

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN

Ajudant de dret penal. Departament de Dret Penal i Ciències Penals
de la Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓ

Un dels debats que recentment més preocupa la doctrina penal espanyola té per objecte la qüestió relativa a quines són les conseqüències que cal esperar per al dret penal de la consideració de l'actual societat com a «societat del risc» (Beck, 1986; 2001) o «societat de la inseguretat» (Herzog, 1990). Per bé que la problemàtica que acabem d'esmentar ocupa, des de fa més de deu anys, alguns destacats penalistes alemanys, com Hassemer (1992; 1993), Herzog (1993), Kargl (2001) o Prittwitz (2001), entre d'altres, és cert que la discussió que centra ara la nostra atenció ha arribat al nostre país més recentment, a partir de la segona meitat dels anys noranta del segle xx, d'autors com Pérez del Valle (1996), López Barja de Quiroga (1997), Silva Sánchez (1999), Corcoy Bidasolo (1999), Mendoza Buergo (2001) i, darrerament, Gracia Martín (2002) i Martínez-Buján Pérez (2002). Amb aquest treball no es pretén aprofundir en l'anàlisi dels factors que converteixen l'actual societat postindustrial del segle xxi en la «societat del risc». En aquesta matèria, las aportacions essencials procedeixen del sociòleg alemany Ulrich Beck (1986; 1998; 2001), que s'ha convertit en un punt de referència ineludible per a tothom qui pretengui aproximar-s'hi, tant des d'una perspectiva sociològica com des d'un punt de vista jurídic. En segon lloc, tampoc no es tracta d'abordar aquí la problemàtica relativa al procés d'*expansió* progressiva en què està immers, des de ja fa alguns anys, el dret penal de les societats postindustrials dels països del nostre entorn cultural. A l'últim, aquest treball tampoc no té la intenció d'erigir-se en una anàlisi críticavalorativa del fenomen de l'expansió del dret penal en conjunt.

L'objecte d'aquest treball té el seu origen, més aviat, en el fenomen que tot just hem esmentat: un fet social amb una existència indubtable. Efectivament, si la societat en la qual ens toca viure és la «societat del risc», és a dir, una societat en què tant els avenços científics i tecnològics com el fenomen de la globalització, entre d'altres factors, afavoreixen l'aparició de «nous riscos» humans, i la funció

del dret penal consisteix en la protecció de la societat a través de la prevenció (general i especial) de delictes, és a dir, de la lesió o posada en perill de béns jurídopenals, sembla comprensible que davant l'aparició de nous riscos, el contingut del dret penal positiu s'estengui, s'*expandeixi*, a nous àmbits, a fi d'evitar que aquests riscos es materialitzin en situacions concretes de perill per a béns jurídics.

La qüestió que s'analitzarà tot seguit consisteix en: la referida expansió del dret penal encaminada a incrementar la protecció de la societat davant dels «nous riscos», limita o augmenta la llibertat dels individus que la formen? Dit d'una altra manera: és cert que com més s'expandeix el dret penal per intentar garantir la seguretat de la societat més es limiten també les llibertats individuals? O potser passa precisament el contrari? És a dir, que un augment de la seguretat porta implícit un increment de la llibertat individual?

La primera és una posició defensada per un sector de la doctrina penal espanyola i alemanya. Segons l'opinió dels autors que formen part d'aquest sector doctrinal, la seguretat i la llibertat individuals són dos interessos en conflicte i per tant no realitzables plenament de forma simultània. Aquesta primera línia de pensament sosté que una legislació penal que pretengui garantir al màxim la seguretat dels ciutadans, ho haurà de fer, per força, mitjançant la tipificació com a delicte o falta d'una gran quantitat de conductes, com també amb l'increment de les penes. Això últim limitarà la llibertat dels individus, que quedaran seriosament condicionats en relació amb la hipotètica realització d'un gran nombre d'activitats. Per exemple: imaginem —la qual cosa, tot sigui dit, no és difícil d'imaginar en vista de la dramàtica realitat quotidiana del nostre país— que en una societat s'observa un fort increment dels accidents laborals en el sector de la construcció amb el resultat de lesions o mort de l'operari. I s'entén que una de les possibles solucions polítiques al problema ha de consistir en una reforma del Codi penal d'acord amb la qual s'hi introdueixin nous delictes contra la seguretat dels treballadors consistents en la infracció d'ulteriors regles tècniques de precaució per part de l'empresari, o s'incrementi les penes dels que ja existeixen. Doncs bé: segons la posició defensada pel sector doctrinal que ara ens ocupa, el legislador penal ha de ser conscient que amb aquesta reforma incriminadora, és a dir, amb l'augment de la intervenció penal de l'Estat en el lliure funcionament del sistema social, està provocant, alhora, una restricció de la llibertat dels individus que el formen.

Tanmateix, com ja s'ha indicat *supra*, i en contra d'aquest punt de vista, un segon sector de la doctrina penal ha defensat que la cerca de la seguretat no sols no redueix la llibertat individual, sinó que, per contra, l'autèntica llibertat pressuposa la seguretat, de manera que sense ella no és possible, en realitat, ser lliure. Sense deixar l'exemple de la seguretat en la construcció: segons el plantejament que ara es perfila, un hipotètic augment de la intervenció penal en aquesta matèria no només no limitaria la llibertat dels treballadors, sinó que reforçaria la seva posició en la mesura que els garantiria un àmbit més ampli de lliure desenvolupament de la personalitat.

Quina de les dues opinions és la correcta? La primera, segons la qual seguretat i llibertat són dos interessos en conflicte; o la segona, que sosté que seguretat i llibertat troben la seva síntesi en un concepte de llibertat que té en la seguretat un

dels seus pressupòsits? Les línies que segueixen tenen com a objectiu, en primer lloc, exposar detingudament les dues posicions que fins ara tan sols s'han apuntat (2 i 3) i, en segon lloc, realitzar-ne una valoració crítica per, finalment, prendre una postura sobre el particular (4).

2. SEGURETAT I LLIBERTAT COM A INTERESSOS EN CONFLICTE: EL PRINCIPI «COM MÉS SEGURETAT, MENYS LLIBERTAT»

En opinió d'un ampli sector doctrinal, el dret penal actual és un dret en expansió a conseqüència de la nova «societat del risc» en què vivim. Aquest nou model social es caracteritza, principalment, per l'aparició de «nous riscos» socials, per exemple, per al medi ambient, la flora i la fauna, l'ordenació racional del territori, derivats de l'alt nivell de progrés tecnològic —informàtic, nuclear, genètic— de la nova societat,¹ com també per la seva creixent complexitat, la multiplicació de relacions o interconnexions causals, la substitució de contextos d'acció individuals per d'altres de col·lectius, pel seu caràcter transnacional o «global» i per l'increment de la sensació subjectiva d'inseguretat dels ciutadans. Per tot això, els individus de la nova societat postindustrial demanen a l'Estat, en alguns àmbits, més seguretat, més protecció (Hassemer 1992, p. 240 i seg.; Schünemann 1996, p. 30 i seg.; Silva Sánchez 1999, p. 22 i seg. i 63 i seg.; Mendoza Buergo 1999, p. 307 i seg.; 2001, p. 26 i seg.).²

Per bé que el dret penal liberal clàssic vigent fins ara als països del nostre entorn cultural no es va concebre, òbviament, pensant en els nous riscos de la societat del risc del segle XXI, sinó en els riscos propis de la societat industrial del segle XIX i gran part del segle XX. És per això que sembla que el referit dret penal liberal clàssic no està en condicions d'assumir la funció de *defensar* la societat dels nous riscos que caracteritzen l'actual era postindustrial, com tampoc no ho està de protegir la indemnitat dels nous béns juridicopenals.

Aquesta doble circumstància ha portat tres conseqüències importants: l'aparició de nous béns jurídics «universals» o «supraindividuals» i, amb ells, l'aparició de nous àmbits de risc penalment rellevants; l'aparició de «nous riscos» per a

1. Té raó Mendoza Buergo (1999, p. 307 i seg.) quan afirma que l'expansió del dret penal ha tingut dues manifestacions diferents: la prevenció de «nous» riscos, dimanants, principalment, de les noves tecnologies; i la prevenció de «vells» riscos a partir de l'avançament de les barreres de protecció penal a través dels anomenats dret penal d'urgència i dret penal de l'enemic. Tanmateix, a l'efecte d'aquest treball, el fenomen de l'expansió del dret penal interessa exclusivament en qualitat de conseqüència de la societat postindustrial del risc, per la qual cosa solament els «nous» riscos seran mereixedors d'una atenció especial.

2. Segons Silva (2003), la política criminal que està a la base del CP 1995 no és aliena a aquesta circumstància. En alguns dels àmbits en què la sensació subjectiva d'inseguretat de la col·lectivitat pot ser més gran, per exemple, el terrorisme, el narcotràfic o la delinqüència organitzada, és a dir, en una part de l'anomenada delinqüència dels poderosos, l'actual Codi penal constitueix la realització d'una política criminal de tipus preventiu o *defensista*. En altres sectors en els quals la sensació d'inseguretat no és tan elevada, el legislador ha optat, en canvi, per una política més garantista i ha donat preferència als aspectes relatius a la no-desocialització i la reparació (Silva Sánchez, 2003, p. 3).

alguns béns jurídics tradicionals; i, finalment, la proliferació de «delictes de perill abstracte» com a instruments de lluita contra la nova delinqüència (Mendoza Buergo 2001, p. 44).

Sovint s'afirma que la utilització massiva de la tècnica legislativa dels delictes de perill abstracte ha provocat, també, un efecte doble i insatisfactori: d'una banda, la flexibilització dels criteris dogmàtics d'imputació —així, per exemple, els relatius a la relació de causalitat, a la imputació objectiva de la conducta i el resultat, a la imputació subjectiva, o a la relació d'autoria— i, de l'altra, la flexibilització de les garanties politicocriminals materials i processals —per exemple, el principi de legalitat penal i processal, el principi de taxativitat en l'elaboració dels tipus penals, el principi d'irretroactivitat de les disposicions perjudicials per al reu, el principi de prohibició d'analogia *in malam partem* o el principi de culpabilitat (Hassemer 1993, p. 77 seg.; Herzog 1993, p. 318 seg.; Silva Sánchez 1999, p. 18; Mendoza Buergo 1999, p. 317 i 319; Pérez del Valle 1996, p. 67 i seg.).

En opinió d'autors com Hassemer (1993), Herzog (1993), Prittwitz (2001) o Kargl (2001) a Alemanya, i Silva Sánchez (1999) o Mendoza Buergo (1999; 2001) a Espanya, cal valorar negativament l'ampliació del dret penal a la protecció de la societat en vista dels nous perills de la societat del risc i la consegüent flexibilització dels criteris dogmàtics d'imputació i de les garanties politicocriminals del dret penal i del dret processal penal clàssics. La raó d'aquesta valoració negativa és la següent: contràriament al que sol afirmar-se, els criteris dogmàtics d'imputació i les garanties politicocriminals del dret penal clàssic no són ni simples formalitats ni, encara menys, obstacles que ha de superar, sigui com sigui, un dret penal que pretengui ser modern³ i eficaç davant de les noves exigències politicocriminals. Segons els autors citats, malgrat que sembli evident que el dret penal ha de ser eficaç, també ho és que aquest, a fi de ser legítim, ha de tenir uns límits. I tant els criteris dogmàtics d'imputació de responsabilitat penal com les garanties politicocriminals s'han de considerar com a instruments al servei d'aquesta funció limitadora del *Ius puniendi* de l'Estat. És a dir, de la intervenció penal de l'Estat en l'esfera de llibertat personal de l'individu (Hassemer 1992, p. 245; 1993, p. 78 i seg.; Herzog 1993, p. 319; Silva Sánchez 1999, p. 124 i seg.).

De tots els autors que hem citat com a representants del sector doctrinal que es mostra més crític amb el fenomen de l'extensió del dret penal a la protecció social davant dels nous riscos, els que s'han mostrat més inequívocament a favor

3. Gracia Martín (2002, p. 358 i seg.) utilitza el terme «modern» per referir-se al dret penal actual del nostre entorn cultural en dos sentits diferents: en un sentit *formal* i en un sentit *material*. En el primer sentit, Gracia considera que el dret penal modern té cinc manifestacions: el dret penal del risc (Gracia Martín 2002, p. 358 seg.), l'econòmic i del medi ambient (Gracia Martín 2002, p. 360 i seg.), el de l'empresa (Gracia Martín 2002, p. 366 i seg.), el de la globalització (Gracia Martín 2002, p. 369 i seg.) i el de la Unió Europea (Gracia Martín 2002, p. 373 i seg.). En un sentit material, la discussió sobre el dret penal «modern» se centra, en opinió de Gracia, en la qüestió, ja al·ludida, de si els nous fenòmens de la societat postindustrial provoquen, o no, la destrucció del sistema de garanties del dret penal liberal (Gracia Martín 2002, p. 381 i seg.). Com ja s'ha indicat en la nota anterior, l'objecte d'aquest treball es redueix, en essència, a la manifestació del dret penal «modern» en sentit formal com a «dret penal del risc» i a la discussió referida al sentit material del terme.

d'entendre que aquesta funció no ha de ser satisfeta pel dret penal són alguns dels que integren la mal anomenada Escola de Frankfurt.⁴ En concret, Hassemer (1992; 1993), Herzog (1993), Prittwitz (2001) i Kargl (2001). Tots ells són representants d'allò que es coneix com a «dret penal mínim». Segons aquesta idea, ja que el dret penal és la branca de l'ordenament jurídic en què les conseqüències jurídiques són més contundents, és a dir, més restrictives per als drets fonamentals de l'individu, ha de centrar-se exclusivament en la protecció dels béns jurídics més importants a partir de l'evitació de les conductes més perilloses per a ells, és a dir, l'evitació dels delictes més greus. Aquesta part fonamental del dret penal es denomina «dret penal tradicional» o «dret penal nuclear» (*Kernstrafrecht*). Fora del dret penal nuclear, és a dir de l'homicidi, l'assassinat, les lesions, els delictes contra la llibertat sexual, alguns delictes contra el patrimoni, com el robatori, o dels delictes de perill o contra béns jurídics col·lectius més greus (per exemple, el delictes de formació d'organització delictiva o els delictes contra l'Estat), la intervenció del dret penal seria —sempre segons aquests autors— il·legítima, perquè constituiria una intervenció en l'esfera de llibertat dels ciutadans incompatible amb la consideració del dret penal com a *ultima ratio*. Per a les conductes que integren l'anomenat dret penal accessori (*Nebenstrafrecht*), els autors de Frankfurt consideren que és preferible buscar una *ratio* alternativa: el «dret d'intervenció», una mena de dret sancionador amb un nivell de duresa i de garanties intermedi al que caracteritza el dret penal i el dret administratiu (Hassemer 1992, p. 248; 1993, p. 79 i seg.; Herzog 1993, p. 321; Prittwitz 2001, p. 434 i seg. i 442 i seg.; Kargl 2001, p. 49 i seg.).

D'entre els penalistes als quals s'ha fet referència, Hassemer ha estat el que ha fonamentat amb més claredat la crítica al fenomen de l'expansió del dret penal en la idea de la llibertat individual. En opinió d'aquest autor, cal entendre el dret penal seguint Rousseau (1999, p. 61 i seg.), com un instrument de l'Estat per garantir el compliment del contracte social, en virtut del qual els individus renuncien a una part de la seva autonomia en benefici de la construcció d'un ordenament jurídic que asseguri la llibertat de tothom. L'Estat es troba vinculat per aquest mandat, de manera que ha de garantir la llibertat dels seus ciutadans evitant la ingerència de tercers en esferes de llibertat alienes. Per aconseguir-ho, l'Estat podrà intervenir fins i tot a través del dret penal. Tanmateix, i ja que les conseqüències jurídiques d'aquesta branca del dret, les penes, també restringeixen considerablement la llibertat de l'individu, el recurs al dret penal sols serà legítim quan tingui per objecte evitar les intromissions més greus en esferes de llibertat alienes (Hassemer 1992, p. 237 seg.).

Segons Hassemer «es justifica pel seu contingut permetre l'existència dels participants en el contracte social en una situació en la qual els límits de la renún-

4. Per bé que la doctrina penal acostuma a fer servir l'expressió «Escola de Frankfurt» en referència unitària a tots els penalistes, criminòlegs i sociòlegs que integren l'*Institut für Kriminalwissenschaften* de la Universitat de Frankfurt, també és cert que, com ha posat de manifest Silva Sánchez (2000), això no és correcte, perquè aquesta Escola no existeix com a tal, ja que els plantejaments dels membres del referit Institut de Ciències Criminals de Frankfurt participen, en realitat, d'importantes diferències metodològiques i, fins i tot, ideològiques.

cia de la llibertat han de ser respectats per tots. No és, per tant, una funcionalització de l'individu per l'Estat, sinó de l'Estat per l'individu. El dret penal adopta com a funció precisament l'estabilització dels vincles derivats del contracte social; és el dret de les lesions a la llibertat i de les seves conseqüències». Per això Hassemer considera que «l'Estat és una institució derivada dels ciutadans i cal funcionalitzar el seu poder en benefici dels drets dels ciutadans. El contracte social no tolera cap poder que no sigui derivat ni cap usurpació. Precisament per aquest motiu el poder de l'Estat ha de ser en el dret penal on es mostri més clarament, limitat i vinculat als drets de l'individu. Amb això s'inclouen principis penals com *in dubio pro reo*, el dret a la tutela judicial, a la defensa, a no declarar, i principis fonamentals, com proporcionalitat i subsidiarietat. Per a la doctrina clàssica, el dret penal és un instrument de la llibertat ciutadana. S'ha de controlar i no pas independitzar. No és cap *passepartout*, sinó l'últim mitjà (*ultima ratio*) per solucionar problemes socials» (Hassemer 1992, p. 238).

3. SEGURETAT I LLIBERTAT COM A INTERESSOS SINTETITZABLES EN LA FÓRMULA «NO HI HA LLIBERTAT SENSE SEGURETAT»

En contra de la tesi que sosté que tot el dret penal que no sigui «mínim», és a dir, que no estigui circumscrit a la protecció dels béns jurídics de naturalesa estrictament personal, constituirà una intromissió il·legítima de l'Estat en l'esfera d'individualitat de l'individu, defensada pels representants de l'«Escola de Frankfurt», un segon sector de la doctrina espanyola i alemanya sosté la idea, de caire completament oposat, que la llibertat de l'individu només es pot assegurar per mitjà de la prevenció penal dels nous riscos. Aquesta tesi la defensen a Alemanya Schünemann i a Espanya Corcoy Bidasolo, entre d'altres autors.

Segons Schünemann, reduir el dret penal com ho fa la teoria personal del bé jurídic promoguda pels autors de Frankfurt —que entén, per exemple, que la lesió del patrimoni ha de pertànyer al dret penal nuclear, mentre que la del medi ambient, en canvi, ha de quedar fora d'aquest àmbit i passar a formar part del «dret d'intervenció», perquè només el primer bé jurídic té naturalesa personal o individual— suposa reduir el dret penal liberal basat en la protecció de l'individu a l'absurd. Perquè sembla evident, des del seu punt de vista, que no solament de la protecció dels interessos estrictament individuals, sinó també de la protecció dels interessos supraindividuals depèn el desenvolupament lliure o l'autonomia de la seva personalitat (Schünemann 1996, p. 23).⁵

Per a Schünemann, un dels interessos supraindividuals que més poden condicionar el desenvolupament lliure de la personalitat de l'individu és, precisament, el medi ambient. Opina que no és correcte entendre que, per exemple, els com-

5. Quan Schünemann es refereix al lliure desenvolupament o a l'autonomia de la personalitat ho fa en un sentit material, no en el sentit formal cultivat —segons opina— per l'hedonista i buida societat actual (Schünemann 1996, p. 24 i seg.).

portaments que atempten contra el medi ambient que sols lesionin les condicions de vida de les generacions futures no han de ser constitutius de delictes, perquè cada generació —afirma Schünemann— té dret a una part relativament igual dels recursos naturals, com també a ser protegida tenint en compte l'estat de la tecnologia i dels avenços científics de cada moment o època (Schünemann 1996, p. 21).

A Espanya, Corcoy Bidasolo (1999) ha defensat la idea que quan els partidaris de l'«Escola de Frankfurt», amb Hassemer al capdavant, es resisteixen a integrar la prevenció dels nous riscos de la societat postindustrial en el dret penal, aferrant-se a un dret penal liberal «mínim», sobre la base de l'argument que el conflicte entre seguretat i llibertat individual s'ha de resoldre en favor de la segona, incorren en l'error de no advertir que no és possible garantir la llibertat individual dels ciutadans sense garantir, alhora, la seva seguretat. Segons Corcoy, sense seguretat no hi pot haver autèntica llibertat. La societat del risc es caracteritza, en opinió d'aquesta autora, pel fet que els nous perills que genera solen proporcionar beneficis a la col·lectivitat. La societat ha de ponderar si compensa, o no, córrer aquests riscos, considerant tant la importància del perill com la utilitat que aquest aporta. Els riscos que la societat decideix córrer són, des del punt de vista del dret penal, riscos «permesos» o «socialment adequats». Això no obstant, el ciutadà, per poder exercir realment la seva llibertat corrent aquells riscos que li aportin alguna utilitat o benefici, ha de tenir una certa seguretat o confiança que aquests riscos no són més grans del que semblen. Si no fos així, l'individu no acceptaria córrer el risc (Corcoy Bidasolo 1999, p. 192). Per exemple: fins a quin punt es pot afirmar que un operari de la construcció és «lliure» a la seva feina, que realitza «lliurement» la seva activitat professional, si les condicions de seguretat en el sector no estan garantides? És correcte afirmar que, si l'operari es lesiona a conseqüència d'un accident produït per l'incompliment d'una norma de prevenció per part del cap de l'obra o de l'arquitecte, això hagi de ser imputat objectivament a l'àmbit de llibertat o d'autoresponsabilitat de l'operari?

Segons Corcoy, el dret penal està en condicions d'assumir l'evitació dels nous riscos de la societat moderna. Opina que la protecció de béns jurídics individuals per mitjà de la tipificació de delictes de perill abstracte és perfectament assumible per un dret penal garantista (Corcoy Bidasolo 1999, p. 20 i seg.). Per a Corcoy, el dret penal modern de l'Estat del benestar serviria per fomentar la confiança del ciutadà en el funcionament del sistema penal. A més, un dret penal basat en la prevenció de riscos resultarà més «barat» tant per al delinqüent —l'avançament de les barreres de protecció hauria de desembocar, per lògica, en penes més reduïdes— com per a la víctima —no cal esperar la lesió si aquesta es pot evitar mitjançant la tipificació del perill— (Corcoy Bidasolo 1999, p. 24 i seg.). En opinió de Corcoy, la discussió relativa a si, davant la nova societat del risc, el dret penal ha d'optar per ser un dret penal «màxim» sense rigor dogmàtic ni garanties politico-criminals, o bé per ser «mínim» i que respecti tant el primer com el segon, ha de resoldre's de la manera següent: entre aquestes dues opcions extremes, hi ha la possibilitat d'una tercera, intermèdia, de conformitat amb la qual no tan sols és possible, sinó també necessari, que el dret penal serveixi per a la prevenció dels

nous riscos (atòmics, genètics, ecològics, socioeconòmics, etc.) respectant escrupolosament les garanties del dret penal liberal (Corcoy Bidasolo 1999, p. 26 seg.).

Les dues qüestions que tot just s'han platejat, és a dir, la relativa a si el dret penal ha d'assumir la funció de prevenció dels nous riscos del nostre temps i la relativa a si, en cas que es respingui l'anterior en sentit afirmatiu, és possible fer-ho sense detriment del sistema de garanties individuals propi del dret penal liberal, constitueixen, com es pot deduir fàcilment d'aquest treball, dos dels extrems que més discussió doctrinal han generat en els darrers anys en relació amb la polèmica suscitada per l'expansió del dret penal. Aquestes qüestions excedeixen, i molt, de l'objecte d'aquesta comunicació. No obstant això, crec que cal apuntar breument, si més no, quines són les posicions que la doctrina defensa pel que fa a aquest particular. Al meu entendre, es proposen tres solucions. La primera consisteix a afirmar que el dret penal ha de mantenir-se fidel, tant sí com no, a les garanties individuals del dret penal liberal, la qual cosa és incompatible amb la seva ampliació a la prevenció dels nous riscos. Aquesta és la solució que han proposat els partidaris del «dret penal mínim» de l'«Escola de Frankfurt» i que ja s'ha exposat succintament més amunt. La segona proposta, antagònica a la que s'acaba d'esmentar, postula el dret penal com un instrument necessari per a la prevenció dels riscos de la societat moderna, malgrat que això pugui representar la flexibilització dels criteris d'imputació i les garanties políticocriminals.⁶ A l'últim, un tercer grup d'autors defensa la idea que el dret penal modern ha d'estar obert a la protecció de la societat dels riscos de la societat postindustrial, sense que això suposi cap tipus de descàrrec dogmàtic o garantístic.⁷

Mereix especial consideració, al meu entendre, l'argumentació que manté Silva Sánchez en la seva monografia *La expansión del Derecho penal* (1999). En opinió d'aquest autor, les característiques especials de l'actual societat postindustrial han provocat l'aparició de noves formes de delinqüència que han propiciat, al seu torn, una ampliació o expansió del dret penal. Tot i que per a Silva cal valorar aquesta expansió de forma essencialment crítica, l'autor amb la posició que ara s'exposa acaba acceptant-ho, en entendre que es tracta d'un fenomen que no té aturador i davant del qual és inútil resistir-se. En vista d'aquest escenari, Silva es pregunta si s'ha d'admetre que la referida expansió pugui portar com a conseqüència una flexibilització dels criteris dogmàtics d'imputació i de les garanties políticocriminals del «vell» dret penal liberal. En la resposta a aquesta pregunta, Silva es queda a mig camí entre la solució «minimalista» del dret penal i la solució «maximalista», ja que considera que en dret penal cal distingir, en realitat, entre dos nivells de rigor «garantístic dogmàtic» i «garantístic políticocriminal»: un primer nivell, el del «dret penal nuclear», en el qual les garanties del dret penal liberal hau-

6. A Alemanya, el màxim representant d'aquest sector doctrinal és Schönemann (1996, p. 23 i seg., 31); a Espanya, la tesi de Schönemann és secundada, amb alguns matisos, per Gracia Martín (2002, p. 393), Pérez del Valle (1996, p. 84) i López Barja de Quiroga (1997, p. 302).

7. Comparteixen aquest punt de vista, entre d'altres autors espanyols, Gimbernat Ordeig (2001, p. 356 i 370), Martínez-Buján Pérez (2003, p. 408 seg.) i la ja mencionada en el text Corcoy Bidasolo (1999, p. 26 seg.). Sosté una tesi similar, però amb més reserves, Mendoza Buego (2001, p. 189 i 192).

rien de ser observades de forma escrupolosa; i un segon nivell, el que correspondria al «dret penal accessori», en el qual es podrien flexibilitzar els criteris d'imputació i els principis politicriminals tradicionals (Silva Sánchez 1999, p. 124 i seg.).

Corcoy Bidasolo és de l'opinió que quan una part de la doctrina, essencialment els autors de Frankfurt, defensa la idea del «dret penal mínim» en nom de la llibertat, comet un doble error. El primer error consisteix en el següent: quan el sector doctrinal de referència exigeix que l'Estat intervingui sols en l'esfera de llibertat de l'individu exclusivament pel que fa a la lesió de béns jurídics personals, normalment es pensa en l'esfera de llibertat de l'autor. Corcoy posa de manifest que aquesta unilateralitat és incorrecta, perquè el dret penal no només ha de pensar en la llibertat del delinqüent, sinó també, i principalment, en la llibertat de la víctima (Corcoy Bidasolo 1999, p. 192 i seg.). En segon lloc, sembla que els autors que es manifesten partidaris del dret penal mínim sobre la base de l'argument de la llibertat oblidin —indica Corcoy— que tan sols és possible exercir plenament la llibertat com a «lliure desenvolupament de la personalitat» en un ambient de seguretat i confiança. Segons aquest argument, un subjecte, a fi de ser autènticament lliure, ha de tenir una certa seguretat que no patirà ingerències externes en la seva esfera individual. A partir de les dues raons que tot just s'han exposat, Corcoy conclou que «fonamentalment, la llibertat que cal protegir és la de qui no infringeix la norma, no la de l'autor» (Corcoy Bidasolo 1999, p. 193). A la posició de Corcoy s'hi ha adherit recentment Martínez-Buján Pérez (2002, p. 431).

4. POSICIONAMENT

4.1 Plantejament

Quina de les dues posicions que s'han exposat és la correcta? La que suggereix que un dret penal que excedeixi del «dret penal mínim» és il·legítim perquè busca l'eficàcia sense respectar la llibertat dels individus? O aquella segons la qual s'estima preferible entendre que un dret penal obert a la prevenció de nous riscos no només no és incompatible amb la idea de llibertat, sinó que en constitueix, fins i tot, un pressupòsit?

Des de la meua perspectiva, i per tal de respondre la qüestió que tot just s'ha plantejat, cal preguntar-se, primer de tot, si està realment justificada, en termes d'utilitat social, l'ampliació, l'expansió que està experimentant el dret penal per tal d'evitar els nous riscos derivats de la societat del risc. En cas que aquesta pregunta es respongui negativament, és a dir, en el supòsit que es reconegui que el nou dret penal no és eficaç, no tindrà sentit preguntar-se si aquesta intervenció penal representa, o no, una intromissió il·legítima en la llibertat individual dels ciutadans. Perquè aleshores el nou dret penal haurà perdut el principal argument que sol esgrimir-se a favor seu: constituir un instrument que garanteixi la seguretat de la col·lectivitat. Si succeeix el contrari, és a dir, si s'accepta que el nou dret penal de la societat del risc pot ser d'utilitat social, que pot servir per protegir més la societat, aleshores cal preguntar-se si estem disposats a assumir els costos que aquesta

intervenció penal suposa en termes de llibertat i de garanties de l'individu, si és que aquests costos existeixen realment.

4.2 Està realment justificada, en termes d'utilitat social, l'expansió del dret penal per tal d'evitar els nous riscos derivats de la societat del risc?

Certament, hem d'admetre que en la nostra actual societat del risc, alguns d'aquests nous perills són més ficticis que reals o, si més no, que l'entitat d'alguns d'ells és inferior al que, de vegades, els mitjans de comunicació o alguns «gestors atípics de la moral» denuncien (Silva Sánchez 1999, p. 27 i 46 i seg.). També és possible que en la societat del benestar en què vivim, els ciutadans s'identifiquin més amb la víctima que no pas amb el delinqüent (Silva Sánchez 1999, p. 31 i seg.). Aquestes dues raons, i probablement d'altres, expliquen l'actual moment històric com una etapa caracteritzada, pel que fa a la relació Estat-societat, per una creixent sensació subjectiva d'inseguretat del ciutadà davant l'arribada d'una pluralitat de nous riscos de contingut i entitat no del tot determinats (Silva Sánchez 1999, p. 25).

Tanmateix, això no significa que aquesta sensació subjectiva d'inseguretat no es correspongui amb la realitat. Al meu entendre, algunes de les principals característiques de la societat postindustrial poden justificar de forma raonable aquesta sensació. Segons crec, dues d'aquestes característiques són, d'una banda, el progrés tecnològic i, de l'altra, la creixent complexitat de la societat. Quant a la primera característica, cal advertir que el progrés tecnològic de la societat moderna representa un increment del risc de possibles «fallades tècniques», per exemple, en detriment del medi ambient (Schünemann 1996, p. 21; Silva Sánchez 1999, p. 22 i seg.). A més, es tracta d'un risc no natural, «artificial», creat per l'home (Mendoza Buergo 2001, p. 26). Pel que fa a la segona, és a dir, la creixent complexitat de la societat, crec que un dels autors que millor ha expressat aquesta idea és Schünemann. Segons aquest autor, la societat del risc com a societat complexa es distingeix, principalment, per dues característiques: la multiplicació de relacions o interconnexions causals que no poden ser completament explicades o aclarides pels mètodes científics actuals (Schünemann 1996, p. 30 i seg.); i la substitució de contextos d'acció individuals per contextos d'acció col·lectius, la qual cosa provoca la substitució del contacte personal pel contacte anònim o estandarditzat (Schünemann 1996, p. 31). Un exemple clar d'aquesta idea s'observa en l'àmbit de la responsabilitat pel producte, on els processos de producció (per exemple, d'aliments) tradicionalment senzills s'han convertit en processos altament complexos i anònims (Schünemann 1996, p. 32 i seg.).

Els dos factors que acabem d'exposar —el creixent nombre de fallades tècniques a conseqüència del també creixent progrés tecnològic i la proliferació de processos de producció amb cursos causals més i més complexos i anònims— deixen l'individu (per exemple, el consumidor) en una situació d'especial indefensió davant d'aquests riscos desconeguda fins ara. D'aquí que, davant de la perspectiva que aquests perills es concretin en resultats lesius, els ciutadans demanden a l'Estat més seguretat, a fi de recuperar la sensació subjectiva de sentir-se lliures

de perills o riscos (Mendoza Buergo 2001, p. 30 i seg.). Els destinataris d'aquesta demanda són, principalment, el dret penal i el dret processal penal, que s'expandeixen a poc a poc (Mendoza Buergo 2001, p. 32 i seg.).

Doncs bé, en vista d'aquesta perspectiva, és evident que el dret penal d'un Estat social i democràtic no es pot confondre amb la política interior d'un Estat *in totum*, o erigir-se en un instrument al servei d'una funció de rectificació sistemàtica dels errors o dèficits d'aquesta política, assumint, així, el control de tots els nous riscos que amenacen la societat moderna, sinó que l'Estat s'ha de limitar a intervenir penalment només quan no hi hagi un altre mitjà de control social, formalitzat o no, de menor duresa. No obstant això, el caràcter social del dret penal d'un Estat social no sols constitueix un límit per a la intervenció penal de l'Estat, sinó que també la legitima, la fonamenta, de tal manera que aquesta intervenció ha de tenir lloc quan sigui socialment necessària, és a dir, imprescindible per a la protecció de la societat. I això succeirà quan existeixi un risc insuportable per a béns juridicopenals (Schünemann 1996, p. 32 i seg.; Mendoza Buergo 2001, p. 176 seg.; López Barja de Quiroga 1997, p. 302).

El principal instrument utilitzat pel legislador penal modern per adaptar-se a la nova realitat de la societat del risc es basa en la tècnica legislativa dels delictes de perill, principalment els de perill abstracte.⁸ En contra de l'opinió que sostenen alguns dels defensors del concepte personal de bé juridicopenal, és sens dubte excessiu afirmar que tots els delictes de perill abstracte constitueixen exemples de l'anomenat dret penal simbòlic, o que el legislador penal no està legitimat per sancionar amb pena la posada en perill en abstracte de béns jurídics supraindividuals.

Pel que fa al primer, s'ha d'admetre que l'aparició de nous riscos i la creixent demanda social de prevenció penal constitueix, sens dubte, un terreny adobat per a la proliferació de tipus penals d'improbable aplicació i amb l'única finalitat de satisfer aquella demanda social. És a dir, que compleixin una funció exclusivament simbòlica (Díez Ripollés 2002, p. 124 i seg.). No hi ha dubte que aquesta tècnica legislativa no és, precisament, mereixedora de grans elogis. Però crec que, quan es fa ús de la crítica relativa al dret penal simbòlic contra la tipificació de delictes de perill abstracte vinculats a la nova societat del risc, no es té en compte que la pràctica judicial està demostrant de forma pràcticament quotidiana que en aquests nous àmbits el dret penal es mostra com un instrument eficaç de protecció de la societat (Corcoy Bidasolo 1999, p. 200 seg.). Probablement, l'exponent més clar que la idea que acaba d'exposar-se és lluny de ser falsa és la regulació dels delictes contra el medi ambient prevista en el CP 1995.

8. Tot i que això no està exempt de controvèrsia, en la doctrina comença a generalitzar-se la idea que els delictes de perill abstracte són el resultat de la utilització d'una determinada tècnica legislativa en tots (Corcoy Bidasolo 1999) o alguns (Mendoza Buergo 2001 [2], p. 53) dels supòsits en què el bé jurídic protegit és de naturalesa supraindividual. Així, per exemple, ja que l'aparença de bon funcionament de l'Administració pública o de l'Administració de justícia no poden ser «lesionades», aquests interessos difusos tan sols poden ser protegits amb la tipificació de classes de conductes estadísticament perilloses per a la col·lectivitat. És a dir, amb la tipificació de delictes de perill abstracte.

En relació amb el segon, la impressió que la protecció de béns jurídics col·lectius a partir de la tipificació de delictes de perill abstracte vulnera, per definició, principis bàsics del dret penal i el dret processal liberal com el principi de taxativitat o mandat de determinació, el principi de culpabilitat o el principi de presumpció d'innocència, o la idea que aquesta porta indefectiblement a una inadmissible flexibilització dels criteris d'imputació de la dogmàtica juridicopenal de la tradició liberal resulta, segons el meu punt de vista i sens dubte, exagerada. Amb una correcta redacció dels tipus penals, que permeti distingir amb claredat quina és la conducta i que per això no hagi de recórrer a la tècnica de la llei penal en blanc sense vulneració de la doctrina constitucional del complement indispensable, els tipus de perill abstracte poden conservar la seva identitat d'il·lícits penals sense el risc que se'ls confongui, si és el cas, amb les correlatives infraccions administratives. L'assumpció gradual per part del dret penal de la funció de prevenció dels nous riscos més insuportables per als béns jurídics més importants a través de la tipificació de delictes de perill abstracte no representa, necessàriament, que aquesta branca de l'ordenament jurídic hagi entrat en un procés de progressiva «administrativització». Considero que quan es tracti de comportaments que posin en perill abstracte béns jurídics supraindividuals seguirà sent necessari distingir entre els comportaments típicament rellevants i els que no ho siguin, de manera que els primers seran mereixedors de la qualificació de delicte i els segons simplement de la d'infracció administrativa.⁹

Igualment, entenc que també en els delictes de perill abstracte, tant els «nous» com els «vells», el sistema de criteris dogmàtics d'imputació i les garanties politico-criminals i processals tradicionals han de seguir plenament en vigor i han de ser aplicades amb tot el rigor. A Espanya defensen aquest plantejament, entre d'altres autors, Corcoy Bidasolo (1999, p. 20 i seg.), Mendoza Buergo (2001, p. 191) i Martínez-Buján Pérez (2002, p. 408 i seg.).

A aquest plantejament s'hi oposa Silva Sánchez (1999). Segons aquest autor, el dret penal de la societat del risc es caracteritza per ser un dret penal «administrativitzat». Segons Silva, tot i que la funció pròpia del dret penal és avaluar la desvaloració individual d'un subjecte determinat en el cas concret (principi de culpabilitat o responsabilitat individual), és ben cert que el dret penal modern se separa, almenys en alguns delictes, d'aquest paradigma clàssic i s'aproxima més al dret administratiu, en qualitat de «gestor» de determinats sectors o «contextos generals» de l'activitat social. Per a Silva constitueixen paradigmes d'aquest dret penal administrativitzat els «delictes per acumulació», entre els quals hi ha, al seu parer, el delicte de conducció sota la influència de determinades substàncies (art. 379 CP), el

9. En opinió de Donini (2003), ni l'«administrativització» del dret penal, ni tampoc la seva expansió constitueixen, en realitat, fenòmens nous. Pel que fa a la primera, Donini destaca que la referida administrativització del dret penal «no ha desaparegut mai d'ordenaments, com el francès, per exemple, o l'italià, que encara fan un gran ús de les faltes penals: els «models estructurals» d'aquestes incriminacions, des de sempre han estat representats per la violació de regles cautelars i de la no-observació de prescripcions administratives (ordres, disposicions, reglaments, autoritzacions, etc.)» (Donini 2003, p. 2). En relació amb el fenomen de l'expansió del dret penal, Donini apunta que «es tracta d'un moviment que es va originar al segle XIX» (Donini, 2003, p. 2).

delicte fiscal (art. 305 CP), el delicte ecològic (art. 325 CP) o el delicte de tràfic de drogues (art. 368 CP). Segons Silva, el denominador comú de totes aquestes conductes com a constitutives de delictes per acumulació consisteix en el fet que, considerades individualment, no representen un perill especialment rellevant, de manera que aquest només es podria arribar a concretar en una lesió «si tothom fes el mateix» (Silva Sánchez 1999, p. 102 i seg.). En contra de Kuhlen, el principal valedor d'aquesta categoria, Silva creu que els delictes per acumulació són mereixedors d'una valoració negativa, perquè sembla que s'hi qüestionen dues garanties fonamentals del dret penal liberal: el principi de culpabilitat i el principi de proporcionalitat de les penes. En opinió de Silva, la vulneració d'aquestes dues garanties serà inadmissible quan es tracti de delictes amb penes privatives de llibertat (Silva Sánchez 1999, 111 i seg.). Tanmateix, serà assumible quan la pena prevista per al delicte d'acumulació sigui d'una altra naturalesa. Per a Silva, aquesta circumstància fa distingir entre dues classes de dret penal: un, el de la pena de presó, en el qual el rigor dogmàtic i les garanties politicocriminals i processals del dret penal liberal siguin ineludibles; i un segon dret penal, el de la resta de les penes, per al qual la flexibilització dels criteris d'imputació i de les garanties liberals no és preocupant i és, per tant, factible (Silva Sánchez 1999, 116 i seg.). Es tracta d'un dret penal de «dos nivells o velocitats» (Silva Sánchez 1999, 119 i seg.).

A l'argumentació de Silva s'hi poden fer, des del meu punt de vista, algunes objeccions. Quan Silva afirma que en els delictes d'acumulació les conductes individualment considerades no tenen el contingut suficient d'injust propi per ser desvalorades com a delicte, crec que això es pot matisar en un doble sentit. En primer lloc, cal advertir que d'entre tots els comportaments que posen en perill abstracte un bé jurídic és possible distingir entre comportaments de diversa perillositat, amb la qual cosa podria tenir sentit castigar els més perillosos com a delictes i els menys perillosos com a infracció administrativa, fins i tot des de la pròpia lògica dels delictes per acumulació. Efectivament, si, per exemple, una indústria fa un vessament il·legal extraordinàriament contaminant, o un obligat tributari defrauda Hisenda per import d'una quantitat econòmica considerable, probablement caldrà preveure conductes com aquestes, des d'una perspectiva general, com a conductes d'una gravetat superior a la gravetat mitjana de les conductes consistents en infracció administrativa. Perquè, en vista dels comportaments esmentats, i des de la referida perspectiva general, seran necessaris menys comportaments perillosos per lesionar el bé jurídic protegit. En segon lloc, crec que té raó Martínez-Buján Pérez (2002) quan afirma, oposant-se a Silva, que en el delicte fiscal, la defraudació tributària considerada individualment és mereixedora de ser penalment desvalorada, ja que cada defraudació afecta el bé jurídic protegit en el delicte fiscal: la capacitat de la Hisenda Pública com a disponibilitat efectiva del patrimoni fiscal recaptable (Martínez-Buján Pérez 2002, 417 i seg.). Per a Martínez-Buján Pérez, el delicte fiscal no constitueix, en suma, un delicte per acumulació (Martínez-Buján Pérez 2002, 420 i seg.). Fora d'això, a pesar que les crítiques de Silva als delictes per acumulació haurien de ser considerades, tampoc no seria satisfactòria la inclusió dels delictes per acumulació en el dret penal de segona velocitat (és a dir, de criteris dogmàtics i garanties flexibles). En efecte, Silva no explica quina és la raó per la

qual aquests delictes no nuclears han de seguir sent qualificats com a delictes, i no com a simples infraccions administratives. Si es tracta de comportaments de gravetat intermèdia amb relació als comportaments del nucli dur del dret penal i a les infraccions administratives, aleshores probablement seria preferible constituir una mena de tercera via, o tercer ordenament jurídic, a l'estil del «dret d'intervenció» suggerit a Alemanya per Hassemer. Per la meua part, considero preferible aquesta última solució a la proposada per Silva, perquè si més no permet mantenir una concepció *unitària* de dret penal. D'acord amb aquesta concepció unitària, sembla aconsellable que totes les conductes previstes com a delicte o falta en el CP hagin de consistir en comportaments respecte als quals es pugui formular un judici de rebuig ètic i social a partir del dictat d'una sentència que posi fi a un procés penal. Tot això ja té, en si mateix, un alt contingut estigmatitzador, amb independència de si la pena final és, o no, privativa de llibertat. Per aquest motiu, és igualment preferible que en el dret penal sols es pugui aplicar *una única velocitat*: la que permet imprimir l'observança dels criteris d'imputació i les garanties politico-criminals i processals del dret penal liberal clàssic, sigui quina sigui la naturalesa de la conseqüència jurídica. Com bé ha manifestat recentment Mendoza Buergo amb la rotunditat que caracteritza els arguments tautològics, tot el dret penal és dret penal en el seu conjunt (Mendoza Buergo 2001, 185).

4.3 Estem disposats a assumir els costos que la prevenció penal dels nous riscos representa per a la llibertat i les garanties de l'individu? Existeixen realment aquests costos?

En relació amb aquesta doble qüestió, estic d'acord amb els autors que, com Schünemann a Alemanya, o Corcoy Bidasolo i Martínez-Buján Pérez a Espanya, defensen la tesi que la discussió sobre el dret penal mínim o màxim està desenfocada. Comparteixo amb aquest sector doctrinal la idea que el debat no es pot plantejar de forma que es presenti la seguretat i la llibertat com a interessos mútuament excloents, de tal manera que un dret penal que pretengui garantir la consecució del primer objectiu hauria de fer-ho necessàriament a costa del segon, de la mateixa manera que un que pretengui garantir la llibertat dels individus es veurà obligat a sacrificar la seva seguretat. És evident que un dret penal liberal no pot tenir per objectiu la consecució del màxim nivell d'eficàcia a costa de la llibertat dels ciutadans, ja que aleshores deixaria de ser lliberal per convertir-se en autoritari. De la mateixa manera, també és difícil negar que un dret penal que pretengui merèixer el qualificatiu de «social» ha de protegir la societat i intervenir en l'esfera de llibertat dels individus amb mesures que la restringeixen o la limiten.

En contra del que sembla insinuar recentment algun autor,¹⁰ crec que la tensió —probablement cada vegada més acusada, atesa l'aparició de nous riscos i la

10. Mendoza Buergo (2001) opina que en dret penal el conflicte entre llibertat i seguretat ha de resoldre's a favor de la llibertat. És a dir, que entre un model garantista i un model preventiu o *defensista* de dret penal, és preferible el primer model. Es tracta, segons aquest autor, d'una decisió de naturalesa «eticopolítica» o «moral» (Mendoza Buergo 2001, p. 190).

creixent sensació d'inseguretat subjectiva ja al·ludides *supra*— que hi ha entre seguretat i llibertat cal resoldre-la amb una fórmula de compromís de la qual es dedueixi un dret penal que aconseguieixi satisfer raonablement els dos interessos en joc. A aquest efecte pot ser útil, en la línia de les propostes formulades per Schünemann, Corcoy o Martínez-Buján, la idea de sintetitzar seguretat i utilitat en el principi «no hi ha llibertat sense seguretat».

Opino que aquesta fórmula de compromís és, en principi, correcta. En efecte, és completament cert que l'individu, per tal d'organitzar-se amb plena llibertat en el marc de la seva esfera d'autonomia, necessita sentir-se segur, és a dir, confiar que la seva esfera d'individualitat no serà envaïda per ningú. Per exemple: en una societat com l'actual, en la qual el consumidor es troba enormement distanciat dels processos de producció del fabricant dels productes que compra, sense tenir-ne, per tant, cap tipus de control, necessita saber que aquests processos es desenvolupen correctament, ja que, altrament, no consumirà amb plena llibertat.¹¹ Com va indicar un dels pares de l'utilitarisme, Stuart Mill (1997), la llibertat, o el lliure desenvolupament de la personalitat, constitueix un dels principis essencials del benestar de l'individu (Stuart Mill 1997, 128). L'Estat ha de garantir la protecció de la llibertat individual, de manera que quan l'exercici de la llibertat d'un individu limita la d'un altre i el perjudica, l'Estat o, fins i tot, un altre individu estaran legitimats per intervenir i limitar la llibertat del pertorbador (Stuart Mill 1997, 127).

Des de la concepció de l'antijuricitat penal que aquí es considera preferible, el dret penal ha de ser entès com un mitjà de control social la funció del qual consisteix en la protecció de la societat a partir de l'evitació de delictes, és a dir, de la lesió o posada en perill de béns juridicopenals. D'acord amb aquest plantejament, els béns juridicopenals han de ser previstos com a condicions de la vida social que afecten les possibilitats de participació d'individus en el sistema social (Mir Puig 2002, 125, 165), com a unitats funcionals socials valuoses necessàries per a l'existència de la nostra societat en la seva configuració concreta (Rudolphi 1970, 167), o com a desenvolupament de possibilitats en la seva evolució cap a la consecució de l'estadi de subjecte de dret emancipat (Otto 1971, 5). Si ho entenem d'aquesta manera, el concepte de bé juridicopenal per a un Estat social i democràtic de dret no sols és legítim, sinó que fins i tot és preceptiu castigar amb pena els atacs més perillosos contra béns jurídics perquè són socialment perjudicials en termes de possibilitats de participació de l'individu en la societat. Així, crec que és possible afirmar que la noció de llibertat individual és precisament la base

11. Sens dubte il·lustratiu, però referit en un sentit més ampli i des d'una perspectiva més vinculada al liberalisme polític i filosòfic, a la intervenció de l'Administració en el seu conjunt és també el següent exemple de Stuart Mill (1997, 181 i seg.): «si un funcionari públic o una altra persona veiés que algú intenta travessar un pont declarat insegur, i no tingués temps d'avisar-lo del perill, podria agafar-lo i fer que retrocedís sense atemptar per això contra la seva llibertat, ja que la llibertat consisteix a fer allò que un vol fer, i no voldria caure al riu. Això no obstant, quan es tracta d'un dany possible, però no segur, ningú més que la persona interessada pot jutjar sobre la suficiència dels motius que poden impulsar-la a córrer el risc: en aquest cas, per tant (...), la meva opinió és que cal tan sols advertir del perill, sense impedir-lo per la força».

d'aquest concepte. Per aquesta raó, es pot entendre que la funció social i preventiva del dret penal, és a dir, la protecció de la societat a través de la prevenció de delictes, pretén, en certa manera, garantir la llibertat dels individus assegurant la indemnitat de les seves condicions mínimes de vida (béns juridicopenals). Si l'entensem així, la llibertat individual dels ciutadans es convertiria no només en un límit per al *lus puniendi* de l'Estat, sinó en el mateix fonament de la intervenció penal.¹²

Amb tot, val la pena destacar que tot i ser cert que sense seguretat difícilment hi pot haver espai per al lliure desenvolupament de la personalitat de l'individu, les advertències de l'«Escola de Frankfurt» poden ser útils si més no per recordar que un excessiu intervencionisme penal també podria espatllar la consecució d'aquest objectiu. En un Estat social i democràtic de dret, el dret penal no ha de perseguir la màxima eficàcia o prevenció possible, sinó el mínim imprescindible. Es tracta del principi d'intervenció mínima o d'*ultima ratio* del dret penal (Mir Puig 2002, 123; Mendoza Buergo 1999, 312; 2001, 167 i seg.).¹³

12. Segons entenc, la distinció entre la llibertat de l'individu com a límit del *lus puniendi* en un Estat liberal i democràtic i la seva condició com a fonament de la intervenció penal està també a la base de la discrepància entre el «dret penal mínim» promogut pels representants de l'«Escola de Frankfurt» i el dret penal més ampli, però amb totes les garanties, que proposa Corcoy Bidasolo. Des del meu punt de vista, quan aquesta autora afirma que el «dret penal mínim» de Frankfurt pensa més en la llibertat de l'autor que en la llibertat de la víctima, crec que aquesta apreciació és correcta. No en va, la història de la ciència del dret penal en general, i la de la teoria del delictes en particular, han estat, en realitat, la història de la postergació o neutralització de la víctima. Tot i ser cert que aquesta tendència sembla invertir-se gràcies a la victimologia i la victimodogmàtica, no hi ha dubte que el camí que han de recórrer aquestes disciplines és llarg i que, ara per ara, s'està recorrent lentament. Sobre tot això, *vid.* Peris Riera, J.M. (1988); Silva Sánchez, J.M. (1989); Bustos Ramírez, J., Larrauri Pijoán, E. (1993); García-Pablos de Molina, A. (1993), i Landrove Díaz, G. (1998), entre altres autors. Probablement, el que passa és que els autors de Frankfurt i Corcoy Bidasolo utilitzen l'argument de la llibertat individual per posar èmfasi en dues exigències diferents: els primers, per destacar la necessitat que el dret penal tingui caràcter *liberal*, en el sentit de no autoritari o limitat (llibertat individual com a límit del *lus puniendi*); la segona, en la conveniència que el dret penal sigui *social*, és a dir, que intervingui per protegir la societat i garantir la indemnitat de les esferes individuals de llibertat (protecció de la llibertat com a fonament del *lus puniendi*). Des del meu punt de vista, l'afirmació de Corcoy Bidasolo segons la qual «fonamentalment, la llibertat que s'ha de protegir és la de qui no infringeix la norma, no la de l'autor» (Corcoy Bidasolo 1999, p. 193), aconsegueix expressar, precisament, la idea que, per a ella, la llibertat individual no sols limita, sinó que també fonamenta el *lus puniendi*.

13. Cal aclarir que Corcoy Bidasolo tampoc no ignora aquest últim extrem. Ho demostra el fet que aquesta autora no afirma, en cap moment, que la llibertat no pugui ser exercida sense una seguretat *absoluta*, o sense la *màxima seguretat possible*, i es limita a indicar, de forma més moderada, que «la llibertat no es pot exercir d'una forma molt buida, perquè la llibertat no es pot exercir realment si no es té una *certa seguretat*» (Corcoy Bidasolo, 1999, p. 193 [cursiva afegida]). Naturalment, es tracta de concretar en cada àmbit quin és el grau de seguretat necessari per garantir l'exercici de la llibertat individual. No podem fer aquesta concreció aquí, ja que va més enllà de l'objectiu d'aquesta comunicació. Crec, però, que això no suposa un obstacle per considerar les conclusions que hem extret aquí com un punt de partida vàlid per a la discussió detallada sobre el contingut i els límits del nou dret penal del risc. Per això considero exagerada la crítica que Gracia Martín (2002, p. 351, nota 22) dirigeix contra l'argumentació de Mendoza Buergo al plantejament de Schünemann. Per bé que, certament, l'argument del principi de subsidiarietat i d'*ultima ratio* del dret penal constitueix, en aquest context, una idea necessitada d'ulterior concreció, crec (en contra del que apunta Gracia) que està lluny de convertir-se en un argument «pobre».

BIBLIOGRAFIA

- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez i M. Rosa Borrás). 1a ed. Barcelona: Paidós, 1998.
- BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización* (trad. Bernardo Moreno i M. Rosa Borrás). Barcelona: Paidós, 1998.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global* (trad. Jesús Alborés Rey). Madrid: Siglo XXI de España editores, 2001.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; LARRAURI PIJOÁN, Elena. *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*. Barcelona: PPU, 1993.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. València: Tirant lo Blanch, 1999.
- DONINI, Massimo. «Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI». Ponència realitzada en el *Seminario Internacional sobre nuevas tendencias de la Política criminal en Europa*, celebrat els dies 27, 28 i 29 de març (2003) a la Universitat de Barcelona.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena». A: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 107 i seg.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programa de reparación del daño. La denominada "victimización terciaria" (el penado como víctima del sistema legal)». A: *La victimología*, CDJ (XV). 1993.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?». A: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 355 i seg.
- GRACIA MARTÍN, Luís. «¿Qué es la modernización del Derecho penal?». A: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo* [libro homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir]. Madrid, 2002, p. 349 i seg.
- HASSEMER, Winfried. «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno» (trad. Elena Larrauri Pijoán). ADPCP, 1992, p. 235 i seg.
- HASSEMER, Winfried. «La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana» (trad. Hernán Hormazábal Malaree). ADPCP, 1993, p. 35 i seg.
- HERZOG, Felix. *Gesellschaftliche unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*. Heidelberg, 1990.
- HERZOG, Felix. «Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)» (trad. Elena Larrauri Pijoán i Fernando Pérez Álvarez). ADPCP, 1993, p. 317 i seg.
- KARGL, Walter. «Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena» (trad. Ramón Ragués i Vallès) A: *La insostenible situación del Derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 49 i seg.

- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *La moderna victimología*. València: Tirant lo Blanch, 1998.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. «El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos». *PJ*, 1997, p. 289 i seg.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)». A: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo* [libro homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir]. Madrid, 2002, p. 395 i seg.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. «Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal». *ADPCP*, 1999, p. 279 i seg.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Cívitas, 2001.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001 [2].
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, Parte General*. 6a ed. Barcelona: Reppertor, 2002.
- OTTO, Harro. «Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand». A: MÜLLER-DIETZ (ed.). *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Colònia-Berlín-Bonn-Munic, 1971, p. 1 i seg.
- PERIS RIERA, Jaume. «Aproximación a la victimología. Su justificación frente a la criminología». *CPC*, 1988.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. «Sociedad de riesgos y reforma penal». *PJ*, 1996, p. 61 i seg.
- PRITTWITZ, Cornelius. «El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal» (trad. M^a Teresa Castiñeira Palou) A: *La insostenible situación del Derecho penal*. Granada: Comares, 2001, p. 427 i seg.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social* (trad. Enrique López Castellón). Madrid: Edimat, 1999.
- RUDOLPHI, H.-J. «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs». A: *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, 1970, p. 152 i seg.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* (traducció de Manuel Cancio Meliá). Bogotá: Universidad Externado Colombia, 1986.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «¿Consideraciones victimológicas en la teoría del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática». A: *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona* [libro-homenaje al profesor Antonio Beristain]. Sant Sebastià, 1989, p. 633 i seg.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 1a ed. Madrid: Civitas, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Prólogo a La insostenible situación del Derecho penal* (traducció dels professors de l'Àrea de Dret Penal de la Universitat Pompeu Fabra). Granada: Comares, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «¿Política criminal del legislador, del juez, de la Administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal español». 2003, en línia: www.fiscalia.org.
- STUART MILL, John. *Sobre la libertad* (traducció de Pablo de Azkárate). Madrid: Alianza, 1999.