de actos que son “*la premisa idónea para la comisión de otros delitos*”⁴⁷³.

En el nuevo Código Penal Español, tenemos algunos ejemplos de lo que venimos esbozando, así podemos citar como delitos “obstáculo”, el delito de desobediencia con el que se castiga la conducta de la negativa a someterse al test de alcoholemia en los controles de tráfico, la conducta de tráfico de precursores, las conductas destinadas a facilitar la supresión de los dispositivos que protegen

⁴⁷² *Ibid.* También véase a CUESTA PASTOR, PABLO J., previa a la reforma del año 2007, en PERIS RIERA JAIME. M./CUESTA PASTOR, PABLO J., “Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico -El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995-”, en *Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la Circulación...* op. cit. p. 21. En posición contraria tenemos a POLAINO-ORTS, MIGUEL, *El Derecho penal del enemigo*, op. cit., pp. 349-350.

⁴⁷³ CUESTA PASTOR, P. *Delitos Obstáculos – Tensión entre política criminal y bien jurídico protegido...* op. cit., p. 40.

programas de ordenador, la manipulación genética, y otros relacionados en general con bienes jurídicos “colectivos” que sólo representan las condiciones mínimas para que pueda funcionar la vida en sociedad.

El Derecho penal, como vemos, ya no es el último reducto que persigue los comportamientos más peligrosos para los bienes jurídicos importantes, sino que en él cabe ya la persecución de muchas otras conductas, sean o no peligrosas, si con su punición parece lograrse el efecto preventivo de que se trate. El legislador sigue buscando la prevención, pero de forma diferente; puesto que ya no se trata de prevenir la no realización de conductas peligrosas, sino de prevenir la no realización de conductas peligrosas mediante la punición de todo aquello, que más o menos, directamente, pueda perjudicar la puesta en práctica de las medidas policiales y judiciales establecidas por el gobierno para lograr el fin preventivo último de que se trate. Será, el último paso de la tendencia expansiva: de los delitos de peligro concreto a los de peligro abstracto y de estos a los delitos de obstaculización de funciones de control⁴⁷⁴.

Reflexiona, Cuesta Pastor, que debemos destacar que el delito obstáculo se encuentra próximo a las figuras típicas que basan su injusto en una idoneidad de la acción para producir el resultado aunque sea en un juicio “*ex ante*”. Este dato implica que se trata de una técnica en la que no se exige por el legislador la concurrencia de un peligro concreto para el bien jurídico, es decir, no es preciso demostrar la existencia real del peligro para el bien.

⁴⁷⁴ MIRÓ LLINARES, FERNANDO, “El Moderno Derecho penal vial y Penalización de la conducción sin permiso”, en OLMEDO CARDENETE, MIGUEL/ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS (Eds) *Protección penal de la Seguridad vial*, Ed. Alea Blanca, Granada, 2010, pp. 158-160.

En el ámbito *ut supra* expuesto, se mueven también los delitos de peligro abstracto que como ya lo hemos lo referido, plantean importantes problemas de legitimidad en orden al respeto del principio de ofensividad. El peligro abstracto se basa en una presunción del legislador elaborada “*ex ante*”, cierta conducta es peligrosa para el bien jurídico; basta que la acción sea idónea para producir el resultado típico.

Ahora bien, el delito obstáculo no se puede incluir en la categoría de los delitos de riesgo, puesto que el injusto depende de que se produzca una lesión del bien jurídico, aunque este sea formal. Así, a pesar de que la conducta constituya una “*premisa idónea*” para la comisión de un delito posterior, ésta no implica una extensión de la peligrosidad objetiva de la acción hacia el bien jurídico que entra en juego en el momento ulterior. En estos casos sólo existe la probabilidad de comisión de un delito, lo cual revela más que una “peligrosidad subjetiva” del comportamiento.

Algunos autores entienden que respecto del bien jurídico cuya lesión se trata de prevenir existe una amenaza remota, en el sentido de que el bien jurídico se halla en el radio de la acción típica, aunque sea ocupando una posición lejana⁴⁷⁵.

Coincido plenamente con el autor, cuando refiere que nos encontramos en el ámbito del “peligro de peligro” o la “probabilidad de la probabilidad”, puesto que se da un paso más allá de la propia técnica de los delitos de peligro abstracto, con la carga de impopularidad que los mismos han cosechado en los últimos años.

Cuesta Pastor, citando a Mantovani, nos dice que el delito obstáculo equivale a la criminalización de los actos preparatorios para cometer ciertos delitos. Este dato es determinante en orden a ubicar tal técnica en un estadio de tutela penal previo incluso al de las figuras de peligro abstracto.

⁴⁷⁵ CUESTA PASTOR, PABLO, *Delitos Obstáculo – Tensión entre política criminal y bien jurídico protegido...* op. cit., p. 40

En cuanto al daño al bien jurídico, que en última instancia se trata de evitar, no existe tampoco en sentido estricto una idoneidad objetiva de la acción para producirlo. De tal forma, que esta técnica se proyecta sobre actos de tan diversa índole, que pueden dar lugar a delitos, pero también a hechos totalmente irrelevantes.

No es intención desarrollar profundamente esta nueva tendencia dentro del campo del Derecho penal, sino meramente hacer mención de una “nueva” realidad, en cuanto al mecanismo usado como medida preventiva.

Bien señala, Cuesta Pastor, que hoy en día no solo se persigue salvaguardar de lesiones efectivas los intereses que la sociedad considera dignos de protección penal, sino también de la mera puesta en peligro de los mismos. En los tipos que se utilizan como “obstáculo” sólo se trata de proteger al bien jurídico de un peligro que va a surgir indirectamente. Sin embargo, no podemos olvidar que toda anticipación de la barrera defensiva del derecho penal debe ser respetuosa con los principios de esta disciplina, en especial con los de “*extrema ratio*” y “*ofensividad*”.

Es de suyo que si ya advertíamos una clara tensión entre las premisas normativas que tipificaban conductas de peligro abstracto y los principios *ut-supra* mencionados, la llevamos a un extremo con los referidos delitos de obstáculos.

Polaino Orts, justifica la elaboración de premisas normativas de delitos obstáculos, desde una labor de política preventiva general. Entiende que si bien es cierto, que el objetivo de criminalización no se vincula directamente con una lesión material, sino que se adelanta la punición a un ámbito en el que se valora primordialmente la incidencia lesiva que para bienes colectivos tiene la conducta incriminada, no se trata de que la protección de bienes jurídicos ceda ante la

prevención especial, sino que la producción de bienes jurídicos es primordialmente prevención general⁴⁷⁶.

En los delitos obstáculo, reflexiona, se incrimina una situación idónea para favorecer o realizar un delito ulterior de mayor envergadura; esto es, se criminaliza la llamada premisa de delito. Esa situación de idoneidad delictiva constituye una expectativa delictiva de delitos, esto es, una expectativa de delitos cuya infracción ya es *per se* delictiva y lo es porque se produce una ofensa a un bien colectivo que el legislador considera digno y necesario de protección⁴⁷⁷.

Esa premisa delictiva no se halla en una situación anterior a la lesión de bienes, anterior incluso a los delitos de peligro, sino que ya constituye en sí una lesión de bienes, ciertamente no individuales, sino sociales, en tanto protege las condiciones mínimas para el desarrollo del concepto de persona en la sociedad⁴⁷⁸.

Asimismo, Polaino Orts, para justificar estos fenómenos de anticipación de la barrera de punición penal, expresa que las mismas consisten en el combate especialmente agravado de un sujeto por el grado de enemistad a los demás, como personas en Derecho manifestada en sus actos; es decir, reducen determinados ámbitos de libertad concretos a sujetos que con su actuación manifiestan un desprecio a normas de convivencia social. A tal extremo que el legislador considera atajar esa manifestación de peligrosidad en un momento de riesgo mínimo a efectos de que no desencadene un proceso lesivo de mayores consecuencias; y se justifican como únicos

⁴⁷⁶ POLAINO-ORTS, MIGUEL, *El Derecho penal del enemigo...* op. cit., p. 351.

⁴⁷⁷ *Ibid*

⁴⁷⁸ *Ibid*, p. 352.

medios legales para compensar el déficit de personalidad que manifiestan determinados sujetos⁴⁷⁹.

Independientemente a las críticas que esboza, Polaino Orts, en su trabajo hacia la argumentación que lleva adelante Cuesta Pastor, en su estudio sobre los delitos que estamos haciendo referencia, considero que las justificaciones de Polaino Orts, son propias de la corriente doctrinal en la cual parece enrolarse. Es decir, que si partimos de la premisa fáctica/valorativa que en ora del control social vamos a justificar toda instrumentalización del Derecho penal, lógico, que siempre se le dará la razón al autor; pero justamente el punto en cuestión es ese, o al menos es esto lo que se trata de poner sobre el tapete y que ha sido en cierta medida el interrogante del trabajo. ¿Se justifica esa intromisión del Derecho penal a horizontes tan lejanos de la lesión al bien jurídico?, y si la respuesta fuera afirmativa, ¿por qué tiene que ser el Derecho penal el encargado de la misión de control social?

Cualquier justificación que le demos a una respuesta positiva de los interrogantes expuestos, nos lleva directamente a contradecir los pilares que forman parte del Derecho penal liberal.

Si justificamos, como hace Polaino Orts, desde un punto de vista de “unidad” donde una conducta contenida en una premisa normativa, la cual, denota un supuesto peligro idóneo, incluso anterior al peligro abstracto, para causar una lesión; como contrargumento y llevándolo al caso del art. 383 CP., y acaso dándole la razón en su posición -cuanto a la efectiva lesión social- ¿no se vulnera ahora el principio de inocencia o el principio procesal *in dubio pro reo*?

⁴⁷⁹ *Ibid*, p. 354.

Asimismo, y para darle mayor entidad a lo reflexionado, precedentemente, considero que su posición de crítica, parte desde el final, para luego llegar al caso concreto. Desde ese punto de partida, el argumento “*delito sin ofensa*”, se torna inviable, claro está; es decir, que si partimos de la premisa por cuanto el legislador ha decidido que determinadas conductas responden a parámetros de necesidad social, es de suyo, que considera que “en abstracto” se produce una ofensa a un bien jurídico digno de tutela. El punto, nuevamente, no es ese, puesto que si fuera ésta la cuestión, ningún argumento sería persuasivo. El punto, es justamente que para llegar a esa conclusión, a esa tipificación, se usa “nuevamente” y muchas veces de manera injustificada al Derecho penal y con ello se vulnera, una vez más, el principio de lesividad, *última ratio*, mínima intervención, culpabilidad, inocencia, que constituyen, entre otros, los pilares del Derecho penal clásico o el mismo principio procesal del *in dubio pro reo*.

Lo plasmado, no deja de ser un capítulo más de la cansina discusión entre la aplicación de un Derecho penal mínimo y un Derecho penal máximo.

CAPITULO III

JUSTIFICACION Y FINES DE LA PENA

1. Principio de Proporcionalidad

Seguramente adelantando lo que será motivo de conclusiones, ya sea desde un punto vista jurídico o del mismo sentido común, no se debería avalar: por un lado, que determinados tipos de conductas sean tipificadas por ser meramente peligrosas (delitos de peligro abstracto) o, peor aún, aquellas que denotan un peligro de peligro, más alejadas de afectar el bien jurídico último que se quiere proteger (delito obstáculo); y por otro, que los referidos tipos penales contengan, además, una posible pena de prisión.

Considero que, más allá, de lo problemático que constituye el permanente adelantamiento de la barrera del Derecho penal, tal como hemos venido observando, se agudiza la controversia si lo focalizamos desde el principio de proporcionalidad y será más fuerte, aun, si relacionamos el análisis a la justificación y fin de la pena.

1.1 *Sobre el Principio de proporcionalidad*

1.1.1 *Conceptualización*

El art. 1.1 de la CE proclama como valores supremos del ordenamiento jurídico: la libertad, junto a la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Se trata, entendemos, de una declaración que va a servir de apoyo a la interpretación del resto de los preceptos constitucionales⁴⁸⁰ vinculados a la definición de un Estado social y democrático de derecho. Asimismo, permite afianzar el principio *pro libertate* con

⁴⁸⁰ A modo de ejemplo, se toma la STC, 132/1989 de 18 de Julio, que apoya en el valor de la libertad el principio de autonomía del individuo en relación al derecho de asociación.

arreglo al cual la interpretación de las normas debe llevarse a cabo respetando tal valor superior (STC 19/1988 de 16 de febrero)⁴⁸¹.

Entonces, que la Constitución española impone límites a la política criminal se halla fuera de toda discusión⁴⁸², pero es más discutible que el principio de proporcionalidad encuentre efectivo y explícito respaldo en la Carta Magna.

La doctrina y la jurisprudencia han sustentado la existencia y exigencia del principio de proporcionalidad en distintos estamentos normativos que se encuentran en la misma Constitución⁴⁸³, conformando, en su conjunto, una constelación de principios y valores, una cierta ideología o filosofía política. Si se quiere, el esquema de un modelo punitivo en el que coherentemente no debería faltar el principio de proporcionalidad de intervención penal⁴⁸⁴.

No obstante, parece ser que si la Constitución no contiene un reconocimiento específico de la proporcionalidad penal y surge de una conjunción interpretativa de una serie de principios, entonces, su construcción ha sido jurisprudencial⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ GARCIA ARÁN M./PERES NETO L., “Perspectivas de Análisis y Principios Constitucionales”, en obra de GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dtores), *Malas Noticias, Medios de Comunicación, Política Criminal y Garantías Penales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 34-35.

⁴⁸² Como ser el principio de legalidad (art. 25.1 CE), o la interdicción de la pena de muerte y de las penas degradantes (art. 15 CE)

⁴⁸³ a) los valores superiores del artículo 1.1, unidos a la proclamación que contiene el artículo 10.1 acerca de los derechos inviolables de la persona como fundamento del orden político, que en conjunto imponen una maximización de la libertad, proscribiendo cualquier restricción de la misma no estrictamente justificada; b) la interdicción de la arbitrariedad de todos los poderes públicos (art. 9.3 CE), que parece prohibir toda limitación que resulte gratuita o no necesaria, y por tanto arbitraria; c) la prohibición de las penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE), entendiéndose que esta consideración deben merecer las penas que pasan la ralla de la proporcionalidad; d) el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), que habría de garantizar el “dar cada uno lo suyo” incluso en materias de penas; e) la libertad del artículo 17, por cuanto la pena supone una restricción de todo derecho, reclama una justa proporcionalidad; o en fin, el propio principio de legalidad penal (art. 25.1).

⁴⁸⁴ LAMARCA PEREZ, CARMEN, “Una exigencia constitucional: Derecho penal y derechos fundamentales”, en *El Principio de Proporcionalidad y el Control Constitucional de las Leyes Penales*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 32-33.

⁴⁸⁵ *Ibid. Vid.*, MIR PUIG, SANTIAGO “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 1358.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional comenzó a destacar que la ponderación de la proporcionalidad de la sanción es competencia del legislador (STC 62/1982), evitando entrar en un juicio de constitucionalidad sobre la ponderación concreta, pero progresivamente -como ya lo veremos en el presente desarrollo- el juicio de proporcionalidad se ha ido precisando en la jurisprudencia del TC, no como canon constitucional autónomo; sino, lo dicho, como juicio potencialmente afectante a otros principios constitucionales (STC 161/1997) y derechos individuales⁴⁸⁶.

Ahora bien, adentrándonos en el tema, Bonetto, refiere que el principio de proporcionalidad se trata de una exigencia que nació para ser aplicada a las medidas de seguridad; pero, luego, se extendió al campo de las penas⁴⁸⁷.

Si el principio de culpabilidad nos dice cuándo una persona podrá ser considerada responsable por un hecho delictivo, el de proporcionalidad limita la especie y la medida de la pena a aplicar en el caso concreto. La gravedad de la pena debe resultar proporcionada a la gravedad del hecho cometido.

En este sentido, se ha dicho: *“La especie y envergadura de la pena conminada, debe tener cierta correspondencia con el hecho dañino previsto por el tipo básico, agravado o atenuado, con las características criminológicas del autor, con su estado*

⁴⁸⁶ GARCIA ARÁN M./PERES NETO L., “Perspectivas de Análisis y Principios Constitucionales”, en obra de GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dtores), *Malas Noticias, Medios de Comunicación*,...op. cit. p. 36. También en SILVA SANCHEZ, JESUS M. “Nuevas Tendencias Político-Criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M. *Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución*,...op. cit. pp. 318-319. También en GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estado de Derecho y Ley Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, p.166.

⁴⁸⁷ Las valoraciones sociales han de servir como parámetro a la hora de la imposición de medidas de seguridad, las que deberán guardar proporcionalidad con el grado de peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad del hecho cometido. Véase en BONETTO, LUIS MARIA, “Lección 4, Derecho Penal y Constitución”, en LASCANO, CARLOS J., *Manual de Derecho*.... op., cit. p. 116 y ss.

ánimico al momento de cometer el hecho, con los perjuicios individuales y sociales causados, con la trascendencia pública de la afectación ilícita, etc.”⁴⁸⁸

Entonces, como primera conclusión podemos extraer que ante un hecho concreto, -respetando el principio de culpabilidad-, al autor, le corresponde una pena; la cual, deberá tener la proporción directa en relación al modo de comisión del hecho fáctico y a la afectación del bien jurídico protegido. Esta exigencia de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la del delito entra en la lógica de medio a fin del principio constitucional de proporcionalidad⁴⁸⁹.

Por su parte, Luzón Peña⁴⁹⁰, como crítico a la retribución que formula Gimbernat y la idea de que la culpabilidad, como exigencia basada en un presupuesto de imposible constatación, debe sustituirse por la exigencia de la necesidad de la pena bajo un punto de vista preventivo, ya que de esa manera queda garantizada la debida proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena⁴⁹¹, concluye que el fundamento preventivo de la pena, prescindiendo del principio de culpabilidad, garantiza suficientemente la proporcionalidad entre delitos y penas o, en otro términos, que la proporcionalidad entre delito y pena es perfectamente comprensible y explicable partiendo únicamente de la prevención general en cuanto ésta, correctamente

⁴⁸⁸ VASQUEZ ROBERTO, *La racionalidad de la pena*, Ed., Alción, Buenos Aires, 1995, p. 39.

⁴⁸⁹ MIR PUIG, SANTIAGO “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 1370. También sobre el tema HERRERO HERRERO, C. “Principios básicos más significativos del Derecho penal, en su dimensión sustantiva. Su enumeración y la debida armonización, o compensación, de los mismos entre sí” en *Hacia un Derecho penal equilibrado-Plataforma razonable de política criminal...* op. cit. pp. 107-108.

⁴⁹⁰ LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL, *Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones*. Ed. PPU, Barcelona, 1991, p. 301.

⁴⁹¹ DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., nota al pie: “...Señala Gimbernat, que el reproche más grave que se puede hacer al legislador es que una pena sea, en absoluto o en su rigor, innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible, pues puedo aceptar y conformarme con que se me prive de la libertad si con ello presto un servicio a la comunidad, pero se abusa de mí si se impone un padecimiento inútil que no sirve al fin de convivencia social...”, *El principio de Proporcionalidad Penal*, Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 181.

concebida y empleada, requiere justamente la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la del hecho del que la motiva.

Mir Puig, en una orientación similar a la expuesta *ut-supra*, sostiene que si bien se podría incluir el principio de culpabilidad en una ponderación de costes y beneficios, sería contrario al propio fundamento del principio de culpabilidad el conceder la idea que podría, éste, vulnerarse en base a una finalidad preventiva, es decir, que una falta de culpabilidad no podría compensarse en caso por necesidades preventivas⁴⁹².

Ferrajoli, nos dice que siguiendo las propuestas de Bentham -primero- y Hart -posteriormente-, ninguna pena ha de procurar un sufrimiento mayor que el que produce la transgresión incontrolada⁴⁹³. Este criterio, junto con aquel, por el que la pena no puede superar a la violencia informal, se va a tratar únicamente de una indicación para orientar las valoraciones del legislador⁴⁹⁴.

Entonces, la proporcionalidad, entendida como adecuación o correspondencia entre la gravedad del daño producido en el bien jurídico protegido por el tipo delictivo y el que más tarde es infringido al culpable de su lesión⁴⁹⁵, representa una de las exigencias más clamorosamente reivindicadas en el amplio programa reformista de la Ilustración⁴⁹⁶.

⁴⁹² MIR PUIG, SANTIAGO “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 1380.

⁴⁹³ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. p. 400.

⁴⁹⁴ DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. *El principio...* op. cit., pp.175 y 176.

⁴⁹⁵ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. p. 392.

⁴⁹⁶ LAMARCA PEREZ, CARMEN, “La Filosofía penal del principio de proporcionalidad”, en *El Principio de Proporcionalidad...* op. cit., p. 19. También en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. p. 398.

Mir Puig se inclina por sostener que una pena deber ser proporcionada al delito, actuando en consecuencia, como un límite que debe respetar la prevención en todo Estado social y de Derecho ⁴⁹⁷.

Si nos abocáramos a determinar el principio de proporcionalidad en un sentido amplio, nos llevaría a aquel límite que debe respetar todo Estado de Derecho en el ejercicio de sus acciones y que pueda afectar derechos fundamentales. Suele presentarse como “*límites de los límites*” puesto que toda intervención penal -desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y la ejecución- limita derechos; sería, un límite constitucional material, fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad⁴⁹⁸.

1.1.2. La “finalidad” de la pena, como baremo.

De la Mata Barranco, refiere que el máximo Tribunal Constitucional ha sostenido que la proporcionalidad de la pena prevista por la ley con carácter general será competencia del legislador al momento de aplicar su política penal, tomando como punto de partida, un complejo juicio de oportunidad, político-criminal y técnico, que por un lado, no impone una solución precisa y unívoca y que en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ MIR PUIG, SANTIAGO “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en MIR PUIG, S./QUERALT JIMENEZ, JOAN J., (Dtores), FERNANDEZ BAUTISTA, SILVIA (Coord.), *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 72. También se repite en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 1360/1361..

⁴⁹⁸ *Ibid.* p. 74. También se repite en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 1361/1362.

⁴⁹⁹ DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. *El principio...* op. cit., pp. 176.

Será, en aquel marco de valoraciones, en el momento mismo de concretarlo, donde fluya como un primer referente de la proporcionalidad de una pena, el de la *finalidad* que con ella se pretende, tanto desde un punto de vista general, como en su imposición concreta y, no, ya sólo en cuanto a la comprobación de su idoneidad o de su necesidad o de los presupuestos que la justifican, sino también en cuanto al requisito de la proporcionalidad en sentido estricto.

Esa finalidad será la que debiera permitir penas mayores o menores e incluso su propia previsión o su inexistencia, su derogación o su ausencia de aplicación. Eso refiere la relación medio a fin que define la idea de proporción.

Desde esta postura, vemos que si bien se da una unánime afirmación sobre la vigencia del principio de proporcionalidad, ésta, no se trasluce en una unidad de configuración del mismo, toda vez que dependerá del distinto fin que se otorgue a la pena, ya sea retributivo o preventivo.

En consecuencia, lógico, no pueden ser igual las valoraciones que se efectúen de la proporcionalidad de una norma si el criterio con el que medimos será:: el de la retribución por el mal causado, el de las necesidades de intimidación general, el de fortalecimiento de la conciencia individual y colectiva, el de la peligrosidad del sujeto o todos o algunos de ellos variablemente combinados.

Entonces, si bien estas finalidades no proveen criterios concretos, ni en cuanto a la previsión legislativa, ni en cuanto a la intervención judicial; la cuestión cambia, cuando se la enfoca hacia el carácter general, ya que puede observarse que la doctrina se ha esforzado en proponer criterios de medición de la proporcionalidad de las penas, orientativos, al menos, que de alguna manera concreten las magnitudes que han de

tenerse en cuenta en la ponderación a efectuar y que tales finalidades únicamente tratan de delimitar.

Afirma, De La Mata Barranco, que no puede decirse que los beneficios que se consiguen con la previsión de la pena en determinadas circunstancias puedan ser menores que los costes generados por la infracción que se trata de prevenir, por razones finalísticas del orden que sea, preventivos o retributivos, y que, aun con ello, se garantice el respeto al principio de proporcionalidad⁵⁰⁰.

No lo es, nos dice, por la propia lógica de lo que el principio implica. La finalidad a conseguir la intervención penal integra, necesariamente, los beneficios de la intervención y condicionan el resto de criterios a tener en cuenta para valorar tales beneficios. Toda la finalidad viene lógicamente definida porque la misma representa un beneficio; si no, no cabe ya de entrada admitirla como tal.

Lo dicho precedentemente, sin perjuicio, por supuesto, de que la mayor importancia de una finalidad deba exigir mayor esfuerzo en su consecución y, por tanto, tenerse en cuenta de modo prioritario en el análisis del margen coste-beneficio.

Ferrajoli, entiende que la que pena no puede superar la violencia que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas. Así, expone que sería injustificado un límite mínimo que anule la eficacia preventiva de la pena en relación con los delitos; pero también lo es un límite máximo que anule la justificación en relación con los mayores castigos informales prevenidos por la misma⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ *Ibid*, p. 177.

⁵⁰¹ La interpretación que realiza Ferrajoli, parte de la compensación entre males infringidos y males prevenidos y una correlación entre límite máximo y límite mínimo de las penas: cuanto más alto es el coste de las penas, mayor será su capacidad de prevención, pero menor será su justificación con respecto a los males prevenidos -delitos y castigos informales que sufriría el reo por la parte ofendida- y menos amplia la esfera de los bienes cuya tutela penal está justificada; por el contrario, cuando más bajo

Si las finalidades de la intervención van a condicionar el juicio de proporcionalidad, entonces, no podrá afirmarse la idea de que esta pueda verse omitida ya sea por razones preventivas o retributivas.

Una pena no podrá considerarse desproporcionada pero justificada por razones de prevención especial, porque: por un lado, esta finalidad, se integra como criterio de análisis de la proporción de la norma, por lo que no sería apropiado calificar la norma como desproporcionada; y, por otro, si no se integra como tal, claro que será desproporcionada la norma y además en modo alguno podrá aceptarse su legitimidad.

Entonces, la finalidad de la intervención penal condiciona de modo absoluto el juicio de proporcionalidad de una norma que sólo podrá considerarse positivo cuando ésta respete aquélla, en toda su complejidad.

La idea de proporcionalidad, no es sólo una cuestión de orden jurídico, sino también requisito material de la prevención, pues sólo penas proporcionadas a la gravedad de los delitos y a su valoración social están en condiciones de motivar a los ciudadanos al respeto de la norma. La prevención fracasa, en cambio, con la falta de proporcionalidad del castigo que lleva a que, o bien los jueces no apliquen la ley o, bien, a que si la aplican, efectivamente, los destinatarios de la norma consideren esa imposición de la pena como un contrasentido de la norma⁵⁰².

En relación a aquella confrontación de posturas por cuanto autores vinculan la proporcionalidad de la pena y su adecuación a la gravedad del hecho realizado,

es el coste de las penas, tanto menor es su eficacia preventiva pero tanto mayor es su justificación para la tutela de una mayor cantidad de bienes jurídicos. Véase en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. p. 401.

⁵⁰² Una pena desproporcionada por su crueldad o por su arbitrariedad benevolencia es disfuncional no sólo por razones retributivas, sino porque genera desconfianza de la sociedad hacia el Derecho que la impone; sólo cuando la sociedad percibe la pena que se impone como justa se logra que confíe en el derecho. Véase nota al pie, en DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. *El principio...* op. cit., p p. 179.

aceptando que rebase lo que se entiende por culpabilidad del sujeto si así lo disponen razones de prevención y; en contrapartida, autores que entienden que el límite de la culpabilidad nunca se podrá rebasar hacia arriba, aunque sí hacia abajo, configurando, un principio de proporcionalidad garantista; desde la posición de La Mata Barranco, entiende que son equivocadas toda vez que una determinada finalidad no puede prescindir de la exigencia de proporcionalidad de una pena, ya que la misma se integra, como se decía, entre los criterios que permiten establecer la pena proporcionada, en cuyo caso no puede entenderse que es posible quebrar el calificativo de proporcionada.

Lo que ocurre en realidad, continúa reflexionando, es que cuando se diferencian prevención y proporción se asocia ésta, únicamente a la correspondencia entre la gravedad de la pena y una gravedad del hecho que habría que explicar cómo se concreta, pero que en todo caso no integra la finalidad preventiva en la propia definición. En ese sentido, en la doctrina lo que se defiende en realidad es la necesaria vinculación de la gravedad de la pena con la gravedad del delito, analizando si ello es compatible o no con criterios preventivos.

En atención a lo expuesto, es erróneo el planteamiento y lo que habría que explicar es por qué la gravedad de la pena ha de asociarse a criterios de prevención general o especial, y en qué medida estos han de compatibilizarse con la atención a la entidad de los elementos que definen el hecho cometido.

En todo caso, la consideración de criterios de prevención general para explicar el sentido y alcance de la pena, especialmente, en el momento legislativo, es atendida por la mayoría de la doctrina que incluso los califica como fin primordial de la pena, una vez desechados el ideal resocializador y, por supuesto, planteamientos de carácter puramente retributivo.

1.1.3 *Tribunal Constitucional. Derecho procesal penal.*

1.1.3.1 *Sobre la Intervención mínima.*

Llevado, el principio de proporcionalidad, a la cuestión procesal, nos dice González-Cuellar Serrano⁵⁰³, que determinar sus fuentes constitucionales es una tarea ineludible si pretende afirmarse su normatividad jurídica y su rango constitucional y para justificar la importancia que se le ha de atribuir en el cambio de criterios que, pensamos, debe aspirar en la creación, interpretación y aplicación de las normas procesales penales. Además, es una labor que no está exenta de consecuencias prácticas realmente relevantes: la posible invocación de los arts. 14 a 29 o 30.2 CE., como medio de defensa de los ciudadanos, frente a las injerencias desproporcionadas que afecten a sus derechos fundamentales tendría efectos de gran trascendencia al permitirles interponer recursos de amparo ante el T.C. (arts. 53.2 CE y 41 L.O.T.C.).

El principio de intervención mínima se sitúa en el corazón mismo del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad, en sentido amplio, y ha sido reclamado con insistencia sobre todo en el ámbito del derecho penal.

Existe acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia en considerar al principio de intervención mínima un principio constitucional que en el marco de la más amplia prohibición de exceso exige la sustitución, si fuera posible, de la medida más gravosa por otra menos lesiva que asegure igualmente la consecución del fin.

De lo dicho, sostengo que si bien es una descripción de la realidad y tiene un nacimiento dogmático los conceptos que hacen a los fines de la pena -prevención general o especial, o retributiva-, no podemos hablar de una proporcionalidad basada en una prevención general, mucho menos retributiva. La proporcionalidad debe estar

⁵⁰³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLÁS, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990, pp. 53 y ss.

directamente vinculada a la función de la pena y debe ir de la mano con el bien jurídico que intenta tutelar.

En consecuencia, surge el interrogante si es constitucionalmente correcta y respeta el principio de proporcionalidad -presente en toda labor legislativa, por ser un principio rector del Derecho penal liberal-, una posible pena de prisión en los delitos que hemos puesto en discusión. Considero que, si ya hemos resaltado la tensión que se genera entre las premisas normativas que tipifican conductas meramente peligrosas con los principios del Derecho penal clásico y con ello la constitucionalidad de las mismas, mucho más dramático y totalmente desproporcionada sería la posibilidad de castigarlas con pena privativa de libertad⁵⁰⁴.

⁵⁰⁴ Cabe referir que el TC ya ha puesto especial cuidado en resaltar la cautela que se debe tener al momento de revisar la constitucionalidad de las leyes penales, toda vez que se debe omitir cualquier intención de hacer las veces de legislador y será este quien tenga la obligación de llevar adelante un debido diseño de política criminal de acuerdo a los objetivos sociales y dentro de un marco de libertad y en un contexto de juicio de oportunidad. Esta autonomía encuentra su justificación tanto en la posición constitucional como su legitimación democrática, y se extiende a la configuración de los bienes a proteger, la identificación de los ilícitos penales, la clase y gravedad de la pena. No obstante lo dicho, la legislación penal no es un ámbito que esté exento al respeto que debe imperar hacia el marco constitucional, estando sujeto a una serie de pautas básicas que giran en torno al respeto de los derechos fundamentales, de cuya concreción se ocupa entre otros, el principio de proporcionalidad. Así, una decisión legislativa que lleve consigo una previsión punitiva va a satisfacer el principio de proporcionalidad si: a) la norma correspondiente pretende tutelar bienes o intereses constitucionalmente no proscritos y socialmente relevantes; b) Es instrumentalmente apta o idónea para ello; c) Resulta necesaria y d) Se guarda la debida proporción entre la entidad del delito y de la pena. En este último apartado, hablamos de una proporcionalidad en sentido estricto. Aquí, y tal como lo hemos planteado, no se cuestiona la calidad o conveniencia de la norma, sino ante una verificación de si no se está procediendo a un sacrificio excesivo de derechos fundamentales mediante la pena. DIEZ RIPOLLES, J.L. “La racionalidad legislativa penal: Contenidos e instrumentos de control”, en *Política Criminal y Derecho penal*,op. cit. pp. 216-221.

1.1.3.2 *Proporcionalidad en los casos de injerencias corporales. Presupuestos y requisitos extrínsecos.*

Cuesta Pastor⁵⁰⁵, nos lleva a analizar lo expuesto por el Tribunal Constitucional en relación a los presupuestos y requisitos extrínsecos del principio de proporcionalidad que deben ser observados en los casos de injerencias corporales.

Entre esos presupuestos surge, en primer lugar, el de legalidad, por lo que se torna una condición necesaria que ante la posibilidad de imponer algún límite al libre ejercicio de derechos fundamentales del individuo, dependerá, previamente, que se autorice mediante ley.

El segundo presupuesto es el de la justificación teleológica. No cabe duda de que la protección de los bienes jurídicos esenciales a los que ofrece su tutela el derecho penal implica la suficiente justificación para las medidas que limitan los derechos recogidos en los artículos 17-1⁵⁰⁶ y 18-1⁵⁰⁷ CE. De tal manera, se están defendiendo intereses colectivos de una gran relevancia social.

En cuanto a los requisitos extrínsecos, nos dice el autor, como punto de partida, debe ser ordenado por un órgano jurisdiccional, por tanto, hablamos del requisito de la judicialidad. El TC, ha proclamado que es viable la restricción de derechos fundamentales en atención que los derechos no son absolutos, pero en el ámbito del proceso penal exige una ponderación de intereses enmarcada en el campo de la tensión *existente* entre el deber de los poderes públicos de realizar una eficaz represión de las

⁵⁰⁵ CUESTA PASTOR, P. *Delito obstáculo – Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico protegido...* op., cit. pp. 120 y ss.

⁵⁰⁶ Art. 17.1 CE: “...*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y la forma prevista por la ley...*”

⁵⁰⁷ Art. 18.1 CE: “...*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen...*”

conductas que llevan aparejado un reproche penal y la protección que de tales derechos debe dispensar el Estado.

Asimismo, encontramos dos posturas respecto al requisito de judicialidad. La primera, defendida por el TC y la FGE, en la que sostienen que cualquier disposición que lleve consigo una restricción del derecho a la intimidad –e.g. medidas de injerencia corporal- sólo sería legítimamente justificada, constitucionalmente, si está autorizado previamente por un órgano jurisdiccional.

La segunda, en la vereda opuesta, entiende que la Constitución en su artículo 18-1 no exige expresamente que sea necesaria autorización judicial para limitar el derecho a la intimidad; pudiendo plantearse en casos de extrema urgencia la posibilidad que por ley se autoriza también al Ministerio Fiscal, por ejemplo, acordar medidas de intervención corporal.

Comparto plenamente con el autor, cuando sostiene en atención a esta última posición que no debe influir demasiado en la discusión sobre la constitucionalidad de estas medidas que suponen injerencia corporal. Sólo se trata de una teoría alternativa a la defendida por el TC pero en la práctica y en virtud de la jurisprudencia sentada por dicho Tribunal sobre esta materia, no sería conveniente que el legislador estableciera excepciones a la competencia exclusiva de los órganos judiciales para autorizar las intromisiones corporales⁵⁰⁸.

El segundo de los requisitos extrínsecos es el de la motivación de la resolución judicial. El Alto Tribunal determina que el principio de proporcionalidad de los sacrificios debe ser respetado siempre que sean limitados los derechos fundamentales y que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que

⁵⁰⁸ CUESTA PASTOR, P. *Delito Obstáculo – Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico protegido...* op. cit., p. 122.

excepcione o restrinja el derecho. Las resoluciones deben ser debidamente justificadas en su faz interna, pues, de esta manera se permite el contralor de los sometidos a la medida y de los demás órganos judiciales que podrán merituar el sacrificio al derecho fundamental⁵⁰⁹.

En cuanto a los requisitos intrínsecos -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto-, el autor, toma como punto de partida la Sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de marzo de 1996, según la misma, el principio de proporcionalidad no constituye en el marco del Ordenamiento Constitucional un principio autónomo, sino que se puede extraer de otros formulados expresamente en la Carta Magna⁵¹⁰.

El primero de los requisitos es justamente el de idoneidad entre la medida y los fines. En la Sentencia antes mencionada, el Alto Tribunal entra a valorar cuáles son los fines inmediatos y mediatos de proyección de la misma, y de ésta manera se observará si el legislador ha incurrido en un sacrificio excesivo al vulnerar el art. 17-1 CE con una pena muy rigurosa.

El segundo de los requisitos, es el de la necesidad de la medida adoptada. Aquí, el Tribunal insiste en que la realización del juicio de necesidad compete al legislador. Asimismo, establece que un control constitucional respecto a la posibilidad de utilización de medios menos gravosos que sea, igualmente, eficaz tienen un alcance limitado.

⁵⁰⁹ Vid., MIR PUIG, SANTIAGO “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en MIR PUIG, S./QUERALT JIMENEZ, JOAN J., (Dtores), FERNANDEZ BAUTISTA, SILVIA (Coord.), *Constitución y Principios del Derecho Penal...* op. cit., pp. 86-104.

⁵¹⁰ Vid., MIR PUIG, SANTIAGO “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 1362.

Estas exigencias de idoneidad y necesidad van a incluir los principios de necesidad de pena para la protección de bienes jurídicos, subsidiariedad, *última ratio*, fragmentariedad e intervención mínima.

Asimismo, se entiende que estos requisitos son congruentes con una fundamentación utilitarista del Derecho penal en relación con la finalidad última de protección de los intereses de los ciudadanos mediante la prevención de delitos.

Si el Derecho fuera inútil, incapaz de evitar nuevos delitos, no sería legítimo en un Estado que sólo justifica la limitación de derechos de los ciudadanos que lo componen, en tanto y en cuanto, redunde en mayor protección de los derechos; es decir, hablamos de una intervención idónea. Además, debe resultar necesaria, en atención que no se permite la posibilidad de alguna medida alternativa a la intervención penal menos lesiva que ésta, lo que nos lleva directamente a respetar el principio de intervención mínima y de *última ratio*⁵¹¹.

Finalmente, el último de los requisitos que debemos respetar es justamente el de proporcionalidad. Se determina a partir de un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal. La ponderación se hará en base al derecho fundamental y al bien jurídico protegido que limita su ejercicio, estableciendo si las medidas son o no proporcionadas al bien jurídico que se trata de salvaguardar⁵¹². Será, concretamente, del principio de proporcionalidad de donde se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia como para justificar una amenaza de privación de libertad en general y una, efectiva, limitación de ésta, en concreto.

⁵¹¹ *Ibid*, pp. 1363-1364.

⁵¹² *Vid*, RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA, “Expansión del Derecho penal y límites constitucionales”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. pp. 1667-1671.

El TC ha considerado que este requisito de la proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena, remarcando que esta valoración corresponde al legislador en su actividad normativa; el cual, tendrá en cuenta ese principio, pero también otros criterios. Sin embargo, siempre deberá respetar el principio de justicia propio del Estado de Derecho y la dignidad humana mediante una actuación no arbitraria. No obstante lo dicho, el Máximo Tribunal, reconoce que tiene competencia para supervisar que no exista un desequilibrio patente entre la pena y la finalidad de la norma que desborde el marco constitucional⁵¹³

Así, aún cuando el TC considere excepcional la revisión sobre la constitucionalidad de la decisión del legislador, no supone omitir que el mismo legislador debe someter su tarea legiferante al principio de proporcionalidad en un sentido amplio. Asimismo, puede considerarse debidamente consolidada la postura del TC de que la ley penal debe respetar, como toda intervención estatal, el principio de proporcionalidad, con sus tres exigencias: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto de protección frente al delito⁵¹⁴

Ahora bien, sobre el respeto que debe existir hacia los derechos fundamentales y las garantías individuales en todo Estado de Derecho, el Tribunal Constitucional (S 81/1998 de 2 de Abril) ha referido que los derechos fundamentales son derechos

⁵¹³ CUESTA PASTOR. P., *Delitos Obstáculos – Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico protegido...* op. cit. p. 129.

⁵¹⁴ MIR PUIG, SANTIAGO “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 1378. Asimismo, este artículo realiza un análisis de la evolución jurisprudencial que el TC realiza sobre el principio de proporcionalidad, en cuanto a la capacidad para permitir la revisión de la intervención penal. *Vid*, pp. 1373-1378. *Vid*, RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA, “Expansión del Derecho penal y límites constitucionales”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. pp. 1664-1667.

subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto a derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto que garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Asimismo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de la CE -art. 1.1-. Estas afirmaciones que se proyectan sobre todos los derechos fundamentales, tienen, respecto de los llamados sustantivos, una consecuencia específica. Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones⁵¹⁵

1.2. Principio de proporcionalidad y la pena como “última ratio”.

Como hemos desarrollado, la base de este principio exige que la gravedad de la pena esté de acuerdo con la gravedad del comportamiento, una relación cuantitativa y cualitativa entre hecho y pena. En consecuencia, por regla general, un delito de peligro abstracto no podrá o no debería tener atribuida una pena excesivamente grave habida cuenta del carácter, generalmente, sólo peligroso de la conducta sancionada y, normalmente, deberá ser inferior a la del correspondiente delito de lesión, si lo hubiere.

⁵¹⁵ RODRIGUEZ FERNANDEZ, RICARDO, “Jurisprudencia esencial sobre los derechos fundamentales y las garantías individuales en el proceso penal”, en *Derechos fundamentales y garantías individuales en el Proceso Penal*, Ed., Comares, Granada, 2000, pp. 82-83.

Además, de manera más espinosa, se plantea el problema de la punibilidad de un comportamiento que conlleve una ausencia total de peligrosidad para el bien jurídico tutelado, aún cuando la conducta sea subsumible en una premisa normativa típica y punible⁵¹⁶.

Se entiende que si constituye un problema la aplicación de una pena por su confrontación al principio de proporcionalidad, debido a la indeterminación e imprecisión de los criterios que debemos emplear, será menester, la utilización de criterios de coherencia entre la intensidad del ataque a los distintos bienes jurídicos y las respectivas penas y de éstas entre sí, de tal manera que no impongan desproporciones e incongruencias valorativas como las que supone castigar igualmente supuestos en los que el hecho realizado no podía en ningún caso producir peligro alguno o sancionar más duramente. Un claro ejemplo de lo que estamos refiriendo lo constituye la tipificación de la conducta descrita en el art. 383 del CPE, que pune la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia en la conducción⁵¹⁷.

Tomando el principio de proporcionalidad en un sentido amplio, se abarca también el juicio sobre la necesidad de la pena o de la protección penal. Mirado desde esta óptica, se orientaría conforme a principios utilitaristas⁵¹⁸ observando que la aplicación de una pena puede ser: bien la mayor protección o seguridad, o bien el mayor respeto posible a la libertad de acción.

Ahora, desde la perspectiva *ut supra* expuesta, el problema que aquí se analiza es doble. Por un lado, no sólo hay que determinar la necesidad de la protección penal en atención a la jerarquía del bien protegido que le hace merecedor de la tutela más

⁵¹⁶ MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos...* op. cit., p. 376.

⁵¹⁷ Que incorporamos en los denominados delitos de obstáculos -ver, capítulo II, punto, II.6-.

⁵¹⁸ Necesidad de la intervención penal frente a otras posibilidades menos lesivas, o que supongan una intervención menos drástica en los derechos del inculpaado.

severa que puede ofrecer el ordenamiento; sino que, es preciso que esa misma tutela resulte necesaria desde el punto de vista de la idea de eficacia unida al principio de *última ratio*.

Lo dicho, nos lleva necesariamente a concluir que el instrumento penal sólo podrá utilizarse como último recurso, como el último medio al alcance del Derecho, cuando sea estrictamente necesario para conseguir una protección que otras medidas menos drásticas o severas ya no pueden suministrar⁵¹⁹.

Entonces, ante lo reflexionado precedentemente, vemos que siempre en el análisis que debemos realizar sobre el tema planteado, surgirá de manera innata la distinción entre dos juicios sustancialmente diferentes. Por un lado, el de si es necesaria la protección penal y adecuada desde el principio de fragmentariedad y de *ultima ratio* y; por otro, una vez que obtengamos una respuesta positiva, si es correcto el alcance o la medida de la protección asignada por el legislador, así como la intensidad de ésta en cuanto a la pena impuesta. Es de suyo que, en ambas, se introduce la idea y la exigencia de proporcionalidad.

Así, el principio deberá estar inmerso desde el inicio mismo de la creación del legislador, desde el mismo momento en que se determina brindarle protección punitiva a un determinado valor elevado a bien jurídico.

Mendoza Buergo refiere que teniendo en cuenta la naturaleza y el carácter de la reacción penal en atención al interés tutelado, como al comportamiento que se penaliza; la idea de necesidad del recurso a la pena, como consecuencia a la

⁵¹⁹ Entonces, el Derecho penal no debe ser un elemento utilizado para la pedagogía popular y con ello, la única herramienta para la solución de conflictos. Tampoco debe hacerse dependiente de las expectativas de la sociedad o del ciudadano medio. Una pena legítima está estrictamente limitada, siendo sólo admisible contra un injusto máximo; que no es otro que el delito. HÖFFE OTFRIED, "Proto-Derecho penal: Programa y Cuestiones de un filósofo", en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit. p. 345.

insuficiencia de otras reacciones de menos entidad, debe complementarse de manera decisiva con las relativas al merecimiento de la misma⁵²⁰.

Entonces, vamos a resaltar esos dos elementos primordiales: por un lado, las ideas de necesidad y, por el otro, el merecimiento de pena, no tanto como conceptos que cumplen un papel dentro de los distintos elementos de la estructura del delito, sino como principios que con carácter previo sirven como criterios de guía en el proceso de decisión de la criminalización de un comportamiento.

1.2.1. Principio de Necesidad

Parece imprescindible, en el temario que nos toca, en esa determinación del carácter necesario y de merecimiento de la protección penal, una meritución del bien jurídico protegido y la máxima gravedad que podamos atribuir a los instrumentos propios del Derecho penal. Es una idea suficientemente reconocida la gravedad de aquello frente a lo que se reacciona con medios penales. No obstante, la profundización en este principio elemental ha sido un tanto desatendida en las consideraciones sobre la evolución moderna del Derecho penal⁵²¹.

Desde un planteamiento sobre el concepto y entendimiento de la sanción jurídica -pena-, parece que es posible encontrar más puntos de apoyo para que los tradicionales principios limitadores del *ius puniendi* ofrezcan una mayor capacidad de rendimiento como tales.

Frisch entiende que el efecto de filtro de estos principios depende de manera decisiva de lo que se entienda por pena. Si entendemos a la misma, simplemente, como

⁵²⁰ MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos...* op. cit., p. 378. También véase en ALCACER GUIRAO, RAFAEL *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito...* op. cit. pp. 124-125.

⁵²¹ MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos...* op. cit. p. 379.

un mal que sigue al hecho o una intervención jurídica a causa del hecho con el fin de la estabilización de normas; no se podrá esperar mucho de la idea de necesidad de pena en sentido estricto y mirado hacia su función de límite⁵²².

En este marco, vemos que la aplicabilidad de la pena y su gravedad tiene que ver directamente en la falta de claridad del concepto de pena. Así, si se mantiene la consideración de la máxima gravedad de la misma, el ámbito de lo punible será más limitado. En contrapartida, si, se difumina el concepto y se concibe a la pena como mera intervención jurídica a causa de un comportamiento defectuoso, se utilizará más copiosamente porque la pena aparecería confundida como una mera sanción administrativa.

En definitiva, resulta necesario determinar qué es lo que se asocia con la pena y clarificar el concepto de pena del cual debemos partir, para determinar los límites de la punibilidad. Así, los criterios limitadores podrán conseguir más capacidad de rendimiento cuando se tome en cuenta la naturaleza específica de pena criminal⁵²³.

La necesidad de la pena debe orientarse hacia el parámetro que su utilización reporta más beneficios que inconvenientes; de manera que existen situaciones en que la misma no sería necesaria porque se puede soportar la pérdida de determinadas ventajas para bienes, que no necesariamente se podrían conseguir con su aplicación. Lo dicho, nos lleva a determinar que la aplicación no debe ser juzgada en sentido estricto exigiendo la consecución de los mismos objetivos sin la utilización de la pena⁵²⁴.

⁵²² De aquí, que podamos establecer como causal en esta razón de fondo al escaso balance positivo del criterio de la necesidad de pena.

⁵²³ FRISCH, WOLFGANG, *Festschrift für Stree und Wessels zum 70 Geburtstag*, Heidelberg, 1993, pp. 69-110, cita conforme MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos...* op. cit., p. 379.

⁵²⁴ Si en el merecimiento de la pena han de hallarse los presupuestos que legitiman la responsabilidad penal y, por ello, la posibilidad de aplicar la sanción penal, en la necesidad de pena debe hallarse el fundamento de pena, es decir, la razón por la que debe imponerse la misma. Si no hay

Así, si se introduce como punto de referencia un concepto de pena más reducido, se puede alcanzar una mayor capacidad de rendimiento del criterio de necesidad y no, tomar a ésta, simplemente como intervención jurídica debido a un hecho, sino como reproche cualificado. El punto será dilucidar si es necesario tal reproche cualificado para impedir determinados comportamientos o si se puede renunciar a su empleo, entendiendo que tal renuncia, ahora, tiene sentido⁵²⁵.

Ferrajoli, sostiene que la pena no sólo sirve para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas. Así, desde ésta óptica, la pena “mínima necesaria” no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito; siendo idóneo para indicar, en razón de su homogeneidad con el medio, el límite máximo de la pena por encima del cual no se justifica el que sustituya a las penas informales⁵²⁶.

necesidad de pena carece de sentido afirmar un merecimiento de la misma: no se castiga para atribuir responsabilidad, sino que se atribuye responsabilidad para castigar. Véase en ALCACER GUIRAO, RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito* ...op. cit. pp. 126-127

⁵²⁵ La discusión sobre la cuestión de la necesidad de la pena, empieza a ser verdaderamente concluyente sobre la base de un correcto entendimiento de la misma; es decir, de una aplicación únicamente a infracciones ético sociales verdaderamente graves, determinando si tal pena es adecuada como reacción a un determinado comportamiento. FRISCH, WOLFGANG, *Festschrift für Stree und Wessels zum 70 Geburtstag*, Heidelberg, 1993, pp. 69-110, cita conforme MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos*...op. cit., pp. 380-381.

⁵²⁶ Véase sobre el tema y su nuevo modelo de justificación de la pena en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*...op. cit. pp. 332-338.

1.2.2. Principio de Merecimiento de la pena.

La cuestión que se plantea en relación al *principio de merecimiento de la pena*⁵²⁷ está focalizado en determinar si la intervención en el *status* jurídico del autor en que reside, la misma, es ajustado a la vista de la clase e importancia del hecho; si éste, justifica o merece la desaprobación o el reproche incito de la pena.

Ahora bien, si la idea de merecimiento de la pena se relaciona con la de consideración de la adecuación de la pena⁵²⁸, puede conducir a afirmaciones claras cuando se intente determinar que los hechos frente a los que se reacciona con una pena, se distingan a través de los correspondientes momentos cualitativos -gravedad-. Lo dicho, nos daría elementos suficientes para combatir los puntos débiles que hacen que, este criterio, juegue un escaso papel, justamente, en esa limitación de la punibilidad.

Para la limitación de lo punible, por tanto, además de la cuestión de si determinados comportamientos deben ser desvalorados, son igualmente importantes las consideraciones sobre la adecuación del uso de la pena en sí misma, es decir, debemos adentrarnos al contenido de toda pena.

Entonces, el verdadero punto central para la limitación de lo punible lo constituye el propio entendimiento de la pena. Resultan fundamentales la esencia, el carácter de la pena y el concepto de ésta. Así, además, si se pretende que la pena tenga una verdadera fuerza o valor expresivo, no se la puede sobrecargar en exceso -proporcionalidad-⁵²⁹.

⁵²⁷ Vid, HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*....op. cit. pp. 223-237.

⁵²⁸ La teoría del merecimiento de Von Hirsch, tiene su punto de origen como consecuencia a la disparidad que existía al momento de aplicar la pena a un mismo delito, en distintos Estados de EEUU, lo que promovió la unificación de criterios en cuanto a la determinación de la pena, atendiéndose a criterios de proporcionalidad. En *Ibid*, p. 233-234.

⁵²⁹ Si se reacciona ante todo lo que es indeseable con una pena, se está determinando con ello el contenido de la pena y su valor expresivo, por lo que luego no puede esperarse que en caso de

La pena, si pretendemos que tenga y mantenga una intensidad expresiva, sólo puede ser el correlato de una limitada clase de comportamientos inadecuados⁵³⁰. La pena debe permanecer como medio adecuado de caracterización y de reacción para las infracciones más graves. Entendidas éstas, básicamente, como la zona nuclear del Derecho penal⁵³¹. Lo dicho, toda vez, que la pena es el último y más importante medio para la descalificación de comportamientos inadecuados y el Estado no tiene a su disposición una sanción más grave.

En concordancia con lo expuesto, es de suyo que sólo una culpabilidad grave puede justificar la pena criminal. Entonces, cuando hablamos de un ámbito nuclear del Derecho penal nos referimos a aquellas formas de comportamiento que supongan menoscabos especialmente graves de condiciones centrales de existencia y desarrollo del hombre, no sólo en sentido objetivo, sino también en el aspecto subjetivo, donde aparezca una conducta especialmente merecedora de desvaloración.⁵³²

comportamientos especialmente graves, sólo su caracterización como hecho punible y su sanción con una pena exprese con claridad que se ha cometido un quebrantamiento normativo especialmente grave. A este respecto, la mera graduación cuantitativa de la pena no es el criterio adecuado para la caracterización como hecho punible, cuando las diferencias cualitativas son enormes.

⁵³⁰ Sólo desde la norma de conducta, en cuanto dirigida al ciudadano, podrá delimitarse el ámbito de los presupuestos de la responsabilidad penal. El merecimiento, se centra en la cuestión de la imputación y valoración de conductas, en virtud de la relación de lesividad de la acción y los intereses que tiene que proteger el Derecho penal, o sea, los bienes jurídicos protegidos. La desvaloración de conductas y la respectiva atribución de responsabilidad penal por la lesión del bien protegido es el presupuesto para la imposición legítima de la sanción. Véase en ALCACER GUIRAO, RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito...* op. cit. pp. 126-127.

⁵³¹ Lo expuesto, lo analiza Robinson, en su teoría del “merecimiento empírico”, donde ante la insuficiencia de los criterios existentes detrás de lo que denomina principio distributivo de la responsabilidad penal y de la pena, son por sí solos insuficientes para garantizar la distribución justa y equitativa. Para evitar estos inconvenientes mantiene un criterio de merecimiento que no es otro que el de la distribución en base a la gravedad del delito y a la reprochabilidad del delincuente. Entiende que hay tres concepciones de merecimiento: a) vindicativo, cuya máxima expresión sería la Ley del Talión, en el que la gravedad del delito determina la gravedad de la pena; b) deontológico, donde la gravedad de la pena se determina en relación con la culpabilidad del autor explicada en términos filosóficos morales y c) empírico, en el que la gravedad de la pena se determina en base a las intuiciones de Justicia vigentes en la población. HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal...* op. cit. pp. 235.

⁵³² MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Limites dogmáticos...* op. cit., pp. 383-384.

2. Sobre la Justificación y fines de la pena

Desde hace siglos se ha buscado: por un lado, la verdadera y correcta respuesta que debemos darle a quién ha cometido un delito y, de igual modo, si el delito, en general, puede ser prevenido. Se han buscado no sólo en el Derecho penal, sino en la filosofía, la sociología e incluso en moral y la ética, sin encontrar una respuesta uniforme, ni tampoco lograr solucionar el problema de la criminalidad. Para ello, las diversas soluciones propuestas a lo largo de la historia se han denominado Teorías de las penas, toda vez que la pena es la principal reacción frente al delito⁵³³.

Por su parte, la función del Derecho penal, no siempre ha estado vinculada a un propósito determinado, ni éste siempre entendido como un resguardo orientado a la protección de bienes jurídicos, pero sin embargo ha sido el fin más común⁵³⁴.

Jakobs⁵³⁵, entendió, ya en relación a la función de la pena, que no puede determinarse su configuración sin tener en cuenta la existencia del orden que pune, ni la comprensión de su sentido. En un Estado donde sea menester confirmar su existencia se utilizará mayor rigurosidad punitiva. En relación, a la comprensión del sentido del orden se entenderá a la pena: como un medio de aquella clase dominante o como medio de defensa de pretensiones ilegítimas.

La nota común de ambas cuestiones es que se observa a la pena siempre como una reacción ante la infracción de una norma, ante lo cual siempre se hace evidente que

⁵³³ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*,...op. cit., p. 164-168. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*...op. cit. p. 247.

⁵³⁴ SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 242.

⁵³⁵ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación*,...op. cit. p. 8. BUSTOS RAMIREZ, J., sobre la cuestión entiende que dentro del sistema social la pena ha sido y es una autoconstatación del Estado. Ha autoconstatado su propia existencia, su poder. Por su carácter simbólico la pena tiene un carácter puntual, es decir, autoconstata el sistema sobre la base de poner de relieve los nudos centrales que configuran el sistema democrático. Entonces la pena al autoconstatar el sistema, necesariamente cumple una función de protección de esos ejes del sistema, que no son otros que los bienes jurídicos. *Vid.* BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal*...op. cit. p. 32.

debe observarse la norma y la reacción siempre cae sobre el responsable de la infracción⁵³⁶

Así las cosas, el punto de partida de la discusión sobre el fundamento de la pena se identifica con la existencia de dos planteamientos diferentes⁵³⁷. La pena, abarcada en la *teoría de la redistribución* se entiende como la justa equivalencia al mal causado por un delito. En este sentido, carecería de efectos secundarios, con ello, de una significación u orientación hacia el futuro. Sus discípulos estiman que la pena debe ser impuesta sin atender a ninguna otra finalidad específica, sino únicamente en consideración al delito concreto y sólo en interés de la justicia, por ello también se habla de una *teoría absoluta o de teoría de la justicia*. Por otra parte, tenemos aquella postura que atribuye a la pena una significación de anticipación, en la esperanza de que su imposición prevendrá la comisión de delitos similares en el futuro, así hablamos de una *teoría de prevención*. Sobre dicha idea se basan las teorías *relativas o utilitaristas* en cuanto instrumentalizan la pena para fines no relacionados con el delito efectivamente cometido⁵³⁸.

Ferrajoli, va a enmarcar a las teorías, antes mencionadas, dentro de las que denomina justificacionistas, por cuanto justifican los costos del Derecho penal con

⁵³⁶ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación*,...op. cit. p. 8.

⁵³⁷ KAI AMBOS-STEINER, CRISTIAN, *Temas de Derecho*...op., cit. p. 66.

⁵³⁸ *Vid.*, CARBONELL MATEU, JUAN C. “Fundamento y fines de la pena” en *Derecho Penal: concepto y...*, op., cit., pp. 67-81. También en KAI AMBOS-STEINER, CRISTIAN, *Temas de Derecho*...op. cit. p. 67. En idéntico sentido, HÖFFE, OTFRIED, “Proto-Derecho penal: Programa y Cuestiones de un filósofo”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*...op. Cit. pp. 335-336. También Hassemer, completa el tema, refiriendo que serán las teorías preventivas las que admitan la idea que tanto la criminología, la política criminal y el Derecho penal se tienen que ocupar de manera sistemática y conscientemente de dar una solución eficaz al problema de la criminalidad. En contrapartida, la teoría retributiva, no pretende un fin real, se agota a sí misma y no se preocupa de las consecuencias que la misma pueda tener ya sea para el condenado, como para los demás ciudadanos. HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*...op. cit., p. 166. Sobre el tema véase en HERRERO HERRERO, C. “Orientaciones más llamativas, en la actualidad, del Derecho penal”, *Hacia un Derecho penal equilibrado-Plataforma razonable de política criminal*...op. cit., pp. 17-21.

finés o razones, o funciones morales o socialmente irrenunciables. Por el contrario, denominará doctrinas abolicionistas a las que no reconoce justificación alguna al Derecho penal y directamente propugnan su eliminación, ya sea porque impugnan su raíz ético-político, bien porque encontramos una fuerte desventaja en su aplicación, en relación al coste que provoca la limitación de la libertad, el sometimiento a juicio de los sospechosos y el castigo de aquellos que lo son⁵³⁹.

Se entiende que las teorías de la pena, en el fondo, constituyen teorías del Derecho penal que tienden en cierta forma a legitimarlo. Justificar mediante un punto de vista racional la aplicación de un castigo que puede afectar tanto el patrimonio, la libertad y en algunos casos la propia vida de los individuos⁵⁴⁰.

Serán sobre cuestiones que se ajustan a lo religioso, ético o filosófico-jurídico, y no en bases a razones del Derecho positivo, que se han defendido los fines preventivos y retribución de la pena⁵⁴¹.

Mir Puig, entiende que resultaría algo mezquino, resumir el estudio de las ideas de prevención y retribución, que componen la teoría de las penas, sin relacionarlo con un aspecto político. Así, entiende que en un Estado teocrático, es más coherente pensar en una función retributiva de la pena, vinculada a una manifestación religiosa que postula un castigo por los pecados. En un Estado autoritario, será afín a una prevención sin límite alguno, donde su Derecho penal estará orientado al aseguramiento de un orden público. Si eventualmente, se lograra confluir los dos modelos antes mencionados en uno sólo, por la dureza de la retribución, se tornará extremadamente

⁵³⁹ Véase en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. pp. 247-248.

⁵⁴⁰ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones del Derecho penal- parte general-*..op. cit., p. 58.

⁵⁴¹ MIR PUIG, SANTIAGO “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 1359.

duro, desde el aspecto de la eficacia preventiva. Por último, un Estado no confesional y democrático, como es el caso de España, al incluirse al delincuente como su objeto, la pena no sólo será necesaria para la prevención de los delitos, sino que además sometida a los límites propios de los derechos de los acusados, por lo que se deberá justificar el uso de las penas por su capacidad de proteger a sus ciudadanos⁵⁴².

2.1 *Sobre la gran división metajurídica de las teorías de la pena.*

Fue en tiempos de la Ilustración, durante el S. XVIII, donde las teorías absolutas se distanciaron de la noción de pena como venganza. Para esta noción de la pena como retribución⁵⁴³ servirá de base la concepción de un Estado capaz de velar por la justicia en el ámbito terrenal. La pena debía restaurar la justicia, resarcir la culpa del transgresor y restablecer el equilibrio roto por la perturbación del orden público.

A partir de la filosofía política que significó este movimiento, cambia drásticamente el para qué de la pena; ésta, ahora, está al servicio de la finalidad humana. La corriente contra un Derecho penal basado religiosamente y por encima de las disposiciones de las finalidades humanas es severamente criticada. La renuncia de la retribución a favor de la prevención se transforma en la principal línea de desarrollo en el Derecho penal (como también en el derecho de la pena)⁵⁴⁴.

⁵⁴² MIR PUIG, SANTIAGO “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 1360. También sobre la relación de la Teoría de la pena y la concepción de Estado, en BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal...* op. cit. pp. 89 y 115.

⁵⁴³ *Vid.* SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios...* op. cit., p. 228.

⁵⁴⁴ NAUCKE, WOLFGANG, “Prevención general y Derechos Fundamentales de la persona”, en NAUCKE, W.-HASSEMER, W. -LÜDERSSEN, K. *Principales problemas de la prevención general*, - Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw-, Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pp. 19-20.

Kai Ambos y Steiner⁵⁴⁵, entienden que cuando, hoy, se habla de la función del Derecho penal mirado a una efectiva protección de bienes jurídicos, nada se refiere, acerca de la forma en que este objetivo ha de ser alcanzado. Es comúnmente aceptado entre las teorías preventivistas⁵⁴⁶ y desde posiciones utilitarias de la pena, el que ésta, simplemente, se limite a prevenir la comisión de futuros perjuicios a determinados intereses o bienes jurídicos; más no, al resarcimiento de delitos que ya han sido perpetrados. No obstante lo dicho, el referido efecto preventivo puede ser alcanzado de distintas maneras, según las circunstancias individuales de cada caso.

Podríamos, entonces, decir que para la primera teoría, hablaríamos de una concepción de pena “*ex post*”; mientras que para la segunda teoría, sería “*ex ante*”. Se entiende que las teorías preventivas miran al futuro, la retributiva lo hace al pasado, lo único que pretende es que el acto injusto cometido por el sujeto, sea retribuido a través del mal que constituye la pena⁵⁴⁷.

Cuando hablamos de una teoría de prevención especial, debemos hacer referencia que la misma aspira a obtener un efecto preventivo por medio de la influencia que puede ejercer sobre el delincuente en tres estadios distintos. Por medio de la pena se protege a la comunidad del delincuente; asimismo se propone disuadir al delincuente de cometer nuevos delitos y durante el proceso de ejecución de la misma, se buscan resocializar al delincuente en términos tales que permita evitar la reincidencia.

Por su parte, la teoría de la prevención general propone un efecto preventivo frente a la comunidad. La amenaza de una pena disuadiría a los potenciales

⁵⁴⁵ KAI AMBOS-STEINER, CRISTIAN, *Temas de Derecho...op.*, cit. p.68.

⁵⁴⁶ *Vid.*, SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios...op. cit.* p. 230.

⁵⁴⁷ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal...op. cit.* p. 165. También en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón, ...op. cit.* p. 253.

delincuentes que integran una comunidad de cometer ilícitos penales (prevención general negativa), y fortalecería la confianza de quienes integran dicha comunidad en la capacidad de ejecución y vigencia del orden jurídico, mediando una intensidad en la fe que la misma procura en el derecho (prevención general positiva)⁵⁴⁸.

Según esta teoría, la conciencia jurídica de la comunidad se concilia con el delincuente por medio de la pena, resolviéndose de esta manera el conflicto existente entre ambos. Sin embargo, a fin de que la amenaza que importa la imposición de una pena sea considerada seriamente, en el evento de que esta fracase, esto es, frente a la comisión de un delito, es menester que la imposición y ejecución de la misma se efectúen de manera pública y explícita.

De lo dicho, podremos afirmar que el efecto deseado -segunda diferencia conceptual con la teoría de retribución-, es más bien una compensación, una justicia abstracta, donde el sufrimiento personal del delincuente es aceptado simplemente en función de aquella compensación, pero para una pena fundada en la idea de la prevención, ésta no es el fin en sí mismo.

A su vez, en una posición intermedia, tenemos las llamadas *teorías de la unificación o combinación*⁵⁴⁹, intentan evitar las desventajas de las teorías de la prevención especial y de la prevención general mediante el modelo unificado⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ La pena al ser conocida previamente va a desplegar una fuerza prospectiva; de esta manera la prevención va a formar parte del precio que el Estado debe pagar a los ciudadanos por su pretensión de monopolizar la violencia. El Derecho penal moderno defiende la intimidación y rehabilitación; de igual manera, y debido a su orientación empírica y a una concepción a la orientación de las consecuencias, se muestra más bien partidario de las teorías preventiva que de retribución. HÖFFE OTFRIED, "Proto-Derecho penal: Programa y Cuestiones de un filósofo", en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit. pp. 336-337.

⁵⁴⁹ KAI AMBOS-STEINER, CRISTIAN, *Temas de Derecho...* op. cit., cit.70.

⁵⁵⁰ *Vid.*, SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios...* op. cit., p. 233. También en JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general-Fundamentos y teoría de la imputación...* op. cit., pp. 34-37.

En general, se consiente la pena únicamente con fines de prevención, rechazando la idea de retribución. Asimismo, estiman necesario limitar la intensidad de la pena sobre la base de la culpabilidad del delincuente, a fin de prevenir la utilización de penas disuasivas excesivamente rigurosas, por eficaces que estas pudieran ser. De esta manera, le asignan a la noción de equivalencia contenida en las teorías absolutas una función estrictamente reguladora o de limitación de la pena, despojándola de todo contenido justificatorio.

Por su parte, Hirsch⁵⁵¹ nos refiere, que las teorías absolutas y relativas constituyen una tradición de las teorías de la pena en Alemania. Así, puesto que tienden a impedir la aparición de nuevos delitos, las justificaciones relativas de la pena, tienen carácter consecuencialista. Esta es la finalidad más explícita de los conceptos de rehabilitación, intimidación e inocuización, por lo que son igualmente relativos. La prevención general positiva constituye también un fin relativo. Así, por ejemplo, sus fines preventivos integradores pretenden fortalecer la conciencia normativa de los ciudadanos con el fin de asegurar la legalidad de sus comportamientos.

En un Estado moderno, cuya finalidad última es asegurar las mejores condiciones de vida para sus ciudadanos, las teorías relativas se consideran con mucha frecuencia como el último modelo válido de pena.

Las teorías absolutas de la pena, por el contrario, no están orientadas a las consecuencias, por ello sus conceptos se desprenden de postulados abstractos y verdaderamente morales, universalmente, alejados de la vida cotidiana. Estos

⁵⁵¹ HIRSCH, ANDREW VON, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, traducido por Adán Nieto Martín, en ARROYO ZAPATERO, LUIS/NEUMANN ULFRID/NIETO MARTIN, ADAN (Coords), en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Ed. Universidad de Castilla – La Mancha, Madrid, 2003, p. 125.

frecuentemente se identifican con la venganza o con la idea hegeliana que el autor desea su propio castigo.

La tajante división entre teorías absolutas y relativas, bloquea seriamente las reflexiones acerca de la justificación de la sanción penal, pues ha conducido que el debate se reduzca finalmente a que: o bien sólo son posibles teorías consencuencialistas (y preventivas) o, bien, teorías fundamentadas en consideraciones de carácter abstracto y universal.

Bustos Ramírez, sostiene, que para una revisión crítica de las teorías de la pena se debe aspirar a una superación de las mismas. Reflexiona que el punto de partida debe ser el averiguar qué ha sido y es la pena dentro del sistema social, excluyendo cualquier encubrimiento ideológico. Mirándolo desde esta perspectiva, Bustos Ramírez, refiere que tanto las teorías absolutas como las relativas, han sido teorías del encubrimiento, las primeras convirtiendo la realidad de la pena en una metáfora, las relativas obviando la realidad de la pena sobre la base de una declaración de intenciones del legislador, abstractamente racionales (intimidar, reasegurar la conciencia en el derecho, resocializar, reeducar)⁵⁵²

En la actualidad, Hirsch, entiende que en Inglaterra como en Alemania se mantienen una justificación relativa de la sanción penal, anudan esta con la teoría de la parte general que remiten a elementos deontológicos (e.g. las condiciones de culpabilidad). La cuestión de por qué ha de existir una institución como la pena debe preceder y enmarcar sobre este influjo inadvertido de la distinción “absoluta/relativa”.

El autor, sostiene la tesis que una justificación convincente ha de estar fundada en valoraciones morales retrospectivas, como en consideraciones que miren a la

⁵⁵²

BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal...*op. cit. p. 32.

consecuencia en cuanto de la existencia de la pena, dejando de lado la dicotomía reseñada. Nos dice, que esta teoría tratará al autor como un actor moral, y de igual manera estará orientada a las consecuencias, por lo que deberá de contener un elemento deontológico. En este contexto puede renunciarse a la pena si esta resulta inútil o no lo suficientemente útil, para impedir nuevas agresiones a bienes jurídicos⁵⁵³.

La pena tiene que estar al servicio de las necesidades del sujeto y a la dignidad de la persona, también reflexiona Bustos Ramirez, sólo así puede ser útil socialmente. La negación de la dignidad de persona del sujeto, por el contrario, es perjudicial socialmente, afecta la seguridad del sistema, pues lesiona su base misma constitutiva, destruye las relaciones sociales. El reconocimiento de la dignidad de la persona implica una teoría dinámica del sujeto responsable, de constante profundización en sus necesidades, en sus opciones. Afirma que las teorías absolutas y relativas, desconocen esa dignidad de la persona, las primeras porque se satisfacen con la pura imposición y las segundas porque ponen el fin más allá de la persona⁵⁵⁴.

Hassemer, entiende que la aplicación de la pena desde la intención preventivo-general impone forzosamente por lo menos una hipótesis empírica, ésta se refiere o está orientada al cambio social y una vinculación directa a la imposición de la pena. Reflexiona que la misma está en condiciones de direccionar el cambio social hacia un

⁵⁵³ HIRSCH, ANDREW VON, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, traducido por Adán Nieto Martín, en ARROYO ZAPATERO, LUIS/NEUMANN ULFRID/NIETO MARTIN, ADAN (Coords), en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Ed. Universidad de Castilla – La Mancha, Madrid, 2003, p. 125.

⁵⁵⁴ BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal...* op. cit. p. 34-35.

horizonte favorable y en base a esto se legitima. En esto, se va a fundamentar la diferencia entre teorías preventivas -relativas- y represivas -absolutas-⁵⁵⁵

2.1.1. Sobre las teorías Absolutas de la pena.

Las teorías absolutas de la pena parten de una premisa fundacional: la existencia de valores o verdades absolutas anteriores al hombre. Sus fines serán alcanzar la justicia o afirmar la vigencia del derecho⁵⁵⁶. Se parte de la idea de un hombre con capacidad de decidir libremente entre el bien y el mal. La pena constituye un fin en sí misma⁵⁵⁷.

Uno de los máximos pensadores de esta posición, Hegel⁵⁵⁸, entiende que la pena es la negación de la negación del Derecho. Con la pena se afirma la vigencia del derecho, por lo que, éste, cumple un papel restaurador de ese comportamiento que transgrede la norma. La pena es lo racional y pena racional será la pena justa. Entonces

⁵⁵⁵ HASSEMER, WINFRIED, “Prevención general y aplicación de la pena”, en NAUCKE, W.-HASSEMER, W. -LÜDERSEN, K. *Principales problemas de la prevención general*, -Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw-,...op. cit., pp. 51.

⁵⁵⁶ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones del Derecho penal- parte general-*...op. cit., p. 58. Vid. JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general-Fundamentos y teoría de la imputación...*op. cit., pp. 20-26. También véase FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*...op. cit. pp. 253-258.

⁵⁵⁷ SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios*,...op. cit., p. 229. También en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. “Sobre los fines del castigo”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,op. cit. p. 482. También sobre el tema véase BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal*...op. cit., pp. 90-94.

⁵⁵⁸ En el análisis que realiza Jakobs, sobre éste autor y su aporte a la teoría absoluta, entiende que desde su óptica poco se diferencia de la prevención general positiva. Entiende que Hegel se da cuenta que la pena necesaria corresponde a ese poder de la sociedad seguro de sí mismo; que en aquellas sociedades consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, pues en ellas es más reducida la peligrosidad de la acción para la sociedad. Un Código penal pertenece, ante todo a su tiempo y al estado en que se encuentre la sociedad civil. Entonces, para Hegel, la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad. JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación*,...op. cit., p. 23. Idéntico análisis en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. “Sobre los fines del castigo”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*, ...op. cit. p. 482.

el fundamento de la pena tiene un carácter jurídico. Establece las bases de la convivencia social y restablece el derecho que resguarda⁵⁵⁹.

El otro máximo exponente lo constituye Kant⁵⁶⁰, para quién la pena tiene una fundamentación ética. La pena será retribución de la culpabilidad del sujeto, el cual hace mal uso de su libertad y por consiguiente se hace acreedor de una pena. La misma debe ser proporcional⁵⁶¹ al daño causado.

Hirsch, nos refiere, tomando en cuenta la realidad actual en Alemania que si bien apenas existen seguidores de las teorías absolutas, es posible encontrar en la literatura un buen número de concepciones de éste tipo. Una de ella, como habíamos mencionado, es la retribución, donde la realización del injusto fundamenta la obligación de imponer un mal al autor mediante el que debe pagar⁵⁶².

Otra concepción distinta es la *teoría de la ventaja injustificada*, quien ha convertido a otro en víctima, adquiere una ventaja injustificada frente a esta persona a través del provecho del autodomínio de la obediencia al derecho. La función de la pena consiste justamente en imponerle una desventaja que compense esta situación.

⁵⁵⁹ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones del Derecho penal- parte general-*...op. cit., p. 58. También en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*...op. cit., p. 254.

⁵⁶⁰ Jakobs, cuando analiza la posición de Kant, y su aporte, describe que la pena consiste en la realización de la justicia, la cual sólo puede imponerse al autor del hecho, porque ha delinquido. Entiende y en cierta forma critica la prevención especial y general, porque se usa al sujeto como un medio, se lo instrumentaliza. La Justicia es un imperativo categórico, si desaparece ya no tendrá valor alguno que vivan los hombres sobre la tierra. Ante una sociedad que se disuelve por mutuo acuerdo, debería ejecutarse al último asesino, antes; toda vez, que si no lo hicieran el pueblo sería cómplice en la vulneración pública de la justicia. JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación*,...op. cit. p. 21. Idéntico análisis en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. "Sobre los fines del castigo", en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*...op. cit. p. 482. También en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*...op. cit. p. 254.

⁵⁶¹ SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios*,...op. cit., p. 229.

⁵⁶² HIRSCH, ANDREW VON, "Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena", traducido por Adán Nieto Martín, en ARROYO ZAPATERO, LUIS/NEUMANN ULFRID/NIETO MARTIN, ADAN (Coords), en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Ed. Universidad de Castilla – La Mancha, Madrid, 2003, p. 126.

Una teoría más que podemos mencionar es aquella que busca la confirmación del ordenamiento. En su esencia, todo delito constituye un desafío al ordenamiento jurídico y la pena supone su afirmación reactiva.

Una de las principales características que podemos resaltar de estas teorías retributivas, justamente, es que a través de ellas se pone un límite al ejercicio del poder, produciéndose un avance a la arbitrariedad penal, propia del régimen antiguo. Tiene un respeto por el principio de proporcionalidad entre la pena y el daño⁵⁶³; y, por otro lado, tiene un corte garantista toda vez que limita la intervención abusiva del Estado⁵⁶⁴.

Hirsch, entiende que todos los puntos de vista, precedentes, están unidos a una serie de problemas conocidos⁵⁶⁵.

1) Un aspecto en cierta forma negativo de las teorías absolutas es su tendencia hacia la oscuridad: parece complicado entender las razones que se ofrecen para explicar por qué se merece la pena. Carece de sentido social, de utilidad⁵⁶⁶.

La pena retribuye o paga el injusto, pero no está nada claro, ni cómo, ni por qué; o la pena suprime la ventaja injustificadamente obtenida, pero sin que se explicite cuál es el mecanismo de esta sustracción.

2) Se deja entrever que debe hacerse algo contra el autor, pero no aclaran por qué ese algo debe adoptar precisamente la forma de pena⁵⁶⁷

⁵⁶³ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. “Sobre los fines del castigo”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-...*op. cit. p. 483.

⁵⁶⁴ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones del Derecho penal- parte general-...*op. cit., p. 60

⁵⁶⁵ HIRSCH, ANDREW VON, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, traducido por Adán Nieto Martín, en ARROYO ZAPATERO, LUIS/NEUMANN ULFRID/NIETO MARTIN, ADAN (Coords), en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt...*op. cit., p. 126.

⁵⁶⁶ *Vid.*, SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios...*op. cit., p. 229.

- 3) Otro problema que resalta, Hirsch, es que estas teorías rara vez ofrecen una justificación detenida de la competencia del Estado para castigar. En una sociedad liberal el Estado no puede tener como cometido general el mantener el orden moral, sino únicamente unas funciones precisamente limitadas como la prevención de daños y la protección de los bienes necesarios para una existencia segura. Se trata, al menos en parte, de puntos de vista de carácter consecuencialista que los partidarios tradicionales de las teorías retributivas dejan por ello de lado a la hora de justificar la pena. ¿Cuál función, entre las tareas del Estado en una sociedad libre, cumpliría la pena?
- 4) Finalmente, una desventaja radica en la universalidad de las pretensiones de fundamentación del retribucionismo tradicional. Ante el supuesto, por el cual, si en una sociedad la pena debe servir para neutralizar la negación del ordenamiento jurídico y partimos de una sociedad pacífica, en la que rara vez existen hechos violentos o robos, de modo que la imposición de sanciones penales con la imposición de sufrimientos y con su gran potencial de posibilidades de abuso, no resulta necesaria para mantener estos comportamientos en un límite tolerable, ¿existiría la obligación de contar con esta institución con el fin de reaccionar contra hechos aislados?; la respuesta, si se toman en cuenta las consecuencias, debiera ser negativa; pero si por el contrario, no se toma en cuenta las mismas, la respuesta necesaria y para cualquier tipo de sociedad habrá de ser positiva.

Una serie de objeciones, nos refiere Bustos Ramírez⁵⁶⁷, a la par de las ventajas de esta posición. En el caso de Kant, se ve el problema desde la óptica absoluta de

⁵⁶⁷ E.g., ¿por qué la confirmación del ordenamiento jurídico ha de hacerse sobre todo imponiendo una pena al autor, con el consiguiente mal que ésta reacción tiene como atributo característico, en vez de imponer cualquier otro tipo de sanción con un carácter más neutral?.

⁵⁶⁸ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones del Derecho penal- parte general-*..op. cit., p. 60.

verdades o valores, por su particular posición de partir desde lo ético⁵⁶⁹, cuando en realidad no es un problema metafísico o teológico, sino uno dentro de un determinado sistema social del cual el derecho es su expresión.

Asimismo, la pena como retribución a la culpabilidad presupone un hombre dotado de libertad absoluta, lo que no pasa de ser una realidad dogmática. Tampoco parece compatible la pena con un Estado democrático; orientar la misma, con una faceta de venganza no compatibiliza con la dignidad de la persona. Por último, lo racional, no se identifica con la realidad.

Sanchez-Ostiz, dentro de las críticas que le asesta a esta posición, además de algunas que ya hemos esbozado, agrega que la pena no ha de perseguir la realización de la justicia, sino la protección de la sociedad, como si la realización de la justicia fuera impropia para un Estado moderno⁵⁷⁰.

Por su parte, Fausto Giunta, nos dice que el tema de la justificación de la pena pone en correlación, entre sí, dos importantes capítulos del Derecho penal moderno. Por un lado, aquel, relativo a los procesos de selección de los delitos y, más en particular, a los objetivos de tutela. Por otro lado, lo concerniente a los instrumentos sancionatorios utilizables para la persecución de tales objetivos⁵⁷¹.

Ambos aspectos, son complementarios entre sí, toda vez que necesariamente van a confluir en la valoración, sustancialmente unitaria, de los objetivos de la intervención punitiva considerados en abstracto, lo que se traduce en las singulares

⁵⁶⁹ Vid, KANT, IMMANUEL “Sobre un presunto Derecho de mentir por filantropía”, en *Teoría y Práctica*, -Trad., Juan Miguel Palacios-...op. cit. pp. 61-68.

⁵⁷⁰ SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios*,...op. cit., p. 230.

⁵⁷¹ Véase, GIUNTA FAUSTO, “¿Qué justificación para la pena?, Las modernas instancias de la política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos”, en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN ULFRIED/NIETO MARTIN, ADAN, *Crítica y Justificaciones...* op., cit. p. 173.

elecciones de criminalización efectuadas por el legislador y, más concretamente, en relación con la función de la respuesta sancionadora pronunciada por el juez. Es evidente, por lo demás, que afrontar dichos aspectos de la cuestión de su justificación equivale a privilegiar las potencialidades de una perspectiva del problema penal que aspire a ser racional.

Nos dice el profesor de Florencia que aquel principio de la racionalidad que gobierna la justificación de la pena no puede consistir en una cuestión abstracta, es decir, que se resuelve en la coherencia de las deducciones respecto a algunas premisas que se asumen como verdaderas.

Las concepciones absolutas de la pena, por ejemplo, eran ciertamente coherentes respecto a los postulados metajurídicos de justicia retributiva de los cuales estas emanaban. No en vano su racionalidad quedaba invalidada, precisamente, por el hecho de sustraer tales premisas a cualquier pretensión demostrativa y, por otro lado, por la incapacidad de explicar las razones de la imposición de la pena.

En los tiempos que corren y como consecuencia a los constantes embates que genera la pena, nadie propone de nuevo una reedición de las teorías absolutas. Aún así, el peligro de una fuga de la perspectiva racional al fundamento de la pena no ha quedado ciertamente conjurado. Resulta preciso, prevenirse del riesgo de que el Derecho penal se autolegitime en cuanto expresión del puro ejercicio del poder, lo cual puede surgir a través de un debate sobre la justificación de la pena donde la doctrina termine bajo el dominio de las concepciones absolutas, por justificar un espacio suyo de interlocución autónomo, por encima de todo, y, en definitiva, a ella misma⁵⁷².

⁵⁷² *Ibid.*

2.1.2. *Sobre las Teorías Relativas de la pena.*

Dos, serán las grandes teorías relativas de la pena. Por una parte, la prevención general -positiva/negativa⁵⁷³-, va dirigida a toda la comunidad social para que se abstenga a delinquir y, por otro lado, tenemos la prevención especial -positiva/negativa⁵⁷⁴-, la cual actúa sobre el delincuente, intentando reencauzarlo para que no vuelva a delinquir o, directamente, neutralizándolo para que no pueda desarrollar su actividad delictiva⁵⁷⁵.

⁵⁷³ Hassemer, habla de una teoría de la prevención general, dentro de la cual ubica a la pena como coacción psicológica, derivada del contrato social, las personas se ponen de acuerdo para vivir en paz, establecen reglas que deben ser cumplidas por todos y sanciones ante una infracción; conocida como la *teoría de la coacción psicológica*, el Derecho penal soluciona el problema de la criminalidad en tanto que, a través de la conminación penal, anuncia frente a qué tipo de acción injusta piensa reaccionar y con la ejecución de la pena, cumple con dicha conminación. La *teoría psicoanalítica*, también tiene un componente preventivo general, pues aquel castigo por el cual se intenta motivar a un niño o a un adulto para que no realice un comportamiento inadecuado, de igual modo, ese castigo, funciona como motivador de otras personas que aprenden a inhibir y controlar sus impulsos y la *teoría de la racional choice*, se pretende explicar el comportamiento como una elección racional por la que el sujeto elige entre varias posibilidades aquella que le produce mayores beneficios con el menor costo posible. La decisión de la pena actuaría como una forma de dirección del comportamiento humano, ya que a través de la intimidación y de la amenaza del castigo, se le hace sentir al sujeto que le delito no es rentable. Asimismo, Hassemer, cuando habla de las teorías preventivas generales en su faz *negativa*, las ubica dentro de lo que son las teorías criminales de la reacción social, basadas en la intimidación, -tolerancia cero-Derecho penal del enemigo-. Por otro lado, cuando la pena se basa en una orientación que tiende a la confirmación y aseguramiento de las normas básicas que regulan el comportamiento humano en la sociedad, fortaleciendo al mismo tiempo la confianza de los distintos componentes en el sistema penal, habla de una prevención general *positiva*, pero para ello, el sistema penal debe confirmar y asegurar los otros sistemas de control social -formales e informales- y debe coincidir con ellos; cuando no es así, cuando no coincide, será una instancia puramente represiva. HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*,...op. cit. p. 217-219. También sobre las teorías “utilitarias” o “prevencionistas” de la pena (relativa) en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. “Sobre los fines del castigo”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*-...op. cit. pp. 484-489. También en HASSEMER, WINFRIED, “Prevención general y aplicación de la pena”, en NAUCKE, W.-HASSEMER, W. -LÜDERSEN, K. *Principales problemas de la prevención general*, -Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw-,...op. cit., pp. 59. También en BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema penal* ...op. cit. pp. 95-102.

⁵⁷⁴ La teoría de la prevención especial positiva, tiene la finalidad ya sea a través de las penas, medidas de seguridad y rehabilitación, orientadas a la resocialización o reinserción del sujeto que cometió el hecho. La versión negativa, la pena debe pretender directamente la incoincisión, neutralización o incapacitación del delincuente. HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*...op. cit., p. 171. También en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. “Sobre los fines del castigo”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*-,...op. cit. pp. 489-490. También en BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal*...op. cit. pp. 102-108.

⁵⁷⁵ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones del Derecho penal- parte general*-...op. cit., p. 61. *Vid.*, SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política*

Ferrajoli, las abarcará en las justificaciones utilitarias y dentro de estas hablará de un utilitarismo *ex parte principis* -prevención general- ya sea que esté referido de manera realista a la utilidad del gobernante o, bien, de manera idealista, a la utilidad del Estado, situado por encima de la sociedad. Proclives éstas, a justificar sistemas de Derecho penal ilimitado. Por otro lado, una utilidad *ex parte populi* -prevención especial- caracterizado por una filosofía penal de origen contractualista e ilustrada que tiene por objeto el bienestar de los ciudadanos⁵⁷⁶.

Con respecto a las doctrinas que justifican la pena con funciones de prevención especial⁵⁷⁷, podríamos reseñar, como observación, que si la aplicación de la pena está

criminal – un retorno a los principios... op. cit., p. 230. También en JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación...* op. cit., pp. 26-34. También en HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal...* op. cit. pp. 170-229.

⁵⁷⁶ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. pp. 260-262.

⁵⁷⁷ *Vid.* HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal...* op. cit. pp. 170-200. Ferrajoli, abarca dentro de las teorías preventivas especiales tres orientaciones: a) las moralistas de la *enmienda*, origen más remoto -Platón, Santo Tomás-, los hombres que delinquen no sólo pueden ser castigados, sino constreñidos por el estado a hacerse buenos -pena como medicina del alma-. Recobra vigor en el siglo pasado, donde teniendo su punto de partida en aquellos pilares, la pena tendrá como fin el de la reeducación y recuperación moral del condenado, en esa presuposición de que es un sujeto inmoral a redimir. b) las naturalistas de la *defensa social*, -escuela positiva italiana y el modelo soviético-, le asignan a las penas el doble sentido, de curar al condenado y de como individuo enfermo y/o segregarlo en esa misma presuposición que también es peligroso. Se considera al hombre como una entidad animal carente de libertad y completamente sujeta a las leyes de la necesidad natural. El delincuente es un ser antropológicamente inferior, más o menos desviado o degenerado, y que el problema de la pena equivale por tanto al de las defensas más adecuadas de la sociedad frente al peligro que representa. Las penas asumen el carácter de medidas técnicamente apropiadas para las diversas exigencias terapéuticas u ortopédicas de la defensa social; y c) las teleológicas de la *diferenciación* de las penas -Von Liszt-, se cimienta sobre la base de un modelo de Derecho penal como instrumento flexible y multifuncional de resocialización, neutralización o intimidación, según los diferentes tipos de delincentes -adaptables, inadaptados u ocasionales-. A diferencia de las otras dos, está menos condicionada con presupuestos filosóficos. Refleja de un modo más inmediato el proyecto autoritario de un liberalismo conservador que identifica abiertamente el orden a defender penalmente con la estructura de clases existentes, sin preocuparse excesivamente, de su justificación axiológica, naturalista o por lo menos teleológica. Las tres orientaciones, guardan una doble finalidad: positiva, focalizadas en la reeducación del reo y la negativa de su eliminación o neutralización, que por consiguiente no se excluyen entre sí, sino que concurren acumulativamente en la definición del fin de la pena como fin diversificado según la personalidad, corregible o incorregible, de los condenados. Asimismo, entiende el autor, que estas doctrinas, al suponer una concepción del poder punitivo como bien metajurídico -el estado pedagogo, tutor o terapeuta- y simétricamente del delito como mal moral o enfermedad, natural o social, son las más antiliberales y antigarantista que se hayan conocido, y justifican modelos de Derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado. Véase en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. pp. 266-272.

orientada a prevenir nuevos delitos por parte del sujeto penado, no sería viable castigar crímenes cuando las posibilidades de reincidencia han desaparecido⁵⁷⁸.

Así las cosas, a diferencia de las teorías contractualistas y iusnaturalistas de la Ilustración que expresaban la exigencia liberal y revolucionaria de la tutela del individuo contra el despotismo del Estado Absoluto, estas doctrinas reflejan las vocaciones autoritarias del nuevo y consolidado Estado Liberal y las totalitarias que resultaron de su crisis⁵⁷⁹.

Kindhäuser, entiende que en esta teoría de la pena falta un vínculo interno entre la culpabilidad por el hecho cometido y la evitación de hechos futuros del delincuente. Así, el sujeto, no tiene que responder por su propio hecho futuro y tampoco se le puede pedir cuentas por ello. No obstante, entiende, que no se opone a esto que la pena pueda estar configurada de tal modo que pueda ayudar al autor a organizar el resto de su vida de conformidad con la norma⁵⁸⁰.

Hassemer, en esa contraposición entre la utilidad y la Justicia, presente en todo operador jurídico, observa que muchas veces se enfrenta de manera irreconciliable con

⁵⁷⁸ SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios...* op. cit., p. 231. También, Jakobs, dentro de los reparos más sólidos en contra de esta posición, refiere que quizás el más sólido sea que se vulnera el principio del hecho. En la prevención general se puede limitar la responsabilidad a la medida en que el autor haya perjudicado a la validez de la norma o a la expectativa fáctica de que se obedezca la norma; por el contrario, con la prevención especial es imposible desalentar al autor con la sola punición. El hecho es desde luego una mala ocasión para la prevención especial, porque ya no es reversible. Además hay que añadir como crítica la falta de vinculación ente el *quantum* del daño social y el de reacción, de modo que puede llegarse a desproporciones inadmisibles en un Estado de derecho. JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación...* op. cit., pp. 31-32.

⁵⁷⁹ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit., p. 264.

⁵⁸⁰ KINDHÄUSER, URS “Retribución de culpabilidad y pena”, -Trad. Nuria Pastor- en KINDHÄUSER, URS-MAÑALICH, JUAN P. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho...* op. cit., pp. 168-169.

determinadas políticas preventivas y ante esta objeción, pareciera ser que no hay argumento válido para justificarlas en un Estado de Derecho⁵⁸¹

Por su parte, las doctrinas penales que atribuyen al Derecho penal funciones de prevención general requieren por el contrario una discusión diferente. Así, tanto la teoría orientada a la intimidación de Bentham -prevención general negativa-, y el desarrollo llevado adelante por Hart, como las alemanas de la prevención integradora -prevención general positiva-, se sustentan, de modo directo o indirecto, en la prevención como fundamento principal de la existencia de la pena y por esa razón, Hirsch, entiende que debieran rechazarse⁵⁸².

La *concepción utilitarista* de la pena que se remonta a Jeremy Bentham⁵⁸³ establece su fundamento en la prevención general negativa, esto es la intimidación de la colectividad, usando como punto de partida una pena ejemplar. La institución de la sanción penal está orientada por ello a detraer a posibles malhechores. El *quantum* de la pena debe establecerse a través de una ponderación entre el conjunto de ganancias preventivas y los costes humanos y financieros de la pena.

Por su parte, Feuerbach, como una posición superadora dentro de la prevención general negativa, lo hace ligando la función disuasoria del Derecho penal respecto de la generalidad de los componentes sociales no ya de modo inmediato al carácter

⁵⁸¹ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal...* op.cit. pp. 232-233.

⁵⁸² HIRSCH, ANDREW VON, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, traducido por Adán Nieto Martín, en ARROYO ZAPATERO, LUIS/NEUMANN ULFRID/NIETO MARTIN, ADAN (Coords) *Crítica y justificación del derecho penal...* op. cit., pp. 127-128.

⁵⁸³ BENTHAM, JEREMIAS, *Principios morales y legislación*, 1789, Cap. 14. Cita conforme HIRSCH ANDREW VON, *ibidem*, p. 128. También en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. pp. 275-276.

ejemplar de la pena, sino de manera mediata a través de la amenaza contenida en la ley penal⁵⁸⁴.

Las insuficiencias de estos modelos que fueron advertidos por la doctrina alemana y, más recientemente, por la inglesa pueden centrarse en que esta concepción no está en condiciones de satisfacer los límites éticos a los que está sujeta toda sanción. En ese contexto, estaría permitido, fundamentalmente por el aporte que significa al todo social, la responsabilidad por hechos ajenos o la posibilidad cierta y desacertada de sanciones desproporcionadas. Otro de los reproches que se le realiza a esta teoría radica en que la pena no se aplica al autor como persona con competencia de actuación moral, sino que ésta tiene la finalidad sobre aquel sujeto pasivo de un reproche penal, el deber de sufrir un mal únicamente con el fin de intimidar a otro y motivarle a un cumplimiento estricto del Derecho⁵⁸⁵.

Kindhäuser, agregaría, entre los reproches, que la amenaza de pena sólo podría intimidar al sujeto que actúa con conocimiento de la misma; excluyendo, aquel sujeto que actúa imprudentemente o bien sin conciencia de antijuricidad, siendo desacreditante el concepto de pena intimidatoria para éste último⁵⁸⁶.

Hart, ha intentado formular una respuesta a las críticas efectuadas, referida a la ausencia de límites de estas teorías preventivistas. El recurso a la profilaxis, como razón de la pena permite, según el autor, espacio para límites no utilitaristas en su imposición, en cuanto que estos puedan ser justificados de modo independiente.

⁵⁸⁴ Véase en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*....op. cit. p. 277-278.

⁵⁸⁵ *Vid.*, SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios*,...op. cit., p. 231. También en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*....op. cit., pp. 278-280.

⁵⁸⁶ KINDHÄUSER, URS “Personalidad, culpabilidad y retribución”, -Trad. Juan Pablo Mañalich-, en KINDHÄUSER, URS-MAÑALICH, JUAN P. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*....op. cit., p. 12.

Propone como justificación independiente, una importante barrera del derecho criminal sustantivo, la limitación de la responsabilidad penal a conductas culpables del autor. Su argumentación se apoya en el concepto de la posibilidad de elección. Entiende que en una sociedad libre, cada uno de sus componentes, en la toma de decisiones, debe tener la oportunidad cierta y real para evitar las sanciones penales y permanecer fieles al derecho. Esta posibilidad existe sólo si la responsabilidad penal requiere culpabilidad, pues sólo entonces puede evitarse que la imposición de la pena se derive de una violación normativa debido a elementos externos a la misma norma⁵⁸⁷.

La prevención general positiva, por su parte, busca una función de la pena disuasiva ante comportamientos delictivos, pero promoviendo una lealtad normativa de los ciudadanos. Entiende esta posición, que un sistema penal sólo podrá considerarse justo en cuanto la responsabilidad penal requiera de culpabilidad y la medición de la pena sea proporcional

Asimismo, constituye una obligación central del Estado cumplir con su tarea, la protección del ciudadano de modo respetuoso con las personas. Una sanción reprobadora justa, a diferencia de lo que ocurre con aquellas de carácter neutral, trata con respeto al afectado al tomarlo como persona capaz de realizar consideraciones morales, e igualmente respecto a la víctima contiene el reconocimiento de que ha padecido un injusto⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ HART, H.L.A. *Punishment and responsibility*, 1968, Cap I. Cita conforme HIRSCH, ANDREW VON, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, traducido por Adán Nieto Martín, en ARROYO ZAPATERO, LUIS/NEUMANN ULFRID/NIETO MARTIN, ADAN (Coords) *Crítica y justificación del Derecho penal...* op. cit., 128.

⁵⁸⁸ HIRSCH, ANDREW VON, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, traducido por Adán Nieto Martín, en ARROYO ZAPATERO, LUIS/NEUMANN ULFRID/NIETO MARTIN, ADAN (Coords) *Crítica y justificación del Derecho penal...* op. cit. p. 140. También Jakobs al momento de analizar esta teoría la entiende en el mismo sentido, sólo que introduce la palabra “decepción” al marco social, entre los ciudadanos. La pena tiene la función orientada a la protección de esa interrelación social. La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma de confianza. Los destinatarios de la norma serán todos y será la pena, la que genere esa confianza hacia

Hirsh, sostiene, posición que comparto, que hay escasas razones para aceptar que actualmente los ciudadanos se preocupan por el principio de culpabilidad o por la proporcionalidad del derecho sancionador como intimidación para la no comisión de un injusto penal y, aunque así fuera, la influencia en sus inhibiciones morales requeriría de modo necesario que tuvieran conocimiento de las reglas específicas del Derecho penal. Lo dicho, al igual que Jakobs, toda vez que esta teoría entiende que una posible imposición de sanciones sin culpabilidad o desproporcionada ocasiona en el ciudadano un debilitamiento en la conciencia a la hora de la comisión de un hecho delictivo. Acaba en terror penal, con excesos por parte del Estado⁵⁸⁹.

En el mismo sentido, lo expone Jakobs, cuando al analizar la posición de aquellos que intentan ocultar esta crítica como defecto de la posición consagran que la pena intimidante no debe superar la medida de lo adecuado a la culpabilidad o de lo proporcionado, porque en ese caso, se tornaría arbitraria y perdería la eficacia intimidatoria. Sólo se podría quebrar estas limitaciones en aquellos casos en que estemos en presencia de un Estado crítico⁵⁹⁰.

Resulta plausible aceptar que la pena desempeña al menos ciertos efectos preventivos; en contrapartida, podemos aseverar que existen menos puntos de apoyo para afirmar que la criminalidad puede ser combativa con la intimidación -negativa-,

la norma. La pena se despliega con la finalidad de una fidelización al Derecho. Trata de ejercitar en la aceptación de la norma. Este ejercicio al tener lugar con todos, se trata de una prevención general positiva tendiente al reconocimiento de la norma. JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación*,...op. cit., p. 18. También en HASSEMER, WINFRIED/MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*,...op. cit., pp. 217-220.

⁵⁸⁹ HIRSCH, ANDREW VON, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, traducido por Adan Nieto Martín, en ARROYO ZAPATERO, LUIS/NEUMANN ULFRID/NIETO MARTIN, ADAN (Coords) *Crítica y justificación del Derecho penal*....op. cit. p. 130. También en SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios*,...op. cit., p. 232.

⁵⁹⁰ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación*....op. cit., p.28.

entendiendo que puede tener mayor aceptación el fortalecimiento de la lealtad al derecho -positiva⁵⁹¹ -.

En este contexto, como crítica, expone Hirsch, cuando se sanciona un comportamiento no culpable o se impone al autor una sanción desproporcionada experimentamos que se trata de algo injusto y no simplemente que a largo plazo será contraproducente para la prevención de delitos. Esta sensación de injusticia no puede entenderse simplemente con el argumento de que dichas medidas mermarán la propensión al acatamiento del derecho. No podemos olvidar que hablamos de principios supremos éticos, cuando nos referimos a la culpabilidad y proporcionalidad, y no componentes de máxima de la prevención de delitos, por ende, se entiende que esta apelación a los efectos positivos de la prevención general también está equivocada⁵⁹².

No obstante las distintas justificaciones que podríamos hacer a favor de esta posición, Hirsch, sostiene que estaría sin embargo permitido rechazar la institución de la pena si no fuese necesaria para la prevención. Así, en una sociedad donde la interacción propia de la misma y de sus componentes, rara vez se decanta por hechos delictivos; la pena, con todo lo que implica, no sería necesaria para mantener dentro de límites tolerables estos comportamientos. Por lógica, tampoco estaría la sociedad obligada a mantener esta institución con el fin de ocuparse de los malhechores,

⁵⁹¹ SALDITT, FRANZ, “Dogmática afortunada y dogmática sin consecuencias”, -Trad. Manso Porto, T.-en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit., 247.

⁵⁹² Véase HIRSCH, ANDREW VON, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, traducido por Adán Nieto Martín, en ARROYO ZAPATERO, LUIS/NEUMANN ULFRID/NIETO MARTIN, ADAN (Coords) *Crítica y justificación del Derecho penal...* op. cit., 130.

desaparecería la necesidad de una institución tan costosa, inoportuna y gravosa como la pena; conservando, la sociedad, algunas formas de reproches oficiales⁵⁹³.

2.2. Nuevos vientos de cambio. Teorías Funcionalistas.

Giunta, nos refiere, que la fractura o si se quiere la evidente distancia entre aquella postura mayoritaria -sólo triunfante en lo académico, por cierto-, a favor del principio de *extrema ratio*, prevaleciendo la aplicación de un Derecho penal mínimo punitivo y aquel desarrollo constante del Derecho penal hacia nuevos sectores que hasta ayer mismo eran extraños a su área de intervención, es una reflexión que no puede quedar sin analizar en los dogmáticos y doctrinarios actuales⁵⁹⁴.

En los tiempos que corren, resulta evidente que el legislador tiende u orienta su política criminal punitiva hacia un impulso criminalizador en la supuesta convicción de que queda avalada por el consenso social o al menos es un mecanismo útil para su aprovechamiento; tornándose inmune a los constantes reproches de la ciencia penal. Lo dicho, trae consigo que la racionalidad a la cual debe hacer apelación el estudioso de ciencias sociales al momento de intentar una justificación de la pena, no puede sino ser una racionalidad orientada hacia un ideal de justicia social y dispuesta a mensurarse con objetivos realizables en los tiempos actuales.

Bajo esta óptica, la perspectiva ilustrada de la justificación de la pena, si bien afectada de un exceso de confianza sobre la posibilidad de orientar racionalmente la dinámica de la punición, mantiene un importante valor metodológico de fondo, en la medida en que atribuye a la intervención punitiva una dimensión instrumental, que

⁵⁹³ *Ibid*, p. 140.

⁵⁹⁴ GIUNTA FAUSTO, “¿Qué justificación para la pena?, Las modernas instancias de la política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos”, en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN ULFRIED/NIETO MARTIN, ADAN, *Crítica y Justificaciones...* op., cit. p. p. 174.

puede ser apreciada solamente a través de una constante dialéctica entre costes y beneficios: es decir en coherencia con una concepción de la pena que en sus desarrollos sucesivos se ha adherido al paradigma preventivo y a la idea del objetivo.

Asimismo, desde un análisis descriptivo de cualquier sociedad actual, entendemos que no puede existir sociedad sin delincuencia. En este punto, Bernardo Feijoo Sánchez⁵⁹⁵, señala lo que ya había sostenido Durkheim -precursor de la Teoría estructural-funcionalista o de la anomía-, que, justamente, por esta realidad, la función de la pena es evitar que se desintegre la sociedad estabilizando las normas a pesar de la comisión de delitos⁵⁹⁶.

Este marco social o descripción de la sociedad actual ha traído consigo un cambio de perspectiva con respecto a las teorías preventivas originales, siendo protagonizado, ese cambio, por las teorías funcionales; las cuales están orientadas a la prevención de la desintegración social. De acuerdo con esta idea se suele denominar las teorías preventivas clásicas como preventivo-instrumentales, para destacar que su común denominador es que se trata de teorías utilitaristas que buscan su legitimación

⁵⁹⁵ FEIJO SÁNCHEZ, BERNARDO, “La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos”, *IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid*, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos. Recopilación realizada por Antonio Cuerda Riezu. Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2005, p. 100.

⁵⁹⁶ Entonces, la pena se debe entender como la marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y con esto, la constatación de que su existencia normativa no ha cambiado; así la pena es la confirmación de la identidad de la sociedad, de la existencia normativa; será la pena, el instrumento que siempre consiga ese fin. Tampoco se excluye admitir una función latente orientada a la motivación para la no comisión delictiva. JAKOBS, G. “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, -Trad. Manso Porto, T.- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*,....op. cit. p. 56. También en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. “Sobre los fines del castigo”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*,....op. cit. p. 487. Durkheim, entiende que la criminalidad es una constante y forma parte de la sociedad, un fenómeno normal, pues si la conducta social es conducta reglada, el delito es esa otra cara de la moneda. Entonces la pena, no cumple la función metafísica que tradicionalmente le asignan, sino que surge como cualquier otra institución social de las relaciones estructural-funcionales. El delito lesiona los sentimientos sociales; la pena, por su parte, es la reacción social que recuerda la vigencia de ciertos valores y la convicción colectiva sobre el significado de los mismos. Véase en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*,...op. cit. pp. 478-480.

en la influencia por parte del Estado en las conciencias y en los comportamientos individuales para prevenir en el futuro delitos o lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos⁵⁹⁷.

Habíamos dicho que las teorías preventivas clásicas se caracterizaban porque tienen como finalidad primordial la reducción o prevención de la delincuencia. Dentro de estas tenemos la prevención especial -actuando sobre el delincuente mediante resocialización, intimidación o inocuización-, o la prevención general -negativa, intimando a los potenciales delincuentes, o positiva, fortaleciendo la fidelidad u obediencia a las normas de los ciudadanos-.

En definitiva, las teorías preventivo-instrumentales lo que han discutido, en el fondo, es cuál será la estrategia preferible para prevenir de la mejor manera posible la comisión de delitos o la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Así las cosas, cuando hablamos de la prevención general positiva como teoría preventiva-instrumental, se caracteriza por ser un modelo que busca la prevención de delitos influyendo psicológicamente en la generalidad o en la colectividad reforzando o fortaleciendo la conciencia jurídica o la fidelidad o lealtad al Derecho de todos los ciudadanos⁵⁹⁸.

Ahora bien, junto a una concepción preventivo-instrumental de la prevención general positiva que comparte objetivos político-criminales con las restantes teorías preventivas clásicas, se formula una teoría de la prevención general que no pretende directamente prevenir conductas individuales, sino, directamente, procesos supraindividuales; es decir, prevenir la desintegración del orden social.

⁵⁹⁷ Vid, SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios*,...op. cit., p. 233.

⁵⁹⁸ FEIJO SÁNCHEZ, BERNARDO, “La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos”, *IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid*, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos...op. cit. p. 100.

Esta nueva concepción, aún cuando contenga elementos preventivos, tendrá poco que ver con las concepciones anteriores sobre la prevención. Se trata de influir en dinámicas sociales. Si el orden social es una realidad emergente distinta a la suma o conjunto de los individuos, la pena busca o debe buscar efectos en dicho orden social y no sólo en las conductas individuales⁵⁹⁹.

Entonces la idea, el fin primordial de la pena, consistiría en mantener o restablecer la confianza en la vigencia de las normas penales como normas básicas para la convivencia y la afirmación y aseguramiento de normas que rigen como irrenunciables en una sociedad⁶⁰⁰.

Tranquilamente, en la actualidad, podríamos afirmar y con un buen sustento empírico que la pena no necesariamente sirve para la estabilización del orden social. Ha demostrado, la criminología, cómo los efectos preventivos de la pena no dependen tanto de la sanción en sí misma, cómo de que el Estado reaccione enérgicamente manifestando la desaprobación jurídica de la conducta.

Feijoo Sánchez, expone que la tarea principal de la pena es mantener la vigencia del sistema normativo que regula una sociedad; normas indispensables para la convivencia del todo, con todos y entre todos; buscando sentar los cimientos por el cual la población tendrá confianza como modelo de orientación. Se trata de un concepto material que tiene que ver con la eficacia de las normas para orientar la vida social y no de un concepto formal de validez o vigencia. Se trata de entender la validez en sentido sociológico o práctico como la existencia de un sistema jurídico que efectivamente orienta la vida social. La confianza se debe entender en sentido realista y

⁵⁹⁹ *Ibid*, p. 101.

⁶⁰⁰ *Vid*, MAÑALICH, JUAN PABLO “Retribucionismo expresivo”, en KINDHÄUSER, URS-MAÑALICH, JUAN P. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho...* op. cit., pp. 42-45.

vivo como un elemento básico de las relaciones interpersonales y del funcionamiento de la vida social y no de manera abstracta⁶⁰¹.

Hassemer⁶⁰², entiende, por su parte, que no se trata de fomentar la confianza como fenómeno psicológico-social, sino sentar las bases institucionales de cara al futuro en una confianza racional en las normas como modelos de orientación de conducta. La pena es un instrumento de orientación de la vida social y de los ciudadanos.

Si en la vida social no se respetan las normas de conducta y si cuando se infringen las mismas no hay sanción, significa que en realidad no existe el Derecho. Con esta prestación dirigida a evitar la anomía, la pena, evita la desintegración social y maximiza la libertad general; con ello colabora a las funciones generales del ordenamiento jurídico allí donde otras medidas jurídicas no pueden hacerlo.

Desde una perspectiva funcional, es un requisito irrenunciable para la pervivencia del orden social la existencia de expectativas seguras, sobre todo cuando se trata de aspectos esenciales de ese orden social. La pena no pretende incidir directamente en conductas futuras -ni del delincuente ni de potenciales delincuentes ni de otras personas-, sino sólo confirmar cuáles son las normas que siguen vigentes.

La pena ofrece una orientación no sólo a los potenciales delincuentes sobre lo que les puede pasar sino básicamente ofrece orientación a todos los ciudadanos como víctimas potenciales, siendo estos los destinatarios del mensaje punitivo. Sin embargo,

⁶⁰¹ FEIJO SÁNCHEZ, BERNARDO, “La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos”, *IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid*, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos...op. cit. p. 102. También véase en SEHER, GERHARD, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto del bien jurídico”, -Traducción Rafael Alcácer Guirao-, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juegos de abalorios dogmáticos*..., op. cit. pp. 71-73.

⁶⁰² HASSEMER/MUÑOZ CONDE, “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”, Valencia, 1989. pp. 114 y ss. Cita conforme FEIJÓ SANCHEZ, BERNARDO, “La respuesta al Derecho...” en *IX Jornadas*....op., cit. 102.

nos dice Hassemer, esta orientación no puede incidir psicológica o pedagógicamente de forma directa en todas las conciencias individuales sino sólo de forma indirecta o mediata modelando la vida social.

La vida social tal y como la concebimos existe gracias a un trasfondo normativo que se asume como evidente. El delito niega dicha evidencia y la pena tiene que recomponer ese elemento estructural de la vida cotidiana. La confianza que se va a buscar es una orientada en sentido normativo y no una prestación psicológica de los ciudadanos o de la población.

Entiende, Feijoo Sánchez⁶⁰³, que se debe rechazar, por tanto, una visión sociopsicologicista ampliamente compartida de la prevención general positiva de acuerdo con la que lo que pretendería esta teoría no es más que ejercitar ciertas disposiciones internas de los individuos a obedecer o respetar la norma. Afirma, que una concepción como la de Kindhäuser, en la que se identifica vigencia de la norma con reconocimiento psicológico, al entender que “la pena tiene como función el aseguramiento de la norma como la directriz vinculante del comportamiento”⁶⁰⁴ no es aceptada aquí. Entonces, si no existe orden normativo con un mínimo de reconocimiento, la imposición de penas por sí sola no puede mantener ciertos niveles necesarios de confianza.

Los fines preventivo-generales de la pena expuestos se acercarán más a un funcionamiento correcto cuanto mayor legitimidad le otorgue el ciudadano al ordenamiento jurídico y al orden político-social en su conjunto. De igual manera, los

⁶⁰³ *Ibid*, p. 103.

⁶⁰⁴ La pena sólo puede ser justa si ella sirve a la retribución de culpabilidad por un comportamiento que expresa una falta grave de humanidad, ésta, significa la irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso. *Vid*, KINDHÄUSER, URS, “Personalidad, culpabilidad y retribución”, -Trad. Juan Pablo Mañalich-, en KINDHÄUSER, URS - MAÑALICH, JUAN PABLO, *Pena y Culpabilidad, en el Estado Democrático de Derecho...* op. cit., pp. 3-4.

problemas de legitimidad impiden que la pena pueda desarrollar correctamente su función preventivo-general sin acudir a la intimidación.

El Derecho penal por sí sólo no fundamenta la confianza de los ciudadanos ni motiva el convencimiento de que la mejor manera de disfrutar una vida en libertad es respetando todas ciertas reglas indispensables. Es preciso que ese orden social en el que interviene la pena presente un mínimo de legitimidad democrática⁶⁰⁵. Por ello en situaciones de crisis social, con extrema pobreza en un importante porcentaje de la población, el fenómeno delictivo suele ser el primer síntoma negativo de esa sociedad y el poder ya sólo puede organizar dicha sociedad desvertebrada mediante miedo, coacción e intimidación -prevención general negativa o prevención especial negativa-.

Cuanto menos sea tenido el ordenamiento jurídico por legítimo y vinculante será preciso acudir a la intimidación -general o especial-. Por ello en sistemas con graves fracturas sociales o con una alta cuota de marginalidad sólo es posible conseguir un respeto normativo externo o prevenir delitos mediante coacción, así será entendida por el destinatario y no como derecho⁶⁰⁶.

2.3 ¿Redescubrimiento de la Inocuidad?

En esta sociedad abarcada por el riesgo, donde, también se contempla al delito como parte de ese riesgo, resulta razonable para combatirlo que se sigan criterios ya utilizados en la gestión de otros -valga la redundancia- riesgos.

⁶⁰⁵ Bajo ésta concepción el sujeto de la imputación se lo contempla en el rol de un ciudadano al que se le concede la libertad de administrar su propia cabeza y organizar su vida. La premisa mayor, será el compromiso de ser leal al derecho. No obstante, para poder exigir fidelidad al derecho, será menester que la norma que ha de ser seguida debe pertenecer a un ordenamiento que proporcione a cada cual los medios necesarios para su igual desenvolvimiento libre. *Vid*, KINDHÄUSER, URS “Retribución de Culpabilidad y Pena”, Trad. Nuria Pastor-, en KINDHÄUSER, URS-MAÑALICH, JUAN P. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho...* op. cit., pp. 154-166.

⁶⁰⁶ FEIJÓ SANCHEZ, BERNARDO, “La respuesta al Derecho....” en *IX Jornadas...* op., cit. 103.

En ese contexto parece ser que se toma un parámetro estadístico de costos y beneficios, resurgiendo en nuestro derecho la teoría de la inocuización⁶⁰⁷ propia del derecho norteamericano, donde jamás estuvo en discusión. Lo dicho, como contrapartida a lo acontecido en nuestro ámbito, donde se dio un decaimiento práctico como idea en la teoría de los fines del Derecho penal del último medio siglo.

Así, el Derecho penal, en la medida en que incorpora mecanismos de aseguramiento cognitivo orientados a neutralizar fácticamente el fenómeno delictivo, se administrativiza⁶⁰⁸. Esta sería una tercera dimensión de la administrativización del Derecho penal: el redescubrimiento de la inocuización⁶⁰⁹.

La tendencia que hemos referido como algo extraño a nuestro ámbito jurídico ha experimentado una notable consideración a partir de dos fenómenos: uno legislativo, la proliferación de las leyes “*three strikes*”; el otro, doctrinal, la difusión de las teorías de la inocuización selectiva. Pues bien, ésta es la manifestación de una visión “administrativizada” de la intervención del Derecho penal⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ Hassemer, la incluye dentro de la prevención especial negativa, como parte de la criminología de la reacción social, a partir de la cual se convierte el sistema penitenciario en un sistema de aseguramiento y neutralización del autor que ha cometido un delito, se deja de lado la resocialización ya sea porque se entiende que ha fracasado o bien porque estemos en presencia de un sujeto incorregible. HASSEMER, WINFRIED-MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*,...op. cit., pp. 186-200.

⁶⁰⁸ Ver capítulo II, punto II.1, del presente.

⁶⁰⁹ Vid, SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión*...op. cit., pp. 157.

⁶¹⁰ *Ibid*, p. 158. También véase sobre el tema la reforma LO 11/2003 -Capítulo V del presente- en GARCIA ARÁN M./ PERES NETO, L. “Discursos Mediáticos y Reformas Penales de 2003”, en GARCIA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dtores), en *Malas Noticias*...op. cit., p. 168. También se habla de un ocaso de las garantías materiales del Derecho penal -proporcionalidad, culpabilidad, humanidad, la resocialización-, véase en SILVA SANCHEZ, JESUS M. “Nuevas Tendencias Político-Criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M. *Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución*, SILVA SANCHEZ, JESUS M. “Nuevas Tendencias Político-Criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”,...op. cit. pp.313-314. Sobre el tema también en HERRERO HERRERO, C. “Principios básicos más significativos del Derecho penal, en su dimensión sustantiva. Su enumeración y la debida armonización, o compensación, de los mismos entre sí” en *Hacia un Derecho penal equilibrado-Plataforma razonable de política criminal*,...op. cit. pp. 109-110.

La teoría de la inocuización selectiva se lleva adelante luego de individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes respecto de los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de hechos delictivos y, predecir, sobre la base de criterios estadísticos que lo seguirán siendo. Así, se entiende que la inocuización de estos sujetos -retención en prisión el máximo tiempo posible- conseguiría una evidente reducción del número de hechos delictivos y, con ello, importantes beneficios al menor coste⁶¹¹.

Entonces la pena privativa de libertad buscará la justificación hacia esta idea de inocuización selectiva, toda vez que si no se puede modificar las conductas hacia la rehabilitación; el tiempo de encierro dependerá, del tiempo que se quiera retrasar la libertad de ese número pequeño de delincuentes, evitando de esta manera la posibilidad de que vuelvan a delinquir, todo en función de lo que nos diga el riesgo de reincidencia⁶¹².

Así, vemos cómo los métodos predictivos basados en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad han sido sustituidos por otros de naturaleza actuarial, de modo que el delito pasa a ser abordado por técnicas probabilísticas y cuantitativas, recurriendo a un método estadístico y a partir de ahí emitir los pronósticos de peligrosidad, algo similar, que se utiliza en el ámbito de los seguros en la gestión de riesgos⁶¹³.

⁶¹¹ En términos contables: recluir 2 años a 5 delincuentes cuya tasa predecible de delincuencia es de 4 delitos por año, “ahorra” a la sociedad 40 delitos y le cuesta 10 años de prisión. En cambio, si es el mismo coste de 10 años de prisión se emplea en recluir 5 años a 2 delincuentes cuya tasa predecible de delincuencia es de 20 delitos por año, el “ahorro” social es de 200 delitos, y así sucesivamente. De admitir la corrección anterior *modus operandi*, la *selective incapacitation* mostraría significativas ventajas económicas frente a la indiscriminada, o ciega, general *incapacitation*. En SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión del Derecho penal...* op. cit., p. 159.

⁶¹² Vid. DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, “La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 483.

⁶¹³ SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión del Derecho penal...* op. cit., p. 160.

El fenómeno del “retorno” de la inocuización, parece sentar sus bases en ese intensificado desencanto de una función resocializadora por parte del Estado y la marcada obsesión a la seguridad de la sociedad actual. Vemos su aplicación, tanto al momento posterior en la aplicación de la condena, como a momentos previos.

La institución que mejor nos permite visualizar la plena práctica de este “ideal”, quizás sea la adopción de medidas de seguridad (privativas de libertad o consistentes en una libertad vigilada) que se aplican una vez acaecida la pena, las cuales pueden extenderse durante toda la vida del condenado⁶¹⁴. En idéntico sentido, como una ampliación de este instituto, vemos, con gran asiduidad, en los últimos tiempos, que no son pocos los que pregonan la publicación de listas de ex delincuentes, Estados Unidos por ejemplo, para el caso de los delincuentes sexuales, algo que en términos mucho más generales, empieza a proponerse en Europa⁶¹⁵.

En cuanto a las medidas previas a la condena, es decir cautelares, ya estrictamente preventivas (predelictuales, en la terminología más clásica), podemos mencionar institutos, como la expulsión de los extranjeros sin necesidad de que medie condena alguna, donde esta corriente general del Derecho penal, además de la imputación de culpabilidad por el hecho cometido, parece corresponderle, en medida determinante, la gestión administrativa del delito como riesgo social⁶¹⁶.

⁶¹⁴ La regulación norteamericana sobre las consecuencias jurídicas aplicables a los delincuentes sexuales, violentos y peligrosos; institución que también es aplicada por el Derecho alemán desde 1998. Un ejemplo domestico lo puede brindar la reforma introducida por la LO 7/2003 -Capítulo V-. Véase, GARCIA ARAN M./ PERES NETO, L. “Discursos Mediáticos y Reformas Penales”, en obra GARCIA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dtores), en *Malas Noticias...*op. cit., p. 163-164.

⁶¹⁵ Gran Bretaña, planteó el debate sobre la posibilidad o no de publicar las listas de pederastas que posee la policía, iniciativa que no tuvo cabida por parte del gobierno británico o la pretensión, en España, de la Asociación de Defensa del Paciente de publicar las listas con los nombres de los médicos condenados por negligencia, o la pretensión del presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de hacer otro tanto con los nombres de los sujetos condenados por haber realizado actos de violencia doméstica. Véase en SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión del Derecho penal...*op. cit., pp. 162-163.

⁶¹⁶ SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión del Derecho penal...*op. cit., p. 164.

Por su parte, Silva Sánchez, sostiene que el principal argumento de aquellos que son partidarios de este fenómeno lo constituye la afectación que producen los hechos delictivos peligrosos y violentos que sobresaltan en gran medida la seguridad ciudadana generando temor que otros similares se repitan en el futuro⁶¹⁷.

¿Cuáles serían algunas de las características que podrían explicar el desarrollo de este fenómeno?, Silva Sánchez, afirma que ante determinadas clases de delitos, sobre todo los más graves (sexual, la terrorista, etc.), la amenaza de la pena no tiene la misma eficacia suficiente y necesaria que en otros casos. Lo dicho, porque el delincuente no tiene en cuenta la amenaza de pena al momento previo del hecho delictivo. Entonces, la ley penal “clásica” fracasa como mecanismo de intimidación (prevención general negativa)⁶¹⁸.

Ahora bien, una vez que se lleva adelante la aplicación de la ley penal, tampoco dicha situación logra influir sobre esta clase de delincuencia. Quizás, la explicación más acorde, nos dice el autor, es que los autores de delitos graves no responden plenamente al modelo de racionalidad del que se parte cuando se asigna al Derecho penal una función de motivación.

En tercer lugar, parece ser que la ley penal también fracasa como prevención general positiva. Tampoco, ésta, logra afirmar los valores jurídicos fundamentales ni fomentar una actitud positiva frente al derecho. No son pocos los casos en que nos encontramos con sujetos que han decidido vivir al margen de la ley, directamente por convicción.

⁶¹⁷ SILVA SANCHEZ, JESUS M./I SABORIT, DAVID FELIP/ROBLES PLANAS, RICARDO/PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La Seguridad....*op. cit., p. 121.

⁶¹⁸ *Ibid*, p. 122.

En cuarto lugar, frente a esta clase de delincuencia fracasa toda pretensión del Derecho penal de resocialización al delincuente. Quizás el ejemplo más palpable de lo que decimos lo constituye el carácter restrictivo con el que se concede el tercer grado de tratamiento penitenciario o de la libertad condicional.

En quinto lugar, a todo lo que venimos exponiendo, se unen las intensas demandas sociales de seguridad. El todo social se vuelve intolerante con esta clase de delincuentes y con este tipo de delitos, demanda la neutralización de la fuente de peligro y se opone a que el delincuente se le dé una nueva oportunidad. Pierde la confianza en que el autor de un delito grave vaya a ejercer su libertad conforme al derecho y, por ello, se opta por dejarlo fuera de la sociedad o demora su reincorporación a la actividad delictiva⁶¹⁹.

Como consecuencia de lo planteado, aparece, -tal como hemos venido desarrollando- como último y único recurso, su inocuización, tratando a estos sujetos como focos de peligrosidad y, por ello, se han de adoptar contra éstos medidas asegurativas que les impidan repetir esos delitos graves en el futuro. Se acrecienta la prevención fáctica, la que viene a suplir la desconfianza en que el Derecho penal pueda lograr la prevención general mediante normas.

Ahora, ¿cuáles serían las consecuencias de seguir esta tendencia de inocuización, como único medio eficaz de combatir esta clase de criminalidad?, Silva Sánchez⁶²⁰, esboza una serie de reflexiones sobre el tema que:

⁶¹⁹ *Ibid.* También en DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, “La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 484.

⁶²⁰ SILVA SANCHEZ, JESUS M./I SABORIT, DAVID FELIP/ROBLES PLANAS, RICARDO/PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La Seguridad...* op. cit., pp. 122-124.

- a) Se pierde la confianza en la función intimidatoria del Derecho penal, en la medida en que entra en crisis la idea de que existe un diálogo entre la ley penal y el ciudadano;
- b) Se considera que el Derecho penal ha fracasado en su objetivo de resocializar al delincuente;
- c) Las penas asumen un papel semejante al de las medidas de seguridad, en tanto que se convierten en una respuesta a la peligrosidad del sujeto y dejan de verse como una respuesta al hecho delictivo;
- d) En consecuencia, se abandona la idea de proporcionalidad entre hecho y sanción porque esta última ya no es un castigo que tiene que ver con la gravedad del hecho sino una respuesta a la peligrosidad del delincuente;
- e) Entonces, entra en crisis el Derecho penal del hecho y la neutralización de los focos de peligrosidad se convierte en el eje tanto de la actividad del legislador como de la ejecución de las sanciones penales; en efecto, el principio de culpabilidad deja de ser un presupuesto ineludible de la intervención penal.
- f) El Derecho penal no combate la peligrosidad desde una perspectiva terapéutica, sino desde una perspectiva inocuizadora⁶²¹. Este cambio de perspectiva no solamente influye en la concepción de la pena, sino también en la de las medidas de seguridad.
- g) El Derecho penal se convierte en un instrumento cuasi policial que determina la imposición de medidas asegurativas cuando se ha manifestado la peligrosidad de un sujeto en un delito concreto. A este respecto, el pronóstico de peligrosidad se convierte en un mecanismo esencial de la aplicación del Derecho penal;

⁶²¹ Véase en SILVA SANCHEZ, JESUS M. *En busca del Derecho penal -Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena...*op. Cit., pp.53-54.

h) En este contexto, la pena privativa de libertad y su cumplimiento efectivo se presentan como mecanismo adecuados para cubrir las necesidades de neutralización de los delincuentes peligrosos.

Un claro ejemplo de lo que venimos exponiendo, lo constituye, la prisión provisional, aplicable en casi todos estamentos jurídicos procesales del mundo occidental; es de facto un instrumento de inocuización importante en manos de la Administración de Justicia⁶²².

Otro ejemplo, lo sería la libertad condicional y los beneficios penitenciarios. El Código Penal español, vigente, ofrece en la premisa normativa obrante en el artículo 78 la posibilidad de impedir que se decrete la libertad condicional de los sujetos considerados peligrosos⁶²³.

Ahora bien, no es menos cierto que toda la reforma legislativa en materia penal desde el año 1995 a la fecha, ha tenido una clara tendencia a tratar al delincuente como una fuente de peligro, viéndose con más claridad en la regulación de los delitos relativos a la violencia de género y en la de los delitos relativos a la seguridad vial⁶²⁴.

⁶²² Si bien, no reúne la dimensión simbólica de constituir una sanción penal del Estado por la responsabilidad penal por un hecho delictivo; en el mundo real -si se permite la expresión- constituye lo que algunos denominan una pena anticipada, con idénticas consecuencias y, en ese sentido, logra los mismos efectos de inocuización que se alcanzan con la pena privativa de libertad. Véase en *Ibid*, p. 124.

⁶²³ En efecto, cuando exista un pronóstico de peligrosidad, el juez o el tribunal pueden computar el tiempo para la concesión de la libertad condicional sobre la base de la totalidad de las penas impuestas (e.g. 32 años), y no sobre la base de la pena a cumplir que es inferior a la mitad de la suma total de las impuestas (e.g. 20 años), con la consecuencia que de facto ese sujeto no podrá disfrutar de la libertad condicional, pues antes de haber cumplido las tres cuartas partes de la pena ya habrá cumplido la penal que, según las reglas del artículo 76 del Código Penal debía cumplir (e.g. 20 años). No obstante, el actual artículo 78 del Código Penal prevé esta posibilidad de acordar o no que los beneficios penitenciarios y la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas como una “facultad” del juez, quien puede hacer uso de ella o no. De hecho, en la práctica, los jueces no suelen hacer uso de la facultad que les otorga este artículo del Código Penal. Véase en SILVA SANCHEZ, JESUS M./I SABORIT, DAVID FELIP/ROBLES PLANAS, RICARDO/PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La Seguridad....*op. cit., pp. 124-125.

⁶²⁴ DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, “La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC

Entonces, la confluencia del fracaso del Derecho penal, por una parte, con las demandas sociales de seguridad, por otra, conduce a buscar modelos de combatir la criminalidad grave de modo eficaz. Se echa por tierra principios penales básicos como son el de presunción de inocencia, culpabilidad, igualdad y el de proporcionalidad. Dejan de tener significación alguna porque ahora no se va a valorar el comportamiento del sujeto en relación a la lesión del bien jurídico protegido o de su culpabilidad, sino de anular sus posibilidades y oportunidades de acción, anticipando la intervención penal a momentos anteriores a la lesión o anulando su potencial delincuencia futura mediante sanciones inocuizadoras⁶²⁵.

En la política criminal española, se ha producido, una evidente desconexión entre la realidad delictiva y el control penal; donde a pesar de tener una baja tasa de criminalidad en relación a los demás países de la unión, tiene una de las tasas de encarcelamiento más altas. Todo indica que es fruto de una opción política haciendo girar el sistema de control sobre el empleo masivo de la pena de prisión y no que ese aumento sea por anticiparse a un previsto crecimiento de la tasa de criminalidad⁶²⁶.

En concreto, en los últimos años estamos presenciando lo que Silva Sánchez ha denominado “el retorno de inocuización” en el Derecho penal. En efecto, parece que en los supuestos de delincuencia grave nos encontramos ante aquella clase de

J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 492 y pp. 494/495.

⁶²⁵ *Ibid*, p. 497. Sobre el tema véase, *Vid*, SANZ MULAS, N. “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. pp. 1052-1054. Sobre la posición expuesta, véase en BORJA JIMENEZ, cuando analiza la peligrosidad del condenado en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal español de 2012. BORJA JIMENEZ, E. “Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho” en ORTS BERENGUER E. (Dir) *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*..op. cit. pp. 171-206.

⁶²⁶ Los agentes políticos han optado por desarrollar una política criminal rigurosa, con un sustento inocuizador y no necesariamente o solamente por las demandas populares, porque son ellos, los que muchas veces conforman la agenda político criminal. *Vid*, DIEZ RIPOLLES, J.L. “Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española”, en *Política Criminal y Derecho penal...* op. cit. pp. 178-179.

delincuentes denominados “delincuentes habituales incorregibles” y frente a los que solamente cabe tomar medidas asegurativas⁶²⁷, teniendo como base primordial una cuestión de coste/beneficios, siempre a favor del todo social.

2.4. Resumiendo.

Podemos referir que en relación a los fines inmediatos de la pena, éstos son de carácter empírico, es decir, que si se consigue los fines de la pena, se consigue la función.

Tenemos dos clases de finalidades, abarcadas por dos grandes teorías metajurídicas: absolutas y relativas⁶²⁸. Las primeras, tienden a considerar las penas como un fin en sí mismo, por ejemplo, la finalidad de retribución que hace hincapié en el castigo como algo afflictivo que tiene precedente en la Ley del Talión. Las segundas, las inaugura Beccaria⁶²⁹ y nos dice que la pena no sirve como un fin, sino como un

⁶²⁷ Entre las causas que Silva Sánchez entiende que dan vía libre a la expansión del Derecho penal, enumera “el cambio de actitud de los agentes sociales hacia el Derecho penal, la víctima y el delincuente”, en donde sostiene que la deshumanización de la figura del delincuente está llevando a la implementación de políticas criminales cada vez más orientadas a la inculpatión. Sobre el tema ver FELIP I SABORIT, DAVID “Observación a La Expansión diez años después”, en ROBLES PLANAS, R. / SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Cdres), P. en *La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo...op. cit.* pp. 70-71. También en SILVA SANCHEZ, JESUS M., *La expansión...op. cit.*, pp. 157-164.

⁶²⁸ La evolución y discusión de la doctrina gira en torno a esta división y/o debate, es decir, el utilitarismo de las teorías de la pena, así la prevención general y especial, y la falta de utilidad de ellas, es decir, las absolutas. Las primeras sólo le preocupa la eficacia, las segundas sólo la justicia. BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal...op. cit.* p. 31.

⁶²⁹ BECCARIA, CESARE, *De los delitos y las penas*, Ed., Aguilar, Madrid, 1974, pp. 19 y ss. *Vid.* KINDHÄUSER, URS “Acerca de la concepción preventiva criminal de Cesare Beccaria”, en KINDHÄUSER, URS-MAÑALICH, JUAN P. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho...op. cit.*, pp. 233-249. También BERGALLI, ROBERTO *Control social punitivo -Sistema penal e instancias de aplicación-*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 12-13. Solo a modo de complemento y de manera muy sucinta podríamos decir que en España, éste carácter revolucionario de la forma de ver la pena, no logra de manera sencilla romper con las tradiciones y la tendencia ya anclada en la Baja Edad Media, es decir, el paso que va de la consideración del delito como conflicto interpersonal a contemplarlo como cuestión social; lo que comporta el paso de la solución pactada de conflictos a su persecución pública. Lo dicho, se ve plasmado en la Constitución de España del 1812 -La Pepa-, en donde los constituyentes de Cádiz, se encuentran con una situación que viene definida en lo cultural, lo ideológico y lo político, por el principio de que la titularidad y los contenidos del *ius puniendi* solo pueden justificarse a partir de supuestos teológicos, lo que va a tener una traducción político-criminal inmediata; se protegerá la religión como religión del Estado, en desmedro de otras opciones, y el

medio para alcanzar otro fin. La pena de muerte no es útil y no es compartida con la posición del ciudadano⁶³⁰. Se pueden dividir, a su vez, en prevención general o especial. Por su parte, ambas -general y especial-, puede ser positiva o negativa⁶³¹.

En relación a la prevención general intimidatoria o negativa, Feuerbach, constituye su referente. Cuando los ciudadanos tomen conciencia y repriman su impulso delictivo porque le sigue la aplicación de la pena, se estará resaltando la esencia intimidatoria o de coacción psicológica. Será general y negativa, toda vez que está dirigida a toda la población, como instrumento intimidatorio. Por pertenecer al ámbito de lo moral y no jurídico, hay un rechazo en esta concepción al retribucionismo⁶³².

Feuerbach, está convencido que una pena debe tener una finalidad, la cual no podría contradecir el trato digno hacia la persona por parte del Derecho penal que no la considera como un objeto. Considera a estas condiciones realizadas en una prevención general que se limita a un ámbito de la amenaza de la pena, la cual debería ser

Derecho penal se pondrá al servicio de los valores morales que la religión dicte. En contrapartida a lo que pregona Beccaría, quién esboza la reivindicación de una política criminal laica, dirigida a la tutela de bienes jurídicos anclados en el contrato social y no en consideraciones morales ajenas al mismo, dejando que los “pecados” en cuanto a sus penas, sean arreglados con otros principios que los de una filosofía limitada; la Ilustración española, reivindica que el *ius puniendi* que ejerce el soberano dimana de Dios, y, en consecuencia, la tentación de identificar el delito con el pecado está siempre presente. Para “La Pepa”, se ha dicho, no cabe individuo, fuera de la religión católica y al futuro código criminal no le quedará sino desarrollar el modelo. Lo dicho, nos lleva a reseñar, que tomando estos parámetros, el Código penal, va a mostrar una notable intolerancia frente a los comportamientos de aquellos ciudadanos que entran en directa confrontación con determinados principios, sobre en materia de familia o de costumbres sociales. Lo que marca una inexistencia de derechos políticos para el no católico, o de intolerancia constitucional para las prácticas no católicas. TERRADILLOS BASOCO, JUAN M. “La tutela penal de las así llamadas, buenas costumbres”, en TERRADILLOS BASOCO, JUAN M. -(Coord.) *Política Criminal de la “Pepa” -el Derecho penal de la cotidianidad-*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2012, pp. 132-137.

⁶³⁰ NAUCKE, WOLFGANG, “Prevención general y Derechos Fundamentales de la persona”, en NAUCKE, W.-HASSEMER, W. -LÜDERSSEN, K. *Principales problemas de la prevención general*, - Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw-...op. cit. pp. 21-22.

⁶³¹ FERRAJOLI, LUIGI *Derecho y Razón*...op. cit. 263.

⁶³² *Vid.*, BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones del Derecho penal- parte general-*...op. cit., p. 61. También véase en FERRAJOLI, LUIGI *Derecho y Razón*...op. cit. pp. 277-278.

presentada de una manera preventivo general y corrientemente intimidante. Entiende que la amenaza de la pena, en sí misma, no lesiona el derecho de nadie, no cosifica al sujeto, ni lo deshonra; ahora, si se comete el hecho penal, entonces el castigo real sería desarrollado bajo una legalidad libre de fines⁶³³

Dentro de las críticas, Bustos Ramírez, entiende que la utilización de una coacción psicológica, el miedo y la instrumentalización de la persona, resulta más que cuestionable. En este marco, se tiende a graduar la pena no por el hecho cometido, posición garantista, sino conforme al fin sociopolítico de evitar futuras infracciones; lo que puede llevar hacia el autoritarismo y la arbitrariedad. En cuanto al pensamiento de la utilidad, es de suyo, que la pena no tiene efecto preventivo alguno. Las características propias de todo Estado social y democrático es poner acento en la intervención de aquellos aspectos sociales, intentando, con ello, regular y controlar los desequilibrios que puedan acontecer, lo que trae una evidente incompatibilidad con los postulados no intervencionistas, contradictorios por su generalidad, en la prevención general⁶³⁴.

La prevención general positiva, intenta ser una construcción superadora de la prevención intimidatoria. Se busca una prevención más amplia, cuyo objetivo se dirige a toda la sociedad, pretendiendo generar respeto hacia la norma, en el sentido que una ley justa y proporcionada, se cumple más que al contrario.

El Derecho penal será un control social más, sólo que formalizado. En consecuencia, está limitado por los derechos fundamentales de las personas. La finalidad de la imposición de la pena trasciende del Derecho penal a la sociedad, se

⁶³³ Vid., NAUCKE, WOLFGANG, “Prevención general y Derechos Fundamentales de la persona”, en NAUCKE, W.-HASSEMER, W. -LÜDERSSEN, K. *Principales problemas de la prevención general*, -Traducción de Gustavo Eduardo Abozo y Tea Löw-...op. cit. pp. 24-26.

⁶³⁴ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones del Derecho penal- parte general*-...op. cit., p. 62.

busca la estabilidad de la conciencia del derecho y por ende se debe conectar con los demás controles sociales y con las ciencias que estudian los fenómenos sociales⁶³⁵.

Las críticas, podrían agruparse, nos dice Bustos Ramirez, en que se parte de una presunción absoluta, pero falaz, que es la capacidad motivadora de la norma; lo que presupone la supuesta consideración de una racionalidad absolutamente libre en el hombre y la existencia de una sociedad cuyos miembros son racionalmente homogéneos y motivables por la norma penal.

Al igual que lo que sucede con la prevención general negativa, tampoco se torna compatible con un Estado social y democrático de derecho, la manipulación del individuo; como asimismo, sus postulados no intervencionistas en los procesos sociales ignorándolos en su especificidad⁶³⁶.

En cuanto a la prevención especial, surge en la segunda mitad del S XIX, siendo Von Liszt, su referente⁶³⁷. Habíamos expuesto que en esta concepción de la pena, la prevención está dirigida al delincuente en concreto que ha cometido un delito

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 63. También en HASSEMER, WINFRIED, “Prevención general y aplicación de la pena”, en NAUCKE, W.-HASSEMER, W. -LÜDERSSEN, K. *Principales problemas de la prevención general*, -Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw-,...op. cit., pp. 80-81.

⁶³⁶ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones del Derecho penal- parte general*-..op. cit., p. 64.

⁶³⁷ *Vid.*, NAUCKE, WOLFGANG, “Prevención general y Derechos Fundamentales de la persona”, en NAUCKE, W.-HASSEMER, W. -LÜDERSSEN, K. *Principales problemas de la prevención general*, -Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw-...op. cit. pp. 30-31. Es interesante la descripción que hace Bustos Ramírez, sobre el tema, toda vez que entiende que la posición de Von Liszt, como una posición mixta, la cual combina junto al criterio fundamental retributivo, la aplicación de medidas, esto es el planteamiento de la doble vida en el Derecho penal, reconociéndole una naturaleza retributiva, pero que en el caso de ciertos delincuentes es necesario proceder con criterios preventivo especiales, esto es, mediante medidas. No obstante, entiende, que resulta difícil poder concebir una conciliación entre la idea de la retribución y la del tratamiento, entre la idea del castigo y la de resocialización: en ambos casos se trata de sentidos completamente diferentes del Derecho penal y consecuentemente del contenido de la teoría del delito. También dentro de estas posiciones mixtas, incorpora aquella que trata de combinar la retribución con la prevención general. Será lo que conocemos como prevención general positiva. Lo único, que hace, entiende Bustos Ramírez, es unir las críticas tanto a un criterio retributivo como preventivo general. *Vid.* BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal*...op. cit. pp. 108-110.

y está sentenciado. De igual modo, puede ser: negativa⁶³⁸; intimidada al sujeto en el caso concreto que ya está condenado, cumpliendo de una manera cierta la pena de prisión, más el efecto de aislamiento para evitar que se ataque a otros sujetos; positiva⁶³⁹, genera respeto por la norma, por parte del individuo que ya ha delinquido, de modo que consiga vivir en libertad sin atacar los bienes jurídicos, coincidiendo con el objetivo de resocialización previsto en el art. 25.2 CE.

En consecuencia, habrá que determinar, si el delincuente era: ocasional, de estado o bien habitual incorregible. La pena sería de intimidación individual, de corrección o de inocuización. Para esta postura, el hombre, es un ser defectuoso, un peligro social. A diferencia de las demás posturas, no es un ser libre y el delincuente no es un ser igual, ya que está determinado al delito. La peligrosidad del sujeto y la defensa social serán los pilares de esta concepción⁶⁴⁰.

Dentro de las críticas, al igual que para la prevención general, el hombre, será cosificado y se vulnera su derecho a la dignidad de la persona. Cuestión que se acentúa en esta postura, toda vez que se dirige hacia el hombre real por lo que la manipulación, como posibilidad, es mayor.

Asimismo, se cuestiona a esta teoría, toda vez que si estamos en frente de sujetos que se encuentran perfectamente socializados, cabe preguntarse para qué y a qué sociedad se va a reinsertar el individuo, toda vez que es de suyo que no podemos hablar de sociedad homogéneas.

⁶³⁸ Vid HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*,....op. cit., pp. 186-220

⁶³⁹ *Ibid*, pp. 171-177.

⁶⁴⁰ Vid, BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones del Derecho penal- parte general*-.op. cit., p. 65.

Fracasa, de igual modo, toda vez que se practica sobre parámetros generales, no hay criterios de prevención especial. Hay delincuentes que no necesitan ser tratados y otros que no son susceptibles de tratamiento⁶⁴¹.

No obstante, ante una situación que nos dice que no es viable un retorno a las teorías absolutas de la pena, la teoría de la prevención general se aprovecha de las referidas críticas a las que es objetivo la teoría preventiva especial. Intenta justificarse toda vez que cada intervención a costa del individuo desviado normativamente habrá de conducir, al mismo tiempo, al bienestar general. Entonces la intención es no sólo conducir al delincuente por el camino correcto, sino la de reducir la cantidad global de comportamientos desviados, lo que le adjudica a la función preventiva general de la pena una alta dignidad político-social⁶⁴².

Por su parte, Silva Sánchez, sostiene que el Derecho penal pertenece a los medios de prevención comunicativa⁶⁴³. Por ello, se sirve tanto de la apelación a la racionalidad instrumental (infundir miedo a las consecuencias que el delito tendrá para el que decida cometerlo) como de la apelación a la racionalidad valorativa. En este segundo plano pretende transmitir el valor social de los bienes que pueden afectar por quien delinca, así como el valor de la propia decisión social en tal sentido; por ambas

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 66.

⁶⁴² HASSEMER, WINFRIED, “Prevención general y aplicación de la pena”, en NAUCKE, W.-HASSEMER, W. -LÜDERSEN, K. *Principales problemas de la prevención general*, -Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw-,...op. cit., pp. 52.

⁶⁴³ La prevención comunicativa tiene lugar, mediante la motivación de ellas personas, es decir, mediante el intento de disuadirlas de la realización de conductas que se consideran lesivas para el grupo de que se trate o de convencerlas de la realización de conductas positivas para dicho grupo. Este intento de persuasión se manifiesta, por una parte, en la información acerca de las razones por las que dichas conductas dan lugar, respectivamente, a hechos lesivos o bien hechos positivos. Por otra parte, mediante el anuncio de las consecuencias negativas que recaerían sobre el sujeto si éste decidiera llevar a cabo tales conductas lesivas; o de las consecuencias favorables que incidirían sobre el sujeto si éste realizar algunas de las conductas positivas. Tales consecuencias anunciadas pueden tener, además, una doble naturaleza: en el caso de los hechos lesivos, puede tratarse de consecuencias autolesivas (o lesivas para personas próximas) o de consecuencias negativas de índole reactiva; en el caso de los hechos positivos, pueden tratarse de consecuencias auto-beneficiosas (o beneficiosas para personas próximas) o de consecuencias positivas de índole reactiva.

vías se trata de hacer llegar al destinatario el deber de comportarse como se le indica⁶⁴⁴.

Frente a estas tesis retribucionistas y preventivistas, aparecen posiciones en la actualidad que propugnan por combinar ambos fines preventivistas, surgiendo la denominada *teoría unitaria preventiva*⁶⁴⁵

Ahora bien, como nueva visión tenemos aquella que toma a la pena y le da un sentido funcional, donde su principal labor será evitar el desmembramiento del todo social.

Roxin, nos dice que la pena nunca se puede imponer sin culpabilidad ni superar su medida. Pero concurriendo la culpabilidad tampoco puede imponerse nunca si no hay necesidad de castigo por razones preventivas. Lo novedoso de la postura, consiste en la doble limitación de la pena adecuada a la culpabilidad mediante lo imprescindible preventivamente y de la pena adecuada a la prevención mediante el principio de culpabilidad. La culpabilidad y las necesidades preventivas (generales y especiales) forman conjuntamente la categoría que denomina “responsabilidad”. Serán tres los

⁶⁴⁴ SILVA SANCHEZ, JESUS M. “Una primera lección de Derecho penal”, en LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL (Dtor.) *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho -Libro homenaje a Santiago Mir Puig-....op.*, cit. p. 83.

⁶⁴⁵ En esta posición, la sanción, tendría una orientación de prevención general al momento de prohibirse la conducta bajo amenaza de pena; luego en el momento, ya en el caso concreto, lo que se busca es a través de su aplicación efectiva -condena-, es una finalidad general y especial, por lo que atenderá a efectos sociales, pero sin descuidar la resocialización del sujeto. Por último, en el momento de la ejecución de la pena, ésta se dirige, sin descuidar la prevención general, a la prevención especial, en concreto con la resocialización. *Vid.*, en SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios,....op. cit.*, p. 233. A esta posición también se las llamarán teorías *mixtas* o *eclécticas*, véase en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. “Sobre los fines del castigo”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-....op. cit.* p. 491. También en BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal....op. cit.* pp. 110-112.

pilares en lo que se sustenta la posición: de la prevención general, prevención especial y limitación de la pena por razones de Estado de Derecho⁶⁴⁶.

Por su parte para Jakobs, culpabilidad y capacidad de culpabilidad no son datos empíricos, sino que la culpabilidad se le atribuye al autor si el castigo aparece como necesario bajo aspectos preventivos; ergo, sostiene una teoría de la prevención general positiva. Renuncia a una limitación de las intromisiones estatales basadas en una razón preventivo general, porque va a imputar la culpabilidad allí donde la sociedad cree ver la necesidad de la pena⁶⁴⁷.

Entonces, la pena y el Derecho penal están dirigidas a la estabilización social, al mantenimiento del sistema mediante el ejercicio en la fidelidad al Derecho. La pena encierra en sí misma su finalidad con independencia de cualquier influencia empírica. La tarea del Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción con las normas que acuñan la identidad de la sociedad. La pena representa el mantenimiento social y no constituye sólo un medio de mantenimiento de esa identidad social. Sólo interesa la fuerza de autoconservación del sistema, en una perspectiva funcional⁶⁴⁸.

Jakobs, cuando hace referencia, en su posición, a la distinción entre Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano, entiende que la diferencia se da en cuanto a su finalidad: mientras que en el Derecho penal ciudadano, la pena, cumple

⁶⁴⁶ ROXIN, CLAUDIUS, "Problemas básicos del sistema de Derecho penal", en *La evolución de la Político-criminal, el Derecho penal y el Proceso penal...* op. cit., p. 50. BUSTOS RAMIREZ, J., describe que en la postura de Roxin se pone el acento en la prevención especial, es decir, que la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena. No obstante, este criterio podría caer en la arbitrariedad que él mismo ha criticado, eso sería impedido por el condicionamiento que le imponen los otros momentos y sobre todo porque la pena no puede superar en su gravedad el grado de culpabilidad del delincuente. Resaltando la prevención especial de la postura, aparecen todas las críticas respecto de la prevención especial y general. En definitiva, parece ser que tampoco Roxin, logra superar los obstáculos para elaborar una concepción alternativa que no sólo se base en una crítica justa al retribucionismo, sino que al mismo tiempo ofrezca un sistema de garantías al individuo. *Vid.* BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal...* op. cit. pp. 112-114.

⁶⁴⁷ Véase, ROXIN, CLAUDIUS, "Problemas básicos del sistema de Derecho penal", en *La evolución de la Político-criminal, el Derecho penal y el Proceso penal...* op. cit. pp. 52-53.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, pp. 66-67.

una función esencialmente comunicativa o simbólica (pone de manifiesto, mediante tratamiento racional al autor como persona en Derecho⁶⁴⁹, que el hecho realizado no tiene vigencia y que la norma sigue siendo parte integrante de la constitución social); en el Derecho penal del enemigo la pena contiene un rasgo enérgico o coactivo de aseguramiento futuro, de manera que el enfoque es más prospectivo que retrospectivo: se dirige a la evitación de peligros futuros.

Entiende que el peligro es superior, por lo que se ha de reaccionar de manera proporcionalmente más intensa, tiende a infligir un impedimento o sufrimiento físico de carácter asegurativo que se concreta en el hecho mismo que al hallarse, el sujeto, en la cárcel se le impide la comisión delitos fuera de prisión⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ La persona es, pues, ser humano mediado por lo normativo, por lo social: el sujeto que protege y posibilita la norma y -por ello- se protege a sí mismo y protege y posibilita la personalidad de los demás. El sujeto se comportara como persona en Derecho si orienta su conducta a partir de su rol, pero abandonará, al menos materialmente, su personalidad si infringe su rol, esto es, si defrauda las expectativas sociales institucionalizadas en las normas sobre lo que se espera de ese sujeto. La infracción de un rol (aspecto formal), esto es, de su haz de derechos y deberes (aspecto material), determina la imputación (desviación del rol), de manera que el sujeto se comporta (materialmente, al menos) como individuo. Los individuos, a diferencia de las personas en Derecho, forman parte del ambiente, del entorno, y no participan en la estructura social en un ámbito concreto. El individuo se refiere al ser humano en cuanto tal, al sujeto perteneciente al ámbito natural. Este jamás forma parte de la sociedad si no es como persona. Igualmente esa exclusión es parcial, porque no excluye todo el ámbito de personalidad del sujeto. Un inimputable, por ejemplo, es individuo respecto del Derecho penal, pero ello no excluye, que sea titular de bienes jurídicos penalmente protegidos, esto es, que sea víctima potencial de delitos. En el centro de su pensamiento, sitúa Jakobs, la distinción entre persona e individuo que es una forma de observación de la Sociedad. La individualidad del sujeto viene determinada por el hecho de que no participa en la estructura social en un ámbito concreto. Dicha calificación es por lo tanto garantista, porque blindo al sujeto de injustas imputaciones, describiéndolo de la más manera más justa posible, valorando para ello su posición en la Sociedad. En definitiva, la distinción entre “persona” e “individuo” trata al sujeto en función de si tiene un ámbito de competencia social o no. Las nociones de persona e individuo son limitadas, relativas y puntuales, pues no prejuzgan ni cuestionan las cualidades personales en otros ámbitos del Derecho. El concepto de enemigo es opuesto al de persona en Derecho. Es decir, quien gestiona correctamente su ámbito de competencia social -cumpliendo con la norma- actúa como persona. Quien gestiona su ámbito de competencia oponiéndose frontalmente al reconocimiento de los demás como persona -impide la vigencia de la norma- no actúa como persona sino como enemigo. Entre ellos se sitúa la noción de individuo, aquel sujeto que no participa en el contexto social y que puede llegar a infringir la norma, pero nunca genera una inestabilidad tal que llegue a poner en peligro el desarrollo del concepto de persona. Véase en, POLAINO-ORTS, MIGUEL, *El Derecho penal del enemigo...* op. cit. pp. 155-170. Profundo estudio sobre la postura de Jakobs.

⁶⁵⁰ Véase en POLAINO-ORTS, MIGUEL, *El Derecho penal del enemigo...* op. cit., pp. 63-64. *Vid.* JAKOBS, GÜNTHER, *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad?* -Trad. Cancio Meliá-, en CANCIO MELIÁ, MANUEL, CANCIO MELIÁ,

Entonces, Jakobs, contrapone la función que la pena cumple en el Derecho penal del ciudadano y en el Derecho penal del enemigo, ello a partir de la diferente forma en que el Estado ejerce la coacción -en su posición siempre es coacción- en ambos casos y con diferencia del sujeto a quien se dirige: en el primer caso, la pena es comunicación y cumple una función de contradicción del quebrantamiento de la norma; mientras que, en el segundo, la pena desempeña una función manifiesta de eliminación del peligro que representa y exterioriza, en su conducta, el enemigo, de manera que éste no emite comunicación sino únicamente genera peligros para la sociedad⁶⁵¹.

Bustos Ramírez, al momento de esbozar su posición personal, parte, diferenciando dos aspectos: el referido a qué es la pena -razón en sí- y el otro a la imposición de la misma -razón práctica-⁶⁵².

En cuanto al primer aspecto, la pena es autoconstatación (ideológica) del Estado; por medio de ella, el Estado, demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos. De la pena no surgen fines, pero sí funciones, siendo la misma la de protección del sistema, luego de los bienes jurídicos que ha fijado, en definitiva de las relaciones concretas que ha determinado. Señalar una función mayor a la pena, como lo sería la preventiva, implicaría reconocer una función que empíricamente no es demostrable, concediendo con ello al Estado, un derecho a intervención mediante una violencia demasiado grande en la vida de sus ciudadanos⁶⁵³.

MANUEL/FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO (Ed.) *Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad-Seminario con Günther Jakobs en la UAM...* op. cit. pp. 51-62.

⁶⁵¹ POLAINO-ORTS, MIGUEL, *El Derecho penal del enemigo...* op. cit., p 274.

⁶⁵² BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema penal...* op. cit. p. 117.

⁶⁵³ La pena es sólo autoconstatación ideológica del Estado, de su sistema de valores. Es por ello que el Estado tiende a no preocuparse por la efectividad de sus normas; así, por ejemplo, le interesa más que esté prohibido el aborto que preocuparse por las altas cifras de abortos clandestinos y sus consecuencias sociales. Lo dicho, también es síntoma de la imperfección del Estado social y

El otro aspecto, es el de la imposición de la pena, el cual sólo puede tener un carácter individual. Debe tener en consideración la dignidad de la persona, implica que el hombre es un fin en sí mismo y, por lo tanto, no puede ser instrumento del Estado para sus fines. No se puede hablar de una resocialización o reeducación, pues ello siempre significa adaptar a una determinada socialización o educación, que es la considerada verdadera por el Estado, pero ello en caso alguno puede implicar que la socialización o educación que posee el sujeto sea falta o tenga que renunciar a la misma. El Estado debe ofrecer al sujeto las alternativas suficientes para que no cometa el delito, debe ofrecer una coincidencia en sí mismo, con su propio fin, un sujeto liberado y crítico⁶⁵⁴

Para ir culminando con este punto, luego de haber dado un repaso de las distintas posiciones, referimos que la orientación de penas privativas de libertad y medidas de seguridad a la reeducación y reinserción social que proclama el art. 25.2 CE., tiene que ser uno de los temas centrales de toda labor legislativa, pero también es un permanente motor generador de cuestionamientos de manera explícita o implícitas.

No obstante, lo dicho en el párrafo que precede, parece ser que el TC ha asumido, en cierta forma, una postura ecléctica entre las distintas teorías de la pena. Lo

democrático de derecho, de la imposibilidad todavía de llegar a una verdadera discusión en relación a los valores del sistema, produciendo la crisis del derecho y con ello el distanciamiento de la realidad social. *Ibid*, pp. 118-120.

⁶⁵⁴ El reconocer la dignidad de la persona, supone evitar la imposición de la pena y que la misma esté limitada en la necesidad de la autoconstatación indispensables del Estado, lo que conlleva a reconocer al mismo como corresponsable del delito, toda vez, que será él quien los tipifique y por ende debe, de igual modo, preocuparse por generar los mecanismos más favorables para que el individuo no delinca. La idea de resocialización parte de la llamada ideología de la diferenciación, de que hay hombres buenos y malos, normales y anormales o peligrosos, es decir, no son una clase homogénea y deberá ser el mismo Estado, toda vez que él impone el orden social, de acuerdo a sus pautas y será el mismo el que deba allanar los conflictos sociales que puedan plantearse. Para ello, debe instrumentalizar todos los mecanismos tendientes a prever y evitar esos conflictos, resolver los problemas particulares que los propios individuos presentes para superar esos conflictos y ofrecer alternativas a estos sujetos para resolver los mencionados conflictos. BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal...* op. cit. pp. 121-123.

dicho, toda vez que ha destacado el mero carácter orientador de la premisa normativa y su posible convivencia con otras finalidades de la pena, afirmando que el art. 25.2 CE “no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos”. También: “...el art. 25.2 de la CE no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad” (STC 28/1988 de 23 de febrero, STC 150/1991).

En efecto, el art. 25.2 CE, al proclamar la orientación a la reinserción⁶⁵⁵, no autoriza a relegar la prevención general negativa o finalidad intimidatoria de las penas ni el componente de compensación del delito que supone la pena proporcionada, aunque hayamos destacado cómo la proporción de la pena es un límite garantizador y no un objetivo retributivo a alcanzar. Asimismo, no se puede ocultar que mientras la reinserción tiene reconocimiento constitucional expreso, no sucede lo mismo con las otras orientaciones, pese a ser constitucionalmente legítimas. Por lo dicho, aunque la reinserción no puede anular la intimidación o la compensación, sí podrá, en contrapartida enfocar que es la orientación constitucionalmente más relevante; con ello, impedir que la compensación retributiva del daño producido por el delito se erija en única finalidad relevante de la pena y conduzca a la elaboración de normas inspiradas únicamente en la retribución, que tornen inviable cualquier actuación orientada a la reinserción⁶⁵⁶.

La forma en que se combinan las distintas orientaciones de la pena constituye, desde hace años, objeto de atención en la ciencia penal. Pero en los discursos actuales,

⁶⁵⁵ En el mismo sentido SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios...* op. cit., p. 235-236.

⁶⁵⁶ GARCIA ARAN, M./ PERES NETO, L. “Perspectivas de Análisis y Principios Constitucionales”, en GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dtores), *Malas Noticias...* op. cit., pp. 38 y 39.

O. Lucas Colazo
Universidad de Murcia 2017

como hemos tratado de desarrollar, se prescinde de dicha necesidad de combinación, para colocar la finalidad retributiva y/o aflictiva en primer plano, desplazando la orientación a la reinserción.

CAPITULO IV

DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA A LA “TOLERANCIA CERO”

1. La dudosa política criminal de “tolerancia cero”.

1.1. *Desarrollo y Conceptualización.*

1.1.1. *Una política criminal “clásica”*

Si quisiéramos, brevemente, ubicar el espacio temporal de los primeros pasos del tema que lleva como título éste capítulo, Rivera Beiras, nos señalaría que puede encontrarse en aquellos momentos en que se comienza a teorizar sobre la necesidad de reforma del Derecho penal. Será a partir de la obra del Marqués de Beccaria que puede hallarse una primera descripción de la política criminal y, si bien, esta rama del Derecho fue o tuvo su origen en las escuelas italianas, serán las alemanas, con Fran Von Liszt, como principal exponente, quienes permitieron el verdadero desarrollo desde el punto de vista científico de la disciplina político criminal⁶⁵⁷.

En el marco de las distinciones conceptuales que traducen el auténtico debate epistemológico sobre la política criminal (objeto y método de trabajo), Jiménez de Asúa, la distingue claramente de la política social; la cual, podría abarcar la misión de prevenir la comisión de delitos. En cambio, por su parte, la política criminal sólo tendría sentido y lugar cuando el delito ya se ha perpetrado. Es decir, una actúa *ex ante*, la otra, lo hará *ex post*.

Entonces, ciñendo la política criminal al conjunto de medios para combatir el delito una vez acaecido, Jiménez de Asúa, concluye refiriendo que muchos penalistas alemanes de fines del siglo XIX y principios del XX, entendieron que la política

⁶⁵⁷ RIVERA BEIRAS, IÑAKI, *Política Criminal y Sistemas Penales: Viejas y Nuevas Racionalidades punitivas*, Ed., Anthropos, Barcelona, 2005, p. 25. También en BORJA JIMENEZ, “Evolución del Estado y evolución de la Política Criminal”, en *Curso de Política Criminal*,...op. cit. p. 44.

criminal debía orientarse en su doble faz: por un lado, como articulación de medios para combatir el crimen luego de su comisión y, por otro, debía incluir la tarea crítica y reforma de leyes vigentes.

Esta forma de ver la política criminal que fue nueva en su época, reclamó un nuevo examen científico de las causas de criminalidad donde la pena pueda ser debidamente adecuada en la lucha contra el delito. Así, resultando de la observación en relación a los criminales, podíamos encontrar tres grupos: de ocasión, por estado corregible y por estado incorregibles. Al lado de lo penal se ha establecido un doble sistema de medidas que persiguen como fin: la educación correccional del delincuente o la protección de la sociedad contra el criminal.

Ahora bien, habría sido impensable llevar adelante una correcta instrumentación de una política criminal sin un reconocimiento a la esencia del concepto de persona. Es así que el respeto al concepto de persona fue la característica compartida por el movimiento ilustrado, tanto en sus representantes estrictamente jurídicos, cuanto en quienes se acercaban a la materialidad del poder penal de su época desde perspectivas culturales más amplias.

Es una humanización de las penas lo que se reclama, especialmente, a partir del siglo XVIII. Y es esa humanización lo que alejará a las penas de muerte y otras penas corporales. Pero el principio de humanidad no se limita sólo a ello, sino que también continuará limitando la inhumanidad persistente en la aplicación de penas privativas de la libertad y cualquier otra forma de imponer dolor en forma deliberada⁶⁵⁸.

Para Von Hippel, nos señala Blanco Lozano, la política criminal es la contemplación de la eficacia del Derecho penal bajo el prisma o punto de vista de la

⁶⁵⁸ JIMENEZ DE ASÚA, LUIS, “El Problema político penal”, en *Tratado de Derecho...* op., cit. t. II, p. 301.

finalidad. Entendiéndola como la ciencia de la que se deriva el arte de explotar, buscar y hallar soluciones legales que vengan a mejorar la eficacia y justicia del Ordenamiento penal propio de cada sociedad y momento histórico⁶⁵⁹.

Blanco Lozano, nos advierte que una definición a la inversa la encontramos en Roxin: el cual nos dice, que el Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades políticas criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica⁶⁶⁰.

Por su parte, y a los fines de brindar una visión más completa de lo que venimos exponiendo, Herrero Herrero, refiere que ha dependido siempre de la concepción cultural, política, antropológica y social, aquella orientación, planificación y reacción organizada contra el delito que en cada momento histórico va a informar a las comunidades suficientemente organizadas y con capacidad de resolución y decisión⁶⁶¹.

Las sociedades democráticas occidentales han venido percibiendo que los fenómenos culturales, políticos, socioeconómicos, tienen una estrecha relación entre sí. Todo ello, por participar, a su manera, de una plataforma informadora común. Y que, por lo mismo, para ser adecuadamente entendidos y, de alguna manera, modificados, han de ser examinados y, en su caso, activados, teniendo siempre en cuenta esa interrelación.

Será necesaria, entonces, una visión integradora con todos los componentes sociales para una correcta planificación, elaboración y aplicación de una idónea política criminal. Para tal fin, ha de tenerse en cuenta la realidad sobre la que se va a

⁶⁵⁹ Véase en BLANCO LOZANO, CARLOS, *Tratado de Política Criminal -Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito-*...op. cit, t. I, p. 63.

⁶⁶⁰ *Ibid*

⁶⁶¹ HERRERO HERRERO, CESAR, “La prevención, principal vía realizadora de la política criminal”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores) en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 1237.

proyectar, los medios o instrumentos con que va a estructurarse, los caminos a través de los cuales ha de hacerse operativa.

De poco serviría ubicar una política criminal rígida que no se amolde a la época coyuntural o estructurada, sin que se vincule con la idiosincrasia de un lugar determinado. Un claro ejemplo lo podríamos tener hoy, en los tiempos que corren, donde sería un grave error conceptual no incorporar la globalización que nos caracteriza⁶⁶².

Herrero Herrero, reflexiona que el fin de la política criminal en los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, es garantizar, frente al delito, la suficiente libertad y seguridad de los ciudadanos. Para conseguir ese fin deseado han de seguirse de forma conjunta y coordinada dos vías complementarias de acción: la vía de la prevención y la vía del tratamiento de la delincuencia. La sociedad, también juega un papel trascendental en el desarrollo de una correcta política criminal, toda vez que debe tomar conciencia de ella, debe implicarse de forma destacada, porque le interesa en hacer posible la actividad preventiva⁶⁶³.

Lo dicho, expone, el deber ser, pero la realidad en muchas democracias modernas nos dice que ese marco ideal para la elaboración de normas que hagan a una correcta aplicación de la política criminal se deja de lado por la improvisación.

⁶⁶² SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios*,...op. cit., p. 23.

⁶⁶³ HERRERO HERRERO, CESAR, “La prevención, principal vía realizadora de la política criminal”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores) en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*,... op. cit., p. 1239. También en BORJA JIMENEZ, “Política criminal y garantías individuales: El Estado Democrático de Derecho”, en *Curso de Política Criminal*,...op. cit. p. 53.

1.1.2. Una política criminal “moderna”

Podríamos decir que guiar a la legislación penal hacia cotas más altas de Justicia y Eficacia era el objeto de la política criminal conforme a la visión y postulados de la Escuela clásica, con anterioridad a la obra de Von Liszt, limitando su estrategia al trabajo racional que el teórico desarrollaba en su gabinete.

Sin embargo, la moderna dirección político criminal instaurada por el alemán vino a introducir un cambio metodológico en la labor, de manera que fueron las observaciones empíricas las que pasaron a erigirse como orientadores de la estrategia político criminal⁶⁶⁴.

La construcción de sistemas perfectos desde el punto de vista lógico y estético, pero que no servían al fin de la prevención del delito, porque se construían a espaldas de la realidad social y sin investigar las causas de criminalidad, fue algunos de los errores que se atribuye al Derecho penal clásico. Así, la necesidad de construir una política criminal sobre bases criminológicas resulta obvia si se pretende encarrilar una lucha eficaz contra el delito. Hay que conocerlo empíricamente⁶⁶⁵.

Los datos facilitados, por las ciencias criminológicas, a tener en cuenta por la política criminal aplicada, pueden agruparse en torno a aspectos fundamentales: el delito, el delincuente, la víctima y el control social⁶⁶⁶. Entonces, una política criminal moderna ha de conocer las causas del crimen y estar en condiciones de obtener y

⁶⁶⁴ BLANCO LOZANO, CARLOS, *Tratado de Política Criminal-La Política Criminal Aplicada....op.*, cit. t.II., p. 85.

⁶⁶⁵ *Ibid*, p. 86

⁶⁶⁶ Es lo que Herrero Herrero, denomina criminología General -la veremos más desarrollada en el punto 2-, la cual enfoca la problemática desde lo colectivo y en su ámbito de estudio también tendrá al delincuente, pero además tendrá al delito, la víctima y el control social de la delincuencia. Ambas usan el método inductivo. HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica,...op.* cit. p. 36-37.

desarrollar generalizaciones sobre la estructura, conexiones internas y causas del fenómeno criminal⁶⁶⁷.

No obstante lo dicho, Sánchez-Ostiz, amplía aun más el campo de acción de la política criminal, entendiendo que no sólo puede basar su objeto de estudio en cosas tangibles, empíricas; sino que también debe abarcar acciones, expresiones de la libertad humana, refiriéndose tanto a los delitos, como a las decisiones frente a estos. Entiende a la política criminal como el saber que tiene por objeto la acción humana con el fin de evitar las consideradas gravemente lesivas para la subsistencia de la sociedad⁶⁶⁸. La prevención debe contemplarse en ésta política criminal moderna, como social y comunitaria, porque el crimen es un problema social y comunitario⁶⁶⁹.

Von Liszt, en este marco conceptual que constituyó el desarrollo de una política criminal moderna, va a definir a la criminología como teoría del crimen, a modo de presupuesto y como fundamento empírico de su política criminal aplicada⁶⁷⁰. Desde esta visión criminológica las premisas fácticas sobre las que se asienta el sistema de la política criminal aplicada son, para este autor:

- a) El empleo consciente de la pena, en cuanto arma del orden jurídico en la lucha contra el crimen;
- b) Cada delito, según enseña la observación, resulta de la concurrencia de dos grupos de condiciones, -al que podríamos llamar objetivos y subjetivos-: por un lado, la naturaleza individual del delincuente -subjetivo- y, por el otro, las condiciones

⁶⁶⁷ BLANCO LOZANO, CARLOS, *Tratado de Política Criminal...*op. cit., p.87.

⁶⁶⁸ SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios...*op. cit., p. 25

⁶⁶⁹ Véase sobre el tema GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...*op. cit. p. 639-641.

⁶⁷⁰ Véase sobre el tema BLANCO LOZANO, CARLOS, *Tratado de Política Criminal-La Política Criminal Aplicada...*op., cit. t.II., p. 91-92

exteriores, físicas y sociales, y especialmente las económicas, que rodean al mismo - objetivo-.

c) En consecuencia, resulta errónea toda concepción exclusivamente biológica del crimen.

d) Por lo que respecta al “factor social⁶⁷¹”, es muy tenido en cuenta por cuanto se considera que la innata disposición del delincuente ha sido favorecida por influencias exteriores hasta acabar en el delito.

La política criminal aplicada, como todo sistema orientado a un fin, es el de posibilitar la convivencia pacífica de los individuos de un colectivo social mediante la evitación de comportamientos gravemente atentatorios contra los intereses individuales o colectivos, una vez descartada la utopía de la completa erradicación de la criminalidad⁶⁷².

La referida finalidad genérica de la política criminal aplicada se plasma, sin embargo, en otros fines más concretos que la misma está llamada a cumplir⁶⁷³:

a) La adopción de medidas extrajurídicas tendientes a la erradicación de la criminalidad.

b) La adopción de medidas normativas concretas para la protección de bienes jurídicos.

c) La elaboración de disposiciones penales adecuadas para la protección de bienes jurídicos desde el prisma de los principios de prevención general y especial.

d) La dotación de un marco procesal ágil, justo, eficaz y garantista.

⁶⁷¹ Von Liszt, considera relevante el factor social, toda vez que llega a destacar que “más intensa y en iguales condiciones que la pena a toda medida análoga, obra de la Policía social como medio para la lucha contra el crimen: el suicidio, la mortalidad infantil y todos los restantes fenómenos sociales patológicos, tiene su raíz profunda en las condiciones sociales determinadas que influyen sobre las generaciones futuras. En *Ibid*, p. 92.

⁶⁷² BLANCO LOZANO, CARLOS, *Tratado de Política Criminal-La Política Criminal Aplicada....op.*, cit. t.II., p. 94.

⁶⁷³ *Ibid*

- e) El establecimiento de sistemas penitenciarios adecuados a la finalidad preventivo-especial de la pena.
- f) El resarcimiento lo más completo y antitraumático posible de la víctima.
- g) La reinserción y resocialización del delincuente.

No obstante lo expuesto, en relación a esas finalidades que busca la política criminal moderna; la realidad nos dice que en esta evolución de la disciplina se van gestando múltiples nuevas figuras, a veces, incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipo penales, ya existentes, a un ritmo muy superior al de épocas anteriores, lo que conlleva que aquellas finalidades no se vean cumplidas⁶⁷⁴.

Asimismo, y tal como hemos desarrollado, resulta importante recordar que el proceso que experimenta el Derecho penal a una elevada sensibilidad y rechazo al riesgo; como la creciente sensación de inseguridad social generada por éstos, debido al cambio potencial de los ya conocidos y por la complejidad de todos los procesos en los que está implicada la sociedad, produce una creciente orientación jurídico penal al control de los riesgos influyendo en la política criminal.

Lo dicho, conduce a un intento de minimización de riesgos a través del Derecho penal, una pretensión social de control netamente penal que se canaliza procediendo de manera constante a ese fenómeno de anticipación y la ampliación cuantitativa y cualitativa de la intervención punitiva; es decir, a una clara dilatación de las fronteras de lo penalmente relevante y de la atribución de responsabilidad⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, GÜNTER/CANCIO MELIÁ, MANUEL, *El Derecho Penal del Enemigo*, Ed. Civitas S.L., Madrid, 2003 (1ra. Edición), pp. 62/64.

⁶⁷⁵ MENDOZA BUERGO, BLANCA, “Gestión del Riesgo y Política de Seguridad en la Sociedad del Riesgo” en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds) *La seguridad...* op. cit., p.81.

La actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales un conjunto de tipos que visto desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos constituyen supuestos de “criminalización en el estadio previo”; cuyos marcos penales, además, es de restablecer sanciones desproporcionadamente altas. Entonces, en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político criminal los rasgos de un “Derecho penal de la puesta en riesgo” de características liberales⁶⁷⁶. Así, entiendo, pasamos del deber ser, al ser.

Lo referido, provoca el adelantamiento de la tutela penal a fases cada vez más anticipadas respecto al efectivo menoscabo del bien o interés protegido, con la consiguiente sustitución del paradigma del delito de lesión por el delito de peligro. Incluso dentro de esta última categoría pierde cada vez más significado la lesividad, aun potencial, de la conducta incriminada cuya adecuación típica se determina sólo por la contrariedad con estándares formales, prescindiendo del dato de la peligrosidad del comportamiento típico, convirtiéndose en delitos formales o de mera desobediencia⁶⁷⁷.

La realidad nuestra de cada día, nos muestra que cada vez con mayor ímpetu se va a abogar por una mayor intervención policial, amparada en un Derecho penal cada vez más riguroso. A nadie podría sorprender, como ya lo hemos resaltado, si tiene

⁶⁷⁶ CANCIO MELIÁ, M., en JAKOBS, GÜNTER/CANCIO MELIÁ, MANUEL, *El Derecho penal del...* op. cit., p. 64. También sobre el tema en CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Derecho penal del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, en CANCIO MELIÁ, MANUEL/FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO (Ed.) *Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad- Seminario con Günther Jakobs en la UAM-*, op. cit. pp. 73-77. También en SILVA SANCHEZ, JESUS M. “Nuevas Tendencias Político-Criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M. *Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución*,....op. cit. pp. 312-313.

⁶⁷⁷ MENDOZA BUERGO, B., “Gestión del Riesgo y Política de Seguridad en la Sociedad del Riesgo” en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds) *La seguridad*.... op. cit., p. 84.

elementos reciclables de estamentos autoritarios del pasado, tanto en una faz sustantiva, procesal y penitenciaria⁶⁷⁸

En esa línea, los fines de la política criminal resultan primordialmente simples y, llanamente, orientada a la minimización de riesgos y eventuales daños, antes, incluso de que pueda surgir el peligro de su producción, procurando así la seguridad.

Se utiliza una y otra vez al Derecho penal como medio político y como instrumento de política criminal para aparentar ante la sociedad una mayor efectividad de las medidas propuestas por el Estado y generar, en el ciudadano, una sensación de tranquilidad de que algo se está haciendo para aumentar el nivel de seguridad⁶⁷⁹.

La extensión del que podría llamarse Derecho penal del peligro, como política criminal por excelencia en los tiempos modernos, es explicada como la respuesta más acertada a la complejidad e inseguridad de la vida en la sociedad actual. El recurso preferido, muchas veces, serán los llamados delitos de peligro abstracto, con la que se pretende obtener una protección total y sin lagunas frente a nuevas situaciones de amenaza al incrementar la capacidad de respuesta por parte del Estado y con ello, el

⁶⁷⁸ LANDROVE DIAZ, GERARDO “Una cierta política criminal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. t. II, p. 1080. En relación a la faz penitenciaria, parece ser que del estudio realizado por García España y Diez Ripollés, se está produciendo una desconexión entre una política criminal de neto corte intervencionista que expone una mayor rigurosidad y una política penitenciaria que tiende, al menos en la práctica a rectificar las consecuencias de aquella. Factores como un aumento de concesiones de salidas, mayor uso de medios telemáticos en terceros grados, permite presumir una tendencia hacia la excarcelación, diferencia sustancial a la política criminal que se pregona. Algunos expertos en el tema advierten que la principal causa de esta desconexión tiene que ver con los actores de una y otra. En el marco de la política criminal, como ya lo hemos puesto de manifiesto, serán los medios de comunicación, los grupos de presión, el discurso político y las demandas sociales; mientras que el sistema penitenciario funciona de una manera mucho más autónoma y tiende principalmente a mirar sus necesidades, pretendiendo solucionar problemas concretos y recurriendo para ello a medidas alternativas ante la saturación que lleva aquella política. Entonces, se ve que las excarcelaciones tiene más que ver con las tasas de ocupación, que son altas, a verdaderos resultados de rehabilitación. *Vid.* GARCIA ESPAÑA, E./DIEZ RIPOLLES J.L. *Realidad y Política penitenciarias*, Ed. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Sección de Málaga, Málaga 2012, pp. 237-238.

⁶⁷⁹ DAUNIS RODRIGUEZ, ALBERTO “Seguridad, Derechos Humanos y Garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdres) *Derecho Penal...* op. cit., p. 216.

alcance del instrumento penal. Así, se intenta adelantar la prevención para posibilitar y garantizar mejor la seguridad y la propia sensación de seguridad⁶⁸⁰.

Entonces, en una suerte de resumen de todo lo dicho, considero que podríamos definir la política criminal como el conjunto de medidas de las que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad y la criminalización, especialmente en su prevención, represión y control, teniendo en cuenta que, la misma, puede ser vista como acto de control social y solución de conflictos dirigida hacia las acciones humanas consideradas violentas o nocivas, las cuales entorpecen el desarrollo armónico de una sociedad en un país determinado. Que la misma siga aquellos lineamientos de una correcta política criminal por parte de los estamentos encargados⁶⁸¹, desde luego, es una cuestión que seguramente genera más discusiones que puntos de coincidencia.

1.2. *Del dicho al hecho*

1.2.1 *Primeros pasos de la llamada “tolerancia cero”.*

Obviamente, que lo expuesto, hasta este punto, parece más una utopía que una realidad. Desde hace unos años a la fecha no resulta extraño a nuestros oídos expresiones como “tolerancia cero” o “mano dura a la delincuencia”, en este sentido, considero conveniente ver de qué se trata esto.

Asimismo, podemos afirmar que se torna evidente la influencia que ha tenido en el endurecimiento del Derecho penal europeo -en general- y español -en particular- un contexto internacional que tuvo sus primeros pasos en los EEUU. Para ser más

⁶⁸⁰ MENDOZA BUERGO, B., “Gestión del Riesgo y Política de Seguridad en la Sociedad del Riesgo” en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds) *La seguridad...* op. cit., p. 84.

⁶⁸¹ Se trata de contar con medios de control y límite al ejercicio del poder penal por parte del Estado; que será, lógicamente los acuerdos consolidados a través de la Constitución, con lo cual, será ésta el medio más idóneo para hacerlo. SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios*, ...op. cit., pp. 32-33.

específicos, el Derecho penal en el Estado americano, ha sufrido desde el acceso de Reagan -década del '80- un giro hacia la mano dura que no deja de acentuarse, incluso bajo los mandatos que lo han precedido⁶⁸². Siendo donde podemos ver los primeros vestigios de lo que luego se llamaría la política de “tolerancia cero”⁶⁸³.

Acaso transpolando, ¿no estaríamos presente en lo que Voltaire, llamó intolerancia?⁶⁸⁴ Es cierto, él escribió un tratado sobre la tolerancia y puso énfasis, cómo la cristiandad en muchos pasajes de su historia no lo había sido; ésta se impuso, no armonizó. Ahora, aquel marco filosófico que Voltaire describe, entiendo, no encuentra mucha discrepancia si lo trasladamos a este marco político que estamos analizando, donde muchas de las políticas se han basado más en fanatismos que en verdaderas soluciones coyunturales.

No se trata en este trabajo de profundizar sobre aquellos factores causales en, EEUU, del cambio de política criminal; sino, simplemente, mencionar que fueron múltiples y que podrían tener su origen luego de la guerra de Vietman, donde se intenta un resurgimiento de los valores morales conservadores, quizás como consecuencia al fracaso bélico contra el comunismo.

En consecuencia de lo referido, la idea central será dejar de lado la supuesta “debilidad” frente a los débiles de los anteriores programas políticos demócratas, atribuida a su excesiva sensibilidad en relación a los problemas sociales. En esta nueva

⁶⁸² MIR PUIG, S., “Contexto Internacional y Español de la Contrarreforma del Derecho penal español”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal...* op. cit., p. 16.

⁶⁸³ También sobre el tema en BUSTOS RAMIREZ JUAN J./HORMAZABAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho penal -Parte General...* op. cit. pp. 25-26. También, HASSEMER, WINFRIED/MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal...* op. cit. pp. 220-225.

⁶⁸⁴ Voltaire, plantea que la intolerancia no siendo de derecho divino, ni de derecho natural, no puede de ningún modo ser de derecho humano. En el origen de la intolerancia no existe nada de noble: es la peor lacra que se puede hallar en la vida social de los pueblos, esto es el fanatismo. En contrapartida, la tolerancia, hija de la razón, es una exigencia suprema de la civilización y de la sociedad: es un factor de paz social, de respeto y de amor legítimo. VOLTAIRE, *Tratado sobre la Tolerancia*, Ed. Brontes S.L., Barcelona, 2011, Trad. Francesc LL. Cardona.

etapa ideológica, aquellas reformas sociales que habían tenido su punto de inicio con Rossevelt, aparecen de pronto como concesiones al pensamiento socialista, como claudicaciones al enemigo. Se lo vincula a un Estado débil.

Se pasa entonces de aquel humanismo ilustrado de los liberales a resaltar y rescatar el espíritu propio de la identidad norteamericana, enarbolando los valores del puritanismo cristiano protestante.

Era coherente, en este marco de nuevos parámetros, dejar de ver al delincuente como una “víctima” del sistema económico social, ahora se lo observa como su único responsable. Si se había dejado de ayudar a los pobres; con más razón, aquellos pobres que delinquen, como en parte suponían los programas de resocialización⁶⁸⁵.

En esta nueva versión del modelo político criminal se abandona las características fundamentales del liberalismo penal originario: la voluntad de limitar el poder punitivo del Estado frente al ciudadano, aún cuando se autocalifique como un Estado liberal. En esta nueva versión neoliberal/conservadora el Estado ha de ser mínimo en su intervención económica, pero máximo en la lucha contra la delincuencia, del mismo modo en que se acentúan sus competencias militares.

El quebrantamiento de este “welfarismo penal”⁶⁸⁶ dio el inicio de una progresión hacia la política criminal de corte retribucionista que aún hoy domina la escena político-criminal anglosajona.

⁶⁸⁵ MIR PUIG, S., “Contexto Internacional y Español de la Contrarreforma del Derecho penal español”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal...* op. cit., p. 16. También véase en HEBBERECHT, PATRICK “Sociedad de Riesgos y Política de Seguridad”, en DA AGRA, CÁNDIDO/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad...* op. cit., p. 353-358.

⁶⁸⁶ Desde finales del siglo XIX hasta 1960/1970, las tasas de delincuencia fueron bajando de manera progresiva. El Estado creía que era capaz de cumplir de forma efectiva con su función de luchar contra el delito. La política criminal welfarista -bienestar- se apoyó en el ideal de la resocialización o corrección del delincuente. Partiendo de la premisa de que era preciso sustituir el castigo por el tratamiento, la criminología “moderna” preconizada por el Estado de bienestar recurrió a instrumentos tales como la condena indeterminada, la probation, la justicia de menores, los tratamientos etiológicos-

El welfarismo fue criticado porque, en primer lugar, se entendía que en nombre del tratamiento individualizado, el Estado incurría en abusos contra los derechos de los presos. Se empezó a pensar que detrás del paternalismo correccionalista declarado por el Estado del bienestar subyacía, en realidad, otra cosa: la consideración del Derecho penal como un instrumento de opresión política. El problema no era el delito, algo normal en cualquier sociedad, sino el control del delito por parte del Estado. Esta crítica a la criminología correccionalista del welfarismo fue vertida desde el interior mismo de la criminología socialdemócrata radical⁶⁸⁷.

A finales de la década de 1970, se acentúan las críticas y se le atribuye a este modelo el fracaso social y el principal motor de sensibles diferencias y desniveles sociales⁶⁸⁸. En el welfare, la policía no consigue descubrir los delitos, y las penas no logran disuadir, ni rehabilitar al delincuente. En este contexto, tres tesis buscan la solución contra las bases fundacionales del Welfarismo penal: la tesis de la perversidad; la de la futilidad, y, por último, la tesis del peligro.

En relación a las tesis de la perversidad, las políticas orientadas a la rehabilitación no sólo no reducían la delincuencia; sino, al contrario, contribuían a que aumentase. Por su parte, la tesis de la futilidad, entiende que intentar corregir al delincuente era inútil y, por ello, un gasto innecesario. Por último, las tesis del peligro,

sociales, la libertad condicional o el tratamiento individualizado. Según ésta línea de política criminal, para combatir el delito era necesario conocer sus causas, normalmente relativas a una deficiente socialización o adaptación social.

⁶⁸⁷ GÓMEZ MARTIN, VICTOR, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política criminal...* op. cit., p. 58. También sobre la temática en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón...* op. cit. 860-864.

⁶⁸⁸ BERGALLI, ROBERTO *Control social punitivo -Sistema penal e instancias de aplicación...* op. cit. pp. 14 y ss.

entienden que las políticas de rehabilitación comprometían importantes valores democráticos (como los derechos de los individuos o el propio Estado de derecho)⁶⁸⁹.

Realizada una pequeña reseña del recorrido que ha tenido la política criminal, vemos como la misma fue mutando de una que tenía por principal objetivo la resocialización del individuo a otra que ve, al mismo, como un sujeto peligroso para el todo social.

Como consecuencia de lo reseñado, será desde el principios de los años 80', que los sistemas penales se caracterizan: por un lado, por un considerable aumento del número de prisiones y de encarcelamiento, así como condenas de larga duración; y por el otro, en lo que respecta a la policía, se intensifican los esquemas de policía comunitaria y una actuación más aguda con el incivismo.

Entonces, en una relación directa a esa transformación del welfarismo penal, en esta nueva sociedad del control, aquellas instituciones del welfare que antes estaban abocadas a una función correccionalista, ahora serán meramente asegurativas. Comenzamos hablar de la prisión-institución, dejándola de lado como posible instrumento de resocialización para devenir en una institución directamente orientada a la exclusión y la eliminación del sujeto peligroso.

Esta segunda consecuencia, donde la rehabilitación del criminal deja de ser un fin en sí mismo, cobra ahora un nuevo sentido instrumental y se convierte en un medio para conseguir fortalecer ese control social, con costes relativamente bajos. Importa menos el delincuente que el gran público y su seguridad.

Por último, se evidencia la preocupación por los costes económicos de estas instituciones del sistema penal en la nueva sociedad del control. No obstante, esta

⁶⁸⁹ GÓMEZ MARTIN, VICTOR, "Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal", en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política criminal...* op. cit., p. 59.

preocupación por lo económico tiene como límite el llamado “razonamiento expresivo”, representado por medidas como la “guerra contra las drogas”, las políticas comerciales de “tolerancia cero”, o el encarcelamiento masivo⁶⁹⁰.

Esta visión fue importada, en aquel momento, en los países de este continente, principalmente por el Reino Unido de Margaret Thatcher y, de forma algo más moderada, por el resto de los componentes europeos. Sin embargo, cada vez más son las reformas que tienden a endurecer el sistema penal, incluido, claro está, España, donde la realidad muestra constantes reformas con mayor rigor punitivo de las penas en determinados delitos, mayor restricción para acceder al beneficio de libertad, o el cumplimiento efectivo de las penas⁶⁹¹.

Nuevamente, por un instante vuelvo a Voltaire y su Tratado, éste en uno de sus pasajes refiere: “el abuso de la religión, por más santa que sea, ha provocado un gran crimen. Queda en interés de la humanidad, por tanto, examinar si la religión debe ser generosa o bárbara”⁶⁹². Invito, a cambiar la palabra “religión” por la de un “derecho punitivo riguroso” y la palabra “santa” por “justificado” o “interés del todo social”. Vemos, que nos quedará, nuevamente, a nosotros examinar si el abuso que se hace del Derecho penal, acaso no cae en lo bárbaro.

1.2.2. La “tolerancia cero” en su auge.

En este sentido, podemos decir que se sabe o, al menos, se tiene la convicción que el nuevo enemigo público de estas sociedades modernas lo constituye la microcriminalidad. Serán los mismos integrantes de esa sociedad, quienes, sin

⁶⁹⁰ *Ibid* pp. 69-71.

⁶⁹¹ LANDROVE DIAZ, GERARDO “Una cierta política criminal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. t. II, pp 1080.

⁶⁹² VOLTAIRE, *Tratado sobre la Tolerancia...* op., cit. p. 27.

demasiada conciencia de lo que significa en cuanto a sus consecuencias, proclaman: “basta de excarcelaciones fáciles”, “basta de puertas abiertas a la inmigración”, “basta de medidas alternativas de detención”. Ante esto, los gobiernos, cualquiera sea su posición ideológica -de izquierda, como de derecha -sobre todo de derecha-, y como si de una fórmula mágica hacia la seguridad, se tratara, surge la “*tolerancia cero*”⁶⁹³.

Enmarcada en las bases de lo que se denominaría *criminología de la vida cotidiana*, tiene su punto de apoyo en el dilema contemporáneo del control del delito. Articula una imagen del sujeto delincuente que ya no es el inadaptado pobremente socializado, necesitado de ayuda, sino la del consumidor oportunista y que debe ser privado del acceso de ciertos bienes sociales⁶⁹⁴

El legislador moderno, haciéndose eco de esos reclamos está dispuesto a incorporar un Derecho penal más rígido -más delitos, penas más duras y reglas más severas-, menoscabando los estrictos principios y garantías penales y procesales, con el sólo objetivo, supuestamente, de conseguir una mayor eficacia ante la criminalidad y una mayor seguridad ciudadana. Se propone una política de *tolerancia cero* ante cualquier tipo de conducta delictiva, sin analizar las consecuencias y circunstancias que dicha acción conlleva⁶⁹⁵.

⁶⁹³ DE GIORGI, ALESSANDRO., *Tolerancia Cero, Estrategias y Prácticas de la sociedad de control*, Ed., Virus, Bilbao, 2005 pp. 154-155. *Vid.*, FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris- Teoría del Derecho...* op. cit., pp. 362-363.

⁶⁹⁴ HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica...* op. cit. pp. 88-89. Entiende NILS JAREBORG, que son cada vez más los delincuentes que dejan de ser considerados como iguales y caen en un trato de “enemigo”, con lo que es evidente que la terminología militar invade la política criminal, aún cuando un sujeto pueda ser merecedor de esa estigmatización, dicha aplicación corrompe la política criminal de manera moral. JAREBORG, N. “Derecho penal e ideología”, -Trad. Pirrafé, María José- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit. p. 446.

⁶⁹⁵ DAUNIS RODRIGUEZ, ALBERTO “Seguridad, Derechos Humanos y Garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdres) *Derecho Penal...* op. cit., p. 218.

Se torna popular la creencia que los centros penitenciarios carecen de eficacia alternativas y constituye el medio más adecuado para la inocuización, custodia y segregación de los delincuentes que exigen las demandas populares de retribución y seguridad ciudadana⁶⁹⁶

Esta “tolerancia cero”, en realidad, es un concepto que resulta difícil de definir: es más una nueva retórica política, casi una tendencia subcultural o una filosofía popular, que una estrategia específica de política criminal, es sólo parte de una estrategia de seguridad urbana.

No se tiene en cuenta la diferencia entre la marginalidad social y la conducta delictiva, procurando imponer sanciones ejemplificadoras y desalentadoras para ambas situaciones; poco importa la proporcionalidad, la culpabilidad, el menoscabo al principio de mínima intervención y con todo ello el de ofensividad, toda vez que se considera que de aquella marginalidad se pasa directamente a la conducta criminal o, al menos, se facilita el camino. En consecuencia, hay que combatirla⁶⁹⁷.

Jakobs, por su parte, entiende que el Estado actúa en relación a los delincuentes de dos modos distintos: ya sea como personas que si bien han delinquido, han cometido un error o, bien, como individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico, serán “enemigos”. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ LANDROVE DIAZ, GERARDO “Una cierta política criminal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. t. II, p. 1080.

⁶⁹⁷ MUÑOZ CONDE, F. “El Derecho penal en los tiempos del cólera”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz...* op. cit. p. 871.

⁶⁹⁸ JAKOBS, GÜNTHER, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, GÜNTHER/CANCIO MELIÁ, MANUEL, *El Derecho penal del...* op. cit., p. 47. MUÑOZ

Como si se tratase de una fórmula capaz de materializar, por el sólo hecho de ser pronunciada, soluciones inmediatas y mágicas a los diversos problemas -droga, pedofilia, el abandono y fracaso escolar-, que, en definitiva, coadyudan a la criminalidad, se comenzó a partir de los años 90⁶⁹⁹ hablar de la *tolerancia cero*.

Es cierto que se puede sostener que “*tolerancia cero*” o “*mano dura a la delincuencia*” indica principalmente un conjunto de acciones que tienen como objetivo primario el reducir drásticamente hechos criminosos calificados socialmente como indeseables, pero será insuficiente si pretendemos entender que la misma constituye una verdadera y propia orientación política. A su vez, se entiende que si bien encierra un complejo de estrategias de control y prevención de la criminalidad; también se torna imprescindible, antes de ver el final del túnel, determinar de qué tipo de criminalidad se está hablando -la callejera, de la empresarial, de la violencia, de la delincuencia sin víctimas, etc.-, porque cada una encierra un componente distinto a la otra y cada una necesita de un tratamiento diferente. Comienza la crítica básica de esta “modalidad” de política criminal.

En 1982, un criminólogo, Kelling, y, un doctor en política, Wilson, ambos norteamericanos, firmaron un artículo con el sugestivo título de “*Broken Windows*” (ventanas rotas) en la *Montbly Review*⁷⁰⁰.

CONDE, F. Con el afán de luchar contra un “enemigo”, se pretende adelantar la intervención del Derecho penal a conductas que ni siquiera constituyen peligro para el bien jurídico. MUÑOZ CONDE, F. “El Derecho penal en los tiempos del cólera”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. p. 871. También en BORJA JIMENEZ, “Política criminal y el Derecho penal del enemigo”, en *Curso de Política Criminal*,...op. cit. pp. 111-115.

⁶⁹⁹ Vid. HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*, ...op. cit. p. 221.

⁷⁰⁰ Véase en DE GIORGI, A. *Tolerancia Cero, Estrategias y Prácticas de la sociedad de control*...op. cit., p. 157.

Los dos autores avanzaron sobre una hipótesis que parece provenir directamente del sentido común, más que de la ciencia política o de la criminología: existe una relación directa entre degradación urbana y verdadera y propia criminalidad.

Según Kelling y Wilson, cuanto más degradado aparezca un ambiente urbano, será más susceptible de llevar adelante comportamientos criminales y transgresiones para aquellos sujetos que lo componen, antes o después; pero es sólo cuestión de tiempo. La tesis propuesta, se grafica con aquella ventana de un edificio en desuso; la cual, es rota por alguien, y si no se repara de forma urgente, rápidamente, todas las demás ventanas serán destrozadas y, en algún momento, alguien entrará con malas intenciones en el interior del edificio y, poco tiempo después, todo el edificio se convertirá en escenario de comportamientos vandálicos⁷⁰¹.

Entonces, desde esta visión la degradación urbana introduce en la comunidad una sensación de abandono, una falta de atención por parte de la autoridad, todo lo cual facilita los comportamientos desviados y transgresores. La consecuencia más notable es la de producir la consolidación de culturas criminales⁷⁰².

Si bien esta teoría tiene el atractivo de exponer una solución sencilla y rápida a gran parte de la ciudadanía, no podemos dejar de tener en cuenta los inconvenientes que la misma acarrea tanto en el plano jurídico-normativo, como empírico-criminológico⁷⁰³.

⁷⁰¹ Véase en *Ibid*

⁷⁰² *Ibid*

⁷⁰³ El contenido de la teoría de la tolerancia cero, como sucede en muchos casos de la realidad, que es llevado a sus máximas consecuencias, puede confrontar y de hecho lo hace, con los principios liberales del Derecho penal del Estado de derecho, sobre todo el principio de proporcionalidad y de mínima intervención, como asimismo, una excesiva represión policial. En enero del año 99', en la ciudad de Nueva York, cuatro miembros de la policía que buscaba a un violador serial, realizaron 41 disparos, de los cuales 19 dieron en el blanco, contra un joven inmigrante guineano que se encontraba tranquilamente en el vestíbulo de un edificio, hiriéndolo mortalmente. En marzo del 2001, policías de Filadelfia, dispararon contra un conductor de raza negra que se saltó un semáforo en rojo, porque al ir a

Lo que subyace en la teoría de Wilson y Kelling, es la fuerte inversión en estrategias de prevención del delito, como mecanismo directo para reducir la criminalidad en las calles de las grandes ciudades. Se lleva adelante, a través de una policía que vuelve a tener aquel rol de “tuteladora del orden” de la comunidad que había tenido en el inicio de su propia historia, antes de que fuera transformada en un dispositivo que sólo se activa después de que un delito ha sido cometido. La policía, debe priorizar, ahora, el orden de la comunidad, tiene que tener mayor presencia en la sociedad, antes que ocuparse de la macrocriminalidad, de los *serial killers* -asesinos en serie- y de los crímenes violentos; si preserva a la ciudad de esta manera, puede evitar la aparición de la criminalidad más grave⁷⁰⁴.

Lógico que con una política orientada de esta manera, la policía debe reprimir aquellos comportamientos que aún no constituyendo propiamente un delito, resultan, sin embargo, molestos y ofrecen al ciudadano una imagen degradada de la ciudad⁷⁰⁵.

Ahí es donde nuevamente se echa mano al Derecho penal. Entonces, comienzan a surgir “nuevas” justificaciones para darle consenso desde lo jurídico, a lo intolerable desde el Derecho penal liberal, propio de la ilustración. Considero que pasamos, a lo ya hartamente repetido y en palabras de Jakobs, de instar “Derecho penal del ciudadano” a un “Derecho penal del enemigo”⁷⁰⁶, mitigado, quizás, pero dejemos abierto el

identificarlo se pensaron que iba a sacar un arma de la guantera. HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*,...op. cit. p. 222.

⁷⁰⁴ Véase en DE GIORGI, A. *Tolerancia Cero, Estrategias y Prácticas de la sociedad de control*...op. cit., p. 158.

⁷⁰⁵ Lo serán: los graffitis urbanos, el pedido agresivo de limosnas, la insistencia de quienes lavan cristales de los vehículos en los semáforos, la prostitución callejera, la embriaguez en lugares públicos, la presencia de los “sin techo” en las calles y demás situaciones similares. *Ibid*

⁷⁰⁶ JAKOBS, GÜNTHER, *El Derecho penal del...* op. cit., p. 21. *Vid.*, RIQUET, MARCELO A. *Crisis Penal. Política criminal, globalización y Derecho penal*...op. cit., pp. 149-172.

interrogante. Así, mientras el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo, combate peligros⁷⁰⁷.

Parece surgir, como conclusión necesaria, que quién no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado ya no debe tratarlo como tal, ya que de lo contrario vulneraría el Derecho a la seguridad de las demás personas. Desde una posición kantiana⁷⁰⁸, se exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los “enemigos”⁷⁰⁹.

A Wilson y Kelling les interesa primordialmente que los “elementos nocivos” no se manifiesten en público, en la calle, representando una amenaza a los valores que debe imperar en una comunidad. En ese contexto, no les interesa qué tipo de fenómenos pueda ser la expresión más o menos directa de malestar social y de conflictos culturales para, de ese modo, requerir una política de mediación.

Ahora bien, de la teoría propuesta, tampoco queda claro, cuáles serán los parámetros en base a los cuales vamos a juzgar, como ordenados o desordenados, los comportamientos públicos; sólo queda evidenciado que será la policía renovada en esta

⁷⁰⁷ Vid., DAUNIS RODRIGUEZ, ALBERTO “Seguridad, Derechos Humanos y Garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdras) *Derecho Penal...* op. cit., p. 221.

⁷⁰⁸ En la filosofía de Kant, ese estado de paz entre los seres humanos, no es un estado natural, por el contrario, lo será más bien un estado de guerra; éste estado, aun cuando no estemos en presencia de hostilidades declaradas existe como constante amenaza. El estado de paz tiene que ser instaurado, pues la falta de hostilidades no es todavía garantía de paz y si un vecino no da seguridad a otro, cada uno puede tener como enemigo a quien le haya reclamado esa seguridad. KANT, IMMANUEL, “Que abarca los artículos definitivos para la paz perpetua”, en *Por la Paz Perpetua y ¿Cómo orientarse en el pensamiento*”, ...op. cit. p. 45.

⁷⁰⁹ JAKOBS, GÜNTHER, *El Derecho penal del...* op. cit., p. 47. Cfr. CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Derecho penal del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, en CANCIO MELIÁ, MANUEL/FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO (Ed.) *Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad- Seminario con Günther Jakobs en la UAM...* op. cit. pp. 77-87.

nueva función, algo así como el único juez de la legitimidad de determinados actos, la genuina intérprete del común sentir de los ciudadanos.

El pesimismo criminológico respecto a las estrategias de reducción de la criminalidad resulta ahora sólo un recuerdo, gracias a una nueva y prometedora perspectiva completamente centrada en la restauración del orden.

La policía, como segura voz de una comunidad angustiada por el miedo al delito, debe cesar de tolerar desviaciones. No se debe seguir permitiendo que las normas sean quebrantadas: que después se trate de normas jurídicas, de juicios morales o de convicciones estéticas, poco importa⁷¹⁰.

Una y otra vez, en la lectura y relectura del tema, viene el concepto de una lucha contra lo que se podría denominar “terrorismo urbano”, no en el sentido específico que lo tiene legislado el Código penal español, sino haciendo uso de una concepción amplia que se sustenta en esa ambigüedad que el mismo término lleva consigo⁷¹¹.

Parece ser que aquellos grupos de poder han declarado una férrea batalla, contra el “enemigo social”, contra el sujeto peligroso (excluido social). El punto es

⁷¹⁰ DE GIORGI, A., *Tolerancia Cero, Estrategias y Prácticas de la sociedad de control...* op. cit., p. 158.

⁷¹¹ FERNANDEZ REQUENA, al analizar el “terrorismo urbano o de baja intensidad” del art. 577 del Código penal español; entiende que, como una consecuencia directa, a una alta carga subjetiva, moral y emotiva del término, éste, deviene en una definición un tanto ambigua. Así, concluye que podría ser entendido, en los tiempos actuales, como “la actividad violenta que transgrede prescripciones de derecho humanitario, ejercida contra ciudadanos concretos, contra colectivos o contra la sociedad en general por un grupo organizado y jerarquizado con clara finalidad política, religiosa o ideológica”. Entiende que de dicha definición se extraen una serie de requisitos: a) existencia de una actividad violenta o ilegal -en sentido amplio-; b) No hay necesidad de repercusión general; c) Ha realizarse por un grupo estable, organizado, jerarquizado y con clara intención de lograr la persecución de los fines propuestos y d) la finalidad de la acción ha de ser política, pero también en un sentido amplio del término. Asimismo, se ha criticado la reforma operada por la LO 7/2000, en relación a este delito entendiendo que el legislador no ha sido prudente en el concepto y generando con ello, una ámbito demasiado amplio de aplicación, tipificando una nueva figura como lo es el “terrorismo de baja intensidad”, también conocido como “kale borraka”, “lucha callejera” o “terrorismo urbano”. Una cosa es que determinadas conductas sean delictivas o no y otra que sean delitos terroristas o no. *Vid* FERNANDEZ REQUENA, JUAN, *El delito de terrorismo urbano o de baja intensidad -análisis del art. 577 CP-* ...op. cit., pp. 16-54.

determinar si en esa “lucha” no están cometiendo ellos mismos un pseudo-terrorismo de Estado⁷¹². Seguramente no serán pocos los que tilden la reflexión de exagerada, pero me voy a permitir la licencia del caso.

No obstante y, en cierta forma, apoyando la opinión personal que acabo de exponer, vemos que Nils Jareborg, entiende que de una combinación -por cierto, fácilmente aplicable al tema tratado- entre la efectividad, prevención, ley y orden, una ideología colectivista del Derecho penal y una moral moralizante del mismo, nos suele abrir el camino al terrorismo de Estado⁷¹³.

En aquellos años noventa y más específicamente en la ciudad de Nueva York, con Giuliani como alcalde, es donde comienza a dar sus primeros pasos, en su faz práctica, la “tolerancia cero”.

Se lanza el desafío, se apela a los valores más radicales de la sociedad norteamericana, se declara la guerra a la delincuencia callejera, a la droga, a las bandas, a la violencia de los jóvenes en general. Como política de control, se invierte mayor cantidad de dinero en la policía de Nueva York y se anuncia el renacimiento de la calidad de la vida basada en la restauración del orden, del decoro urbano y de la seguridad.

Será, William Bratton, nombrado como jefe de la policía local, el encargado de llevar adelante los objetivos antes referidos planteando:

⁷¹² Se entiende que el sistema político imperante puede ser lesionado tanto en acciones de ataque como de defensa. Así, el sistema gobernante, dotará de legalidad a las acciones que estén dirigidas a su protección y criminalizará aquellas que entienda que juegan un papel de ataque al mismo. En ese marco conceptual, será lógico que se utilice como principal herramienta de “lucha” al Derecho penal para punir aquellas acciones o sujetos que considere peligroso a ese sistema aplicado. Entonces, paradójicamente si ese mecanismo de “defensa” o “protección”, a través de acciones vulnera derechos básicos fundamentales y mucho más si éstos son humanitarios, será perfectamente viable la existencia de un concepto de terrorismo de Estado. *Ibid*, pp. 62-63.

⁷¹³ JAREBORG, N. “Derecho penal e ideología”, -Trad. Pirrafé, María José- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...op. cit.* pp. 446-447.

- a) Incremento sustancial de los órganos del NYPD;
- b) Máxima discrecionalidad para el NYPD en el cumplimiento de las funciones de control;
- c) conjunción permanente entre los diversos departamentos de zona de la policía, con reuniones semanales de coordinación;
- d) Patrullaje agresivo por las zonas calificadas como de riesgo de la ciudad,
- e) Establecimiento de un banco de datos informáticos capaz de recoger toda la información sobre personas paradas, identificadas y arrestadas por la policía.

Lo cierto, que los resultados obtenidos al cabo de un año de la aplicación del programa, fueron:

- a) La práctica, común, de la “mendicidad agresiva” y el “lavado abusivo de cristales de vehículo” practicado en los cruces de calles y semáforos de la ciudad, desapareció en pocas semanas porque, la sanción ya no es sólo de multa, sino de arresto inmediato en caso de que aquélla no sea pagada en muy pocos días;
- b) La NYPD, con 6000 agentes de refuerzo, alcanzó a contar con 38.000 efectivos;
- c) La cantidad de identificaciones de personas sospechosas efectuadas por la policía se triplicó en el curso de pocos meses.

Como corolario de lo dicho, los homicidios descienden un 19% y los robos de vehículos un 15%. Sólo en el bienio 1994-1995, el total de delitos denunciados en Nueva York pasa de 107.773 a 90.443. En su conjunto, entre 1994-1996, los delitos denunciados descienden un 30%, mientras que los homicidios bajan alrededor de un 40%. Y para los últimos dos años de 1997-1998, la tendencia parece confirmarse ampliamente, sino acentuarse. Por otra parte, las encuestas realizadas por las agencias de registro estadístico muestran que el 73% de los habitantes de Nueva York dice

sentirte más seguro en la ciudad y se declara satisfecho por lo realizado por la policía: un dato que supera en un 32% la media nacional de los Estados Unidos.

Es obvio, en la aplicación de esta política criminal, la pena pasa a ser el principal mecanismo disuasorio tomando a la misma como coacción, como portadora de un significado y a la vez como respuesta al hecho⁷¹⁴.

El entusiasmo por el milagro de la tolerancia cero es irrefrenable. Los hechos parecen dar la razón a Giuliani-Bratton y a su estrategia. Giuliani puede así declarar con satisfacción que, Nueva York, es la ciudad más segura del mundo⁷¹⁵.

No es mi intención entrar en la coyuntura de determinar si el supuesto éxito de esta política criminal, haya sido como consecuencia de toda una serie de elementos externos que van más allá de la propia aplicación de la “tolerancia cero”. En ese sentido algunos criminólogos, adujeron, en realidad, que el éxito se debió a factores externos, es decir, la baja de la delincuencia callejera, en particular la violenta, en el propio Nueva York, iba de la mano con el descenso generalizado que estaba produciendo en todo Estados Unidos, incluyendo aquellos lugares donde no se aplicaba esta política de “mano dura”⁷¹⁶.

⁷¹⁴ En primer lugar, debemos tener en cuenta que está la coacción en cuanto portadora de un significado y es, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad. Ahora bien, la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante un lapso efectivo de la pena privativa de libertad. Cabe pensar que es improbable que la pena privativa de libertad se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad si no concurriera en ella este efecto de aseguramiento. En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. En JAKOBS, GÜNTHER/CANCIO MELIÁ, M, *El Derecho penal del...* op. cit., p. 24.

⁷¹⁵ DE GIORGI, A., *Tolerancia Cero, Estrategias y Prácticas de la sociedad de control...* op. cit., p.162.

⁷¹⁶ Véase en *Ibid*, p. 163-164

Otro de los factores, según nos refiere De Giorgi, que los criminólogos críticos tomaron como base para rebatir las “glorias” de la “tolerancia cero”, fue la baja en el consumo del crack y todo lo que rodeaba a su mercado y esa subcultura delincencial, lo cual trae consigo, lógico, una baja en la violencia ligada a la distribución de la sustancia⁷¹⁷.

Otros de los factores que se podrían haber atribuido, era, justamente, aquellos que surgen de manera palpable en cualquier lugar del mundo y tiene que ver con el crecimiento de la demanda laboral, sobre todo para los más jóvenes, los cuales se encuentran en una posición de riesgo absoluto cuando no tienen mayores ocupaciones⁷¹⁸.

Cuando más arriba, advertí, que no era mi idea plantear o profundizar sobre las cuestiones que llevaron a ese supuesto éxito de la tolerancia cero, lo decía por lo alarmante que puede resultar para cualquier jurista que el ciudadano común aprobara este tipo de prácticas, donde se menoscaban constantemente derechos individuales en atención a ese derecho colectivo.

Ahora bien, viendo el lado oscuro de aquellos “beneficios” logrados en la aplicación de ésta política, según Anmístia Internacional, se produjo en este periodo un incremento de prácticas racistas por parte del NYPD: el 75% de aquellos que denuncian violencia por parte de la policía está constituido por afroamericanos o latinoamericanos, contra un 21% de blancos. Las proporciones, por cuanto se refiere a policías acusados de abusos, se invierten: en el 69% se trata de blancos, el 17% se refiere a latinoamericanos, en el 12% se trata de afroamericanos. La existencia de un código de silencio en el interior del NYPD, nos lleva a referir que desde 1977 hasta

⁷¹⁷ *Ibid*, p. 165-167

⁷¹⁸ *Ibid* p. 167

hoy en día sólo un agente del NYPD ha sido condenado por homicidio, mientras en la mayor parte de los casos las acusaciones de homicidio han sido reducidas a las de abuso, exceso en la legítima defensa, etc., garantizando así de hecho impunidad a los responsables⁷¹⁹.

Asimismo, la edad típica de las víctimas de abuso de violencia u homicidios por parte del NYPD se sitúa entre los 14 y 17 años. En la mayor parte de los casos se trataba de personas sin armas o ya desarmadas e inmovilizadas por la policía. Lo que caracteriza estos hechos, son los casos de circulación sin permiso; problemas con asistentes sociales y sucesiva intervención policial; casos de conducta “desordenada”; arrestos de personas sospechosas de venta de droga; participación en manifestaciones de protesta; presencia de curiosos durante un arresto; violaciones del código de la calle; hurtos en supermercados; protestas respecto de arrestos percibidos como injustos o inmotivados y no los enfrentamientos ni las persecuciones de peligrosos criminales⁷²⁰.

Hassemer, agrega, que esta aplicación de la política de tolerancia cero, tuvo directa repercusión del número de sujetos “excluidos” en los centros penitenciarios, a las cuales se les llamará “cárceles de la miseria”. El crecimiento veloz que ha tenido el sector penitenciario ha llevado a recurrir a la prisión privada o al sector empresarial, convirtiéndolo en un lucrativo negocio. Otro efecto, que ha producido es el desplazamiento de los sujetos a ciudades anteriormente tranquilas, debido a la incesante y agobiante labor policial de permanente control⁷²¹

⁷¹⁹ *Ibid*, p. 170

⁷²⁰ *Ibid*, pp. 170-171.

⁷²¹ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal...*op. cit. p. 224.

No obstante lo dicho, la férrea intervención en el control social y caracterizada como de “*tolerancia cero*”, llevó a Nueva York, hasta entonces ciudad tópicamente peligrosa a una ciudad turística; aquellos barrios antes vistos como patológicamente criminales, como Harlem o Queens, se transformaron e incluso se inició un proceso de “aburguesamiento” urbano en barrios antes considerados pobres y/o peligrosos. Giuliani, por su parte, alcanzó una inmensa popularidad, debido al cambio radical que se produjo en la misma Nueva York ⁷²².

Que oportunas, me suenan, aquellas palabras de Voltaire: “El derecho de la intolerancia, por tanto, es necio y salvaje: es el derecho de los tigres, pero mucho más terrible, porque los tigres sólo matan para comer, mientras que nosotros nos hemos aniquilado por los párrafos de unos textos”⁷²³. Sólo me pregunto: ¿Cuántos miembros de nuestro componente social han sido “aniquilados” -socialmente- en *ora* de ese, tan ansiado, beneficio colectivo? La respuesta, seguramente, excede este trabajo; pero no nos priva de ser autocríticos en posturas, quizás, un poco laxas ante los distintos mecanismos de plena intervención punitiva⁷²⁴.

No constituyó un hecho menor, para el recrudecimiento de esta política, lo acontecido el 11 de septiembre del 2001, quizás fue el elemento necesario para el salto

⁷²² BOTELLA CORRAL, J., en GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dtores), *Malas Noticias...*op. cit. p. 16.

⁷²³ VOLTAIRE, *Tratado sobre la Tolerancia...*op. cit. p. 42-43.

⁷²⁴ En igual sentido, Hassemmer, observa que las reformas de las leyes penales se han caracterizado, desde hace un tiempo, por la precipitación y opacidad. Lamentablemente los penalistas no pertenecen a ese círculo que conoce lo que va a pasar, antes de que suceda. En ese marco, la crítica del penalista una vez que acontece el hecho legisferante, no tiene fuerza suficiente. Ahí es donde debemos intervenir sin ningún resquemor, porque sin una información amplia y puntual de la evolución de la política resulta imposible una participación científica de la misma y de manera fructífera. HASSEMER, W., “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a la exigencias de su tiempo”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...*op. cit., pp. 46-47. Idéntica lectura en *Vid*, SANZ MULAS, N. “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz...*op. cit. pp. 1064-1069.

cualitativo y el evidente “relanzamiento”⁷²⁵ al ya renombrado “Derecho penal del enemigo”, pero entiendo que jamás el derecho, en general, y, el penal, en particular, puede o debe renunciar a sus principios en nombre de la excepcionalidad de la situación⁷²⁶.

Así, me es inevitable recurrir, nuevamente, a aquel concepto amplio de “terrorismo urbano” sin dejar de hacer la salvedad que el “etiquetamiento” lo suele utilizar el vencedor o la parte en el poder para definir a las acciones del enemigo; mientras que estas mismas acciones, en un marco de pura hipocresía, si son realizadas por parte del que las define, las llama acciones de guerra, de defensa o de instauración o mantenimiento de la legalidad⁷²⁷.

⁷²⁵ Vid, SANZ MULAS, “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. 1030.

⁷²⁶ QUINTERO OLIVARES, G. Expone, en el artículo citado, esa suerte de conclusión, cuando analiza, de manera muy interesante, cómo se han manejado situaciones “extremas” en el Derecho penal actual; se refiere específicamente a los casos de la justificación, desde posturas dogmáticas y legislativas, del derribo de aviones cuando se encuentran bajo el designio de grupos terroristas y se hallen rehenes en los mismos y en aquellos, otros, casos donde se determina la “necesidad” del uso de la violencia física -tortura- para lograr por ejemplo, que se desactive una bomba de relojería. Analiza a su vez, la posición de Niklas Luhman, quien sobre el punto, adhiere a la postura por la cual entiende que no hay principios o normas irrenunciables. Lo enunciado y criticado por Quintero Olivares, tiene su razón de ser en la excepcionalidad, valga la reiteración, que no puede justificar de modo alguno el alejamiento de los principios del Derecho penal, análoga posición es la planteamos, en el presente. Véase en QUINTERO OLIVARES, G. “Las decisiones extremas ante el Derecho penal”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. 948-974.

⁷²⁷ Si bien la reflexión que realiza Fernández Requena, tiene que ver con la ubicación temporal y condicional de aquellos tiempos posteriores a la finalización de la primera guerra mundial, no encuentro impedimento para aplicarlo en los tiempos actuales. En este sentido, como ejemplo claro de lo referido, quizás tengamos que hoy se ubica dentro del concepto “terrorista” a los grupos antiglobalización, definidos por Europol como “radicales” o “anarquistas”. Así, el mismo Consejo Europeo en Laeken del 27 de diciembre de 2001, menciona en sus comentarios sobre el articulado del proyecto para determinar una definición común de los delitos terroristas, entre estos a “los actos de violencia urbana”. Vid. FERNANDEZ REQUENA, JUAN *El delito de terrorismo urbano o de baja intensidad -análisis del art. 577 CP-*...op. cit. p. 26-34.

1.2.3. La importación de Europa del modelo “ejemplar”

Así las cosas, como la gran mayoría de otros sucesos; este tipo de políticas cruzó el Atlántico y alcanzó Europa. Probablemente corresponda a los gobiernos de Blair -Gran Bretaña- el “mérito” de haber importado, antes que otros Estados europeos, esta lógica. Se impulsó por parte del titular del Ministerio del Interior Jack Straw, una serie de medidas⁷²⁸ propias del modelo “tolerancia cero”, siendo su máxima “duros contra el crimen, duros con la causa del crimen”.

Una evolución similar se registró en Francia, donde luego de la victoria electoral de la derecha, de la mano de Nicolás Sarkozy, y quizás motivado por los distintos hechos de violencia de aquellos años⁷²⁹, legitimaron la adopción y aplicación de iniciativas policiales y penales más duras y una retórica de enorme contundencia, declarando el propio Sarkozy, que iba a resolver las dificultades de las periferias mediante el uso del “Kärcher”, haciendo referencia a una aspiradora ultrapotente utilizada por los servicios de limpieza urbana para recoger la suciedad callejera en Francia⁷³⁰.

En el mundo de la “tolerancia cero” todo lo que tenga que ver con represión o intervención de los componentes que tienen en sus manos el orden social, adquiere una significación diferente; así vemos que aquellas infracciones que para el común denominador se presentan como leves y, ciertamente, no susceptibles de justificar una

⁷²⁸ Mayor presencia policial, prolongación del periodo de detención de los sospechosos (hasta siete semanas), uso masivo de videocámaras, el toque de queda para menores de 16 años a partir de las nueve de la noche u otras medidas similares. Lo dicho influyó de manera notoria en el clima social. *Vid* en BOTELLA CORRAL, J., en GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dtores), *Malas Noticias...*op. cit. 17.

⁷²⁹ Asesinato de tres concejales comunistas del ayuntamiento de Nanterre durante la campaña electoral de 2002 o las revueltas en los suburbios periféricos de París y de otras ciudades francesas, que se produjeron en 2005, ponen el tema de la inseguridad como principal preocupación del electorado y por ende principal motor de promesas políticas. *Ibid*,

⁷³⁰ BOTELLA CORRAL, J., en GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dtores), *Malas Noticias...*op. cit 17.

particular agresividad o, directamente, una violencia o asesinato por parte de la policía, asumen un nuevo concepto. Es sobre estas situaciones y sobre las personas en ellas involucradas donde el modelo pretende ser aplicado y funcionar.

Un ejemplo, en el plano local, de la aplicación de esta política de “*tolerancia cero*” la podríamos señalar cuando se dio la preparación de los Juegos Olímpicos de Barcelona del año 92’, en términos genéricos en toda la ciudad y específicos en la plaza Real de Barcelona⁷³¹. Así, surge la consigna dentro de las órbitas políticas y en relación a la sensación de seguridad que había que brindar, “limpiar” Barcelona, para lo cual, se crean distintos subgrupos especializados, tanto en la jefatura como en las comisarías de policía. La idea o la “excusa”, como siempre, no será otra que bajar en la calle el índice de inseguridad, trabajar con o lo que más inmediatamente percibía y veía el ciudadano común y con este propósito prácticamente se dismanteló todo el entramado social existente. Se llevó adelante una política intensa y agresiva, donde los gitanos, fueron tratados como extranjeros en su propio territorio, segregados hacia otros sectores urbanos degradados dentro de la misma Barcelona y muchos marroquíes y demás extranjeros fueron expulsados del territorio español⁷³².

En la actualidad quien ostenta el monopolio del mercado de drogas dentro de la plaza son personas exclusivamente de nacionalidad marroquí, con lo que resultará más

⁷³¹ Desde 1980 hasta 1992, en la plaza existía un mercado de drogas manejado por gitanos, negros y marroquíes. Los dos primeros, monopolizaban el comercio de la heroína, mientras que los segundos comercializaban con hachís. Había pocos turistas y la policía rondaba la plaza muy de vez en cuando. Heroína y hachís era lo más consumido y socialmente aceptado en el lugar, a diferencia de la cocaína, que si bien podía llegar a conseguirse en la plaza, no era lo más común, ya que estaba reservada para una élite, constituía una especie de submundo. Podía ser considerado como un territorio psicotrópico, un espacio geo-social identificado con la droga, delincuencia y la inmigración. Véase en ROMANI, ORIOL/TERRIBLE, SOLEDAD/ZINO, JULIO, “Drogas y Gestión del Conflicto Social en el Camino de Siglo: ¿nuevos sujetos, nuevos espacios de riesgo?”, en DA AGRA, CÂNDIDO/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad...* op. cit., p. 236.

⁷³² *Ibidem*, p. 236.

que evidentes que sean estos grupos los aprehendidos por el accionar de la policía⁷³³.

Ahora bien, como consecuencia de esta política y a partir de su aplicación se van acentuar aquellos estereotipos, ahora dominantes; donde se produce casi de manera inmediata en el ciudadano común, una identificación entre inmigración y delincuencia; la atribución a éstos colectivos de una cultura atávica e imposible de integrar; una mayor conceptualización religiosa, donde se acentúa al Islam como religión ajena a Europa; o la permanente calificación a determinados flujos migratorios con metáforas que sugieren peligro o amenaza, etc.

De la Plaza Real de Barcelona, hoy se puede deducir que coexisten dos grupos diferenciados. Por un lado, los excluidos del sistema económico imperante - extranjeros, con o sin papeles, revendedores de drogas o no; los mendigos; los vagabundos, los marginales-. Por el otro lado, turistas, vecinos, comerciantes, todos ellos pertenecientes a una clase media o alta⁷³⁴.

Los primeros, si bien no sienten la inseguridad ni se sienten amenazados por posibles actos antisociales de sus semejantes, sí sienten la fuerza constante y de permanente intervención que representa la policía. Serán, como es evidente, el blanco de la fuerzas de seguridad; por ende no beneficiados de esa política tendiente a brindar seguridad; por tanto, serán doblemente condenados.

Los segundos integrantes del grupo, en cambio, se sienten amenazados en su propio espacio, perciben todo el tiempo una sensación de inseguridad. Lo que tiene como consecuencia directa, el constante reclamo de mayor intervención policial, más

⁷³³ *Ibidem*

⁷³⁴ Véase en ROMANI, ORIOL/TERRIBLE, SOLEDAD/ZINO, JULIO, “Drogas y Gestión del Conflicto Social en el Camino de Siglo: ¿nuevos sujetos, nuevos espacios de riesgo?”, en DA AGRA, CÂNDIDO/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad...* op. cit., p. 240.

intolerancia hacia los desórdenes cotidianos y más mano dura. Éste grupo, sería el beneficiario de las políticas de seguridad aplicada a la plaza⁷³⁵.

Un elemento que no podemos de dejar de reseñar y que coadyuda en esta dinámica, lo va a constituir la Ley de Extranjería -LO 4/2000 con su reforma operada por la 2/2009-, la cual actúa como marco que habilita a vulnerar los derechos de las personas⁷³⁶, se cosifica al inmigrante ilegal⁷³⁷. Es de suyo que la primera LO, como su reforma, van a continuar con los lineamientos de toda la Unión Europea, la cual, con la complicidad de los medios de comunicación, tratan al extranjero inmigrante como invasión maligna⁷³⁸. Parece ser que mediante la Ley de Extranjería, en la práctica, lo que se ha conseguido es enfrentar a la ciudadanía originaria contra los ciudadanos de otros estados a través de una estrategia, si se quiere, de criminalización del inmigrante⁷³⁹.

No voy a analizar los distintos componentes que pueden ser los causales de la criminalización de los sujetos extranjeros (e.g., marginalidad, exclusión del nuevo

⁷³⁵ *Ibidem*

⁷³⁶ Se criminaliza la sola presencia de quien no tiene papeles, no siendo necesario que la policía deba encontrarse ante una conducta tipificada como delito para actuar; reafirma las actitudes racistas discriminando a las personas por su país de origen siempre en detrimento de los más pobres; y otorga a la policía un mayor poder discrecional que se concreta en una aplicación arbitraria de sus facultades. *Ibidem*, p. 241.

⁷³⁷ *Vid.*, SANZ MULAS, N. “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. pp. 1062-1063.

⁷³⁸ En relación al contexto europeo y específicamente al español, se verifica en la representación del hecho migratorio una retroalimentación de los discursos políticos y mediáticos. Asimismo, se produce una dependencia del discurso mediático, basado en fuentes oficiales de información sobre la materia migratoria. Como consecuencia de lo dicho, es evidente una tematización fundamental del hecho migratorio claramente de carácter negativo, vinculando a los migrantes al problema social, la conflictividad, la inseguridad y la delincuencia; alimentando por parte de los otros componentes sociales, prejuicios xenófobos. *Vid.* BRANDARIZ GARCIA, JOSE A. “La conexión entre migración, inseguridad y criminalidad: influencia de las retóricas mediáticas en la construcción de estereotipos negativos”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. pp. 183-195.

⁷³⁹ ROMANI, ORIOL/TERRIBLE, SOLEDAD/ZINO, JULIO, “Drogas y Gestión del Conflicto Social en el Camino de Siglo: ¿nuevos sujetos, nuevos espacios de riesgo?”, en DA AGRA, CÂNDIDO/DOMINGUEZ, JOSE L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad...* op. cit., p. 241.

contexto social, falta de oportunidades laborales, etc.), sólo creo conveniente por su inmediata relación con el tema que tratamos, exponer en bruto, los datos estadísticos de la población carcelaria extranjera y la política criminal orientada muchas veces al encierro o expulsión de los mismos.

Población carcelaria extranjera en su evolución -periodo 1996-2014-, según datos al 31/12/2014. Total Nacional.

Año	Total	Españoles	Extranjeros
1996	41903	34640	7263
2000	45104	36640	8990
2008	73558	47357	26201
2009	76079	48917	27162
2010	73929	47614	26315
2011	70472	45970	24509
2012	68597	45704	22893
2013	66765	45649	21116
2014	65017	45320	19697

Tabla 1. Elaboración Anuario Estadístico, según datos del Mir⁷⁴⁰.

Población carcelaria extrajera en su evolución -periodo 1996-2014-, según datos al 31/12/2014. En porcentajes horizontales. Total nacional.

Año	Total	Español	Extranjeros
1996	100	82,7	17,3
2000	100	80,1	19,9
2008	100	64,4	35,6
2009	100	64,3	35,7
2010	100	64,4	35,6
2011	100	65,2	34,8
2012	100	66,6	33,4
2013	100	68,4	31,6
2014	100	69,7	30,3

Tabla 2. Elaboración Anuario estadístico, según datos del Mir.

Nuñez Paz, como un claro ejemplo de una política criminal, totalmente “contaminada” por aquel Derecho penal del enemigo, utiliza el concepto de pre-enemigos, para describir la situación de los extranjeros, luego de la sanción de LO

⁷⁴⁰ Datos obtenidos en la página web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, www.mir.es, anuario estadístico 2014, consulta efectuada con fecha 04 de junio del año 2016.

4/2000, donde nos hace conocer que esta ley en su fase de tratamiento en el plenario legislativo, promovió el internamiento cautelar durante el procedimiento administrativo de expulsión, sustentado, solamente en el supuesto de peligrosidad del extranjero “ilegal”; lo dicho, nos lleva a un claro enfrentamiento a los principios de igualdad y reinserción (arts. 14 y 25 CE)⁷⁴¹.

Por su parte, la reforma operada por la LO 2/2009, siguió el mismo camino que su antecesora, sólo, mitigando el caso de la delincuencia menor “top manta”, directamente relacionada con el inmigrante ilegal. Mantiene la política de expulsión - como sustituto de la pena privativa de libertad⁷⁴² o como sustituto de la medida de seguridad⁷⁴³-, como primera respuesta al inmigrante irregular, sin atender todo el contexto social que lo rodea -marginación e indefensión, condenado a una economía sumergida o a la pequeña delincuencia-, desconociendo, no sólo el principio de igualdad, sino una evidente incompatibilidad con objetivos reinsertadores de la CE⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. “The long and winding road: De un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-...*op. cit. p. 901.

⁷⁴² Art. 89.1.1. CP: “...*Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituida en la sentencia o en auto motivado posterior, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del penado, por su expulsión del territorio nacional. **La expulsión será preferente** salvo que el Juez o Tribunal , previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delio justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España...*” (Sic) -el subrayado y remarcado me pertenece-

⁷⁴³ Art. 108 CP: “...*Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España el Juez o Tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquel, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de la medida de seguridad que le sean aplicables, salvo que el Juez o el Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España...*” (Sic)

⁷⁴⁴ Vid, TERRADILLOS BASOCO, JUAN M. “El Derecho penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-...*op. cit. pp. 1114-1137.

Evolución de la población extranjera del periodo 1996-2014, en diagrama comparativo.

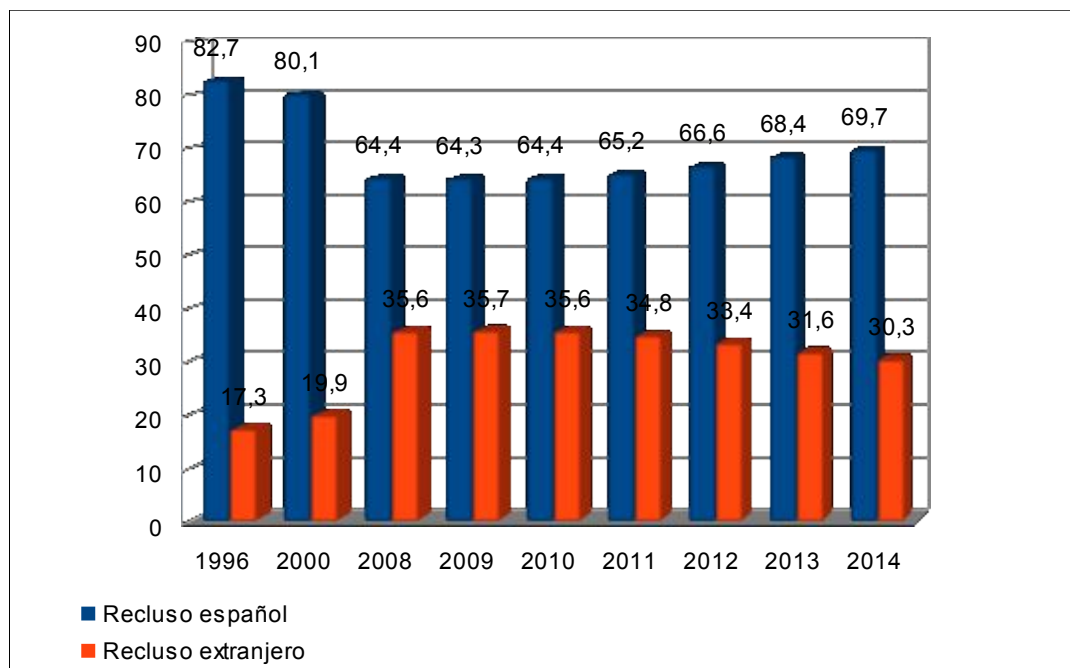


Gráfico 1. Elaboración propia sobre datos del Mir.

Lo curioso, por llamarlo de alguna manera, es la leve ralentización del crecimiento de la población reclusa extranjera, con relación al anuario 2009, afirmando la administración que “si bien la población reclusa extranjera ha crecido, este crecimiento ha descendido en 10,3 puntos respecto del año anterior. Este año ha finalizado con un descenso de la población reclusa extranjera del 3,1% respecto de la población reclusa extranjera que finalizó el año 2009. Igualmente, la población reclusa española ha descendido en un 2,7%”⁷⁴⁵. (Sic).

⁷⁴⁵ Análisis de la población reclusa extranjera en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, año 2010, p. 225. www.mir.es. Consulta efectuada con fecha 04/06/2016.

Por su parte, ya en el anuario del año 2012⁷⁴⁶, la administración pone de relieve el constante descenso que ha producido el número de internos extranjeros en los centros penitenciarios; lo dicho, desde el año 2009 en adelante. Asimismo, debemos afirmar que se ha mantenido esa tendencia hasta el anuario del año 2014⁷⁴⁷. Recordemos que la LO 2/2009 mantiene una férrea política de expulsión del extranjero ilegal.

No obstante, no es menor resaltar y vemos a simple vista, cómo en los últimos quince años, los porcentajes se han nivelado entre la población carcelaria nacional y la extranjera.

Evolución de población reclusa extranjera, clasificada entre los pertenecientes a la Unión Europea y los extracomunitarios al 31/12/2014 en Centros penitenciarios. Total Nacional.

Año	Comunitarios	Extracomunitarios	Total de Extranjeros
2005	2246 (12,1%)	16370 (87,9%)	18616
2006	2505 (12,1%)	18138 (87,9%)	20643
2007	4622 (20,1%)	18355 (79,9%)	22977
2008	5123 (19,5%)	21078 (80,5%)	26201
2009	5142 (18,9%)	22020 (81,1%)	27162
2010	4964 (18,9%)	21351 (81,1%)	26315
2011	4989(21,8%)	17904 (78,2%)	24509
2012	4943(20,17)	17950 (79,83)	22893
2013	4751(22,5)	16365(77,5)	21116
2014	4575(23,2)	15122(76,8)	19697

Tabla 3. Elaboración propia sobre dato del Mir

⁷⁴⁶ Véase Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, año 2012, pp. 367-368 www.mir.es.

Consulta efectuada con fecha 04/06/2016.

⁷⁴⁷ Véase en Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, año 2014, pp. 492-497. www.mir.es, Consulta efectuada con fecha 04/06/2016.

Población reclusa extranjera, clasificada en comunitarios y extracomunitarios, al 31/12/2014, en porcentajes.

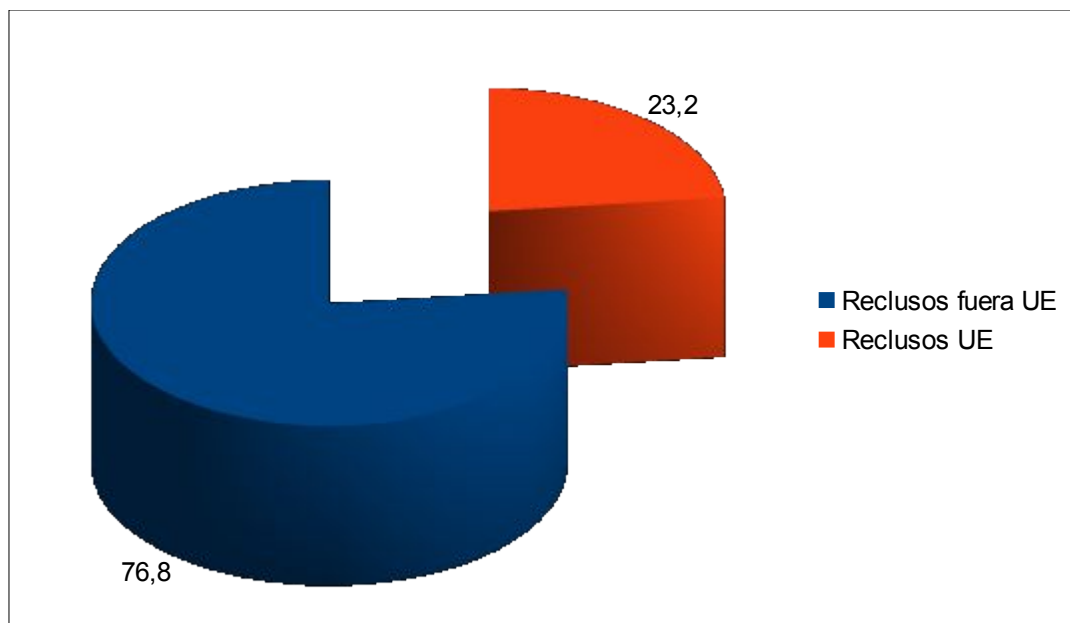


Gráfico 2. Elaboración propia sobre la fuente del Mir.

Como vemos, de lo expuesto, los internos extranjeros en los centros penitenciarios españoles y que pertenecen al ámbito de los países de la Unión Europea representan en su conjunto, finalizado el año 2014, el 23,20% del total de los internos extranjeros (tendencia descendiente en relación 2013). Otro de los matices que se ha mantenido durante los últimos años (2005-2014) es la alta tasa de extranjeros no comunitarios en relación a los comunitarios.

Así, Europa, cuna de los ilustrados, pareciera que se ha dejado seducir, dejando de lado aquellos pilares referenciales para cualquier cultura occidental inmersa en un Estado de Derecho pleno, para dar lugar, a una “guerra” contra aquellos sujetos sociales que pasan a ser considerados elementos causales del desmembramiento social. España, no ha sido la excepción de acuerdo a lo que hemos analizado.

1.2.4. Tolerancia cero. Medios de comunicación y sociedad.

Autores como, Helmut Kury y Martín Brandenstein, en la misma sintonía que hemos venido desarrollando, refieren que en los últimos años ha sido constante la proclama de la población instando actitudes sancionadoras o un comportamiento sancionador de los estamentos oficiales de control y sanción, reclamando leyes más severas, mayor dureza al momento aplicar la pena y una gran reticencia en cuanto a la redención en el cumplimiento de las penas o a la excarcelación anticipada⁷⁴⁸.

Los medios de comunicación, en este proceso de atizar actitudes sancionadoras más duras, entre la población, desempeñan un papel fundamental, por qué no, imprescindible. Lo dicho, quizás tenga que ver con esa aparición de emisoras privadas y la ingente expansión de la oferta mediática, lo que provoca, entre otras cosas, una competencia claramente mayor por los índices de audiencia y las cifras de abonados. Para captar la atención de los sobresaturados destinatarios es necesario informar de manera cada vez más espectacular y única⁷⁴⁹.

Es un dato pacífico, en cuanto a la selectividad de noticias, la utilización de los delitos más graves, teniendo como consecuencia directa de que terminan por exhibir un impacto estadístico que en realidad no tienen; lo dicho, debido al exceso de repetición. Justamente el principal elemento de selectividad lo será lo extraordinario del hecho delictivo. En contrapartida, aquellos delitos con una verdadera estadística alta, pero

⁷⁴⁸ KURY, HELMUT-BRANDENSTEIN, MARTÍN, “Sobre la cuestión de una nueva punitividad-actitudes sancionadoras y política sancionadora”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RÓDRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores), *Derecho Penal y Criminología...* op. cit. p. 369.

⁷⁴⁹ La avidez lucrativa en unos casos, un color ideológico en otros, la lucha por los lectores o la audiencia, les ha hecho buscar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen en sus portadas. No importa la descontextualización de los hechos narrados, tampoco que se incremente sin fundamento real el miedo y la preocupación por el delito, con la consecuente demanda social de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y la falta de profesionalismo de sus agentes a la hora de entender la problemática que están narrando. DIEZ RIPOLLES, J.L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Política Criminal y Derecho penal*”,...op. cit., p. 93.

con poca incidencia, debido a su escaso impacto (e.g, robo, hurto), están poco representados, con la relación directa de parecer insignificantes⁷⁵⁰.

Ha sido una constante en los últimos años que si la delincuencia aumenta de facto o sólo en cuanto a casos registrados; en contrapartida, el ciudadano común, exige un plus del remedio, es decir, más sanciones o sanciones más severas.

Esa gran cobertura que los medios de comunicación le han dedicado a las crónicas criminales, donde ya no resulta extraño que ocupen los primeros titulares⁷⁵¹, tiene que ver, sin duda, aunque no exclusivamente, con el eco que tales informaciones suscitan en capas amplias de la población. La consecuencia directa de este fenómeno ha llevado, por un lado, a colocar el miedo o la preocupación por el delito entre los asuntos más relevantes de cualquier agenda socio-política; y por el otro, a determinar el sentido de no pocos programas de intervención penal, los cuales no se diseñan con la noble tarea de reducir efectivamente el delito, sino para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia⁷⁵².

En consecuencia, los responsables políticos invocan como justificativos a la introducción de medidas penales más duras, esa opinión pública y la creciente

⁷⁵⁰ PALAZZO, FRANCESCO, “Medios de comunicación y justicia penal”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social...*op. cit., p. 81.

⁷⁵¹ Los efectos de la transformación de estas prioridades informativas son socialmente ambivalentes: por un lado, tienen un papel preventivo-integrador, puesto que fomentan la interiorización de la población de la normas jurídicas; y por el otro, sin embargo, producen distorsiones cognitivas, tanto sobre la realidad delincencial, como el real funcionamiento de las instituciones encargadas del control penal. DIEZ RIPOLLES, “Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española”, en *Política Criminal y Derecho penal...*op. cit., p. 175.

⁷⁵² DIÉZ RIPOLLÉS, JOSE L. “La nueva política criminal española”, en AA.VV. *Cuadernos Penales José María Lidón. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed., Publicación de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 16-17.

inseguridad y el miedo a la delincuencia existente en la población⁷⁵³. Parece ser que resulta muy rentable, desde lo electoral, legislar en base a “golpe de noticia-bomba”⁷⁵⁴.

Tampoco podemos dejar de resaltar que esa influencia que la prensa produce en la opinión pública no se limita a la mera escenificación de lo criminalizable, sino que interfiere de tal manera en el mismo desarrollo de un proceso, donde no son pocas las veces que el proceso mediático que se gesta, termina sustituyendo al proceso judicial⁷⁵⁵.

No obstante lo expuesto, coincido con Quintero Olivares, cuando sostiene que sería pecar de ingenuo, negar una realidad, en la que realmente existen preocupaciones sociales vinculadas con el problema penal, del mismo modo debemos entender que, a veces, ese aferramiento doctrinal que pregonamos a principios clásicos (e.g., el de intervención mínima) puede no ser comprendido por el observador social común⁷⁵⁶.

Brown, E.,⁷⁵⁷ al momento de analizar las razones o causas neurálgicas por las que fracasan las relaciones o comunicación entre la punitividad exigida por la

⁷⁵³ KURY, HELMUT-BRANDENSTEIN, MARTÍN, “Sobre la cuestión de una nueva punitividad-actitudes sancionadoras y política sancionadora”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores), *Derecho Penal y Criminología...* op. cit. pp. 392-393. También sobre el tema, se recomienda las interesantes líneas en PRANTL HERIBERT, “La Ciencia alemana del Derecho penal debe aprender hablar”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit. p. 367-374. También en MUÑOZ CONDE, F. “El Derecho penal en los tiempos del cólera”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz...* op. cit. 864-865.

⁷⁵⁴ NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. “The long and winding road: De un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz...* op. cit. p. 898.

⁷⁵⁵ Véase sobre el tema FRASCAROLI, SUSANA M. *Justicia Penal y Medios de Comunicación - La influencia de la difusión masiva de los juicios criminales sobre los principios y garantías procesales-*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 200. También sobre la cuestión en PALAZZO, FRANCESCO, “Medios de comunicación y justicia penal”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social...* op. cit., pp. 86-87. También en SILVA SANCHEZ, JESUS M. *En busca del Derecho penal -Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena...* op. cit., p. 77.

⁷⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va...* op. cit., p. 38.

⁷⁵⁷ BROWN, E. K., *The dog that did not bark. Punitive social views and the “professional middle classes”*. Punishment and Society, 2006, pp. 287-312. Cita conforme KURY, HELMUT-BRANDENSTEIN, MARTÍN, “Sobre la cuestión de una nueva punitividad-actitudes sancionadoras y

población y la creciente dureza sancionadora de aquellas instituciones que ejercen la persecución penal, entiende: por un lado, que se debe a un compromiso político globalmente bajo de la población; por otro, a bajo niveles de información general de la opinión pública en cuestiones de delincuencia y control de la delincuencia, sobre todo distorsionado. Asimismo, también abarca la reiterada y creciente tendencia de los políticos a presentar una imagen dura frente a los delincuentes en su política criminal, aún cuando, quizás, en general la opinión pública no reclama tanto sanciones duras.

En este contexto que hemos venido desarrollando y en esa relación directa que aparece entre los medios de comunicación y la opinión pública, la clase política suele reaccionar casi exclusivamente con la promesa de que se endurecerán las leyes o las sanciones. En consecuencia, tenemos, la aplicación constante de una política criminal simple, en el sentido de saber lo que le importa a la población y prometer siempre un plus de eso mismo; no se ve en la obligación de revisar el efecto de la solución ofrecida y esa comprobación casi nunca se exige⁷⁵⁸. Los juristas no han aprendido a comprobar empíricamente la eficacia de las leyes. Lo que llama la atención es que en otras materias, como la sanitaria y laboral, no existe éste problema o, no, al menos con el nivel que se da en cuestiones de política criminal⁷⁵⁹.

Es una premisa sin discusión que la puesta en marcha del Estado de derecho, empezaba por el aseguramiento, en primer término de la vida, libertad y propiedad,

política sancionadora”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores), *Derecho Penal y Criminología...* op. cit p. 396.

⁷⁵⁸ La posibilidad de abordar los problemas sociales mediante políticas no penales se convierten en altamente impopular y en consecuencia aquellas intervenciones que no lleven condigo una pena privativa de libertad son vistas ingenuas y muestra un paternalismo traidor a favor del delincuente. En consecuencia, desde el punto de vista del rédito electoralista, no es útil. BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal...* op. cit. p. 101.

⁷⁵⁹ Así por ejemplo, en Alemania y en otros países se lleva años debatiendo una mejora de la política sanitaria o de la política laboral, sin que se vislumbren soluciones aceptadas unánimemente por la población.

siendo que la seguridad personal constituye un valor fundamental de las sociedades civilizadas. Hoy, la puesta en un plano preeminente del valor “seguridad”, hayan o no riesgos reales, tiene más que ver con la existencia de paranoia ciudadana y no tanto con derechos y libertades de los componentes de ese Estado. Lo que trae como corolario la justificación de medidas por parte de las autoridades, aún cuando estas sean injustificadas, descabelladas o ineficaces⁷⁶⁰.

Como vemos, esta política criminal tiene menos trabajo o visto desde otra óptica tiene las cosas mucho más fáciles. Está orientada a satisfacer el deseo de la población, si bien a veces sólo mediante acciones simbólicas. Así, los sancionados que son los directamente afectados apenas tienen capacidad de queja y los científicos que podrían alertar no son escuchados casi nunca, por regla general suelen mantenerse al margen, sólo discutiendo en los círculos internos⁷⁶¹.

En consecuencia, es una lamentable realidad, que los gobernantes recurren al Derecho penal una y otra vez, para todos los menesteres. Esto es sin duda alguna una conducta que puede identificarse como ejecución de una “pobre” política criminal⁷⁶².

Se pretende con la pena criminal combatir esa sensación de inseguridad, constituyendo a tal fin, un instrumento básico de defensa social que debe utilizarse en “legítima defensa” para evitar que los “incorregibles” sigan perturbando al grupo social⁷⁶³.

⁷⁶⁰ BOTELLA CORRAL, J., *Malas noticias...* op. cit. p.19.

⁷⁶¹ KURY, HELMUT-BRANDENSTEIN, MARTÍN, “Sobre la cuestión de una nueva punitividad-actitudes sancionadoras y política sancionadora”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores), *Derecho Penal y Criminología...*op. cit., p. 397.

⁷⁶² QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va...* p. 40.

⁷⁶³ SILVA SANCHEZ, J. M./I SABORIT, DAVID FELIP/ROBLES PLANAS, RICARDO/PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad...* op. cit., p. 115.

De lo referido, es de suyo que si bien se combaten algunos de los síntomas del mal social, no se afronta de modo directo y coherente sus causas. Con ello se suscita, el peligro de que todo el Derecho penal quede contaminado por la misma ideología que últimamente caracterizaba sólo al Derecho penal del terrorismo (ideología de la exclusión). Muchas veces las medidas que se proponen resultan discutibles desde perspectivas de eficacia instrumental y de eficiencia a medio y largo plazo⁷⁶⁴.

En toda esta permanente lucha, entre la sociedad de sujetos peligrosos y los que deben impartir una adecuada política criminal, se plantea la dualidad: entre una política “blanda” como la policía comunitaria, de proximidad o los “duros” y traumáticos de *tolerancia cero*.

Mientras, en los primeros, apuestan a una prevención/proactiva, donde se incrementa la seguridad partiendo de una aproximación de la policía a los ciudadanos, el uso de técnicas en diálogo permanente con los ciudadanos -de éstos obtiene información al tiempo que les genera sensación de seguridad-. Los segundos -duros-, se enfocan en una represión/reactiva; se basan en la presión férrea aplicada a ciertos espacios ciudadanos, la dureza de las sensaciones, una cierta permisividad a la rudeza policial y un eficacismo a toda prueba. Ahora bien, más allá de las evidentes diferencias que podemos marcar entre una u otra postura, ambos van a coincidir en esa voluntad de resolver problemas de ciudadanos relacionados con la seguridad en espacios y colectividades locales a partir de una intervención policial⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ Más bien se trata de una combinación de lemas populistas (“limpiar las calles”, “pagar por el delito”, “eliminar espacios de impunidad”, etc.) y soluciones simples: se trata de combatir la habitualidad y la reincidencia mediante la separación del delincuente de la sociedad de forma rápida y efectiva. En *Ibidem*.

⁷⁶⁵ Véase en RECASENS I BRUNET, AMADEU, “Globalización, Riesgo y Seguridad: El continuóse de lo que alguien empezóe”, en DA AGRA, CÁNDIDO/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad...* op. cit., pp. 368-369.

Ese grado de alarma, generado muchas veces por los medios de comunicación, están siendo empleados por las estructuras del Estado para justificar reformas jurídicas y policiales de mayor corte represivo. Mediante esa generación de alarma social se pretende delimitar a un supuesto enemigo y al mismo tiempo producir un miedo social que contribuya a la cohesión alrededor de un proyecto y unas políticas cada vez más represivas, generando así un círculo que se autoalimenta, basado en la explotación del sentimiento de inseguridad: alarma miedo-represión-supuesta constatación de la alarma, y vuelta a empezar: más alarma y así sucesivamente⁷⁶⁶.

La sociedad española no es ajena al clamor de otras tantas sociedades que instan por leyes más duras y menos flexible contra la delincuencia⁷⁶⁷, la cual va de la mano con esa sensación de inseguridad que muchas veces no se corresponde con los datos objetivos de la realidad y son más producto de los medios de comunicación; ergo, ésta sociedad es tan influyente, como influenciable, por aquellos que tienen la responsabilidad de llevar adelante adecuadas políticas criminales⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ Los modelos de tolerancia cero frente a los de policía comunitaria, las reformas endurecedoras de los códigos penales o las legislaciones de ley y orden que establecen conductas sancionables muy amplias con el fin de permitir a los poderes públicos seleccionar, al amparo de una norma, el sector social a presionar en cada momento. Véase en *Ibidem*, p. 373. También en SANCHEZ LAZARO, FERNANDO G. “Alarma Social y Derecho penal”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M/SANCHEZ LAZARO, FERNANDO G. (Editores) *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo Social y Tecnológico*, -Armaza Armaza, Emilio J. (Coor.)-.....op. cit. p. 54.

⁷⁶⁷ Véase GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estado de Derecho y Ley Penal*...op. cit., pp. 211-213.

⁷⁶⁸ En este sentido, entiendo como una forma de solución, Díez Ripollés, insta la construcción de una teoría sobre la legislación penal, cuyas exigencias van directamente abocadas a repercutir en la fase de elaboración y discusión de la norma. Entiende que debemos ir más allá del mero respeto por las formalidades competenciales y secuencias, ya previstas constitucionalmente. Debemos buscar la construcción de un marco conceptual adecuado donde se introduzca una serie de requisitos directamente encaminados a garantizar la consideración de ciertos aspectos materiales; dentro de los cuales enumera: información empírico-social de la realidad sobre la que se va a operar, la configuración de aquellas necesidades sociales básicas que se busca solucionar, como las consecuencias de la aplicación de los mecanismos que tienden a solucionar el conflicto, análisis fiables de la opinión pública y de la actitud de los grupos de presión o representativos de intereses, la voz de los afectados, los costes, etc...*Vid* DIEZ RIPOLLES, JUAN L. “La Contextualización del bien jurídico protegido”, en *Política Criminal y Derecho penal*,...op. cit., p. 22-28.

1.3. ¿Los elementos oscuros?

1.3.1. Sobre la elaboración de estadísticas.

Como paradójico a lo que venimos viendo, en cuanto a la gestación y lugar de origen de estas políticas criminales, William J. Chambliss, nos dice que “la idea que sustenta la ley penal de Estados Unidos es tan noble como la más noble que se haya concebido”. El sistema en su teoría es puro, un grupo de ciudadanos es elegido por sus conciudadanos para promulgar la legislación. Jueces imparciales sin influencias políticas interpretan los estatutos a la luz de la constitución que garantiza a todas las personas la libertad respecto a cualquier tiranía. La policía, por su parte, está vinculada al trabajo de la comunidad y destinada a que la vida de todos sus miembros sea segura y pacífica⁷⁶⁹.

El autor citado realiza, en su capítulo, un análisis de lo que genera la “industria del crimen en los Estados Unidos” y, dentro de ese análisis, reflexiona que más allá de aquel ideal plasmado, en el párrafo precedente, la realidad penal, no podría estar más alejada del mismo.

No obstante, quizás lo más triste es lo que ya suponemos al transpolar lo que va a venir, en esa realidad nuestra de cada día, donde legisladores aprueban leyes que la mayoría desconocemos, muchas veces, pocos claras y ambiguas. Por su parte, aquellos que integran los órganos jurisdiccionales -jueces-, en su gran mayoría, son designados políticamente y sus decisiones tienen un tinte de beneplácito a favor de aquellos que han permitido su nombramiento. Los órganos de prevención -policía- y de investigación de los delitos -fiscales-, con más frecuencia de la que debiera se

⁷⁶⁹ CHAMBLISS, WILLIAM J. “La Industria Americana del Control del Delito: una burocracia que se autoperpetua”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores), *Derecho Penal y Criminología...*, op. cit. p. 185.

enfrentan al justiciable que debieran proteger, como consecuencia de la burocracia que los ha caracterizado. Todo lo dicho, sumado a las personas que trabajan en lo que se denomina, “industria del control del delito” -policía y guarda de prisiones-; demandan más dinero de los impuestos para asegurar sus empleos.

Si bien, como había expuesto, la descripción que realiza Chambliss, podría tranquilamente aplicarse a cualquiera de los países del mundo occidental; de igual modo, el resultado de todo lo reflexionado, donde entiende que los ciudadanos estadounidenses están siendo, en cierta forma, embaucados para gastar cantidades de dinero de los contribuyentes en políticas que si bien están destinadas a la industria del control del delito, éstas tienen resultados positivos. Nuevamente, aparece aquel círculo vicioso, pero ahora los componentes serán los agentes de gobierno, además de los medios; se le da a la gente información distorsionada y engañosa y se les dice que la única solución es más dinero para las políticas que contribuyen a ese mismo problema⁷⁷⁰.

Entonces, ahora a la par de la “ayuda desinteresada” de los medios de comunicación que aprovechan al máximo los hechos delictivos para sus propios fines; le sumamos la forma en que se contabilizan los delitos, cuanto menos engañosa. Así, las instrucciones del FBI a los departamentos de policía local dicen que si un agente de policía encuentra un cadáver y piensa que se debe a un asesinato, entonces el suceso se registra como tal. No importará si al día siguiente el juez de instrucción diga que fue suicidio o que el fiscal determine que es un homicidio excusable o muerte accidental⁷⁷¹.

⁷⁷⁰ *Ibid.*

⁷⁷¹ En Suecia, una muerte no se registra oficialmente como asesinato hasta que alguien sea declarado culpable en un tribunal de haber cometido el crimen. Véase en *Ibid.*, p. 189.

Por otro lado, en el FBI, los delitos se clasifican como consumados, sin distinguir entre delitos tentados y consumados. La excepción a la regla expuesta está dada por la tentativa de homicidio⁷⁷².

En esa sintonía, Chambliss refiere que en 1982, a partir un estudio sobre cómo la policía de Indianápolis elaboraba las tasas de delincuencia; entendió que ésta hacía fluctuar las tasas dependiendo de que las personas en el poder político quisieran que subieran o bajaran. Es de suyo, que cualquier semejanza con lo cotidiano, de nuestro entorno, es pura coincidencia, mirado desde la ironía, lógico. Así, en Washington, DC., cuando Níxon quería demostrar que sus políticas de “duros contra el delito” bajarían la tasa de delincuencia, el Jefe de policía arengaba a sus oficiales para reducir las tasas de delincuencia: “O tengo un hombre que disminuye la tasa en sus distrito o encuentro a otro”⁷⁷³.

Es lógico, que cualquiera sea la sociedad de la que hablemos -americana, europea-, la principal consecuencia de la manipulación que se hace de la información sobre los datos que componen la delincuencia, tiene, tendrá, una directa influencia en las vidas de la gente en todo el país. Asimismo, juega un papel importante la cuestión racial, toda vez, que los delitos expuestos en los medios de comunicación y que tienen directa relación en la visión del público, en general, serían actos cometidos por varones, jóvenes y de raza negra. Entonces, la imagen pública del delito se identifica con varones negros violentos y psicopáticos. Para el Departamento de Justicia utilizar con bastante frecuencia, la gravedad de los delitos es encender o mantener el fuego del

⁷⁷² Dato tomado por Chambliss William J., de Federal Bureau of Investigation (1984) *Uniform Crime Reporting Handbook*, Washington DC: US. Departament of Justice, p. 33, en CHAMBLIS, WILLIAMS J., “La Industria Americana del Control del Delito: una burocracia que se autoperpetua”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores), *Derecho Penal y Criminología*.... op.cit. p. 190.

⁷⁷³ Véase en *Ibid*, p. 191.

racismo induciendo implícitamente, como clase peligrosa a los afroamericanos, la cual ha de ser controlada por policía militarizada y duras condenas de cárcel. Poco importa que delitos más graves, sean a los que denominamos de guantes blancos -despacho, de corrupción política y soborno sean abundantes en las corporaciones, bancos, Wall Street y el Congreso-⁷⁷⁴.

En el plano doméstico, lamentablemente, la similitud va de la mano con lo descrito por Chamblis. Así, existe, muchas veces, una dependencia de los medios de comunicación de la información o falta de ella, suministrada por fuentes oficiales, la cual constituye la base del material que luego elaboran sus productos⁷⁷⁵. Existen ejemplos en dos sentidos: por un lado, la práctica de policía o fiscalía, en convocar a los medios para anotar de las actuaciones que les interesa dar a conocer; y por otro, en sentido contrario, el Ministerio del Interior desde 2007, y también el Departamento del Interior de Cataluña, practican la política del oscurantismo, a la hora de elaborar y brindar los datos estadísticos de la delincuencia. De esta manera, impiden que se logre realizar un análisis independiente, toda vez que ellos presentan el formato, las limitaciones y los sesgos y todo depende de la conveniencia a los intereses políticos⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Véase en *Ibid*, p. 200-201.

⁷⁷⁵ Las informaciones sobre la criminalidad, especialmente las estadísticas, son celosamente detentadas por las instancias institucionales; dada la relevancia pública de las materias de seguridad y criminalidad, se da una clara centralidad de la labor comunicativa e informativa por parte de estas agencias institucionales. Así, la representación que las fuentes institucionales producen de la criminalidad está también condicionada por su propia necesidad de legitimación; de este modo, la presentación de la delincuencia como una materia grave y preocupante, puede reforzar la necesidad de dichas instancias para la solución del conflicto. A ello se añade la circunstancia que las fuentes operan en gran medida desde una perspectiva corporativa en la influencia de la agenda política, en la que subyacen implícitamente, a modo de una operación de relaciones públicas, las demandas de incremento de los distintos recursos. BRANDARIZ GARCIA, JOSE A. "La conexión entre migración, inseguridad y criminalidad: influencia de las retóricas mediáticas en la construcción de estereotipos negativos", en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-...op. cit.*, pp. 180-182.

⁷⁷⁶ Serán los agentes políticos, los que construyan una agenda enfocada en problemas, reales o aparentes, pero que seguramente van a contar con el apoyo popular, y para cuya solución se pueden adoptar medidas de escaso rigor técnico pero abundante aprovechamiento político. *Vid.* DIEZ

1.3.2. *El negocio de los medios de comunicación*

Dijimos líneas más arriba que una ayuda sin pedido de contraprestación alguna la constituyen los medios de comunicación. En su autobiografía, publicada en 1931, el periodista estadounidense Lincoln Steffens, relata en uno de sus capítulos cómo hizo para estallar lo que él llamó una “oleada de crímenes”⁷⁷⁷.

Periodista en el neoyorquino *Evening Post*, Steffens se percató que en las comisarías de policía aparecían historias interesantes de hechos criminales, singulares y raras, historias con gran interés periodístico o humano y que no aparecían en los periódicos. Así, pasó a buscar diariamente sucesos en las comisarías. Hasta que una de estas historias sucedió con una familia conocida y él la publicó. Tal noticia tuvo inmensa repercusión y fue un éxito periodístico. Lo descrito, originó que este procedimiento fuera recogido por los demás periódicos de Nueva York, los cuales, pasaron a publicar historias criminales no tan usuales, en las páginas de la prensa⁷⁷⁸.

Como consecuencia de lo sucedido, se produjo un incremento en el número de crímenes publicados en los periódicos estadounidenses, haciendo estallar lo que fue llamado un “*Crime Wave*” (oleada de crímenes). Lo contradictorio, desde un punto de vista estadístico, también como suele suceder en los tiempos actuales, es que, no se había producido un aumento de la criminalidad para que ésta pasara, como sucedió, a ocupar la primera consideración tanto del público, como de las autoridades políticas. Sencillamente, este tema había entrado con gran fuerza en la pauta diaria de los medios de comunicación y con ello se generó la sensación de que la violencia se extendía en la

RIPOLLES, “Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española”, en *Política criminal y Derecho penal*...op. cit. p. 179.

⁷⁷⁷ Véase en BOTELLA J./PERES NETO, L., “La Formación de la Opinión Pública y la Construcción de Discursos sobre la Realidad Criminal en España”, en GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dtores), *Malas Noticias*,op. cit., p. 48.

⁷⁷⁸ Véase en *Ibidem*

sociedad. Intuitivamente, Steffens describió el fenómeno del *agenda-setting* (fijación de agenda). El relato de Steffens, es coetáneo a un dicho que se tornaría clásico en el quehacer periodístico de principios del siglo XX: “dame 30 minutos en la comisaría para hojear los informes policiales y te daré una oleada de crímenes”⁷⁷⁹.

En el marco de la teoría del *agenda-setting*⁷⁸⁰ diversos estudios señalan la construcción del miedo al delito en la opinión pública como consecuencia del retrato de la realidad social divulgado por los medios de comunicación de masa⁷⁸¹.

Entonces, unos de los problemas que podríamos reseñar en esta construcción de las deficientes políticas criminales, quizás sea que se ha dotado a los medios de comunicación social de un *status* especial, lo que les asegura una posición determinante en la expresión y en la formación de la opinión pública, debido a la capacidad de atraer una mayor atención mediante las técnicas de la comunicación de masas adquiriendo un enorme valor político y económico. Lógico, pues, que sea por todos conocido como “cuarto poder”⁷⁸²

Es de suyo, de acuerdo a lo que venimos viendo, que existe una relación de sensación social de inseguridad frente al delito con el modo de proceder de los medios de comunicación. Así, desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la

⁷⁷⁹ *Ibidem*, p. 49

⁷⁸⁰ Dentro de las investigaciones sobre los efectos sociales de los medios de comunicación, el estudio de la fijación de la agenda mediática (*agenda-setting*), gana legitimidad en la comunidad científica a partir de una investigación acerca de la campaña presidencial de 1968, en los EE. UU. Desarrollada por Maxwell MacCombs y Donald Shaw, este estudio, conocido como de *Chapel Hill*, buscaba descifrar el impacto de los medios de comunicación en la fijación de temas electorales en la agenda pública. Era un pequeño sondeo entre los votantes indecisos, conjuntamente con un análisis sistemático de contenido sobre la manera en que los medios informativos que consumían esos votantes, presentaban los temas principales de las elecciones. *Ibidem*, p. 24.

⁷⁸¹ BOTELLA J./PERÉS NETO, L., “La Formación de la Opinión Pública y la Construcción de Discursos sobre la Realidad Criminal en España”, en GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dtores), *Malas Noticias*, , op. cit., p. 49. *Vid.*, PALAZZO, FRANCESCO, “Medios de comunicación y justicia penal”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social...* op. cit., pp. 82-94.

⁷⁸² SANZ MULAS, NIEVES, “Justicia y Medios de Comunicación: Un conflicto permanente”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdres) *Derecho Penal...* op. cit., p. 7. También en BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal...* op. cit. p. 94.

sociedad de la información y global, transmiten una imagen de la realidad en la que, lo lejos y lo cercano, tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en ocasiones, directamente, a percepciones inexactas; y en otras, en todo caso, a una sensación de impotencia⁷⁸³.

La sensación de inseguridad y el clima de alarma social se convierten en un producto del tratamiento informativo, relevando y reelaborando, muchas veces, una realidad ajena a las verdaderas estadísticas criminales, contribuyendo a la elaboración de una opinión pública abrumada por el sentimiento de inseguridad y con fuertes exigencias vindicativas y ejemplificantes⁷⁸⁴.

Asimismo, no es menor, la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias, lo que actúa a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad objetiva⁷⁸⁵. Así, ha podido afirmarse, con razón, que los medios suelen ser instrumentos de la indignación y de la cólera pública, como acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización.

⁷⁸³ SILVA SANCHEZ, JESUS MARIA, *La expansión ...op.*, cit., p. 28.

⁷⁸⁴ LANDROVE DIAZ, GERARDO “Una cierta política criminal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. t. II, p. 1081.

⁷⁸⁵ Lo dicho constituye uno de los factores que forman parte del proceso denominado “producción social de noticias”, donde su contenido nos dice que los medios no fabrican noticias, sino que su tarea consiste en seleccionar, entre un amplio abanico de sucesos, aquellos que van a aparecer como noticias y respecto de los cuales se enfatiza una determinada perspectiva. El primero de los elementos de dicho proceso de selección es el hecho de que el mismo se orienta por una serie de criterios periodísticos sólidamente asentados en su cultura profesional específica, por esta razón los eventos noticiables tienden a ser más o menos los mismos. En general se seleccionan sucesos dramáticos, eventos que pueden ser personalizados y provocar emociones fuertes, o desastres o hechos trágicos. Un segundo elemento, se refiere a la presentación de la materia noticiable de modo que permita su comprensión y asimilación por parte de la audiencia, es decir, que se requiere cierta contextualización. El tercer elemento, se refiere a la organización de rutinas periodísticas y, en particular, a la relación estructural entre los profesionales de los medios y sus fuentes institucionales. Los medios no crean la materia noticiable, sino que la seleccionan, partiendo de las informaciones que les ofrecen cierto número de fuentes confiables. BRANDARIZ GARCIA, JOSE A. “La conexión entre migración, inseguridad y criminalidad: influencia de las retóricas mediáticas en la construcción de estereotipos negativos”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz...* op. cit pp. 178-180.

Esta avidez lucrativa, cualquiera sea el motivo, ha hecho que en la lucha por los lectores o la audiencia, apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen una y otra vez en sus portadas. Poco o nada importa que se asienten en anécdotas o sucesos aislados descontextualizados esa imagen social que se transmite de la delincuencia y de su persecución. Que se incremente sin fundamento la preocupación y miedo por el delito y con ello las demandas sociales de intervención o que se oculte la ignorancia y falta de preparación de los profesionales que debieran entender sobre los conflictos sociales que están narrando. La seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta. No importa que para cubrir esas demandas de mayor rigor punitivo y satisfacción al clamor social sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho; por el contrario, éstas se ven como demasiado “rígidas” y se abona a su “flexibilización”⁷⁸⁶.

Ya hemos expuesto que la sociedad española no se encuentra exenta de ser influenciada por los medios de comunicación, siendo éstos unos de los principales motores para crear esa sensación de inseguridad, información, que muchas veces no se condicen con los verdaderos índices delictivos⁷⁸⁷.

Lo dicho, ahora sustentado en trabajo de investigación, el cual, se refiere al periodo de tiempo que abarca dos años (2003/2004) en relación a las noticias aparecidas en el diario *El País*, las encuestas de opinión mensuales del Centro de

⁷⁸⁶ DIEZ RIPOLLÉS, JOSE L. “La nueva política criminal española”, en AA.VV. *Cuadernos Penales José María Lidón. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones...* op. cit., pp. 32 y 33.

⁷⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, *Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI*, en *Revista Española de Investigaciones Criminológicas*, (<http://www.criminologia.net>), n° 4 (2006), artículo 1, cita conforme MIR PUIG, SANTIAGO, *Política criminal...* op. cit., p. 21. Lejos de afrontar los diferentes asuntos intentando precisar, si existe o no un auténtico problema, los actores políticos, han descubierto que el electorado tiene una necesidad y que debe ser satisfecha. BECERRA MUÑOZ J. *La Toma de Decisiones en Política Criminal...* op. cit. p. 99.

Investigaciones Sociológicas (CIS) y los datos oficiales sobre delincuencia⁷⁸⁸.

Resalto que el mismo es sólo a los fines de apuntalar lo que venimos exponiendo por cuanto, son los medios de comunicación, un elemento más que importante, tanto como generadores de opinión, como generadores de sensaciones de inseguridad. Dicho estudio, nos refiere:

a) Desde un punto de vista formal, un porcentaje significativo de las noticias se ubican en primera página y todas ellas en la primera mitad del diario, lo que garantiza la atención del lector, y casi un 50% de las noticias se presentan con elementos gráficos, otro factor que influye de forma considerable en la lectura.

b) Desde un punto de vista del contenido de las noticias, predominan las de homicidios o asesinatos, mientras que son menos las noticias de robos y hurtos, en contraposición, con las estadísticas oficiales que refieren un alto porcentaje de estos delitos, en detrimento de los primeros.

c) Los cuerpos policiales y sindicatos de funcionarios de prisiones influyen en las noticias, facilitando datos a la prensa sobre las tasas de criminalidad a cambio de obtener repercusión mediática en sus quejas y demandas corporativas.

d) Algunos de los índices más altos de preocupación o miedo al delito se alcanzan en meses que no se caracterizan por un mayor volumen de noticias, pero sí, por ejemplo, por recoger sucesos especialmente cruentos.

e) Una constante influencia de las campañas mediáticas en períodos próximos a procesos electorales.

⁷⁸⁸ SOTO NAVARRO, SUSANA, “La influencia de los medios en la percepción de la delincuencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), 07-09, 2005, pp. 41-43 (on line: <http://criminet.ugr.es/recpc>)

La realidad, nos muestra que no son pocas las veces, por no referir “siempre”, que se genera, un verdadero círculo vicioso⁷⁸⁹, donde varios interesados terminan saliendo victoriosos a costa de deficitarias políticas criminales, sustentada por: una endeble estadística policial generada, muchas veces, por cuestiones políticas y de conveniencia, como por un espurio -si se me permite el término- interés particular económico de los medios de comunicación.

2. La relación de la Política Criminal, Criminología y el Derecho penal.

Para ir cerrando este capítulo dirigido al estudio de la política criminal, dando o intentando dar, al menos, una visión general de la misma, desde sus inicios a los modelos actuales (clásica-moderna), denunciando aquello que muchas veces se constituyen en los pilares (falaces estadísticas, medios de comunicación) en que se cimienta en la realidad las políticas criminales de hoy, creo necesario ver la relación de la misma, con la criminología y el Derecho penal.

Al momento de plasmar aquellas normas penales que tienden a definir como criminal un conflicto social, será cuando todo Estado social y democrático de derecho, refleje, a ciencia cierta, cuál es su política criminal. A tales fines, se tendrá o hago la salvedad, se debería tener en cuenta entre otras disciplinas, la criminología, la cual tiene como objeto de análisis ese proceso sociológico de criminalización y los efectos que produce en la realidad social. De lo dicho, el Derecho penal, no puede tener como

⁷⁸⁹ Hay quienes afirman que, en esa relación entre prensa y opinión pública, el periodismo no sólo influye en la opinión pública sino que la construye. Este “círculo vicioso” se inicia con lo que los que los medios de comunicación propagan, recogiendo con posterioridad el eco de las versiones o interpretaciones que la misma noticia a producido en el hombre común. Así el contenido del mensaje va del periodista al lector y retorna de éste al periodista, produciéndose esa suerte de retroalimentación recíproca entre opinión pública y medios de comunicación. Véase en FRASCAROLI, SUSANA M. *Justicia Penal y Medios de Comunicación -La influencia de la difusión masiva de los juicios criminales sobre los principios y garantías procesales-*,...op. cit. pp. 194-196.

objeto sólo la norma de manera aislada y, en consecuencia, no sólo esas normas penales deben ser objeto de una revisión constante, sino que además tampoco el Derecho penal, puede omitir la información de aquellas ciencias que se dedican al estudio de los fenómenos sociales. Entonces, debe haber entre la criminología, la política criminal y el Derecho penal, una relación permanente⁷⁹⁰.

En este sentido se torna evidente que la teoría y la praxis jurídica que no tengan un conocimiento cierto y real, al momento de su aplicación, de aquellas realidades a las cuales están orientadas a regular, estará condenada al fracaso. Entonces, el saber normativo, debe ir siempre acompañado del saber empírico; entendido éste último en un sentido amplio, abarcativo de toda ciencia, no jurídica, que se ocupe del estudio del comportamiento humano en su núcleo social-⁷⁹¹.

En consecuencia, debemos inclinarnos por aquélla opción en la que decimos que la ciencia del Derecho penal no sólo queda integrada, como venimos viendo, por tres disciplinas fundamentales, esto es, por tres ciencias penales: la Dogmática, la Política criminal y la Criminología, sino que además se interrelacionan. Así, la

⁷⁹⁰ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./ HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN “*Lecciones de Derecho penal- parte general-*...op. cit. p. 42. Asimismo, el mismo Hassemer al momento de esbozar una postura sobre la autocomprensión de la ciencia del Derecho penal en los tiempos actuales; entiende en relación al tema que nos toca, la misma ciencia penal tiene que ir más allá del ámbito del Derecho penal, abarcando, un ámbito ajeno a ella, como lo sería la legislación, la jurisprudencia y el Ejecutivo, y las demás ciencias jurídicas y sociales. No obstante lo dicho, si bien, la política en su quehacer diario y de partido se muestra como dudosa productora de objetos relevantes para el Derecho penal, -no por eso debe ser aislada-; por el contrario, directamente, Hassemer, atribuye que la opinión pública y los medios de comunicación pertenecen al ámbito del Derecho penal; entonces, las exigencias temporales dirigidas al Derecho penal son más amplias. En conclusión, no sólo el Derecho penal, tiene que ampliar sus horizontes de análisis, sino la misma ciencia penal, debe hacerlo sin renunciar a la comprobación científica y por ende a la toma de decisiones. HASSEMER, W., “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a la exigencias de su tiempo”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*,...op. cit., pp. 40-41.

⁷⁹¹ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*...op. cit. pp. 18-19.

Criminología, la Política Criminal y el Derecho penal, representan tres momentos inescindibles de la respuesta social al problema del crimen⁷⁹²

2.1. Sobre la relación entre la Política criminal y la Criminología

Blanco Lozano refiere, en cuanto a la relación entre política criminal y la criminología, que esta última se orienta a la obtención de datos fiables acerca de la criminalidad a fin de ponerlos al servicio de la sociedad para la minorización de la delincuencia y sus consecuencias⁷⁹³.

Hassemer, por su parte, va a referir que el objeto de estudio de la criminología será el estudio de la criminalidad, entendiendo por tal el conjunto de todas las acciones u omisiones punibles dentro de un determinado ámbito témporo-espacial⁷⁹⁴.

La política criminal, bajo el prisma de la eficacia y la justicia, por su parte, se constituye como el arte de hallar las soluciones legislativas idóneas para, igualmente, combatir la delincuencia. De todo ello, se puede concluir que la criminología será la base de una política criminal. Así las cosas, las medidas que se adopten, por parte de

⁷⁹² El momento explicativo-empírico (Criminología), el decisional (Política criminal) y el instrumental (Derecho penal). Véase en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Criminología . Una introducción a sus fundamentos teóricos*,...op. cit. 264-266.

⁷⁹³ BLANCO LOZANO, CARLOS, *Tratado de Política Criminal- Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito*...op. cit. t. I., 76.

⁷⁹⁴ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*...op. cit. p. 20. Herrero Herrero, en su Tratado, al momento de brindarnos una introducción sobre la criminología, nos orienta en que ésta, en sus primeros pasos, fue básicamente Clínica, en imitación de la Clínica médica, no porque el delincuente sea un enfermo, sino debido a la similitud metodológica. Así, la criminología proyectada sobre el delincuente concreto se la denomina Clínica, porque la palabra “klinikós” -palabra de origen griego-, tiene el significado de “lo concerniente al lecho”. De esta manera construye una definición de criminología Clínica, entendida como la tarea sistemática y científicamente iluminada, de acuerdo a las ciencias de la conducta, para detectar el porqué del delinquir de un individuo concreto con el fin de neutralizar, o debilitar, los correspondientes factores criminógenos. *Vid.* HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica*...op. cit. pp. 38-39.

los poderes públicos en materia jurídico-penal deben basarse, para su idoneidad y adecuación, en la información criminológica disponible⁷⁹⁵.

La criminología será una ciencia empírica e interdisciplinaria que tendrá como objeto de estudio, el crimen, la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, tratando de suministrar una cúmulo de información válidamente contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen, así como los programas de prevención eficaz, técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente y diversos modelos o sistemas de respuestas al delito⁷⁹⁶.

Será la política criminal, en la actualidad, objeto de permanente búsqueda y de un gran protagonismo a los fines de encontrar respuestas a la gran variedad de problemas sociales de alta e innegable complejidad⁷⁹⁷

No obstante, debemos estar de acuerdo con la premisa que expone que en muchos casos se legisla atendiendo más a los índices y encuestas electorales y, en suma, a las expectativas de los posibles votantes que a los pilares de la justicia, la eficacia, la protección de bienes jurídicos y los resultados de las investigaciones criminológicas.

Hassemer, la llama política criminal electoralista y que tantas veces la hemos ido mencionando; no, como un instituto propio, sino como una realidad que nos invade día a día, donde con el fin de satisfacer aquellas demandas del electorado se promete soluciones a los problemas de criminalidad, muchas veces rompiendo las barreras que

⁷⁹⁵ BLANCO LOZANO, CARLOS, *Tratado de Política Criminal - Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito...* op., cit. t. I., p. 76.

⁷⁹⁶ Definición perfectamente esbozada por GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* op. cit., p. 35.

⁷⁹⁷ Vid. BECERRA MUÑOZ, JOSE, "Reflexiones sobre la creación de un nuevo modelo de políticas criminales", en PEREZ ALVAREZ FERNANDO (Ed.) *Delito, Pena, Política Criminal y Tecnologías de la Información y la Comunicación en las Modernas Ciencias Penales...* op., cit. p. 265-284.

componen todo Estado de derecho y con ello la garantía a los derechos fundamentales de sus componentes sociales⁷⁹⁸.

Asimismo, el autor, entiende que la política criminal, no tiene autonomía científica, sino que aplica, para la elaboración de normas, los conocimientos que obtiene de la misma criminología. Los dos grandes criterios que debe inspirar a la política criminal a la hora de la toma de decisiones sobre el control de la criminalidad, es por un lado, la idea de justicia y por el otro, la de utilidad⁷⁹⁹.

2.2. Sobre la relación entre Criminología y el Derecho penal

Podríamos ubicar el nacimiento de la criminología a mediados del S XIX. En aquellos primeros pasos, el objeto de estudio del criminólogo eran las causas de la criminalidad, siendo su centro, el individuo, colocando al crimen como la consecuencia de una serie de carencias ya sean biológicas, antropológicas o sociales⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*...op. cit. p. 26-27.

⁷⁹⁹ *Ibid*

⁸⁰⁰ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./ HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN “*Lecciones de Derecho penal- parte general*”,...op. cit. p. 30. Herrero Herrero, habla de una criminología que tendrá dos vertientes originarias. Así, entiende la existencia de una criminología *Clínica*-nace siguiendo las exigencias del método positivista- la cual aborda el examen del fenómeno criminal en el ámbito del delincuente concreto, singular; entendiéndose que ésta no puede estar separada de la “otra” criminología, la *General*, la cual enfoca la problemática desde lo colectivo y en su ámbito de estudio también tendrá al delincuente, pero además tendrá al delito, la víctima y el control social de la delincuencia. Ambas usan el método inductivo. Dentro de la General, coloca a la *Aplicada*, que es aquella que sirviéndose de los conocimientos de la General, los aplica, en algunos sectores de la criminalidad o a la correspondiente indagación del fenómeno criminal tal como sucede en un delincuente concreto. Refiere que la General, utiliza la observación, la experimentación y la cuantificación; la Clínica, además de estas formas de inducción, se completa de la denominada metodología clínica. Así, la criminología (General o Clínica), se sirve de las disciplinas fundamentales que versan sobre el ser humano, ya sea en su dimensión individual o social, buscando un único fin, que no es otro que el combatir al fenómeno delincencial, ya sea en un plano colectivo o con relación a un delincuente concreto. Asimismo, debemos partir que estamos siempre presente de elementos dinámicos, por lo que no sólo estará orientada la finalidad a la búsqueda del surgimiento de la criminalidad sino también su continuación y su metamorfosis. HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica*,op. cit. pp. 36-37.

Desde una visión positivista, el delincuente, era considerado por la criminología un peligro para la sociedad donde en algunos casos se podía recuperar, pero en aquellos en que no era posible, dicho objetivo, directamente se lo neutralizaba.

El estudio de la criminalidad, desde estas posturas, pasó a pertenecer a las ciencias naturales, toda vez que en el individuo reside de forma natural las causas del crimen; por lo que en consecuencia, deberá ser ajeno al poder del Estado, el cual es neutral y objetivo. Con esta visión, el Estado, va a pasar a disponer de una justificación válida para la intervención penal en relación a la criminalidad, toda vez, que ahora el Derecho penal actúa sobre aquellos que científicamente son considerados peligrosos, siendo necesaria esa intervención, para la defensa social⁸⁰¹.

En esta criminología positivista, si bien se van a distinguir diferentes corrientes⁸⁰², todas van a tener en común que la causa de desviación de la conducta está afincada en la inferioridad o defecto del sujeto.

De esta visión o posición dominante que estuvo en manos de la criminología positivista, se pasa a una teoría funcionalista; donde el concepto central, en una teoría de claro corte sociológico, será lo social; es decir, estará orientada a los factores que

⁸⁰¹ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./ HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN “*Lecciones de Derecho penal- parte general*”,...op. cit. p. 31.

⁸⁰² Así, tenemos entre las corrientes las que refieren que la causa de la criminalidad será biológica, con Lombroso y Garofalo; otros que entienden que será social y biológica, representada por Ferri y los que atribuyen la criminalidad a causas psicológicas, donde tenemos a Freud. Debemos agregar, de la mano de Hassemmer, las *teorías psiquiátricas* siendo la obra de Schneider de 1923 la que mayor aporte realiza a dicha tesis. *Teorías de los tipos de autor y la criminología nacionalsocialista*, basada en la estructura corporal, la cual, nos señala Kretschmer, que la misma predisponía a la comisión delictual, condicionando el carácter de las personas. Lo dicho dio la base a la *teoría nacionalsocialista*, donde de la mano de Mezger, tuvo fuertes connotaciones raciales y fue el justificante para la eliminación de los “elementos dañinos para el pueblo y la raza”. *Teoría basada en la predisposición genética y cromosómica*, la cual, como consecuencia del avance que ha tenido la genética o la neurociencia - descubrimiento en los años 60’ de un nuevo cromosoma, XYY o el estudio sobre los gemelos de Lange en 1929-, entienden que ciertos datos biológicos del ser humano, predisponen a la realización de determinadas conductas, fundamentadas sobre todo en base a las posturas lombrosianas y en los planteamientos sobre la evolución de la especie de Darwin. HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*....op. cit. pp. 38-53.

contribuyen a la adaptación o ajuste de un determinado sistema social⁸⁰³. En contrapartida, el debilitamiento de esas condiciones de adaptación o ajuste social, estará dado por las disfunciones que se presenten⁸⁰⁴.

Ahora, el problema de la criminalidad estará cimentado en las disfunciones del sistema social y no en el individuo. Se niega validez al concepto de causalidad, propio del positivismo. Tampoco está sólo focalizada sobre un estrato social, sino que se extiende a todos los grupos que forman una sociedad.

Hassemer, en cuanto a la clasificación, las agrupa en una única categoría, teorías *etiológicas*, dentro de las cuales distingue en microcriminología, que serán aquellas que se enfocan en el individuo, al autor del delito, ya sea tomándolo individualmente o como parte de grupo social donde se desenvuelve -aspectos biológicos o psicológicos-; y aquellas posturas cimentadas en los aspectos sociales como originador del delito, lo que dará lugar a la macrocriminología, que se ocupa del análisis estructural de la sociedad en la que surge el delito⁸⁰⁵.

⁸⁰³ Serán los componentes periféricos de la personalidad criminal, los que propician la adaptación del que inicia su camino al delito, al contexto social donde delinque. Se entiende que para la convivencia y permanencia, las sociedades van a necesitar una estabilidad que les permita la armonía entre sus componentes, se logrará a través de un orden social y una organización. Así, si los individuos o grupos humanos, pretenden cooperar con ese contexto social no tendrán otro camino que adaptarse a los códigos de normas y valores que hacen posible las interrelaciones humanas; tendrán que adaptarse socialmente. Es funcional en dos aspectos, esta adaptación social, ya sea, en su relación directa con el otro sujeto integrante de esa comunidad; y en relación a la compañía de los otros sujetos, cuyo principal objetivo es el superar juntos los obstáculos que puedan presentarse, los cuales no podrían vencerse de manera individual. HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica*,...op. cit. pp. 196-199.

⁸⁰⁴ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./ HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN “*Lecciones de Derecho penal- parte general*”,...op. cit. p. 32. En relación a la inadaptación social, tenemos dos elementos integrantes; por un lado, uno de carácter subjetivo, el cual hace referencia a la ausencia de algunas condiciones necesarias y suficientes, en el mismo individuo, que puedan favorecer la armonización de su coexistencia con la realidad social; y otro, objetivo, constituido por comportamientos de la persona incompatibles, por los resultados dañosos para con los derechos de los demás integrantes, por su inadecuada integración a la comunidad. Entonces, se denomina, inadaptado social al individuo que no desarrolla empatía con el entorno socio-político y cultural, profesando un conjunto de valores contrarios a los de una elemental convivencia social, siendo éste su comportamiento habitual. En HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica*...op. cit., pp. 199-202.

⁸⁰⁵ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*...op. cit. p. 33-34.

No obstante las diferencias que acabamos de hacer referencias, ambas corrientes de la criminología -cualquiera sea la clasificación que usemos- van a compartir el punto de vista en cuanto al delito, manifestando que el mismo es un fenómeno social objetivo y que tiene que ser estudiado como tal⁸⁰⁶.

Estas visiones, fueron fuertemente cuestionadas en la segunda mitad del SXX, desde perspectivas políticas tanto liberales como marxistas. En las primeras el objeto de estudio serán los procesos que conducen a definir como criminales las interrelaciones personales o grupales; Hassemer las llamará teoría del *etiquetamiento*⁸⁰⁷. Las segundas, como todo lo que tiene que ver con esta ideología, van a situar a la criminalidad en la lucha de clases y como expresión de la explotación que realiza la burguesía sobre el proletariado, siendo la criminalidad una forma de disidencia política⁸⁰⁸. Hassemer la denominará como una criminología *crítica social*⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./ HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN “*Lecciones de Derecho penal- parte general*”,...op. cit. p. 32.

⁸⁰⁷ Consideran la criminalidad como un proceso de definición y de atribución de esta calificación por los órganos encargados de la persecución del delito y de la Administración de Justicia. Interesa el proceso de criminalización, las razones por las que unas personas llegan a ser consideradas y definidas como delincuentes y otras no. HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*....op. cit. p. 34. También en BUSTOS RAMIREZ, quien al escribir sobre esta teoría entiende que no hay un desviado, sino que hay un proceso de desviación o criminalización, sobre la base de procesos de definición y selección desde los grupos de poder. Por eso se suele señalar que el Derecho penal por esencia y origen coloca los infractores de la normativa penal en un estrato social inferior, de ahí que no sea casualidad que la inmensa mayoría carcelaria pertenezca a una clase social menos favorecida. Es una forma de aislar a ciertos sujetos y con ello su grupo social, que sirven siempre de excusa, para en definitiva a través de la pena se apliquen procesos de dominación y destrucción del cuerpo social. *Vid.* BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema Penal*, ...op. cit., pp. 21-25. También sobre la temática en PEREZ SUAREZ, JORGE RAMIRO *Las Crónicas de Enriq-La enseñanza de la Criminología y el Derecho Penal a través del método del caso*,...op. cit. 69-73.

⁸⁰⁸ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./ HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN “*Lecciones de Derecho penal- parte general*”,...op. cit. p. 33. El Derecho al ser abstractamente igual, no elimina sino que reproduce la desigualdad. *Vid.* BONETTO, M. SUSANA/ PIÑERO, M. TERESA, *Estado y Derecho*, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998 p. 128. También en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*,...op. cit. p. 560-562.

⁸⁰⁹ Dos serán los aportes de esta posición marxista. Por un lado, destaca el delito y el modo de producción, siendo el modo de producción de la vida material lo que condiciona al proceso de la vida social, política e intelectual en general, y con ello, se condiciona el nacimiento de la delincuencia. Por otro lado, la crítica que formuló al mito del Derecho penal como Derecho igualitario, toda vez que éste es un instrumento utilizado por la clase dominante frente a la clase socialmente inferior, de manera desproporcionada y legítimo. HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la*

Sólo para completar el cuadro de esta clasificación o evolución que, brevemente, estamos haciendo se considera necesario mencionar las teorías que Herrero Herrero⁸¹⁰ o el mismo Hassemer, entre otros, clasifica como de criminología *de la reacción social*⁸¹¹, se ocupan de la reacción y del control de la criminalidad, dentro de las mismas agrupa a las tendencias movimientos sociales⁸¹² y, lo que ya

criminología y a la política criminal...op. cit. p. 119-120. También en HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica*,...op. cit. pp. 78-81. BUSTOS RAMIREZ, J., agrega sobre el tema que se pretendió que por el simple hecho de haberse suprimido el sistema de subordinaciones del Antiguo régimen, se eliminaba todo criterio de discriminación frente a la autoridad, frente al control y todos los sujetos eran entonces iguales ante la ley penal. Axioma muy alejado de la realidad, desde esta teoría, por aquello que la justicia es una justicia de clases. Por ello, la criminología crítica ha sustituido el principio de igualdad por el desigualdad. Se trata de revelar todos los procesos de discriminación, con el objeto de establecer las garantías correspondientes para ir en búsqueda de la igualdad. Sólo el reconocimiento que el Derecho penal no es igualitario, permitirá la construcción de un Derecho penal materialmente garantista y superar la identificación unilateral y parcial entre Derecho penal y dogmática. Entonces al colorar, esta teoría, en una continua revisión las aportaciones realizadas por la criminología académica y al globalizar el análisis concreto de la cuestión criminal permite desmontar las realidades encubiertas por la dogmática con sus principios garantistas axiomáticos. En consecuencia, se provoca una revisión total del Derecho penal y la búsqueda de principios garantistas materiales cada vez más profundos, que limiten al mínimo el Derecho penal. *Vid.*, BUSTOS RAMIREZ, J. *Control Social y Sistema penal*, ...op. cit. pp. 16-21. También en SILVA SANCHEZ, JESUS M. “Nuevas Tendencias Político-Criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M. *Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución*,...op. cit. pp. 309-312.

⁸¹⁰ HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica*, ...op. cit. pp. 76-79.

⁸¹¹ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*...op. cit. p. 34.

⁸¹² Cabe destacar diversos movimientos sociales que están teniendo repercusión en la forma de ver la criminología y el Derecho penal. Así tenemos: los “*movimientos feministas*”, que han logrado mayor sensibilidad respecto de los delitos donde la mujer ocupa el rol de víctima; los “*movimientos ecologistas*”, que han reclamado mayor intervención penal en la protección del medio ambiente; los llamados *movimientos de los “indignados”*, a partir de los cuales se busca intensificar la lucha contra la corrupción estructural y funcional del Estado; los “*movimientos contra la pornografía infantil*”, la criminología tiene en este ámbito no sólo analizar la personalidad de los autores y las causas sociales que lo favorecen, sino también las razones por las que durante años estos abusos han estado en las zonas oscuras, sin ser denunciados; los “*movimientos contra el racismo y la xenofobia*”; aquellos relacionados con el “*terrorismo*” que ha generado una mayor intervención punitiva, le corresponde a la criminología analizar el por qué del incremento de esa actividad terrorista y los *movimientos “contra el terrorismo de Estado”*, con movimientos como Abuelas de Plaza de mayo, en Argentina o de las víctimas del franquismo en España, analizando las causas de impunidad de los autores de aquellos crímenes y el reconocimiento de las víctimas. En *Ibid* p. 130-136. Entonces, se los toma como grupo de presión con influencia real, no sólo, en las decisiones legislativas, sino de igual manera en los procesos judiciales y ejecución de pena. DIEZ RIPOLLES, “Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española”, en *Política criminal y Derecho penal*”...op. cit. p. 175.

hemos hecho referencia, las orientaciones de tolerancia cero⁸¹³ y del Derecho penal del enemigo.

Ahora bien, habíamos dicho que a mediados del SXX, aquellas visiones positivistas habían sido cuestionadas por nuevas corrientes, dentro de las cuales teníamos la liberal; la cual expone que el ser humano deberá ser considerado como persona social, cuya forma de interrelación con sus pares, tendrá un valor que es definido socialmente. Aparece como fundamental, ahora, la significación o valoración que se le da a esas formas de interrelación⁸¹⁴.

Desde estas posturas, el Estado, tendrá una intervención directa en la definición de comportamiento, a diferencia de lo que pensaban las corrientes positivistas y funcionalistas que miraban al Estado como algo ajeno a los procesos de criminalización.

Como consecuencia de esta nueva visión, tanto la criminología como el Derecho penal, van a constituir una unidad empírica y normativa; toda vez, que al cambiar el objeto de estudio se pone en la mira crítica a todo el sistema penal, en particular al Derecho penal⁸¹⁵

Asimismo, se establece una necesidad de confrontar la regulación jurídico-penal, con la realidad; determinando qué es lo que debe ser considerado relevante para motorizar la intervención penal o qué debe ser trasladado a otros sistemas de control

⁸¹³ Dentro de lo que se denomina “criminología de la vida cotidiana” se encuentran aquellas que se caracterizan por un gran pragmatismo desprovisto de contenido teórico, directamente preocupado por reducir las tasas de criminalidad que más inquietan al ciudadano común -hurto, robos, daños, etc.-, o contrarrestar aquellas conductas que sólo adquieren la calidad de molestas al todo social que no está excluido y que muchas veces ni siquiera llegan a ser delitos. HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*...op. cit. p. 220-225. También en HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica*,op. cit. pp. 87-89.

⁸¹⁴ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./ HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN “*Lecciones de Derecho penal- parte general*”,...op. cit. p. 33

⁸¹⁵ *Ibidem*, p. 34.

social, junto con un análisis crítico de la eficacia de las normas penales, lo que va a obligar a una continua y sistemática revisión del objeto de la criminología, extendiéndola a otros ámbitos de la criminalidad, pero relacionado con ésta y su control⁸¹⁶.

Bustos Ramírez, va a encontrar en el objeto de estudio, esa relación válida entre la criminología y el Derecho penal. Así, mientras que el Derecho penal tiene por objeto a esta rama del Derecho, es decir, a un sistema normativo; la criminología, por su parte, tiene por objeto el delito en cuanto suceso fáctico y social⁸¹⁷. En efecto, la norma penal, se aplica a hechos fácticos, por lo que puede considerarse con ello, que dicha ciencia comprende a la criminología.

En este marco de ideas, entonces, si se describe al delito como un *hecho* fáctico y socialmente relevante, que será objeto de estudio e interpretación de la norma penal; la ciencia del Derecho penal va a comprender a la criminología, la cual se traduce en una disciplina auxiliar de la dogmática y la política criminal. Desde esta perspectiva, la criminología deja en pie el Derecho penal entero.

Ahora, por contrapartida, si entendemos la norma penal como un elemento a tener en cuenta de cara a la consideración global del delito, como *suceso* fáctico y social relevante, entonces es la criminología la que comprende a la ciencia del Derecho

⁸¹⁶ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*....op. cit. p. 21

⁸¹⁷ En este punto, cabe necesario resaltar las reflexiones que realiza Herrero Herrero, el cual entiende que el solo conocimiento sociológico de la delincuencia y las medidas correlativas nos llegan a todos los grupos sociales y que se torna necesario y ahí la función de la criminología clínica, orientada al marco individual. En base a esto, se le asigna a esta criminología como función primordial, la de interrelacionar las ciencias criminales -Derecho penal-, con las ciencias del hombre -médicas, psicológicas, sociológicas-, ofreciendo al sistema judicial información útil para la aplicación individualizada y resocializadora de la pena. HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica*,op. cit. p. 50

penal, pasando a tomarse a la misma como una subdisciplina criminológica. Desde esta posición la criminología absorbe al Derecho penal⁸¹⁸.

No obstante lo dicho, parece ser que las posiciones extremas dejan de serlo para ir acercando posturas. Los extremos son malos, se suele concluir. Así, la criminología renuncia a su pretensión de desplazar todo saber jurídico y el Derecho penal, flexibiliza su estatus formalista al advertir que el verdadero sentido de una regulación jurídica no puede obtenerse sólo a partir de una contemplación ideal de la misma; sino que será menester conocer los problemas reales a los que trata de aplicarse⁸¹⁹.

Ambas disciplinas, aparecen así como dos disciplinas que tienden al mismo fin con medios diversos. El Derecho penal a partir del estudio de las normas jurídico-penales, usando la criminología. La criminología a partir del conocimiento de la realidad, a la cual se aplican aquellas premisas normativas. La crítica de las normas, en su aspecto ideal, y la crítica de la realidad reglada por ellas, son complementarias.

De igual manera la criminología ha ampliado su objeto de estudio llevándolo a otras formas de “conductas desviadas” -prostitución, drogadicción- que son distintas a las que tradicionalmente se han calificado como legalmente criminales y a otras formas de reacción social. Lo dicho, no debe alterar al Derecho penal que se va a ver

⁸¹⁸ BLANCO LOZANO, CARLOS, *Tratado de Política Criminal - Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito...* op. cit, t. I. pp. 78-79. Una consecuencia directa y lógica que, entiende Hassemmer, produciría dicha situación es que se puede sustituir el Derecho penal, y desconocer los procedimientos que ya están determinados en todo Estado de Derecho, los cuales son vinculantes para el legislador al momento de definir qué hechos son elevados a la categoría de delitos y la forma en que judicialmente se resuelve el caso. Lo dicho, ya hoy, se visualiza como una realidad latente donde muchas formas cuasipenales de criminalización se han elaborado para el control de determinados sujetos, los cuales sin cometer delito alguno, son considerados peligrosos sociales o pertenecen a grupos de riesgo -prostitución, la vagancia, mendacidad, etc-. HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal...* op. cit. p. 21-22.

⁸¹⁹ COBO DEL ROSAL, MANUEL/ VIVES ANTÓN, TOMÁS S. “Relaciones con la Criminología y la Política Criminal”, en *Derecho penal...* op., cit., pp. 123-124.

beneficiado por esta amplitud de la criminología, al aumentar la posible adaptación de las normas penales a la realidad, ahora más conocida⁸²⁰

El saber normativo completa nuestro saber criminológico, y éste, a su vez, contribuye al mejor conocimiento de las normas. Se produce una aceptable y necesaria simbiosis. Esta perspectiva de colaboración crítica es imprescindible para llevar adelante verdaderos progresos en el ámbito penal. Se torna imperativo confrontar, día a día, sus presupuestos con los resultados de las ciencias sociales, para conseguir una regulación cada vez más justa⁸²¹.

En idéntico sentido, Garcia-Pablos de Molina, afirma que la comprensión y control eficaz de la criminalidad requiere tanto del Derecho Penal como de la Criminología; las cuales deben coordinar sus esfuerzos sin pretensiones de exclusividad, porque ambas disciplinas gozan de una autonomía tanto en sus objetos como método de estudio y están llamadas a entenderse, siendo integrantes de una ciencia penal total o globalizadora⁸²².

2.3. Sobre la Política Criminal y el Derecho penal

Todo Derecho penal responde a una determinada política criminal y toda la política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde. La política criminal de un determinado país está directamente relacionada con los

⁸²⁰ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal...*op. cit. p. 21. El mismo Derecho penal, como ciencia, está abierta a las ciencias sociales, dentro de las cuales tenemos a la criminología, es una cuestión que debería ser evidente desde hace tiempo. HÖFFE OTFRIED, “Proto-Derecho penal: Programa y Cuestiones de un filósofo”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...*op. cit., 333.

⁸²¹ COBO DEL ROSAL, MANUEL/ VIVES ANTÓN, TOMÁS S. “Relaciones con la Criminología y la Política Criminal”, en *Derecho penal...* op., cit., pp. 127-128. También en NIETO, ALEJANDRO *Derecho Administrativo Sancionador...*op. cit., p. 36.

⁸²² *Vid.* GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Criminología . Una introducción a sus fundamentos teóricos...*op. cit., pp. 261-264.

principios de su organización política. Así, no es lo mismo una política criminal de un Estado autoritario que la de un Estado social y democrático⁸²³.

En los Estados constitucionales, será su Carta Magna -Constitución- la que establezca las bases de su política criminal y de su Derecho penal; éste es una de las armas esenciales del Estado y tradicionalmente, si bien, era competencia exclusiva de cada país, quizás hoy, como consecuencia del fenómeno de globalización se encuentra desteñida⁸²⁴.

Las relaciones entre la política criminal y el Derecho penal han sido presentadas de diverso modo en distintos momentos del pensamiento penal. Así, ha transcurrido desde la consideración de una relación contrapuesta entre ambos, antinómica, pasando por quienes visualizan como una relación de identificación y llegando a quienes la ven como unidad⁸²⁵.

En relación a la que podríamos llamar “tesis de la unidad”, esta se caracteriza por la interdisciplinariedad. Así, se sostiene que el conocimiento de una ciencia o saber, no puede construirse sin el auxilio de otros saberes. La interdisciplinariedad del Derecho penal con la política (criminal) es presentada como una correspondiente a un saber secante no jurídico⁸²⁶. Este es un cruce que califican como enorme, ya que es imposible no realizar un trabajo en conjunto; en definitiva, un sistema que programa

⁸²³ Véase sobre el tema BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./ HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN “*Lecciones de Derecho penal- parte general-*...op. cit. p. 40-43.

⁸²⁴ Sobre la Política criminal y la globalización, véase RIQUERT, MARCELO A. *Crisis Penal. Política criminal, globalización y Derecho penal*...op. cit., pp. 55-62, al analizar la tesis del profesor paulista Luiz Flavio Gomes.

⁸²⁵ *Íbid*, p. 35. También en SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios*...op. cit., p. 34.

⁸²⁶ Cuando el horizonte o universo del saber se superpone con otros, nos referiremos a saberes secantes.

decisiones del poder es un programa político y, de allí, que cada teoría penal tiene una inevitable lectura política, la relación es necesaria y por de más evidente⁸²⁷.

Desde una tesis de la identificación, diremos que la política criminal es el contenido variable de las normas que constituyen el Derecho penal. Entre ambos se establecen una relación de identificación⁸²⁸. El estudio de la política criminal se resuelve en el análisis de las elecciones que debe efectuar el legislador y en las formas típicas en que se vuelcan en un determinado ordenamiento jurídico penal.

Por último, diremos que la política criminal y el Derecho penal constituyen los términos de una relación problemática, casi antinómica e históricamente inestable. El péndulo del sistema penal (legislador, jurisprudencia, ciencia), puede inclinarse algunas veces hacia la política criminal y, otras, hacia el Derecho penal⁸²⁹.

En la actualidad, pocos autores parecen dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar consideraciones políticos-criminales en la construcción del sistema de delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías, apuntando que más allá de que mediaran o no declaraciones, ese modo de proceder siempre se ha dado en la práctica y ello es así, porque resulta muy difícil negar que todo el Derecho penal nace

⁸²⁷ RIQUERT, MARCELO A. *Crisis Penal, Política criminal, globalización y Derecho Penal...* op. cit. p. 36. En idéntico sentido, URSULA NELLES, cuando sostiene que la tarea legislativa en el ámbito penal es producto de la política criminal, por lo que no es posible entender que la tarea del investigador penal sea la de proporcionar pautas al legislador acerca de la formulación correcta y sistemáticamente coherente de leyes, cuando las mismas no se basen en un concepto de política criminal fundado. NELLES, U. "La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro", -Trad. Pirrafé, María José- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit. p. 452.

⁸²⁸ Una relación de identificación extrema es la sostenida por Roxin: las exigencias de Política criminal constituyen la clave de la hermenéutica para entender la esencia de las categorías generales de la teoría del delito que, más que dogmas elaborados por la ciencia penal serían las cristalizaciones de exigencias políticos criminales, a la luz de las que esas categorías podrían ser enteramente comprendidas y penetradas por la ciencia penal. RIQUERT, MARCELO A. *Crisis Penal, Política criminal, globalización y Derecho Penal...* op. cit. p. 38.

⁸²⁹ *Ibid...* pp. 41-42.

precisamente de exigencias de política criminal: en concreto, la de hacer posible la convivencia pacífica en sociedad⁸³⁰

Dentro de esta posición podríamos ubicar a Díez Ripollés, quien, entiende que como consecuencia a la actual sociedad de riesgo que vivimos y en esa construcción permanente de tipos penales que tienden a proteger bienes jurídicos colectivos, el Derecho penal no puede aislarse de las otras ramas de las ciencias sociales, como lo serían la sociología y la política criminal⁸³¹.

Desde un concepto amplio de política criminal⁸³², diremos que en cada una de sus intervenciones estará presente el Derecho penal, en este contexto, será el instrumento idóneo y más eficaz de su aplicación. Un medio para la prevención de conductas criminales en la sociedad⁸³³.

Se entiende de lo expuesto que el Derecho penal y política criminal no puede considerarse por separado, se integran en el sistema penal. Decimos esto, toda vez, que el Estado social tiene la legitimación de intervenir en los conflictos sociales, desarrollando políticas orientadas a la prevención o solución de los mismos y, sólo en última instancia, lo definirá como criminal, optando entre distintas alternativas para la solución de ese conflicto una opción política que, lógico, recibirá el nombre de política

⁸³⁰ *Ibid*, 43. Vid. ROXIN, CLAUS, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal...* op. cit. pp. 31-36.

⁸³¹ La colaboración, debería darse, tanto en una delimitación conceptual aceptable en términos de dogmática penal, de aquellos bienes jurídicos compatible con una adecuada descripción empírica de realidades sociales merecedoras de protección jurídico-penal. Por otro lado, en la elaboración de un concepto de lesión material o dañosidad de tales bienes jurídicos colectivos, que cumpliendo aquellas exigencias dogmáticas, permita sustituir las cuestionables estructuras de peligro, por las más garantistas de resultado material. Vid. DIEZ RIPOLLES, JUAN L. “La Contextualización del bien jurídico protegido”, en *Política Criminal y Derecho penal...* op. cit. pp. 31-32.

⁸³² Desde la defensa de una nueva ley penal en el parlamento sobre la penalidad de homicidio, o la previsión legal de una custodia de seguridad para delincuentes peligrosos, o la ejecución de medidas de seguridad, entre otras. SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios...* op. cit., p. 34.

⁸³³ *Ibid*,

criminal atento que se refiere a la criminalización del conflicto, siendo el Derecho penal el instrumento necesario o el más usado para llevarlo adelante⁸³⁴.

No obstante, no siempre o no necesariamente, la política criminal debe recurrir al Derecho penal para combatir la criminalidad toda vez que debe ser consciente que existen otras formas de prevenir la delincuencia, con políticas orientadas al aspecto socio-cultural, tendiente a una mayor inclusión de las clases desfavorecidas; con una justa política social, como mejor arma para prevención delictiva⁸³⁵.

Sanchez-Ostiz, no circunscribe solamente en el Derecho penal, como único instrumento o medio utilizado por la política criminal en ese afán de la prevención de delitos; sino que abarca también otros sectores como el Derecho administrativo sancionador, el Derecho procesal, o el mismo Derecho civil (responsabilidad derivada de un delito), por lo que se podría decir que la política criminal, utiliza como instrumento o medio, a todo un Derecho sancionador⁸³⁶. Dejo caer la duda o directamente la afirmación que no es el más eficaz, pero sí el más usado.

Comparto, en este sentido, lo expuesto por Zuñiga Rodriguez⁸³⁷, cuando expresa que los modelos de intervención penal suelen superar el debate del Derecho penal y se trasladan a la política criminal; a diversas áreas de conocimiento que explican los diversos procesos de transformación -también llamados crisis- de los modelos económicos, políticos, importantes hasta el momento. En este marco conceptual, se puede ver una correlación en el modelo económico vigente de la

⁸³⁴ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./ HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN “*Lecciones de Derecho penal- parte general*”,...op. cit. pp. 40-41.

⁸³⁵ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*....op. cit. p. 27.

⁸³⁶ SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios*,...op. cit. p. 35.

⁸³⁷ Véase ZUÑIGA RODRIGUEZ, LAURA “Viejas y Nuevas Tendencias policriminales en las legislaciones penales”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdras) *Derecho Penal*....op. cit., p. 128.

globalización, donde aquellos sujetos que no forman parte del modelo productivo directamente son expulsados⁸³⁸ y, con ello, el desconocimiento de su condición de persona por parte del Derecho (inmigrantes irregulares, prostitutas, terroristas), con su consiguiente exclusión social en la cárcel de por vida, la expulsión del territorio, la gueticización⁸³⁹ o la inocuización.

No es poca la influencia que ha tenido el fenómeno de la globalización en la discusión que estamos planteando, -política criminal/Derecho penal-; toda vez que del mismo modo que aquel movimiento de la Ilustración del siglo XVIII, llevó a las constituciones estatales; parece ser que en la actualidad las diferentes legislaciones penales responden a principios no exclusivamente nacionales, sino de alcance internacional. El Derecho penal del Estado Constitucional responde a principios ampliamente compartidos en la mayoría de países democráticos. Con lo dicho, el Derecho penal no puede verse como una ciencia sólo local, sino que es evidente lo influenciable que puede ser y, de hecho, lo es a las corrientes internacionales⁸⁴⁰.

⁸³⁸ Se incrementa la marginalidad, toda vez que sólo unos pocos tienen acceso al sistema propuesto o imperante, mientras que son miles de millones quienes mueren de inanición. La marginalidad, tiene una clara repercusión en el sistema punitivo porque el nuevo formato económico origina nuevos conflictos actuando básicamente en el sector más vulnerable del todo social. Se aumenta el abanico de estereotipos de sujetos “peligrosos”, y con el afán de brindar seguridad se agudiza las respuestas violentas. *Vid.*, SANZ MULAS, N. “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. pp. 1041-1044. También sobre la temática en HEBBERECHT, PATRICK “Sociedad de Riesgos y Política de Seguridad”, en DA AGRA, CÂNDIDO/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad...* op. cit., p. 358-360.

⁸³⁹ Como consecuencia de los programas de “área geográfica”, que forman parte a su vez, de los programas etiológicos, dentro de la discusión actual sobre la eficaz prevención de la criminalidad, con el menor coste social. Sobre el tema ver, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. “Los retos de la moderna Criminología empírica”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...*op. cit. pp. 710-712.

⁸⁴⁰ MIR PUIG, SANTIAGO, “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU *Nuevas Tendencias...*op. cit. pp. 116-117. También sobre el tema ver HEINE GÜNTER, “La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”, -Trad. Pirrafé María José-, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...*op. cit., pp. 430-433. También en BORJA JIMENEZ, cuando analiza la peligrosidad del condenado en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal español de 2012. Véase en BORJA JIMENEZ, E. “Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho” en ORTS

Lo alarmante, justamente, es que estos modelos excluyentes⁸⁴¹ además de menoscabar muchas veces los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, sus políticas no necesariamente son efectivas⁸⁴². No sólo no previenen a largo plazo la criminalidad, porque las causas se mantienen, y en, no pocas, ocasiones son desconocidas por los agentes que tienen a su cargo el desarrollo, sino que generan mayor conflictividad y desigualdad social, dado que sólo mantienen controlados a corto plazo los sujetos “peligrosos” para el orden social. Se puede llegar al “terror penal”, produciendo una superpoblación carcelaria que a corto y mediano plazo puede hacer estallar conflictos carcelarios⁸⁴³.

Riquert, haciendo alusión a la observación que hace Ragués, en cuanto a la compleja situación que nos toca vivir en estos tiempos, donde la labor de la política criminal está orientada a un constante crecimiento y endurecimiento del Derecho punitivo, pero que no tiene su origen en Estados totalitarios, sino que surge en muchas ocasiones de la voluntad política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía en Estados que cuentan con una legitimidad democrática; nos lleva a cambiar el discurso “opositor”, toda vez que ahora debemos orientar el mismo hacia la desacreditación en cuanto al crecimiento de ese Derecho punitivo y no a la deslegitimación del poder político. Siguiendo a Schulz, sostiene que dicha posición, - aún cuando se “ataque” la elaboración legislativa que son representantes de los

BERENGUER E. (Dir) *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia...* op. cit. pp. 163-166.

⁸⁴¹ Una política criminal orientada a la exclusión, a la consideración de no-persona, de sujetos excluidos del pacto social, donde se torna difícil de legitimar desde los paradigmas del modelo del Estado democrático.

⁸⁴² El Estado no ve más allá de lo normativo. Cuando detecta una irregularidad social, dicta normas sancionadoras en detrimento de la real situación que existe detrás de la referida irregularidad y con ello, entiende, que se ha resuelto el conflicto. NIETO, ALEJANDRO *Derecho Administrativo Sancionador*; ...op. cit. pp. 35-36.

⁸⁴³ ZUÑIGA RODRIGUEZ, LAURA “Viejas y Nuevas Tendencias políticocriminales en las legislaciones penales”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdres) *Derecho Penal...* op. cit., p. 127.

ciudadanos que reclaman mayor intervención- no es contradictoria, porque en un estado constitucional el proceder del legislador elegido democráticamente presume corrección, pero no la garantiza⁸⁴⁴.

De ahí que las distintas cuestiones que tengan que ver: sobre los fines de la pena, los bienes objeto de protección o a quiénes hacemos responder penalmente, hayan trascendido los confines del Derecho penal, para situarse en el control social en general, en el terreno de la decisión política donde se libran las batallas del poder de definición.

En los tiempos que corren, se entiende que la reducción de una política criminal simbólica-populista ha traído consigo una relación conflictiva, no sólo con éste Derecho penal, al que catalogamos de moderno, sino con misma población toda vez que ésta no está en condiciones de enjuiciar racionalmente cuestiones político criminal de la cual es objeto y víctima⁸⁴⁵

2.4. Sobre Política Criminal, Derecho penal y el control social

Como hemos venido exponiendo, no son pocos los Estados actuales que se han ido convirtiendo, progresivamente, en base a sus políticas criminales, en Estados intervencionistas. Se torna necesario, en sucintas palabras, ver la relación de ese fenómeno orientado al control social que surge como consecuencia⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴ Véase en RIQUERT, MARCELO A. *Crisis Penal. Política criminal, globalización...* op. cit., p. 53.

⁸⁴⁵ LOTHAR KUHNER, "La autocomprensión de la Ciencia Jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo", -Trad. García Álvarez, P.- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit. pp. 84-85.

⁸⁴⁶ Se entiende que la sociedad humana es un fenómeno complicado, y que para que la misma realmente se constituya como un mecanismo que funcione se torna indispensable la coexistencia de una serie de condimentos: tener una finalidad coherente y compartida, eje en torno al cual va a girar la vida comunitaria; un conjunto de instituciones, que serán esenciales para llevar adelante dicha finalidad y una "habilidad" para poder armonizar las distintas posiciones personales y colectivas de sus integrantes. Es de suyo que la complejidad a la que hacíamos referencia va a exigir a los miembros de estas sociedades

Así, nos dice Bustos Ramírez, que en el desarrollo del Estado liberal, se parte de un Estado guardián o democrático de derecho, donde los controles sociales lo conformaban el Derecho penal y la Iglesia; pasando por un Estado de corte intervencionista de defensa social, donde además de un control social que emerge del Derecho penal, adquieren ese rol otras formas como la medicina y la psicología⁸⁴⁷; hasta llegar a un Estado social y democrático, cuyas bases ideológicas parten de la sociología funcionalista⁸⁴⁸.

Dicha, transformación se produce, debido a que aquel Estado liberal conduce a grandes desigualdades sociales que ponen en peligro la cohesión social, con lo que la intervención no sólo debe darse en lo económico, sino también en lo social. Ahora la función del control es producir el consenso social a un sistema de valores⁸⁴⁹.

El mismo, Bustos Ramírez, habla de un cuarto estadio, sería el Estado neoliberal de pensamiento único, donde como consecuencia de las nuevas formas de comunicación, las formas de control de acción⁸⁵⁰ van ganando una posición junto al Derecho penal⁸⁵¹.

un mínimo de principios y valores, que van a tener como principal objetivo, la estabilidad, continuidad y permanencia de la vida en común. Así, los valores se traducen en normas y su infracción en reacción, la cual puede ser más o menos severa de acuerdo a la norma que se ha lesionado; con lo cual, como vemos, la misma sociedad, para hacer posible la viabilidad de la convivencia, ponen en marcha el llamado control social. HERRERO HERRERO, *Tratado de Criminología Clínica...* op. cit. pp. 349-352.

⁸⁴⁷ Definiendo gran parte de las conductas desviadas como “patologías” sociales.

⁸⁴⁸ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J./HORMAZABAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho penal -Parte General...* op. cit. pp. 21-22.

⁸⁴⁹ La concepción funcionalista parte de la consideración de la sociedad como un conjunto de elementos en equilibrio, en el cual las distintas instituciones se coordinan e integran entre sí, para mantener el orden social. Su análisis sólo focaliza en forma relevante cuestiones tales como orden y equilibrio, atribuyéndole un carácter secundario al conflicto y al cambio. Se percibe el Derecho como un mecanismo, importante, para conseguir o mantener aquel equilibrio, por lo tanto para impedir o resolver los posibles conflictos, sin necesidad de alterar la estructura de la sociedad, sino por el contrario, conservándola. *Vid.* BONETTO, M. SUSANA/ PIÑERO, M. TERESA, *Estado y Derecho, Cuadernos de Política...* op. cit., p. 128.

⁸⁵⁰ En el control social se complementan dos aspectos. Los que son las estrategias de prevención de una conducta, denominados de acción, y por el otro, la reacción frente a la realización de esa conducta. Los primeros están orientados a actuar sobre el individuo para que éste internalice los valores de la sociedad. Ante el eventual fracaso de algunos casos de control social activo, surge la reacción del

Por mi parte, entiendo y me permito discrepar, toda vez que, a pesar que se intente dar lugar a otras formas de control, la práctica y lo cotidiano, nos enseña que será el Derecho penal el medio de control social por excelencia, asumiendo las características propias de un Estado de corte netamente intervencionista.

Así las cosas, es de suyo, que el Estado intervencionista que podría decirse se siente Estado Social paternalista, en presumido interés de la comunidad, no puede, desde un punto de vista lógico, reducir su política criminal a política penal (aunque, no renuncie a ésta). Entonces, si pretende conseguir sus objetivos de bienestar generalizado ha de hacer una debida política de prevención, pero no desde una visión sólo penal, sino sociopolítica general.

Lo dicho, toda vez que tal como ponen de manifiesto las ciencias sociales, existen determinados factores o disfunciones sociales que por su extensión o calidad, orientan a muchos miembros de la comunidad a despreciar aquellas reglas que por la mayoría han sido aceptadas, en cuanto a convivencia se refiere.

Así, entonces, se entiende que estos Estados, al menos en teoría, patrocinan la promoción del bienestar social como uno de sus grandes postulados, proyectando su acción benefactora mucho más sobre la sociedad, como un todo, que sobre los

sistema social ante una conducta desviada. Se podría decir que éstas formas de control social reactiva pueden, a su vez, agruparse en algunas categorías: medicación, criminalización y neutralización. Puede, asimismo, clasificarse en formal o informal. Será informal, el que ejercen las instituciones sociales de manera complementaria (familia, la vecindad, la escuela, el centro de trabajo, etc.). Sus sanciones, pueden ser arbitrarias y desproporcionadas; podrían consistir en burlas, pérdidas de trabajo, aislamiento social, etc...Por su parte, será formal, el ejercido por instancias que han sido establecidas para ese fin, como ser la policía, los tribunales, el Derecho penal, el procedimiento penal, los establecimientos penitenciarios en un sentido amplio. La respuesta de este tipo de control ante una conducta desviada, está regulada por el derecho escrito. Así, cuando se habla de un control formal se está haciendo referencia a este complejo de instituciones integradas dentro de un sistema total, el sistema penal, cuya función específica es el ejercicio de un control social específico, el control penal. En BUSTOS RAMIREZ JUAN J./HORMAZABAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho penal -Parte General...*op. cit. pp. 18-20.

⁸⁵¹ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNAN. “Control social y Derecho penal”, en *Nuevo sistema del Derecho penal...*op. cit. p. 22-23.

ciudadanos en particular⁸⁵². ¿Cuál ha sido el resultado?, tal como hemos venido viendo, considero que han limitado, en demasía, derechos fundamentales de sus ciudadanos, pudiendo observarse que esta limitación aparece, con mayor ímpetu, a la hora de planificar y poner en práctica su política penal, como parte de la política criminal.

Así, considero que la conclusión que esboza Borja Jiménez, sobre lo expuesto y desde un análisis crítico-descriptivo, es acertada. Refiere que en un Estado intervencionista, el propio poder público debe actuar o actúa como agente en la misma raíz del problema para intentar aportar la correspondiente solución. De ahí, nos dice, que no sea suficiente “esperar” a que el hecho criminal haya atacado a la persona, bienes o derechos individuales o colectivos. En contrapartida tiende y tiene, que proteger a los ciudadanos y a la propia comunidad “antes” de que el delito se manifieste, cuando se esté en ciertas condiciones sociales, económicas e incluso biológicas que hipotéticamente, puedan materializarse en el hecho criminal. Con ello, van a surgir los denominados “estados peligrosos”⁸⁵³, que no es otra cosa que aquellas situaciones en las que se encuentran los individuos que tienden fácilmente a proyectarse en conductas antisociales y punibles (pandilleros, prostitutas, drogadictos,

⁸⁵² Entonces, a la exigencia de un control de los individuos y de sus comportamientos delictivos individuales, se ha transitado a un control social, de comportamientos colectivos, por el mero hecho de ser propios de sistemas organizados antagonistas al sistema social. Serán tres los objetivos de esta nueva orientación: a) la estabilización simbólica de la seguridad colectiva, el cual consiste en una reacción social a la delincuencia, la necesidad de protección de bienes individuales, es suplantado por la protección de bienes colectivos; b) la neutralización social de los mega-riesgos producidos por el desarrollo económico, se trata de decantar el ansia social por el riesgo en sí mismo percibido como elemento esencial del desarrollo social; y c) la defensa a ultranza del monopolio estatal de la organización social, nos referimos a la delincuencia organizada, el objetivo primario será la neutralización del hecho organizativo y no la compensación social de cada uno de los hechos lesivos de naturaleza delictiva, permitiendo de esta manera que el sistema persiga al delito-fin -Un ejemplo en Italia lo tenemos con la figura del “arrepentido”-. PALIERO, C.E., “La autocomprensión de las Ciencias del Derecho penal frente a los desafíos de su tiempo”,-Trad. Pirrafé, M.J.- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...*op. cit. pp. 93-96.

⁸⁵³ *Vid.* HERRERO HERRERO, *Tratado de Criminología Clínica...*op. cit.. pp. 113-151.

mendigos, etc.). El Estado adelanta su línea de defensa y actúa cuando todavía no hay puesta en peligro del bien jurídico alguno, pero sí peligrosidad de ciertos sujetos⁸⁵⁴.

Nunca mejor vienen las palabras de Stuar Mill, cuando refiere que se puede abusar mucho más fácilmente en perjuicio de la libertad, de la función preventiva del gobierno que de su función punitiva⁸⁵⁵.

Se trata, en realidad, de dar amplia cabida a la prevención especial no tanto en beneficio directo del sujeto afectado cuando inspirada en el principio de “protección social”, ponderadamente entendido. Comienza a perfilarse, lamentablemente, el control social, con el objetivo primordial de llevar adelante esa intención de prevención⁸⁵⁶.

Entonces, ante aquellas concepciones de Estado abstencionistas en dimensiones sociopolíticas sustanciales, se da paso a concepciones sociopolíticas, económicas y antropológicas, donde lo colectivo, en todas sus formas, debía y debe prevalecer sobre lo individual⁸⁵⁷.

Así, ya en los comienzos del S XX, se habían dado los primeros pasos de un Estado intervencionista y con ello a un control social. Como consecuencia, a la intensa y extensa conciencia en la gran masa obrera proletaria de sus derechos políticos y sociales, conocido como la rebelión de las masas, que para su reconocimiento y conquista, luchaba asociada orgánicamente, a veces, apelando a la violencia; se le

⁸⁵⁴ BORJA JIMENEZ, “Intervencionismo y Derecho penal: El Estado Social de Derecho”, en *Curso de Política Criminal*,...op. cit. pp. 48-52. También en HERRERO HERRERO C. *Política Criminal Integradora*, Ed Dykinson, 2007, Madrid, p.54.

⁸⁵⁵ MILL, JOHN S. *Sobre la Libertad*...op. cit. p. 142.

⁸⁵⁶ No obstante, el derecho, podrá actuar *a priori* o *posteriori*, ya sea anticipándose o esperando que se produzcan esas conductas; entonces el Derecho podrá actuar, previniendo, reprimiendo las conductas indeseadas, o promocionando y premiando las conductas deseadas. *Vid.* BONETTO, M. SUSANA/ PIÑERO, M. TERESA, *Estado y Derecho*,...op. cit...p. 129.

⁸⁵⁷ El Estado va a que primar sobre lo social y lo personal, llegando, en sus extremos, hasta invadir, de modo monopolístico, el estar y el actuar de la sociedad y de las personas.

enfrenta una considerable porción del “stablishment”, la que se muestra excesivamente integrista y reaccionaria⁸⁵⁸.

Se extendió la convicción de que los problemas político-económicos y sociales, para resolverlos, no podían ser dejados a la libre “composición” de las distintas clases sociales, como si estas se rigiesen, en sus relaciones por leyes “físicas”. Tanto desde un punto de vista teórico, como desde una óptica práctica, se apuntó a la necesidad de un intervencionismo cada vez más creciente del Estado.

Será, el Derecho penal, tanto antes, como hoy, el mecanismo de control social⁸⁵⁹ legítimo. Se trata de evitar que los ciudadanos superen los límites del sistema atentando contra aquellos valores más queridos por el grupo. Será el Derecho penal, el elegido, aun cuando resulta más útil y, socialmente, menos costoso utilizar otros instrumentos de control, denominados “positivos”, en la medida que integran la libertad, pero sin limitarla coactivamente -negativo o de reacción-; es decir, nos referimos la educación, la cultura, las reglas y uso sociales⁸⁶⁰

Así, el control social, puede ser tenido como un conjunto de funciones atribuidas a ciertos aparatos o a ciertas estructuras históricamente determinadas, cuyas características cambian en el espacio y en el tiempo. Estas funciones, consisten en

⁸⁵⁸ HERRERO HERRERO, CESAR, *Política criminal integradora*,...op. cit p. 52.

⁸⁵⁹ *Vid.*, BERGALLI, ROBERTO *Control social punitivo -Sistema penal e instancias de aplicación-*,...op. cit. pp. 2 y ss. También en MUÑOZ CONDE, F. “El Derecho penal en los tiempos del cólera”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*, ...op. cit. pp. 853-854. También véase sobre el tema en SILVA SANCHEZ, JESUS M. “Valoraciones sociales y Derecho Penal” en SILVA SANCHEZ, JESUS M. *En busca del Derecho penal -Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Ed. BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2015, pp.45-49.

⁸⁶⁰ CARBONELL MATEU, JUAN C. “El Derecho Penal como instrumento de control social formalizado”, en *Derecho penal: concepto y principios*...op. cit., pp. 64-65. También en BUSTOS RAMIREZ, JUAN J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNAN. “Control social y Derecho penal”, en *Nuevo sistema del Derecho penal*,...op. cit. p. 19.

reducir las posibilidades de comportamiento de un individuo, determinando vínculos, dispositivos de descubrimiento de la infracción y del castigo⁸⁶¹.

Hart, entiende una concepción mucho más abarcativa del derecho como mecanismo del control social. Reflexiona, que las principales funciones del derecho como mecanismo de control social han de ser vistas en las diversas formas en que el derecho es usado para controlar y planear la vida fuera de un ámbito tribunalicio; toda vez que si bien se observa en los litigios privados o causas penales, éste uso es accesorio, en relación a las fallas del sistema⁸⁶²

En este sentido, dentro de esas instituciones de control social, tal como ya habíamos referido, podríamos mencionar la cárcel, -concebidas como instituciones totales⁸⁶³-, las estructuras de asistencia social, los manicomios, la fábrica y las familias⁸⁶⁴. Algunos autores, se referirán a las primeras como un control informal y a las segundas como un control formal⁸⁶⁵.

⁸⁶¹ DE GIORGI, ALESSANDRO, *Tolerancia Cero, Estrategias y Prácticas de la sociedad de control*,...op. cit., p. 45. HERRERO HERRERO, completa, desde una visión semántica, podría ser definido como la fiscalización, dominio, mando, llevado adelante por determinados agentes, sobre individuos, grupos o grupos de personas, sus ideas y creencias, sobre su actividad o interactividad para constatar si se adaptan al modelo de convivencia que tales agentes han impuesto. Teniendo en cuenta que hay quienes entienden que las normas que regulan la convivencia adquieren un marco cohesionador de la sociedad, definen al control social como un conjunto de instrumentos y recursos de los que los grupos humanos se van a servir para hacer respetar las normas de conducta. Ese control social no sólo se va a cimentar en un control interno -socialización-, sino que de igual manera sobre un control externo -castigos o recompensas-; así desde esta doble perspectiva, se puede definir al control social como el conjunto de mecanismos, puestos en funcionamiento tanto en vía interna, como externa, por una sociedad que los elabora con el fin de prevenir la desviación de sus integrantes, en torno a los valores y normas que regulan la vida en sociedad, o tratar de influir de manera positiva sobre aquellos que han transgredido aquellas normas. HERRERO HERRERO, *Tratado de Criminología Clínica*,...op. cit pp. 352-354. También en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*...op. cit. p. 228-229.

⁸⁶² HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*, -Trad. Genaro Carrió-, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, 2da. Edición, pp. 50-51.

⁸⁶³ BERGALLI, ROBERTO *Control social punitivo -Sistema penal e instancias de aplicación*...op. cit. p. 13.

⁸⁶⁴ En este sentido, Herrero Herrero, nos dice que podremos hablar de un control social formal e informal. Será formal, el que se sirve de los procedimientos automáticos (el sistema sancionador en su conjunto), como planificados (sistema educativo, propaganda, etc). Se lleva a cabo a través de un mecanismo normativo de carácter religioso, moral, ético, jurídico y a través de diferentes estrategias, tanto preventivas como reparadoras. Por su parte, será informal, es el que se pone por obra a través de

También, se puede evocar como instrumentos de control social determinadas orientaciones de la política. Así, cada opción política individual o cada decisión particular, asumida en el ámbito del gobierno de los problemas sociales, producen condiciones de mayor o menor intensidad y extensión del control social. La legislación, de igual modo, también persigue una función de control social⁸⁶⁶.

Así pues, estructuras o instituciones, orientaciones de la política y legislación: serán tres grandes concatenaciones en torno a las cuales tiende a construirse históricamente la categoría del control.

Un ejemplo claro de cómo procede ese Estado intervencionista, en una política criminal orientada al control social, nos llevaría a releer jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, la cual, durante el último gobierno de facto -1976-1983-, al momento de entrar en discusión la constitucionalidad de la ley que prohibía la tenencia de estupefacientes para consumo personal por contrariar el artículo 19⁸⁶⁷ (Derecho a la intimidad) de la Constitución Nacional de la República Argentina; ésta se

procedimientos automáticos y que consisten en la aprobación o no, de un comportamiento por parte del grupo social, entonces hablamos de una sanción social -familia, vecindario, etc-. HERRERO HERRERO, *Tratado de Criminología Clínica*,...op., cit. pp. 354. En idéntico sentido, Diez Ripollés, pero refiriendo como de naturaleza primaria a la familia, la escuela, la comunidad local y como naturaleza secundaria la opinión pública, los tribunales, la policía. Ambos aportan la colaboración suficiente y necesaria para el aseguramiento de un correcto comportamiento de los ciudadanos en su todo social. Asimismo, constituyen elementos fundamentales del sistema de control social en su conjunto, tres instrumentos: la norma, la sanción y el procedimiento de verificación de la infracción de la norma, la determinación de la sanción y su cumplimiento. Coloca al Derecho penal, como un subsistema más dentro del sistema social, el cual tiene la misma finalidad y se nutre de los mismos instrumentos: La norma, sanción y proceso. *Vid* DIEZ RIPOLLES, JUAN L. “La Contextualización del bien jurídico protegido”, en *Política Criminal y Derecho penal*,...op. cit., pp. 16-17.

⁸⁶⁵ BUSTOS RAMIREZ, JUAN J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNAN. “Control social y Derecho penal”, en *Nuevo sistema del Derecho penal*,...op. cit. p. 20. También en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Criminología . Una introducción a sus fundamentos teóricos*,...op. cit., p. 228-229.

⁸⁶⁶ BERGALLI, ROBERTO *Control social punitivo -Sistema penal e instancias de aplicación*,...op. cit. p. 13. También en BUSTOS RAMIREZ, JUAN J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNAN. “Control social y Derecho penal”, en *Nuevo sistema del Derecho penal*...op. cit., pp. 19-20.

⁸⁶⁷ Art. 19 de la CN: “...Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que de ella no prohíbe...”

expresó a favor de la constitucionalidad⁸⁶⁸, en los autos “Colavini, Ariel O., sobre infracción ley 20.771 del 28 de Marzo de 1978” (Fallo 300:254).

Carlos Nino al comentar el decisorio sostiene que el Alto Tribunal argentino, inspira un fallo de claro corte perfeccionista, en el que se sostuvo que el consumo de drogas es una conducta “viciosa” que determina la desintegración individual y colectiva, con influjos perniciosos en la moral y la economía de los pueblos y su acción sobre la delincuencia común, la subversiva y la destrucción de la familia; sostiene que es lícita toda actividad del Estado destinada a conjurar semejantes riesgos⁸⁶⁹.

La norma cuestionada, en cuanto sancionaba una conducta de las denominadas de “peligro abstracto”, encontraba su fundamento constitucional en que una vez determinada, por los poderes públicos, la potencialidad dañosa de determinadas sustancias respecto a la salud pública, cuestión que no se debate, su tenencia constituiría una acción que trasciende la intimidad, susceptible de ser castigada⁸⁷⁰.

Desde una visión sistemática de la sociedad -propia del análisis estructural-funcional- quizás, algunos, encuentren la justificación de este control social; desde un postulado donde en la sociedad tiene que primar la integración, cohesión o automantenimiento y será el derecho en general y el Derecho penal en particular, el que cumple la función de distribuir y mantener una escala de valores percibida como justa, por la sociedad⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ En igual sentido, autos: “Valerio, Ricardo Alberto sobre infracción al artículo 6° de la ley 20.771” del 25 de Agosto de 1981 (Fallo: 303:1205), “Recurso de hecho deducido por el abogado defensor de Luis María Jury en la causa Jury, Luis María sobre tenencia de droga” del 23 de noviembre de 1982 (Fallo: 304:1678), “Maldonado, Gustavo Daniel sobre inf. art. 6°, ley 20771” del 1° de marzo de 1983 (Fallo: 305:137).

⁸⁶⁹ NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Ed., Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 318.

⁸⁷⁰ FLORES, SANDRA M., *Interpretación constitucional. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 254.

⁸⁷¹ BERGALLI, ROBERTO *Control social punitivo -Sistema penal e instancias de aplicación-...op. cit., p. 1.*

Entiendo que esas actitudes socio-políticas, colectivistas, conducen casi siempre y por razones distintas, en abuso y arbitrariedad; en menosprecio de los derechos más elementales de las personas. Lo que se manifiesta, en la creación de normas legales relacionadas, sólo, con la voluntad del que manda. Tanto con el ultraliberalismo como con los colectivismos, crean un “Derecho” desde postulados puramente positivistas al margen de toda estimativa o axiología previas a “lo legal”⁸⁷².

Ferrajoli, afirma, posición que comparto, que el Estado no debe inmiscuirse de manera coercitiva en la vida moral de los componentes, ni tampoco conformar su moralidad, sino que su vocación debe estar orientada, sólo a tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros⁸⁷³.

Ello ocurrió, con los Estados intervencionistas en exceso, réplica reactiva a los Estados liberales en demasía. Los extremos, suelen converger. Ejemplos claros, han sido, como hemos visto, los Estados creados al dictado de criterios marxistas-leninistas, nacional-socialista o simplemente fascistas. Las trágicas consecuencias se pusieron y han venido poniéndose a la vista. Sobre todo, con la Segunda Guerra Mundial y a partir de la misma⁸⁷⁴.

⁸⁷² Entonces aun en sociedades democráticas, existen ciertas formas de control que en, sí mismas o en su puesta en práctica, entrañan disfunciones. El control social para ser funcional debe ajustarse a la compatibilidad entre transmisión, consolidación, defensa de los bienes y valores sociales, y el respeto a la dignidad, derechos y libertades. El control social, no debe orientarse de manera excesiva hacia valores o bienes colectivos, en menoscabo de la realización personal y libertades del grupo de pertenencia. Lógico, entonces, que también la ausencia de un control social delimitado, es también disfuncional. *Vid.* HERRERO HERRERO, *Tratado de Criminología Clínica...*op., cit. pp. 357-361. El moderno sistema de control social tiene una marcada propensión a la orientación de conductas, que tiende a realizar, utilizando el fuerte poder de definición social que el Derecho penal posee; son evidentes los impulsos expansionistas hacia un tipo de proyecto de evolución social a través de la pena. Con lo dicho, la consecuencia más evidente y problemática, será la constante criminalización de los factores de riesgo colectivo y por otro lado, la asunción de un rol de empresario moral. PALIERO, C.E., “La autocomprensión de las Ciencias del Derecho penal frente a los desafíos de su tiempo”-Trad. Pirrafé, M.J.- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...*op. cit. pp. 116.

⁸⁷³ Véase en FERRAJOLI, LUIGI *Derecho y Razón...*op. cit. pp. 222-225.

⁸⁷⁴ HERRERO HERRERO, CESAR, *Política criminal...*op. cit., p 59.

CAPITULO V

LA POLÍTICA CRIMINAL EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995 RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL

1. Análisis crítico de las últimas reformas penales

1.1. *Sobre las reformas del 2003.*

1.1.1. *Algunas reflexiones “críticas”.*

El Código Penal de España ha cumplido más de quince años y desde su promulgación ha sufrido múltiples reformas, entre las que podemos mencionar las producidas a través de las Leyes Orgánicas 7, 11 y 15/2003. Unas reformas, que fueron pasibles de una serie de críticas y polémicas; ya sea desde una visión “política”, porque surgen al margen del Pacto de Estado por la justicia; desde el ámbito de la política “judicial”, por los estrechos márgenes de votos que se dieron en el seno del consejo General del Poder Judicial, el cual, si bien informó favorablemente, la minoría “progresista”, refería que eran “autoritarias, defensivas y preconstitucionales”; y desde la misma discusión “doctrinal”, toda vez que el Grupo de Estudios de Política Criminal consideró que constituían un endurecimiento del sistema de penas y de ejecución contrario a los principios constitucionales que deben inspirar la política criminal de un Estado Social y Democrático de Derecho⁸⁷⁵.

La intervención del legislador Rejón Gieb, -sólo a modo de mención- ya nos muestra que las críticas que acabamos de referir eran emuladas, en el mismo recinto, al momento del pleno para la votación de la reforma de la LO 7/2003. Así, exponía el

⁸⁷⁵ ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “Contrarreforma Penal (el annus horribilis de 2003) y el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006”, en BUENO ARÚS/ KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores), *Derecho Penal y Criminología...*, op. cit. pp. 1348-1349. También en ZUÑIGA RODRIGUEZ, LAURA “Viejas y Nuevas Tendencias políticocriminales en las legislaciones penales”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I/SANZ MULAS, N. (Cdres) *Derecho Penal...* op. cit., p. 99-103. También en DIEZ RIPOLLES, J.L., “Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española”, en *Política criminal y Derecho penal...* op. cit. 184-185.

legislador: “...Ni éste proyecto de ley orgánica, señorías, ni el resto de las reformas que el gobierno ha remitido a esta Cámara pueden entenderse sin tener en cuenta de forma integral el debate sobre la seguridad y penalidad mantenido en nuestro país los últimos meses... (...)...en esta línea de reflexión hay que citar los que en estos momentos son los antecedentes y rasgos fundamentales en materia de seguridad ciudadana y respuesta policial, penal y penitenciaria pública. Izquierda Unida, quiere mostrar su oposición a esta oleada de tolerancia cero y todo el mundo a la cárcel...”⁸⁷⁶-Sic-

En el año 2003, entonces, mientras transcurría el gobierno de Aznar, aprovechando la mayoría absoluta que había obtenido en las últimas elecciones, se introdujeron varias reformas que seguían esa tendencia de mano dura observada a nivel internacional, invirtiendo claramente la orientación político criminal liberalizadora que había dominado el Derecho penal español desde la transición a la democracia. Se trata de un cambio de rumbo en la política criminal española, una verdadera contrarreforma del Derecho penal⁸⁷⁷.

Así, podemos afirmar que las reformas del Código Penal que se llevaron a cabo a lo largo del año 2003 resultan criticables, toda vez que: operan al margen del concepto de lo que es la ley, olvidan algunos de los principios elementales de técnicas legislativas; interpretan mal algunos principios fundamentales del Derecho Penal (como el de seguridad jurídica); se apartan de otros principios fundamentales del Derecho Penal (como es el principio de culpabilidad); ponen de manifiesto que el

⁸⁷⁶ Véase, intervención del legislador del bloque parlamentario Izquierda Unida, Rejón Gieb. En similar sentido, entre otras intervenciones las de Pigen I Palmes del Grupo Convergencia i Unió; Lopez Aguilar del Grupo Parlamentario Socialista. Todo en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados N° 264, de fecha 26 de junio del año 2003, pp. 13733-13744. Consulta realizada en página oficial www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL_264.PDF

⁸⁷⁷ MIR PUIG, S., “Contexto Internacional y Español de la Contrarreforma del Derecho penal español”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal...* op. cit., (2007), p. 15.

legislador no entiende algo tan básico como es el sistema de doble vía, esto es, la distinción entre penas y medidas de seguridad. Se afirma que las reformas no son propias de un Estado Social, tampoco lo son de un Estado de Derecho; dan la espalda a la moderna política criminal e introducen una quiebra fundamental en nuestro sistema penitenciario⁸⁷⁸.

En cierta forma confirman la tendencia de una política criminal de corte intervencionista, orientada a un mayor endurecimiento de la reacción penal, incrementando la represión, en aras de la seguridad, pero sin mayor respeto por las limitaciones propias de los principios clásicos del *ius puniendi* o de las reconocidas en la misma constitución⁸⁷⁹. Se expresaba en términos abiertos en relación a conceptos punitivo-expansionistas y simbólicos⁸⁸⁰

La reforma se inspira, entiende Sanz Mulas, en un claro funcionalismo sistemático de Jakobs, donde la pena, no será otra cosa que la reacción ante la infracción de la norma y la culpabilidad pasa a ser conceptualizada como la mera fidelidad a la norma y el delincuente es mirado como un “desobediente” que debe ser castigado porque así es reclamado por el todo social⁸⁸¹

Resultan elocuentes las palabras vertidas por el, entonces, Ministro de Justicia, Michavila Nuñez, cuando al momento de presentar la LO 11/2003, ante el parlamento,

⁸⁷⁸ ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “Contrarreforma Penal (el annus horribilis de 2003) y el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores), *Derecho Penal y Criminología...*, op. cit. pp. 1350-1351.

⁸⁷⁹ RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA “Expansión del Derecho penal y límites constitucionales”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZÁLEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 1658.

⁸⁸⁰ NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. “The long and winding road: De un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. p. 902-903.

⁸⁸¹ *Vid.*, SANZ MULAS, N. “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. pp. 1057-1062.

expone una serie de argumentos -a mi entender- bastante simplistas, sin abarcar la problemática de manera cabal, prolija y sobre todo coordinada con una verdadera política criminal al respecto⁸⁸².

Entiendo que es saludable transcribir algún extracto de las manifestaciones vertidas, por Machiavila Nuñez: “...Se trata de una ley para acabar con espacios de impunidad obvios. Hoy nuestro Código Penal, nuestro Estado de derecho es un auténtico coladero que permite que el crimen organizado, las bandas de crimen organizado, muchas de ellas procedentes de países extranjeros, el crimen habitual y profesional, el crimen contra la mujer y la violencia doméstica, la mutilación genital femenina, crímenes y prácticas aberrantes, queden totalmente impunes en nuestro ordenamiento jurídico....(...)....Hacemos en consecuencia una ley dirigida a reducir las agresiones, a que nuestro Estado de derecho sea más disuasorio frente a quienes han decidido venir a nuestro país a cometer delitos de manera organizada y habitual, o a quienes, siendo de nuestro país, han decidido ser profesionales del delito, a quienes han decidido vivir de la propiedad ajena o del castigo, la lesión y la agresión permanente al que tienen a su lado...(...)....Se trata de perseguir de manera más eficaz al delincuente y de garantizar y tutelar de manera más eficaz los derechos de la inmensa mayoría de los ciudadanos...”⁸⁸³ (Sic)

Quintero Olivares⁸⁸⁴, sostiene que ninguna de las peticiones de la doctrina penal española había sido atendida en toda la operación de reforma legislativa, por un lado, resalta algunos puntos seguidos por el legislador:

⁸⁸² Véase, expresiones vertidas por Machiavila Nuñez -Ministro de Justicia- en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados N° 245, de fecha 10 de abril del año 2003, pp. 12541-12547. Consulta realizada en página oficial www.congreso.es

⁸⁸³ *Ibid.*...p. 12541.

⁸⁸⁴ QUINTEROS OLIVARES, G., *Adonde va....* op. cit. pp. 92-93.

- a) El relación al terrorismo, tema constante y, sin duda, gravísimo, se transmite una exhibición de rigor que antes no se tenía.
- b) El seguimiento de los problemas o cuestiones que fueron objeto de atención o de noticia en la prensa en esos últimos meses, prescindiendo absolutamente de que esos problemas exigieran o no una reforma o ampliación del Código penal, así como de la importancia objetiva de las materias.
- c) La inseguridad ciudadana, utilizada como un aspecto demagógico y atribuyéndola sin reserva a la debilidad del Código Penal en materia de pequeña delincuencia patrimonial y a la presencia de extranjeros sin residencia legal en España.
- d) Por último, eso es lo peor, una vez más, la utilización del Código penal como si fuera un arma que se puede modificar cada vez que se quiera para usarla en el debate político, despreciando la necesidad de respetar una mínima estabilidad del orden jurídico, imprescindible si de verdad se quiere alcanzar un grado razonable de certeza del derecho.

Por otro lado, nos refiere, lo que resulta obvio; es decir, que resulta difícil aceptar que ha habido una concreta y precisa “Política criminal” que pueda traslucirse en las reformas reseñadas. Lo único que se aprecia con claridad es una política propagandista y de explotación y aprovechamiento populista de las leyes penales.

En idéntico sentido, al expuesto por Quinteros Olivares, resultan las intervenciones de los Diputados Puigcercós i Boixassa, Aymerich, Lopez Aguilar, en el plenario que trata la LO 11/2003; quienes entre las críticas a la reforma, entienden que se produce una mezcla entre delincuencia e inmigración con una carencia evidente a una política integral. Una reforma que está orientada a una exclusión de los

inmigrantes. Además, siendo la consecuencia directa, debido al endurecimiento de las penas y la búsqueda de un Derecho penal de autor, la superpoblación carcelaria⁸⁸⁵.

La elección de los momentos para la presentación de las distintas propuestas legales no fue casual, denuncia Quinteros Olivares. El verdadero interés que animaba al Gobierno español en esta política legislativa es fácil de ver. Ante todo, el recuerdo a la inseguridad como maniobra política tanto para socavar el sistema de garantías penales, cuanto, siendo lo más preocupante, para distraer la atención de la ciudadanía cuando los problemas agobiaban al Gobierno⁸⁸⁶.

Fernández Martínez, morigera el discurso, se inclina por entender que el recurso de las penas privativas y su endurecimiento ha sido una constante a lo largo de la historia, por lo que no es un fenómeno desconocido. Así, puede recordarse la política de ley y orden, especialmente intensa en Estados Unidos, en la década del 70'. No obstante, nos dice, que lo reflexionado no impide afirmar que no existen motivos que avalen su aplicación generalizada, como eje de todo sistema punitivo, ya que además del escaso poder resocializador (sobre todo en penas cortas), su uso generalizado propicia su propagación a ámbitos donde no debería tener acogida⁸⁸⁷.

El legislador penal español ha incurrido en una reprochable culpabilidad por la conducción de la vida, propia del Derecho penal de autor, ignorando que la concepción constitucionalmente conforme del delito como “hecho” socialmente dañoso, excluye

⁸⁸⁵ Véase, en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados N° 245, de fecha 10 de abril del año 2003, pp. 12550-12563. Consulta realizada en página oficial www.congreso.es

⁸⁸⁶ QUINTEROS OLIVARES, G., *Adonde va...* op. cit., pp. 94-95.

⁸⁸⁷ FERNANDEZ MARTINEZ, JUAN MANUEL “Un Código Penal en continua reforma”, en GÓMEZ BERMUDEZ, JAVIER (Dtor) *Las últimas...* op. cit., p. 220

los puntos de vista que vinculan la selección de los delitos a la personalidad “dañina” del autor⁸⁸⁸.

En este sentido, una vez más, tal como lo describe Jakobs, podemos afirmar que el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad⁸⁸⁹, siendo la estructura del ya renombrado, Derecho penal del enemigo.

En el contexto descrito, el legislador se va a situar de espaldas a la política criminal que debe presidir en un Estado Social, toda vez que no pueden constituir la respuesta más importante a los problemas de la delincuencia, la cárcel. Atajar, prevenir los múltiples problemas sociales, son medidas más caras que la simple reforma de las leyes, pero son más efectivas a medio y largo plazo y, claro está, responden mejor a una política criminal de un Estado Social⁸⁹⁰.

El endurecimiento penal, también, plasmado en la reforma de la LO 15/2003, supone un alejamiento del humanismo y del garantismo penal; entendió, Aymerich Cano -Grupo Parlamentario Mixto-, para rechazar la reforma que intentaba controlar la

⁸⁸⁸ Vid. ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “Contrarreforma Penal (el annus horribilis de 2003) y el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006”, BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores) en *Derecho Penal y Criminología ...*, op. cit. 1350.

⁸⁸⁹ JAKOBS, GÜNTHER, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, GÜNTHER/CANCIO MELIÁ, M. *Delito penal...* op. cit., p. 42.

⁸⁹⁰ ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “Contrarreforma Penal (el annus horribilis de 2003) y el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006”, BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores) en *Derecho Penal y Criminología ...*, op. cit. 1352.

inseguridad ciudadana con una política de neto corte represivo cuya raíz la coloca en la política norteamericana⁸⁹¹.

En estas reformas legales, late una ideología oculta, nos dice Quintero Olivares⁸⁹², puesto que en las exposiciones de motivos o relaciones que preceden a los tres proyectos legislativos no se evidencia cuál pueda ser la expresa razón o motivación de las reformas, ni la clase de pensamiento penal en que se apoya. Pero, reflexiona, que una lectura detenida de las modificaciones pone de manifiesto:

a) Una sólida creencia en la llamada prevención general negativa o intimidatoria. Sólo así se puede entender la aparente seguridad que daría el aumento de las penas imponibles a determinados delitos, graves o leves, más allá de los marcos que pueden verse en Códigos europeos de los últimos años. El gobierno se orienta hacia una exhibición de fuerza represiva orientada a potenciales delincuentes futuros, con un fuerte contenido represivo.

Es evidente que se desentiende lo que constituye la principal causa de inseguridad, tal como lo menciona el legislador Barrero López -Grupo Parlamentario Socialista-, es decir, el aumento de marginalidad y de la pobreza, junto a la desigualdad social⁸⁹³.

Nada importa, en relación al precio que haya de soportar el principio de proporcionalidad, tanto en su vertiente de equilibrio con la gravedad del hecho cuanto en la que corresponde a la comparación con el castigo que merecen otras infracciones.

⁸⁹¹ Véase, expresiones vertidas por Aymerich Cano -Grupo Parlamentario Mixto- en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados N° 293, de fecha 06 de noviembre del año 2003, pp. 15415. Consulta realizada en página oficial www.congreso.es

⁸⁹² QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va....* op. cit., pp. 95-96.

⁸⁹³ Véase, expresiones vertidas por Barrero López -Grupo Parlamentario Socialista- en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados N° 293, de fecha 06 de noviembre del año 2003, Ley 15/2003, pp. 15426. Consulta realizada en página oficial www.congreso.es

Es más que obvio que estamos ante una abierta opción por la represión o, si se quiere, por el Derecho penal máximo.

b) Una férrea decisión de endurecer las penas privativas de libertad como única o mejor respuesta a la criminalidad. Esa tendencia se concreta en dos direcciones: por un lado, en la pretensión de introducir en la práctica la pena de cadena perpetua por la vía de exigir que las penas impuestas a un mismo sujeto se cumpla por el sistema de acumulación aritmética o estableciendo que las penas graves apenas tendrán beneficios penitenciarios. En segundo lugar se manifiesta en la recuperación de la posibilidad de imponer penas privativas de libertad de breve duración, despreciando así todo lo hecho en contra de esa clase de penas durante el último tercio del siglo XX.

c) La revisión de algunos aspectos del garantismo. En teoría el Derecho penal de un Estado de Derecho europeo calificado, con todo lo que eso supone, como Derecho penal de culpabilidad por el hecho. Ese principio, fruto de la lucha por las garantías del ciudadano, no es discutido formalmente; pero aumentan las infracciones que se configuran por el principio de acumulación; eso quiere decir que un conjunto de pequeñas faltas o contravenciones da lugar a la aparición de un delito⁸⁹⁴.

No podemos dejar de mencionar el “Manifiesto sobre el sistema penas y su ejecución” firmado en Madrid el 26 de Abril de 2003 por un grupo de juristas. El

⁸⁹⁴ Las transformaciones de faltas en delitos, afecta a los delitos de lesiones, de hurto y de sustracción de vehículos de motor. El sistema es en apariencia sencillo: quien cometa cuatro faltas en un año (que no hayan sido juzgadas) será considerado autor de un delito. Para hacerlo más complicado todo eso se superpone al delito continuado, y, además ni siquiera se advierte si ha de haber identidad del sujeto pasivo, lo cual en las faltas de lesiones es particularmente importante. El argumento a favor de esta idea es sencillo: la sensación de inseguridad ciudadana la producen en gran medida las pequeñas y reiteradas infracciones, cometidas por sujetos que se hacen profesionales de ellas y que, además, saben que el régimen penal de las faltas dificilmente conlleva ingreso en prisión. La consecuencia, surge sola: si ésa es la situación lo más sencillo es hacer que el régimen penal de las faltas sea igual que el de los delitos, a partir del cuarto suceso. Dejando de lado los problemas de participación, ejecución imperfecta y concurrencia de circunstancias modificatorias, que son cuestiones dogmáticas de interés menor, lo que realmente es preocupante es que por la técnica de la acumulación se puede llegar a imponer penas desmesuradas, y desproporcionadas para la entidad cuantitativa de los hechos.

mismo, acogía el principio de subsidiariedad de la pena de prisión, donde la privación de libertad debe ser considerada como una pena o medida a la que se acude como último recurso y sólo cuando cualquier reacción penal se muestre claramente inadecuada en atención a la gravedad del delito. Así, de acuerdo con este principio, se postulaba la promoción de alternativas a la pena de prisión en una política criminal dirigida a fomentar la reinserción social y a evitar los efectos criminógenos del internamiento en centros penitenciarios⁸⁹⁵.

Como vemos, de todo lo expuesto y más allá de las distintas recomendaciones doctrinales o discusiones parlamentarias, no son pocos los puntos oscuros que se le atribuyen a esta reforma legislativa más cerca de la instauración de un Derecho penal de autor que de acto, propio del Derecho penal liberal clásico.

1.1.2. *Los medios de comunicación y la reforma.*

Un factor decisivo en la elaboración de políticas criminales, tal como hemos venido exponiendo, lo constituyen los medios de comunicación, siendo desarrolladores y/o formadores de opinión pública.

No son pocas las veces que se refuerza el sentimiento de alarma social acrecentando la sensación de inseguridad y de peligro. Lo dicho, como producto de esa representación de la realidad que hacen los medios de comunicación, con su inevitable carga valorativa y los sesgos con los que la exponen⁸⁹⁶.

Los expertos en ciencias de la comunicación defienden que las formas de comunicar un suceso puede generar respuestas en la opinión pública que van desde la

⁸⁹⁵ JIMENEZ VILLAREJO, JOSÉ “Proyecto de Código Penal”, en GÓMEZ BERMÚDEZ, JAVIER (Dtor) *Las últimas reformas...* op. cit., pp. 162-163.

⁸⁹⁶ MATELLANES RODRIGUEZ, N. “Breves reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad en el tráfico”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdres) *Derecho Penal...* op. cit., p. 66.

indiferencia, al temor o la histeria. O en sentido contrario, algunos autores defienden que la respuesta de una comunidad a los riesgos va a estar condicionada por su propia naturaleza. Entonces, es evidente que la reconstrucción del riesgo y su visibilización para inducir una mayor responsabilidad social puede también generar miedo, producir alarma social, determinar el comportamiento del individuo y condicionar los rasgos de la comunidad en que estos sujetos se ubican⁸⁹⁷.

¿Cómo sería el mecanismo de introducir una noticia en el todo social y su consecuente introducción a la agenda política? Primero, presentan un determinado acontecimiento como problema, trasladando las peticiones de individuos o sectores sociales hacia el cuerpo social, transfiriendo la relevancia de un tema presente en su agenda hacia las demás agendas (públicas o política). Como segunda medida, generan la afección del auditorio hacia algunos grupos en detrimento de otros a partir de una determinada conflictividad social. Y, por fin, los medios demandan o legitiman respuestas para un tema que destacan como digno de la acción de las autoridades políticas⁸⁹⁸.

En este contexto, el individuo común, establece una cierta relación directa entre seguridad y mejora penal, pero esto último sólo parece ser posible para ese individuo, si es acompañado con leyes penales más duras. Así, el ciudadano, llega al convencimiento de que todo se soluciona con un Código Penal más riguroso⁸⁹⁹.

⁸⁹⁷ BERNUZ BENEITEZ, MARIA JOSÉ, “La Percepción de los Jóvenes Antisociales como grupo de Riesgo Social”, en DA AGRA, CÂNDIDO/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds) *La seguridad...*, op. cit., p. 270.

⁸⁹⁸ *Vid.* MIRÓ LLINARES, FERNANDO, “El Moderno Derecho penal vial y Penalización de la conducción sin permiso”, en OLMEDO CARDENETE, MIGUEL/ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS (Eds) *Protección penal de la Seguridad vial...* op. cit. pp. 150-156.

⁸⁹⁹ BARQUIN SANZ, JESUS “El Código penal de 1995, cinco años después. Relación general de las Jornadas”, en GONZALEZ RUS, J.J. (Coordinador) *El Código Penal de 1995, cinco años después - Jornadas de Derecho penal-*, Ed. Servicios de Publicaciones, Universalidad de Córdoba, Córdoba, 2002, pp. 93-95. También en idéntico sentido ZUÑIGA RODRIGUEZ, LAURA “Viejas y Nuevas Tendencias

La avives con que muchos problemas, difíciles de abordar, como el fenómeno criminal, reciben como primera solución una reforma legislativa⁹⁰⁰ podría ser explicado toda vez que al ser la fijación de la agenda política un elemento central en las estrategias para el desarrollo y consecución de políticas públicas, éstas se plasmarán a través del proceso legislativo, el cual representa el más importante nexo entre las “políticas” y el mensaje que los políticos quieren transmitir en dicha acción. Es el mecanismo de acción política inmediata que más garantizado tienen los políticos⁹⁰¹.

En materia Político Criminal, algunas reformas penales del año 2003, justamente, han sido presentadas, en no pocas ocasiones, por los medios de comunicación o por los profesionales de la política como la única o mejor medida. En este sentido, hay que destacar cómo el tratamiento empleado por los medios de comunicación, en temas penales, contribuye al desarrollo de errores cognitivos acerca de la percepción social de la delincuencia, a la aparición de los sentimientos de

políticocriminales en las legislaciones penales”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdres) *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*,...op. cit., p. 104.

⁹⁰⁰ Hablamos, que en la gran mayoría de los casos, se inicia en un proceso comunicacional que tiene, a su vez, su punto de partida en la utilización que se hace, muchas veces, de las víctimas de hechos criminales, las cuales son utilizadas por los medios de comunicación, mediatizando un suceso y generando con ello una notable repercusión en la creación o reforma de leyes penales. CARMONA SALGADO, C. “Negativa influencia de algunos medios en las víctimas de delitos graves en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos”-Especial consideración a las modificaciones sufridas por la LO 5/2000-, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op., cit., pp. 203-204.

⁹⁰¹ Véase en GARCIA ARÁN/ PERES NETO “Discursos Mediáticos y Reformas Penales de 2003”, *Malas noticias*... op. cit. p. 155. Los agentes políticos realizan un aprovechamiento oportunista de la visibilidad de la delincuencia en el discurso social. Será, justamente en la política criminal, donde las distintas ideologías de los partidos políticos más se han difuminado. En gran medida las decisiones se basan en un análisis de la realidad social sobre la que se pretende incidir. En consecuencia, van a tener un objetivo totalmente populista, al buscar básicamente una orientación tendiente al rédito electoralista. Un ejemplo, lo determina la campaña del partido socialista entre los años 2001 y 2003 en donde se hacía hincapié al supuesto fracaso de la política de seguridad por parte del gobierno de derecha. Esta campaña, con amplio eco en los medios afines y con posterioridad en los restantes, tuvo directa acogida en la reforma penal del año 2003, apoyada por ambos partidos mayoritarios. DIEZ RIPOLES, J.L. “Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española” en *Política Criminal y Derecho penal*...op. cit. p. 176.

inseguridad e impunidad y a los juicios paralelos. Demanda de un mayor rigor punitivo del Estado, sin ponderar el objetivo social contenido en el espíritu de las medidas penales ya existentes⁹⁰².

Decimos, como consecuencia de aquella influencia de los medios de comunicación, que el legislador interpreta mal algunos principios fundamentales del Derecho penal. Según, surge de la Exposición de Motivos, la LO 7/2003 tiene como finalidad, entre otras, la de dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica asegurando el Derecho del ciudadano a conocer con certeza en que se va traducir en la práctica la pena impuesta⁹⁰³.

La pretensión expuesta, se basa en un error jurídico grave ya que el citado “derecho” no existe. El principio de seguridad jurídica constituye una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, no siendo viable jurídicamente una interpretación “a la inversa” como algo que pueda ser utilizado por el Estado contra el ciudadano, sobre la base de un inexistente derecho de la persona a que los autores de los delitos cumplan de manera cierta y segura la totalidad de la pena que se les impuso. Además, la seguridad jurídica debe operar de diversa forma en la conminación típica (dónde el mandato de certeza debe alcanzar valores absolutos) y en la individualización y ejecución de la pena.

En la Exposición de Motivos, el legislador, afirma: “...*La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto,*

⁹⁰² GARCIA ARÁN/ PERES NETO, “Discursos Mediáticos y Reformas Penales de 2003”, *Malas noticias...* op. cit., p. 156.

⁹⁰³ Vid, NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. “The long and winding road: De un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. p. 903. Véase, Exposición de Motivos LO 7/2003, 30 de Junio del año 2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, publicado en el BOE N° 156, 1 de Julio del año 2003, pp. 25274-25276. Consulta en www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_07_2003.pdf

los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad...”⁹⁰⁴

Todo ello partiendo de una apelación a lo que demanda la sociedad que no se apoya en ningún estudio de opinión, por lo que cabe deducir que los redactores del texto se refieren a lo que se expresa en los medios, con cuyo discurso coincide, en términos generales, la orientación de la reforma.

Así, pareciera ser que la primera concesión al lenguaje mediático está en el propio título de la ley que se refiere al “cumplimiento íntegro y efectivo” de la penas. La LO 7/2003, se rinde a este lenguaje mediático y a su confusión conceptual. Lo que establece es el cumplimiento “efectivo” de la prisión en régimen de internamiento, al limitar e incluso suprimir el régimen abierto y la libertad condicional, pero no renuncia a reflejar en el título de la Ley el *slogan* mediático del cumplimiento “íntegro”.

En el discurso dominante de los medios⁹⁰⁵ se caracteriza por la demanda de mayor contundencia a la que, como se ha visto, se refiere la Exposición de motivos de la ley. Se apoya, para concluir que estamos inmersos en un sistema penal “blando”, en dos líneas argumentales básicas: la comparación de las penas cumplidas con el total de las penas impuestas aunque éstas sean imposibles de cumplir, en lugar de compararla con la duración de la vida humana y, además, el cuestionamiento de aquellas instituciones penales que mitigan la dureza de la pena con prisión a cumplir⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Véase, Exposición de Motivos LO 7/2003, 30 de Junio del año 2003, de medidas de reformas de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Publicado en el BOE N° 156, 1 de Julio del año 2003, p. 25274. Consulta efectuada en www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_07_2003.pdf

⁹⁰⁵ “España tiene el sistema de cumplimiento de condenas más blando de Europa” (ABC, 5/1/2003); “Condenas suspendidas” (ABC, 13/4/2003), para informar sobre la concesión de régimen penitenciario abierto, que como es obvio, no supone suspensión alguna de la pena, sino su cumplimiento bajo otro régimen.

⁹⁰⁶ GARCIA ARÁN/PERES NETO, “Discursos Mediáticos y Reformas Penales del 2003”, en *Malas noticias....* op. cit., p. 165.

Lo dicho, ocurre cuando la LO. 11/2003 eleva a la categoría de delito la reiteración de faltas de lesiones y contra la propiedad. En estos casos, la pena no viene determinada por la culpabilidad del autor del hecho, sino por la culpabilidad de autor por los hechos: concretamente, por unos hechos que denotan más peligrosidad y mayores exigencias preventivo-especiales de pena.

Ambas reformas coinciden en la pretensión de mayor rigor penal sin consideraciones a las distintas características criminológicas de una y otra clase de delincuencia. Así, mientras que la LO 7/2003, ya comentada, se centraba en la delincuencia grave, ésta, se dirige primordialmente a la delincuencia leve y a los hechos constitutivos de falta.

Con un fuerte apoyo de los medios de comunicación, los maltratadores domésticos y los reincidentes, dan los primeros pasos hacia el estado previo de “demonización”; para luego, sí, y como consecuencia directa a la falla en la resolución de conflictos sociales por otros medios menos agresivos, se vuelca directamente hacia el Derecho penal⁹⁰⁷. A partir de esta reforma se comienza a visualizar la proximidad de un nuevo grupo de *peligrosos*⁹⁰⁸.

⁹⁰⁷ NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. “The long and winding road: De un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-...*op. cit. p. 904-905.

⁹⁰⁸ Los principios parecen ser los mismos que en su momento inspiraron la Ley de Vagos y Maleantes, y su sucesora, la de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que aplicaban medidas predelictuales, sólo por el estado peligroso del autor. Al autor no se lo castiga por el hecho, sino por lo que, sin haberlo hecho, tal vez pudiera hacer. Asimismo, cuando se trata de justificar la superior pena del art. 153.1 CP., y su distinto tratamiento, se hace en base a un argumento indiciario, toda vez que se inserta en parámetros de desigualdad machistas tan arraigados y con graves consecuencias; así, apelando a que si otros hombres ejercen violencia, indiciariamente pertenecen a esa clase; entonces, si muchos de nuestros antepasados han contribuido a afianzar ese modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón dentro del ámbito de pareja, la mayor punición, se aleja de una responsabilidad penal personal, en el caso concreto, acercándose a la Sippenhaftung (responsabilidad por la estirpe) del Derecho germánico medieval. Véase en GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estado de Derecho y Ley Penal...*op. cit. p. 44-53.

La Exposición de motivos de la Ley afirma: “...*La realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete acciones o, lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada. Son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que, debido a su cuantía, no obtienen una respuesta penal adecuada...*”⁹⁰⁹

Nuevamente, como en el caso de la LO 7/2003, no se explica en qué se basa esa valoración de la “realidad social”, ni los “numerosos ejemplos”. Por supuesto, tampoco, se valora si esa “respuesta penal adecuada” debe ser, únicamente, el incremento de la pena o si procede, en cambio, una intervención de carácter social y/o reeducador, ya que se da por sentado que lo “adecuado” es aumentar la pena.

Las alusiones genéricas presentadas, ni más ni menos, que como fundamento de los motivos de la ley, aun cuando ésta no necesita reproducir estudios criminológicos en profundidad, merecerían alguna referencia más concreta a las razones de la valoración, porque de lo contrario, favorecen la impresión de que se basan exclusivamente en lo que aparece en los medios de comunicación, sobre todo si, como es el caso, las estadísticas del período revelan la estabilidad de la delincuencia conocida⁹¹⁰.

⁹⁰⁹ Véase, Exposición de Motivos de la LO 11/2003 del 29 de Septiembre del año 2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, publicado en el BOE N° 234, con fecha, 30 de Septiembre del año 2003, p. 35398. Consulta efectuada en www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_011_2003.pdf

⁹¹⁰ GARCIA ARÁN/PERES NETO, “Discursos Mediáticos y Reformas Penales del 2003”, en *Malas noticias...* op. cit. p. 169.

En los medios⁹¹¹, el discurso se construye en torno a dos ejes: la justicia penal es excesivamente benevolente con la pequeña delincuencia y ésta aumenta alarmantemente. Se critica que no pueda imponerse prisión preventiva por cometer una falta, lo que conduce a la reforma del art. 234 CP.

Otro tanto puede decirse de la tipificación por la LO 15/2003 de la posesión para uso propio de material pornográfico en el que hayan intervenido menores (art. 189, 2 CP): donde la punición parece fundamental también sólo en la actitud inmoral o en el carácter depravado del autor al estar esta conducta absolutamente alejada de cualquier posible vinculación y afección a un bien jurídico reconocible⁹¹².

No cabe descartar que se busque un efecto simbólico, en el sentido de tranquilizar a los ciudadanos a través de una legislación penal severa en la materia, pero con ello se corre riesgo si los tipos se aplican raramente, lo cual es rechazable y crea, a la larga, frustración en la propia sociedad si observa que las medidas milagrosas

⁹¹¹ “Le realidad demuestra que muchos delitos no precisan de una prueba compleja y que su calificación jurídica es sencilla. Son lo que, por su habitualidad, generan una mayor inseguridad ciudadana” (ABC, 29/4/2003);

“La banda del pagamento continúa actuando con plena impunidad en el Centro” (ABC, 22/9/2003);

“La medida legal está relacionada con el aumento de la delincuencia que sufre España desde hace dos años y medio y que el gobierno de José María Asnar, no ha logrado frenar” (El País, 10/01/2003).

⁹¹² ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ M., “Contrarreforma Penal (el annus horribilis de 2003) y el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores) en *Derecho Penal y Criminología* ...op. cit., pp. 1350-1351. En una posición contraria y claro corte de justificación de la tipificación, se encuentra Gimbernat Ordeig, quien lo hace desde dos premisas: por un lado, entiende que se está ante un comportamiento semejante al delito de receptación, toda vez que el adquirente de material de pornografía infantil, por una parte y cada vez que pasa en el video las imágenes reproducidas, perpetúa el ataque a la libertad y a la dignidad de los niños que han sido grabados, en idéntico sentido que lo hace el que recepta con respecto al bien jurídico propiedad; y por otra, contribuye al mantenimiento y expansión de una industria degradante. En segundo lugar, ante la crítica sustentada en que se está en una situación similar a la adquisición de drogas para consumo personal, se entiende que el error conceptual se acentúa toda vez que el bien jurídico en éste delito es la salud, y el titular de ese bien jurídico es el adquirente, por lo que el CP no debe castigar a quien en definitiva la legislación trata de amparar; de ahí que el CP no castiga ni el suicidio frustrado, ni la automutilación. En cambio, el bien jurídico protegido en un eventual delito de adquisición de material de pornografía infantil no pertenece al comprador, sino a un tercero, por lo que, al contrario de lo que sucede con quien se procura droga, el adquirente no tiene ninguna legitimación para disponer de los intereses de un tercero. Véase en GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estado de Derecho y Ley Penal*, ...op. cit., pp. 206-208.

anunciadas resultan de nula o escasa eficacia. La preocupación por el flagelo que supone la pornografía infantil lleva al legislador a una constante ampliación de las conductas punibles y a un endurecimiento de las penas no siempre justificado y que, además, como lo enseña experiencia no es garantía de eficacia en la prevención y represión de estas conductas, a la que aportan más la efectividad en los métodos de investigación, descubrimiento y persecución que los propios tipos penales⁹¹³

Nuevamente, la Exposición de motivos de la Ley afirma: “...*la reforma del Código Penal pretende la adaptación de los tipos penales ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, en los términos que se desprenden de las diferentes propuestas parlamentarias y de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal de una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual...*”⁹¹⁴. En este caso, son las “más acuciantes preocupaciones sociales”, las que, falta de mayor explicación, cabe deducir de las expresadas en los medios de comunicación.

Así, dando cabida a ese clamor social de seguridad, en esta reforma, aparece un nuevo recurso a la prisión para comportamientos leves (tres meses de cárcel en lugar de arresto de fin de semana) que entendemos contradictorio con la primacía de la libertad y la orientación a la reinserción⁹¹⁵.

⁹¹³ DIAZ, MIGUEL/GARCIA CONLLEDO, “Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?”, en MIR PUIG, SANTIAGO/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Nuevas tendencias...* op. cit., p. 195.

⁹¹⁴ Véase, Exposición de Motivos de la LO 15/2003 del 25 de Noviembre del año 2003, publicado en el BOE N° 283, con fecha 26 de Noviembre del año 2003, p. 41842. Consulta efectuada en www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_015_2003.pdf En idéntico sentido, podemos citar las expresiones vertidas por Bueso Zaera -Grupo Parlamentario PP- en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados N° 293, de fecha 06 de noviembre del año 2003, pp. 15427. Consulta realizada en página oficial www.congreso.es

⁹¹⁵ GARCIA ARÁN/PERES NETO, “Discursos Mediáticos y Reformas Penales del 2003”, en *Malas noticias...* op. cit., p. 174. También en NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. “The long and winding road: De un Derecho penal de los delinquentes a un Derecho penal de los enemigos”, en DD.VV. NUÑEZ

En ese sentido se orienta la crítica efectuada por el Diputado Rejón Gieb, quién al momento del debate parlamentario, expuso: “...el Gobierno ha optado por reformas parciales e inconexas que responden más a campañas publicitarias con claro fin electoralista, pero que están alejadas de la seguridad jurídica y de una pretendida efectividad....(...)...Estamos asistiendo a retrocesos legislativos no sólo en el tiempo, retrotrayéndonos a criterios y conceptos superados en nuestra legislación y por nuestra jurisprudencia, sino que también estamos asistiendo a un retroceso cualitativo, estamos ante cambios que lejos de respetar las garantías consolidadas en nuestro sistema legal suponen un *totum revolutum* normativo que es sinónimo de inseguridad y confusión, fruto de la dinámica del Gobierno de legislar en caliente en materia penal y del todos a la cárcel alentado por sectores conservadores....”⁹¹⁶

Por su parte, la seguridad vial se ha convertido en un objetivo nacional de primer orden para acabar con los altos niveles de siniestralidad, también altamente expuestos en los medios de comunicación. Aunque el sistema penal se concibe como complementario de la tarea que en este campo desarrolla el Derecho administrativo, la reforma recoge medidas que han resultado eficaces en otros países.

Dice, el art. 384 del CP: “...*Constituye delito conducir cuando el permiso ha sido retirado por sanción administrativa o judicial o se encuentre suspendido o cancelado...*”

Zugaldía Espinar, a cuyo análisis adhiero, entiende que es discutible que el quebrantamiento de condena deba castigarse con la misma pena que el incumplimiento

PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. p. 905.

⁹¹⁶ Véase, expresiones vertidas por Rejón Gieb -Grupo Parlamentario de Izquierda Unida- en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados N° 293, de fecha 06 de noviembre del año 2003, pp. 15421-15422, Consulta realizada en página oficial www.congreso.es

de una resolución administrativa; como discutible es también que este delito conlleve más pena que el quebrantamiento de cualquier otra pena no privativa de libertad⁹¹⁷.

Como vemos se torna claro y evidente una tensión, por contradicción, entre la premisa normativa y aquel principio de lesividad, mínima intervención penal, como así también el de proporcionalidad. Donde se ha elevado a la categoría de delito una “falta administrativa”, que en todo caso, considero que podría haberse resuelto con una sanción administrativa, pero no penal.

Entonces, el legislador, nuevamente busca la máxima seguridad a través de “remedios” punitivos, recurriendo una vez más a un uso simbólico de la norma penal. Así, introduce, además del aumento desproporcionado de la pena, la novedad - peligrosa por cierto- de dar entrada, en el juego del Derecho penal, a la punición basada en límites de velocidad. Confunde, en consecuencia, técnicas y funciones del Derecho administrativo sancionador y el penal⁹¹⁸.

El art. 379 del CP, expresa: “...*circular bajo efectos de bebidas alcohólicas (en todo caso con una tasa superior a 1,2 gramos por litro) o a velocidades excesivas (superar en 50 o 70 kms./hora lo permitido en vías urbanas o interurbanas, respectivamente)...*”.

Zugaldía Espinar, nos dice que en el caso, no se crean nuevas figuras delictivas, sino que se concretan legalmente determinados elementos (más o menos abiertos) de tipos penales ya existentes, pero con el efecto de estructurar, en parte, un tipo de

⁹¹⁷ ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “Contrarreforma Penal (el annus horribilis de 2003) y el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores), *Derecho Penal y Criminología...*, op. cit. pp. 1361.

⁹¹⁸ NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. “The long and winding road: De un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. p. 906-907.

peligro abstracto (se considera *iuris et de iure*, que determinados niveles de ingesta alcohólica incrementan de manera intolerable el riesgo del tráfico rodado)⁹¹⁹.

En este marco, tuvo que ser la jurisprudencia, en su momento, la que en cierta forma mejoró la deficiente técnica legislativa, “atajando” la pretensión de equiparar la presencia de alcohol con la conducción “peligrosa a causa del alcohol”, señalando que el descubrimiento casual de la presencia de alcohol no podía ser directamente la prueba de un delito de conducción temeraria⁹²⁰.

El TS ya lo sentó así hace tiempo, como lo podemos ver por ejemplo en la Sentencia de 23-1-1993: “...*El recurrente olvida que en nuestro Derecho, a diferencia de otras legislaciones, no basta constatar el dato numérico de la impregnación alcohólica, sobre todo en las cifras próximas al límite legal, sino que es preciso que tal grado de ingestión alcohólica desate su influencia en la conducción, como pone de relieve el art. 340 bis a) del código penal que en su número 1º coloca en cabeza de los delitos que atentan a la seguridad del tráfico el conductor del vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas... Así lo confirma la doctrina constitucional y la de esta Sala... la primera, culminando el Tribunal Constitucional una anterior trayectoria dice: No basta “sólo ese dato objetivo de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino también*

⁹¹⁹ ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ M., “Contrarreforma Penal (el annus horribilis de 2003) y el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006”, BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores) en *Derecho Penal y Criminología...* op. cit., p. 1361. También sobre la temática véase MATELLANES RODRIGUEZ, N. “Breves reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad en el tráfico”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdres) *Derecho Penal...* op. cit., p. 74-77.

⁹²⁰ QUINTEROS OLIVARES, G. *Adonde va...* op. cit. p. 170. También en CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales...* op. cit. pp. 205-206. También sobre la temática a CUESTA PASTOR, PABLO, J., previa a la reforma del año 2007, en PERIS RIERA JAIME. M./CUESTA PASTOR, PABLO J., “Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico -El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995-”, en *Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la Circulación...* op. cit. p. 11.

la influencia que la misma tenga en la conducción” (STC 5/1989). En igual sentido esta Sala (S. 22-2-1991).

Así, de una parte, y motivado por la introducción de penas privativas de libertad cortas, el delito de conducción bajo influencia de alcohol o sustancias de estupefacientes pasa a conllevar pena de prisión de 3 a 6 meses -alternativamente con la pena de multa-, elevándose también la pena accesoria de privación del derecho de conducir hasta 6 años (art. 379). Por otra parte, se introduce un inciso al tipo del delito de conducción temeraria por medio del cual se instaura una presunción *iure et de iure* de sus elementos típicos -negligencia en la conducción y peligro concreto- en casos de conducción con altas tasas de alcohol en la sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad (art. 381), que materialmente no es sino una modalidad agravada del delito de conducción bajo la influencia de alcohol⁹²¹

A favor, podemos decir que este modo de enfocar el significado de los delitos de peligro abstracto es realmente más acorde con postulados políticos criminales importantes (*ultima ratio*) que el formalismo automatista que ve en ellos la encarnación de una presunción *iuris et de iure*.

Entonces el elevado número de accidentes mortales que cada semana se producen en las carreteras españolas, potenciado claro está por los medios de comunicación⁹²², ha llevado al legislador penal a incrementar la respuesta punitiva

⁹²¹ MIR PUIG, SANTIAGO/ALACÁCER GUIRAO, RAFAEL “Cambio de orientación en la Política Criminal española: últimas reformas del Código Penal”, en MIR PUIG, SANTIAGO/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política criminal...* op. cit. 118. *Vid.*, MATELLANES RODRIGUEZ, N. “Breves reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad en el tráfico”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdres) *Derecho Penal...* op. cit., p. 68-73.

⁹²² En la reforma de la LO 15/2007, se utilizó expresiones como “violencia vial” o “terrorismo vial”. Véase, AA.VV, “Informe sobre los intentos de adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de investigación y conclusiones”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social y tecnológico...* op. cit., p. 525.

frente a conductas asociadas a la seguridad del tránsito. Se nos ha transmitido un panorama desolador de impunidad legal para los conductores infractores, un clima generalizado de violencia vial y desprotección de las víctimas reclamándose, nuevamente, como instrumento salvador, el Derecho penal⁹²³.

En cuanto a los medios de comunicación, es de suyo, la constante influencia que produce en la elaboración de las políticas criminales en general⁹²⁴ y la que tuvo en la reforma del año 2003. Hemos tratado de resaltar, justamente, cómo en las mismas exposiciones de motivos, las palabras de los legisladores eran aquellas que antes pertenecían a las páginas de los medios, los cuales muchas veces, lejos de querer brindar o ser colaboradores de verdaderas campañas en políticas de prevención, sólo se contentan con la reproducción de las “malas noticias”, generando esa sensación de inseguridad, instando que luego, el legislador, irresponsablemente, utilice como principal instrumento de control, el Derecho penal⁹²⁵.

Así, la honorable y fundamental labor del legislador, en la actualidad, se cimienta en un accionar irresponsable. No se encuentra sólo en ese camino, sino que es secundado por una mayoría social, perfectamente agitada por los medios de comunicación que han dejado de lado la formación responsable de la opinión pública,

⁹²³ FERRANDIS CIPRIAN, DANIEL, “El delito de conducción bajo la influencia de ciertas sustancias tóxicas”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,... op. cit. t. I. p. 619 y ss.

⁹²⁴ La misma repercusión negativa, producida o incentivada, en cierta forma por parte de los medios de comunicación, la podemos encontrar en la reforma operada por la LO 5/2000, que si bien excede el presente trabajo, no por ello, debemos omitir la observación. Véase sobre el tema, CARMONA SALGADO, C. “Negativa influencia de algunos medios en las víctimas de delitos graves en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos”-Especial consideración a las modificaciones sufridas por la LO 5/2000-, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*...op. cit., pp. 197-219.

⁹²⁵ *Vid.*, NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. “The long and winding road: De un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*...op. cit. p. 910-911.

en pos de una captación de audiencia y, en última o primera instancia, el beneficio fácil⁹²⁶.

1.2. Sobre la reforma 15/2007.

Durante el transcurso del año 2007, más precisamente el treinta de noviembre, se produce una nueva reforma al Código Penal español. El Derecho penal, será nuevamente el instrumento “eficaz” para contrarrestar el elevado número de siniestralidad vial existente. Se sanciona la LO 15/2007, la cual guarda una serie de modificaciones tanto en la parte general del Código Penal, como a la especial.

No es intención, en este trabajo, realizar un estudio profundo sobre las cuestiones de fondo de la reforma, sino simplemente ver algunas figuras de la misma, básicamente aquellas que tienen que ver con los “delitos contra la seguridad de tráfico”, los cuales, pasan a rubricarse como “delitos contra la seguridad vial⁹²⁷”, para seguir constatando la aplicación de una política criminal, orientada a una efectiva intervención del aparato estatal, siendo, como hemos venido advirtiendo, el Derecho penal el instrumento predilecto para dichos fines de control social⁹²⁸.

⁹²⁶ VIVES ANTON, TOMAS S./ORTS BERENGUER, E. “Reflexiones políticos-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-...* op. cit. pp. 1139-1141.

⁹²⁷ El cambio de *nomen iuris* del Capítulo, es una auténtica declaración de intenciones del legislador, tratando de homogeneizar el bien jurídico protegido con el *nomen iuris* administrativo más conocido: La Ley de Seguridad vial, en MOLINA GIMENO, FRANCISTO J. “Un paso más hacia la administración del Derecho penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 790 -9 de Octubre del 2008-, disponible en www.aranzadi.es

⁹²⁸ *Vid.*, TRAPERO BARREALES, MARIA A. “Los Delitos contra la seguridad vial, una valoración crítica desde la vigencia de los principios limitadores del *ius puniendi*”, en LUZON PEÑA, DIEGO M. *Derecho penal del Estado Social...* op. cit., p. 842-843. También véase análisis sobre la problemática, previa a la reforma del año 2007, en PERIS RIERA JAIME. M./CUESTA PASTOR, PABLO J., “Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico -El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995-” -Doctrina-, en *Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la Circulación...* op. cit. pp. 3-21.

Las modificaciones, si bien desde un punto de vista cuantitativo podrían hacernos pensar que se trata de una reforma casi tenue, encierran unas claves de cambios cualitativos correspondientes con algunas de las características del moderno Derecho penal que la convierten en el paso definitivo, en el camino sin retorno, hacia una nueva forma de intervenir con el Derecho penal en el ámbito de la seguridad vial. El legislador, busca una respuesta a la necesidad de definir “con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes⁹²⁹”.

Es evidente que seguimos siendo testigos de una agudización de las sanciones penales con el afán de regular las conductas de los individuos. Seguramente, no son pocas las voces a favor de mayor pena para aquellas acciones que llevan consigo un peligro, más cuando hablamos de conducciones imprudentes o bajo efectos del alcohol y/o drogas. El punto en cuestión no es ese, puesto que es totalmente reprochable la realización de estas conductas, el núcleo del problema, nuevamente, es el uso y abuso que hacemos de una herramienta como el Derecho penal.

Quizás el ejemplo más claro de la permanente tensión que se genera está dado por los distintos argumentos expuestos por aquellos encargados de la sanción de la norma. Algunos legisladores que se enrolaban por la negativa, justificaban su postura desde lo jurídico, mientras que los que apoyaban el proyecto lo hacían desde lo fáctico en ese famoso “dar respuestas”⁹³⁰.

⁹²⁹ MIRÓ LLINARES, FERNANDO, “El Moderno Derecho penal vial y Penalización de la conducción sin permiso”, en OLMEDO CARDENETE, MIGUEL/ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS (Eds) *Protección penal de la Seguridad vial*, ...op. cit., pp. 148-149.

⁹³⁰ Lo reflexionado, debe entenderse desde una humilde opinión objetiva, de éste observador externo, sin tomar partido sobre ideología alguna.

Navarro Casillas, entre otros, -para su voto en negativo- exponía en plenario del Congreso cuestiones que tenían que ver con la tipificación de las faltas, endurecimiento de las penas, desconocimiento de los principios del Derecho penal y con ello, el de mínima intervención; haciendo hincapié sobre la falta de adecuación del verdadero problema, que era el social⁹³¹.

Por su parte, lo que reflexionábamos, el principal argumento de la mayoría tenía como sustento ese afán de usar al Derecho penal, con un claro corte ejemplificador, disuasorio por el endurecimiento de las penas y como principal instrumento del clamor de las víctimas⁹³².

La reforma, en la materia, no trata a los conductores como ciudadanos responsables, nos dice Polaino Orts, quien entiende que, en la cuestión planteada, va a tratar a los conductores como enemigos, como elementos de peligro que van a desestabilizar el normal funcionamiento de la sociedad e impiden que los demás ciudadanos puedan confiar en ellos como sujetos idóneos para un contacto social; no trata a los conductores como sujetos responsables. El legislador español, concede un tratamiento jurídico-penal considerablemente agravado, que limita y restringe la capacidad de gestión del ciudadano en ese ámbito, no es considerado como “persona en Derecho” que respeta a los demás y ofrece seguridad. Dicho tratamiento es acorde a

⁹³¹ Véase, expresiones vertidas por la Diputada Navarro Casillas -Grupo Parlamentario de Izquierda Unida- en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados N° 290, de fecha 04 de octubre del año 2007, pp. 14272-14273. En idéntico sentido y con argumentos similares, Sourivón García - Grupo Parlamentario Popular- pp. 14275-14277 y Uría Etxebarria -Grupo Parlamentario Vasco- pp. 14279-14280. Consulta realizada en página oficial www.congreso.es

⁹³² Véase, expresiones vertidas por el Diputado Jané I Guasch -Grupo Parlamentario Catalán - en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados N° 290, de fecha 04 de octubre del año 2007, pp. 14273-14275. En sentido similar, Mayoral Cortés -Grupo Parlamentario Socialista- pp. 14277-14278; Mardones Sevilla -Grupo Parlamentario Mixto- pp. 14278-14279- y Cerdá Argent -Grupo Parlamentario Esquerra Republicana- pp. 14281-14282. Consulta realizada en página oficial www.congreso.es

la peligrosidad del sujeto: a mayor peligro creado por el agente mayor represión penal frente a él⁹³³

La utilización del aparato punitivo, en este caso, es una evidente muestra del fracaso del Estado en faz de educación, vial. Fracaso, que sólo puede ser suplido, aparentemente por normas penales, donde nuevamente, se pone de manifiesto lo más fácil, repeler con el mayor castigo posible al sujeto infractor. Seguramente existirán casos puntuales, concretos, en lo que se justifica, pero el punto del presente trabajo, es justamente ver cómo también existen casos en los que es evidente el menoscabo de los derechos constitucionales. Lo dicho, no hace sino, generar nuevamente el insistente interrogante: ¿se justifica en ora del bienestar general, la vulneración de derechos individuales?

En relación al *exceso de velocidad y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas* -artículo 379⁹³⁴-, aparecen dos supuestos de conductas que serán subsumidas como delito: la conducción a una velocidad excesiva y la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas⁹³⁵.

⁹³³ POLAINO-ORTS, MIGUEL, *El Derecho penal del enemigo...op. cit.*, pp. 488-489.

⁹³⁴ *1.El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en 60 kilómetros por hora en vía urbana o en 80 kilómetros en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a las de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno o hasta cuatro años.*

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso, será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0'60 mg por litro de sangre o una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

⁹³⁵ *Vid.*, LUZON CUESTA, JOSE M. *Compendio de Derecho Penal -parte especial-*, Ed., Dykinson, Madrid, 2011, pp. 279-281. También véase análisis de CUESTA PASTOR, PABLO J., sobre la temática previa a la reforma del año 2007, en PERIS RIERA JAIME. M/CUESTA PASTOR, PABLO J., "Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico -El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995-", en *Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la Circulación...op. cit.* pp. 10-13.

En ambos supuestos, como vemos, se opera la introducción de una presunción *iure et de iure* de conducción temeraria, la cual se puede dar, ya sea por un exceso de velocidad o por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas.

González Cussac⁹³⁶, vuelve a lo que en algún momento hemos advertido, es decir que más allá de las razones que llevaron al legislador a la creación de la norma y su criminalización, no puede obviarse el riesgo ya puesto en evidencia por Silva Sánchez, en cuanto a la administrativización del Derecho penal.

Así, para la consumación del reproche penal, ya no es necesario demostrar la puesta en peligro concreto de personas, ni mucho menos la causación de resultados lesivos, contradiciendo los principios de ofensividad y el de proporcionalidad, toda vez que se construye un tipo de peligro abstracto o presunto, donde basta comprobar el exceso de velocidad para que la conducta aparezca, siempre y en todo caso, como desvalorizada.

Entonces, si para la subsunción de la conducción temeraria es suficiente,- primer supuesto- la verificación de una conducción con exceso de velocidad, constituyendo una presunción *iuris et de iure*; idéntica conclusión se produce, cuando ésta conducción, se sucede bajo la influencia de alcohol o droga -segundo supuesto-.

En consecuencia, más allá de la interpretación que pudiéramos darle a la premisa normativa, desde una visión literal, parece ser que sólo basta con probar que el sujeto conducía con una determinada tasa de alcohol para estimar consumada la infracción penal, al configurarse un delito de peligro potencial.

⁹³⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, “Los nuevos delitos contra la seguridad vial”, en VIDALES RODRÍGUEZ, CATY/MERA REDONDO, ANTONIO (Cdres) *Seguridad vial. Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante Ley Orgánica 15/2007, de 30 de Noviembre*, Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 203.

El legislador ha recurrido a la cuestionable técnica de la presunción, en aras de ofrecer una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos. Una técnica de presunción, *iuris et de iure*, de peligrosidad de la conducta típica. Efectivamente, pareciera ser que se consigue esa finalidad, pero a costa de poner en entredicho principios básicos del Derecho: el principio de ofensividad -punto de vista material-, y el de presunción de inocencia -punto de vista procesal-⁹³⁷.

De igual manera lo refiere, Fernández Carballo-Calero⁹³⁸, cuando reflexiona que se corre el riesgo que una dicción literal del precepto propicie una interpretación meramente “formal” que prescinda de constatar la creación de un peligro, aún abstracto, para los bienes jurídicos protegidos.

Por la pertenencia al grupo de peligro de “los conductores que causan accidentes de tráfico”, directamente se castiga al individuo, por más que no se pueda acreditar que su conducta haya ocasionado el más mínimo peligro a bienes de terceros o a la seguridad vial⁹³⁹.

Es evidente que en muchos casos, la conducta desplegada y tipificada por la premisa normativa, no ha producido el peligro descrito, con lo que, como vemos, se

⁹³⁷ Vid., TRAPERO BARREALES, MARIA A. “Los Delitos contra la seguridad vial, una valoración crítica desde la vigencia de los principios limitadores del *ius puniendi*”, en LUZON PEÑA, DIEGO M. *Derecho penal del Estado Social...* op. cit., p. 869.

⁹³⁸ FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, R., “Alcohol y conducción: habitando la difusa frontera entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador”, en *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia, 2007, p. 29, cita conforme TRAPERO BARREALES, MARIA A. “Los Delitos contra la seguridad vial, una valoración crítica desde la vigencia de los principios limitadores del *ius puniendi*”, en LUZON PEÑA, DIEGO M. *Derecho penal del Estado Social...* op. cit., p. 208.

⁹³⁹ DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, “La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal...* op. cit. p. 495.

adelanta en demasía la función preventiva, funcionalizando el Derecho penal con conductas que recibirían mejor trato en sede administrativa⁹⁴⁰

En relación a la *conducción temeraria* -artículo 380⁹⁴¹-, no encontramos diferencia en cuanto a la redacción del primer párrafo, cuestión que sí se da, en relación al segundo apartado, modificando el párrafo final de la LO 15/2003, y que consideraba la existencia manifiesta en el supuesto de que concurriera una conducción con *altas tasas de alcohol en sangre* y con un *exceso desproporcionado de velocidad*.

De la reforma introducida, quizás, como elemento a favor, podemos referir que ahora parece ser que no sólo se debe constatar la existencia de una velocidad excesiva, acompañada de la ingesta también en altas proporciones de alcohol en sangre; sino que es menester, además, la puesta en concreto peligro para la vida y la seguridad de personas, ajenas al conductor⁹⁴².

La *temeridad con manifiesto desprecio por la vida de los demás* -artículo 381⁹⁴³-. En el apartado primero podemos ver a todas luces, cómo se produce un

⁹⁴⁰ FERRANDIS CIPRIAN, DANIEL, “El delito de conducción bajo la influencia de ciertas sustancias tóxicas”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*,...op. cit. t. I. p. 623 y 639..

⁹⁴¹ 1. *El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida y la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y la privación del derecho a conducir vehículo a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.*

2. *A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurriera las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.*

⁹⁴² Vid., LUZON CUESTA, JOSE M. *Compendio de Derecho Penal*... op. cit., pp. 282-283. Sobre la temática previa a la reforma del año 2007, véase a CUESTA PASTOR, PABLO J., en PERIS RIERA JAIME. M./CUESTA PASTOR, PABLO J., “Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico -El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995-”, en *Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la Circulación*...op. cit. pp. 16-18.

⁹⁴³ 1. *Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un periodo de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás realizare la conducta descrita en el artículo anterior.*

2. *Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.*

endurecimiento de las penas; se decide no sólo por el mantenimiento de la criminalización, sino que a su vez se aumenta la punición. Así, vemos lo lejos que se estuvo de escuchar aquellas voces críticas que reclamaban los problemas de aplicabilidad del precepto y abogaban por su desaparición.

En cuanto al segundo de los apartados, la diferencia con la redacción anterior, radica en que, ahora no contiene la exigencia de ocasionar un peligro concreto, bastando pues el potencial o abstracto, no cambia nada, ni en el presupuesto ni en la penalidad con respecto a la redacción del, hasta ahora, vigente apartado segundo del artículo 384⁹⁴⁴.

En relación a la conceptualización del vocablo “temeridad”, Muñoz Conde⁹⁴⁵, nos dice que está orientado hacia el conductor, el cual, debe comportarse con desprecio absoluto de las reglas del tráfico más elementales.

Ahora bien, la gravedad que deviene en el vocablo que estamos exponiendo, no sólo debe medirse desde la regulación administrativa, sino que también abarca todas aquellas circunstancias que hagan al caso concreto, como ser, el estado de la carretera, la densidad del tráfico, las características mecánicas del vehículo, como así también, las aptitudes del conductor⁹⁴⁶.

Por su parte, cuando nos referimos al calificativo de “manifiesta”, el juez para valorar lo evidente de la temeridad no deberá utilizar su criterio personal, ya que lo llevaría a un entendimiento subjetivo de la temeridad al igual que si nos fijásemos en el

3. *El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código.*

⁹⁴⁴ *Vid.*, LUZON CUESTA, JOSE M. *Compendio de Derecho Penal...* op. cit., pp. 283-286.

⁹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2004, p. 691, citado por MORENO ALCÁZAR, MIGUEL ANGEL “La criminalización de las conducciones temerarias en el marco de la nueva reforma penal en materia de seguridad vial”, en VIDALES RODRÍGUEZ, C./MERA REDONDO, ANTONIO *Seguridad vial*, op. cit., p. 232.

⁹⁴⁶ MORENO ALCÁZAR, MIGUEL ANGEL “La criminalización de las....op. cit. p. 233.

criterio del autor de la conducción; sino que deberá orientarse a lo que según la experiencia general se tenga claramente por temerario a la hora de conducir. No son pocos, los que entienden que se debe exigir una temeridad patente, notoria o clara para el hombre medio.

Así, cabe entender que sólo se podrá considerar conducción temerariamente manifiesta aquella que se pueda calificar de temeraria desde la primera lectura de los hechos probados; es decir, aquella conducción cuya consideración como temeraria se estime “a primera vista”, pero no en alusión a la percepción sensitiva, sino a nivel valorativo⁹⁴⁷.

Por otra parte, se ha planteado entender el segundo párrafo como un subtipo agravado del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del anterior artículo 379, exigiendo por tanto, un mínimo de peligro *ex ante* para poder apreciarlo. Se ha afirmado que dicha peligrosidad debería estar más cerca, a la de aquellas conductas relativas al tráfico automovilístico que generen un peligro concreto, que de aquellas otras que tan sólo generan un peligro abstracto. De esta manera se ha intentado responder a los cuestionamientos que surgen de la redacción de la norma y la tensión del tipo penal con los principios del Derecho penal liberal clásico. A los fines propuestos, se dice que en la premisa normativa no se fija presunción *iuris et de iure* alguna, sino que simplemente se equiparan a efectos penológicos supuestos de peligro abstracto con supuestos de peligro concreto.⁹⁴⁸

En relación a *la negativa a someterse a las pruebas de control de la alcoholemia o drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas* -artículo

⁹⁴⁷ *Ibid*, p. 235.

⁹⁴⁸ *Ibid*, pp. 250-251.

383⁹⁴⁹, la reforma no introduce modificación en la definición de la conducta, sólo se produce una mejora en la terminología. Sí, constituye una novedad, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Uno de los principales reparos que se le hizo a este tipo penal, estaba orientado a su constitucionalidad argumentando que contradecía lo previsto en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución; esto es, el derecho a no declarar y a no confesarse culpable. No obstante, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia del Pleno 161/1997, de 2 de Octubre, vuelve a asumir aquella tesis que ya había sido expuesta con anterioridad, refutando los argumentos expuestos. El TC, sostiene que el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad; sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 del Constitución. Es decir, entiendo que, en este caso el sujeto no debe ser tomado como órgano de prueba, sino como objeto de prueba.

González Cussac, con el cual comparto el punto, entiende que la doctrina expuesta debe ser revisada si se toma en cuenta que objetivamente, ahora, la mera conducción con una tasa de alcohol en sangre superior a la establecida es constitutiva de delito y será a través de la intimidación penal que se obliga al conductor requerido a

⁹⁴⁹ *El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículo a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.*

aportar una prueba que directamente le incrimina, con las repercusiones constitucionales que ello tiene⁹⁵⁰.

Entonces, debe entenderse que en el caso concreto, más allá de los reparos antes expuestos, será el sujeto sometido al control quien deba llevar adelante la carga probatoria de su inocencia, violentando la premisa normativa el principio de inocencia⁹⁵¹.

Por último, vamos a referirnos a la tipificación de *otras conductas de riesgo para la seguridad vial* -artículo 385⁹⁵²-. La premisa normativa será la que suceda al, hasta este momento, vigente artículo 382. Castiga la creación de un grave riesgo para la circulación, siempre que tal situación se haga de alguna de las formas que son descritas en el precepto.

Independientemente que se ha sostenido la misma pena de prisión, se ha incorporado como alternativas la pena de multa y la de trabajos en beneficios de la comunidad.

⁹⁵⁰ GONZALEZ CUSSAC, JOSÉ L. “Los nuevos delitos contra la seguridad vial”, en VIDALES RODRÍGUEZ, CATY/MERA REDONDO, ANTONIO (Cdres) *Seguridad vial...* op. cit., p. 218. En igual sentido, TRAPERO BARREALES, MARIA A. “Los Delitos contra la seguridad vial, una valoración crítica desde la vigencia de los principios limitadores del *ius puniendi*”, en LUZON PEÑA, DIEGO M. *Derecho penal del Estado Social...* op. cit., 871-885. También véase análisis sobre la temática previa a la reforma del año 2007, en CUESTA PASTOR, PABLO J., en PERIS RIERA JAIME. M./CUESTA PASTOR, PABLO J., “Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico -El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995-”, en *Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la Circulación...* op. cit. pp. 13-16

⁹⁵¹ En aquellas culturas arcaicas, y sólo en los casos de los procesos por sacrilegio, la carga de la prueba está del lado del presunto sacrilego; sin embargo, es de suyo, que la regla de la cara de la prueba aplicable, el principio *in dubio pro reo*, forma parte de la herencia de justicia de la humanidad, y probablemente viene siendo reconocida desde que hay Derecho procesal penal. HÖFFE OTFRIED, “Proto-Derecho penal: Programa y Cuestiones de un filósofo”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio...* op. cit. p. 360.

⁹⁵² *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de 12 a 24 mese y trabajo en beneficio de la comunidad de 10 a 40 días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: 1º. Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio. 2º No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.*

Ahora bien, como una crítica que debe ser sostenida, en esta reforma, se mantiene incólume aquella indeterminación del artículo 382 cuando expone, el precepto: aquellos comportamientos que por “cualquier otro medio” generen un grave riesgo para la seguridad del tráfico. Es de suyo que, por su escaso rigor técnico, contradice el mandato de taxatividad y con ello su confrontación con el principio de legalidad, trasladando al juez la decisión de determinar los límites a la intervención penal.

De igual manera, en el segundo párrafo, referimos que se ha mantenido la comisión por omisión, es decir, el no restablecimiento de la seguridad de la vía cuando haya obligación de hacerlo.

A continuación expongo un esquema comparativo de la situación normativa anterior a la reforma y las reformas operadas por la LO 15/2007.

Previa redacción	Nueva redacción
	Art. 379.1. <i>El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en 60 kilómetros por hora en vía urbana o en 80 kilómetros en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a las de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno o hasta cuatro años.</i>
Art. 379. <i>El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.</i>	Art. 379.2. <i>Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso, será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0'60 mg por litro de sangre o una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.</i>
Art. 381 párrafo 1°. <i>El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto</i>	Art. 380.1. <i>El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las</i>

O. Lucas Colazo
Universidad de Murcia 2017

<i>peligro la vida o la integridad de las personas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años</i>	<i>personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.</i>
<i>Art. 381 párrafo 2°. En todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos.</i>	<i>Art. 380.2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo artículo anterior.</i>
<i>Art. 384 párrafo 1°. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años, el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, incurra en la conducta descrita en el artículo 381.</i>	<i>Art. 381.1.1. Será castigado con la penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás realizare la conducta descrita en el artículo anterior.</i>
<i>Art. 384 párrafo 2° Cuando no se haya puesto en peligro la vida o la integridad de las personas, la pena de prisión será de uno a dos años, manteniéndose el resto de las penas.</i>	<i>Art. 381.2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.</i>
<i>Art. 385. El vehículo a motor o el ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el artículo anterior, se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código</i>	<i>Art. 381.3. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código.</i>
<i>Art. 383 párrafo 1°. Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado. 2°. En la aplicación de las penas establecidas en los citados artículos, procederán los Jueces y Tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 66.</i>	<i>Art. 382. Cuando con los sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado</i>
	<i>Art.383 El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículo a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.</i>
	<i>Art. 384. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia</i>

	<p><i>del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de la multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.</i></p> <p><i>2. Las mismas penas se impondrán al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción</i></p>
	<p><i>Art. 385. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de 12 a 24 meses y trabajo en beneficio de la comunidad de 10 a 40 días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: 1º. Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio. 2º No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.</i></p>

Cuadro 1. Esquema comparativo con las reformas operadas en el Código Penal

Por último, nos cabe referir unas cuantas líneas en relación a la reafirmación de aquella política criminal que va de la mano con una clara actitud intervencionista punitiva del Estado. Al final, se desdibuja el bien jurídico cuya protección se presenta como soporte de la intervención penal⁹⁵³.

Como hemos visto la LO 15/2007, contempla modificaciones en la regulación del delito, ahora abarcado en el art. 383 del C.P. (negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas tóxicas).

El legislador, lejos de hacerse eco de las constantes críticas que ha dado lugar la premisa en cuestión, la confirma. Lo raro y curioso, resulta que el anteproyecto, eliminaba la remisión normativa a la desobediencia del art 556 contenida en la original

⁹⁵³ Véase, AA.VV, “Informe sobre los intentos de adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de investigación y conclusiones”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social y tecnológico*,...op. cit. p. 524.

redacción del art. 380 y rebajaba la penalidad del delito. Asimismo, desaparecía de dicha versión del tipo penal la referencia a la conducta de negarse a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de tal forma que el castigo de este último comportamiento quedaba relegado al ámbito administrativo o bien al del genérico delito de desobediencia, resultando, mucho menos grave el rechazo a la práctica de las pruebas.

En el proyecto de reforma del Código penal aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre de 2006 y publicado en el Boletín oficial de las Cortes generales el 15 de enero de 2007 se corrige ya la exclusión comentada, lo cual, supone una mejora frente al texto del Anteproyecto. Lo curioso -si se me permite el término- es que por el contrario, prosperará la versión definitiva del nuevo art. 383 y su vez se agrava la pena, equiparándose de nuevo a la de prisión existente en la regulación precedente, añadiéndose a aquella la de privación del permiso de conducción de 1 año y un día a 4 años y se confirma la desaparición de la configuración legal de la infracción en análisis como desobediencia⁹⁵⁴.

Nuevamente o necesariamente, porque así queda expuesto, debo compartir lo reflexionado por Polaino Orts, cuando afirma que el actual Derecho penal de la seguridad vial pone de manifiesto que la violencia en tráfico se ha de combatir también con el Derecho penal del enemigo. Lo grave, es que el Derecho penal del enemigo contenido en el nuevo Derecho penal de la seguridad vial es más contundente y menos garantista que el Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista, porque éste, nos

⁹⁵⁴ ALONSO RIMO, ALBERTO “El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección drogas tóxicas desde la perspectiva de la reforma penal de 2007”, VIDALES RODRÍGUEZ, CATY/MERA REDONDO, ANTONIO (Cdres) *Seguridad vial...* op. cit., pp. 315-316.

dice, exigiría la comprobación y la constatación de un peligro real del conductor enemigo. Así, excepcionalmente, debería de procederse si no queremos caer en el error que nos convoca a cometer el legislador cuando realiza la reforma, es decir, de imputar como si fueran enemigos a sujetos que no los son, sobre la base de un peligro que no es real, sino supuesto, y que no es constatado sino sospechado⁹⁵⁵.

1.3. Sobre la reforma 05/2010.

A modo de reiteración, expongo que no se trata en éste trabajo de analizar en profundidad las distintas reformas del que ha sido objeto el Código Penal, sino de señalar en éstas, cómo ha sido la política criminal aplicada por el legislador y, en qué grado, ha sido siempre el Derecho penal, un instrumento a los fines de regular conductas y de direccionarlas hacia un fin, cuando es netamente visible el fracaso de aquellas políticas de prevención.

Así vemos que en la reforma operada por la LO 05/2010 del 22 de junio, si bien el legislador ha mantenido a grandes rasgos una conducta “represiva”, ha dado una pequeña marcha atrás en aquella búsqueda de endurecimiento punitivo de los delitos contra la seguridad vial, debiendo rescatarse que son éstos delitos los que tipifican la mayor cantidad de conductas que sólo conllevan un peligro abstracto.

Entonces, ante el leve retroceso marcado, en cuanto a punición se refiere, debemos preguntarnos si esto es como consecuencia a un verdadero estudio de política criminal o, simplemente, el convencimiento de la ya repetida teoría que no necesariamente el endurecimiento de las penas trae consigo un mayor respeto -por llamarlo de alguna manera- de las normas.

⁹⁵⁵ POLAINO-ORTS, MIGUEL, *El Derecho penal del enemigo...* op. cit., p. 489.

¿Ha logrado la fuerte punición en materia vial, bajar los índices de siniestralidad o sólo ha sido producto de una más eficiente campaña de prevención en ese sentido?; acaso una vez logrado el objetivo de la norma, ¿debe el Derecho penal, como instrumento, dar marcha atrás?

¿Se puede en el corto plazo temporal, llegar a las conclusiones precedentemente expuestas o el legislador ha retrocedido, reconociendo, sin reconocer, que el endurecimiento no era necesario y tampoco útil, a los fines propuestos?, ¿Acaso, ha reconocido y se ha hecho eco de las críticas recibidas por aquella “extensión” del Derecho penal o por la evidente administrativización del mismo?

La experiencia ha demostrado la ineficacia de ampliar el Derecho penal, -a contramarcha de las voces que aclaman por esta modalidad-, para disminuir el número de accidentes, por lo que cualquier intento del CP, en este sentido, no sería otra cosa que una huida más hacia el Derecho punitivo. Lo acertado sería encaminar los medios disponibles a la prevención y aquellos medios que tienen el carácter de represivos se encontrarían plenamente cubiertos con las sanciones administrativas, centradas en multas y privaciones del permiso para conducir. Además, de esta manera, se liberaría al orden jurisdiccional penal de cargas de trabajo inútiles⁹⁵⁶.

Los índices estadísticos de los últimos años sobre procedimientos penales por los delitos tipificados en los arts. 379 y 384 ponen en entredicho la eficacia del Derecho penal en la prevención de los riesgos asociados a la velocidad, el alcohol, las

⁹⁵⁶ RODRIGUEZ RAMOS, LUIS (Dir), *Código Penal -concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, Ed. La Ley, Madrid, 2011 (4ta edición), p. 1451.

drogas, y de los “conductores sin preparación y capacitación” para conducir vehículos a motor o ciclomotores⁹⁵⁷.

En el Preámbulo (punto XXV) de la ley que estamos comentando, se ofrece la siguiente justificación: “...en la búsqueda de una mayor proporcionalidad en la respuesta jurídico penal a determinadas conductas de peligro abstracto, concretamente en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, se ha considerado conveniente reformar los artículos 379 y 384 en un triple sentido. En primer lugar se equipara la pena de prisión prevista para ambos delitos, al entender que no existe razón de fondo que justifique la diferencia en la respuesta punitiva. Por otra parte, se elimina la actual disyuntiva entre la pena de prisión y la de multa y trabajos en beneficio de la comunidad, estableciéndose los tres tipos de penas como alternativas. De este modo se concede un mayor arbitrio al Juez a la hora de decidir sobre la imposición de cualquiera de las tres penas previstas, permitiendo reservar la pena de prisión, como la de mayor gravedad, para supuestos excepcionales (...) Por último, en los supuestos de imposición de la pena de prisión, tratándose de los delitos contenidos en los artículos 379, 383, 384 y 385, se concede a los jueces la facultad excepcional de rebajarla en grado atendiendo a la menor entidad del riesgo y a las demás circunstancias del hecho enjuiciado”⁹⁵⁸.

Es de suyo, que lo resaltado se hace eco de los argumentos expuestos por el Sr. Ministro de Justicia, al momento de presentar el proyecto de ley por ante el Congreso de Diputados, haciendo alusión que será la “proporcionalidad” el eje central

⁹⁵⁷ TRAPERO BARREALEZ, MARIA A. *Los delitos contra la seguridad vial: ¿una reforma de ida y vuelta?*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 610.

⁹⁵⁸ Véase, Preámbulo, LO 5/2010 del 22 de Junio del año 2010, publicado en el BOE N° 152, fecha 23 de Junio del año 2010, p. 54820. Consulta efectuada en www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_005_2010.pdf. También en *Ibid*, p. 611.

de la reforma, dando adecuada respuesta a la sociedad y brindando al juez mayores elementos para la solución del caso concreto⁹⁵⁹.

Más allá que es de celebrar -reitero- la morigeración, en cierta forma, de las penas, no es menos cierto que aún se mantiene incólume una fuerte intervención del Derecho penal en cuestiones que deberían ser abarcadas por un Derecho administrativo más fuerte.

Se mantienen en el Código penal y en éstas figuras en particular, las críticas que hemos venido exponiendo por cuanto seguimos tipificando conductas que muchas veces, no menoscaban bien jurídico concreto.

Parece ser que, ahora, se justifica la intervención estatal al establecer un “abanico” de penas para estos tipos de delitos, pero cabe poner de manifiesto que aún con esa alternativas de penas, seguimos hablando de condenas, dónde dentro de las mismas, claro está, tenemos la posibilidad cierta de aplicar penas privativas de la libertad.

En conclusión, aún cuando se vea con agrado la morigeración de ésta constante mecánica, en cuanto al uso y abuso que se hace del Derecho penal como instrumento de prevención, es evidente que resulta más cómodo redactar una premisa “ambigua” como lo es, el nuevo, art. 385 ter, el cual expresa, que el Juez podrá rebajar en un grado las penas teniendo en cuenta: el peligro creado y las distintas circunstancias del hecho, que directamente derogar la tipificación de aquellas conductas que no necesariamente producen un resultado lesivo. El punto será ahora,

⁹⁵⁹ Véase, presentación del proyecto de ley del Sr. Ministro de Justicia -Caamaño Domínguez- por ante el Congreso de Diputados, en el Diario de Sesiones N° 146, de fecha 11 de marzo del 2010, pp 17-20. Consulta efectuada en www.congreso.es

determinar cuáles son las distintas circunstancias del hecho, esperando desde ya, un criterio “garantista” por la parte del órgano jurisdiccional.

En igual sentido lo entiende, Trapero Barreales, quién se lamenta que no se haya sido más valiente toda vez que, el legislador, se limita a mitigar el rigor punitivo de los más controvertidos delitos contra la seguridad vial, pero sin llegar a dar el paso adelante en la eliminación de los delitos formales o de mera desobediencia, o basado en meras presunciones de peligrosidad⁹⁶⁰.

En la misma línea parece estar Ridao I Martín, sobre el conjunto de la reforma, cuando a pesar de votar favorablemente, sostiene que ésta adolece de una visión global, coherente y finalista de una política criminal moderna, desaprovechando la oportunidad de hacer pedagogía social y política⁹⁶¹

En el siguiente cuadro vemos las modificaciones operadas por la LO 5/2010, en la redacción de la última reforma.

LO 15/2007	LO 5/2010
Art. 379.1. <i>El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en 60 kilómetros por hora en vía urbana o en 80 kilómetros en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a las de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno o hasta cuatro años.</i>	Art. 379.1. <i>El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en 60 kilómetros por hora en vía urbana o en 80 kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.</i>
Art. 379.2. <i>Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso, será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado</i>	Art. 379.2. <i>Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60</i>

⁹⁶⁰ *Ibid*, p. 613.

⁹⁶¹ Véase, expresiones vertidas por el Diputado Ridao I Martín -Grupo Parlamentario Equerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya verds- en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados N° 160, de fecha 29 de abril del año 2010, p. 15. Consulta realizada en página oficial www.congreso.es

O. Lucas Colazo
 Universidad de Murcia 2017

<i>superior a 0'60 mg por litro de sangre o una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.</i>	<i>miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro</i>
<i>Art. 381.3. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código.</i>	<i>Se suprime el apartado 3 del art. 381.</i>
<i>Art. 384. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de la multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. Las mismas penas se impondrán al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción</i>	<i>Art. 384. El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.</i>
	<i>Art. 385 bis. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128.</i>
	<i>Art. 385 ter. En los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho.</i>

Cuadro 2. Esquema comparativo tomando en cuenta la reforma introducida al CP por LO 5/2010. Elaboración propia.

1.4. Sobre la reforma 01/15.

En este punto se torna imperiosa la necesidad de hacer alguna alusión a una de las reforma que ha sufrido el Código de fondo durante el año 2015, aun cuando no esté direccionada sobre aquellos delitos contra la seguridad vial; vemos cómo el legislador sigue utilizando el derecho penal como principal mecanismo de regulación de conductas y de persuasión en las relaciones del todo social.

De manera clara, el preámbulo⁹⁶² de la reforma operada a través de la Ley Orgánica 1/2015, comienza exponiendo que la revisión de la LO 10/1995 tiene como uno de los principales objetivos dar respuesta a las demandas sociales y brindar un sistema legal que sea percibido por el ciudadano común como justas.

En el marco descrito se incorpora un viejo anhelo que había sido punto de discusión en las reformas del año 2003, es decir, la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, los cuales, guardan en palabras del legislador, una pena proporcional al hecho cometido.

En el marco de las faltas contenidas en el Libro III, algunas se incorporan en el marco punitivo como delitos leves; otras directamente se suprimen sobre la base del principio de mínima intervención y se trasladan al ámbito del derecho administrativo.

Se flexibiliza el instituto de la suspensión de la ejecución de la pena, permitiendo a los jueces y tribunales valorar, de acuerdo a la naturaleza de los antecedentes penales del condenado, la posible peligrosidad y, en consecuencia, si se puede hacer efectivo el beneficio de la suspensión.

En idéntico sentido se concede a los jueces y tribunales la libertad para resolver sobre cuáles son las comprobaciones que deben llevarse a cabo para acreditar el cumplimiento de los requisitos. Así, se incorpora la novedad que no se considerara abandono del tratamiento de deshabitación hasta su finalización y con ello causal de revocación, cuando en aquella suspensión otorgada a un delincuente drogodependiente, éste incurre en una recaída que no denota un abandono definitivo.

⁹⁶² Véase, Preámbulo, LO 1/2015 del 30 de marzo del año 2015, publicado en el BOE N° 77, fecha 31 de marzo del año 2015, p. 27061 www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_001_2015.pdf.

En cuanto a la sustitución de pena, ésta pasa a ser una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal pueden acordar la imposición (como sustitutivo) de una pena de multa o de trabajos en beneficios de la comunidad. Asimismo, se incorpora como principio de oportunidad reglado el proceso de mediación como posible condición de suspensión de la ejecución de la pena en los casos legalmente posible.

Se ajusta el límite de pena a partir de la cual se puede acordar la expulsión a la regulación contenida en la ley de extranjería, siendo los jueces y tribunales los que deberán establecer qué parte de la pena impuesta debe ser efectivamente cumplida en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años de prisión; condicionando la sustitución a la proporcionalidad de la medida.

En cuanto a la ejecución de las penas, se incorpora la posibilidad real y cierta de que el condenado primario acceda al beneficio de la libertad condicional al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. Asimismo el instituto de la libertad condicional pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión del resto de la pena. Lo dicho, trae como consecuencia directa, que si incumple algunas de las condiciones impuestas al momento de acceder al beneficio, ésta se revoca y deberá cumplir la totalidad de la pena que restaba. También se incorpora como supuesto de libertad condicional el régimen de revisión de la prisión permanente.

Quizás una de las novedades que mayor discusión traerá aparejada será aquella que tiene que ver con el decomiso. No nos referimos al “tradicional” instituto donde los bienes que son producto de una actividad ilícita son objeto del decomiso por parte del Estado, previo al juzgamiento y condena de los autores en relación al hecho fáctico; sino al decomiso “sin condena”.

El decomiso sin condena faculta al juez y tribunal, en los supuestos de condenas por delitos como el tráfico de drogas, terrorismo y blanqueo de capitales, ordenar el decomiso de bienes y efectos del condenado procedentes de otras actividades delictivas, siempre que existan un cúmulo de prueba indiciaria que construyan fundadamente la procedencia ilícita de los efectos decomisados. A tales fines, se incorpora una serie de indicios, como ser la desproporción entre el patrimonio del sujeto responsable de algunos de los delitos contenidos y sus medios de vida lícitos; la ocultación intencionada de su patrimonio mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o mediante el recurso a paraísos fiscales; o su transferencia mediante operaciones que dificulten su localización o seguimiento, y que carezcan de justificación económica.

Con respecto a los delitos contra la libertad sexual se eleva la edad a partir de la cual se determina la existencia de un consentimiento pleno y eficaz por parte del menor, será la de dieciséis años. Además se establecen agravantes si concurren violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

En relación a la pornografía infantil, se va a castigar los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. También se va a castigar el mero uso o la adquisición de pornografía infantil y se incluye un nuevo apartado para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, advirtiendo que las nuevas tecnologías constituyen la

principal herramienta para acceder a los soportes de la pornografía. En este sentido, se va a facultar a los órganos jurisdiccionales para que puedan adoptar las medidas necesarias para la retirada de las páginas web que contengan o difundan material de esta naturaleza.

En referencia a aquellos delitos que constituyen un menoscabo a la intimidad del ciudadano, además de los supuestos contemplados en el art. 197, se incorporan las conductas que abarcan la divulgación, sin el consentimiento de la víctima, de imágenes o grabaciones que fueron efectuadas con el consentimiento de la misma, en un ámbito personal, lesionando gravemente su intimidad.

Se incluye además de la tipificación de transmisiones de comunicación personal que ya estaba reglada en el Código penal, la tipificación de las transmisiones automáticas -no personales- entre equipos.

También se tipifica la facilitación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos.

Para resolver los problemas que se planteaban en la multireincidencia y la criminalidad leve en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, se suprime la falta de hurto y se introduce un supuesto agravado a la delincuencia habitual. Entonces los supuestos que antes se sancionaban como falta, ahora son delitos leves, pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación -en particular la reiteración comisiva de delitos contra la propiedad y el patrimonio-. A partir de ahora, los delincuentes habituales podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión. Asimismo, se incluye un tipo agravado en el delito de receptación, cuando

se trate de bienes o efectos de especial protección o cuya sustracción da lugar a un delito contra el patrimonio de mayor gravedad.

Los delitos contra la propiedad intelectual también son objeto de revisión. Se fija un amplio margen penal para que el juez pueda ajustar la gravedad de la conducta a la pena. Se prevé la imposición de una penalidad menor en los supuestos de distribución ambulante o meramente ocasional; y se excluye la imposición de penas de prisión en los supuestos de escasa gravedad, en atención a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio. También se incorpora a la figura básica, la de explotar económicamente de cualquier otro modo una obra o prestación protegida sin la autorización de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual, sustituyendo el elemento subjetivo “ánimo de lucro” por el de “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”.

En los delitos contra la corrupción en el ámbito de la Administración pública, se establece una revisión en el instituto de la libertad condicional: podrá denegarse el referido beneficio en los casos que el penado hubiera incumplido la responsabilidad pecuniaria o la reparación del daño causado. Se revisan las penas previstas para los referidos delitos contra la Administración y se elevan. La reforma conlleva un aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Para los delitos más graves, a la par de la imposición de una pena de inhabilitación especial para el cargo o empleo público, se incorpora la imposición adicional de otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Se amplían los plazos de prescripción para los casos graves previendo que la inhabilitación tenga una duración máxima de diez años. Por último, se crea un tipo penal específico, a través del Título XIII “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, por el que

se castiga a quienes acepten y reciban donaciones ilegales o participen en estructuras u organizaciones cuyo principal objeto sea el de financiar ilegalmente a un partido político.

En cuanto a los delitos contra la seguridad colectiva se modifican los relativos a los incendios forestales; donde, si bien, se mantiene el tipo básico, en los supuestos agravados del art. 353, se prevé una sanción autónoma y desvinculada del concepto de pena en su mitad superior, elevándose hasta los seis años de prisión. Se incorporan nuevas agravantes en los casos especialmente lesivos para el medio ambiente o generadores de peligro elevado.

En cuanto al art. 637 del Código penal, y con la finalidad de proteger la confianza de determinados símbolos, uniformes o insignias, y su uso indebido; se suprime la falta y se tipifica esa conducta como delito dentro de los tipos penales de usurpación de funciones públicas y de intrusismo.

En materia de violencia de género y doméstica se busca reforzar la ya protección especial que el Código penal dispensa a las víctimas de éstos tipos penales. Así, se amplía el ámbito de la medida de la libertad vigilada, la cual fue incorporada mediante la LO 5/2010. A partir de ahora, se podrá imponer a todos los delitos contra la vida y en los delitos contra los malos tratos y lesiones, cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica.

Por otro lado, se elimina el requisito formal para la iniciación de la persecución punitiva en éstos delitos, de la denuncia previa del perjudicado. Tampoco se exigirá denuncia en estos casos para la persecución del nuevo delito de acoso.

En cuanto a la pena de multa, sólo será posible su imposición cuando conste acreditado que entre el agresor y la víctima no existen relaciones económicas derivadas

de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o existencia de una descendencia común.

Finalmente en relación a éste título, dentro de los delitos de quebrantamiento, se tipifican aquellas conductas tendientes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, a los fines de evitar que queden impunes.

Se introduce una nueva definición del atentado que incluye todos los supuestos de acometimiento, agresión, empleo de violencia o amenazas graves de violencia sobre el agente. Los supuestos de desobediencia leve dejan de estar sancionados penalmente y se recogen administrativamente.

Asimismo, se tipifica y se consideraran como actos de atentado los que se cometan contra funcionarios de sanidad y educación en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas. Se incluyen como sujetos protegidos, junto con ciudadanos que acuden en auxilio de los agentes de la autoridad, los miembros de los equipos de asistencia y rescate que acuden a prestar auxilio a otro en un accidente o en una calamidad pública.

En cuanto al delito contra el orden público, se genera la definición de “alteración de orden público” a partir de la referencia al sujeto plural y a la realización de actos de violencia sobre cosas y personas. Se sanciona expresamente la conducta de aquellos que no participan de los actos de violencia, pero la incitan. Se tipifican como agravantes la portación de armas, exhibición de armas de fuego simuladas, realización de acciones violentas especialmente peligrosas para la vida o la integridad de las personas o comisión de actos de pillaje. También se introduce un nuevo tipo penal:

difusión de mensajes que inciten a la comisión de alguno de los delitos agravados de alteración del orden público.

Se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia. La reforma tipifica dos grupos de conductas: con una mayor penalidad, aquellas acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometido por esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismo; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia. Asimismo, se prevé una agravación de estos delitos para el supuesto de su comisión a través de internet u otros medios de comunicación social; en tanto y en cuanto resulten idóneas para alterar la paz pública o menoscabar gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos afectados.

Se tipifica el matrimonio forzado, para cumplir con los compromisos internacionales suscritos por España en esa persecución contra aquellas conductas que atentan contra los derechos humanos. Se estima oportuno tipificarlo como un supuesto de coacción. También se castiga a quien utilice medios coactivos para forzar a otro a

abandonar el territorio español o a no regresar al mismo, con esa misma finalidad de obligarle a contraer matrimonio.

Dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso. Se trata de todos aquellos sujetos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacción), se produce una reiteración de conductas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

La reforma lleva a una supresión definitiva del catálogo de faltas regulado en el Libro III del Código penal, tipificando como delito leve aquellas infracciones que se estima necesario mantener. Así, algunos comportamientos tipificados hasta ahora como falta desaparecen del Código penal y se reconducen hacia la vía administrativa o la vía civil, sólo se mantienen aquellas infracciones merecedoras de suficiente reproche punitivo como para poder incluirlas en el catálogo de delitos, configurándose en su mayoría como delitos leves castigados con penas de multa.

El plazo de prescripción de estas infracciones se establece en un año, equiparándose a las injurias y calumnias como delitos tradicionalmente considerados de menor entidad a estos efectos. Y se establece expresamente que la existencia de antecedentes penales por la comisión de delitos leves no permitirá apreciar la agravante de reincidencia. En general se recurre a imposición de penas de multa por el hecho cometido y a la imposición de penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la localización permanente, cuando se trata de delitos de violencia de género o doméstica.

En atención a la escasa gravedad de las lesiones y de los maltratos de obra, sólo van a ser perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. En caso de violencia de género no se exigirá denuncia previa para perseguir las lesiones de menor gravedad y el maltrato de obra.

En cuanto al homicidio y lesiones imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccionales civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (apartado 1 del artículo 142 y apartado 1 del artículo 152), así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves.

Se suprimen las faltas de abandono previstas en el apartado 1 del artículo 618 en el artículo 619 del Código penal. Los supuestos graves de abandono a un menor desamparado o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección pueden subsumirse en el delito de omisión del deber de socorro. Lo mismo sucede con la conducta del art. 619 -denegación de asistencia a personas desvalidas de edad avanzada-, que constituye bien un supuesto de omisión del deber de socorro o bien un delito de resultado, cuando se comete por quien, como garante, viene obligado a garantizar la asistencia al anciano.

También se derogan el apartado 2 del artículo 618 y el artículo 622 del Código penal sin incluir nuevas sanciones delictivas, toda vez que las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delitos en los artículos 226 y siguientes.

La reforma evoca en relación a los juicios de faltas que contiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la continuación de su aplicación a los delitos leves.

Asimismo, se introduce un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer los procedimientos de menor gravedad (delitos leves).

En lo expuesto precedentemente, podemos concluir que si bien el legislador intenta mostrar que ha tomado en cuenta aquellas críticas que de amplios sectores doctrinales había sido objeto las reformas anteriores, lamentablemente, entiendo, queda a mitad de camino entre una verdadera, eficaz y audaz política criminal que respete aquellos principios del Derecho penal clásico y una política criminal, sólo orientada en el “populismo” liso y llano que tanto hemos reprochado como principal mecanismo legisferante.

Nuevamente en aras de “dar respuesta a las demandas sociales” volvemos a echar mano del Derecho penal. Se esboza la expresión “brindar un sistema legal que sea percibido por el ciudadano común como justo”, para simplemente adecuar o reestructurar aquellas conductas reguladas como faltas, ahora, como delitos leves⁹⁶³.

Es cierto, que debemos reconocer que el legislador ha derogado otras tantas faltas y las ha llevado al ámbito donde debieron estar desde siempre, es decir, el Derecho administrativo sancionador o en el campo del Derecho civil, otras.

En idéntico sentido, así como resulta reprochable desde lo jurídico y el respeto a los principios centrales del Derecho penal, la figura del “decomiso sin sentencia”; no es menos cierto, que debe ser acogido favorablemente el buen criterio de colocar al penado primario en la posibilidad de conceder la libertad condicional a la

⁹⁶³ Idéntica postura, VIVES ANTÓN, T. “La Reforma Penal de 2015: Una valoración genérica”, en GONZALEZ CUSSAC, JOSE L. -Dtor- *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015...op. cit.* p. 34-36.

mitad de la pena, lo dicho, más acorde al principio de proporcionalidad y en esa búsqueda de resocialización del condenado.

En cuanto al marco regulatorio que gira alrededor de la pornografía infantil, más allá del reproche moral que pueda significar, desde lo jurídico se sigue dando una vuelta más de rosca -si se me permite el término-; se pune el mero uso o la adquisición del material. Entiendo, que le vienen a la reforma las mismas críticas que ya en su momento se escucharon en la LO 15/2003, conformando un eslabón más de un Derecho penal simbólico.

Nuevamente se acude a un mayor rigor punitivo para disuadir al ciudadano en la comisión de un delito contra la propiedad y el patrimonio. No sólo llevando las faltas al delito leve, sino aumentando la pena que tiene que ver con la receptación de bienes habidos productos del delito. Idéntica posición de mayor endurecimiento punitivo con la figura del incendio forestal.

En el marco de la violencia de género y doméstica, se vuelve a demostrar el fracaso de otros medios de prevención, recurriendo al Derecho penal. Se amplía la libertad vigilada, se tipifica el quebrantamiento de los medios telemáticos y se deja de lado la denuncia previa para que órgano acusador comience a actuar; es decir, se prescinde de uno de los argumentos que antaño constituía el peso para la iniciación de acciones de persecución, que era el ámbito de la familia y la preeminencia a su cohesión.

En general en toda la reforma se continúa por el mismo camino de las anteriores, con una clara política de mano dura, donde prima mayor tipificación de conductas y endurecimiento de penas en delitos ya existentes⁹⁶⁴.

Se produce una reestructuración de las faltas, donde si bien desaparece el Libro III que las contiene, muchas se convierten en delitos leves, otras se adecuan a “viejos tipos penales” y las más leves, que nunca debieron estar punidas penalmente, finalmente se ubican en el Derecho Administrativo sancionador, uno de los puntos positivos de la reforma.

2. Análisis de las estadísticas criminológicas.

2.1. Estadísticas en relación a las víctimas de accidentes de tránsito.

A los fines de ayudarnos con las conclusiones, ahora sobre una base empírica, veremos a continuación una serie de datos estadísticos relacionados con el número de víctimas (muertos y heridos) y los condenados por delitos contra la seguridad vial, estableciendo la variación de años anteriores hasta llegar a la actualidad, tratando de determinar si ha sido o no eficaz y sobre todo necesaria, al menos en la orientación que ha tenido, la política criminal operada por el legislador en estos delitos de peligro abstracto por antonomasia.

⁹⁶⁴ También en *Ibid*, pp.38-39. También véase a ROIG TORRES en el análisis sobre el Anteproyecto de Reforma de Código Penal español de 2012. ROIG TORRES, M. “La reforma de Código Penal en materia de reiteración delictiva” en ORTS BERENGUER E. (Dir) *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*,...op. cit., pp. 333-345.

Evolución -periodo 2000-2014- de las víctimas⁹⁶⁵ por accidente de tránsito (carretera y zona urbana) Total Nacional.

Años	Total	Muertos	Heridos Graves	Heridos Leves
2000	155557	5776	27764	122017
2001	155116	5517	26566	123033
2002	152264	5347	26156	120761
2003	156034	5399	26305	124330
2004	143124	4741	21805	116578
2005	137251	4442	21859	110950
2006	147554	4104	21382	122068
2007	146344	3823	19295	123226
2008	134047	3100	16488	114459
2009	127680	2714	13923	111043
2010	122823	2478	11995	108350
2011	117687	2060	11347	104280
2012	117793	1903	10444	105446
2013	126400	1680	10086	114634
2014	128320	1688	9574	117058

Tabla 4. Elaboración cuadro tomada del Ministerio del Mir. Fuente: Anuario 2014, Mir⁹⁶⁶

De los datos expuestos, vemos que desde el año 2000 (155557) al 31-12-2012 (117687), se ha producido una baja de víctimas, en números horizontales y absolutos de 37870 (se toman las tres variantes: muertes y heridos graves/leves), lo que traducido en una variable porcentual nos da un 24,35 %⁹⁶⁷ menos que en el primer periodo referido. Lo curioso es que, si bien el número de víctimas fatales y de heridos graves ha continuado en su línea descendente en los periodos 2013 y 2014, no ha ocurrido lo mismo con los heridos leves que ha motivado que se produzca un aumento en el número de totales (128320), semejante a los valores que se dieron en el año 2009, con la salvedad -reitero- en el número de víctimas mortales.

⁹⁶⁵ A los fines estadísticos se toma el concepto de víctima en un sentido amplio, es decir, abarca tanto víctimas mortales, como heridos. .

⁹⁶⁶ Anuario estadístico del Ministerio del Interior, p. 575, www.mir.es, fecha de consulta 04/06/2016.

⁹⁶⁷ Los porcentuales, tienen un margen de error de 0,2 %, y los mismos son de elaboración propia, en base a los números absolutos otorgados por el anuario 2010 del Ministerio del Interior.

Asimismo, en el presente, se pretende aplicar las estadísticas arriba referidas en distintos esquemas -barra de datos- a los fines de poder apreciar de manera cabal las variaciones que ha tenido la temática en los periodos antes mencionado.

Evolución de las víctimas -totales- por accidentes de tránsito -2010-2014- (carretera y zona urbana). Esquema de barras. Total Nacional.

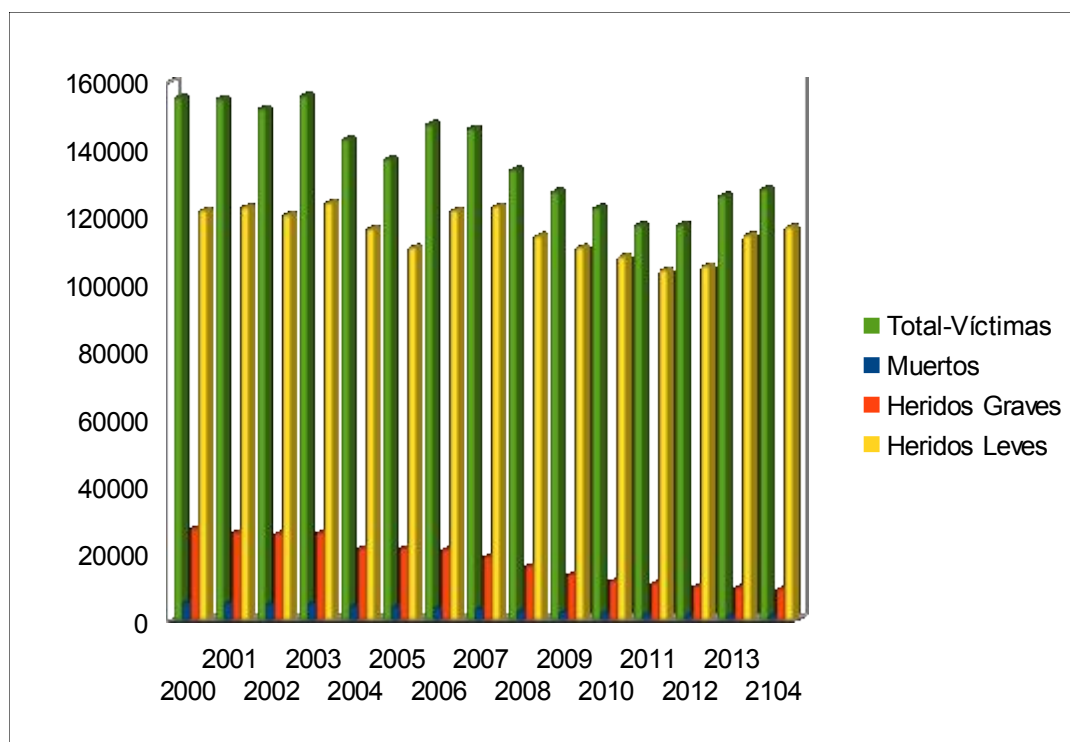


Gráfico 3. Elaboración propia. Fuente: Anuario 2014, Mir.

**Evolución de las víctimas viales -discriminados en muertes, heridos graves y leves-,
Periodo 2000-2014. Esquema de barra. Total Nacional.**

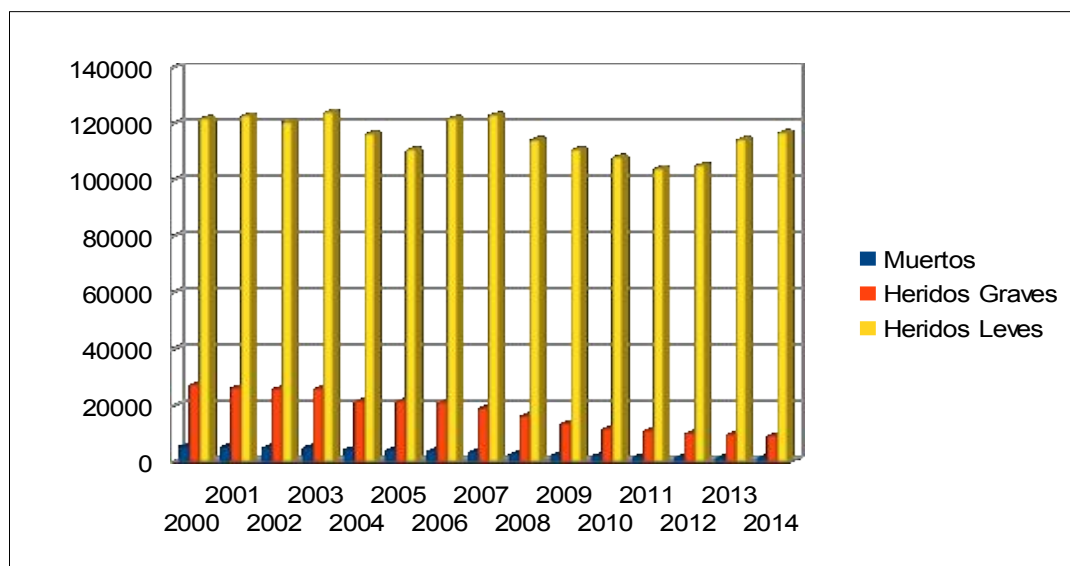


Gráfico 4. Elaboración propia. Fuente: Anuario 2014 del Mir.

Evolución de víctimas mortales en accidentes viales, periodo 2000-2014. Total nacional.

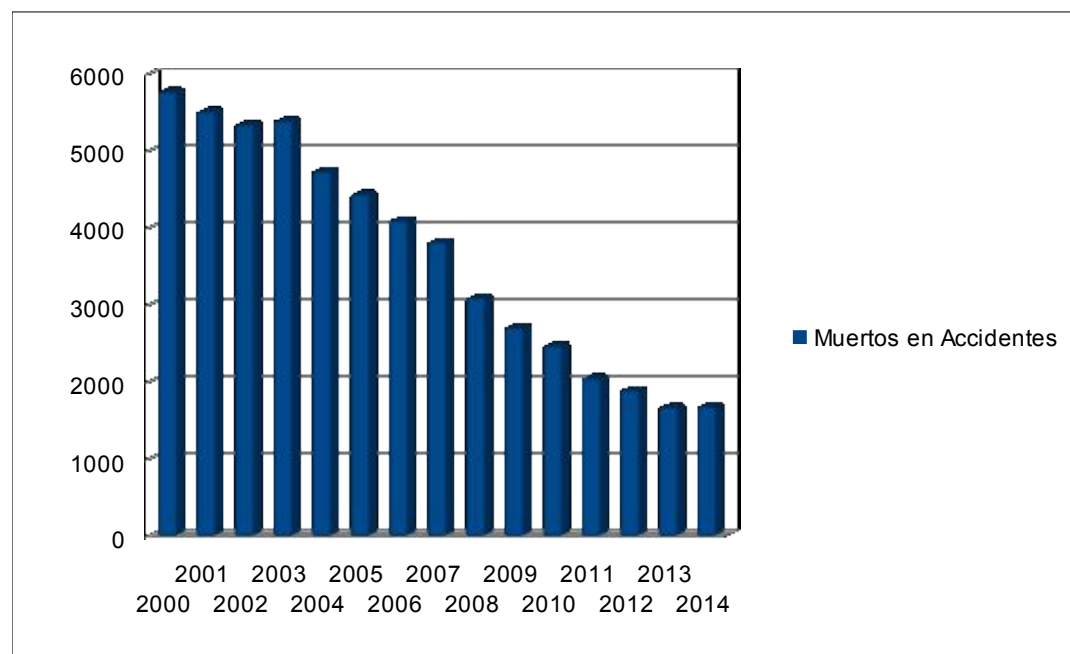


Gráfico 5. Elaboración propia. Fuente: Anuario 2014 del Mir.

Ahora bien, tomando la Tabla 4, observamos que en materia de víctimas mortales, existe una disminución de 4.088, lo que representa una baja de un 70,76 %,

en igual periodo (2000-2014). Por su parte, en relación a los heridos graves hablamos de una merma de 18190, lo que representa el 65,52 %. En lo que hace a los heridos leves, si bien, continuó en esa misma línea hasta el año 2012, representando una baja de 16571, que radica en un 13.58%, se ha producido un incremento sustancial en los últimos dos periodos, con números -reitero- similares al año 2009. Llevado lo dicho a números reales hablamos de menos 4959 heridos leves que en igual periodo del año 2000, es decir, un 4,06 %; pero un incremento de 11612 con respecto al año 2012, lo que equivale a un aumento del 134,2 % entre esos periodos.

Evolución de víctimas viales -muertes, heridos graves/leves-. Periodo 2000-2014. Esquema de porcentajes.

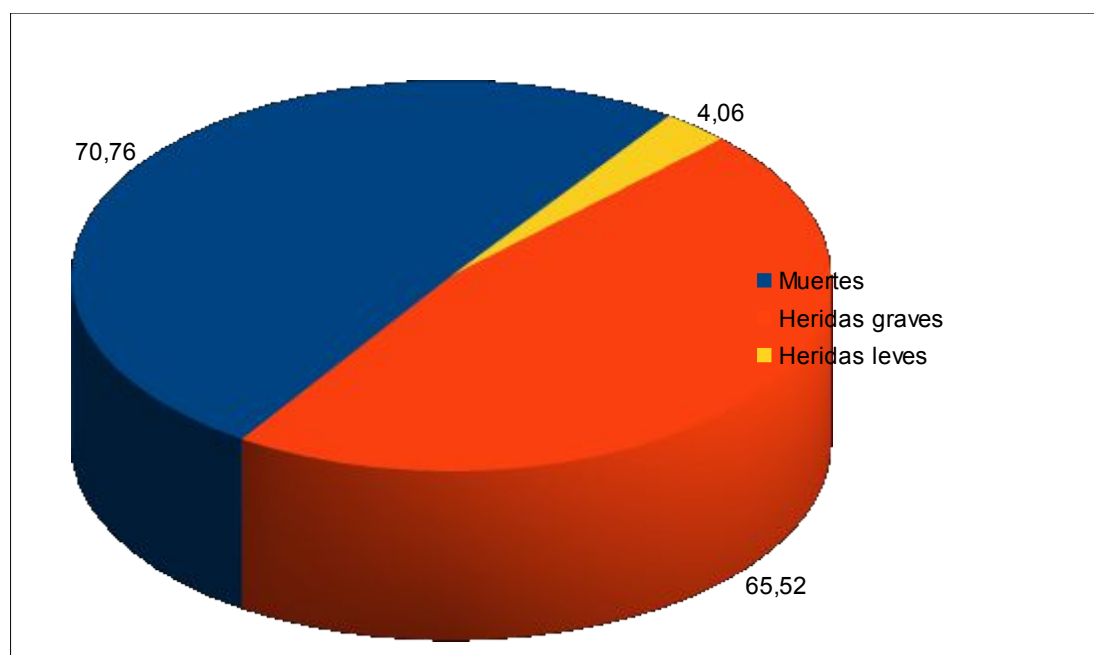


Gráfico 6. Elaboración propia. Fuente: Anuario 2014, Mir.

No obstante los porcentuales antes mencionados, creo conveniente, además, realizar la comparación tomando, ahora, los hitos que hacen al objeto de estudio de este trabajo, es decir, la sanción de las LO 7, 11 y 15/2003, la LO 15/2007 y LO 5/2010, y determinar las variaciones antes y después de dichas leyes en número reales.

Así las cosas, vamos a partir del número absoluto de víctimas totales (mortales y heridas) que se dan en el año 2003, y luego tomaremos los números del 2007, 2010, 2012 y 2014, estableciendo a partir de ahí, una primera operación aritmética para determinar las variaciones de víctimas en su conjunto y luego, en particular, los números de víctimas mortales y heridos, tanto graves, como leves.

Evolución de las víctimas en accidentes viales, tomando como puntos referenciales los años de sanción de las LO 15/2003-LO 15/2007 y 5/2010.

Año	Total	Muertos	Heridos graves	Heridos leves
2003	156034	5399	26305	124330
2004	143124	4741	21805	116578
2005	137251	4442	21859	110950
2006	147554	4104	21382	122068
2007	146344	3823	19295	123226
2010	122823	2478	11995	108350
2012	117793	1903	10444	105446
2014	128320	1688	9574	117058

Tabla 5. Elaboración propia. Fuente: Anuario del 2014 del Mir.

Evolución de las víctimas en accidentes de tránsito con totales -muertes, heridos graves y leves-, referencias LO 15/2003-LO 15/2007 y 5/2010. Esquema de barra. Total Nacional.

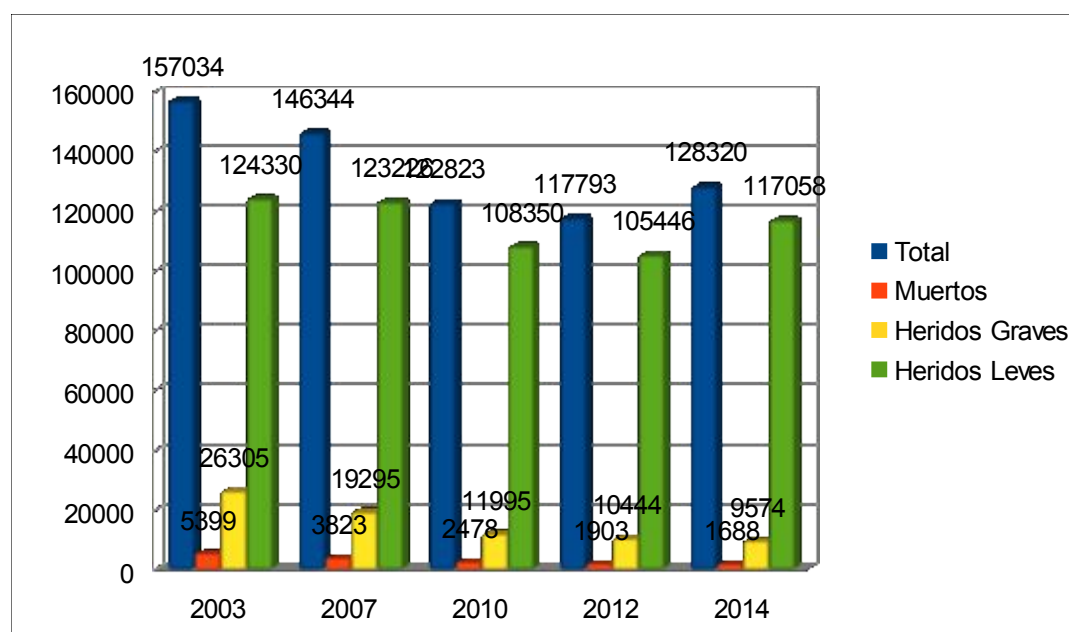


Gráfico 7. Elaboración propia. Fuente: Anuario 2014 del Mir.

Evolución de las víctimas mortales, heridos graves y leves, referencias LO 15/2003-LO 15/2007 y 5/2010. Esquema de barra. Total Nacional.

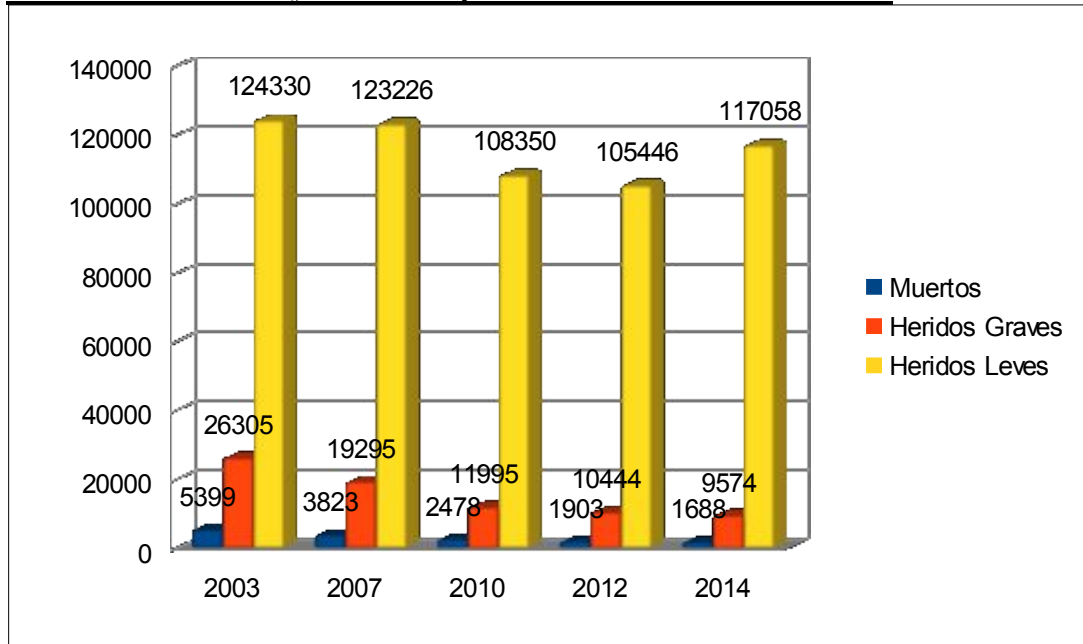


Gráfico 8. Elaboración propia. Fuente: Anuario 2014 del Mir.

Evolución de las víctimas mortales, referencias LO 15/2003-LO 15/2007 y 5/2010. Esquema de barra. Total Nacional.

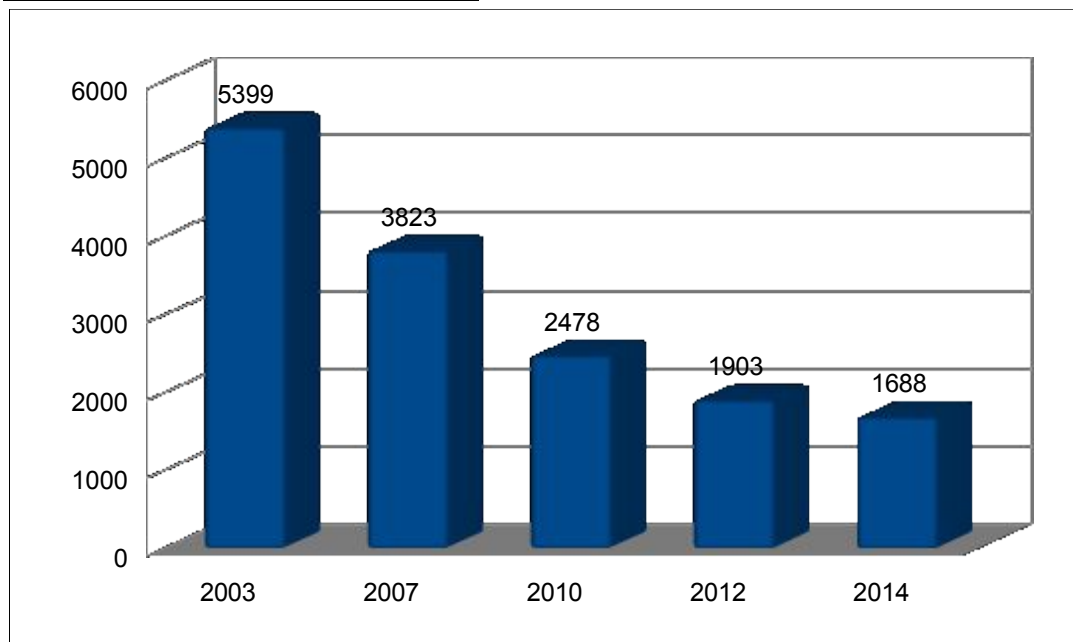


Gráfico 9. Elaboración propia. Fuente: Anuario 2014 del Mir.

De lo plasmado nos toca, ahora, determinar las cifras y variantes entre reforma y reforma. Así, tenemos que entre el 2003, año que se sanciona las LO 7, 11 y

15/2003 y el 2007, sanción de la LO 15/2007 -ley que endurece las tipologías referidas al tráfico-, se dio una disminución, en cuanto al total de víctimas de 9.690 (6,21%). Asimismo, y más específicamente, es decir, víctimas mortales y heridos graves, como leves; se dio una constante disminución en el número. Aún cuando en el año 2006 y 2007, parece ser que hay un incremento de víctimas totales, dejemos de lado el *ítems* “mortales”, atento que el mismo ha estado en constante decrecimiento.

A los fines de apuntalar lo expuesto, decimos que mientras en el año 2003, se registró 5.399 muertos, en el año 2007, el número fue de 3.823 víctimas mortales, es decir, 1.576 (29,2%), muertos menos.

Lo contradictorio, por llamarlo de alguna manera, es que justamente vemos y comprobamos que a pesar de que las estadísticas marcaban una disminución de los números de víctimas mortales -con la política criminal aplicada, hasta el momento-, aun así, el legislador endureció las normas en relación a estos delitos, tal como sucede con la sanción de la LO 15/2007.

Nuevamente, optó por el Derecho penal, como herramienta, cuando resulta evidente que existía la posibilidad de continuar con una política alternativa, sustentada en el Derecho Administrativo, más con la sanción de la Ley 17/2005 -regula el permiso y la licencia de conducción por puntos⁹⁶⁸-, que no sólo, concientizaba, sino, que ya actuaba -entendiendo- como un verdadero mecanismo disuasorio.

Ahora bien, encontrándonos con estadísticas del año 2012, podemos continuar afirmando que aquella tendencia decreciente en víctimas totales -mortales, heridos graves y leves-, se ha mantenido en idéntico sentido. Si quisiéramos ser más

⁹⁶⁸ Véase sobre el punto el interesante informe que presenta la Dirección General de Tráfico en el año 2011. En www.dgt.es/es/seguridad-vial/investigacion/estudios-informes/2011/5-Anos-del-Permiso-por-Puntos.shtml. Consulta realizada con fecha 29/12/2015.

específicos, orientando el análisis sólo sobre las víctimas mortales, vemos que desde aquel 2007, cuyo número nos decía que se habían dado 3.823 decesos; al 2012, a dos años de la última reforma sobre la tipología analizada, LO 5/2010, vemos que tenemos 1.903 víctimas mortales, lo que en datos absolutos son 1.920 víctimas menos, es decir, un 50,23 %. Es de suyo, que éstos números decrecientes se han agudizado aún en los periodos que continuaron, llegando al año 2014 con 1688 víctimas mortales, es decir, 2135 menos que igual periodo del año 2007, lo que representa un 55,85 % con respecto a aquel año.

Lejos de contradecir alguna posición por cuanto era innecesaria, desde lo fáctico, el endurecimiento en la normativa sobre la cuestión, parece que se agudiza. Lo que hace la reforma operada en el marco de la LO 5/2010, es simplemente, dar un pequeño y apropiado retroceso a la constante intervención del Estado a través del Derecho penal. Para beneplácito de los que abogamos por el respeto a ultranza de aquel Derecho penal clásico, las estadísticas siguen sustentando ésta posición. Así, debe entenderse que podría dejarse de lado la práctica habitual de la utilización permanente del Derecho penal, por un eficaz y prolijo plan de prevención basado en políticas orientadas a una debida educación vial.

Asimismo, en este marco de estudio, no resultan menores los datos que nos expone la Dirección General de Tráfico para tener un panorama más amplio. Así, en relación a la cantidad de vehículos que conforman el parque automotor a nivel nacional (se incluyen todos los vehículos a motor, inclusive los ciclomotores, menos remolques y semirremolques), se ha producido un considerable aumento desde el año 2003 y los años subsiguientes.

En consecuencia, podemos afirmar que tampoco sería una variable válida para contrarrestar lo que venimos sosteniendo sobre el descenso de víctimas la posible merma de vehículos en circulación, por el contrario, el número también en éste contexto ha sido inversamente proporcional.

Evolución del parque automotor a nivel nacional 2003-2014

Años	Vehículos
2003	27313045
2004	28674687
2005	29969049
2006	31397185
2007	32748871
2008	33379909
2009	33208174
2010	33376242
2011	33498499
2012	33372871
2013	33023952
2014	33037091

Tabla 6. Elaboración propia. Fuente: DGT⁹⁶⁹

2.2. En relación a las condenas en los delitos contra la seguridad vial.

En este epígrafe, creo conveniente exponer los datos referidos a los condenados a la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad (01/01/2009 al 31/12/2009; 01/01/2013 al 31/12/2103 y 01/01/2014 al 31/12/2014), a la población reclusa penada por delitos contra la seguridad vial (12/2006 al 12/2015) y a la estadísticas expuestas por el Ministerio Público Fiscal, en cuanto a las diligencias previas y urgentes que nos llevan a juicios rápidos, teniendo en cuenta que en su gran

⁹⁶⁹ Datos obtenidos en www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores. Anuario 2014, p. 32. Incluye: camiones y furgonetas, autobuses, turismo, motocicletas, tractores, remolques y semiremolques, otros y ciclomotores. Cabe la aclaración que las estadísticas publicadas son hasta el año referido. Consulta practicada con fecha 04/06/2016.

mayoría pertenecen a los delitos que estamos haciendo alusión, recurriendo a los distintos anuarios del Ministerio Público Fiscal.

En relación al primer punto *-condenas a TBC-*, se toma un universo de 128.687 personas de un total nacional (excepto Cataluña, Ceuta y Melilla), que *-como dijimos-* fueron condenadas a la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad (TBC), en el periodo 2009, estableciendo las diferencias con otros delitos, como ser, violencia de género u otros⁹⁷⁰.

Clasificación por delitos de penas a Trabajos en Beneficio de la Comunidad. Porcentajes entre el 1/01 al 31/12/2009.-

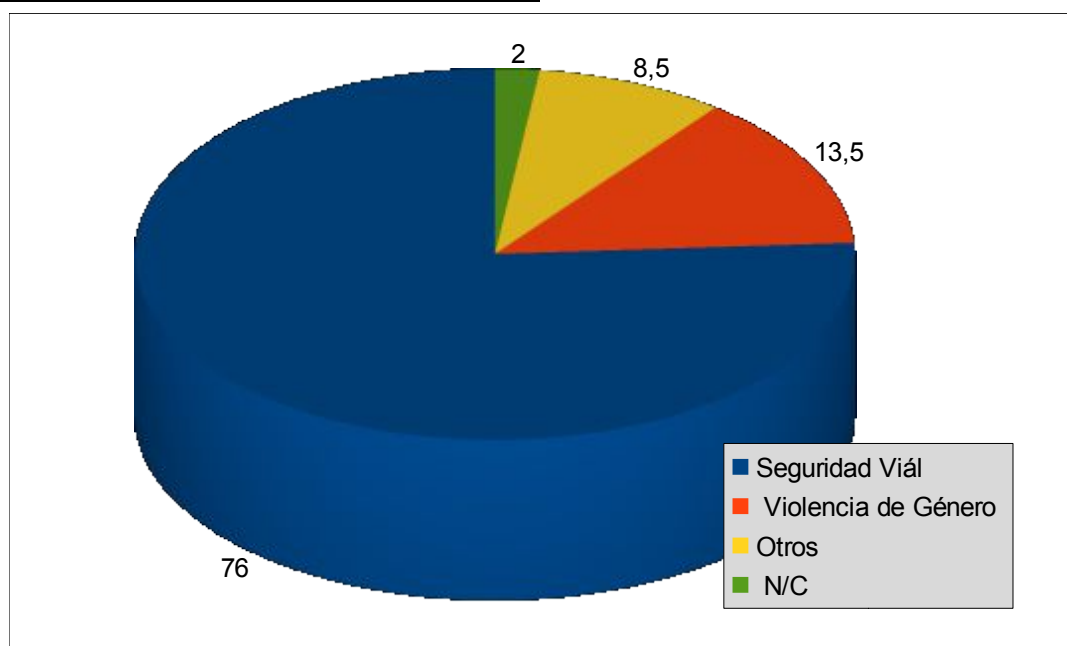


Gráfico 10. Elaboración propia. Fuente: datos obtenidos en SGIP.

Entonces, de un universo de casos de 128.687 casos, el 76 %, pertenece a los delitos contra la seguridad vial. En el siguiente cuadro vamos a observar una mayor clasificación del estudio realizado mostrando, en porcentajes, la diversificación de aquellas conductas que se encuentran regladas como delitos contra la seguridad vial.

⁹⁷⁰ Datos obtenidos en www.institucionespenitenciarias.es/web/portal/PenasYMedidasAlternativas consulta practicada con fecha 05/06/2014.

Así, vemos que el mayor número de condenas tiene su base en lo normado por el artículo 379.2 del CP., con un 62 %, siendo la negativa a someterse al control (artículo 383 del CP), la más baja, con un 1,6 %.

No podemos dejar de resaltar en este punto, la diversificación de penas que existe entre uno y otro delito. Mientras que para el primero, tenemos una pena de prisión que varía entre los tres y seis meses, para la segunda la variación será de seis meses a un año. Es decir, que el legislador, ha optado en su política criminal, castigar más severamente la negativa, presuponiendo que existe una lesión, que por sus supuestas consecuencias sería más grave que, el conducir efectivamente con un alto grado de alcohol. De allí, que podríamos explicar el por qué, la marcada diferencia entre una conducta y otra.

Estadísticas por tipología en los delitos contra la seguridad vial. Periodo 01/01 al 31/12/2009.

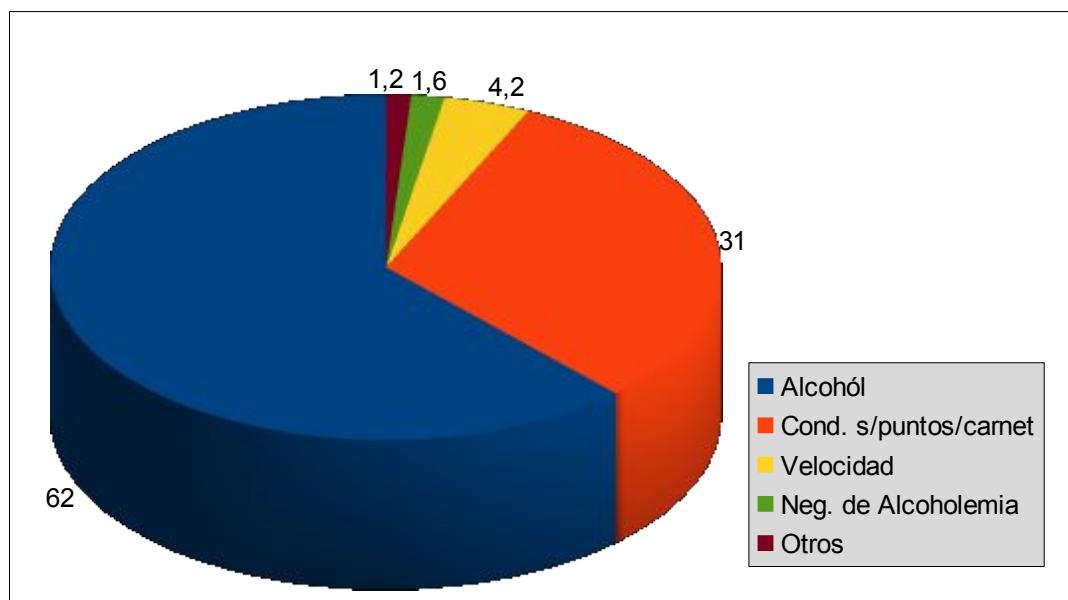


Gráfico 11. Elaboración propia. Fuente: datos de la SGIP.

Intentando llevar adelante un análisis comparativo, se estima prudente y útil, recurrir a las estadísticas del año 2013, con la salvedad que, las mismas, no contienen el detalle que poseían las elaboradas y reseñadas del periodo 2009, tal como hemos expuestos. Más allá de lo dicho, se entiende que cuatro años entre una y otra, ahora abarcando la reforma de la LO 5/2010, la torna interesante.

Así vemos que en el periodo comprendido entre el 01/01/2013 al 31/12/2013, tenemos un total de 160.804 condenas⁹⁷¹, de las cuales 63.036 serán por delitos contra la seguridad vial; 48.653 por violencia de género; 47.872 por otros delitos y 1243 por diversos tipos delictivos.

Estadísticas de condenas que comprenden el período del 01/01/2013 al 31/12/2013

Tipos de Delitos	Condenas -Flujo Total-
	160804
Seguridad vial	63036
Violencia de Género	48653
Otros delitos	47872
Diversos Tipos delictivos	1243

Tabla 7. Elaboración propia. Fuente: Mir.

Ahora bien, lo que nos interesa, en el punto de análisis, eran las condenas que tenían que ver con los TBC, así, advertimos que de las 160804 sentencias, 93.724 serán de TBC, dentro de las cuales, 44.500 por delitos contra la seguridad vial, 22.487 por violencia de género y 26.737 por otros delitos.

Estadísticas de condenas de TBC, discriminando delitos -01/01/2013 al 31/12/2013.

Tipos de Delitos	TBC
	93724
Seguridad Vial	44500

⁹⁷¹ El número al que se hace referencia, abarca tanto las condenas en cumplimiento para la fecha reseñada y en fase de tramitación del cumplimiento al 31/12/2013. Datos obtenidos en www.institucionespenitenciarias.es/web/portal/PenasyMedidasAlternativas consulta practicada con fecha 05/06/2016.

Violencia de Género	22487
Otros delitos	26737

Tabla 8. Elaboración propia. Fuente: Mir

Estadística de condenas de TBC, por delitos -01/01/2013 a 31/12/2013. Porcentajes

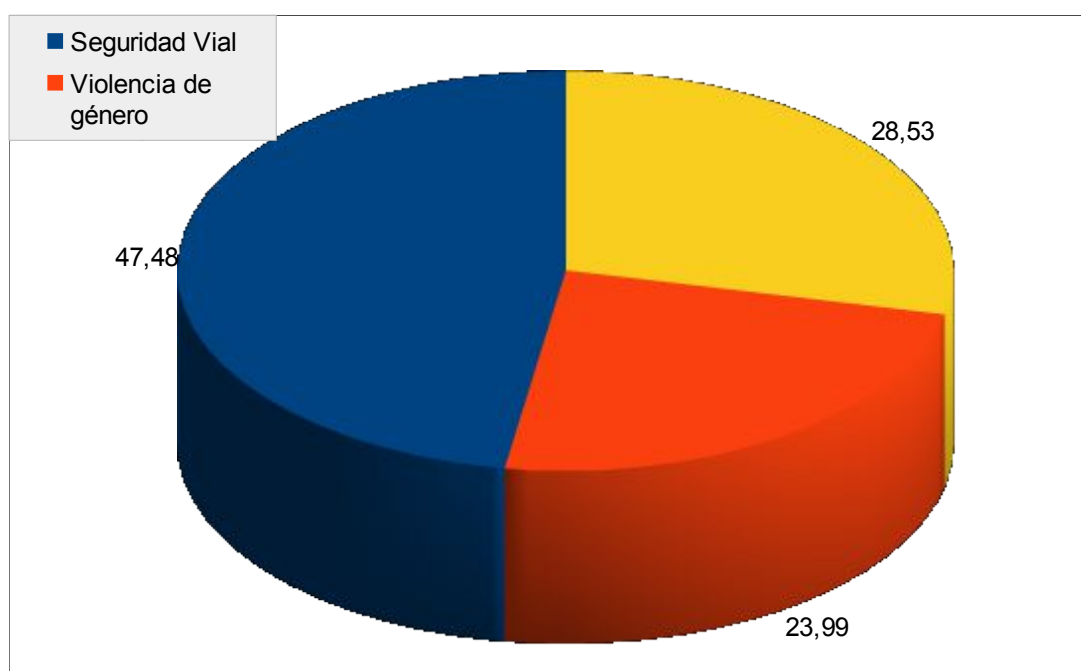


Gráfico 12. Elaboración propia. Fuente: Mir.

Es de suyo que en una variación de cuatro años, entre aquellos datos estadísticos que operaban en el año 2009 y los plasmados en el año 2013, donde ya podemos afirmar que entran conductas tipificadas y abarcadas por la reforma LO 5/2010, quizás por la incorporación de la pena alternativa de multa como primera opción para el juez, se produce un evidente descenso de las condenas a TBC por delitos contra la seguridad vial, aumentando en contrapartida los que tienen que ver con reproches penales abarcados por la violencia de género.

La tendencia descendiente esbozada en el periodo 2013, se consolida, como veremos, en el año siguiente 2014, donde sobre un total de 124.418 condenas, tenemos 82707 TBC, dentro de los cuales serán: 35769 (43,2%) por delitos contra la Seguridad

vial; 18.809 (22,74%) por delitos contra Violencia de Género y 11268 (13,6 %) de otros delitos⁹⁷².

Estadísticas de condenas de TBC, discriminando delitos -01/01/2014 al 31/12/2014.

Tipos de Delitos	TBC
	82707
Seguridad Vial	35769
Violencia de Género	18809
Otros delitos	11268

Tabla 9. Elaboración propia. Fuente: Mir

Estadísticas de condena de TBC, por delitos -01/01/2014 al 31/12/2014.
Porcentajes

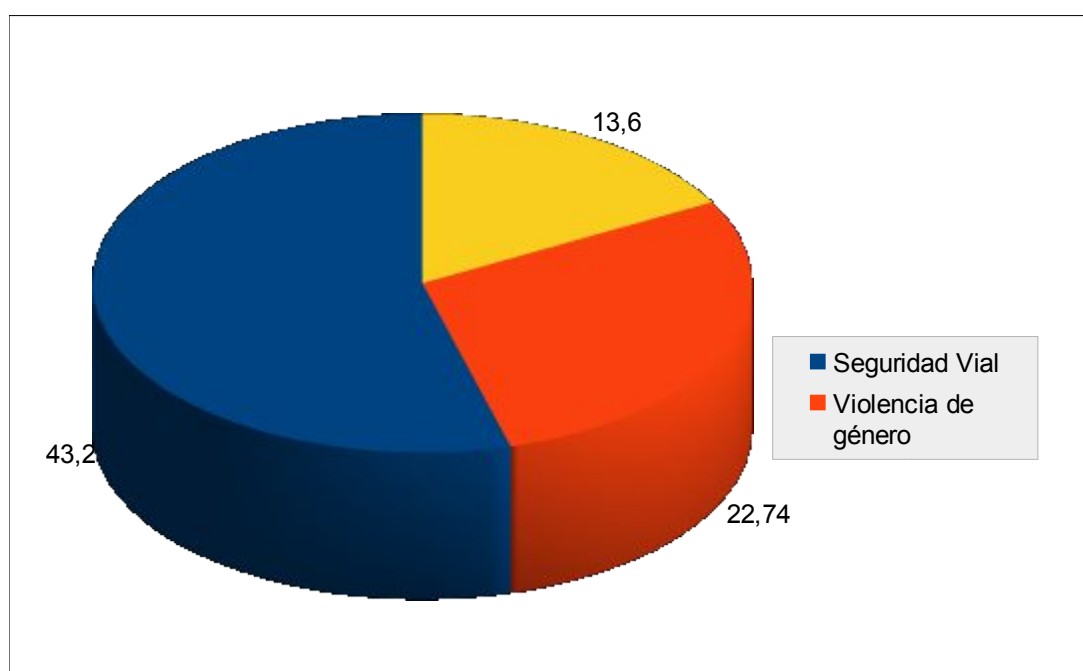


Gráfico 13. Elaboración propia. Fuente: Mir.

⁹⁷² El número al que se hace referencia, abarca tanto las condenas en cumplimiento para la fecha reseñada y en fase de tramitación del cumplimiento a 31/12/2014. Datos obtenido en www.interior.gob.es/documents/Anuario_estadistico_2014, pp. 511-515. Consulta practicada con fecha 05/06/2016. , pp. 511-515. Consulta realizada en página www.mir.es, con fec7ha 05/06/2016.

Ahora bien, veamos la cuestión en *relación a la población reclusa penada* por delitos contra la seguridad vial. A tales fines, sólo he tomado a modo y como punto de referencia, los dos delitos que mayor número de penados posee, cómo son los delitos contra el patrimonio y contra la salud pública.

Asimismo, se han tomado las estadísticas desde el mes de diciembre del año 2006, hasta el mes de diciembre del año 2015, resaltando, la sanción de la LO 15/2007.

Evolución de la población reclusa penada por algunas de la tipología delictiva.

Año	Delitos c/el patr., y el orden socioeconómico	Delitos c/la salud pública	Delitos c/ la seguridad vial ⁹⁷³	Sobre un total nacional de la población reclusa penada
2006	21042	12789	217	46089
2007	20860	13397	275	48323
2008	22354	14752	604	53400
2009	23015	16349	1002	58331
2010	22779	16227	1224	58441
2011	22302	14903	1405	56816
2012	20762	14520	1211	55570
2013	20927	13808	1416	55720
2014	20627	13066	1396	54785
2015	20186	11913	1290	52445

Tabla 10. Elaboración propia. Fuente: datos obtenidos en SGIP⁹⁷⁴

Constituye una obviedad la variación que experimenta la cantidad de reclusos condenados por delitos contra la seguridad vial. Resulta evidente que la política criminal del Estado, ha estado enfocada a “combatir” el número de siniestralidad, desde una visión “agresiva” en contra de aquellos a los que ha catalogado como

⁹⁷³ Hacemos la salvedad del cambio del *nomen iuris* del Capítulo luego de la reforma introducida por la LO 15/07.

⁹⁷⁴ Los números al que se hace referencia, se condicen con los periodos de diciembre de cada año. Datos obtenido en www.institucionespenitenciarias.es/web/portal/documentos/estadisticas consulta practicada con fecha 04/06/2016.

“peligrosos”. Ya podremos observar la variación en porcentajes en los siguientes cuadros a los fines de conocer con cabal sentido, que mientras a menor número de víctimas mortales por accidentes (Tabla 4 y 5), mayor es el número de recluso penados por delitos que afectan la seguridad vial.

El legislador ha optado, nuevamente, por la utilización del Derecho penal como instrumento necesario y suficiente para combatir el flagelo que provocan estos delitos, pero debemos remarcar “nuevamente” que ya se había experimentado un marcado descenso de los número de muertos por accidentes; ergo, ¿era necesario seguir con el avance ininterrumpido, que vemos, por parte del Estado?, considero y me inclino por una respuesta negativa.

Evolución de la población reclusa penada en delitos contra la seguridad vial. Total Nacional desde el 31-12-2006 al 31-12-2015. Esquema de barra.

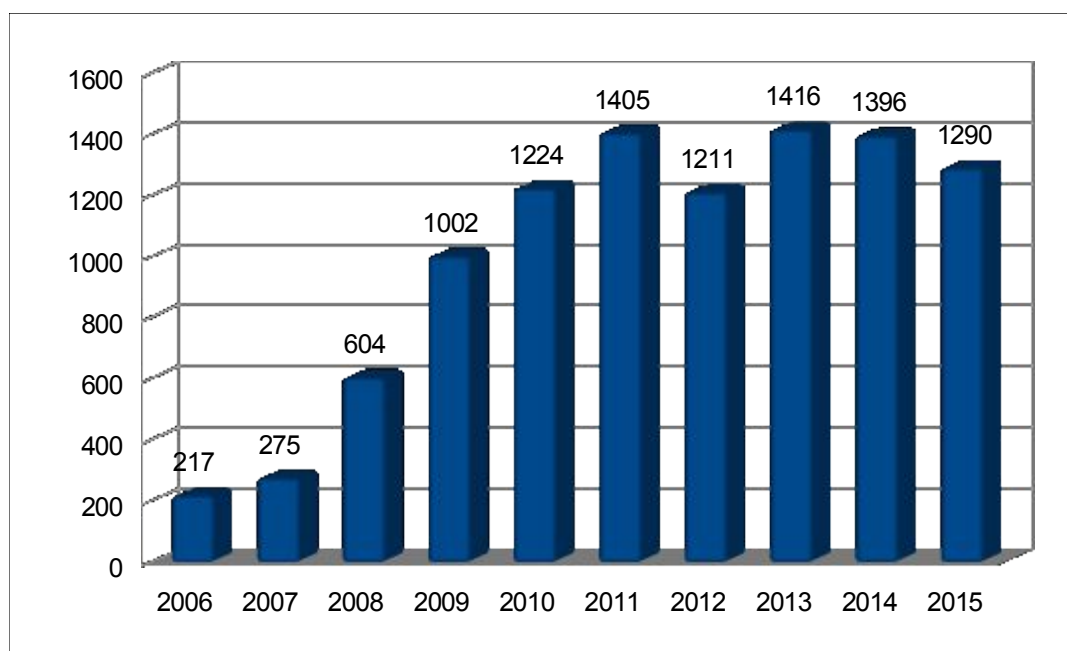


Gráfico 14. Elaboración propia. Fuente: datos obtenidos en SGIP

Evidentemente, como dijimos, la variación de los reclusos condenados por delitos contra la seguridad vial ha ido en ascenso desde el año 2006 a la fecha, salvo en periodo 2012, con un número decreciente, que vuelve a la tendencia “normal” en los periodos subsiguientes, para apenas bajar en los periodos 2014 y 2015. Veamos el porcentual, en cuanto a variación se refiere.

A los fines señalados, se han utilizado los datos expuestos en la tabla 10, recordando que, los mismos van desde el mes de diciembre del 2006 al mes de diciembre del 2015, por lo que los porcentajes serán generales a esos meses, y la variación -lógico-, sólo será, en relación a igual mes del año siguiente con un margen de error del 0,5 %.

Evolución de la población reclusa penada en delitos contra la seguridad vial. Total Nacional.

Año	Delitos c/seguridad vial	Variación en números horizontales	Variación en porcentual
2006	217	0	0
2007	275	58	26,73
2008	604	329	119,64
2009	1002	398	65,9
2010	1224	222	18,14
2011	1405	181	14,8
2012	1211	-194	-13,81
2013	1416	205	17
2014	1396	-20	-1,41
2015	1290	-106	-7,6

Tabla 11. Elaboración propia en base a datos obtenidos en la SGIP.

Evolución de la población reclusa penada en delitos contra la seguridad vial. Total Nacional. En gráfico porcentual.

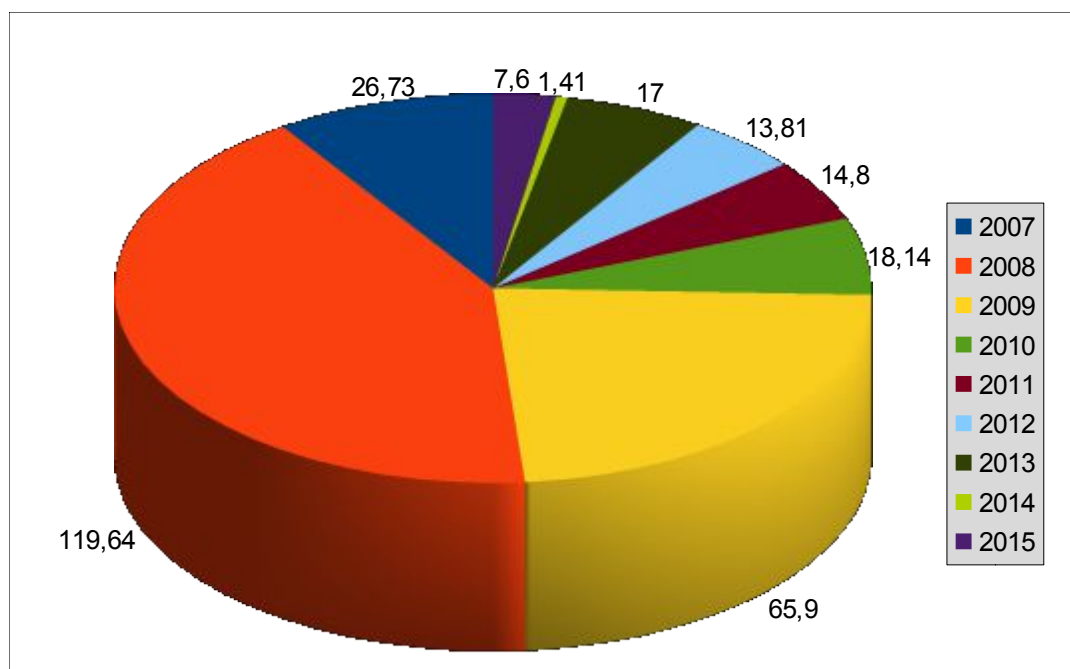


Gráfico 15. Elaboración propia. Fuente: datos obtenidos en la SGIP.

De los datos reflejados vemos que se produce y como era de esperar un incremento del 26,73 %, de los reclusos penados, en el año 2007, y uno más fuerte durante el 2008, donde ya tenemos un 119,64 %; luego, nuevamente otro aumento durante el 2009, con un 65,9 %, donde ya estaba por demás en plena aplicación la LO 15/2007, con un fuerte avocamiento del aparato punitivo del Estado, en relación a estos delitos.

Lo que ha sido una constante, es el crecimiento de los penados por estos delitos (véase 2010/2011), las estadísticas siempre nos marca el incremento de un año a otro. Lo dicho, no hace sino justificar lo ya harto discutido en ámbitos académicos, es decir, que la mayor rigurosidad de las penas o la permanente “expansión” del Derecho penal, no necesariamente trae consigo la disuasión de las conductas, puesto que la cantidad de

víctimas mortales, en particular y de siniestros en general, ya tenía una curva descendente desde hace años a la fecha.

Curioso resulta la baja que se produce en el año 2012, con un 13,81 % con relación al periodo anterior, para nuevamente un crecimiento en el año 2013, con un 17%, en relación al año que antecedió. Luego, se experimenta un pequeño descenso que se consolida en el periodo 2015. ¿Acaso el fuerte receso y decrecimiento que se produce en el año 2012, tiene que ver con las políticas de penas alternativas -multas o TBC-, dejando como última alternativa la pena privativa de libertad? ¿Tal vez, la causa haya sido lo que planteaba el contenido de la *circular 10/2011*⁹⁷⁵?, es decir, que como consecuencia a la crisis económica no se proporcionaba elemento para un debido control. Cualquiera sea la causa, vemos que nuevamente todo vuelve al cauce “normal” durante el período 2013, con el incremento ya referido del 17 %, donde pareciera ser que de acuerdo a los últimos números dados en diciembre del 2015, se han mantenido un tenue decrecimiento que ronda en el 1,41 %, periodo 2014, y 7,6 % lo dicho, en el 2015.

Por último, veamos la variación en cuanto al *número de Diligencias Previas y Urgentes* llevados adelante por el Ministerio Público Fiscal, resaltando que, en el periodo 2010, más del 90% de los delitos contra la seguridad vial fueron resueltos a

⁹⁷⁵ Vid, en Fiscalía General del Estado, “Actividad del Ministerio Fiscal- Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, pp. 881-886. Disponible en www.fiscal.es/Fiscal-Especialista/Seguridad-Vial/Documentos-y-normativa. Consulta efectuada el 06/06/2014.

través de *Juicios Rápidos*⁹⁷⁶; que a su vez, representó el 43% del total de dicho procedimiento⁹⁷⁷.

Por su parte en el periodo 2011, éste tipo de delitos representó el 42% del total de las *Diligencias Urgentes* y un 10% de las *Diligencias Previas*, del total del año 2011⁹⁷⁸, sobre un total de 91932 sentencias condenatorias.

Mientras que ya en el periodo 2014, en referencia al delito contra la seguridad vial, nos encontramos que, una vez más, será el ámbito de los Juicios Rápidos el principal mecanismo utilizado: el 77,39 % de los procedimientos incoados y el 80,99% de los escritos de acusación, se efectuaron por medio el trámite de Diligencias Urgentes previstos por el art. 795 y ss., de la LEC⁹⁷⁹.

Sin dejar de lado la importancia que significa el conocer los valores de todos los tipos penales que afectan el bien jurídico que estamos analizando, vamos hacer hincapié -tal como hemos venido desarrollando-, en el previsto por el art. 383 del C.P.

Lo dicho, sólo justificado en la orientación que hemos intentado darle a éste trabajo, analizando si ese permanente avance del Derecho penal a otras fronteras, en este caso, lo administrativo, se condice con una base empírica.

⁹⁷⁶ La tramitación de los juicios contra la Seguridad Vial se realizan fundamentalmente a través de Diligencias Urgentes, resolviéndose por conformidad ante los Juzgados de Instrucción de Guardia (cuando existe conformidad por parte del acusado con la acusación que se le formula) o mediante Juicios rápidos en los Juzgados Penales, si no existe conformidad, o como Procedimiento Abreviado, cuando el enjuiciamiento no puede ser inmediato.

⁹⁷⁷ Fiscalía General del Estado, “Actividad del Ministerio Fiscal-Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial”, en *Memorias de la Fiscalía General del Estado*, 2011, p. 1055. Consulta realizada en página www.fiscal.es, con fecha 05/06/2016.

⁹⁷⁸ Fiscalía General del Estado, “Actividad del Ministerio Fiscal-Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial”, en *Memorias de la Fiscalía General del Estado*, 2012, p. 913. Consulta realizada en página www.fiscal.es, con fecha 05/06/2016.

⁹⁷⁹ Fiscalía General del Estado, “Actividad del Ministerio Fiscal-Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial”, en *Memorias de la Fiscalía General del Estado*, 2015, p. 476. Consulta realizada en página www.fiscal.es, con fecha 05/06/2016.

Evolución de Diligencias previas y urgentes, periodo 2005/2014

Diligencias previas + Juicios Rápidos	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Art. 379.1	-	-	-	789	1542	805	1063	1003	1021	752
Art. 379.2	30246	34376	39798	53750	56138	71181	84352	73778	72430	69340
Art. 380	1888	1514	1329	1221	2673	2901	3058	2799	2587	2384
Art. 381	178	100	138	125	285	402	313	315	318	204
Art. 383	954	670	1155	1337	2277	1977	2087	2087	2070	1884
Art. 384	-	-	-	29548	46753	32405	49267	37993	36017	33883
Art. 385	1187	1037	1506	985	890	740	510	535	411	396
Total	34453	37697	43926	87755	110558	110411	140650	118186	114854	108843

Tabla 12. Elaboración conforme Memoria 2015 de Fiscalía General.

Es de suyo, observar, la variación ascendente que ha tenido entre el año 2006 y el 2008, con más del doble de diligencias previas y urgentes. Tampoco nos puede resultar llamativo, a ésta altura del discurso, ver un aumento -casi cuatro veces más- desde aquel 2005 al 2012, toda vez que están incluidas las reformas que estamos analizando -2005/2007 y 2010-; manteniéndose en números similares en el año 2013, con descenso en el periodo 2014.

Asimismo, resulta curioso que si bien es evidente el descenso que se produce en el periodo 2012 en relación al periodo anterior; lo dicho, es inversamente proporcional a lo acontecido con las sentencias condenatorias. Así, tenemos que en el

año 2011 se dictan 91932 sentencias condenatorias, mientras que en el año 2012, fueron 97359, para descender nuevamente en el año 2013 a 83382 y subir en el año 2014 a 92682. Lo acontecido en aquel periodo -2012- directamente se atribuye a una cuestión de atraso en los señalamientos de las diligencias incoadas en el periodo anterior⁹⁸⁰; situación que parece repetirse en la comparativa entre los periodos 2013 y 2014⁹⁸¹.

Evolución de Diligencias previas y urgentes, Art. 383 -2005/2014-. Esquema de barras

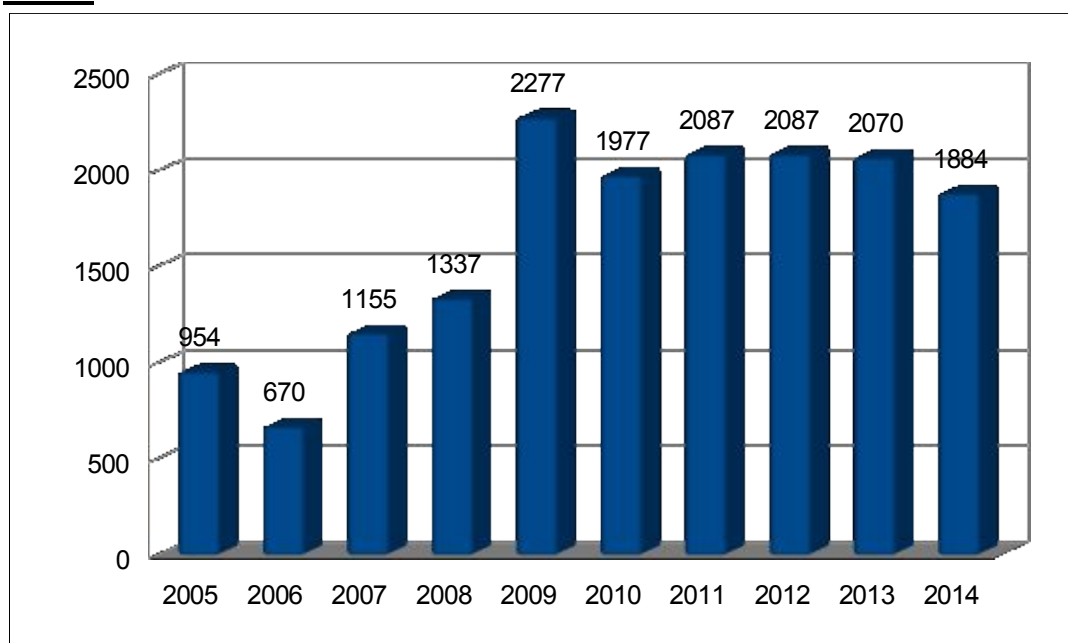


Gráfico 16. Elaboración propia en base a los datos de Fiscalía General.

⁹⁸⁰ Véase en Fiscalía General del Estado, “Actividad del Ministerio Fiscal-Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial”, en *Memorias de la Fiscalía General del Estado*, 2013, p. 393. Consulta realizada en página www.fiscal.es, con fecha 05/06/2016.

⁹⁸¹ Fiscalía General del Estado, “Actividad del Ministerio Fiscal-Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial”, en *Memorias de la Fiscalía General del Estado*, 2015, p. 474. Consulta realizada en página www.fiscal.es, con fecha 05/06/2016.

Evolución de Diligencias Previas y Urgentes. Art. 383 -2005-2014-. Porcentajes.

Año	Diligencias Previas + Diligencias Urgentes	Variación en números horizontales	Variación en porcentajes
2005	954	-	
2006	670	-284	-29,77
2007	1155	485	72,4
2008	1337	182	15,76
2009	2277	940	70,31
2010	1977	-300	-13,18
2011	2087	110	5,6
2012	2087	0	0
2013	2070	-17	-0,81
2014	1884	-186	-9

Tabla 13. Elaboración propia en base a datos obtenidos de Fiscalía General.

De los números horizontales expuestos, se considera prudente transpolarlos a porcentajes a los fines de tener una noción cabal y real, de la variación que estamos analizando. Así, vemos del año 2005 al 2006, se produce una disminución del 29,77 de diligencias previas y urgentes, produciéndose a partir del referido año un constante aumento, desde el mismo 2006 al 2009, de aproximadamente de 1607 nuevas diligencias previas y urgentes, lo que tomando la evolución de año por año, se produce un incremento del 72,4 %, del 2006 al 2007, un 15 % en relación al año 2008, con su inmediato anterior y nuevamente una escalada del 70,31 %, en relación al 2009. Una pronunciada línea decreciente en el 2010, con un -13,18 % para nuevamente volver a la tendencia “normal” durante el 2011 con un aumento del 5,6 %, manteniéndose durante el periodo siguiente, para marcar un pequeño descenso a partir del año 2013 y algo más marcado en el 2014 con un 9% menos.

Las causas de lo expuesto considero que se encuentran, -claro está-, en la mayor rigurosidad que surge de la sanción LO 15/2007, observando nuevamente una

disminución en el año 2010 del 13,18 %, en relación al año anterior. Acaso, lo referido en última instancia tenga que ver con un cambio de política criminal, por parte de todos los estamentos que componen el Estado de Derecho o con la verdadera disuasión que ha producido la rigurosidad en el tratamiento de la cuestión.

No debemos olvidar que el número de reclusos ha ido en aumento, en contrapartida al número de decesos por accidentes de tráfico, y que la LO 5/2010, trae una morigeración de la pena, viendo que a la par del repunte de diligencias durante el año 2011, también se produce un mayor número de reclusos durante el mismo periodo. Lo dicho, prácticamente se mantiene en los periodos que continúan, salvo en el periodo 2014, donde se produce en consonancia con la disminución de diligencias previas y urgentes, una disminución del número de reclusos.

Evolución de las diligencias Previas y Urgentes. Art. 383 -2005-2014-. En porcentual.

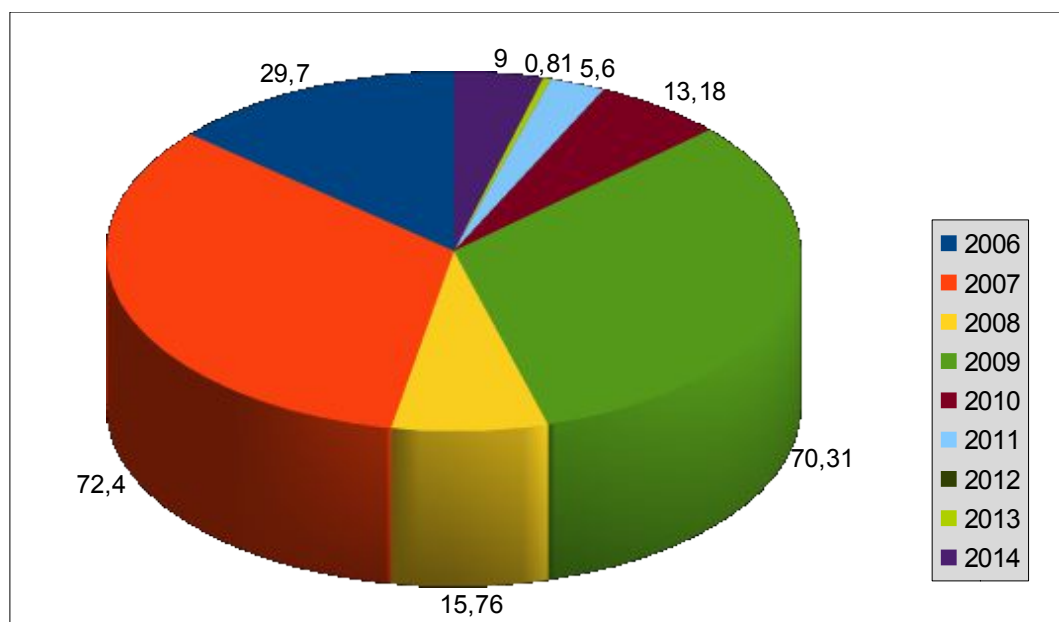


Gráfico 17. Elaboración propia en base a datos de Fiscalía General.

Es abrumadora la imagen reflejada en el gráfico, donde se puede observar las constantes variables. Incrementos, notables en los años 2007 y 2009, en relación a los

años inmediatos anteriores. Una disminución en el 2010, para nuevamente incrementar en los periodos subsiguientes, con un pequeño descenso del 9% en el periodo 2014.

Aún cuando vemos un pequeño descenso en el último periodo, lo dicho, parece reflejar una batalla ganada por quienes pregonan la permanente intervención del aparato punitivo del Estado. Si es así, considero que lo han hecho sólo en base a la intimidación y a un constante desapego de aquellos principios clásicos del Derecho penal enarbolado por los ilustrados.

Ahora bien, a los fines de tener un panorama más claro en relación a las distintas estadísticas que se fueron exponiendo, se considera más que pertinente rescatar aquellas que tienen una vinculación directa con el presente trabajo, para establecer un punto comparativo y extraer algunas conclusiones.

Esquema comparativo de las distintas variables antes expuestas

Año	Víctimas de Accidentes de Tráfico. Totales	Evolución del Parque Automotor	Evolución de Diligencias previas y urgentes por delitos c/Seg. Vial. Totales	Evolución de Diligencias previas y urgentes. Art. 383	Población reclusa penada por delitos c/Seg. Vial
2003	156034	27313045	S/d	S/d	S/d
2004	143124	28674687	S/d	S/d	S/d
2005	137251	29969049	34453	954	S/d
2006	147554	31397185	37697	670	211
2007	146344	32748871	43926	1155	366
2010	122823	33376242	110411	1977	1332
2011	117687	33498499	140650	2087	1405
2012	117793	33372871	118186	2087	1211
2014	128320	33037091	108843	1884	1396

Tabla: 14. Elaboración propia. Fuente: Mir, Fiscalía General, DGIP

Entre las distintas variables que tenemos a la vista, es de suyo, que desde el año 2003 a la fecha, el número de víctimas totales por accidentes de tráfico -se incluyen, mortales y lesiones graves/leves- ha ido en constante descenso, salvo un

rebrote de las lesiones leves del periodo 2014 que nos lleva a un aumento, no así - recordemos- en víctimas mortales -1688-. En contrapartida, el número del parque automotor ha ido en constante ascenso. Mayor número de vehículos rodados -se incluyen los ciclomotores-, menor el número de víctimas.

No obstante, como ya hemos expuesto, las distintas reformas contenidas en las LO 7, 11 y 15/2003, 15/2007 y 5/2010 -esta última morigerando, en algún punto las anteriores-, han tornado más riguroso aquellas conductas que tienen ver con la seguridad vial, aun -una vez más se reitera- cuando los números de accidentes han sido descendientes, tendencia que ya tenían desde el mismo año 2000 -véase tabla 4-.

Como consecuencia, seguramente, a lo expuesto *ut-supra*, tenemos que las diligencias previas y urgentes totales, han tenido idéntico comportamiento -creciente-, sobre todo luego del año 2007, multiplicándose más del ciento por ciento en relación al periodo 2011; manteniendo un descenso hasta el periodo 2014.

La misma conclusión fáctica podemos extraer de lo visualizado en relación a lo acontecido, específicamente, al Art. 383 del CP, donde nuevamente tenemos un desmesurado aumento de “persecución” si tomamos el año 2007 al periodo 2012 y una pequeña disminución en el periodo 2014 con el 9% menos.

Por último, lo expuesto en relación a las personas que han sido sometidas a encierro por condenas debido a la comisión de delitos contra la Seguridad vial; observamos, la misma inercia que venimos comentando en relación a las otras variables. Otro constante aumento de personas encarceladas por este delito. Sin tener datos en relación al periodo 2005, vemos que a partir del 2006 al 2013, y más allá del descenso en el 2012, se ha producido un incremento del 564% de sujetos condenados a

pena privativa de libertad. No obstante, hay que reconocer el descenso del 1,41 % en el periodo 2014, acentuado en el 2015 con un 7,6% -véase Tabla 11-

Todo lo referido y reseñado, resaltando una vez más, con un constante descenso de aquellos datos estadísticos -víctimas- que debieron ser la base de la política criminal aplicada al caso concreto y que fueron obviamente, al menos, menoscabados. Lo dicho, nos lleva nuevamente a resumir, sin más, que el legislador, pareciera ser que lejos de observar las estadísticas optando por otros mecanismos que ya eran eficaces y eficientes ha preferido, nuevamente, usar al Derecho penal como instrumento de control social.

CONCLUSION

Toca el momento de las conclusiones para la empresa que hemos encarado con una hipótesis de trabajo definida. No era otra que partir de la evidente tensión que genera el fenómeno de adelantamiento de la barrera punitiva del Estado, entre normas primarias –tipo penal/regla- y los principios del Derecho penal clásico liberal, donde parece que éste no puede tener cabida tal como fuera estructurado en sus inicios, en los tiempos que corren. Así:

1. Desde un *punto de vista dogmático*, como argumentos negativos, podemos decir que tipificar conductas meramente peligrosas o aquellas que traen consigo un peligro de peligro, se contrapone, como primera cuestión al principio de lesividad, base de un Derecho penal liberal que tiene como regla, incólume, la negativa de prohibir y castigar una acción humana si ésta no perjudica o de cualquier modo ofende los derechos individuales o sociales de un tercero, la moral o el orden público. Constituye un denominador común en la tradición ilustrada la observancia que será el daño causado a terceros a través de actos humanos, las razones y las medidas de las prohibiciones y su castigo⁹⁸².

El principio de ofensividad/lesividad determina que sólo puede intervenir el Derecho penal, en aras de la protección de un bien jurídico, cuando se ha producido efectivamente una lesión y no, en casos de meras amenazas, con la sola finalidad de castigar y prevenir conductas delictivas futuras.

Entiendo que en la proliferación de los delitos de peligro abstracto, también, ha primado la prevención general por sobre los principios de presunción de inocencia y culpabilidad. Así, y tal como ya dijera Hirsch, el fundamento de la crítica se estructura

⁹⁸² LASCANO, J. CARLOS, *Manual...* op., cit., p. 117.

en dos frentes: el primero, debido a las consecuencias de la generalización *ex ante* que hace el legislador no permite garantizar la justicia individual. Entonces, un caso que se analiza en “general” como peligroso; podría tratarse, en casos concretos, de hechos totalmente no peligrosos que terminan siendo castigados por razones de prevención general. Por otro lado, los delitos de peligro abstracto y, aún más, los delitos obstáculo se contraponen al principio de culpabilidad en la situación particular, debido a que es difícil hacer cualquier tipo de imputación subjetiva⁹⁸³.

Asimismo, hemos visto que no son pocas las veces que se vulnera esa tutela del derecho a la intimidad⁹⁸⁴ bajo la mecánica de un control social amparado en el Derecho penal. Un claro ejemplo lo tenemos con la tipificación a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, reglado en el artículo 14.2 del Código Penal argentino.

El Estado, debe priorizar la protección del ser humano en esa intimidad o privacidad a la que es acreedor por el solo hecho de ser tal. Debe protegerlo de las molestias, indiscreciones, pesadumbre o desazón que le produce que otro u otros tomen conocimiento de hechos o circunstancias personales que desea mantener ocultos. Lo contrario lo lleva a convertirlo en un Estado paternalista y de permanente control. Respeto absoluto a la libertad humana, tal como lo pregonaba Mill.

Decimos que violenta el principio de reserva, que derivado del principio de legalidad, implica la idea política de “...reservarles a los individuos, como zona exenta de castigo, aquellos hechos que por inmorales o perjudiciales que sea, no están configurados y castigados por una ley previa a su acaecer...”. El Derecho penal

⁹⁸³ DONNA, EDGARDO ALBERTO, “Delitos de Peligro”, *Revista de...op. cit.*, p. 25.

⁹⁸⁴ En este marco contextual, se conceptualiza el Derecho a la intimidad desde dos significados principales: Primero, el Derecho a la privacidad se refiere a la idea de una autonomía individual; de los individuos y su Derecho fundamental a tomar determinadas decisiones importantes por ellos mismos. En segundo lugar, el Derecho a la privacidad se refiere a un interés informativo, un interés en mantenerse uno mismo, o ciertos hechos acerca de uno, fuera de la vista del público.

desarrollado sobre este principio se opone al edificado sobre el principio rector de una justicia penal sustancial inspirada en la lucha efectiva contra los llamados enemigos de la sociedad o del Estado⁹⁸⁵.

En esta faceta negativa, no podemos dejar de lado lo que constituye una clara vulneración al principio de proporcionalidad entre conducta y daño reprochable. Se torna intuitivamente rechazable aquellos tipos penales que contienen la alternativa real de restricción a la libertad, cuando desde una posición *ex post*, jamás produzca una verdadera afectación al bien jurídico protegido.

Como argumentos a favor, se podría decir que los códigos penales no pueden, ni deben ser estáticos; por el contrario deben avanzar y “crecer” con la sociedad y su constante evolución, con las nuevas formas de asunción de riesgo y con las nuevas modalidades de riesgos propias de la sociedad actual, denominada, justamente, “*sociedad del riesgo*”⁹⁸⁶.

La actual etapa del industrialismo, por llamarlo de alguna manera, se caracteriza por ser una sociedad que no está asegurada ni puede estarlo porque los peligros que acechan son incuantificables, incontrolables, indeterminables e inatribuibles, con consecuencias inimaginables.

La vida tecnológica, totalmente asimilada como un compañero de ruta en los tiempos que corren, genera, una permanente convivencia con el riesgo, realidad que ha sido asimilada por el todo social. Aparece como una verdad indiscutible que el arma más eficaz para hacer frente a esta realidad no es otra que el Derecho penal, el cual debe literalmente mutarse de ser necesario y dejar de lado aquellos principios rectores del liberalismo clásico en beneficio de brindar ese marco de seguridad que constituye

⁹⁸⁵ LASCANO, J. CARLOS, *Manual...op.*, cit. p. 113.

⁹⁸⁶ DONNA, EDGARDO ALBERTO “Delitos de peligro”, *Revista de Derecho...op. cit.*, p. 131.

uno de los pilares de la formación del Estado, aun en detrimento de las tensiones en el seno del concepto de delito y de la propia concepción del significado y función del aparato punitivo.

Parece no importar o se justifica, porque se debe priorizar esa “seguridad” colectiva, el adelantamiento del umbral defensivo del Derecho penal, lo que conlleva un alejamiento del bien jurídico protegido del radio de la acción típica, significando que dicho interés puede resultar afectado en muy escasa medida⁹⁸⁷.

Ahora bien, a pesar de las múltiples cuestionamientos, con pesar, debo admitir que el adelantamiento de la barrera del aparato punitivo, como ha quedado plasmado, es un “arma” que ha usado y abusado el legislador llevando a la tipificación de conductas sin tener en cuenta aquellos valores que resultan dignos de tutela penal o exagerando en la valoración de los mismos y dando preeminencia a lo que pueden constituir valores coyunturales que respondan, muchas veces, a intereses de índole electoralista.

Algunos, idea que en cierta forma me seduce, para paliar las críticas proponen reelaborar un concepto material del bien jurídico que permita dotarlo de contenido, por sobre un concepto formal. En esta tarea se parte de la Teoría Constitucional del Bien Jurídico que, obviamente, busca la respuesta en la Carta Magna.

En las constituciones occidentales existe una parte de su contenido que se considera esencial, porque guarda todo un catálogo de derechos fundamentales de la persona y valores superiores de la sociedad, sin los cuales ésta no puede existir. En ese contenido existe un especial consenso de la sociedad y su reforma se ve sometida a un

⁹⁸⁷ CUESTA PASTOR, P. *Los Delitos – Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico protegido...op.*, cit., p. 110.

procedimiento especialmente agravado lo que le confiere una mayor estabilidad. Será en base a esos parámetros donde podamos extraer el concepto que buscamos.

Por otro lado, se ha expuesto que todo Estado de Derecho, contiene disposiciones destinadas precisamente a garantizar los derechos del individuo frente a los poderes del mismo Estado, previendo de este modo los límites que tienen las instituciones estatales sobre los particulares.

Existieron a lo largo de la historia, distintas justificaciones -como hemos visto- que permitieron o dieron lugar a un Derecho penal arbitrario, principalmente lo vimos en el periodo de entre-guerra⁹⁸⁸, donde se permitía el atropello indiscriminado de derechos personales. La pena de prisión se convirtió en la columna vertebral del sistema penal.

El siglo XX se caracterizó por la aparición del autoritarismo que asumió variantes discursivas penales de carácter biologista: se tiñó de marxismo en Rusia, de idealismo en Italia y de descarnado y brutal racismo genocida en Alemania. El concepto de peligrosidad y, consiguientemente, un Derecho penal de autor es el que primó en esta época. Los peligrosos o enemigos fueron parásitos para los soviéticos, subhumanos para los nazis y enemigos del Estado para los fascistas⁹⁸⁹.

Hoy sostengo que de igual manera, bajo otro objetivo, estamos transitando por el mismo camino, generando un *fenómeno de adelantamiento de la barrera punitiva*, con la tipificación de conductas clasificadas de “peligrosas” o como “peligros de peligros” *ex ante*; menoscabando principios rectores, como lo son el de reserva, lesividad, culpabilidad e inocencia, y con ellos, el de proporcionalidad, con penas que

⁹⁸⁸ JIMENEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho...* op., cit. t.II, pp. 169 y ss.

⁹⁸⁹ VILLAMOR LUCIA, FERNANDO, *Delitos de Peligro Abstracto, una aproximación al Derecho Penal del Enemigo*, Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional. Universidad de Castilla La Mancha. Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. www.cienciaspenales.net

acuerdan un posible encierro personal, ante acciones que muchas veces no justifican esa consecuencia.

Parece ser, que los ilustrados directamente han perdido la batalla, dejando paso a un Derecho penal de autor en detrimento de aquel Derecho penal de acto. Se escucha y practica más de lo que quisiera lo que Jakobs ha denominado “*Derecho penal del enemigo*”, descripción, para ser justos, de una de la realidad: “Es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El Derecho penal del enemigo pena la conducta de un sujeto peligroso en etapas previas a la lesión, con el fin de proteger a la sociedad en su conjunto, y esto quiebra a la relación lógica tradicional entre pena y culpabilidad”⁹⁹⁰.

En esa, lamentablemente, descripción de la realidad el supuesto Derecho penal ideal, para el cual todos somos iguales, contradice las medidas que los Estados adoptan con los sujetos altamente peligrosos. La crítica más aguda, aun pareciendo impertinente, a la postura, quizás no sea su “descripción”, sino que directa o indirectamente toma una actitud legitimadora de su edificación teórica sin resaltar que tal accionar no puede ser admitido como pilar de un Derecho penal de un Estado de Derecho, como el nuestro, básicamente porque: por un lado, demoniza -excluye- a

⁹⁹⁰ Entrevista del periodista Sebastián Dozo Moreno, a Günther Jakobs publicada en el periódico LA NACIÓN de Buenos Aires en junio del 2.006.

determinados grupos de infractores y, por el otro, es un claro Derecho penal de autor⁹⁹¹.

Comparto aquella posición de Silva Sánchez cuando concluye que el Derecho penal utilizado como instrumento de pedagogía político-social supone una expansión que va más allá de la *última* ratio. Tal expansión somete al Derecho penal a cargas que este no puede soportar. No, al menos, en una versión clásica del Derecho penal. No puede o no debe el Derecho penal constituir el único mecanismo para gestionar fenómenos o problemas sociales⁹⁹².

Lo dicho o la realidad, en todo caso, nos ha llevado a considerar la práctica habitual de acudir al Derecho penal para la “organización” de la sociedad, lo que tiene que ver, quizás, con el descrédito de otras instancias de protección -ética social, al Derecho civil y al Derecho administrativo-, debido a que tales opciones o son inexistentes o parecen insuficientes o se hallan desprestigiadas.

Obviamente, que tampoco podemos desconocer la necesidad de brindar una solución a los conflictos planteados y nos preguntamos si la solución más acorde es la que termina exponiendo Silva Sánchez, cuando nos habla de un Derecho penal de tres velocidades.

La pregunta que surge, inmediatamente, es si puede admitirse una “tercera velocidad” del Derecho penal donde concurre una amplia relativización de garantías políticos criminales, reglas de imputación y criterios procesales (adelantamiento de las barreras de protección penal, la reducción proporcional de la pena con respecto a la pena de momentos más avanzados del *iter criminis*); el Derecho penal mira no sólo

⁹⁹¹ También lo entiende así, SANZ MULAS, N. “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*,...op. cit. pp. 1034-1041.

⁹⁹² Véase, SILVA SÁNCHEZ, J. *La expansión del Derecho penal*....op. cit., p. 64.

hacia el pasado (hecho ya cometido), sino hacia el futuro (hecho venidero, que aún está por llegar); transición de una legislación penal a una legislación de lucha o de combate; y reducción o relajamiento de las garantías procesales propias del proceso penal⁹⁹³

Parecía ser lógica la crítica de Corcoy Bidasolo, a la solución expuesta por Silva Sánchez. Nos dice que aun admitiendo que el nuevo Derecho penal, en algunos casos, podría exceder los límites de un Estado liberal; lo que no ofrece discusión es que un Derecho penal de tres velocidades lesiona directamente los límites del Estado democrático donde es un valor esencial el principio de igualdad. Lo dicho, al legalizar la existencia de ciudadanos de primera, segunda y tercera, tal como señalábamos, por cuanto un estudio criminológico de las personas que cometen una y otras clases de delitos así nos lo demuestra⁹⁹⁴. Por el contrario, existen medidas relativamente fáciles de arbitrar, como se ha intentado poner de relieve en estas conclusiones, para evitar los posibles excesos y defectos del “nuevo” Derecho penal.

Políticas criminales orientadas en la “tolerancia cero” sólo traen consigo un permanente enfrentamiento con esos ciudadanos que han sido catalogados de “peligrosos”. Lamentablemente, el Derecho penal, ha sido el arma principal, lo cual no redundaría en que haya sido la más eficaz y por ende la única alternativa, tal como lo he demostrado.

En la realidad que nos toca vivir, como propuesta descriptiva más saludable y lejos de la hipocresía, quizás debamos hablar de un Derecho penal de confianza excluyente. Al ciudadano que compone el todo social, se le brinda un grado de confianza necesario para que el mismo desarrolle su vida cotidiana, bajo un marco

⁹⁹³ Véase, GÓMEZ MARTIN, VÍCTOR, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal...* op. cit., p. 76.

⁹⁹⁴ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal...* op. cit., p. 54.

de convivencia pre establecido. Ahora, cuando la confianza es quebrantada, al igual que el padre con su hijo, recae sobre el sujeto el castigo más severo. La aplicación, sin más, del aparato punitivo del Estado. No importa el grado de “desviación” en la conducta. Importa, que esa confianza fue vulnerada.

Refiero, “excluyente”, porque lejos de asimilar aquellos conceptos que tienen que ver con la resocialización del sujeto, directamente, lo excluye del marco de confianza. La inocuidad del peligroso. Lo estigmatiza de tal manera que resulta casi imposible la vuelta al círculo de confianza social. La consecuencia directa es la existencia de una sociedad paralela, excluida.

Es de suyo que aquellas premisas que cimentaron el Derecho penal clásico, tal como lo conocemos, deberán refundarse en este Derecho penal moderno de confianza excluyente. Será la única manera de legitimar la proliferación de punición de conductas meramente peligrosas.

Lo ideal sería volver a rescatar un Derecho penal mínimo con un respeto absoluto de aquellos principios elaborados por los ilustrados, pero en ésta sociedad de riesgo que hoy nos condiciona, me conformaría con la reestructuración de un Derecho penal intermedio entre lo nuclear y lo accesorio, entre el Derecho Administrativo y el Derecho penal, en base a un concepto personal de bien jurídico protegido, tal como lo señala Hassemer.

En definitiva y volviendo a aquella tensión inicial entre reglas primarias y principios que generan la punición de conductas abstractamente peligrosas, entiendo que la actual coyuntura nos lleva a afirmar que se ha decantado por darle preeminencia a las primeras, permitiendo su construcción en base a principios cada vez más laxos con la sola idea de justificar su legitimación.

No obstante, también sostengo que debemos sincerar el discurso y advertir que el Derecho penal clásico de la Ilustración, ha dado paso un Derecho penal moderno donde prima la protección de derechos supraindividuales y se resalta una difuminación del bien jurídico protegido, lo que motiva ese permanente adelantamiento de la barrera punitiva a los fines de brindar “seguridad” en esta sociedad de riesgo.

2. Ahora bien, para una visión más global de las conclusiones, vamos a mirar la base fáctica del trabajo. Así, desde un punto *político criminal*, se ha resaltado -así lo entiendo- que resulta evidente por parte del legislador, un obrar, muchas veces, teñido de desidia por falta de estudios criminológicos serios o, en su defecto, directamente se ha *dado la espalda* a los existentes.

La problemática y/o tensión en relación a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, es una cuestión que tiene su punto de origen con la aparición misma de éstos y se ha agudizado en los últimos tiempo por su alta proliferación, siendo el “arma” predilecta del legislador penal como regulador de conductas sociales.

Asimismo, en aras del objeto de estudio, además de un análisis descriptivo desde lo dogmático sobre la problemática planteada, se he intentado verificar si existen premisas fácticas que justifiquen la proliferación de los delitos de peligro. A tales fines y tomando como parámetro las últimas reformas del Código Penal español y, más específicamente, los delitos contra la seguridad vial, se ha expuesto que no son pocos los cuestionamientos a la tipificación de estas conductas, delitos de peligro abstracto por antonomasia.

Entiendo que tipos penales como la negativa a someterse al test de alcoholemia en los controles de tráfico⁹⁹⁵, entre otros, jamás deberían haber pasado de ser una grave falta administrativa con una fuerte multa pecuniaria; más no, un delito que guarda, además, en su contenido, la posibilidad de una pena de prisión.

En este marco del trabajo, parece haber quedado demostrado empíricamente⁹⁹⁶, que aún, existiendo una baja en las tasas de siniestros con víctimas mortales; el legislador, impuso un mayor rigor punitivo. Máxime cuando veíamos que la orientación hacia un Derecho administrativo más fuerte -Ley 17/2005, regula el permiso y licencia de conducción por puntos- podría ser la principal causa de esa baja de siniestros.

De igual manera, se ha constatado la plena aplicación de un Derecho penal del enemigo cuyo principal objetivo fue “apartar” al sujeto peligroso del todo social. Justifico lo dicho, por ejemplo, con los índices que reflejan los reclusos condenados por delitos contra la seguridad vial –tabla 10-, que denota una política agresiva por parte del Estado.

Lo único que se logra con la punición de estos delitos no es otra cosa que seguir abarrotando las cárceles de personas, con toda su problemática; principalmente el hacinamiento, impidiendo el correcto cumplimiento de lo preceptuado por normas constitucionales⁹⁹⁷ -resocialización y reeducación de los reos-.

Se ha demostrado el incremento de las penas y una constante tipificación de nuevas conductas delictivas y, con ello, una revisión de la conceptualización de la delincuencia de los factores que la explican y de las medidas que deben adoptarse. Una

⁹⁹⁵ Art. 383 del Código Penal español.

⁹⁹⁶ Capítulo V, punto 2.

⁹⁹⁷ Art. 25.2 Constitución de España.

continua erosión de la cultura garantista y de aquella orientada hacia la reinserción, propia de las políticas penales del Estado del bienestar.

La principal secuela de lo reflexionado, ha sido el dejar de tomar a la delincuencia como la consecuencia, a nivel individual, de la existencia de desajustes sociales⁹⁹⁸ (desigualdad, grupos mal integrados, situaciones de miseria o de marginalidad social, etc.) para ser vista como la expresión de la actividad de un sujeto delincuente, disfuncional a ese todo social. La expresión “Derecho penal de autor”, resume esta nueva etapa. Se consolida, una mutación de aquella política criminal cuyo objetivo era resocializar al individuo a una que lo ve como un sujeto peligroso.

Esta transición está cargada de consecuencias en términos de política criminal. En la lógica anterior, se concebía que la acción delictiva se pudiera prevenir mediante la puesta en marcha de distintos instrumentos alejados del Derecho penal. Así, la Educación universal obligatoria, prestaciones públicas, intervencionismo estatal para combatir el desempleo o políticas generales de integración social, tenían que ser los principales mecanismos para combatir el flagelo de la delincuencia. Todos mecanismos propios del Estado social. Y, recién, de resultar imposible, la sanción penal; la cual, no debería tener un alcance primordialmente represivo, sino orientado a la reintegración social del condenado.

A partir de cierto momento, finales de los años 70 y principios de los 80`, tal como hemos expuesto –corolario de la guerra de Vietman- equivocadamente desde mi óptica, aquella postura empieza a considerarse “blanda”: extendiéndose la percepción de que la delincuencia se produce como resultado de la interacción de dos

⁹⁹⁸ Sobre la materia, resulta interesante la obra de Requena Espada, recopilando teorías que intentan explicar la inclusión de los sujetos en el mundo delictivo. Véase REQUENA ESPADA, LAURA *Principios Generales de Criminología del Desarrollo y las carreras criminales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014.

componentes: una personalidad delictiva y las deficiencias del sistema penal. Los delincuentes son poco o nada castigados a consecuencia de tecnicismos legalistas, de jueces demasiado benévolos y de leyes permisivas más atentas a los derechos de los criminales que a los de la víctima⁹⁹⁹. Se quiebra el *welfarismo* penal y se da lugar a las políticas de “tolerancia cero” que se consolidan en los años 90, con un evidente relanzamiento luego de los atentados en EE.UU, septiembre del 2001.

A lo largo del trabajo, más específicamente, en cuanto a las políticas criminales se refiere, hemos visto que en alguna ocasión se ha utilizado expresiones como terrorismo urbano. Lamentable, pero real, es el alto grado de estigmatización que recae sobre aquellos sujetos no “incluidos” en el todo social o, al menos, en los parámetros de la mayoría -limpiavidrios, prostitutas, vagabundos, inmigrantes-, tildados de manera encubierta de “enemigos” de la sociedad y aplicado sobre ellos de manera implacable una política de “limpieza” –e.g., LO 4/2000-2/2009, sobre inmigración-, siempre de la mano del Derecho penal, obvio. Es más fácil, más económico, que educar y con ello incluir, directamente punir.

Así, lo que de verdad importa y preocupa es que el Derecho penal y la pena privativa de libertad, materia de digna reflexión, continúa siendo la respuesta natural y necesaria del sistema penal. Además, por si fuera poco, todas las recientes reformas -tal como hemos demostrado, salvo la LO 01/2015 con respecto a la libertad condicional- se han orientado, en relación a la pena privativa de libertad, a exasperarla y hacer más duro su cumplimiento. Es cierto que la pena de privación de libertad ha sido eliminada en algunos delitos- que ahora se castigan con multas o privaciones de derechos y antes se castigaban con prisión, pero también es cierto que todavía está pendiente el debate

⁹⁹⁹ BOTELLA CORRAL, JOAN “La formación.... *Malas noticias*....op. cit., pp. 15-16.

sobre la eficacia que tiene el encarcelamiento y sobre todo el aporte al todo social del encierro de aquellos sujetos que no son “peligrosos”, si cabe el término¹⁰⁰⁰.

En definitiva, desde la óptica de la política criminal y criminológica, podemos concluir que el legislador es un sujeto fácilmente influenciado, ya sea desde los mismos medios de comunicación con “*noticias-bomba*”, como desde la opinión pública. Por ello, elabora políticas, sin una correcta visión integradora –política criminal, criminología y derecho penal- tendientes a satisfacer esas supuestas sensaciones de inseguridades, sea a través de las llamadas políticas de tolerancia cero o a través de una mayor política punitiva, desconociendo -con o sin intención- la regla general, por todos repetidas, que no necesariamente una política dura trae consigo una mayor seguridad.

En el caso concreto de los delitos contra la seguridad vial, hemos comprobado, cómo aún cuando existía una baja en los números reales de víctimas mortales –tabla 4, gráfico 9-, se optó por un mayor rigor punitivo en los tipos penales. Consecuencia directa, obvio, un aumento de los reclusos presos por estos delitos –tabla 10 y 11-, un incremento de los Juicios Rápidos –tabla 12, sobre art. 383-, un mayor número de condenados a Trabajos en Beneficio de la Comunidad –gráficos 10 y 12-. En este sentido resulta dirimente la tabla 14, donde se expone de manera comparativa las variables y queda a la vista la falta de justificación empírica para orientar un rigor punitivo innecesario y constante en la materia.

Se desconoció, considero, que una buena política preventiva en base a un Derecho administrativo, ya cubría de eficacia, el fin de combatir, la alta siniestralidad vial; ergo, nuevamente se usó el Derecho penal, para “demostrar” que el legislador

¹⁰⁰⁰ QUINTEROS OLIVARES, G. *Adonde...* op. cit., p. 66.

“actúa”, que el legislador se “preocupa”, quedando acreditado, una vez más, el permanente atropello a los pilares del Derecho penal clásico y con ello, las garantías constitucionales, debido al permanente adelantamiento de la barrera penal.

Lo único que se crea con esta política no es otra cosa que acrecentar la población carcelaria y con ello, el impedimento real para una adecuada política de reinserción.

Una observación que hace García Fajardo, me parece más que aplicable a lo relatado. Afirma, que la causa fundamental del constante incremento del número de reclusos, está en el endurecimiento de las penas del Código Penal de 1995, reforzado aun más en el 2003 y una vuelta más de tuerca¹⁰⁰¹ con las posteriores reformas - 2007/2010, en algún punto por la 01/2015-; las dificultades para el ingreso en el tercer grado y a la libertad condicional –morigerada por ésta última-, la introducción de nuevos delitos de peligro abstracto, un cierto abuso de la prisión preventiva y la mayor presencia de delincuentes llegados de otros países¹⁰⁰²

Creo que estamos yendo demasiado a prisa a un Estado de Derecho, donde el único elemento de control, eficaz, lo constituye el Derecho penal, tampoco nos damos cuenta del riesgo que esto significa.

En idéntico sentido, debo aceptar que volver a un Derecho administrativo fuerte, como lo ideal, que abarque estas conductas en *ora* de respetar la estructura original del Derecho penal será más una utopía aventurera que un proyecto viable.

¹⁰⁰¹ Véase, expresiones vertidas por el Diputado Olabarria Muñoz -Grupo Parlamentario Vasco EAJ-PNV-, donde advierte que pareciera ser que estamos en presencia de creaciones de un estudio de opinión propicio por supuestas olas de inseguridad, -no avaladas por datos oficiales-, generando con ello una vocación expansiva, ilimitada del *ius puniendi* del Estado para resolver problemas sociales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados N° 160, de fecha 29 de abril del año 2010, p. 17-20. Consulta realizada en página oficial www.congreso.es

¹⁰⁰² GARCIA FAJARDO, JOSÉ C. “Reacción ante los peligros en las cárceles españolas”, *Revista pensamiento penal*, Ed., N° 95, de 01/12/2009, disponible en www.pensamientopenal.com.ar/node/21130

En contrapartida, vuelvo a lo propuesto y ese anhelo de un Derecho penal que se coloque en un punto medio, tal como lo propone Hassemer, entre el abstencionismo academicista y el intervencionismo cotidiano, al cual podríamos denominar “intermedio”, sería al menos, un aliciente para quienes pregonamos que los extremos nunca son buenos.

Espero haber dejado, entrever las deficiencias de los delitos de peligro abstracto, como también de los nuevos delitos obstáculo y la tensión permanente, de éstos, con los principios fundamentales del Derecho penal liberal clásico, consagrados en la Constitución Nacional; generar un interesante debate en torno a si, en *ora* de aquel bienestar general, se puede o, mejor dicho, se debe utilizar el Derecho penal como herramienta de control social.

Entiendo que se ha dilucidado el interrogante en cuanto: por un lado, la tensión entre reglas primarias y principios se decanta por la primera; y, por otro, que muchas veces la proliferación de delitos de peligro abstracto no tiene una justificación empírica. A tales fines, solo cabe remitirnos a las estadísticas de los delitos contra la seguridad vial.

Asimismo, nuevamente, no podemos dejar de resaltar la colaboración que los medios de comunicación hacen a ésta tarea del adelantamiento de la barrera punitiva. Formadores de opinión pública por excelencia, generan esa sensación de inseguridad en la sociedad, lo que trae como inmediata consecuencia, la elaboración de políticas criminales deficientes más cercanas a un Derecho penal del enemigo y cada vez más distantes de aquéllos pilares que dieron forma al Derecho penal clásico de la Ilustración.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV, “Informe sobre los intentos de adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de investigación y conclusiones”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social y tecnológico*, Ed., Comares, Granada, 2010.
- ALCACER GUIRAO, RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.
- ALONSO RIMO, ALBERTO “El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección drogas tóxicas desde la perspectiva de la reforma penal de 2007”, en VIDALES RODRÍGUEZ, CATY/MERA REDONDO, ANTONIO (Cdres) *Seguridad vial. Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante Ley Orgánica 15/2007, de 30 de Noviembre*, Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- ARROYO ZAPATERO, ULFRID NEUMAN Y NIETO MARTÍN, A *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Ed. Universidad de Castilla – La Mancha, Madrid, 2003.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E. – BULYGIN, E.; *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Ed., Astrea, Buenos Aires, 2002.
- BACIGALUPO, E., *Derecho Penal – Parte General –*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BALCARCE, F., *Armas, Municiones y Materiales Peligrosos*, Ed. Lerner, Córdoba, 2004.

- BALCARCE, FABIAN, “Lección 11. La Antijuricidad”, en LASCANO, CARLOS J., *Manual de Derecho Penal –parte general*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2002.
- BARQUIN SANZ, JESUS “El Código penal de 1995, cinco años después. Relación general de las Jornadas”, en GONZALEZ RUS, J.J. (Coordinador) *El Código Penal de 1995, cinco años después -Jornadas de Derecho penal-*, Ed. Servicios de Publicaciones, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2002.
- BECCARIA, CESSARE, *De los delitos y las penas*, Ed., Aguilar, Madrid, 1974.
- BECERRA MUÑOZ, JOSE, *La Toma de Decisiones en Política Criminal*, de. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- BECERRA MUÑOZ, JOSE, “Reflexiones sobre la creación de un nuevo modelo de políticas criminales”, en PEREZ ALVAREZ FERNANDO (Ed.) *Delito, Pena, Política Criminal y Tecnologías de la Información y la Comunicación en las Modernas Ciencias Penales*, Ed., Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.
- BECK, U. *La sociedad del riesgo*, trad., de J. Navarro, D. Jiménez y M. R. Borrás, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.
- BELING, ERNST, *Esquema del Derecho Penal-La Doctrina del Delito-Tipo*, análisis de Carlos M. de Elía, -Trad. Sebastián Soler sobre obra original de 1930-, Ed. Rodamillans S.R.L., Buenos Aires, 2002.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, IGNACIO/ARROYO ZAPATERO, LUIS, *Curso de Derecho Penal*, Ed., Experiencia, Barcelona, 2010, (2da. Edición).
- BERGALLI, ROBERTO *Control social punitivo -Sistema penal e instancias de aplicación-*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996.

- BERNUZ BENEITEZ, MARIA JOSÉ, “La Percepción de los Jóvenes Antisociales como grupo de Riesgo Social”, en DA AGRA, CÂNDIDO/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds) *La seguridad en la Sociedad de Riesgo. Un Debate Abierto*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.
- BINDING, KARL “La Culpabilidad en el Derecho penal”, -Trad. Cancio Meliá, M.-, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2009.
- BONETTO, LUIS MARIA, “Lección 4, Derecho Penal y Constitución”, en LASCANO, CARLOS J., *Manual de Derecho Penal,- Parte General –*, Ed., Advocatus, Córdoba. 2002.
- BONETTO, M. SUSANA/ PIÑERO, M. TERESA, *Estado y Derecho, Cuadernos de Política*, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998.
- BORJA JIMENEZ, *Curso de Política Criminal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- BORJA JIMENEZ, E. “Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho” en ORTS BERENGUER E. (Dir) *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- BUENO ARUS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI, RAUL, *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.
- BUSTOS RAMIREZ JUAN J./HORMAZABAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho penal -Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

- BUSTOS RAMIREZ, JUAN J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNAN. *Nuevo sistema del Derecho penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2004.
- BUSTOS RAMIREZ, JUAN, en *Control social y Sistema Penal*, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987.
- BLANCO LOZANO, CARLOS, *Tratado de Política Criminal -Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito-*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.
- BRANDARIZ GARCIA, JOSE A. “La conexión entre migración, inseguridad y criminalidad: influencia de las retóricas mediáticas en la construcción de estereotipos negativos”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed, y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- CAMPIONE, ROGER, “El que quiere algo le cuesta: notas sobre la Kollateralschädengesellschaft”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds) *La seguridad en la Sociedad de Riesgo. Un Debate Abierto*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL/FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO (Ed.) *Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad- Seminario con Günther Jakobs en la UAM-*, Ed. Aranzadi SA. Pamplona, 2008.
- CARBONELL MATEU, JUAN C. “El Derecho Penal como instrumento de control social formalizado”, en *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed., Tiranch Lo Blanch, Valencia, 1999 (3ra. Edición).
- CARMONA SALGADO, C. “Negativa influencia de algunos medios en las víctimas de delitos graves en las políticas criminales inspiradoras de las reformas

penales de los últimos tiempos”-Especial consideración a las modificaciones sufridas por la LO 5/2000-, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

- CASTALDO, ANDREA R. “Tradición y Obsolescencia en el Derecho penal”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M/SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO G. (Editores) *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo Social y Tecnológico*, - Armaza Armaza, Emilio J. (Coor.)-. Ed. Comares, 2010, Granada.
- CEREZO MIR, JOSE “El tipo de lo injusto de los delitos de acción dolosos (I)”, en *Curso de Derecho penal español -parte general- Teoría Jurídica del Delito*, Ed. Tecnos, (6ta edición), Madrid, 2005, Vol. II.
- COBO DEL ROSAL, MANUEL/ VIVES ANTÓN, TOMÁS S. *Derecho penal – parte general*, Ed. Tiranch Lo Blanch, Valencia, 1999 (5ta. Edición).
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CORDOBA RODA, JUAN/GARCIA ARAN, MERCEDES, *Comentarios al Código Penal -Parte General*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- CHAMBLISS, WILLIAM J. “La Industria Americana del Control del Delito: una burocracia que se autoperpetua”, en BUENO ARUS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI, RAUL, *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.
- CUESTA PASTOR, P. *Los Delitos Obstáculo – Tensión entre Política Criminal y Teoría del Bien Jurídico*, Ed. Camares, Granada, 2002.

- DAUNIS RODRIGUEZ, ALBERTO “Seguridad, Derechos Humanos y Garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdres) *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*, Ed. Comares, Granada, 2005.
- DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. *El Principio de Proporcionalidad Penal*, Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- DE GIORGI, ALESSANDRO, *Tolerancia Cero, Estrategias y Prácticas de la sociedad de control*, Ed., Virus, Bilbao, 2005.
- DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, “La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- DIAZ, MIGUEL/GARCIA CONLLEDO, “Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?”, en MIR PUIG, SANTIAGO/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Nuevas tendencias en Política Criminal*, Ed., Reus, Madrid, 2006.
- DIEZ RIPOLLÉS, JUAN L. *Política Criminal y Derecho penal*, Ed. Tiran Lo Blanch, Valencia, 2013.
- DIEZ RIPOLLÉS, JOSE L. “La nueva política criminal española”, en AA.VV. *Cuadernos Penales José María Lidón. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed., Publicación de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.
- DONNA EDGARDO A., *Revista de Derecho Penal, Delitos de Peligro*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2007.
- DONNA, EDGARDO A., *¿es posible el Derecho Penal liberal?*, conferencia dada en la Universidad Austral, año 2002.

- DONINI, MASSIMO, “Principios Constitucionales y Sistema Penal. Modelo y Programa”, en LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL (Dtor.) *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho -Libro homenaje a Santiago Mir Puig-*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- DWORKIN, R., *Los Derechos en serio*. Ed. Ariel S.A. Barcelona, 1989.
- ESCRIVA GREGORI, JOSE M. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976.
- FARALDO CABANA (Dtora), PUENTE ALBA, L.M./ RAMOS VAZQUEZ, J.A. (coords), *Política Criminal y Reforma. Política Criminal y Reformas Penales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- FERNANDEZ MARTINEZ, JUAN MANUEL, “Un Código Penal en continua reforma”, en GOMEZ BERMUDEZ, JAVIER (Dtor) *Las últimas reformas penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008. Lucas
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos”, *IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid*, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos. Recopilación realizada por Antonio Cuerda Riezu. Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2005.
- FELIP I SABORIT, DAVID, “Observaciones a la Expansión diez años después”, en ROBLES PLANAS, R. / SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Cdres), P. en *La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo*, Ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- FERNANDEZ REQUENA, JUAN *El delito de terrorismo urbano o de baja intensidad -análisis del art. 577 CP-* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

O. Lucas Colazo
Universidad de Murcia 2017

- FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris- Teoría del Derecho y de la Democracia*, Ed. Trotta, Parte IV, Madrid, 2011. Trad., Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel.
- FERRAJOLI, LUIGI *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2011 -10ª edición- .
- FERRAJOLI, LUIGI/MORESCO, JOSÉ J./ATIENZA MANUEL, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.
- FERRANDIS CIPRIAN, DANIEL “El delito de conducción bajo la influencia de ciertas sustancias tóxicas”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- FRASCAROLI, SUSANA M. *Justicia Penal y Medios de Comunicación -La influencia de la difusión masiva de los juicios criminales sobre los principios y garantías procesales-*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- FOLGADO, AVELINO P. *Evolución Histórica del Concepto del Derecho Subjetivo*, Ed. Anuario Jurídico Esculiarense, Madrid, 1960.
- FLORES, SANDRA M., *Interpretación constitucional. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006.
- GALLARDO GARCIA, ROSA M. “El riesgo permitido y la auto-puesta en peligro en los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores”, en PEREZ ALVAREZ FERNANDO (Ed.) *Delito, Pena, Política Criminal y Tecnologías de la Información y la Comunicación en las Modernas Ciencias Penales*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.

- GARCIA ARAN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dtores), *Malas Noticias, Medios de Comunicación, Política Criminal y Garantías Penales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCIA ESPAÑA, E./DIEZ RIPOLLES J.L. (Dtores) *Realidad y Política penitenciarias*, Ed. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Sección de Málaga, Málaga 2012.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. “Los retos de la moderna Criminología empírica”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. “Sobre los fines del castigo”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido - Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Criminología . Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- GASCON ABELLAN, MARINA “La Teoría General del Garantismo-rasgos principales”, en CARBONELL, MIGUEL/SALAZAR, PEDRO, *Garantismo-Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Ed. Trota, Madrid, 2005.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estado de Derecho y Ley Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. “Causalidad, omisión e imprudencia” en *Estudios sobre el Delito de omisión*, Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2013 -2da., edición-

- GIUNTA FAUSTO, “¿Qué justificación para la pena?, Las modernas instancias de la política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos”, en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN ULFRIED/NIETO MARTIN, ADAN, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Ed. Universidad de Castilla – La Mancha, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, “Los nuevos delitos contra la seguridad vial”, en VIDALES RODRÍGUEZ, CATY/MERA REDONDO, ANTONIO (Cdres) *Seguridad vial. Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante Ley Orgánica 15/2007, de 30 de Noviembre*, Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- GONZALEZ RUS, J.J. *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo del Rosal - Dir-), t. I, Ed. Edersa, Madrid, 1999.
- GOMEZ MARTIN, VICTOR, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal y Reforma Criminal*, Ed., Edisofer, Madrid, 2007.
- GÓMEZ BERMUDEZ, JAVIER (Dtor) *Las últimas reformas penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- GOMEZ TOMILLO, MIGUEL/SANZ RUBIALES, ÍÑIGO *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013 -3er. Edición.
- GRACIA MARTIN, L. “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de

Derecho”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

- HANS LILIE, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./ SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social y tecnológico*, Ed., Comares, Granada, 2010.
- HANS-HIRSCH, JOACHIM, “Delitos de peligro y Derecho penal moderno”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social y tecnológico*, Ed., Comares, Granada, 2010.
- HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*, -Trad. Genaro Carrió-, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, 2da. Edición.
- HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- HASSEMER, “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno” (Trad. Elena Larrauri), *ADPCP*, Tomo 45, Número N° 1, Año 1992.
- HASSEMER, WINFRIED, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Españolas S.A. Madrid, 2007.
- HASSEMER, W., “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a la exigencias de su tiempo”, -Trad. Diaz Pita, M., del Mar- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

- HASSEMER, WINFRIED, “Prevención general y aplicación de la pena”, en NAUCKE, W.-HASSEMER, W. -LÜDERSEN, K. *Principales problemas de la prevención general*, -Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw-, Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- HEINE GÜNTER, “La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”, - Trad. Pirrafé María José-, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- HEFENDEHL, R., *La Teoría del Bien Jurídico*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Españolas S.A. Madrid, 2007.
- HERRERO HERRERO, C. *Hacia un Derecho penal equilibrado-Plataforma razonable de política criminal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- HERRERO HERRERO, CESAR *Tratado de Criminología Clínica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.
- HERRERO HERRERO, CESAR, *Política criminal integradora*, Ed. Dykinson, 2007, Madrid.
- HERRERO HERRERO, CESAR, “La prevención, principal vía realizadora de la política criminal”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores) en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.
- HIRSCH, ANDREW V., “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, traducido por Nieto Martín, Adan en ARROYO ZAPATERO, ULFRID NEUMAN Y NIETO MARTÍN, *Crítica y justificación del derecho penal en*

el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt, Ed. Universidad de Castilla – La Mancha, Madrid, 2003.

- HIRSCH, ANDREW VON, “La Teoría del Bien Jurídico y el Principio del Daño”, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico- Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juegos de abalorios dogmáticos-*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Españolas S.A. Madrid, 2007.
- HIRSCH, HANS J., *Peligro y Peligrosidad*, en Obras Completas, Ed., Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1999.
- HÖFFE OTFRIED, “Proto-Derecho penal: Programa y Cuestiones de un filósofo”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tiran Lo Blanch, Valencia, 2004.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal -Parte general- Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed., Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JAKOBS, GÜNTHER/CANCIO MELIÁ, MANUEL, *El Derecho Penal del Enemigo*, Ed., Civitas S.L., Madrid, 2003.
- JAKOBS, GÜNTHER. “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”,-Trad. Manso Porto, T.- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*,Ed. Tirant Lo blanch, Valencia, 2004.
- JAREBORG, N. “Derecho penal e ideología”, -Trad. Pirrafé, María José- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Lozada SA. Bs. As. 1967.

- JIMENEZ REDONDO MANUEL “El diablo como persona en Derecho- Sobre la idea de Günther Jakobs de “Derecho penal del enemigo”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constiución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- JIMENEZ VILLAREJO, JOSÉ “Proyecto de Código Penal”, en GÓMEZ BERMÚDEZ, JAVIER (Dtor) *Las últimas reformas penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- KAI AMBOS, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006.
- KAIIFA-GBANDI MARIA “Una mirada hacia los puntos centrales de la evolución de la dogmática jurídico-penal alemana ante el cambio de siglo desde la perspectiva de un miembro de la ciencia jurídico-penal griega”, -Trad. Manso Porto, Teresa-, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirat Lo Blanch, Valencia, 2004.
- KANT, IMMANUEL “De la relación entre Teoría y Práctica en el Derecho Político”, en *Teoría y Práctica*, -Trad., Juan Miguel Palacios, M. Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo-, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- KANT, IMMANUEL, “Que abarca los artículos definitivos para la paz perpetua”, en *Por la Paz Perpetua y ¿Cómo orientarse en el pensamiento*, - Traducción, Francés LL. Cardona-, Ed. Brontes S.L, Barcelona, 2011.
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, -Traducción, Gregorio Robles Morchón/Felix F. Sánchez-, Ed. Trotta, Madrid, 2011.
- KINDHÄUSER, URS-MAÑALICH, JUAN PABLO, *Pena y Culpabilidad, en el Estado Democrático de Derecho*, Ed. Bdef, Buenos Aires, 2011.

- KURY, HELMUT-BRANDENSTEIN, MARTÍN, “Sobre la cuestión de una nueva punitividad-actitudes sancionadoras y política sancionadora”, en BUENO ARUS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI, RAUL, *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.
- KUHNER, LOTHAR, “La autocomprensión de la Ciencia Jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo”,-Trad. García Alvarez, P.- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- LAMARCA PEREZ, CARMEN, “La Filosofía penal del principio de proporcionalidad”, en *El Principio de Proporcionalidad y el Control Constitucional de las Leyes Penales*, Ed. Colex, Madrid, 2011.
- LANDROVE DIAZ, GERARDO “Una cierta política criminal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- LASCANO, J. CARLOS, *Manual de Derecho Penal, - Parte General –*, Ed., Advocatus, Córdoba. 2002.
- LINFANTE VIDAL, I., *La Interpretación Jurídica en la Teoría del Derecho Contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- LORENZETTI, RICARDO L. *Teoría de la Decisión Judicial -Fundamentos de Derecho-*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- LUZON CUESTA, JOSE M. *Compendio de Derecho Penal -parte especial-*, Ed., Dykinson, Madrid, 2011.

- LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Principio de igualdad, Derecho Penal de Hecho y Prevención especial: equilibrio y tensiones*. Ed. PPU, Barcelona, 1991.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO M. (Dtor.) *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho -Libro homenaje a Santiago Mir Puig-*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- MATELLANES RODRIGUEZ, N. “Breves reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad en el tráfico”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdres) *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*, Ed. Comares, 2005, Granada.
- MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites Dogmáticos y Políticos Criminales de los delitos de Peligro Abstracto*, Ed., Comares, Granada, 2001.
- MENDOZA BUERGO, B., “Gestión del Riesgo y Política de Seguridad en la Sociedad del Riesgo”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds) *La seguridad en la Sociedad de Riesgo. Un Debate Abierto*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.
- MEZGER, EDMUND. *Derecho Penal -parte general-* Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1958.
- MILL, JHON STUART, “De los Límites de la Autoridad de la Sociedad sobre el individuo”, en *Sobre la Libertad*, -Traducción de Josefa Sainz Pulido-, Ed. Aguilar, Madrid, 1972.
- MIR PUIG, SANTIAGO/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Política Criminal y Reforma Criminal*, Ed., Edisofer, Madrid, 2007.

- MIR PUIG, SANTIAGO/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Nuevas Tendencias en Política Criminal*, Ed., Reus, Madrid, 2006.
- MIR PUIG, SANTIAGO “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- MIR PUIG, SANTIAGO./QUERALT JIMENEZ, JOAN J., (Dtores), FERNANDEZ BAUTISTA, SILVIA (Coord.), *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases constitucionales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- MIRÓ LLINARES, FERNANDO, “El Moderno Derecho penal vial y Penalización de la conducción sin permiso”, en OLMEDO CARDENETE, MIGUEL/ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS (Eds) *Protección penal de la Seguridad vial*, Ed. Alea Blanca, Granada, 2010.
- MORALES PRATS, “De nuevo sobre las definiciones en el Derecho penal”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- MUÑOZ CONDE, F. “Dogmática penal afortunada y sin consecuencias” en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- NAUCKE, WOLFGANG, “Prevención general y Derechos Fundamentales de la persona”, en NAUCKE, W.-HASSEMER, W. -LÜDERSSEN, K. *Principales*

problemas de la prevención general, -Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw-, Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

- NELLES, U. “La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”, -Trad. Pirrafé, María José- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, de. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Ed., Astrea, Buenos Aires, 1992.
- NÚÑEZ, R., *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Lerner, Córdoba. 1992.
- NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. “The long and winding road: De un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE/GONZALEZ CUSSAC, JOSE L. *Compendio de Derecho Penal -Parte General-* Ed. Tirant Blanch, Valencia, 2010.
- PALAZZO, FRANCESCO, “Medios de comunicación y justicia penal”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M./SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO, G. *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo social y tecnológico*, Ed., Comares, Granada, 2010.
- PALIERO, C.E., “La autocomprensión de las Ciencias del Derecho penal frente a los desafíos de su tiempo”,-Trad. Pirrafé, M.J.- en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- PAREDES CASTAÑÓN, JOSE MANUEL, “Riesgo y Política Criminal: La Selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo

sistémico”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad en la Sociedad de Riesgo. Un Debate Abierto*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.

- PEREZ ARIAS, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las Personas Jurídicas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014.
- PEREZ SUAREZ, JORGE RAMIRO *Las Crónicas de Enriq-La enseñanza de la Criminología y el Derecho Penal a través del método del caso*, Ed., Dykinson, Madrid, 2013.
- PERIS RIERA, JAIME M. *La regulación penal en la Manipulación genética en España*”, Ed. Civitas S.A., Valencia, 1995.
- PERIS RIERA JAIME. M./CUESTA PASTOR, PABLO J., “Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico -El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995-”, en *Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la Circulación*, La Ley, Nº 23, Noviembre 2000.
- PERIS RIERA, JAIME, M. “Delitos de peligro y Sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década” en AA.VV. *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- POLAINO-ORTS, MIGUEL, *El Derecho penal del enemigo*, Ed., Bosch, Barcelona, 2009.
- PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “Derecho a la Seguridad”, en *El Derecho Penal de la Libertad y Seguridad (De los derechos)*, Ed. Iustel, Madrid, 2012.
- PRANTL HERIBERT, “La Ciencia alemana del Derecho penal debe aprender hablar”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, de. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- PRIETO NAVARRO, EVARISTO “Sobre los límites y posibilidades de la respuesta al riesgo”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad en la Sociedad de Riesgo. Un Debate Abierto*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.
- QUINTEROS OLIVARES, GONZALO, *Adonde va el Derecho Penal*, Ed., Civitas, Madrid, 2004.
- RAGUEZ E VALLES, RAMON “El Derecho Penal del Enemigo en la Expansión del Derecho Penal”, en ROBLES PLANAS, R. / SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Cdres), P. en *La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo*, Ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- RANDO CASERMEIRO, PABLO *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador – Un análisis de política jurídica-*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- RECASENS I BRUNET, AMADEU, “Globalización, Riesgo y Seguridad: El continuóse de lo que alguien empezóse”, en DA AGRA, CÁNDIDO/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad en la Sociedad de Riesgo. Un Debate Abierto*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.
- RENTERIA DIAZ, ADRIAN “Derechos Fundamentales, Constitucionalismo y Iuspositivismo en Luigi Ferrjoli”, en CARBONELL, MIGUEL/SALAZAR, PEDRO, *Garantismo-Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Ed. Trotta, Madrid, 2005.
- REQUENA ESPADA, LAURA *Principios Generales de Criminología del Desarrollo y las carreras criminles*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014.

- RIQUERT, MARCELO A. *Crisis Penal. Política criminal, globalización y Derecho penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007.
- ROCCO, ARTURO *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal - contribución a las teorías generales del delito y de la pena-*, Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2001.
- RODRIGUEZ FERNANDEZ, RICARDO, en *Derechos fundamentales y garantías individuales en el Proceso Penal*, Ed., Comares, Granada, 2000.
- RODRÍGUEZ MONTAÑEZ. T., *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004.
- RODRIGUEZ MONTAÑEZ, T. “Expansión del Derecho penal y límites constitucionales”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- RODRIGUEZ RAMOS, LUIS, *Compendio de Derecho Penal -Parte General-*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, (2da. Edición) 2010.
- RODRIGUEZ RAMOS, LUIS (Dir), *Código Penal -concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, Ed. La Ley, Madrid, 2011 (4ta edición).
- ROIG TORRES en el análisis sobre el Anteproyecto de Reforma de Código Penal español de 2012. ROIG TORRES, M. “La reforma de Código Penal en materia de reiteración delictiva” en ORTS BERENGUER E. (Dir) *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2015.
- ROMANI, ORIOL/TERRIBLE, SOLEDAD/ZINO, JULIO, “Drogas y Gestión del Conflicto Social en el Camino de Siglo: ¿nuevos sujetos, nuevos espacios

de riesgo?, en DA AGRA, CÂNDIDO/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad en la Sociedad de Riesgo. Un Debate Abierto*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.

- ROMEO CASABONA, CARLOS M. “Aportaciones del Principio de precaución al Derecho Penal”, en *Conducta Peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Ed., Comares, Granada, 2005.
- ROSSETTI, ALFREDO C. *Introducción al Estudio de la Realidad Estatal*, Ed. s/n, Córdoba, 1983.
- ROXÍN, CLAUS., *Derecho Penal – Parte General –*, Ed., Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, CLAUS *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1972.
- ROXIN, CLAUS, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano.
- ROXIN, CLAUS, “La ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”, - Trad. Carmen Gómez Rivero-, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- SALDITT, FRANZ, “Dogmática afortunada y dogmática sin consecuencias”, -Trad. Manso Porto, T.-, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord., de la versión española) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SANCHEZ LÁZARO, FERNANDO G. “Alarma Social y Derecho penal”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M/SANCHEZ LAZARO, FERNANDO G.

O. Lucas Colazo
Universidad de Murcia 2017

(Editores) *La Adaptación del Derecho penal al Desarrollo Social y Tecnológico*, - Armaza Armaza, Emilio J. (Coor.)-. Ed. Comares, 2010, Granada.

- SÁNCHEZ, N.-MORALEDA VILCHEZ, “Simbolismo en los delitos contra la seguridad vial”, *Revista General de Derecho penal*, Nº 16, 2011.
- SANCHEZ-OSTIZ, PABLO *Fundamentos de Política criminal – un retorno a los principios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- SANZ MORAN, ANGEL J. “Reflexiones sobre el bien jurídico” en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- SANZ MULAS, NIEVES, “Justicia y Medios de Comunicación: Un conflicto permanente”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I./SANZ MULAS, N. (Cdras) *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*, Ed. Comares, 2005, Granada.
- SANZ MULAS, N. “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- SEHER, GERHARD, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto del bien jurídico”,-Traducción Rafael Alcácer Guirao-, en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juegos de abalorios dogmáticos-*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Españolas S.A. Madrid, 2007.
- SILVA SANCHEZ, JESUS M. *La expansión del Derecho penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2011 (3ra. Edición).

- SILVA SANCHEZ, JESUS M./I SABORIT, DAVID F./ROBLES PLANAS, RICARDO/PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en CÁNDIDO DA AGRA/DOMINGUEZ, JOSÉ L./GARCÍA AMADO, JUAN A./HEBBERECHT, PATRICK/RECASENS, AMADEU (Eds), *La seguridad en la Sociedad de Riesgo. Un Debate Abierto*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.
- SILVA SANCHEZ, JESUS M. “Una primera lección de Derecho penal”, en LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL (Dtor) *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho -Libro homenaje a Santiago Mir Puig-*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- SILVA SANCHEZ, JESUS M. “Nuevas Tendencias Político-Criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M. *Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución*, Ed. Comares, Tenerife, 1996.
- SILVA SANCHEZ, JESUS M. *En busca del Derecho penal -Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Ed. BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2015.
- SOLER, SEBASTIAN, *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Tea, Buenos Aires, 1998.
- SCHÜNEMANN, BERND. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana* (Trad., de Manuel Cancio Meliá), Universidad Externado Colombia, Colombia, 1996.
- STERNBERG-LIEBEN, DETLEV “Bien Jurídico, Proporcionalidad y Libertad del Legislador Penal”, -Traducción Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno- en HEFENDEHL, ROLAND, *La Teoría del Bien. Jurídico -Fundamento de legitimación*

O. Lucas Colazo
Universidad de Murcia 2017

del Derecho Penal o juegos de abalorios dogmáticos-, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Españolas S.A. Madrid, 2007.

- TERRADILLOS BASOCO, JUAN M. “La tutela penal de las así llamadas, buenas costumbres”, en TERRADILLOS BASOCO, JUAN M. -(Coord.) *Política Criminal de la “Pepa” -el Derecho penal de la cotidianeidad-*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2012,
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN M. “El Derecho penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- TORIO LOPEZ, ANGEL, “Los delitos de peligro hipotético”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Revista N° 34, Fascículo II y III, Madrid, 1981.
- TORIO LOPEZ, A. “Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas”, en ROMEO CASABONA, CARLOS M. *Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución*, Ed. Comares, Tenerife, 1996.
- TRAPERO BARREALES, MARIA A. *Los delitos contra la seguridad vial: ¿una reforma de ida y vuelta?*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- TRAPERO BARREALES, MARIA A. “Los Delitos contra la seguridad vial, una valoración crítica desde la vigencia de los principios limitadores del *ius puniendi*”, en LUZON PEÑA, DIEGO M. *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho -Libro homenaje a Santiago Mir Puig-*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- VASQUEZ, R., *La Racionalidad de la Pena*, Ed., Alción, Buenos Aires, 1995.

- VIDALES RODRÍGUEZ, CATY/MERA REDONDO, ANTONIO (Cdres) *Seguridad vial. Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante Ley Orgánica 15/2007, de 30 de Noviembre*, Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- VIVES ANTON, TOMAS S./ORTS BERENGUER, E. “Reflexiones políticos-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España”, en DD.VV. NUÑEZ PAZ, MIGUEL A. (Ed., y Coord.) *Un Derecho penal comprometido -Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz-*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- VIVES ANTÓN, T. “La Reforma Penal de 2015: Una valoración genérica”, en GONZALEZ CUSSAC, JOSE L. -Dtor- *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- VOLTAIRE, *Tratado sobre la Tolerancia*, Ed, Brontes S.L., Barcelona, 2011, Trad. Francesc LL. Cardona.
- WELZEL, HANS, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Ed. B de F Ltda. Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- WESTON, A., *Las Claves de la Argumentación*, Ed., Ariel, Barcelona 1998.
- ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO, *Hacia una nueva defensa individual*, en DJ, La Plata, 1973.
- ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO, *Tratado de Derecho Penal, parte Gral, t. II*, Ed. Ediar. Buenos Aires, 1987.
- ZAFFARONI– SLOKAR – ALAGIA. *Derecho Penal – Parte General –*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, *En torno de la cuestión penal*, Ed., Bdef, Buenos Aires, 2005.

O. Lucas Colazo
Universidad de Murcia 2017

- ZUÑIGA RODRIGUEZ, LAURA “Viejas y Nuevas Tendencias polímicriminales en las legislaciones penales”, en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE I./SANZ MULAS, N. (Cdres) *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*, Ed. Comares, Granada, 2005.
- ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL (Dir) *Fundamentos de Derecho Penal -Parte General-*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, (4ta. Edición) 2010.
- ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “Contrarreforma Penal (el *annus horribilis* de 2003) y el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006”, en BUENO ARÚS/HELMUT KURY/RODRIGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Dtores), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

Consulta en Página web

- △ ANUARIO ESTADISTICO. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, www.mir.es consulta efectuada con fecha 14 de noviembre del año 2011.
- △ CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Consulta realizada en página web www.congreso.es
- △ DIRECCION GENERAL DE TRAFICO. Consulta realizada en página web www.dgt.es, con fecha 09/06/2014.
- △ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Capítulo III, “Actividad del Ministerio Fiscal-Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial”, en *Memorias de la Fiscalía General del Estado*, 2013. Consulta realizada en página web www.fiscal.es, con fecha 07/06/2014.
- △ GARCIA FAJARDO, JOSÉ C. “Reacción ante los peligros en las cárceles españolas”, *Revista pensamiento penal*, Ed., N° 95, de 01/12/2009, disponible en www.pensamientopenal.com.ar/node/21130
- △ MOLINA GIMENO, FRANCISCO J. “Un paso más hacia la administración del Derecho penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 790 -9 de Octubre del 2008-, disponible en www.aranzadi.es.
- △ SGIP.www.institucionespenitenciarias.es/web/portal/PenasyMedidasAlternativas, consulta practicada con fecha 05/06/2014.
- △ VILLAMOR LUCIA, FERNANDO, *Delitos de Peligro Abstracto, una aproximación al Derecho Penal del Enemigo*, Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional. Universidad de Castilla La Mancha. Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. www.cienciaspenales.net