

I

2012

N.º 106

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Dykinson, S.L.

AVISO IMPORTANTE A NUESTROS SUSCRIPTORES

Si desea suscribirse a **Cuadernos de Política Criminal**, llame por teléfono o envíe un e-mail a info@dykinson.com, indicando la forma de pago y el número o números a los que quiere suscribirse, e inmediatamente recibirá su pedido.

La Revista no se responsabiliza de las opiniones contenidas en los artículos

Edita: Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 — 28015 Madrid
Tels. 91 544 28 46 / 91 544 28 69
Fax 91 544 60 40
info@dykinson.com / www.dykinson.com

Imprime: SAFEKAT, S.L.
Laguna del Marquesado, Naves 32 K y L - Complejo Neural - 28021 Madrid
www.safekat.com

ISSN: 0210-4059

Depósito Legal: M. 7533-1977

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Cuadernos de Política Criminal, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Cuadernos de Política Criminal, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella

CONTENIDO

SECCIÓN DOCTRINAL

Teoría de la Ciencia del Derecho Penal. <i>Michael Pawlick</i>	5
Sentimientos y Derecho Penal. <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	35
¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso? <i>Joaquín Cuello Contreras</i>	97
El Derecho Penal ante los retos del siglo XXI. La urgencia de un Derecho Penal que haga frente a los nuevos problemas sin olvidar los "viejos" límites. <i>Nieves Sanz Mulas</i>	115
La «exigibilidad» y la «no exigibilidad» de conductas adecuadas a las normas penales: cuestiones pendientes en la dogmática jurídico-penal. <i>Pilar Fernández Pantoja</i>	153
Pluralismo constitucional en la Unión Europea y heterogeneidad de las normativas penales de los estados miembros: problemas del principio de reconocimiento mutuo. <i>Beatriz García Sánchez</i>	191

SECCIÓN DE DERECHO COMPARADO

Esencia y clases del cohecho político. <i>José Luis Guzmán Dalbora</i> ..	223
---	-----

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

Apunte jurisprudencial sobre el delito de alzamiento de bienes. <i>Manuel Cobo del Rosal</i>	251
Panorama jurisprudencial: Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. <i>Manuel Jaén Vallejo</i>	261

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Principales problemas interpretativos de los delitos contra el medio ambiente en el Código penal español e incidencia de la reforma de 2010 sobre los mismos. Recensión a Silva Sánchez, J.M ^a . / Montaner Fernández, R., Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial, Atelier, Barcelona, 2012. Por Samuel Rodríguez Ferrández	287
La importancia de la técnica legislativa. Recensión a Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, El delito de "Fraudes Deportivos". Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286 bis 4 del Código Penal, Dykinson, Madrid, 2011. Por José María Suárez López	297
NOTICIARIO	301
POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC	333

EL DERECHO PENAL ANTE LOS RETOS DEL SIGLO XXI:

*La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los
"nuevos" problemas, pero sin olvidar
los "viejos" límites*

NIEVES SANZ MULAS*

Fecha de recepción: 23/01/2012

Fecha de aceptación: 09/05/2012

RESUMEN: Actualmente vivimos una cadena de procesos económicos, políticos, científicos y culturales, que están cambiando el escenario de las condiciones de la vida social y que se describe con la palabra "globalización". Un fenómeno que también alcanza al Derecho penal, que ahora debe adaptarse a la necesidad de gestionar mayores niveles de exclusión y de conflictividad social, y lo hace, precisamente, concentrando los recursos en el control de los sectores más perjudicados por el nuevo modelo socio económico. Un "moderno" Derecho penal caracterizado por: la protección de bienes jurídicos colectivos y la proliferación de los delitos de peligro abstracto; la expansión de la actividad punitiva y la asunción del derecho penal como *prima ratio*; la tendencia al antiguarantismo penal y procesal; y el abandono del ideal resocializador en la lucha contra el enemigo. Ante tal desolador panorama, en este trabajo nos preguntamos si este proceso de modernización del Derecho penal es imparable. De ser la respuesta afirmativa, el siguiente cuestionamiento es evidente ¿cómo podemos controlar dicho proceso para que el Derecho penal mantenga la legitimidad imprescindible en un Estado social y democrático de Derecho? La clave: recuperar la función limitadora del bien jurídico.

* Profesora Titular de Derecho Penal - Universidad de Salamanca.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, globalización, política, economía, política criminal, prisión, seguridad, víctima, sociedad del riesgo, bien jurídico colectivo, delitos de peligro abstracto, enemigo, modernización del Derecho penal, Derecho penal clásico, garantías, límites, Estado social y democrático de Derecho, Derechos humanos.

ABSTRACT: Nowadays, we witness a chain of economic, political, scientific and cultural processes modifying our social conditions setting that are referred to as “globalization”. Those events affect Criminal Law as well by forcing it to handle higher levels of exclusion and social conflictivity and focusing its resources on the control of the most harmed sector as a result of the new socioeconomic model. A modern Criminal Law is addressed, which is characterized by the following key features: protection of collective legal rights and the proliferation of abstract danger crimes; an expansion of punitive action and first resort or *prima ratio* intervention of criminal law; disregarding penal guarantees and those concerning criminal procedure; last but not least, abdication in the goal of reincorporation into society in the struggle against the enemy. Faced with this bleak vista, we wonder about the modernization of Criminal Law, a process that might be never-ending. For this reason, the cornerstone of Criminal Law should be restoring the former limit action of legal rights on criminal sanctions, whereby managing the development process of the discipline and preserving the legitimacy inherent in a social and democratic state governed by the rule of law.

KEYWORDS: *Criminal Law, globalization, politics, economy, criminal politics, prison, safety, victim, endangering society, collective legal right, crimes of abstract danger, enemy, the modernization of Criminal Law, Conventional Criminal Law, guarantees, limits, Social Democratic State governed by the rule of law, human rights.*

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. II. LA “GLOBALIZACIÓN” DEL PLANETA Y SUS EFECTOS SOBRE EL DERECHO PENAL: 1. El reparto de la economía de todos entre solamente unos pocos. 2. Del fordismo del *Welfare State* al postfordismo de la sociedad contemporánea. 3. Los perfiles de la “modernización” del Derecho penal: hacia un *Derecho penal de la seguridad*: A) La Administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo: protección de bienes jurídicos colectivos y proliferación de los delitos de peligro abstracto. B) Expansión de la actividad punitiva y Derecho penal como *prima ratio*. La crisis del bien jurídico en su papel limitador. C) La tendencia al antigarantismo penal y procesal. D) El abandono del ideal resocializador en la lucha contra el enemigo. La privatización de las funciones de control. III. REFLEXIÓN INEXCUSABLE: ¿ES IMPARABLE EL PROCESO DE “MODERNIZACIÓN” DEL DERECHO PENAL?: 1. Entre el Derecho penal “clásico” y el Derecho penal “moderno”. 2. ¿La solución esté en el Derecho penal de dos o tres

velocidades de Silva Sánchez? 3. La recuperación de la función limitadora del bien jurídico.- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE UN DERECHO PENAL QUE HAGA FRENTE A LOS "NUEVOS" PROBLEMAS, PERO SIN OLVIDAR LOS "VIEJOS" LÍMITES.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Lamentablemente, y así nos lo recuerda DEMETRIO, el Derecho penal del enemigo no es tan sólo una concepción teórica, sino que existe tanto en nuestra legislación penal y procesal penal (en materia de terrorismo, tráfico de drogas o inmigración) como en la praxis de la política internacional, que ya no se pregunta por las causas de fenómenos tan complejos como el terrorismo, sino que sólo se limita a combatir sus efectos, incluso mediante guerras colectivas o asesinatos también colectivos¹. Efectivamente, si hay un fenómeno que en la actualidad suscita especial alarma por las dimensiones que está adquiriendo –lo que justifica tal preocupación–, es el de una clara expansión del Derecho penal y, más concretamente, de la cristalización del denominado "Derecho penal del enemigo", acompañado, para más estupor, de su correspondiente legitimación teórica. Una alarma producida, además, y de acuerdo con MARESCA, en un contexto mundial definido por el proceso de recolonización que se puso en marcha en Iraq, en principio como respuesta a la emergencia terrorista desencadenada el 11-S, y "por una estrategia global de gobierno de la economía mundializada en términos estrictamente antagónicos a los de un gobierno público de la economía"². Este doble contexto está teniendo como rasgo común la pérdida de fuerza de la idea del imperio de la Ley³. Una amenaza a las exigencias básicas del Estado

¹ DEMETRIO CRESPO, E., "Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»", PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Coord.), Serta. In memoriam Alexandri Baratta, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1029 y 1030.

² MARESCA, M., "Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley", en PORTILLA CONTRERAS, G. (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía – Akal, Madrid, 2005, p. 87.

³ "En el primer caso –escribe MARESCA–, porque en la cultura del Estado de Derecho la idea de imperio de la ley está unida a la de poner límites al poder del Estado, y concretamente a la idea de minimizar el poder punitivo del Estado; y en el segundo, porque en la guerra en curso desde el principio se optó abiertamente por dejar bien claro que lo que se ha dado en llamar la "agenda hegemónica" se llevaría a la práctica con o sin cobertura legal". *Vid.*, en MARESCA, M., "Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley", *op. cit.*, p. 88.

de Derecho y de la legitimidad democrática, tanto en el orden interno como en el internacional, en el que éstas son aún más débiles⁴.

II. LA “GLOBALIZACIÓN” DEL PLANETA Y SUS EFECTOS SOBRE EL DERECHO PENAL

1. EL REPARTO DE LA ECONOMÍA DE TODOS ENTRE SOLAMENTE UNOS POCOS

Desde hace ya casi 20 años se oye hablar de globalización de la economía. Un único modo de pensar y ¿repensar? la economía, sin duda favorecido por el derrumbe del Bloque soviético y la consecuente expansión de una forma única de configuración de las actividades económicas, la de los Estados Unidos⁵. A partir de 1989 el escenario mundial cambió bruscamente, y la economía planetaria ya no encontró obstáculos que dificultasen el movimiento de capitales y mercancías. Y es que de un día para otro, en magnífica reflexión de BRAVO, “se desplomó el precario equilibrio basado en el temor al contragolpe entre las dos superpotencias, los Estados Unidos y la Unión Soviética, surgido al término de la segunda Guerra Mundial en Yalta”⁶. Porque con el muro de Berlín, también cayeron la división de Alemania, de Europa y del mundo; o lo que es lo mismo, cayeron las fronteras de los Estados y los muros (de hierro, de bambú, “de la vergüenza”)⁷, que habían repartido el planeta entre las dos grandes potencias. Y, desde entonces, el mundo se encuentra bajo las “embestidas” de la superpotencia que no tiene reparo alguno en llevar al mismo tiempo el sistema mundial de Estados⁸. Pero “lo paradójico del

⁴ DE LUCAS, J., “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes”, en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán...*, op. cit., p. 207.

⁵ BERGALLI, R., “Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía”, en LOSANO, M.G. – MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 60.

⁶ BRAVO LIRA, B., “Fiat ius, ne pereat mundus. El Derecho frente a la globalización de la violencia”, en LOSANO, M.G. – MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, op. cit., pp. 125 y 126.

⁷ BERGALLI, R., “Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía”, op. cit., p. 68.

⁸ Porque en elocuentes palabras de BRAVO, este país, liberado de su antagonismo con la Unión Soviética, que lo forzaba a moderarse, en los últimos años ha desplegado un potencial destructivo, como en Afganistán e Irak, también amenazador para el resto de los pueblos que no saben cuándo puede llegarles el turno. Por lo que el mundo post-moderno no sólo sufre de la inseguridad interna, originada por el terrorismo en determinados países, como Inglaterra y España, sino también de una inseguridad generalizada

nuevo imperialismo –escribe literalmente PORTILLA– es la existencia de un poder militar que ahora no tiene como misión la expansión territorial sino el afianzamiento de la economía global”⁹.

Hoy en día, se vive una cadena de procesos económicos, políticos, científicos y culturales, que están cambiando el escenario de las condiciones de la vida social que se describe con la palabra “globalización”¹⁰. Una nueva perspectiva de la economía mundial a la que las economías nacionales no pueden sustraerse, por más que quieran, viéndose obligadas a ajustar sus ritmos de intercambio a la velocidad que les marque el movimiento del capital transnacional¹¹. Porque la globalización, en resumen aportado por VELASQUEZ, equivale a la autonomía de la Economía en relación a la Política; el surgimiento de nuevas estructuras de decisión en el ámbito planetario; la “descentralización” de las estructuras políticas del capitalismo; la estandarización de las prácticas comerciales en el ámbito mundial; la desregulación de los mercados de capitales; la in-

originada por el poderío desbocado de los Estados Unidos, “que no parece conocer otro Derecho que el de sus propias conveniencias”. BRAVO LIRA, B., “*Fiat ius, ne pereat mundus*. El Derecho frente a la globalización de la violencia”, *op. cit.*, p. 126.

⁹ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 29.

¹⁰ RAMONET estima que el fenómeno globalizador tiene 12 principales características: a) Inequívoca hegemonía geopolítica de Estados Unidos; b) Transformación del concepto de valor estratégico. C) Transformación del concepto de Estado en cuanto que Estado-Nación. El Estado nacional tradicional está inmerso, por tanto, en un proceso de mutación, en una crisis de identidad; d) Los “geoactores” de la globalización ya no son los Estados, sino los organismos internacionales o intergubernamentales que legislan sobre la globalización, así como los grandes grupos económicos, industriales o mediáticos; e) La preponderancia del sistema democrático como régimen político y la desnacionalización como meta económica; f) Paulatina desjerarquización o desverticalización de las distintas estructuras de poder; g) Profundo cambio en los procesos de identificación personal, más centrados ahora en conceptos como la pertenencia a un determinado credo religioso que en la pertenencia a un grupo social o a un Estado determinados; h) Transformación de la noción de riesgo: la sensación de amenaza proviene ahora, entre otros factores, de enfermedades o epidemias a gran escala, del crimen organizado y las mafias, de la corrupción o del fenómeno del terrorismo; i) Incremento de las desigualdades socioeconómicas y culturales; j) Existencia de una globalización económica, facilitada, en gran parte, por la globalización de las comunicaciones; k) Existencia de una revolución tecnológica, con un proceso de informatización generalizada; y l) Profunda transformación del Derecho, con la aparición de nuevas regulaciones acerca de temas como la genética o la informática y nuevas instancias jurisdiccionales internacionales. *Vid.*, en RAMONET, I., “Situación actual del proceso de globalización”, en *El proceso de globalización mundial*, Intermon, Barcelona, 2000, pp. 11 y ss.

¹¹ BERGALLI, R., “Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía”, *op. cit.*, p. 69.

terconexión de los sistemas financieros y de seguridad a escala global; la reasignación geográfica de las inversiones productivas y la volatilidad de las transacciones especulativas¹².

Ahora bien, esto no tendría porque ser tan malo si a todos nos beneficiara del mismo modo, pero el problema es que no es así. Este cuadro de la economía mundial tiene consecuencias muy dispares según la parte del planeta de que se trate. Porque si bien el comercio, la publicidad de artículos de consumo y el movimiento mercantil llegan a todos los lugares, la capacidad adquisitiva y el nivel de ingresos no es ni mucho menos tan democrático, sino todo lo contrario: la polarización entre pobres y ricos nunca había sido tan evidente. Porque, aunque la mundialización ha intentado enmascarar la desigualdad, presentando a la globalización como un proceso de aproximación creciente e irreversible hacia una única sociedad en la que todos tendríamos una única identidad, una única cultura, la realidad es otra, y diametralmente opuesta a tales “buenas intenciones”: las desigualdades globales son cada vez más evidentes y manifiestas¹³.

Esto es, la globalización sólo ha beneficiado a unos pocos —centralizándose desde un principio en tan sólo tres polos: EEUU, la Unión Europea y Japón—¹⁴ y en absoluto detrimento de todos los demás. Luego, no deja de ser ciertamente irónico que se hable de “globalización” o “mundialización” de la economía y las finanzas, cuando el “mundo” al que se hace referencia desde un principio se reducía a esas tres áreas geográficas, que concentran más del 70% del comercio mundial, y el 84% de él tiene lugar entre países que apenas acogen el 24% de la población mundial¹⁵. O lo que es lo mismo, estamos ante un mundo claramente dividido entre “ganadores” y “perdedores”, con la creación de nuevas pautas de inclusión y exclusión, dependiendo de la mayor o menor capacidad de las diferentes sociedades

¹² VELÁSQUEZ, F., “Globalización y Derecho penal”, en LOSANO, M.G. — MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, op. cit., p. 186.

¹³ PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Estudios de Derecho Penal, Comares, Granada, 2004, pp. 1 y 2.

¹⁴ Ahora se debe incluir, sin ningún tipo de duda, también a China, que está llenando el vacío de poder existente a nivel internacional comprando deuda de países en dificultades, por lo que parece claro que esta actual crisis económica marcará la emergencia de China como próxima economía mundial.

¹⁵ El 76% de la población mundial poco o nada se beneficia de los efectos de la globalización, si bien sí puede contribuir a que los poderosos países centrales sigan llenando sus arcas, mientras las suyas cada vez quedan más vacías. “Ahora —escribe VELÁSQUEZ— el modelo es de pocos ricos y muy cualificados en el Norte, poquíssimos cualificados en el sur y, principalmente, muy pobres y poco cualificados en todo el mundo”. Vid., en VELÁSQUEZ, F., “Globalización y Derecho penal”, op. cit., p. 188.

para hacer frente a sus continuos retos¹⁶. Ante la consolidación, en definitiva, y estamos de acuerdo con PÉREZ CEPEDA, de un mundo con dos visiones y una humanidad con dos dimensiones: la de los países desarrollados que cada día acumulan más riqueza y capital, y la de los países en vías de desarrollo que cada vez están más hundidos en la pobreza, sumisión y explotación¹⁷.

2. DEL FORDISMO DEL *WELFARE STATE* AL POSTFORDISMO DE LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

Pero la globalización, como adelantábamos, no tiene sólo efectos económicos, sino también culturales y políticos. También se ha trastocado el orden de cosas amenazando con el derrumbamiento de los Estados-nación, pues parece imponerse un "Gobierno global sin un Estado global"¹⁸, en el cual un puñado de instituciones (el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el foro G-8 y la Organización Mundial del Comercio) y unos pocos participantes (los Ministros de finanzas, economía y comercio) son los que controlan el escenario mundial.

En el mercado de bienes y servicios, asistimos a un proceso avanzado de mundialización, de transición, de un sistema de comercio internacional cuyos protagonistas esenciales eran los Estados, a un comercio interempresarial a escala mundial¹⁹. PORTILLA lo resume así: "se sustituye la libre competencia por los monopolios capitalistas internacionales, se concentra la producción y la distribución de capital, se fusiona el capital bancario con el capital industrial, se exportan capitales-mercancías desde las grandes potencias metropolitanas a las zonas periféricas con el objeto de disminuir costos en materias primas y fuerza de trabajo y maximizar las rentas; finalmente, se lleva a cabo el reparto del mundo entre grandes corporaciones multinacionales y entre las grandes potencias capitalistas"²⁰. Y mucho de ello tiene que ver con la crisis del modelo *fordista* (el Estado providencia, el Estado social) y el tránsito de un modo

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ PÉREZ CEPEDA, A.I., "La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional", en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, *op. cit.*, p. 1363.

¹⁸ VELÁSQUEZ, F., "Globalización y Derecho penal", *op. cit.*, p. 189.

¹⁹ MERCADO, P., "El proceso de globalización, el Estado y el Derecho", en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán...*, *op. cit.*, p. 123.

²⁰ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 23.

de producción centrado sobre los trabajadores de la fábrica a otro modelo productivo: el *postfordismo*²¹.

Un modelo de explotación del trabajo inmaterial que supone un cambio en la propia concepción del modelo tradicional de soberanía, pues el Estado modifica sus funciones tradicionales de protección asistencial a los desfavorecidos y se acomoda a un modelo de Estado mínimo en lo socio-económico, poniendo en primer término el paradigma del control²². Y como derivación de ello el mencionado Profesor de la Universidad de Jaén identifica dos consecuencias²³: se genera la excepcionalidad de espacios en los que se suspenden las garantías penales y procesales de los enemigos que lesionan o perturban el pacto social; y se reprime a la microcriminalidad bajo el pretexto de las políticas de seguridad. Esto es, los que antes eran asistidos, ahora son, precisamente, los controlados. Y ello porque –nos recuerda RECASENS– la redefinición de espacios que ha traído consigo la globalización plantea graves problemas en el plano de la seguridad, concepto vinculado hasta ahora a la forma del Estado-nación y a la idea de soberanía²⁴.

En tal contexto no es que el Estado desaparezca, sino que sufre una clara transformación en la que los procesos de decisión son indirectos²⁵. Esto es, y de acuerdo con ELBERT, ahora la prioridad en las políticas del Estado la tienen los hombres de negocios, que dictan a los gobernantes las medidas correctas, en las que obviamente importan más las cifras que las personas²⁶. Una política de dependencia absoluta del Estado respecto

²¹ El literales palabras de PORTILLA, “se pasa de un régimen de plena ocupación a una situación en la que la desocupación representa un hecho estructural; el trasvase de una economía orientada a la producción a una economía de la información; el paso de la centralidad de la clase trabajadora a la constitución de una fuerza de trabajo global”. *Vid.*, en PORTILLA CONTRERAS, G., “La configuración del «Homos sacer» como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, *op. cit.*, p. 1407.

²² BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas” en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 78.

²³ PORTILLA CONTRERAS, G., “La configuración del «Homos sacer» como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”, *op. cit.*, p. 1408.

²⁴ RECASENS I BRUNET, A., “Globalización, riesgo y seguridad: el continuo de lo que alguien empezase”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, *op. cit.*, p. 1450.

²⁵ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 24.

²⁶ ELBERT, C.A., “Las tareas teóricas y prácticas de una Criminología para los tiempos actuales”, en LOSANO, M.G. – MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, *op. cit.*, p. 234.

del mercado financiero mundial, y de los poderes privados constituidos a su amparo, que limita significativamente su capacidad de gobierno sobre importantes variables de la economía mundial²⁷. Una economía, de su parte, y como hemos anticipado, de clara exclusión, que incrementa la marginalidad, pues al final sólo unos pocos saquean la economía planetaria mientras cientos de millones de personas mueren de inanición²⁸. Marginalidad con claras repercusiones en el sistema punitivo, porque el nuevo formato económico origina, a su vez, nuevos conflictos con origen en las víctimas que produce: precarios, sectores improductivos, disidentes, inmigrantes²⁹. Esto es, y de forma elocuente nos lo resume nuevamente PÉREZ CEPEDA, el aumento de la distancia entre incluidos y excluidos determina los estereotipos de diverso y peligroso, lo que contribuye a crear un claro sentimiento de inseguridad en la clase garantizada y una política que se encarga exclusivamente de proveerla controlando a la clase desposeída con respuestas violentas y reacciones proteccionistas exacerbadas³⁰.

²⁷ Pues el Estado acude al mercado financiero para financiar su déficit, produciéndose una más estrecha interconexión entre la política monetaria, la política presupuestaria y la política de la deuda pública nacionales. *Vid.*, en MERCADO, P., "El proceso de globalización, el Estado y el Derecho", *op. cit.*, p. 125.

²⁸ Según un informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) presentado a finales del 2011, las desigualdades económicas entre los países que componen la OCDE han aumentado hasta alcanzar su nivel más alto en los últimos 30 años. En nuestro país la desigualdad ha incrementado en los dos últimos años. En concreto, el ingreso medio del 10% de la población española con mayores ingresos era en 2008 alrededor de 38.000 euros, es decir once veces mayor que el del 10% de la población española con menores ingresos, que tenía un ingreso medio de 3.500 euros. A nivel general, el informe de la OCDE constata un incremento generalizado de las desigualdades entre los que más tienen y los que menos, aunque subraya que esta brecha es todavía mayor en aquellas economías al margen de la institución como Brasil, donde se registra una diferencia de 50 veces a una. La brecha de ingresos es ha ampliado incluso en países tradicionalmente igualitarios como Alemania, Dinamarca y Suecia, donde pasa de 5 a 1 en 1980 a 6 a 1 actualmente. En el caso de Italia, Japón, Corea del Sur y Reino Unido esta diferencia es de 10 a 1, mientras que en Israel, Turquía y EEUU es de 14 a 1. Por su parte, la desigualdad entre los ingresos de los más ricos y los más pobres en Chile y México supera la ratio de 25 veces a 1, las mayores entre los países de la OCDE. *Vid.*, en www.elconfidencial.com/archivos/ec/2011120539graf.png

²⁹ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 34.

³⁰ PÉREZ CEPEDA, A.I., "La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional", *op. cit.*, p. 1364.

3. LOS PERFILES DE LA “MODERNIZACIÓN” DEL DERECHO PENAL: HACIA UN DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD

En definitiva, la transformación progresiva del modo de producción capitalista ha incidido simultáneamente en un proceso de mutación del Derecho, y por supuesto del Derecho penal. Como PORTILLA nos recuerda, “factores como la crisis del principio de soberanía nacional, la aparición de nuevos sujetos históricos como consecuencia del trabajo inmaterial, la introducción del saber en la producción, la extensión de sectores en movimiento que no encuentran una localización determinada, la suplantación de las decisiones democráticas por los intereses privados de organizaciones internacionales, la internacionalización de las transferencias de capital y personas, etc., están conformando decisivamente los modelos penales más recientes”³¹. Es clara, por tanto, la metamorfosis del Derecho penal en el nuevo escenario postfordista y de globalización neoliberal: debe adaptarse a la necesidad de gestionar mayores niveles de exclusión y de conflictividad social, y lo hace concentrando los recursos en el control de los sectores más perjudicados por el nuevo modelo socioeconómico³².

Esto es, y así lo describe MUÑAGORRI, ante los enormes desequilibrios económicos derivados de la globalización, el Estado, mientras por una parte ha minimizado su intervención para equilibrar, aunque sea inestablemente, las relaciones entre la economía y la sociedad, y gestiona con la llamada flexibilidad y la reducción del gasto social las tasas del beneficio del capital; por otra parte, en el otro lado del espejo, maximiza la penalidad y el Derecho sancionador en general, a la vez que incrementa, especialmente y de forma complementaria, el control formal e informal, la vigilancia, la visibilidad sobre la nueva complejidad social³³. “Porque —en resumen de PÉREZ CEPEDA— una de las consecuencias de la globalización es que los estados nacionales ya no gobiernan, sino que sólo gestionan las consecuencias negativas del proceso de globalización económica, con las limitaciones impuestas por la necesidad de tener que propiciar las condiciones favorables para la revalorización del capital inversor, es decir, con los condicionamientos fácticos de un pre-

³¹ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 31.

³² BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, op. cit., p. 51.

³³ MUÑAGORRI LAGUÍA, I., “Derecho penal intercultural y crisis del principio de soberanía”, en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán...*, op. cit., p. 199.

dominio casi absoluto del mercado financiero en detrimento del trabajo global³⁴. Ahora la finalidad del Derecho penal es la pacificación interior, el control de los sectores no productivos y productivos en movimiento mediante las políticas de seguridad y orden público³⁵. Esto es, y de acuerdo con SERRANO-PIEDecasas, asistimos a una transformación autoritaria del Derecho, donde la crisis y la excepcionalidad legislativa van estrechamente unidas, produciéndose una politización de los derechos penales³⁶.

En definitiva, la globalización del modelo económico de la economía de mercado está provocando una reducción del Estado social y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario³⁷. En este marco, en la lógica económica global guiada por la búsqueda de beneficios, el peso de la dignidad de los individuos disminuye hasta la pérdida de derechos³⁸. El carácter de la vida social y la calidad de los derechos de los individuos se están alejando peligrosamente del modelo de Leviatán (contrato social) vigente en la fase del Estado social, mientras se respetaron las cláusulas del pacto entre Estado y mercado³⁹. Ahora se asiste a una primacía de lo económico sobre la política, y sobre cualquier otra razón moral distinta de las razones del mercado. La razón económica se ha convertido en una suerte de razón de Estado⁴⁰, donde el objetivo de los gobiernos no es sino conservar el poder del Estado, pero entendido como conservación del *status* de poder de un individuo o una familia⁴¹. Porque, en reflexión de SIEBER, "la disolución de las diferenciaciones políticas y jurídicas entre seguridad interior y exterior, crimen y guerra, prevención y represión, policía y servicios secretos, así como policía y poder militar, crea en su

³⁴ PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

³⁵ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 33.

³⁶ SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, "Efectos de la crisis del Welfare State en el ordenamiento jurídico penal", en *Revista General de Derecho*, 2005, Iustel, www.iustel.com

³⁷ MUÑOZ CONDE, F., "El nuevo Derecho penal autoritario", en LOSANO, M.G. – MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, *op. cit.*, p. 182.

³⁸ PÉREZ CEPEDA, A.I., "La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional", *op. cit.*, p. 1346.

³⁹ MARESCA, M., "Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley", *op. cit.*, p. 101.

⁴⁰ MERCADO, P., "El proceso de globalización, el Estado y el Derecho", *op. cit.*, p. 156.

⁴¹ MARESCA, M., "Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley", *op. cit.*, p. 99.

conjunto un complejo y pluriestratificado *nuevo derecho de la seguridad*, que tiende sobre todo a impedir peligros y en el que el clásico Derecho penal en parte tan solo juega un papel limitado”⁴².

Esto es, se antepone el valor “seguridad” a cualquier otro, utilizándose como el perpetuo pretexto para no hacer los cambios sociales y económicos necesarios para reducir los niveles de pobreza y así alcanzar una mayor justicia social a nivel mundial⁴³. Ahora, en consecuencia, la concepción del Derecho penal que se impone está claramente enfocada a defender los intereses predominantes y no a favor de los sometidos, tan necesitados de mejorar sus condiciones de justicia conmutativa y distributiva⁴⁴. Y es que, en certeras palabras de BERGALLI, “cuando el espacio público pierde terreno a favor del privado, y las demandas sociales se hacen irrefragables, el recurso a la represión se hace insubstituible. Y este es el punto de comienzo para la expansión del control penal irrefrenable”⁴⁵.

Porque, de acuerdo con NAVARRO, son tres las notas características del Derecho penal de la globalización⁴⁶, o si se quiere del “moderno” Derecho penal: su expansión, su permanente flexibilización y la necesidad de su unificación. Su *expansión* se debe a que la criminalidad asociada a la globalización es principalmente económica, y en la que los riesgos a proteger ya nos son individuales, sino colectivos, por lo que se amplía la tutela penal a bienes jurídicos antes no protegidos. De su parte, la *flexibilización* se debe a que la protección de tales bienes, y frente a tales riesgos, exige la incorporación de tipos penales cada vez más abiertos y el recurso a los delitos de peligro abstracto y de comisión por omisión, con lo que se flexibilizan las reglas de la imputación y las garantías penales y procesales. Finalmente, la *necesidad de unificación* está clara, pues si la globalización requiere ciertos estándares mínimos de seguridad, también hará exigencia de una estandarización de los sistemas penales; esto es, de un Derecho penal global. Veamos, en todo caso, algunas de estas pautas:

⁴² SIEBER, U., “Límites del Derecho penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero o internacional”, trad. de Demetrio Crespo, en *Revista penal*, nº 22, julio 2008, p. 143.

⁴³ MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario”, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁴ VELÁSQUEZ, F., “Globalización y Derecho penal”, *op. cit.*, p. 190.

⁴⁵ BERGALLI, R., “Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía”, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁶ NAVARRO DOLMESTCH, R., “Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y amenaza de crisis del principio de legalidad: la incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, *op. cit.*, pp. 160 y ss.

A) *La Administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo: protección de bienes jurídicos colectivos y proliferación de los delitos de peligro abstracto*

El avance tecnológico y la actividad industrial han generado, sin lugar a dudas, el incremento de riesgos conocidos y la aparición de otros nuevos (por ej., derivados de la energía nuclear o de la tecnología genética), y frente a ellos se demanda seguridad. En base a esto –escribe RAMOS–, el Derecho penal se enfrenta a situaciones inciertas, en las que las categorías que había venido manejando durante mucho tiempo parecen convertirse en meras abstracciones, con muy poca virtualidad para hacer frente a los problemas y fenómenos presentes: es la *sociedad del riesgo*⁴⁷. Esto es, el deterioro progresivo del Estado-nación, de su economía, está condicionando las actuales políticas penales basadas predominantemente en el control, en la inspección permanente de los espacios en los que habitan esos sectores de riesgo, las nuevas “clases peligrosas”⁴⁸. La orientación es hacia objetivos preventivos, entendiéndose que las normas penales son el instrumento de control social al que acudir para conducir, y en su caso corregir, los desarrollos sociales⁴⁹. Porque, de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, en la actual sociedad los ciudadanos se han convertido en auténticas clases pasivas deseosas de eliminar cualquier atisbo de riesgo, y se identifican con la víctima del delito, de modo que el Derecho penal ha pasado de ser la *Magna Charta* del delincuente a ser la *Magna Charta* de las víctimas⁵⁰. O lo que es lo mismo, la disminución de los niveles de riesgo permitido es producto directo de la sobrevaloración esencial de la seguridad frente a la libertad, la libertad de acción ha cedido con claridad frente a la libertad de no pasión⁵¹.

Este fenómeno, que globalmente se puede denominar “administrativización del Derecho penal”, se caracteriza, pues, por la combinación de factores como la introducción de nuevos objetos de protección, la anticipación de las fronteras de protección penal, y la transición, en definitiva,

⁴⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, op. cit., p. 67.

⁴⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 36.

⁴⁹ PARIONA ARANA, R., “El derecho penal «moderno»”, en *Revista penal*, nº 20, julio-2007, p. 157.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª edic., Edisofer S.L., Madrid, 2011, p. 36.

⁵¹ *Ibidem*, p. 33.

de los delitos de lesión de bienes individuales al modelo de delito de peligro de bienes supraindividuales⁵². En consecuencia, se trata de una intervención marcadamente preventiva del Derecho penal para hacer frente a las recientes demandas de seguridad frente a las “nuevas” fuentes de riesgo, entendiendo que aquél puede adaptar sus estructuras y reglas a las necesidades modernas, aun cuando haya que reinterpretar algunas de ellas⁵³. Porque, ciertamente, han aparecido nuevos riesgos que provocan una situación de inseguridad superior a lo esperado de forma racional, dado el riesgo que objetivamente existe, y el ciudadano pide protección al Derecho penal.

En nuestra actual sociedad de riesgo, se exige, en definitiva, la protección de los derechos frente a los peligros para los bienes jurídicos que ella misma produce. Pone el acento en la prevención, pues trata de prevenir y controlar las fuentes generadores de los nuevos –o conocidos pero redoblados– grandes riesgos provenientes de las actividades tecnológicas e industriales⁵⁴. Protección de bienes jurídicos colectivos, sociales, estatales, con figuras abiertas en las que caben multitud de comportamientos. Protección de bienes jurídicos difusos con proliferación de los delitos de peligro abstracto y en detrimento de los delitos de peligro concreto, de lesión y de resultado⁵⁵. También de los imprudentes, pues la incriminación

⁵² DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 1048.

⁵³ NAVARRO CARDOSO, F., “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, *op. cit.*, p. 1324.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 1325.

⁵⁵ Pues los delitos de peligro abstracto, al disminuir las existencias típicas, facilitan la labor de subsunción del juez y, por ende, su aplicación, con lo que se constituyen en eficaz instrumento de consecución de seguridad. Es más, el hecho de que sean delitos de víctima lejana –o, incluso, delitos sin víctima– encaja perfectamente en el modelo de Derecho penal del riesgo, pues al anticiparse tanto la intervención penal, y criminalizarse sólo desviaciones de estándares de comportamiento, la capacidad lesiva de las conductas abstractamente peligrosas es sólo formal; incapaces, pues, de generar aún víctimas. *Vid.*, en NAVARRO CARDOSO, F., “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, *op. cit.*, p. 1335. Esto es, “se emplea la técnica de los delitos de peligro abstracto como una reacción frente a las inseguridades de orientación social ante las innovaciones, el aumento de la complidad, los cambios estructurales, las transformaciones tanto en el ámbito económico como en el tecnológico. En ellos la prohibición no se basa en una conocida capacidad para producir daños, sino simplemente en la sospecha, no confirmada por los conocimientos empíricos, de que pueden acarrear consecuencias indeseables”, *Vid.*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE – PÉREZ CEPEDA, “Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones”, en *Revista Penal*, nº 26, julio-2010, pp. 90 y 91.

de estas conductas por esa vía no resulta satisfactoria, al caracterizarse justamente por la confianza del agente en la no-producción del resultado⁵⁶. En todo caso, con este afán criminalizador de conductas peligrosas se incrementa la funcionalización del Derecho penal, que se pone al servicio del control político de los grandes problemas de origen social, lo que produce como efecto su clara expansión⁵⁷.

B) Expansión de la actividad punitiva y Derecho penal como prima ratio. La crisis del bien jurídico en su papel limitador

Ante la pretensión de salvaguarda a cualquier precio de la seguridad frente a los nuevos peligros, asistimos a la prevalencia del afán criminalizador sobre el despenalizador⁵⁸. Como hemos visto, los nuevos riesgos generan crecientes demandas de seguridad, y se acude al Derecho penal para su satisfacción. Es más, también se incrementan las penas en aquellas conductas que ya estaban insertas en el texto punitivo, a fin de intensificar la fidelidad a los estándares de comportamiento ya fijados, poniendo en apuros al mismo principio de proporcionalidad⁵⁹. Porque –de acuerdo con DEL ROSAL– “en el momento en que el debate desciende al terreno emocional de los miedos y las inseguridades, conceptos (científicos) como el de reinserción o reintegración social, rehabilitación, tratamiento terapéutico, etc, son imposibles de entender y asimilar por los sentimientos emocionales y primarios frente al delito y el delincuente, sentimientos que, sin embargo, procesan y aceptan, sin ninguna dificultad, la idea de castigo, venganza y, especialmente, la de quitar literalmente de en medio (inocuar o incapacitar) al delincuente”⁶⁰.

⁵⁶ DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 1049.

⁵⁷ NAVARRO CARDOSO, F., “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, *op. cit.*, p. 1327.

⁵⁸ Un fenómeno expansivo frente al que nuestra legislación no permanece tampoco ajena pues, como nos advierte SILVA SÁNCHEZ, en el propio Preámbulo de la LO 5/10, de 22 de junio, por la que se modifica ampliamente el Código penal español, se hace una insólita declaración de vocación expansiva, pues consagra este “ser actual” del Derecho penal como “deber ser permanente”; esto es, como una suerte de principio inspirador. Y ello porque el texto afirma que “la evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de Revisión”. Una revisión, que como el propio texto de la reforma muestra, no significa otra cosa que expansión. *Vid.*, en SILVA SÁNCHEZ, J., M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 189.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 1328.

⁶⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, *op. cit.*, p. 20.

Además, y por si lo anterior fuera poco, la decadencia progresiva del Estado social da paso a la represión penal de la pobreza en nombre de la seguridad interior y su regulación desde el aparato de la justicia penal⁶¹, con lo que asistimos —en clarificadoras palabras de PORTILLA— “a la aparición de la retórica moralista de la defensa de la seguridad ciudadana y el orden público”⁶². Esto es, ante el evidente aumento de la delincuencia, y el correspondiente sentimiento de inseguridad, se exige efectividad y protección. Se ha producido un giro punitivo que ha puesto fin a una supuesta “era de indulgencia”, buscando ahora hacer frente, de forma enérgica y decidida, no sólo al delito sino a todo un conjunto de conductas incívicas o antisociales que bordean los límites del Derecho penal, haciendo de la pura y dura represión (preferentemente carcelaria) el principal mecanismo de intervención, desatendiendo casi por completo la valoración y erradicación de las causas que provocan los comportamientos criminales o antisociales⁶³.

Porque el exponente máximo de la crisis del Estado social es la penalización de los sectores más perjudicados por ella, simbolizándose en la estrategia de la “tolerancia cero”. Una búsqueda de efectividad a toda costa del Derecho penal, que justifica su expansión, siendo los desempleados, los sin hogar, los mendigos, las prostitutas, los inmigrantes, etc, los principales objetivos de la actual política criminal de control⁶⁴. Y en ella, los principios de dignidad, del acto, de culpabilidad y proporcionalidad, pasan a ocupar un puesto secundario, hablándose en su lugar de la necesidad de privatizar la justicia y las cárceles. Esto es, se pasa de la *ultima ratio* a la *prima ratio* en la intervención penal. O lo que es lo mismo, y en definitiva, con la excusa de la alarma social que generan la inmigración, o los delitos contra la propiedad privada, se generaliza el léxico de la seguridad y se propone el olvido de los principios, apostando por la neutralización de las clases peligrosas, y sin inquirir legitimación alguna para la aplicación de la pena ni para la extensión del marco represivo policial⁶⁵.

⁶¹ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 50.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 11-08, 2009, p. 11.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 57.

⁶⁵ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 70. En ilustrativas palabras de FERRÉ, “el Derecho penal ha iniciado una carrera expansiva desmedida, abandonando lo que se suele denominar Derecho penal central o nuclear, permitiendo cuestionar la vigencia de

En definitiva, la actual tendencia a la sobrecriminalización (*Overcriminalization*), como indica HUSAK, comprende dos fenómenos: por un lado el *Overpunishment*, entendido como incremento de penas de los delitos ya existentes; y, por otro, la *Overcriminalization* en sentido estricto, con la que se designa la extensión del Derecho penal a hechos que se considera no deberían ser integrados en él⁶⁶. Un panorama en el que, en concreto, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos pierde toda su capacidad limitadora, tal y como se apunta desde diversos sectores doctrinales, siendo el más representativo la conocida como "Escuela de Frankfurt"⁶⁷.

El Derecho penal del riesgo, al estar basado en ofertas de criminalización, convierte al bien jurídico en criterio legitimador de expansión del Derecho penal, pues se pretende su intervención en esferas donde antes no lo hacía, o su anticipación en algunas en las que ya intervenía⁶⁸; o lo que es lo mismo, —y así nos lo recuerda NAVARRO CARDOSO— "el fundamento del injusto deja de ser el bien jurídico-penal para pasar a ser el propio desvalor de acción"⁶⁹. Una pérdida de la tradicional eficacia limitadora del bien jurídico, basada en la búsqueda de estabilización de determinados elementos de identidad social a fin de garantizar la vigencia de la norma; esto es, la exigencia de que la pena cumpla una función preventivo-general positiva. En definitiva, un Derecho penal simbólico

muchos de sus tradicionales principios", *Vid.*, en FERRÉ OLIVÉ, J.C., "¿Hacia un nuevo Derecho penal sectorializado?", en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Coord.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, p. 231.

⁶⁶ HUSAK, *Overcriminalization. The limits of the Criminal Law*, Oxford/New York, 2008. Citado por SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 193.

⁶⁷ Conformada por los profesores de Frankfurt: Winfried HASSEMER, Wolfgang NAUCHE y Peter-Alexis ALBRECHT, y para quienes el Derecho penal "clásico" se asocia al modelo de ordenamiento jurídico desarrollado en el curso de los siglos XVIII y XIX que se apoyó en la filosofía de la Ilustración y del idealismo alemán. *Vid.*, en PARIONA ARANA, R., "El derecho penal «moderno»", *op. cit.*, p. 157.

⁶⁸ En elocuentes palabras de NAVARRO, "lo característico del Derecho penal del riesgo es que en sus objetos de tutela no siempre subyacen en última instancia derechos humanos clásicos o pertenecientes a una nueva generación, sino condiciones o estándares de seguridad necesarios para la estabilidad del sistema. Se trata de evitar perturbaciones sociales que afectan sólo a la estabilidad de los contextos económicos, en cuanto no se ajustan a dichos estándares. Consecuencia inmediata es la formalización del contenido material de los bienes jurídico-penales funcionalizándolos en atención a las necesidades de seguridad. *Vid.*, en NAVARRO CARDOSO, F., "El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador", *op. cit.*, p. 1332.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 1333.

que sólo trata de transmitir sensación de seguridad⁷⁰ y que, para ello, flexibiliza las garantías y reglas de imputación hasta límites intolerables. Un claro acercamiento –nos advierte SOTOMAYOR– del Derecho penal moderno (o del riesgo) al Derecho penal del enemigo, pues ambos modelos convergen en la deslegitimación de un Derecho penal garantista o liberal, desde el momento en que el Derecho penal mengua su capacidad crítica, en otrora limitadora del poder punitivo, convirtiéndose en un instrumento de promoción o reafirmación de los intereses sociales⁷¹.

C) *La tendencia al antigarantismo penal y procesal*

En la actualidad, y como crítica de la “Escuela de Frankfurt”, asistimos a un reemplazo del Derecho penal de la Ilustración basado en las garantías, por un Derecho penal que deja de lado los principios o los flexibiliza de tal manera que los termina eliminando⁷². El fenómeno de la expansión se inserta claramente en un marco general de restricción, o reinterpretación, de las garantías clásicas del Derecho penal, y ello debido a circunstancias que conectan con la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos (bienes jurídicos supraindividuales), la técnica de tipificación utilizada (los delitos de peligro abstracto), y las características de los autores (criminalidad organizada, transnacional, etc.)⁷³. Esto es, en la búsqueda de la defensa de los bienes jurídicos a costa de lo que sea, el principio de legalidad ya no se alza como un axioma y se asiste a la abundancia de tipos abiertos, abuso de las normas penales en blanco y de cláusulas generales en los tipos delictivos.

Una tendencia hacia un “populismo antigarantista”, en donde cualquier derecho fundamental queda reducido a un mínimo en pos de la eficiencia del poder represivo del Estado de derecho, con el fin expreso o no de calmar a la opinión pública y su idea ancestral de venganza⁷⁴. Y es que el actual “derecho a la seguridad” contradice la función clásica de garan-

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 1329 y ss.

⁷¹ SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., “¿El Derecho penal garantista en retirada?, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

⁷² DONA, E.A., “¿Es posible el Derecho penal liberal?”, en LOSANO, M.G. – MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, *op. cit.*, p. 209.

⁷³ DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 1051.

⁷⁴ DONA, E.A., “¿Es posible el Derecho penal liberal?”, en LOSANO, M.G. – MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, *op. cit.*, p. 220.

tía de los derechos fundamentales, pues a medida que más crezca el derecho fundamental a la seguridad, el clásico derecho a la libertad se verá recortado⁷⁵. Esto es, y en expresivas palabras de DEL ROSAL, “el nuevo becerro de oro del Derecho penal en que se ha convertido el paradigma del riesgo provoca una sustancial despreocupación por los derechos individuales”⁷⁶. Porque la conversión del Derecho penal en un Derecho penal-policial absoluto equivale, prácticamente, a la eliminación del individuo para lograr la conservación de la sociedad⁷⁷.

Esto es, frente al Derecho penal clásico, elaborado fundamentalmente sobre la base de los delitos de homicidio o de hurto, cometidos de forma individual, el actual Derecho penal de la globalización ofrece un paradigma de delito organizado que vulnera bienes supraindividuales con repercusiones claras: se amplían los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, provocando un Derecho penal menos garantista, en el que castigan los ataques a nuevos bienes jurídico-penales, las tradicionales reglas de imputación muestran una rigidez decreciente⁷⁸, y en el que también se relativizan los principios político-criminales de garantía, tanto sustantivos como procesales⁷⁹.

El antigarantismo o fuerte restricción de las garantías de los ciudadanos también alcanza al Derecho procesal, donde se introducen los procedimientos breves y sumariales, lesionándose gravemente las garantías del debido proceso. Porque “el 11-S –escribe PORTILLA– ha reorientado la filosofía de la seguridad global, creando un proyecto de defensa en el que desaparece el principio de legalidad procesal y se muda en un Leviatán

⁷⁵ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 52.

⁷⁶ DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, op. cit., p. 62.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁷⁸ FERRÉ OLIVÉ, J.C., “¿Hacia un nuevo Derecho penal sectorializado?”, op. cit., p. 232. La flexibilización alcanza a casi todas las reglas de imputación: en lo que a la *imputación subjetiva* se refiere, pierde significado la distinción entre dolo e imprudencia, transformándose el dolo eventual (el conocimiento de la conducta riesgosa) en paradigma del tipo subjetivo. En el ámbito de la *autoría y participación*, se difuminan las diferencias entre ambas categorías, aproximándose a un concepto unitario de autor, por no hablar de las pretensiones crimatorias en el ámbito de las personas jurídicas abogándose por la exigencia de responsabilidad a las mismas. En cuanto al *iter criminis*, se criminalizan como formas consumadas conductas propias de ámbitos previos, incrementándose, de este modo, la intensidad de la reacción penal. *Vid.*, en NAVARRO CARDOSO, F., “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, op. cit., p. 1338.

⁷⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Prólogo”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, op. cit., p. 11.

omnipresente e incontrolable, un Leviatán global interesado en el control y vigilancia de la identidad del sistema y la exclusión de lo diferente. Así, desde aquella fecha, la gama de medidas adoptadas, al principio sólo destinadas a los sospechosos y, posteriormente, extendidas a la observación de todos los ciudadanos, es múltiple: “escuchas ilegales”, el control electrónico en autopistas o el detector de personas. Medidas que, con la excusa de la lucha contra la delincuencia, promueven una identificación entre el modelo policial y los servicios secretos”⁸⁰.

D) El abandono del ideal resocializador en la lucha contra el enemigo. La privatización de las funciones de control

En este marco legislativo mundial, no cabe duda, y es lógico habida cuenta de todo lo que hemos visto hasta ahora, la población penitenciaria crece a un ritmo superior al de ninguna otra época, a lo que debe añadirse el internamiento de migrantes irregulares en centros de detención. Un incremento que, sin embargo, –nos recuerda BRANDARIZ⁸¹ no es proporcional al incremento de la criminalidad⁸², sino el efecto de los nuevos modos de gestión del deterioro de la situación social y de la emergencia de la exclusión social⁸³. Y es que la prisión, de acuerdo con DEL ROSAL,

⁸⁰ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 51.

⁸¹ BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, op. cit., p. 29. En el mismo sentido, TAMARIT SUMALLA, J.M., “Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-06, 2007.

⁸² Son indicadores numéricos que podrían explicar la situación: a) el índice de encarcelamiento en nuestro país es el más alto de toda Europa occidental (en 2008 era de 159 por cada 100.000 habitantes); b) La duración media de las condenas ha pasado de 9.7 meses en 1996 a 17.4 meses en 2004; c) La evolución de las libertades condicionales también ha disminuído, y en el periodo 1996-2006 ha pasado de 25/100 a 11/100 (un descenso del 40%); y d) El número de personas clasificadas en tercer grado también ha disminuído (en el 2006 era tan sólo de un 14,4%). Vid., en LARRAURI PIJOÁN, E., “La economía del castigo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06, 2009, p. 7.

⁸³ En nuestro país la población reclusa se ha multiplicado en los últimos 10 años, hasta casi alcanzar los 80.000 presos. Un claro aumento de la población penitenciaria que, de acuerdo con MUÑOZ CONDE, se debe sin duda al incremento de las penas de prisión que se ha producido en las últimas reformas, sobre todo en los delitos que provocan más condenas a penas de prisión (delitos contra la propiedad y narcotráfico, sobre todo), a la falta de alternativas eficaces a la pena, y la creencia generalizada en la sociedad y en la política de que lo mejor que se puede hacer con los delincuentes es apartarlos de la sociedad, internándolos en centros penitenciarios, cuya principal labor es la pura custodia y vigilancia. Vid., en MUÑOZ CONDE, F., “El Derecho penal en tiempos de cólera”,

“se está utilizando para gobernar la pobreza, porque contribuye a regular los segmentos más bajos del mercado laboral; complementa y compensa la desaparición del *ghetto* como mecanismo para confinar a la población desviada, tortuosa o peligrosa, o, incluso, superflua desde el punto de vista de la planificación económica o política; y está directamente conectada con toda la gama de organizaciones y programas dirigidos a asistir a la población desposeída”⁸⁴.

Las medidas que hoy se proponen, y se imponen, están basadas en la expulsión, la exclusión o la humillación del infractor. Un retorno al modelo penal fundado en criterios de utilidad, daño social, en la concepción de la ruptura del contrato social y en reconstrucción del “enemigo”, que no sólo disciplina al sujeto sino que lo controla en el espacio de peligro supuestamente generado por el colectivo en el que se integra⁸⁵. Esto es, el Derecho penal se convierte en un instrumento efectivo de política interna para combatir al “enemigo”, por lo que se preconizan las penas más severas y rígidas, sin pretensiones de resocialización. La prisión ya no se configura como modelo de perfeccionamiento de cuerpos y almas, sino como emplazamiento de acumulación y desaparición de los sujetos. La prisión cede paso a la exclusión del sujeto, contribuye a la separación, al aislamiento de las “clases peligrosas”, que así no contaminan a los sectores productivos⁸⁶. Porque lo que importa no es lo que hacen los individuos, sino su capacidad potencial para hacerlo como integrantes de un grupo de riesgo, por lo que –escribe literalmente PORTILLA– “la medida de seguridad, la expulsión, la exclusión, en definitiva, la inocuización del sujeto, son las nuevas herramientas del Derecho penal”⁸⁷. Una exclusión que, no obstante, y contrariamente a lo pretendido, más que intimidarlos, puede incluso llevarles a legitimar su ataques al Estado.

Sea como fuere, el incremento de población penitenciaria no ha conllevado, de su parte, el necesario aumento de gasto público en este campo. Ciertamente, la búsqueda a toda costa de seguridad ha obligado a incrementar los recursos materiales y humanos destinados a esa labor, tanto en materia policial como penitenciaria, pero aún así no es suficien-

en MUÑOZ CONDE –LORENZO SALGADO –FERRÉ OLIVÉ –CORTES BECHIARELLI –NÚÑEZ PAZ, (Dir.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 880 y 881.

⁸⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁵ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 40.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 42.

te. Es por ello que somos testigos de un fenómeno privatizador de la tradicional función de control del Estado. Esto es, en las últimas décadas se asiste al fenómeno de privatización, tanto de la reclusión penitenciaria como de los dispositivos y medios personales de vigilancia –la seguridad privada–⁸⁸. Un “recorte” del presupuesto público que, paulatinamente, va alcanzando también a la realidad penitenciaria, como ya ocurre en Estados Unidos⁸⁹: disminución del nivel de vida y los servicios penitenciarios, sobre todo en materia de deporte y actividades resocializadoras; mejora de los mecanismos de vigilancia a través de las nuevas tecnologías en materia audiovisual e informática; transferencia de parte de los costes del encarcelamiento a sus familias, cobrando determinados servicios; reintroducción del trabajo no cualificado en las cárceles, mediante convenios con grandes empresas, etc.

III. REFLEXIÓN INEXCUSABLE: ¿ES IMPARABLE EL PROCESO DE “MODERNIZACIÓN” DEL DERECHO PENAL?

1. ENTRE EL DERECHO PENAL “CLÁSICO” Y EL DERECHO PENAL “MODERNO”

En definitiva, ¿es necesaria hoy en día la expansión del Derecho penal? ¿Debe intervenir el Derecho penal en la lucha contra riesgos a fin de prevenir su posible concreción en resultados como defiende el Derecho penal “moderno”? ¿o debe limitarse únicamente a sancionar las conductas que hayan lesionado bienes jurídicos como defiende el derecho penal “clásico”? ¿es ilegítimo el uso de los delitos de peligro abstracto?⁹⁰ O lo que viene a ser lo mismo; ¿se puede “frenar” la modernización del Derecho penal? De contestar negativamente, ¿se deben “relajar” las reglas de imputación y los principios garantistas liberales?, ¿cómo se puede “controlar” la intervención del Derecho penal a fin de que preserve la legitimidad imprescindible en un Estado de Derecho?

Como ya vimos, la propuesta de la Escuela de Frankfurt no es sino la de volver al Derecho penal liberal, recuperar su configuración como un Derecho estricto de garantía de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado. Una postura contradictoria a la expansión del Derecho penal con la que no todo el mundo está de acuerdo, produciéndose una “lucha teórica” entre partidarios y detractores de la expansión del Derecho pe-

⁸⁸ BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

⁹⁰ PARIONA ARANA, R., “El derecho penal «moderno»”, *op. cit.*, p. 156.

nal, y que MARTÍNEZ-BUJAN explica de manera muy gráfica contraponiendo la teoría del *Big Bang* –la tendencia en la práctica y en la doctrina penal a la expansión del Derecho penal a campos tradicionalmente excluidos– y la teoría del *Big Crunch* –quienes propugnan una reducción del ámbito de lo delictivo y una vuelta al Derecho penal clásico–⁹¹.

Esto es, asistimos a la confrontación entre los defensores del retorno al Derecho penal “clásico”, orientado a las garantías y negando con ello la intervención del Derecho penal en la lucha contra riesgos –salvo que sea para proteger al individuo –; y los defensores de un Derecho penal “moderno”, para quienes la ampliación de la esfera del Derecho penal es ineludible a la hora de satisfacer las actuales exigencias preventivas frente a los innumerables riesgos de nuestra sociedad. Para los “clásicos” sólo se deben proteger bienes jurídicos individuales, la protección de bienes jurídicos colectivos, sobre todo a través de los delitos de peligro abstracto, flexibiliza de forma intolerable las reglas de imputación penal y relaja las garantías penales como consecuencia del adelantamiento de las barreras de intervención penal, lo que supondría una intervención ilegítima en el ámbito de libertad del individuo. Para los “modernos”, sin embargo, el Derecho penal también tiene funciones preventivas frente a los nuevos riesgos, debiendo intervenir antes de que se produzca el daño –lo que justificaría la utilización de los delitos de peligro abstracto–, pues una vez producido las consecuencias serían irreparables para la sociedad⁹². Es más, para quienes defienden la necesaria modernización del Derecho penal, el Derecho penal “clásico” no era tan perfecto como se quiere mostrar, ni está pensado para la sociedad que ahora pretende regular⁹³. Pero,

⁹¹ Véase al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán...*, *op. cit.*, pp. 396 y ss.

⁹² PARIONA ARANA, R., “El derecho penal «moderno»”, *op. cit.*, pp. 157 y 158.

⁹³ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, *op. cit.*, p. 78. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, literalmente escribe: “El Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden ahora en realidad nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formas que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. La verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días”. *Vid.*, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 149. En concreto, son tres las críticas que se le hacen al Derecho penal “clásico” de la Escuela de Frankfurt, y que SOTOMAYOR resume así: 1) el concepto de bien jurídico del que parte podría conducir a

¿quién tiene la razón? Seguramente ni unos ni otros, y aquí también cabría aplicar eso de “todos los extremos son malos”, y la solución quizás esté a medio camino. Pero, ¿cuál es?

2. ¿LA SOLUCIÓN ESTÁ EN EL DERECHO PENAL DE DOS O TRES VELOCIDADES DE SILVA SÁNCHEZ?

A medio camino entre la propuesta de la “Escuela de Frankfurt” de regresar al Derecho penal liberal (Derecho penal mínimo y rígido), y la actual tendencia a un Derecho penal amplio y flexible, SILVA SÁNCHEZ, partiendo de que el problema no es tanto la expansión del Derecho penal como, en concreto, la expansión de la pena privativa de libertad⁹⁴, propone un Derecho penal configurado en torno a un “modelo dual” en el que existan dos bloques, o velocidades, con reglas de imputación y principios de garantías a dos niveles⁹⁵: *en el Derecho penal de primera velocidad* se incluirían los delitos clásicos de bien jurídico individual y sancionados con pena privativa de libertad, que mantendrían todas las garantías y reglas de imputación del Derecho penal liberal, sería el “núcleo duro”; y *en el Derecho penal de segunda velocidad*, se incluirían aquellos delitos que se han ido introduciendo en el proceso de modernización, que responden a la aparición de nuevos riesgos, y que no deberían ser sancionados con pena privativa de libertad sino con otro tipo de sanciones como multas o inhabilitaciones⁹⁶. En este segundo bloque, las reglas de imputación y los principios de garantía podrían

desterrar la protección, por parte del Derecho penal, de bienes jurídicos colectivos como la salud pública, el medio ambiente, el orden socioeconómico, etc.; 2) se cuestiona el hecho de que el Derecho penal concentre su atención precisamente en la criminalidad característica de los sectores más vulnerables de la población (atentados al patrimonio, la vida, integridad personal, etc), situación cuando menos funcional a los planteamientos minimalistas propios de la ideología neoliberal conservadora; y 3) se objeta que el garantismo concentre su atención en la protección del delincuente y olvide la protección de la sociedad. *Vid.*, SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., “¿El Derecho penal garantista en retirada?”, en *Revista Penal*, nº 21, enero-2008, p. 157.

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, op. cit., p. 118.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 121 y ss.

⁹⁶ Una propuesta de régimen sancionador que el propio autor reconoce como imprecisa, pues se limita a señalar que los delitos de nuevo cuño, caracterizados por lesividad y taxatividad disminuidas, así como por reglas de imputación laxas, no deberían recibir penas privativas de libertad. Ahora bien, aclara que con ello no quiere señalar necesariamente, en cambio, que los delitos ubicados en el núcleo del Derecho penal no puedan recibir penas exclusivamente privativas de derechos. Pero sí que cualquier pena privativa de libertad debería vincularse a ilícitos penales dotados de lesividad precisa y aplicados con reglas rígidas de imputación, lo que no significa que no puedan ser ilícitos

ser flexibilizados, pues dada la naturaleza de los intereses protegidos su tutela sería imposible en el marco de reglas y principios clásicos⁹⁷, y dentro del mismo incluye al Derecho penal económico⁹⁸. Porque a juicio de este autor, la vuelta el Derecho penal de la Ilustración es pura utopía y no cabe frenar cierta expansión del Derecho penal, habida cuenta de la configuración y aspiraciones de las sociedades actuales⁹⁹. Con su propuesta –advierte– no se trata de distinguir según sujetos, como sí hace el Derecho penal del enemigo, sino según hechos y según consecuencias jurídicas. Y los hechos que considera no merecer esa inclusión en el núcleo del Derecho penal de la pena privativa de libertad se caracterizan por responder a estructuras de anticipación o acumulación (o una mezcla de ambas), porque el modelo de tipificación y punición que ejemplifican supone una quiebra de algunas de las garantías básicas del Derecho penal (lesividad, proporcionalidad y taxatividad)¹⁰⁰.

Frente a esta teoría, la mayor crítica a juicio de, entre otros¹⁰¹, MARTÍNEZ-BUJÁN, es la exclusión que el profesor de Barcelona hace de los delitos socioeconómicos como delitos del “núcleo duro”, cuando su punición viene exigida por el propio estado de cosas actuales: el de la globalización donde es ineludible un control exhaustivo de las actividades

penales relativamente leves, sino que su lesividad esté garantizada en términos taxativos. *Vid.*, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 204 y 205.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 123.

⁹⁸ Respecto del cual considera que cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación (por ejemplo, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de la autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc.) como también de los principios político criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad. Ahora bien, consciente de que hoy por hoy, se castigan con importantes penas de prisión, considera que mientras esto sea así deben integrarse en el núcleo duro del Derecho penal, con las máximas garantías y las más rigurosas reglas de imputación. *Vid.*, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 121.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 201.

¹⁰¹ Para KRETSCHMER, tal distinción no es convincente porque, si bien es cierto que la pena privativa de libertad es la más severa, también lo es el hecho de que se puede imponer como responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Entonces ¿también ahí deben regir menores garantías? Es más, los tipos penales que no amenazan con pena privativa de libertad pueden unirse con las contravenciones administrativas, por tanto, ¿qué progreso aporta la doble vía? *Vid.* en KRETSCHMER, B., “Los peligros de la expansión del Derecho penal”, recensión de la obra SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 213. En el mismo sentido, SANZ MORÁN, A.J., “La expansión del Derecho penal”, también en su recensión a la obra SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 225 y ss.

económicas¹⁰². Una postura más o menos generalizada que para SILVA SÁNCHEZ es una suerte de reivindicación académica de la pena privativa de libertad que, pese a ser tantas veces cuestionada, cuando se trata de su imposición a los “poderosos” parece que experimenta una especie de redención intelectual que la convierte en legítima, y ello pese a que “los objetivos de prevención general intimidatoria ya se hayan conseguido sobradamente a lo largo del proceso y no haya efectos de prevención especial positiva esperables”¹⁰³. Un escepticismo respecto a los aparentes efectos beneficiosos de la expansión punitiva hacia los poderosos, que LAURENZO comparte, recordándonos que, en la práctica, siguen siendo los marginados los que acaparan la mayoría de las condenas penales, pues en las grandes organizaciones criminales son precisamente éstos quienes aparecen en primera línea quedando directamente expuestos a la persecución¹⁰⁴. Una realidad judicial de la que no puede excluirse, en palabras literales de MILITELLO, “la posibilidad de que ello sea el fruto parcial de un proceso de mutación del funcionamiento tradicional —solo unidimensional— del sistema penal, a favor de una progresiva consideración de la pluralidad de tipos sociales que pueden ser autores de delitos”¹⁰⁵.

Sea como fuere, ni la profesora malagueña ni el profesor italiano comparten el dictado de que se aleje a toda la “nueva delincuencia” del núcleo duro de la criminalidad, y que, por tanto, se considere menos grave que la criminalidad clásica. Un juicio de menor gravedad difícil de

¹⁰² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales”, *op. cit.*, pp. 408 y ss.; En el mismo sentido, RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰³ Y al respecto se pregunta si éste considera seriamente que esa reivindicación del dolor penal en casos en que resulta difícil hallarle otra explicación que una más que discutible retribución no va a repercutir en otros casos de *blue collar crime*, en los que, además, al menos habrá siempre una exigencia adicional de intimidación individual o inocuización, además de la existente en términos de prevención general positiva? *Vid.*, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 202. Una pregunta magníficamente respondida por LAURENZO al alegar que observando las características de esa nueva delincuencia (delitos socioeconómicos, grandes catástrofes medioambientales, adulteración de alimentos a gran escala, manipulaciones genéticas, etc.), resulta evidente que no cualquiera puede cometer tales hechos, sino sólo quienes ostentan el poder económico y ocupan posiciones elevadas en la estructura social, es decir, “los poderosos”. *Vid.*, en LAURENZO COPELLO, P., en su recensión a la obra SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 262.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 245.

¹⁰⁵ MILITELLO, V., “Modernas tendencias de política criminal y transformación del sistema penal”, recensión a la obra SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 286.

aceptar —concordamos con LAURENZO—, “a la vista del enorme potencial destructivo y desestabilizador de la estructura social vinculado a muchas de las conductas captadas por la llamada criminalidad de los poderosos, como bien lo demuestran las reiteradas catástrofes ecológicas, los incalculables riesgos de una ingeniería genética incontrolada o los previsibles y graves perjuicios para la transparencia del mercado de valores que pueden derivarse de una operación importante de abuso de información privilegiada, por citar sólo algunos ejemplos”¹⁰⁶. De su parte, MILITELLO incluso va más allá, y reivindica la pena privativa de libertad para este tipo de delincuencia, pues a su juicio, si bien es verosímil que un recurso más amplio a penas privativas de derechos pueda incidir en un amplio espectro de actividad de la criminalidad de empresa, eso no quita que la eficacia de la pena de prisión para determinadas formas de manifestación de la criminalidad organizada permanezca difícilmente sustituible por sanciones alternativas *ad hoc*¹⁰⁷.

En todo caso, y aunque lo cierto es que la expansión del Derecho penal es necesaria en determinados ámbitos, por obvias razones de protección frente a los cambios operados por la globalización, esto no significa, ni mucho menos, utilizar el Derecho penal como instrumento de transformación de las estructuras sociales. Esto es, y de acuerdo con WEEZEL DE LA CRUZ, no es posible interponer una limitación más enérgica a la expansión “modernizadora” que el fortalecimiento de otras instancias de protección respecto de las cuales el Derecho penal no debería perder su carácter subsidiario¹⁰⁸. Porque seguramente la modernización del Derecho penal sea necesaria, pero nunca renunciando a los principios, no ya del Estado de Derecho, sino del Estado social y democrático de Derecho, tal y como recuerda GRACIA MARTÍN¹⁰⁹. Esto es, no se trata de abogar por una retirada drástica del Derecho penal, sino de que presente batalla allí donde puede, y sin renunciar a

¹⁰⁶ LAURENZO COPELLO, P., en su recensión a la obra SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 258.

¹⁰⁷ MILITELLO, V., “Modernas tendencias de política criminal y transformación del sistema penal”, *op. cit.*, p. 286.

¹⁰⁸ WEEZEL DE LA CRUZ, A.V., en su recensión a la obra SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 242.

¹⁰⁹ GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 190 y ss.

las tradicionales reglas de imputación y a los principios garantistas que ordena dicha actuación¹¹⁰.

Pero el problema tampoco acaba aquí, pues SILVA SÁNCHEZ habla incluso de admitir una *tercera velocidad* del Derecho penal “en el que el Derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y principios procesales”, por considerarlo inevitable para algunos ámbitos excepcionales si bien por tiempo ilimitado¹¹¹. Y ello porque constatada la existencia real de tal Derecho penal en nuestros días, busca darle una legitimidad basada en “consideraciones de absoluta necesidad subsidiariedad y eficacia, en un marco de emergencia”¹¹².

Esta propuesta, en completo acuerdo con FARALDO¹¹³, es del todo inadmisibles por suponer el traslado a nuestra legislación del debate en torno al Derecho penal de enemigo desarrollado en Alemania. A su juicio, la legitimidad de la tutela de bienes jurídicos supraindividuales, difusos o colectivos no puede ser negada; la técnica de los delitos de peligro abstracto es perfectamente admisible y legítima según y donde se ponga el objeto de protección; y, finalmente, la utilización de tipos abiertos que se remiten a la legislación extrapenal tampoco puede ser cuestionada, siempre que el núcleo de la prohibición esté en el Código penal pues, para esta profesora de la Universidad de A Coruña, la administrativización del Derecho penal debe ser entendida como un acercamiento del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal en el plano de las garantías¹¹⁴. Ahora bien, este hecho, y el de que existen criminales peligrosos

¹¹⁰ NAVARRO CARDOSO, F., “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, *op. cit.*, p. 1341.

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 163 y 164.

¹¹² *Ibidem*, p. 166. Si bien en la 3ª edición de su libro, este autor flexibiliza su postura aclarando que en ningún caso propone un Derecho penal con menos garantías, sino que se limita a constatar que se está produciendo un crecimiento del Derecho penal con una paralela disminución de garantías, limitándose a sugerir “que a la constatada disminución de garantías se asocie una disminución de la presión punitiva que, sino ha de conducir a la despenalización, al menos sí conduzca a la renuncia a la pena privativa de libertad”. *Vid.*, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 198.

¹¹³ FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, *op. cit.*, p. 306.

¹¹⁴ Si bien no todo el mundo está de acuerdo pues, entre otros, NAVARRO considera que el Derecho penal es absolutamente ineficaz en orden a lograr evitar la actualización de los riesgos. A su juicio, ello sólo sería posible adelantando la barrera de protección a unos estadios tan alejados de la lesión, que se abandonaría lo cuantitativo para adentrar-

frente a los que la respuesta penal no es suficiente, o fenómenos delictivos que plantean retos especialmente arduos en lo referente a investigación y prueba, no justifican el cambio de modelo de un Derecho penal de ciudadanos a otro de enemigos¹¹⁵. Porque el Derecho penal de segunda y tercera velocidad seguramente puede ser un medio más eficaz en la lucha contra las amenazas de la sociedad global, pero, en sus propias palabras, "lo será a costa de disminuir la libertad de todos los ciudadanos y de infringir el principio de igualdad"¹¹⁶. Es más, reconocer la existencia de personas autoexcluidas del modelo comunitario, supone tanto como aceptar que los ciudadanos podemos elegir entre estar dentro o fuera del sistema de convivencia. Una conclusión que, en completo acuerdo con LAURENZO, "debilita la imagen social de estabilidad y consistencia del modelo normativo en cuyo nombre se producen tales excesos punitivos"¹¹⁷. Entonces, si esta tampoco es la vía de solución, ¿cuál sería?

3. LA RECUPERACIÓN DE LA FUNCIÓN LIMITADORA DEL BIEN JURÍDICO

Ciertamente corren malos tiempos para las libertades individuales y también para el Estado de Derecho, luego tampoco son buenos los tiempos para las concepciones garantistas del Derecho penal ante el claro desbordamiento del poder estatal¹¹⁸. Ahora bien, y de acuerdo con PARIONA, no se trata de llevar las posturas al extremo y plantear dilemas que no existen. Tampoco se trata de que "el viejo Derecho penal europeo" sea el buen Derecho y el Derecho penal moderno sea ilegítimo *per se*. Y es que, como han señalado ROXIN, KUHLEN SCHÜNEMANN y WOHLERS, "se debe proceder más bien, analizando en cada caso cuando nos encontramos ante intervenciones ilegítimas y cuándo estas intervenciones es-

se en lo cualitativo, con lo que el problema de la ineficacia se convertiría en un problema de legitimidad. De otra parte, el atribuirle al Derecho penal una capacidad de conducción de comportamientos, cuando se recurre a los delitos de peligro abstracto, es ciertamente discutible, pues al no hacerse visible el desvalor del resultado, merma la capacidad preventivo-general de la sanción y, por tanto, la capacidad para ejercitar Pedagogía social. *Vid.*, en NAVARRO CARDOSO, F., "El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador", *op. cit.*, pp. 1343 y ss.

¹¹⁵ FARALDO CABANA, P., "Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", *op. cit.*, pp. 312 y 313.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 314.

¹¹⁷ LAURENZO COPELLO, P., en su recensión a la obra SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 263 y 264.

¹¹⁸ SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada", *op. cit.*, pp. 148 y 149.

tán justificadas bajo el manto de legitimidad en el cumplimiento de los fines propios del Derecho penal"¹¹⁹.

Porque si hay una cosa clara es que la modernización del Derecho penal es necesaria e imparable, pues los problemas de nuestro tiempo necesitan de respuestas que un Derecho penal pensado para los existentes en el siglo XVIII no está en condiciones de darnos. Pero eso no se debe hacer a cualquier precio, pues si la modernización del Derecho penal realmente quiere representar una "evolución" del mismo, se debe llevar a cabo con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho, y no a golpes de seguridad¹²⁰. O lo que es lo mismo, cuando se reivindica un Derecho penal liberal frente a las propuestas de modernización del Derecho penal, no debe entenderse una demanda a la legislación penal del siglo XVIII o a la sociedad de entonces. Se trata, por el contrario, de reivindicar un modelo de Derecho penal liberal, esto es, un Derecho penal cuya legitimidad depende, de acuerdo con SOTOMAYOR, "no de la mera consecución de determinados fines, sino de obtención de dichos fines de conformidad con ciertas reglas, de cuya observancia depende la admisibilidad del recurso a la herramienta penal"¹²¹.

El Derecho penal debe cumplir necesariamente su función social, lo que supone que también debe ser eficaz en la lucha contra los riesgos en el marco de la sociedad actual. Esta intervención es, incluso, "un deber ético del Estado"¹²². Porque es erróneo pensar que una intervención garantista del Derecho penal parte ineludiblemente de la ilegitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos¹²³. Al revés, y de acuerdo con LAURENZO, una adecuada comprensión del sentido del bien jurídico presupone la adaptación del Derecho penal a cada situación histórica (delimitada geográfica y temporalmente), pues no se trata sino de localizar situaciones o estados de cosas que precisamente por su "funcionalidad" a un determinado sistema social, adquieren una especial entidad y deben ser conservadas. Y es que, en sus propias palabras, "el actual estado de debilidad de la teoría del bien jurídico responde en realidad a razones coyunturales ajenas al concepto del mismo y, por ello, susceptibles

¹¹⁹ PARIONA ARANA, R., "El derecho penal «moderno»", *op. cit.*, p. 159.

¹²⁰ DEMETRIO CRESPO, E., "Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»", *op. cit.*, p. 1052.

¹²¹ SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada?", *op. cit.*, p. 161.

¹²² PARIONA ARANA, R., "El derecho penal «moderno»", *op. cit.*, p. 165.

¹²³ SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada?", *op. cit.*, p. 158.

de ser superadas"¹²⁴. Una tarea nada fácil —continúa esta profesora—, sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de superar el obsoleto anclaje puramente individualista de este concepto, pero necesaria, porque mientras no exista un criterio alternativo de eficacia semejante, su desprecio podría favorecer aún más el irrefrenable fenómeno expansivo¹²⁵.

El esfuerzo sin duda merecerá la pena, pues permitiría fundamentar desde un punto de vista científico la idea cada vez más arraigada socialmente de que la delincuencia de los poderosos, aún alejada de la perturbación de bienes jurídicos individuales, contiene un alto potencial destructivo y desestabilizador del sistema social en su conjunto¹²⁶. Porque estamos con GRACIA MARTÍN en que desde la perspectiva del Estado social no puede haber la mas mínima duda sobre la importancia de los bienes jurídicos colectivos, ni sobre el valor y jerarquía muy superiores de algunos de ellos con respecto a algunos otros individuales tradicionalmente protegidos por el Derecho penal, como por ejemplo el medio ambiente en comparación con la propiedad privada¹²⁷.

Ahora bien, el que tal intervención sea legítima, dependerá de la medida en qué los principios tradicionales de imputación de responsabilidad penal pueden ser modificados sin renunciar a la necesaria libertad del individuo en un Estado de Derecho; esto es, se maximiza la función preventiva del Derecho penal sin menoscabar sus principios¹²⁸. O lo que es lo mismo, es legítima la prevención a través del Derecho penal, pero sólo en la medida de su compatibilidad con los principios de atribución de responsabilidad individual justa¹²⁹. En este sentido, y en definitiva, se debe analizar cada norma en particular para poder afirmar o no su legitimidad.

Porque la tarea del Derecho penal es, y seguirá siendo, la protección de bienes jurídicos. Luego, su intervención sólo será legítima si va dirigida a tal protección y, además, en tal tarea se adecúa a los mandatos de necesidad, eficacia, proporcionalidad y racionalidad. Prescindir de ello, estamos con LAURENZO, puede desembocar en una peligrosa sustitu-

¹²⁴ LAURENZO COPELLO, P., en su recensión a la obra SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, op. cit., p. 255.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 259.

¹²⁷ GRACIA MARTÍN, L., "La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)", en *Revista de Derecho penal y criminología*, 3ª Época, nº 3 (2010), p. 68.

¹²⁸ PARIONA ARANA, R., "El derecho penal «moderno»", op. cit., p. 159.

¹²⁹ SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada?", op. cit., p. 160.

ción de los límites materiales del Derecho penal por otros de naturaleza puramente formal, que si bien no generan por sí mismos el fenómeno expansivo, sin duda lo facilitan al eliminar toda clase de barreras axiológicas¹³⁰. Porque un Derecho penal que se agote en garantizar el funcionamiento del sistema penal se convertiría en legitimador y reproductor de las injusticias sociales, pues al sustituir el concepto de bien jurídico por el de "funcionalidad del sistema" perdería el último punto de apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo¹³¹.

La teoría jurídica del bien jurídico, por tanto, debe recuperar su rol crítico. Porque, a juicio de PARIONA, el bien jurídico es "la base material de la dogmática a pesar de todos los pronósticos apocalípticos"¹³². Un bien jurídico que, de este modo, se constituiría en el límite necesario frente a las actuales e imparable tendencias expansivas. Porque lo que nunca debe admitirse es el sacrificio de las garantías en aras a la modernización del Derecho penal, como una consecuencia "necesaria" o "inevitable", dejando de lado que, al fin y al cabo, se está ante una cuestión valorativa¹³³.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE UN DERECHO PENAL QUE HAGA FRENTE A LOS "NUEVOS" PROBLEMAS, PERO SIN OLVIDAR LOS "VIEJOS" LÍMITES

Es cierto que el panorama difícilmente podía vislumbrarse más negro para los penalistas que seguimos creyendo en las conquistas garantistas del pasado. De hecho, cabe aseverar que la desmoralización ha prendido en el ánimo de todos los que de uno u otro modo se ocupan del problema penal; una desmoralización que aumenta al mismo ritmo que el creciente y claro desprestigio social del derecho y la justicia penales¹³⁴. Sin embar-

¹³⁰ LAURENZO COPELLO, P., en su recensión a la obra SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 256.

¹³¹ RODRÍGUEZ MESA, M.J., "Las razones del Derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-10, 2007, p. 2.

¹³² PARIONA ARANA, R., "El derecho penal «moderno»", *op. cit.*, p. 164.

¹³³ SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada?", *op. cit.*, p. 162.

¹³⁴ En literales palabras de QUINTERO, "cual mancha de aceite se ha extendido en la sociedad española el desánimo y la convicción de que todo «lo de las leyes y los tribunales» es un inmenso fraude, de lo que se aprovechan todos los que creen que la panacea para una sociedad inteligente es el arreglo extrajudicial, a despecho de los muchos –la mayoría– que no pueden acceder a esa vía, y de la impunidad y falta de control de futuro que ese sistema tiene; y eso sin entrar en los muchos conflictos que no son, o no debieran

go, y a pesar de todos los obstáculos, los que nos dedicamos a esto con enorme vocación debemos seguir luchando, y con más fuerza si cabe.

Sin duda, las razones del mercado global requieren de un nuevo Derecho penal, pues el actual está pensado para un mundo de mercaderes que ya no existe. Un Derecho penal que tendrá que adaptarse a una cultura de la violencia, de la criminalidad económica organizada y del terrorismo internacional, también globalizados, y que necesitan una respuesta efectiva; pero, eso sí, sin renunciar nunca a las conquistas garantistas. Esto es, debemos someter a un control democrático el proceso globalizador, y buscar nuevas reglas que eviten sus efectos perjudiciales¹³⁵. No cabe duda en que hay que retomar el discurso garantista y recuperar el debate sobre los valores.

Los sistemas penales modernos no pueden ni mucho menos desatender los principios del Estado de Derecho, ni tampoco pueden extralimitar su actividad fuera de lo que anteriormente debe estar previsto como delito y como pena¹³⁶. Ahora bien, no es menos cierto que los actuales sistemas penales, pensados para otras épocas y circunstancias, se muestran insuficientes para controlar las formas de criminalidad impulsadas por la economía globalizada. En este ineludible contexto, frente a la huida posmoderna del Derecho, favorecida por las tesis sistemáticas, hay que oponer métodos universalistas centrados en los derechos humanos, ligados al reconocimiento de los derechos económico-sociales inherentes a la cualidad de persona, lo que implica la necesidad de una mutación radical tanto del modelo de producción como del propio Derecho penal¹³⁷.

La vigente sociedad *post-fordista* y post-industrializada necesita un Derecho penal preparado y dispuesto a controlar conductas que agreden derechos colectivos, y en consecuencia que vayan más allá de los derechos subjetivos para los que están pensados los actuales sistemas penales. La defensa penal de los derechos económico-sociales se hace especialmente necesaria en este periodo de globalización económica que

numca ser, objeto de transacción, porque no se juegan sólo los intereses de las partes formalmente enfrentadas". *Vid.*, en QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, p. 20.

¹³⁵ PÉREZ CEPEDA, A.I., "La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional", *op. cit.*, p. 1366.

¹³⁶ BERGALLI, R., "Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía", *op. cit.*, p. 73.

¹³⁷ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 267.

acentúa la crisis del Derecho y del Estado de Derecho¹³⁸. Es imprescindible introducir los derechos económicos en el ámbito general de reconocimiento de los derechos humanos, pues son el instrumento restaurador de la esfera autónoma del sujeto¹³⁹. Esto es, necesitamos un Derecho penal que le sirva de cortapisas a una Economía global que no respeta principios ni fronteras¹⁴⁰. Ahora bien, esto no se quiere hacer equivaler a más control penal, más represión, pues ese Derecho penal también debe ser respetuoso con los fundamentos de un Derecho penal mínimo basado –en palabras literales de PORTILLA– “en la exigencia de reducir las prohibiciones penales al «mínimo» y emplear el «mínimo sufrimiento necesario para infligir a la minoría de los desviados»”¹⁴¹. Y porque, de acuerdo con FERRÉ¹⁴², lo que necesitamos es un Derecho penal más pequeño, que precisamente por ello sería un instrumento mucho más eficaz.

En todo caso, y para que esta “empresa” sea algún día una realidad, se hacen absolutamente necesarios unos valores universales, derechos de carácter intrínsecamente humano, tales como la igualdad entre todos los seres humanos, la prohibición de la discriminación racial o sexual, la proscripción de la tortura y la injusticia de la pena de muerte¹⁴³. Porque la concepción del hombre que subyace tras el Derecho penal de la postmodernidad al que nos encaminamos es deprimente y filosóficamente inaceptable, negándole al individuo su capacidad de libertad y de regeneración moral, y tendiendo, además, a configurar una sociedad de sujetos recelosos e insolidarios, cada vez menos capaces de socialización e integración en el conjunto social¹⁴⁴.

¹³⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 335. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, L., “El Derecho penal ante la globalización económica”, en SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ – DEMETRIO CRESPO, (Dir.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial de riesgos*, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2010, pp. 63 y ss.

¹³⁹ MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario”, op. cit., p. 182.

PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 368.

¹⁴⁰ VELÁSQUEZ, F., “Globalización y Derecho penal”, op. cit., p. 203.

¹⁴¹ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 328.

¹⁴² FERRÉ OLIVÉ, J.C., “¿Hacia un nuevo Derecho penal sectorializado?”, op. cit., p. 240.

¹⁴³ ADEOATO, J.M., “La pretensión de universalización del Derecho como ambiente ético común”, en LOSANO, M.G. – MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, op. cit., p. 107.

¹⁴⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, op. cit., p. 63

Y aquí la labor del penalista es fundamental, pues, de acuerdo con VELÁSQUEZ, “tendrá que estar armado no sólo de una excelente formación teórica que le permita seguir el hilo conductor de la discusión contemporánea sino que, por imperativo, debe tener una excelente preparación para denunciar los atropellos cotidianos, y luchar sin cuartel por los derechos fundamentales de la persona en pro de la paz, en una sociedad pluralista y democrática”¹⁴⁵. Porque, como nos recuerda DEL ROSAL, el problema de la seguridad ciudadana no está asociado con la delincuencia, sino que “es un problema de cohesión, solidaridad y certidumbre, de modo que en la medida en que se debilitan las relaciones y los compromisos entre las personas se genera inseguridad y, por eso el mayor reto que tiene la seguridad es fortalecer los vínculos de la comunidad en una sociedad que tiende a debilitarlos”¹⁴⁶. Porque no es el delincuente el que crea problemas sociales, sino que son más bien los problemas sociales los que crean delincuentes¹⁴⁷.

Es necesario, por tanto, que asuman deberes aquellos que hasta ahora sólo han tenido derechos. Deberes para los ricos, los incluidos en el sistema, para que puedan seguir siéndolo, pero también derechos para los pobres y los excluidos para que lo puedan ser menos. Porque los derechos humanos no pueden seguir siendo derechos sin deberes, verdaderos privilegios de los “ciudadanos” votantes de los países occidentales¹⁴⁸. Porque los derechos fundamentales, o son derechos inclusivos (no exclusivos) o no son nada. Su máximo de realización sólo existe cuando su disfrute se generaliza, su esencia es la de ser comunes¹⁴⁹. Porque, en descriptivas palabras de MERCADO, “la tierra, la supervivencia de la especie humana, su patrimonio genético, las obras de sus innumerables culturas, o son de todos o no son nada”¹⁵⁰.

Ahora bien, para ello no basta con transformar las expectativas en derechos, es necesario cambiar también las condiciones práctico-materiales de la democracia que hacen posible la garantía de su cumplimiento¹⁵¹. Porque, en completo acuerdo con PÉREZ CEPEDA, “si la civiliza-

¹⁴⁵ VELÁSQUEZ, F., “Globalización y Derecho penal”, *op. cit.*, p. 201.

¹⁴⁶ DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, *op. cit.*, p. 21

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ MERCADO, P., “El proceso de globalización, el Estado y el Derecho”, *op. cit.*, p. 163.

¹⁴⁹ *Ibidem.*

¹⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁵¹ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 367.

ción sólo está protegida cuando los derechos tienen validez global, surge el desafío de formular en nuevos términos teóricos y políticos la cuestión de lo trascendental de la justicia social en la era de la globalización, desarrollando una política como administración de un estatus social y una política como proyecto de una sociedad diversa, de una sociedad más justa y más igualitaria¹⁵². Y es que, mientras sigan existiendo las actuales injusticias sociales, inherentes al propio sistema económico, poco puede hacer el Derecho penal más que perpetuarse en su papel de “red hecha para atrapar a los peces pequeños y dejar libres a los más grandes”, como nos recuerda MUÑOZ CONDE¹⁵³.

Se debe, en consecuencia, pugnar por el mantenimiento del Estado y el restablecimiento de la Política sobre la Economía¹⁵⁴. Porque de acuerdo con DE LOS RIOS, “si queremos hacer al hombre libre, hay que convertir a la economía en esclava”¹⁵⁵. Porque, en definitiva, el único modo de quebrar este triste ciclo de violencia mundial es desplazarse hacia el círculo habitable del Derecho. El Derecho completa la obra militar, al fundar un orden donde también el vencido tiene cabida... Sólo así el enemigo de ayer puede convertirse en aliado para el mañana, pues al sentirse

¹⁵² PÉREZ CEPEDA, A.I., “La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional”, *op. cit.*, p. 1366.

¹⁵³ MUÑOZ CONDE, F., “El Derecho penal en tiempos de cólera”, *op. cit.*, p. 870.

¹⁵⁴ Y al respecto transcribimos la reflexión de HABERMAS sobre los hechos del 11-S: “Viendo que la globalización se impone sin límites en los mercados, muchos de nosotros esperamos el retorno de lo político, no en la forma hobbesiana original de un Estado de seguridad con policías, servicio secreto y ejército, sino como un poder civilizador de alcance mundial”. *Vid.*, en HABERMAS, J., *Creer y saber. El futuro de la naturaleza humana*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 131. Y es que, de acuerdo con CEBRIÁN, tras los desastres generados como consecuencia de dejar la economía únicamente en manos del *laissez-faire* y abandonar la política a la sinrazón de la fuerza, invadiendo países para imponer a sangre y fuego no sé qué tipo de democracia, hay que reordenar el sistema económico en un entorno que recupere los valores clásicos de ésta. Porque está claro que los mercados no tienen al equilibrio por sí mismos, sino que solo lo harán si están debidamente regulados por una autoridad competente, legítima y reconocida, capaz de hacer cumplir las normas. Y en un mercado global, esa autoridad también debe serlo. Porque la economía no existe al margen de la política, y las experiencias pasadas nos deberían servir de acicate. De la depresión de 1929 se derivó el auge de los fascismos europeos, que desembocaría en la Segunda Guerra Mundial. Hoy el poder económico, y por tanto también el político, se desplaza hacia los países asiáticos, en los que el capitalismo convive con formas de vida y organización social muy alejadas de los parámetros occidentales y de la democracia representativa. *Vid.*, en CEBRIÁN, J.J., “La tercera gran depresión”, artículo de opinión publicado en EL PAÍS, 9 de enero de 2011.

¹⁵⁵ *Vid.*, en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, *op. cit.*, p. 279.

respetado también sentirá la atracción del mundo civilizado. Porque los pueblos civilizados tienen al menos una ventaja: saben adonde van¹⁵⁶. Un ineludible contexto jurídico que nos obliga a recordar, al igual que hace PRITTWITZ, que “el Derecho (y no la pena), es el componente esencial de la expresión «Derecho penal»”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ BRAVO LIRA, B., “*Fiat ius, ne pereat mundus*. El Derecho frente a la globalización de la violencia”, *op. cit.*, p. 144.

¹⁵⁷ PRITTWITZ, C., “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en ARROYO ZAPATERO-NEUMAN-NIETO MARTÍN, (Coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis de la Escuela de Frankfurt*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 287.