

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN

Ayudante de Derecho Penal. Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales  
de la Universidad de Barcelona

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los debates que desde no hace demasiado tiempo preocupa en mayor medida a la doctrina penal española tiene por objeto la cuestión relativa a cuáles son las consecuencias que para el derecho penal deben desprenderse de la consideración de la actual sociedad como «sociedad del riesgo» (Beck, 1986; 2001) o «sociedad de la inseguridad» (Herzog, 1990). Aunque la problemática que acaba de ser mencionada viene ocupando a algunos destacados penalistas alemanes, como Hassemer (1992; 1993), Herzog (1993), Kargl (2001) o Prittwitz (2001), entre otros, desde hace más de diez años, lo cierto es que la discusión que ahora nos concierne ha llegado a nuestro país más recientemente, principalmente a partir de la segunda mitad de los años noventa del siglo xx, de autores como Pérez del Valle (1996), López Barja de Quiroga (1997), Silva Sánchez (1999), Corcoy Bidasolo (1999), Mendoza Buergo (2001), y, últimamente, Gracia Martín (2002) y Martínez-Buján Pérez (2002). En el presente trabajo no se trata de profundizar en el análisis de los factores que convierten a la actual sociedad postindustrial del siglo xxi en la «sociedad del riesgo». En esta materia, las aportaciones esenciales proceden del sociólogo alemán Ulrich Beck (1986; 1998; 2001), que se ha convertido en un punto de referencia ineludible para todo aquél que pretenda aproximarse a ella, tanto desde una perspectiva sociológica como desde un punto de vista jurídico. En segundo lugar, tampoco se trata de abordar aquí la problemática relativa al proceso de paulatina *expansión* en que desde hace ya algunos años se encuentra inmerso el derecho penal de las sociedades postindustriales de los países de nuestro entorno cultural en toda su extensión. Por último, el presente trabajo tampoco pretende erigirse en un análisis valorativo-crítico del fenómeno de la expansión del derecho penal en su conjunto.

El objeto del presente trabajo parte, más bien, del fenómeno que acaba de ser mencionado como un hecho social sobre cuya existencia no cabe emitir dudas

razonables. En efecto, si la sociedad en que nos toca vivir es la «sociedad del riesgo», esto es, una sociedad en que tanto avances científicos y tecnológicos como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de «nuevos riesgos» humanos, y la función del derecho penal consiste en la protección de la sociedad mediante la prevención (general y especial) de delitos, esto es, de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales, parece comprensible que ante aquella aparición de nuevos riesgos, el contenido del derecho penal positivo se extienda, se *expanda*, a nuevos ámbitos, con el fin de evitar que dichos riesgos se materialicen en situaciones concretas de peligro para bienes jurídicos.

La cuestión que va a ser analizada a continuación consiste, antes bien, en la siguiente: la referida expansión del derecho penal encaminada al incremento de la protección de la sociedad ante los «nuevos riesgos», ¿limita o aumenta la libertad de los individuos que la conforman? En otras palabras: ¿es cierto que cuanto más se expande el derecho penal para tratar de garantizar la seguridad de la sociedad más se están limitando también las libertades individuales? ¿O más bien sucede lo contrario, esto es, que un aumento de la seguridad trae consigo un incremento de la libertad individual?

La primera posición es defendida por un sector de la doctrina penal española y alemana. En opinión de los autores que forman parte de este sector doctrinal, la seguridad y la libertad individuales son dos intereses en conflicto, no realizables plenamente, por tanto, de forma simultánea. Según esta primera línea de pensamiento, una legislación penal que persiga garantizar al máximo la seguridad de los ciudadanos deberá hacerlo, forzosamente, mediante la tipificación como delito o falta de una gran cantidad de conductas, así como mediante el incremento de las penas. Esto último limitará la libertad de los individuos, que quedarán seriamente condicionados en relación con la hipotética realización de un gran número de actividades. Por ejemplo: imaginemos —lo cual, dicho sea de paso, no es mucho imaginar a la vista de la dramática realidad cotidiana de nuestro país— que en una sociedad se observa un fuerte incremento en el sector de la construcción de los accidentes laborales con resultado de lesiones o muerte del operario. Y se entiende que una de las posibles soluciones políticas al problema debe consistir en una reforma del Código penal (CP) de acuerdo con la cual se introduzca en él nuevos delitos contra la seguridad de los trabajadores consistentes en la infracción de ulteriores reglas técnicas de precaución por parte del empresario, o se incremente las penas de los ya existentes. Pues bien: según la posición defendida por el sector doctrinal que ahora nos ocupa, el legislador penal debe ser consciente de que mediante dicha reforma incriminadora, esto es, mediante el referido aumento de la intervención penal del Estado en el libre funcionamiento del sistema social, está provocando, al mismo tiempo, una restricción de la libertad de los individuos que lo conforman.

Sin embargo, como ya ha sido apuntado *supra*, frente a este punto de vista, un segundo sector de la doctrina penal ha defendido que la búsqueda de la seguridad no sólo no menoscaba la libertad individual, sino que, al contrario, la auténtica libertad presupone la seguridad, de modo que sin ella no es posible, en realidad, ser libre. Siguiendo con el ejemplo de la seguridad en la construcción: según el planteamiento que ahora se esboza, un hipotético aumento de la intervención

penal en dicha materia no sólo no limitaría la libertad de los trabajadores, sino que vendría a reforzar su posición garantizándole un mayor ámbito de libre desarrollo de la personalidad.

¿Cuál de las dos opiniones es la correcta? ¿La primera, según la cual seguridad y libertad son dos intereses en conflicto; o la segunda, en cuya virtud seguridad y libertad encuentran su síntesis en un concepto de libertad que tienen en la seguridad a uno de sus presupuestos? Las líneas que siguen tienen como objetivo, en primer lugar, exponer detenidamente las dos posiciones hasta ahora sólo apuntadas (2 y 3), y, en segundo lugar, realizar su valoración crítica para acabar tomando postura sobre el particular (4).

## 2. SEGURIDAD Y LIBERTAD COMO INTERESES EN CONFLICTO: EL PRINCIPIO «A MAYOR SEGURIDAD, MENOR LIBERTAD»

En opinión de un amplio sector doctrinal, el Derecho penal actual es un derecho en expansión como consecuencia de la nueva «sociedad del riesgo» en que vivimos. Este nuevo modelo social viene caracterizado, principalmente, por la aparición de «nuevos riesgos» sociales para, por ejemplo, el medio ambiente, la flora y fauna, la ordenación racional del territorio, derivados del alto grado de desarrollo tecnológico —informático, nuclear, genético— de la nueva sociedad,<sup>1</sup> así como por su creciente complejidad, la multiplicación de relaciones o interconexiones causales, la sustitución de contextos de acción individuales por colectivos, por su carácter transnacional o «global» y por el incremento de la sensación subjetiva de inseguridad de los ciudadanos. Por todo ello, los individuos de la nueva sociedad postindustrial demandan al Estado, en algunos ámbitos, más seguridad, más protección (Hassemer 1992, 240 ss.; Schünemann 1996, 30 s.; Silva Sánchez 1999, 22 ss. y 63 ss.; Mendoza Buergo 1999, 307 ss.; 2001, 26 ss.).<sup>2</sup>

Sin embargo, el Derecho penal liberal clásico hasta ahora vigente en los países de nuestro entorno cultural no fue concebido, obviamente, pensando en los nuevos riesgos de la sociedad del riesgo del siglo xxi, sino en los riesgos propios de la sociedad industrial del siglo xix y gran parte del siglo xx. Por este motivo, el

1. Tiene razón Mendoza Buergo (1999, pp. 307 ss.) cuando afirma que la expansión del Derecho penal ha tenido dos distintas manifestaciones: la prevención de «nuevos» riesgos, dimanantes, principalmente, de las nuevas tecnologías; y la prevención de «viejos» riesgos mediante el adelantamiento de las barreras de protección penal a través de los llamados derecho penal de urgencia y derecho penal del enemigo. Sin embargo, a los efectos del presente trabajo, el fenómeno de la expansión del Derecho penal interesa exclusivamente como consecuencia de la sociedad postindustrial del riesgo, por lo que en el mismo sólo los «nuevos» riesgos serán merecedores de una especial atención.

2. Según Silva (2003), la Política criminal que está en la base del CP 1995 no es ajena a esta circunstancia. En algunos de los ámbitos en que la sensación subjetiva de inseguridad de la colectividad puede ser mayor, por ejemplo, el terrorismo, el narcotráfico o la delincuencia organizada, esto es, en una parte de la llamada delincuencia de los poderosos, el actual Código penal constituye la realización de una Política criminal de corte preventivo o *defensista*. En otros sectores donde la sensación de inseguridad no es tan elevada, el legislador ha optado, en cambio, por una política más garantista, dando preferencia a los aspectos relativos a la no-desocialización y la reparación (Silva Sánchez, 2003, p. 3).

referido derecho penal liberal clásico parece no estar en condiciones de asumir la función de *defender* a la sociedad de los nuevos riesgos que caracterizan a la actual era postindustrial, así como tampoco de proteger la indemnidad de los nuevos bienes jurídico-penales.

Esta doble circunstancia ha traído consigo tres importantes consecuencias: la aparición de nuevos bienes jurídicos «universales» o «supraindividuales» y, con ello, la aparición de nuevos ámbitos de riesgo penalmente relevante; la aparición de «nuevos riesgos» para algunos bienes jurídicos tradicionales; y, por último, la proliferación de «delitos de peligro abstracto» como instrumento de lucha contra la nueva delincuencia (Mendoza Buergo 2001, 44).

Suele afirmarse que el empleo masivo de la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto ha producido, asimismo, un doble e insatisfactorio efecto: por una parte, la flexibilización de los criterios dogmáticos de imputación —así, por ejemplo, los relativos a la relación de causalidad, a la imputación objetiva de la conducta y el resultado, a la imputación subjetiva, o a la relación de autoría—, por otra, la flexibilización de las garantías político-criminales materiales y procesales —por ejemplo, el principio de legalidad penal y procesal, el principio de taxatividad en la elaboración de los tipos penales, el principio de irretroactividad de las disposiciones perjudiciales para el reo, el principio de prohibición de analogía «*in malam partem*» o el principio de culpabilidad— (Hassemer 1993, 77 s.; Herzog 1993, 318 s.; Silva Sánchez 1999, 18; Mendoza Buergo 1999, 317 y 319; Pérez del Valle 1996, 67 ss.).

En opinión de autores como Hassemer (1993), Herzog (1993), Prittwitz (2001) o Kargl (2001) en Alemania, y Silva Sánchez (1999) o Mendoza Buergo (1999; 2001) en España, la ampliación del derecho penal a la protección de la sociedad ante los nuevos peligros de la sociedad del riesgo y la consiguiente flexibilización de los criterios dogmáticos de imputación y de las garantías político-criminales del derecho penal y el derecho procesal penal clásicos debe ser valorada negativamente. La razón de esta valoración negativa es la siguiente: en contra de lo que suele afirmarse, los criterios dogmáticos de imputación y las garantías político-criminales del derecho penal clásico no son ni meras formalidades, ni mucho menos obstáculos que un derecho penal que pretenda ser moderno<sup>3</sup> y eficaz ante las nuevas exigencias político-criminales deba superar a toda costa. Según aquellos autores, aunque parece evidente que el derecho penal debe ser eficaz, también lo es que

3. Gracia Martín (2002, pp. 358 ss.) emplea el término «moderno» para referirse al Derecho penal actual de nuestro entorno cultural en dos sentidos diferentes: en un sentido *formal* y en un sentido *material*. En el primer sentido, Gracia considera que el Derecho penal moderno tiene cinco manifestaciones: el Derecho penal del riesgo (Gracia Martín 2002, pp. 358 ss.), el económico y del Medio Ambiente (Gracia Martín 2002, pp. 360 ss.), el de la empresa (Gracia Martín 2002, pp. 366 ss.), el de la globalización (Gracia Martín 2002, pp. 369 ss.) y el de la Unión Europea (Gracia Martín 2002, pp. 373 ss.). En un sentido material, la discusión sobre el Derecho penal «moderno» se centra, en opinión de Gracia, en torno a la cuestión, ya aludida, de si los nuevos fenómenos de la sociedad postindustrial provocan, o no, la destrucción del sistema de garantías del Derecho penal liberal (Gracia Martín 2002, pp. 381 ss.). Como ya se ha indicado en la nota anterior, el objeto del presente trabajo se circunscribe, en esencia, a la manifestación del Derecho penal «moderno» en sentido formal como «Derecho penal del riesgo» y a la discusión referida al sentido material del término.

éste, para ser legítimo, debe encontrarse sujeto a límites. Y tanto los criterios dogmáticos de imputación de responsabilidad penal como las garantías político-criminales deben ser contemplados como instrumentos al servicio de esta función limitadora del «*ius puniendi*» del Estado. Esto es, de la intervención penal del Estado en la esfera de libertad personal del individuo (Hassemer 1992, 245; 1993, 78 ss.; Herzog 1993, 319; Silva Sánchez 1999, 124 ss.).

De todos los autores que acaban de ser citados como representantes del sector doctrinal que más crítico se muestra con el fenómeno de la extensión del Derecho penal a la protección social antes los nuevos riesgos, los que se han mostrado más inequívocamente a favor de entender que esta función no debe ser satisfecha por el derecho penal son algunos de los que integran la mal llamada Escuela de Frankfurt.<sup>4</sup> En concreto Hassemer (1992; 1993), Herzog (1993), Prittwitz (2001) y Kargl (2001). Todos ellos son representantes de lo que se conoce como «derecho penal mínimo». Según esta idea, puesto que el derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico en que las consecuencias jurídicas son de mayor dureza, esto es, más restrictivas para derechos fundamentales del individuo, debe tener por objeto exclusivamente la protección de los bienes jurídicos más importantes mediante la evitación de las conductas más peligrosas para ellos. Esto es: la evitación de los delitos más graves. A esta parte fundamental del derecho penal se la denomina «derecho penal tradicional» o «derecho penal nuclear» (*Kernstrafrecht*). Fuera del derecho penal nuclear, esto es, del homicidio, el asesinato, las lesiones, los delitos contra la libertad sexual, algunos delitos contra el patrimonio, como el robo, o de los delitos de peligro o contra bienes jurídicos colectivos más graves (por ejemplo, el delito de formación de organización delictiva o los delitos contra el Estado), la intervención del derecho penal sería —siempre para estos autores— ilegítima, porque constituiría una intervención en la esfera de libertad de los ciudadanos incompatible con la consideración del derecho penal como *ultima ratio*. Para las conductas que integran el llamado «derecho penal accesorio» (*Nebenstrafrecht*), los autores de Frankfurt consideran que es preferible buscar una *ratio* alternativa: el «derecho de intervención», una suerte de derecho sancionador con un nivel de dureza y garantías intermedio al que caracteriza al derecho penal y al derecho administrativo (Hassemer 1992, 248; 1993, 79 s.; Herzog 1993, 321; Prittwitz 2001, 434 ss. y 442 ss.; Kargl 2001, 49 ss.).

Entre los penalistas a los que acaba de hacerse referencia, el que con mayor claridad ha fundamentado la crítica al fenómeno de la expansión del derecho penal en la idea de la libertad individual ha sido Hassemer. En opinión de este autor, el derecho penal debe ser contemplado, siguiendo a Rousseau (1999, 61 ss.), como un instrumento del Estado para garantizar el cumplimiento del contrato social, en

4. Aunque la doctrina penal suele utilizar la expresión «Escuela de Frankfurt» en referencia unitaria a todos los penalistas, criminólogos y sociólogos que integran el *Institut für Kriminalwissenschaften* de la Universidad de Frankfurt, lo cierto es, sin embargo que, como ha puesto de manifiesto Silva Sánchez (2000), ello no es correcto, porque dicha Escuela no existe como tal, ya que los planteamientos de los miembros del referido Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt participan, en realidad, de importantes diferencias metodológicas e incluso ideológicas.

cuya virtud los individuos renuncian a parte de su autonomía en beneficio de la construcción de un ordenamiento jurídico que asegure la libertad de todos ellos. El Estado se encuentra vinculado por este mandato, de tal modo que debe garantizar la libertad de sus ciudadanos evitando la injerencia de terceros en esferas de libertad ajenas. Para conseguirlo, el Estado podrá intervenir incluso mediante el derecho penal. Sin embargo, puesto que las consecuencias jurídicas de esta rama del derecho, las penas, también restringen considerablemente la libertad del individuo, el recurso al derecho penal sólo será legítimo cuando tenga por objeto evitar la intromisiones en esferas de libertad ajenas de mayor gravedad (Hassemer 1992, 237 s.).

Según Hassemer, «se justifica por su contenido permitir la existencia de los participantes en el contrato social en una situación en la cual los límites de la renuncia de la libertad deben ser respetados por todos. No es, por consiguiente, una funcionalización del individuo por el Estado, sino del Estado por el individuo. El derecho penal adopta como función precisamente la estabilización de los vínculos derivados del contrato social; es el derecho de las lesiones a la libertad y de sus consecuencias.» Por ello, considera Hassemer que «el Estado es una institución derivada de los ciudadanos y se debe funcionalizar su poder en aras de los derechos de los ciudadanos. El contrato social no tolera ningún poder que no sea derivado y ninguna usurpación. Precisamente por ello el poder del Estado debe ser en el derecho penal, donde más claramente se muestra, limitado y vinculado a los derechos del individuo. Con ello se comprenden principios penales como *in dubio pro reo*, el derecho a la tutela judicial, a la defensa, a no declarar, y principios fundamentales, como proporcionalidad y subsidiariedad. Para la doctrina clásica, el derecho penal es un instrumento de la libertad ciudadana. Debe controlarse, no independizarse. No es ningún *passepartout*, sino el último medio (*ultima ratio*) para solucionar problemas sociales» (Hassemer 1992, 238).

### 3. SEGURIDAD Y LIBERTAD COMO INTERESES SINTETIZABLES EN LA FÓRMULA «NO HAY LIBERTAD SIN SEGURIDAD»

Frente a la tesis de que todo derecho penal que no sea «mínimo», esto es, que no se encuentre circunscrito a la protección de los bienes jurídicos de naturaleza estrictamente personal constituirá una intromisión ilegítima del Estado en la esfera de individualidad del individuo, defendida por los representantes de la «Escuela de Frankfurt», un segundo sector de la doctrina española y alemana sostiene la idea, de signo completamente opuesto, de que, al contrario, la libertad del individuo sólo puede ser asegurada mediante la prevención penal de los nuevos riesgos. Esta tesis viene siendo defendida en Alemania por Schünemann, y en España por Corcoy Bidasolo, entre otros autores.

Según Schünemann, reducir el derecho penal como lo hace la teoría personal del bien jurídico promovida por los autores de Frankfurt —esto es, entendiendo, por ejemplo, que la lesión del patrimonio debe pertenecer al derecho penal nuclear, mientras que la del medio ambiente, en cambio, debe quedar fuera del

mismo, y pasar a formar parte del «derecho de intervención», porque sólo el primer bien jurídico tiene naturaleza personal o individual— supone reducir el Derecho penal liberal basado en la protección del individuo al absurdo. Porque parece evidente, desde su punto de vista, que no sólo de la protección de los intereses estrictamente individuales, sino también de la protección de los intereses supraindividuales depende el libre desarrollo o la autonomía de su personalidad (Schünemann 1996, 23).<sup>5</sup>

Para Schünemann, uno de los intereses supraindividuales que en mayor medida pueden condicionar el libre desarrollo de la personalidad del individuo es, precisamente, el medio ambiente. En su opinión, no es correcto entender que, por ejemplo, que los comportamientos que atentan contra el medio ambiente que sólo lesionen las condiciones de vida de las generaciones venideras no deben ser constitutivos de delito, porque cada generación —afirma Schünemann— tiene derecho a una parte relativamente igual de los recursos naturales, así como a ser protegida teniendo en cuenta el estado de la tecnología y de los avances científicos de cada momento o época (Schünemann 1996, 21).

En España, Corcoy Bidasolo (1999) ha defendido la idea de que cuando los partidarios de la «Escuela de Frankfurt», con Hassemer a la cabeza, se resisten a integrar la prevención de los nuevos riesgos de la sociedad postindustrial en el Derecho penal, aferrándose a un Derecho penal liberal «mínimo», sobre la base del argumento de que el conflicto entre seguridad y libertad individual debe resolverse en favor de la segunda, incurren en el error de no advertir que no es posible garantizar la libertad individual de los ciudadanos sin garantizar, al mismo tiempo, su seguridad. Según Corcoy, sin seguridad no puede haber auténtica libertad. La sociedad del riesgo se caracteriza, en opinión de esta autora, por que los nuevos peligros que genera suelen proporcionar beneficios a la colectividad. La sociedad debe ponderar si compensa, o no, correr dichos riesgos, teniendo en cuenta tanto la importancia del peligro como la utilidad que éste reporta. Los riesgos que la sociedad decide correr son, desde el punto de vista del Derecho penal, riesgos «permitidos» o «socialmente adecuados». No obstante, el ciudadano, para poder ejercer realmente su libertad corriendo aquellos riesgos que le reportan alguna utilidad o beneficio, debe tener una cierta seguridad o confianza en que dichos riesgos no son mayores de lo que parecen. De lo contrario, el individuo no aceptaría correr el riesgo (Corcoy Bidasolo 1999, 192). Por ejemplo: ¿hasta qué punto puede decirse que un operario de la construcción es «libre» en su trabajo, desarrolla «libremente» su actividad profesional, si las condiciones de seguridad en su sector no se encuentran garantizadas? ¿Es correcto afirmar que, si el operario resulta lesionado como consecuencia de un accidente producido por el incumplimiento de una norma de cuidado por parte del jefe de obra o del arquitecto, ello debe ser imputado objetivamente al ámbito de libertad o de autorresponsabilidad del operario?

---

5. Cuando Schünemann se refiere al libre desarrollo o a la autonomía de la personalidad lo hace en un sentido material, no en el sentido formal cultivado por la —en su opinión— hedonista y vacía sociedad actual (Schünemann 1996, pp. 24 s.).

Según Corcoy, el derecho penal está en condiciones de asumir la evitación de los nuevos riesgos de la sociedad moderna. En su opinión, la protección de bienes jurídicos individuales por medio de la tipificación de delitos de peligro abstracto es algo perfectamente asumible por un derecho penal garantista (Corcoy Bidasolo 1999, 20 ss.). Para Corcoy, el derecho penal moderno del Estado del bienestar servirá para fomentar la confianza del ciudadano en el funcionamiento del sistema penal. Además, un derecho penal basado en la prevención de riesgos resultará más «barato» tanto para el delincuente —el adelantamiento de las barreras de protección debería dar lugar, por lógica, a penas más reducidas— como para la víctima —no hay necesidad de esperar la lesión si ésta puede ser evitada mediante la tipificación del peligro— (Corcoy Bidasolo 1999, 24 ss.). En opinión de Corcoy, la discusión relativa a si, ante la nueva sociedad del riesgo, el derecho penal debe optar por ser un derecho penal «máximo» sin rigor dogmático ni garantías político-criminales, o bien por ser «mínimo» que respete tanto el primero como el segundo, debe ser resuelta del modo siguiente: entre estas dos opciones extremas, cabe una tercera, intermedia, de cuya conformidad no sólo es posible, sino también necesario que el derecho penal sirva para la prevención de los nuevos riesgos (atómicos, genéticos, ecológicos, socioeconómicos, etc.) respetando escrupulosamente las garantías del derecho penal liberal (Corcoy Bidasolo 1999, 26 s.).

Las dos cuestiones que acaban de ser planteadas, esto es, la relativa a si el derecho penal debe asumir la función de prevención de los nuevos riesgos de nuestros tiempos y la concerniente a si, en caso de que la anterior deba ser contestada en sentido afirmativo, ello es posible sin menoscabo del sistema de garantías individuales propio del derecho penal liberal, constituye, como puede deducirse fácilmente del presente trabajo, dos de los extremos que mayor discusión doctrinal han generado en los últimos tiempos en relación con la polémica suscitada por la expansión del derecho penal. Estas cuestiones exceden, con mucho, del objeto de esta comunicación. No obstante, creo que es necesario apuntar brevemente, al menos, cuáles son las posiciones que la doctrina defiende en torno a este particular. En lo que alcanzo a ver, tres son las soluciones propuestas. La primera consiste en afirmar que el derecho penal debe mantenerse fiel, a toda costa, a las garantías individuales del derecho penal liberal, resultando ello incompatible con su ampliación a la prevención de los nuevos riesgos. Esta es la solución propuesta por los partidarios del «derecho penal mínimo» de la «Escuela de Frankfurt», y que ya ha sido sucintamente expuesta *supra* en el texto. La segunda propuesta, antagónica a la que acaba de ser mencionada, postula al derecho penal como un instrumento necesario para la prevención de los riesgos de la sociedad moderna, a pesar de que ello pueda representar la flexibilización de los criterios de imputación y las garantías político-criminales.<sup>6</sup> Por último, un tercer grupo de autores defienden la idea de que el derecho penal moderno debe estar

6. En Alemania, el máximo representante de este sector doctrinal es Schönemann (1996, pp. 23 ss., 31); en España, la tesis de Schönemann es secundada, con algunos matices, por Gracia Martín (2002, p. 393), Pérez del Valle (1996, p. 84) y López Barja de Quiroga (1997, p. 302).



abierto a la protección de la sociedad de los riesgos de la sociedad postindustrial, sin que ello deba representar menoscabo dogmático o garantístico alguno.<sup>7</sup>

Especial consideración merece, según entiendo, la argumentación mantenida por Silva Sánchez en su monografía *La expansión del Derecho penal* (1999). En opinión de este autor, especiales características de la actual sociedad postindustrial han provocado la aparición de nuevas formas de delincuencia que han conducido, a su vez, a una ampliación o expansión del derecho penal. Aunque para Silva esta expansión debe ser valorada de forma esencialmente crítica, el autor cuya posición ahora se expone acaba aceptándolo, al entender que se trata de un fenómeno imparable ante el que resulta inútil resistirse. Ante este escenario, Silva se pregunta si debe admitirse que la referida expansión pueda traer como consecuencia una flexibilización de los criterios dogmáticos de imputación y de las garantías político-criminales del «viejo» derecho penal liberal. En la respuesta a esta pregunta, Silva se queda a medio camino entre la solución «minimalista» del derecho penal y la solución «maximalista», al considerar que en derecho penal debe distinguirse, en realidad, entre dos niveles de rigor «garantístico-dogmático» y «garantístico-político-criminal»: un primer nivel, el del «derecho penal nuclear», donde las garantías del derecho penal liberal deberían ser observadas de forma escrupulosa; y un segundo nivel, el que correspondería al «derecho penal accesorio», en el que cabría flexibilizar los criterios de imputación y los principios político-criminales tradicionales (Silva Sánchez 1999, 124 ss.).

Corcoy Bidasolo es de la opinión de que cuando una parte de la doctrina, esencialmente los autores de Frankfurt, defiende la idea del «derecho penal mínimo» en nombre de la libertad, cometen un doble error. El primer error consiste en el siguiente: cuando el sector doctrinal de referencia exige que el Estado intervenga sólo en la esfera de libertad del individuo exclusivamente con respecto a la lesión de bienes jurídicos personales, normalmente se está pensando en la esfera de libertad del autor. Corcoy pone de manifiesto que esta unilateralidad es incorrecta, porque el derecho penal no sólo debe pensar en la libertad del delincuente, sino también, y fundamentalmente, en la libertad de la víctima (Corcoy Bidasolo 1999, 192 s.). En segundo lugar, los autores que se manifiestan partidarios del derecho penal mínimo sobre la base del argumento de la libertad parecen olvidar —advierte Corcoy— que sólo es posible ejercer plenamente la libertad como «libre desarrollo de la personalidad» en un ambiente de seguridad y confianza. Según este argumento, un sujeto, para ser auténticamente libre, debe tener una cierta seguridad de que no va a padecer injerencias externas en su esfera individual. A partir de las dos razones que acaban de ser expuestas, Corcoy concluye que «fundamentalmente, la libertad que tiene que protegerse es la de quien no infringe la norma, no la del autor» (Corcoy Bidasolo 1999, 193). A la posición de Corcoy se ha adherido recientemente Martínez-Buján Pérez (2002, 431).

---

7. Son de este parecer, entre otros autores, españoles, Gimbernat Ordeig (2001, pp. 356 y 370), Martínez-Buján Pérez (2003, pp. 408 s.) y la ya mencionada en el texto Corcoy Bidasolo (1999, pp. 26 s.). Sostiene una tesis similar, aunque con mayores reservas, Mendoza Buero (2001, pp. 189 y 192).

## 4. TOMA DE POSTURA

### 4.1 Planteamiento

¿Cuál de las dos posiciones expuestas es la correcta? ¿La que sugiere que un derecho penal que exceda del «derecho penal mínimo» es ilegítimo porque busca la eficacia sin respetar la libertad de los individuos? ¿O aquélla en cuya virtud se estima preferible entender que un derecho penal abierto a la prevención de nuevos riesgos no sólo no es incompatible con la idea de libertad, sino que constituye, incluso, un presupuesto de la misma?

Desde mi perspectiva, para dar respuesta a la cuestión que acaba de ser planteada es necesario preguntarse, en primer lugar, si está realmente justificada, en términos de utilidad social, la ampliación, la expansión que está experimentando el derecho penal en aras de la evitación de los nuevos riesgos derivados de la sociedad del riesgo. En caso de que esta pregunta sea contestada negativamente, es decir, en el supuesto de que se reconozca que el nuevo derecho penal no es eficaz, carecerá de sentido preguntarse si dicha intervención penal representa, o no, una intromisión ilegítima en la libertad individual de los ciudadanos. Porque entonces el nuevo derecho penal habrá perdido el principal argumento que suele esgrimirse en su favor: constituir un instrumento que garantiza la seguridad de la colectividad. Si ocurre lo contrario, esto es, si se acepta que el nuevo derecho penal de la sociedad del riesgo puede ser de utilidad social, es decir, puede servir para proteger en mayor medida a la sociedad, entonces es obligado preguntarse si estamos dispuestos a asumir los costes que dicha intervención penal supone en términos de libertad y garantías del individuo, si es que tales costes realmente existen.

### 4.2 ¿Está realmente justificada, en términos de utilidad social la expansión del derecho penal en aras de la evitación de los nuevos riesgos derivados de la sociedad del riesgo?

Ciertamente, debe admitirse que en nuestra actual sociedad del riesgos, algunos de estos nuevos peligros son más ficticios que reales, o, al menos, que la entidad de algunos de ellos es inferior a lo que, en ocasiones, los medios de comunicación o algunos «gestores atípicos de la moral» denuncian (Silva Sánchez 1999, 27 y 46 ss.). También es posible que en la sociedad del bienestar en que vivimos, los ciudadanos se identifiquen en mayor medida con la víctima que con el delincuente (Silva Sánchez 1999, 31 ss.). Estas dos razones, y probablemente algunas otras, explican el actual momento histórico como una etapa caracterizada, en lo que a la relación Estado-sociedad respecta, por una creciente sensación subjetiva de inseguridad del ciudadano ante el advenimiento de una pluralidad de nuevos riesgos de contenido y entidad no del todo determinados (Silva Sánchez 1999, 25).

Sin embargo, ello no significa, en mi opinión, que esta sensación subjetiva de inseguridad no se corresponda con la realidad. Según mi parecer, algunas de las principales características de la sociedad postindustrial pueden justificar razona-

blemente aquella sensación. Según creo, dos de estas características son, por una parte, el desarrollo tecnológico y, por otra, la creciente complejidad de la sociedad. Por lo que respecta a la primera característica, debe advertirse que el desarrollo tecnológico de la sociedad moderna representa un incremento del riesgo de posibles «fallos técnicos», por ejemplo, en detrimento del medio ambiente (Schünemann 1996, 21; Silva Sánchez 1999, 22 s.). Además, se trata de un riesgo no natural, «artificial», esto es, creado por el hombre (Mendoza Buergo 2001, 26). En cuanto a la segunda, esto es, la creciente complejidad de la sociedad, creo que uno de los autores que mejor ha expresado esta idea es Schünemann. Según este autor, la sociedad del riesgo como sociedad compleja se distingue, principalmente, por dos características: la multiplicación de relaciones o interconexiones causales que no pueden ser completamente explicadas o aclaradas por los actuales métodos científicos (Schünemann 1996, 30 s.); y la sustitución de contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, lo cual provoca, a su vez, la sustitución del contacto personal por el contacto anónimo o estandarizado (Schünemann 1996, 31). Un ejemplo claro de esta idea se observa en el ámbito de la responsabilidad por el producto, en el que procesos de producción (por ejemplo, de alimentos) tradicionalmente sencillos se han convertido en procesos altamente complejos y anónimos (Schünemann 1996, 32 s.).

Los dos factores que acaban de ser expuestos —el creciente número de fallos técnicos como consecuencia del también creciente desarrollo tecnológico y la proliferación de procesos de producción con cursos causales cada vez más complejos y anónimos— dejan al individuo (por ejemplo, al consumidor) en una situación de especial indefensión frente a tales riesgos desconocida hasta ahora. De ahí que, ante la perspectiva de que dichos peligros se concreten en resultados lesivos, los ciudadanos demanden al Estado mayor seguridad, a fin de recuperar la sensación subjetiva de sentirse libres de peligros o riesgos (Mendoza Buergo 2001, 30 s.). Los destinatarios de esta demanda son, principalmente, el derecho penal y el derecho procesal penal, que poco a poco se van expandiendo (Mendoza Buergo 2001, 32 ss.).

Pues bien: ante esta perspectiva, resulta evidente que el derecho penal de un estado social y democrático no puede confundirse con la política interior de un Estado *in totum*, o erigirse en un instrumento al servicio de una función de rectificación sistemática de los errores o déficits de aquélla, asumiendo, de este modo, el control de todos los nuevos riesgos que amenazan a la sociedad moderna, sino que el Estado debe limitarse a intervenir penalmente sólo cuando no exista otro medio de control social, formalizado o no, de menor dureza. No obstante, el carácter social del derecho penal de un Estado social no sólo constituye un límite para la intervención penal del Estado, sino que también la legitima, la fundamenta, de tal modo que aquélla debe tener lugar cuando sea socialmente necesaria, esto es, imprescindible para la protección de la sociedad. Y ello ocurrirá cuando exista un riesgo insoportable para bienes jurídico-penales (Schünemann 1996, 32 ss.; Mendoza Buergo 2001, 176 s.; López Barja de Quiroga 1997, 302).

El principal instrumento utilizado por el moderno legislador penal para adaptarse a la nueva realidad de la sociedad del riesgo consiste en la técnica legislativa

de los delitos de peligro, principalmente los de peligros abstracto.<sup>8</sup> En contra de la opinión sostenida por alguno de los defensores del concepto personal de bien jurídico-penal, resulta sin duda excesivo afirmar que todos los delitos de peligro abstracto constituyen ejemplos del llamado derecho penal simbólico, o que el legislador penal no está legitimado para sancionar con pena la puesta en peligro en abstracto de bienes jurídicos supraindividuales.

Con respecto a lo primero, debe admitirse que la aparición de nuevos riesgos y la creciente demanda social de prevención penal ante ellos constituye, sin duda, un terreno abonado para la proliferación de tipos penales de improbable aplicación cuya única finalidad consista en satisfacer aquella demanda social. Es decir, que cumplan una función exclusivamente simbólica (Díez Ripollés 2002, 124 s.). No cabe duda de que esta técnica legislativa no es, precisamente, merecedora del mayor elogio. Sin embargo, creo que, cuando se vierte la crítica relativa al derecho penal simbólico contra la tipificación de delitos de peligro abstracto vinculados a la nueva sociedad del riesgo, no se advierte que la práctica judicial está demostrando de forma prácticamente cotidiana que en estos nuevos ámbitos el derecho penal está mostrándose como un eficaz instrumento de protección de la sociedad (Corcoy Bidasolo 1999, 200 ss.). Probablemente, el más claro exponente de que la idea que acaba de ser expuesta está lejos de ser falsa viene representado por la regulación de los delitos contra el medio ambiente prevista en el CP 1995.

En relación con lo segundo, la impresión de que la protección de bienes jurídicos colectivos mediante la tipificación de delitos de peligro abstracto vulnera, por definición, principios básicos del derecho penal y el derecho procesal liberal como el principio de taxatividad o mandato de determinación, el principio de culpabilidad o el principio de presunción de inocencia, o la de que aquélla conduce indefectiblemente a una inadmisibles flexibilización de los criterios de imputación de la dogmática juridico-penal de la tradición liberal resulta, en mi opinión, sin duda, exagerada. Con una correcta redacción de los tipos penales, que permita distinguir con claridad cuál es la conducta y que no recurra para ello a la técnica de la ley penal en blanco sin vulneración de la doctrina constitucional del complemento indispensable, los tipos de peligro abstracto pueden conservar su identidad como ilícitos penales sin riesgo de ser confundidos, en su caso, con las correlativas infracciones administrativas. La paulatina asunción por parte del derecho penal de la función de prevención de los nuevos riesgos más insoportables para los bienes jurídicos más importantes mediante la tipificación de delitos de peligro abstracto no representa, necesariamente, que esta rama del ordenamiento jurí-

---

8. Aunque ello no está exento de controversia, empieza a ser una idea generalizada en la doctrina la de que los delitos de peligro abstracto son el resultado de la utilización de una determinada técnica legislativa en todos (Corcoy Bidasolo 1999) o algunos (Mendoza Buergo 2001 [2], p. 53) de los supuestos en que el bien jurídico protegido es de naturaleza supraindividual. Así, por ejemplo, puesto que la apariencia de buen funcionamiento de la Administración pública o de la Administración de justicia no pueden ser «lesionadas», estos intereses difusos sólo pueden ser protegidos mediante la tipificación de clases de conductas estadísticamente peligrosas para la colectividad. Esto es, mediante la tipificación de delitos de peligro abstracto.

dico haya entrado en un proceso de paulatina «administrativización». Considero que cuando se trate de comportamientos que pongan en peligro abstracto bienes jurídicos supraindividuales seguirá siendo necesario distinguir entre los comportamientos típicamente relevantes y los que no lo sean, siendo los primeros merecedores de la calificación de delito y los segundos simplemente de la de infracción administrativa.<sup>9</sup>

Del mismo modo, entiendo que también en los delitos de peligro abstracto, tanto los «nuevos» como los «viejos», debe seguir plenamente en vigor, y debe ser aplicado con todo rigor, el sistema de criterios dogmáticos de imputación y las garantías político-criminales y procesales tradicionales. Defienden este planteamiento en España, entre otros autores, Corcoy Bidasolo (1999, 20 s.), Mendoza Buergo (2001, 191) y Martínez-Buján Pérez (2002, 408 s.).

A este planteamiento se opone Silva Sánchez (1999). A juicio de este autor, el derecho penal de la sociedad del riesgo se caracteriza por ser un derecho penal «administrativizado». Según Silva, aunque la función propia del derecho penal es la de valorar el desvalor individual de un sujeto determinado en el caso concreto (principio de culpabilidad o responsabilidad individual), lo cierto es que el moderno derecho penal se separa, al menos en algunos delitos, de este paradigma clásico, aproximándose más al derecho administrativo en tanto que «gestor» de determinados sectores o «contextos generales» de la actividad social. Constituyen para Silva paradigmas de este derecho penal administrativizado los llamados delitos por acumulación, entre los que se cuentan, en su opinión, el delito de conducción bajo la influencia de determinadas sustancias (art. 379 CP), el delito fiscal (art. 305 CP), el delito ecológico (art. 325 CP) o el delito de tráfico de drogas (art. 368 CP). Según Silva, el denominador común de todas estas conductas como constitutivas de delitos por acumulación consiste en que, individualmente consideradas, no representan un peligro especialmente relevante, de modo que éste sólo podría llegar a concretarse en una lesión «si todo el mundo hiciera lo mismo» (Silva Sánchez 1999, 102 ss.). En contra de Kuhlen, el principal valedor de esta categoría, Silva cree que los delitos por acumulación son merecedores de una valoración negativa, porque en ellos parece ponerse en cuestión dos garantías fundamentales del derecho penal liberal: el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad de las penas. En opinión de Silva, la vulneración de estas dos garantías resultará inadmisibles cuando se trate de delitos con penas privativas de libertad (Silva Sánchez 1999, 111 s.). Sin embargo, aquélla será asumible cuando la pena prevista para el delito de acumulación sea de otra naturaleza. Para Silva, esta circunstancia con-

9. En opinión de Donini (2003), ni la «administrativización» del Derecho penal, ni tampoco su expansión constituyen, en realidad, fenómenos nuevos. Respecto de la primera, Donini señala que la referida administrativización del Derecho penal «no ha desaparecido nunca de ordenamientos, como el francés, por ejemplo, o el italiano, que todavía cuentan con un amplísimo uso de las faltas penales: los «modelos estructurales» de estas incriminaciones, desde siempre han estado representados por la violación de reglas cautelares y de la no-observación de prescripciones administrativas (ordenes, disposiciones, reglamentos, autorizaciones, etc.)» (Donini 2003, p. 2). En relación con el fenómeno de la expansión del Derecho penal, Donini apunta que «se trata de un movimiento que se originó en el siglo XIX» (Donini, 2003, p. 2).

duce a distinguir entre dos clases de derecho penal: uno, el de la pena de prisión, en el que el rigor dogmático y las garantías político-criminales y procesales del derecho penal liberal sean ineludibles; y un segundo derecho penal, el de las restantes penas, para el que la flexibilización de los criterios de imputación y de las garantías liberales no resulta preocupante y es, por tanto, factible (Silva Sánchez 1999, 116 s.). Se trata de un derecho penal de «dos niveles o velocidades» (Silva Sánchez 1999, 119 ss.).

A la argumentación de Silva cabe oponer, desde mi punto de vista, algunas objeciones. Cuando Silva afirma que en los delitos de acumulación las conductas individualmente consideradas carecen del suficiente contenido de injusto propio para ser desvaloradas como delito, creo que ello puede ser matizado en un doble sentido. En primer lugar, debe advertirse que entre todos los comportamientos que ponen en peligro abstracto un bien jurídico es posible que quepa distinguir entre comportamientos de diversa peligrosidad, en cuyo caso podría tener sentido castigar los más peligrosos como delitos y los menos como infracción administrativa, incluso desde la propia lógica de los delitos por acumulación. En efecto, si, por ejemplo, una industria realiza un vertido ilegal extraordinariamente contaminante, o un obligado tributario defrauda a Hacienda por importe de una considerable cantidad económica, tales conductas probablemente deberán ser contempladas, desde una perspectiva general, como conductas de una gravedad superior a la gravedad media de las conductas consistentes en infracción administrativas. Porque, a la vista de dichos comportamientos, y desde la referida perspectiva general, serán necesarios menos comportamientos peligrosos para lesionar el bien jurídico protegido. En segundo lugar, creo que asiste la razón a Martínez-Buján Pérez (2002) cuando afirma, oponiéndose a Silva, que en el delito fiscal, la defraudación tributaria individualmente considerada es merecedora de ser penalmente desvalorada, porque cada defraudación afecta al bien jurídico protegido en el delito fiscal: la capacidad de la Hacienda Pública como disponibilidad efectiva del patrimonio fiscal recaudable (Martínez-Buján Pérez 2002, 417 ss.). Para Martínez-Buján Pérez, el delito fiscal no constituye, en suma, un delito por acumulación (Martínez-Buján Pérez 2002, 420 ss.). Por lo demás, aunque las críticas de Silva a los delitos por acumulación debieran ser atendidas, tampoco resultaría satisfactoria la inclusión de los delitos por acumulación en el derecho penal de segunda velocidad (esto es, de criterios dogmáticos y garantías flexibles). En efecto, Silva no explica cuál es la razón por la que estos delitos no nucleares deben seguir siendo calificados como delitos, y no como simples infracciones administrativas. Si lo que sucede es que se trata de comportamientos de gravedad intermedia en relación a los comportamientos pertenecientes al núcleo duro del derecho penal y a las infracciones administrativas, entonces probablemente sería preferible constituir una especie de tercera vía, o tercer ordenamiento jurídico, al estilo del «derecho de intervención» sugerido en Alemania por Hassemer. Por mi parte, considero preferible esta última solución a la propuesta por Silva, porque al menos permite mantener una concepción *unitaria* de derecho penal. De conformidad con esta concepción unitaria, parece aconsejable que todas las conductas previstas como delito o falta en el CP deban consistir en comportamientos respecto de los cuales

quepa formular un juicio de reproche ético-social mediante el dictado de una sentencia que ponga fin a un proceso penal. Todo ello ya tiene, en sí mismo, un alto contenido estigmatizante, con independencia de si la pena final es, o no, privativa de libertad. Por este motivo, es igualmente preferible que en el derecho penal sólo quepa aplicar *una única velocidad*: la que permite imprimir la observancia de los criterios de imputación y las garantías político-criminales y procesales del derecho penal liberal clásico, sea cual sea la naturaleza de la consecuencia jurídica. Como ha puesto de manifiesto recientemente Mendoza Buergo con la rotundidad que caracteriza a los argumentos tautológicos, todo el derecho penal es derecho penal en su conjunto (Mendoza Buergo 2001, 185).

#### 4.3 ¿Estamos dispuestos a asumir los costes que la prevención penal de los nuevos riesgos representa para la libertad y las garantías del individuo? ¿Existen realmente tales costes?

59

En relación con esta doble cuestión, estoy de acuerdo con los autores que, como Schünemann en Alemania, o Corcoy Bidasolo y Martínez-Buján Pérez en España, defienden la tesis de que la discusión sobre el derecho penal mínimo o máximo se encuentra desenfocada. Comparto con este sector doctrinal la idea de que el debate no puede plantearse de tal modo que se presente a la seguridad y la libertad como intereses mutuamente excluyentes, de tal modo que un derecho penal que persiga garantizar la consecución del primer objetivo deberá hacerlo necesariamente a costa del segundo, del mismo modo que uno que pretenda garantizar la libertad de los individuos se verá obligado a sacrificar su seguridad. Es evidente que un derecho penal liberal no puede tener como objetivo la consecución del máximo nivel de eficacia a costa de la libertad de los ciudadanos, ya que entonces dejaría de ser liberal para convertirse en autoritario. Del mismo modo, también resulta difícil negar que un derecho penal que pretenda ser merecedor del calificativo «social» debe proteger a la sociedad interviniendo en la esfera de libertad de los individuos mediante medidas que la restringen o limitan.

En contra de lo que parece insinuar recientemente algún autor,<sup>10</sup> creo que la tensión —probablemente cada vez mayor, debido a la aparición de nuevos riesgos y a la creciente sensación de inseguridad subjetiva ya aludidas *supra*— existente entre seguridad y libertad debe ser resuelta mediante una fórmula de compromiso de la que se deduzca un derecho penal que consiga satisfacer razonablemente los dos intereses en juego. Para ello puede ser de utilidad, en la línea de las propuestas formuladas por Schünemann, Corcoy o Martínez-Buján, la idea de sintetizar seguridad y utilidad en el principio «no hay libertad sin seguridad».

10. Mendoza Buergo (2001) es de la opinión de que en derecho penal el conflicto entre libertad y seguridad debe ser resuelto a favor de la libertad. Es decir, que entre un modelo garantista y un modelo preventivo o *defensista* de derecho penal, es preferible el primer modelo. Se trata, en su opinión, de una decisión de naturaleza «ético-política» o «moral» (Mendoza Buergo 2001, p.190).

En mi opinión, esta fórmula de compromiso es, en principio, correcta. En efecto, es completamente cierto que el individuo, para organizarse con plena libertad en el marco de su esfera de autonomía, necesita sentirse seguro, esto es, confiar en que su esfera de individualidad no será invadida por otro. Por ejemplo: en una sociedad como la actual, en la que el consumidor se encuentra enormemente distanciado de los procesos de producción del fabricante de los productos que compra, careciendo, por tanto, de todo control sobre el mismo, necesita saber que dichos procesos se desarrollan correctamente, ya que, de lo contrario, no consumirá con plena libertad.<sup>11</sup> Como señaló uno de los padres del utilitarismo, Stuart Mill (1997), la libertad, o el libre desarrollo de la personalidad, constituye uno de los principios esenciales del bienestar del individuo (Stuart Mill 1997, 128). El Estado debe garantizar la protección de la libertad individual, de tal modo que cuando el ejercicio de la libertad de un sujeto limita la de otro, perjudicándole, entonces el Estado, o incluso otro individuo estarán legitimados para intervenir limitando la libertad del perturbador (Stuart Mill 1997, 127).

Desde la concepción de la antijuricidad penal que aquí se considera preferible, el Derecho penal debe ser contemplado como un medio de control social cuya función consiste en la protección de la sociedad mediante la evitación de delitos, esto es, de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales. De acuerdo con este planteamiento, los bienes jurídico-penales deben ser contemplados como condiciones de la vida social que afectan a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social (Mir Puig 2002, 125, 165), como unidades funcionales sociales valiosas necesarias para la existencia de nuestra sociedad en su concreta configuración (Rudolphi 1970, 167), o como desarrollo de posibilidades en su evolución hacia la consecución del estadio de sujeto de derecho emancipado (Otto 1971, 5). Entendido de este modo el concepto de bien jurídico-penal, para un Estado Social y Democrático de Derecho no sólo es legítimo, sino que es incluso preceptivo castigar con pena los ataques más peligrosos contra bienes jurídicos por ser socialmente dañosos en términos de posibilidades de participación del individuo en la sociedad. Así las cosas, creo que es posible afirmar que la noción de libertad individual se encuentra en la base misma de dicho concepto. Por este motivo, puede entenderse que la función social-preventiva del Derecho penal, esto es, la protección de la sociedad mediante la prevención de delitos, persigue, en cierta forma, garantizar la libertad de los individuos asegurando la indemnidad de sus condiciones mínimas de vida (bienes jurídico-

---

11. Sin duda ilustrativo, aunque referido, en un sentido más amplio y desde una perspectiva más vinculada al liberalismo político y filosófico, a la intervención de la Administración en su conjunto es también el siguiente ejemplo de Stuart Mill (1997, 181 s.): «si un funcionario público u otra persona cualquiera viera que alguien intentaba atravesar un puente declarado inseguro, y no tuviera tiempo de advertirle del peligro, podría cogerlo y hacerle retroceder sin atentar por esto contra su libertad, puesto que la libertad consiste en hacer lo que uno desee, y no desearía caer en el río. Sin embargo, cuando se trata de un daño posible, pero no seguro, nadie más que la persona interesada puede juzgar de la suficiencia de los motivos que pueden impulsarla a correr el riesgo: en este caso, por tanto (...), mi opinión es que debe tan sólo ser advertido del peligro, sin impedir por la fuerza».



penales). Así entendida, la libertad individual de los ciudadanos se convertiría no sólo en un límite para el *lus puniendi* del Estado, sino en fundamento mismo de la intervención penal.<sup>12</sup>

No obstante, merece la pena subrayar que aunque es cierto que sin seguridad difícilmente puede haber espacio para el libre desarrollo de la personalidad del individuo, las advertencias de la «Escuela de Frankfurt» pueden resultar de utilidad cuando menos para recordar que un excesivo intervencionismo penal también podría malograr la consecución de aquel objetivo. En un Estado social y democrático de derecho, el derecho penal no debe perseguir la máxima eficacia o prevención posible, sino el mínimo imprescindible. Se trata del principio de intervención mínima o de *última ratio* del Derecho penal (Mir Puig 2002, 123; Mendoza Buergo 1999, 312; 2001, 167 s.).<sup>13</sup>

12. Según entiendo, la distinción entre la libertad del individuo como *límite* del *lus puniendi* en un Estado liberal y democrático y su condición como *fundamento* de la intervención penal se encuentra también en la base de la discrepancia entre el «derecho penal mínimo» promovido por los representantes de la «Escuela de Frankfurt» y el derecho penal más amplio, aunque con todas las garantías, propuesto por Corcoy Bidasolo. En mi opinión, cuando esta autora afirma que el «derecho penal mínimo» de Frankfurt piensa más en la libertad del autor que en la libertad de la víctima, creo que esta apreciación es correcta. No en vano, la historia de la ciencia del derecho penal en general, y la de la Teoría del delito en particular, han sido, en realidad, la historia de la postergación o neutralización de la víctima. Aunque es cierto que esta tendencia parece estar invirtiéndose de la mano de la victimología y la victimodogmática, no cabe duda de que el camino a recorrer por estas disciplinas es largo y de que, por el momento, está siendo recorrido lentamente. Sobre todo esto, *vid.* Peris Riera, J.M. (1988), Silva Sánchez, J.M., (1989), Bustos Ramírez, J. / Larrauri Pijoán, E. (1993), García-Pablos de Molina, A. (1993) y Landrove Díaz, G. (1998), entre otros autores. Probablemente, lo que sucede es que los autores de Frankfurt y Corcoy Bidasolo utilizan el argumento de la libertad individual para poner el acento en dos diferentes exigencias: los primeros, para destacar la necesidad de que el derecho penal tenga carácter *liberal*, en el sentido de no autoritario o limitado (libertad individual como *límite* del *lus puniendi*); la segunda, en la conveniencia de que el derecho penal sea *social*, esto es, de que intervenga protegiendo a la sociedad y garantizando la indemnidad de las esferas individuales de libertad (protección de la libertad como *fundamento* del *lus puniendi*). Desde mi punto de vista, la afirmación de Corcoy Bidasolo según la cual «fundamentalmente, la libertad que tiene que protegerse es la de quien no infringe la norma, no la del autor» (Corcoy Bidasolo 1999, p. 193), logra expresar, precisamente, la idea de que, para ella, la libertad individual no sólo limita, sino que también *fundamento* el *lus puniendi*.

13. Debe aclararse que este último extremo tampoco es ignorado por Corcoy Bidasolo. Ello lo demuestra el hecho de que esta autora no afirme, en ningún momento, que la libertad no pueda ser ejercida sin una seguridad *absoluta*, o sin la *máxima seguridad posible*, limitándose a señalar, de forma más moderada, que «la libertad no se puede ejercer de una forma muy hueca, porque la libertad no se puede ejercer realmente si no se tiene una *cierta* seguridad» (Corcoy Bidasolo, 1999, p. 193 [cursiva añadida]). Naturalmente, de lo que se trata es de concretar en cada ámbito cuál es el grado de seguridad necesario para garantizar el ejercicio de la libertad individual. Esta concreción no es posible llevarla a cabo aquí, ya que se trata de una empresa que excede del objeto de la presente comunicación. Sin embargo, creo que ello no representa un obstáculo para considerar las conclusiones aquí alcanzadas como un punto de partida válido para la discusión pormenorizada sobre el contenido y los límites del nuevo derecho penal del riesgo. Por ello considero exagerada la crítica que Gracia Martín (2002, p. 351, nota 22) dirige contra la contraargumentación de Mendoza Buergo al planteamiento de Schönemann. Aunque, ciertamente, el argumento del principio de subsidiariedad y de *última ratio* del derecho penal constituye, en este contexto, una idea necesitada de ulterior concreción, creo (en contra de lo que apunta Gracia), sin embargo, que se encuentra lejos de convertirse en un argumento «pobre».

## BIBLIOGRAFÍA

- BECK, Ulrich (1998): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.<sup>a</sup> Rosa Borrás, 1.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Paidós.
- (1998): *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y M.<sup>a</sup> Rosa Borrás, Barcelona: Paidós.
- (2001): *La sociedad del riesgo global*, trad. Jesús Alborés Rey, Madrid: Siglo XXI de España editores.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Larrauri Pijoán, Elena (1993): *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, Barcelona: PPU.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (1999): *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DONINI, Massimo (2003): «Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI». Ponencia realizada en el *Seminario Internacional sobre nuevas tendencias de la Política criminal en Europa*, celebrado los días 27, 28 y 29 marzo en la Universidad de Barcelona.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís (2001): «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en VV.AA., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a distancia, pp. 107 ss.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (1993), «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programa de reparación del daño. La denominada “victimización terciaria” (el penado como víctima del sistema legal)», en VV.AA., *La victimología*, CDJ (XV).
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2001): «¿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?», en VV.AA., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a distancia, pp. 355 ss.
- GRACIA MARTÍN, Luís (2002): «¿Qué es la modernización del Derecho penal?», en VV.AA., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, pp. 349 ss.
- HASSEMER, Winfried (1992): «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», trad. Elena Larrauri Pijoán, ADPCP, p. 235 ss.
- (1993): «La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana», trad. Hernán Hormazábal Malaree, ADPCP, pp. 35 ss.
- HERZOG, Felix (1990): *Gesellschaftliche unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg.
- (1993): «Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)», trad. Elena Larrauri Pijoán y Fernando Pérez Álvarez, ADPCP, p. 317 ss.
- KARGL, Walter (2000): «Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena», trad. Ramón Ragués i Vallès, en VV.AA., *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada: Comares, p. 49 ss.

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