

SOCIEDAD DEL RIESGO Y DERECHO PENAL

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz

M. P. A. (Harward), Frankfurt am Main

Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo.
Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios; 91),
Cuenca, 2003

<http://www.cienciaspenales.net>

SOCIEDAD DE RIESGO Y DERECHO PENAL^{*/**}

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz
M.P.A. (Harward), Frankfurt am Main

I. «DERECHO PENAL Y SOCIEDAD DE RIESGO»: ¿UN TEMA FRANKFURTIANO?

Cuando en un congreso que acomete expresamente el «análisis crítico de la Escuela de Frankfurt» se discute específicamente sobre «Sociedad de riesgo y Derecho penal», al lado de campos temáticos ampliamente concebidos, como «Derecho Penal y Política Criminal», «Alternativas al Derecho Penal» o «Futuro del Derecho Penal», esto indica que los organizadores asocian singularmente esta cuestión con la Escuela de Frankfurt. Si esta imputación es correcta¹ o incorrecta² es algo discutido tanto desde una perspectiva externa como interna —o frankfurtiana—, lo que también ocurre con el presupuesto propio del que parten estas jornadas: el que exista de algún modo dicha escuela. Estas cuestiones de difícil solución y escasa importancia³ no constituirán

* Traducción de Adán NIETO MARTÍN y Eduardo DEMETRIO CRESPO (Universidad de Castilla-La Mancha).

** Versión revisada y completada de mi conferencia en las Jornadas «Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt» el día 15.04.2000 en Toledo.

1 Cfr. de todos modos, Claus Roxin, (Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I), quien en la primera edición de 1992 abordó el tema sucintamente (§ 2, marg. 22 y 23), en la segunda —1994— le dedicó un epígrafe completo «Derecho Penal de la puesta en peligro, Derecho Penal del riesgo, preservación del futuro: el fin de la protección de bienes jurídicos?» (2ª ed, § 2, marg. 23-23e), y en la tercera edición profundiza en el mismo mediante otros dos ulteriores números marginales (3ª ed, § 2, marg. 30 y ss); en el índice se remite a este pasaje (margs. 26-33), entre otros, con el apunte «Escuela de Frankfurt». También Bernd Schünemann (GA 1995, 201 y ss) otorga a «los actuales y precedentes autores frankfurtianos» (p. 202), en lo que constituye una dura crítica en esta materia, el status de «un de las dos concepciones jurídico-penales... que cabe enfrentar como polo, vanguardia, o contrapunto de la más reciente evolución» y acomete desde esta perspectiva la «crítica frankfurtiana del Derecho Penal del riesgo» (p. 211).

2 Cfr. especialmente, Urs Kindhäuser (Universitas 1992, 227), quien advierte bajo el título «Derecho Penal de la seguridad» acerca de los «peligros del Derecho Penal en la sociedad de riesgo» (así el subtítulo de su artículo), y Kurt Seelmann (*KritV* 1992, 452), quien titula su artículo «Derecho Penal del riesgo» y en el subtítulo remite a la «sociedad de riesgo y su 'legislación simbólica' en el Derecho Penal medio ambiental y de productos estupefacientes». Ambos llegan simultáneamente a análisis y valoraciones ampliamente coincidentes con la conclusión final de mi investigación «Derecho Penal y riesgo» en octubre de 1991, lo cual en Seelmann (cfr. ya en *NJW* 1990, pp. 1257 y ss) sorprende menos que en *Kindhäuser*, cuyo escrito de habilitación sobre «Peligro como delito» (1989) puede interpretarse y es interpretado, principalmente como un intento de legitimación convincente de los delitos de peligro abstracto (Cfr. la recensión de Lothar Kuhlen aparecida en *GA*, 1990, pp. 477 y ss (480); Felix Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, p. 44, y mi propia crítica en *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 154 y ss.

3 Que no se trata de un círculo de problemas de exclusiva «existencia alemana», lo muestra por ejemplo el perspicaz análisis de Silva Sánchez, donde hace suyo y desarrolla el debate alemán, aparecido en 1999 «La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales».

te apreciable. El término expansión, aunque su significado sea evidente desde un punto de vista etimológico, pretende tener un significado tridimensional²³: acogida de nuevos candidatos en el ámbito de los bienes jurídicos (tales como el medio ambiente, la salud pública, el mercado de capital o la promoción de la posición de mercado), adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible –por regla general apostrofado de modo algo precipitado como adelantamiento de la barrera de protección penal²⁴– y finalmente, en tercer lugar, reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo que se expresa en el cambio de paradigma que va de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo.

Situándonos aún en un plano descriptivo, este Derecho Penal del riesgo se caracteriza además porque el comportamiento que va ser tipificado no se considera previamente como socialmente inadecuado, al contrario se criminaliza para que sea considerado como socialmente desvalorado. Esta descripción afecta al Derecho Penal medioambiental *in toto* y puede apreciarse también en el Derecho Penal económico, y conduce –en ámbitos distintos a los conocidos y criticados con razón²⁵– a una revitalización de la creencia en la «fuerza conformadora de costumbres del Derecho Penal»^{26/27}. La motivación ética de esta nueva criminalización rara vez tiene que ver con comportamientos violentos²⁸ (normalmente y de forma correcta ya penalizados), pues se trata de comportamientos cuyas consecuencias trascienden a la criminalidad clásica violenta²⁹ y que sólo, cuando se analizan superficialmente, resultan inofensivos. Estas conductas no contravienen generalmente la ética más inmediata, que impregna la moral social y que resulta altamente relevante en el modo de comportarse, sino que por el contrario contravienen con frecuencia una «moral

23 Cfr. *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 368.

24 Este topos ampliamente extendido muestra la profundidad con la que la idea fundamental y legitimadora del Derecho Penal, la protección a través del Derecho Penal, está anclada en el discurso jurídico-penal; idea a la que no se sustraen tampoco los escépticos respecto ante este efecto de protección; Cfr. Herzog, (nota 2), quien asume la «protección del Derecho Penal» incluso en el subtítulo de sus «Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich», así como mi propia investigación sobre *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 176, 181, 245 y 368.

25 El ejemplo más representativo, aunque a causa de la ambigüedad del concepto de moralidad, es el de los delitos contra la moral; cfr. básicamente: Herbert Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957.

26 Hellmuth Mayer, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, p. 15.

27 Cfr. sobre ello, *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 263.

28 En el sentido del § 125 apartado. 1 nº. 1 *StGB*, esto es, «utilización de fuerza física a través de un hacer positivo...», con la que se afecta directamente a las personas o a las cosas» (Lackner/Kühl, *StGB*, 23. Aufl., 1999, § 125 Rn 4.

29 Por ejemplo el comercio con armas químicas o biológicas, hecho típico según el §20 apartado° 1 nº 1 de la Ley de control de armas de guerra, o el simple favorecimiento del comercio según el apartado° 1 nº 2 de este precepto, o la no entrega de desechos radioactivos mediante vulneración de obligaciones jurídico-administrativas según el § 326 apartado° 3 *StGB*.

lejana»³⁰ mucho menos relevante en la conformación de conductas. Estas conductas generalmente son designadas como criminalidad de bagatela, en cuanto que su peligrosidad surge únicamente por el denominado efecto de acumulación³¹, o, dicho de otro modo, la falta de peligrosidad en el momento del comportamiento se desmiente únicamente a través de la consideración de perspectivas temporales más amplias. Ante la duda se afecta antes a comportamientos conformes con el sistema que a comportamientos desviados, lo que muestra en los nuevos criminalizadores un punto de partida crítico hacia la sociedad y hacia el poder, lo que políticamente despierta mis simpatías; destinatarios idóneos de las nuevas normas penales son con frecuencia sólo aquellos que disponen ya de determinadas posiciones de poder.

La acentuación de estas características del Derecho Penal del riesgo pone de manifiesto que, al menos en mi opinión, este sirve a fines legítimos, necesario y justos. Pero muestra también de forma clara que existen una serie de exigencias que desbordan el proyecto del Derecho penal del riesgo, si lo que se pretende es utilizar la criminalización, según manda la tradición, de forma instrumental con el fin de evitar comportamientos peligrosos. Y es que un programa penal, que tiene la razón de su parte, pero que no descansa en categorías morales y normas sociales asentadas (inhibición a matar, tabú de la violencia, la ética más cercana), que además debe imponerse frente a las posiciones de poder establecidas, y que lleva *ad absurdum* el concepto –por todos bien visto– del comportamiento desviado, tropieza pronto con los límites de su poder de definición, y en cualquier caso, de su potencial de dirección. Todo ello anuncia la funcionalización del Derecho Penal no sólo en pro de los fines de minimización del riesgo sino también (y de modo mucho más prometedor) en aras de la seguridad subjetiva. Traducido a terminología penal lo anterior significa que, junto a la legitimación proveniente en primera línea de la prometeda prevención de riesgos mediante la dirección del comportamiento riesgoso, está en juego a largo plazo –y no precisamente de forma casual– la preservación simbólica de la insegura sociedad de riesgo³².

¿Qué resultados, o posibles resultados, puede ofrecer un Derecho penal, cuyo perfil tal como se ha descrito ha cambiado bajo el peso de estos nuevos cometidos? Mi diagnóstico y pronóstico es el siguiente: estas tareas lo sobrepasa-

30 Cfr. sobre este binomio conceptual, Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, 1984, p. 26.

31 Cfr. la correspondiente caracterización –problemática abierta y tal vez por ello objeto de crítica (cfr. sobre todo, Rogall, FS Kölner Fakultät, 1988, pp. 505 y ss)– del tipo de contaminación de aguas del § 324 como «delito de acumulación» realizada por Kuhlen (GA 1986, pp. 389 y s.).

32 Cfr. ya en sentido similar Hassemer, quien constata la «carrera del concepto preventivo en el moderno pensamiento jurídico-penal» (JuS 1987, p. 258) y tempranamente designa, como signo del moderno Derecho Penal, al Derecho Penal simbólico (NSiZ 1989, p. 554): la conexión se fundamenta en que, según Hassemer, el Derecho Penal simbólico parece reflejar un «salida al dilema preventivo» (NSiZ 1989, p. 558).

san. La respuesta a los problemas de la sociedad moderna, que se desarrolla a todas luces de forma vertiginosa, y que aquí se han ejemplificado y singularizado mediante la ecología o la economía, quedan sin resolver cuando se traspasan generosamente al Derecho penal. Incluso cabe temer ocasionalmente efectos colaterales, contraproductivos, en la intervención del Derecho Penal³³, pues dado que no se atajan las causas estructurales —o más acertadamente sistémicas— que conducen al fracaso del derecho penal como solución, las pretendidas mejoras que en él se efectúan socavan paulatinamente su perfil constitucional.

III. LA ANTICRÍTICA: EXPOSICIÓN Y DESARROLLO DEL DEBATE

¿Cómo se ha desarrollado el debate sobre este tema, que en parte es una reacción a mi análisis y diagnóstico?. Sólo aisladamente, en concreto *Kuhlen*³⁴, se ha intentado sistematizar las diversas líneas del Derecho Penal del riesgo con el fin de colocar los cimientos de una «teoría crítica del moderno desarrollo del Derecho Penal»³⁵. De confrontar sus resultados voy a ocuparme inmediatamente (*vid. infra*. III. 1). El aspecto más importante del debate (*infra* III.2-6) es sin embargo el relativo a la idoneidad del actual derecho penal, o uno modificado, como respuesta a las nuevas fuentes de peligro, y en concreto la posibilidad de «preservar el futuro con los medios del Derecho Penal»³⁶.

1. Puntos fuertes y débiles de los conceptos: el «Derecho penal de la sociedad de riesgo como clave conceptual de una teoría crítica del moderno desarrollo del Derecho Penal»

Como ya se adelantó, estimo escasamente estratégico discutir con profundidad las conexiones existentes con la noción y concepto de sociedad de riesgo propuesta por *Ulrich Beck*. El utilizar una terminología que, tal como pronostica *Rainer Keller*, «todavía no está vinculada en modo alguno a un *set*

33 Cfr. sobre ello, en relación a la lucha contra los peligro del SIDA, expresivamente: Ulfrid Neumann, «Das Risiko des Risiko-Strafrechts. Zur Funktion des Strafrechts bei der Bekämpfung von HIV-Infektionen», en: *HIV und AIDS im Spiegel der Wissenschaften*, 1994, pp. 77 ff. [88], quien explica agudamente, que, no la confianza, sino la desconfianza, sirve para reforzar la propia autoprotección a través de un comportamiento responsable propio; ulteriores objeciones pueden encontrarse en mi artículo («Strafrechtliche Aspekte von VIH-Infektion und Aids»), en el volumen por editado sobre *Aids, Recht und Gesundheitspolitik*, 1990, pp. 125 y ss, esp. p. 127.

34 *Kuhlen*, *GA* 1994, pp. 347 y ss; cfr. también, las recensiones de *Strafrecht und Risiko* de Michael Bock (*StV* 1993, 672 f.), *Rainer Keller* (*KJ* 1995, 252 ff.) und *Eric Hilgendorf* (*ARSP* 1994, 585).

35 Esta pretensión, así defendida, y reprochada en sus resultados por *Kuhlen* (*GA*, 1994, pp. 347 y 360 y ss), no es formulada por mi expresamente en *Strafrecht und Risiko*, pero se deduce del mismo (pp. 36 y ss y 44 y *passim*).

36 *Stratenwerth*, *ZStW* 105 (1993), pp. 679 y ss.

de criterios determinados»³⁷ y que además, según creo, carece de cualquier posibilidad de estarlo, constituye una cuestión de talante científico y de predisposición científica al riesgo³⁸. Por el contrario, las posiciones políticas y científicas centrales de las que parto, que suponen una de las múltiples versiones de la sociedad del riesgo, si que deben explicitarse y contrastarse –en cuanto que resulte legítimo y razonable– prescindiendo de los puntos flojos que conlleva la utilización de la terminología de Beck³⁹. Es posible, no obstante, en aras al rigor conceptual, negarse a seguir hablando de sociedad del riesgo. Pero quien admita el término no debe reprocharse «desinterés (*Nonchalance*) conceptual»⁴⁰ alguno: pues el interés⁴¹ por la cuestión conceptual lo que demuestra precisamente es que no ha logrado imponerse ninguno de los intentos por focalizar el análisis y el programa del concepto de «sociedad de riesgo». Esta posición a mi juicio resulta particularmente válida⁴², cuando además la aceptación ulterior –en el doble sentido de esta palabra– de este concepto depende de que pueda encontrarse a su vez un concepto de sociedad de riesgo que lo vincule con los *programas contrarios* a la sociedad de riesgo.

En cualquier caso, aunque la discusión penal y político criminal dejara de lado repentinamente, y pese a todos sus méritos, el proyecto de sociedad de riesgo de Ulrich Beck⁴³, no debería dejarse de prestar atención a los conceptos de riesgo, derecho penal del riesgo y sociedad del riesgo⁴⁴; pues, por encima de cualquier discrepancia, con el derecho penal del riesgo nos referimos a la «preservación del futuro frente a grandes riesgos mediante el Derecho Penal» o al derecho penal de una sociedad en la que la definición de riesgos se ha convertido en uno de los aspectos centrales del conflicto social.

Kuhlen, sobre todo, estima que en mi investigación no he renunciado a adoptar un concepto programático de sociedad y derecho penal del riesgo, un concepto en el que rehusó conscientemente a tomar partido entre las distintas variantes existentes y que por ello puede resultar incluso en parte contradictorio. La ambigüedad le es especialmente irritante, pese a que mi discusión se

37 Rainer Keller, *KJ* 1995, p. 252 sobre el amplio concepto de sociedad de riesgo.

38 Incidental, pero básicamente crítico, hacia «grandes conceptos» como sociedad de riesgo y derecho penal de riesgo, expresamente: Kuhlen, *GA* 1994, pp. 360 y ss (con referencias a los nuevos diagnósticos resultantes en p. 361, nota 29); pero también: *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 36 y ss.

39 *Strafrecht und Risiko*, 1993, S. 55-57.

40 Este reproche lo plantea Kuhlen, *GA* 1995, p. 352.

41 El término francés *Nonchalance*, se compone de «non» y una palabra en desuso en el francés actual «chaloir» (en alemán, «intereses»).

42 Cfr. *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 81; de acuerdo: R. Keller, *KJ* 1995, p. 252.

43 Bajo este presupuesto es interesante que las tres exhaustivas reseñas de «*Strafrecht und Risiko*» (nota 34) se refieran al unísono justo en las primeras líneas a Beck.

44 Con razón subraya Rainer Zaczyk (reseña de la obra de Frank Zieschang «Die Gefährdungsdelikte», 1998, en: *ZStW* 113 (2001), 192 (199)), «el tan necesario trabajo en la jurisprudencia sobre el concepto».

enmarca expresamente en este concepto ambivalente⁴⁵. *Kuhlen* considera, en este sentido, que la de las primeras variantes, plausible y posible, de derecho penal del riesgo resulta inapropiada para la crítica⁴⁶; otra acepción distinta, que es el que he utilizado con frecuencia, la tacha de equívoca, aunque no le niega legitimidad a su existencia⁴⁷ y un tercer concepto, vinculado al Derecho penal simbólico, le parece de poca ayuda⁴⁸. Existe un cuarto concepto muy extendido de Derecho penal del riesgo al que se debe, a decir de *Kuhlen*, la aceptación de la tesis de que el moderno Derecho penal es un derecho penal del riesgo. Este último punto vista no tiene nada en común con los tres anteriores facetas, que yo he criticado expresamente⁴⁹.

Este último aspecto es precisamente el más digno de discusión, en cuanto que el resto refleja únicamente un diferente trato conceptual. Por mucho que compartiera con *Kuhlen* la querencia por la precisión conceptual, allí donde tiene importancia⁵⁰, esta tarea, esforzada y elogiable, es escasamente «estratégica» cuando de lo que se trata es de observar distintos discursos sociales y, aunque la falta de exactitud resulte criticable, aprehenderlos conjuntamente, uniendo hilos de distinta procedencia (filosofía social, jurídica, política criminal, dogmática penal o teoría de la pena), con el fin de registrar una única imagen de las distintas tendencias de desarrollo que hasta ahora se han presentado aisladamente⁵¹.

Brevemente he de añadir además lo siguiente: mi intento habría fracasado si la imagen ofrecida fuese confusa, si fuese posible que cada cual entendiera cosas distintas que no tuvieran nada que ver entre sí. En este sentido ha de entenderse la crítica de *Kuhlen*, sobre todo, en lo referente a las relaciones

45 *Kuhlen*, GA 1994, p. 357.

46 En este punto se refiere *Kuhlen* a la obligación del derecho penal preservar el futuro (op. cit., p. 357). Particularmente no alcanzo a entender, como un crítico tan ejemplar y atento como *Kuhlen* llega a la conclusión de que este aspecto del Derecho penal del riesgo no desempeña un papel relevante en mi investigación, a no ser que entienda que su finalidad es la de una investigación acerca de la dogmática del riesgo. Sorprende igualmente la tesis de que este aspecto del Derecho Penal del riesgo resulta inadecuado para la crítica, pues la investigación pretende en todo momento demostrar precisamente que este Derecho penal ejerce gran influencia sobre el legislador y los aplicadores del derecho, a la par que proporciona su legitimación, con lo que se dramatiza la crisis estructural del derecho penal preventivo.

47 Se refiere ahora *Kuhlen* a la «protección anticipada de bienes jurídicos universales a través de los delitos abstractos» (p. 357). El juicio de que este concepto del Derecho penal del riesgo es «equivoc», porque con el trato conjuntamente fenómenos (Derecho penal económico o de drogas), que Ulrich Beck no ha discutido en el contexto de su sociedad de riesgo, podría compararlo si yo me hubiera vinculado en mi investigación a dicho proyecto de sociedad de riesgo. Pero sucede justamente lo contrario.

48 La crítica se queda a mi juicio en cuestiones conceptuales, si de lo único que se trata es de denunciar la precaria situación conceptual que conduce a la adopción de un concepto «ambivalente» (pp. 357 y ss) y no se dirige a lo realmente perceptible como el nexo de unión entre riesgo y seguridad y la situación de inseguridad real y seguridad simbólica.

49 *Kuhlen*, GA 1994, pp. 357 y ss.

50 Este es el caso sobre todo allí donde de lo que se trata es, bajo puntos de vista referentes al mandato de determinación, del aparato conceptual del código penal y de la dogmática desarrollada sobre el mismo.

51 Esto es constatado en mi investigación amablemente por Hilgendorf, *ARSP*, 1994, p. 585.

entre la dogmática del riesgo y el, en ocasiones simbólico en ocasiones megapreventivo, Derecho penal del riesgo. Ahora bien este aspecto de su crítica, que resulta central, en cuanto que no pasa de ser un simple reproche conceptual no resulta convincente. A mi juicio, además, las diferentes facetas del derecho penal del riesgo se encuentran vinculadas entre sí, pues son resultado de la penetración de la orientación al riesgo en el proceso de conformación de la sociedad del riesgo y del derecho penal del riesgo. Es verdad que esta invasión comenzó en diferentes momentos y se gestó con distinta intensidad en ambos sectores, pero, quién quiere discutir esto; yo, al menos, no. Al situar mi investigación en un marco muy amplio⁵², me resulta indiferente si el alumbramiento del derecho penal del riesgo se sitúe en la sociedad industrial del XIX o incluso antes⁵³.

En este punto se produce claramente un malentendido, que aprecio también en otras recensiones a mi investigación, como, especialmente, la de *Rainer Keller*⁵⁴. Debido claramente a sus propios prejuicios, se espera y echa en falta una crítica general al Derecho penal del riesgo, lo que conscientemente no he realizado. Mi intención no fue, al menos en primer término, confección un «escrito combativo»⁵⁵, sino entender las tendencias de evolución del derecho penal del riesgo, situar sus puntos de partida, y a partir de aquí, alertar sobre posibles evoluciones equivocadas. Por ello no observo contradicción alguna en saludar el punto de partida de la dogmática del riesgo (a saber, partir del comportamiento arriesgado y no del resultado) como un paso racional en la dirección correcta⁵⁶, y, sin embargo, alertar acerca de peligros específicos, como, por ejemplo, imputaciones de riesgo ulteriores sistemáticamente incorrectas⁵⁷.

¿Resultan comunes estos peligros a la totalidad del derecho penal del riesgo o existe únicamente una superposición de problemas del moderno derecho penal que responden a causas específicas y heterogéneas? Pues, que cada cual decida por sí mismo si considera útil un «programa global del análisis crítico del moderno desarrollo del Derecho Penal»⁵⁸. Ambas perspectivas, a mi juicio, son precisas: evidentemente ha de analizarse detalladamente la específica gestación de un problema a fin de tenerlo en cuenta en las líneas generales, por ello éste análisis global ni resulta limitado, ni prescinde del detalle. En

52 *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 267 y ss.

53 Kuhlen, *GA* 1994, p. 358.

54 R. Keller, *KJ* 1995, pp. 252 y ss.

55 Expresamente, en otro sentido, Felix Herzog, cuyos estudios sobre el adelantamiento de la protección del Derecho Penal en el ámbito de la puesta en peligro, bajo el título «Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge», ensamblaron un «escrito combativo contra el Derecho Penal de la puesta en peligro» (p. VIII).

56 *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 350 y ss y 383 y ss.

57 *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 360 y ss, con referencia a los resultados de la investigación sobre errores de atribución, que son ampliamente explicados (pp. 107 y ss).

58 Kuhlen, *GA* 1994, p. 361.

concreto: naturalmente hay aspectos del Derecho Penal de drogas (p.e el principio paternalista criticado acertadamente por *Kuhlen*⁵⁹) que poco tienen que ver con el Derecho Penal de la exportación de armas. Pero ello no implica que lo heterogéneo de las materias (medio ambiente, drogas, protección de datos, responsabilidad por el producto, derecho penal económico) y de los problemas específicos cuestionen la comprensión del derecho penal del riesgo. Ello sería como ver el árbol, pero no el bosque⁶⁰. En cualquier caso, y pese a la protesta más ilustrativa que argumentativa de *Kuhlen*, las notas comunes siguen estando claras: grandes problemas en lugar de conflictos individuales entre personas, situaciones problemáticas propiciadas por el sistema en vez de desviación individual, autores específicos (y atípicos) y, como consecuencia de todo ello, responsabilidades de imputación generalizadas a las que legislador y expertos en «imputación» del mundo teórico y judicial hacen frente de forma rápida y con buena conciencia.

2. Fuentes de riesgo futuras y reacciones jurídico-penales

En la discusión acerca de la idoneidad del actual derecho penal –o incluso uno ya modificado en atención a su nueva misión– como respuesta a las nuevas situaciones de riesgo y en particular acerca de su contribución al «aseguramiento del futuro», el primer plano lo ocupa la discusión político criminal y no el debate teórico jurídico penal⁶¹. Bajo el slogan de «aseguramiento del futuro» se analizan un conjunto de cuestiones heterogéneas e interdependientes, que comienza con el diagnóstico de las nuevas fuentes de riesgo, prosigue con su traducción al concepto de bien jurídico, en el contexto jurídico penal, y termina con la pregunta relativa al frente en el que debe luchar el derecho penal (a); para comenzar inmediatamente de nuevo con las complejas cuestiones –en parte empíricas, en parte normativas, y en parte también metodológicas– relativas a la efectividad (y el potencial de efectividad) del Derecho Penal (b), y desembocar finalmente en la pregunta referente a cuál ha de ser el significado del principio de ultima ratio (c).

a) Nuevas fuentes de riesgo, su referencia en el bien jurídico, y la cuestión más importante, de qué lado está el Derecho Penal

Aunque apenas si existe discusión en torno a la existencia de nuevas –y amenazadoras por regla general– fuentes de riesgo, la cuestión debe abordarse siquiera brevemente, en cuanto que la crítica a mi posición, y lo que ésta tiene

59 *Kuhlen*, *ZStW* 105, (1993), p. 723.

60 Con lo cual –esto debe ser prudentemente subrayado– no se objeta nada frente a la mencionada advertencia, pues el más bello concepto del bosque no convierte en superficial la investigación del árbol particular.

61 *Stratenwerth*, *ZStW* 105 (1993), pp. 679 y ss.

de plausible y rigurosa, surge precisamente de la urgencia del problema. El alegato que *Stratenwerth* ha formulado desde Basilea evidencia muy bien este aspecto, pues, al igual que yo, considera sin lugar a dudas que el trasfondo del debate es extremadamente serio. Aunque desde un principio se hace mención al «potencial destructor y la amenaza de muerte para todos los seres vivos, al que ha avocado en pocos siglos el progreso científico-técnico»⁶², podría resultar discutible, y como es sabido discutido, el escepticismo en la técnica que evidencia la elección de estos términos⁶³. En cualquier caso, me parece que ha de resaltarse que la valoración de *Stratenwerth*, en lo que a este aspecto se refiere, no ha encontrado ninguna oposición en las contribuciones críticas de la «escuela de frankfurt» al derecho penal del riesgo (como por ejemplo las de *Albrecht, Hassemmer, Herzog* o la mía), pues sus contraargumentos, ni se refieren ni se nutren de este análisis del riesgo. *Stratenwerth*, al igual que otros, pasan por alto en este punto que la seriedad de la situación no conduce de modo irremediable a la intervención del Derecho Penal, sino que determina, por el contrario, la renuncia al mismo, al revelarse como un tratamiento inadecuado (o al menos no plausible) frente a un mal conocido. Esto es precisamente lo que les conduce a pensar, de forma equivocada, que los críticos del Derecho Penal del riesgo no toman suficientemente en serio la amenaza del planeta⁶⁴.

Por ello debe rechazarse contundentemente *este aspecto* de la filípica de *Bernd Schünemann*, en el que denuncia que los frankfurtianos con el escepticismo ante el derecho penal del riesgo se han situado en el bando equivocado dentro de la «batalla decisiva» relativa al «concepto primario de delito»^{65/66}: apoyar un «concepto de derecho penal puramente referido al individuo»⁶⁷, tal

62 Stratenwerth, *ZStW* 105 (1993), p. 679.

63 Stratenwerth (op. cit.) menciona que todo el mundo puede ser consciente de los peligros, para a continuación señalar que sin embargo no todos son conscientes o se comportan como si lo fueran. El escaso avance de los esfuerzos internacionales, ocho años después de su conferencia, sobre la protección del clima, prueban contundentemente el hecho de que no existe un consenso real sobre la dimensión y univocidad de la puesta en peligro. Cfr. sobre la posición técnica favorable al riesgo, que dominó de modo razonable durante mucho tiempo: *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 65 y ss.

64 *Stratenwerth* reprocha p.e. a Felix Herzog, mofarse de tipos penales preservadores del futuro al calificarlos como «instrumentalización del Derecho Penal con fines de pedagogía popular» (p. 695). Es correcto que la perspectiva de Herzog no es la del político-criminal que, a la vista de las evoluciones amenazantes, se pregunta si el Derecho penal puede aportar algo, sino la de un historiador del Derecho Penal (de su tiempo), que inserta el Derecho Penal medio-ambiental en una tradición (tomada en cuanto tal, como yo entiendo, difícilmente discutible) en la que hay que desplazar las finalidades de política interior de diverso tipo e importancia (F. Herzog, nota 2, p. 146). *Stratenwerth* defrauda, sin embargo, cuando tacha de escandalosa la aguda formulación de Herzog relativa a la circunstancia (de nuevo difícilmente discutible) de que el Derecho penal medio-ambiental realmente existente sólo alcanza mayoritariamente a «pequeños peces», sin que sea ciertamente visible que se impresione a los «grandes peces» (Herzog, p. 147).

65 Schünemann, *GA* 1995, p. 208.

66 Con lo que no paso por alto que Schünemann en realidad no piensa en un reproche sobre una toma de partido consciente, sino en un reproche sobre una toma de partido objetiva (tal vez imprudente).

67 Schünemann, *GA* 1995, p. 202.

como sostiene Hassemner, «situaría en lugar preferente la más insensata veleidad del individuo egoísta en detrimento de las generaciones futuras»⁶⁸, lo que evidencia que esta doctrina es «verdaderamente... atávica»⁶⁹ y conlleva «una perversión del orden de bienes jurídicos»⁷⁰.

A decir de *Schünemann* lo que conforma el «concepto primario del delito»⁷¹ es precisamente el desperdiciar los recursos de las generaciones futuras, pues ante la absurda y abusiva explotación que se está llevando a cabo en el presente siglo no debe existir dudas acerca de la «primacía de los bienes jurídicos ecológicos»⁷², lo cual puede deducirse sin esfuerzo de la idea del contrato social a la que recurre *Hassemner*. Evidentemente la idea del contrato social sólo resulta consistente si en él participan las futuras generaciones y no se limita a los individuos, que por casualidad, están vivos en este momento. Todo ello supone además que desde el punto de vista de cualquier individuo el bien jurídico universal de más alto valor es la supervivencia de la especie humana e implica también que el segundo bien jurídico es la existencia de un medio ambiente agradable y habitable puesto que todas las generaciones tienen un derecho relativamente igual a la utilización de los recursos humanos⁷³.

Cómo responder a estas afirmaciones que, a primera vista, suponen una réplica contundente y comprometida a la concepción monista y personal del bien jurídico que mantiene *Hassemner*⁷⁴. En este lugar únicamente puedo realizar una breve toma de posición. Los ataques de *Schünemann* me parecen no sólo lingüísticamente excesivos, sino poco convincentes, dado que una doctrina monista y personal del bien jurídico reconoce absolutamente bienes jurídicos universales⁷⁵, y nada, salvo la retórica petulancia y combatividad de *Schünemann*, obliga a esta doctrina, en el conflicto entre «la más insensata veleidad del individuo egoísta» y «las condiciones de vida de las futuras generaciones», a tomar partido por la primera. Naturalmente puede y debe producirse un debate serio acerca de si la funcionalización de los intereses de la colectividad son preferentes a los del individuo, o si por el contrario, la funcionalización de los intereses de la persona lo son a los de la colectividad⁷⁶. Pero en este punto *Schünemann* no ofrece ningún aporte argumental. Quien sostenga la posición mencionada en último lugar con la grandilocuencia de *Schünemann*, debe no sólo fundamentar teóricamente el abandono de una con-

68 Schünemann, GA 1995, p. 207.

69 Schünemann, GA 1995, p. 207.

70 Schünemann, GA 1995, p. 207.

71 Schünemann, GA 1995, p. 208.

72 Schünemann, GA 1995, p. 207.

73 Schünemann, GA 1995, p. 206.

74 Cfr. resumidamente, NK-Hassemner, vor § 1, marg. 256-290.

75 Expresamente en este sentido: NK-Hassemner, vor § 1, marg. 281.

76 Cfr. NK-Hassemner, vor § 1, margs. 275 y ss.

cepción estatal liberal, sino también exponer políticamente cómo puede evitarse el potencial de abuso que conlleva toda versión del lema: «¡Tú no eres nada, tu pueblo lo es todo!».

La lucha en el campo del bien jurídico no representa el campo de batalla más importante. Nadie discute seriamente el peso político, y bajo determinadas circunstancias político criminal, que tienen los intereses de generaciones futuras y tampoco cambia demasiado la cuestión relativa a si este «peso» debe ser fundamentado o no de modo antropocéntrico, ni la ulterior pregunta dentro de esta perspectiva referente a si se trata de los intereses propios de generaciones futuras o de nuestro interés en las generaciones futuras.

Dicho esto, lo que queda únicamente es la radicalización y «agraración» que hace *Schünemann* del alegato de *Stratenwerth*: si este último pregunta ¿qué es un delito de lesiones «comparado con una intromisión ilimitada en el germen de la vida humana»? ¿cuestión que el mismo encuentra ya «drástica»⁷⁷; *Schünemann* ridiculiza (objetivamente) esta posición por el sólo hecho de comparar entre «la vejeidad del individuo egoísta» y las «condiciones de vida de las futuras generaciones»⁷⁸. Por lo que se refiere al argumento relativo a que la posición contraria protege «los intereses de explotación de los individuos actualizadamente vivos»⁷⁹ y «el hedonismo sin sentido de un pseudo-individualismo fabricado industrialmente»⁸⁰ y a su denuncia pública de que esta posición establece «una lamentable alianza con los representantes de los intereses de una política industrial miope»⁸¹, lo único que resta por responder, a la vista de la sonoridad de esta afirmación⁸², es el reproche de que se está luchando en el bando equivocado.

Y en este punto, como sabemos, ni las intenciones alisonantes, ni la nobleza del «enemigo» convierten en útil al instrumento⁸³ ni en exitosa a la lucha. Aunque no sigamos incondicionalmente las valoraciones de *Ulrich Beck*⁸⁴, da que pensar su drástico cambio de rumbo en el sólo transcurso de

77 Stratenwerth, ZStW 105 (1993), p. 688. Con esta formulación invita abiertamente (tal vez conscientemente) a la asociación con la famosa cita de Brecht «¿Qué es una quiebra en un banco frente a la fundación de un banco?» (*Die Dreigroschenoper*, aquí citado según la edición de subkamp, 1968, p. 94). Si lo contemplo correctamente la respuesta –al menos la mayoritaria– a la pregunta de Mackie Messer rezaba: ¡la quiebra de un banco y la fundación de un banco son, sobre todo, cosas distintas!

78 Schünemann, GA 1995, p. 207.

79 Schünemann, GA 1995, p. 207.

80 Schünemann, GA 1995, p. 208.

81 Schünemann, GA 1995, p. 209.

82 Esta crítica no se dirige –esto debe subrayarse– a la original y vigorosa crítica cultural y social expresada por Schünemann.

83 Por el contrario, algo habla a favor de que las buenas intenciones dominantes pertenecen más al componente clásico de la «lógica del fracaso» (Cfr. Dörner, *Die Logik des Mißlingens*, 1989, pp. 16 y ss).
84 Cfr. acerca de los cambiantes puntos de vista de Beck acerca del papel del Derecho: *Strifrecht und Risiko*, 1993, pp. 115-120.

dos años: si en 1986 había puesto todavía todas sus esperanzas en el Derecho y la Justicia⁸⁵, dos años después reconoce —desde una crítica liberal— que debido precisamente al alto valor simbólico del derecho es necesario un proceso de «descontaminación simbólica»⁸⁶. Ante esta vacilación entre las «alabanzas celestiales» y la «aflicción mortal»⁸⁷, resulta más realista la perspectiva sociológica —y no jurídica por desgracia— relativa al predominio de los efectos colaterales⁸⁸. Una Ciencia Penal orientada a las consecuencias debe considerar al menos que también en el Derecho penal las buenas intenciones pueden originar malos resultados⁸⁹ y que además es posible que las consecuencias inadvertidas predominen sobre las queridas.

b) Aspectos empíricos, normativos y metodológicos de la efectividad del Derecho penal

Cuando se invoca un escenario tan amenazador como el presagiado por *Schünemann*, en el que se reclama al Derecho penal para que luche en el bando correcto, donde no se cuestionan los bienes jurídicos de carácter ecológico, apenas si puede plantearse una pregunta tan importante y seria como la relativa a la forma y condiciones bajo las que éste puede limitar la libertad de actuación de nuestros contemporáneos con el fin de proteger los intereses de generaciones futuras⁹⁰. El planteamiento, en su esencia, resulta similar al de *Stratenwerth* quien, partiendo de una crítica mordaz y demoledora a lo descabellado del progreso técnico científico, contempla al Derecho penal como uno de los medios a movilizar con el fin de salvar, lo que pueda ser salvado, del «homo sapiens como especie» (*Schünemann*) o del «nivel más alto de vida» (*Stratenwerth*). Según creo, este carácter alarmista de las palabras de *Schünemann* descubre precisamente las debilidades de su posición, pues aunque las expresiones escogidas resultan dignas de aplauso, en la medida en que nos impactan, menguan su idoneidad para profundizar en el aspecto más específico y central que concierne a nuestra disciplina: si esta sociedad conmocionada necesita la intervención del derecho penal. Pregunta que requiere formular argumentos específicos relativos al por qué existe tal necesidad y no, presuponiéndola, a su envergadura. Con ello acaba de formularse el

85 U. Beck, *Risikogesellschaft*, 1986, pp. 318 y ss.

86 U. Beck, *Gegengifte*, 1988, p. 220.

87 Conocidamente, J.W. Goethe, *Klärchen im Egmont* (tercer acto).

88 Cfr. Beck, *Risikogesellschaft*, 1986, p. 103; Blanke, *Leviathan* 1990, p. 135; FAZ-Interview mit Niklas Luhmann vom 2.1.1991, p. 3.

89 Programáticamente adoptado en el título («Vom Guten, das noch stets das Böse schafft», 1993) de los Ensayos Penales publicados en honor de Herbert Jäger.

90 Schünemann, *GA* 1995, 207.

título genérico de los distintos capítulos en los que ha de estructurarse la polémica relativa al afianzamiento del futuro a través del derecho penal.

El fundamento de una posición como la que acaba de describirse debería partir de una *evaluación de la capacidad de rendimiento del derecho penal de acuerdo con los cometidos que tradicionalmente se le han asignado*; lo que no consiste en ningún caso en la repetición, a modo de conjuro, de las fórmulas a través de las que expresamos nuestros *deseos* en relación a las tareas que el derecho penal cumple. Lo que diferencia a la incómoda pregunta que debe plantearse es que se trata de determinar ante qué tipo de problemas puede reaccionarse mediante el derecho penal con más o menos buenos resultados.

Un segundo e imprescindible pilar ha de erigirse a partir de un *análisis científico del problema*, a cuya solución el derecho penal pretende contribuir. Formulado de un modo más incisivo: la idea de apelar al derecho penal sería tan insostenible si la amenaza del fin del planeta se debiera a que le ha llegado su hora biológica, como si esta procediera de seres de estrellas lejanas. Asegurar el futuro mediante el derecho penal tiene como presupuesto que la amenaza proceda de un comportamiento que puede razonablemente prohibirse.

La siguiente serie de preguntas deriva de la respuesta que se dé a estas dos cuestiones previas: ante estos problemas ¿puede esperarse algo del derecho penal tal como está configurado, esto es, de acuerdo con las estructuras de imputación que actualmente se consideran acertadas? En caso de que esta respuesta fuera contestada negativamente o al menos de un modo no satisfactorio, ¿podría conseguirse algo –o algo más– del derecho penal si se simplificaran sus estructuras de imputación? En el supuesto de que su actual configuración debiera cambiarse, ¿en qué medida pueden admitirse estos cambios sin que el derecho penal pierda su carácter de Derecho penal de un Estado de derecho?

La respuesta a estas preguntas e incluso la consciente necesidad de plantearlas es algo que hecho en falta los momentos posteriores de la discusión. Personalmente incluso, cuando mantengo que hasta ahora han fracasado todos los intentos, adopto como punto de partida lo sobredimensionado del derecho penal.

Supone en efecto una contradicción evidente, hablar del «fracaso del derecho penal del riesgo», o aún más, aceptar este diagnóstico como punto de partida, sin haberlo justificado empíricamente⁹¹. En este sentido se me ha reprochado «la imprudencia con que he certificado el fracaso y la crisis»⁹² o lo peligroso que resulta «aceptar el monopolio de las ciencias sociales de carácter empírico a la hora de probar la efectividad del derecho penal»⁹³. Incluso se

91 Como se indica en las tres recensiones críticas a mi trabajo de Michael Bock (*StV* 1993, 672 f.), Rainer Keller (*KJ* 1995, 252 ff.) und Lothar Kuhlen (*GA* 1995, 347 ff. [351 ff.]).

92 R. Keller, *KJ* 1995, 252.

93 Bock, *StV* 1993, 673.

ha señalado que «si no hay efectos preventivos, es porque las investigaciones sociales de carácter empírico han sido incapaces de encontrarlos»⁹⁴. Se cuestiona incluso que aun admitiendo la existencia de cuestiones empíricas abiertas en la constatación de los efectos preventivo generales –positivos y negativos– del derecho penal de aquí puede derivarse la tesis de su fracaso⁹⁵. En contra de mi posición se arguye igualmente el doble rasero que utiliza al constatar el fracaso del derecho penal de dirección social (*Großsteuerungstrafrecht*), cuando los «evidentes resultados» del *derecho penal nuclear* tampoco son siempre evidentes⁹⁶. Este mismo reproche resultaría fortalecido cuando sin justificación empírica «se acepta como moneda de cambio la tesis de que este derecho penal de dirección social genera en la población una seguridad falsa que debilita las discusiones necesarias e impide el escándalo y como consecuencia de todo ello la solución eficaz de los problemas»⁹⁷.

¿Cómo ha de contestarse a estas preguntas y dudas? En primer término, y polemizando aún más, todas estas críticas parten de apreciaciones enteramente subjetivas y no aportan ninguna contratesis empíricamente fundada acerca de la efectividad del Derecho penal. La razón resulta sencilla: no existe ninguna prueba. Y esto puede predicarse tanto en relación a comportamientos prohibidos en el derecho penal nuclear, como, con mayor razón si cabe, al intento de orientar socialmente los comportamientos confiando en la fuerza conformadora de costumbres del derecho penal. ¿Supone esto que ha de darse ya por *probado* el fracaso del derecho penal? Evidentemente, no, por lo que no resulta correcto hablar sin más de su inutilidad. Más, por el contrario, ¿las circunstancias que se han apuntado permiten hablar del fracaso del derecho penal? La respuesta, que al menos a mi juicio resulta evidente, es que sí.

¿Dónde se encuentra entonces la polémica? Se trata de determinar cuándo resulta aceptable conformarse con creencias y apreciaciones personales, y en qué otros casos, si es que se debe diferenciar entre ambos, debe exigirse y –lo que resulta de particular importancia– con qué grado un saber empíricamente fundado. Lo correcto sería distinguir en atención al contexto: en el marco de una comunicación social no organizada, en el ámbito del saber científico y en la actuación política.

El primero de los espacios señalados no plantea problema alguno. Cada persona establece libremente cuáles son sus creencias personales con el fin de administrar lo cotidiano, que sin ello podría incluso no existir. Resultaría absurdo desorientar a los ciudadanos exigiéndoles que fundamentaran empíricamente sus convicciones, a menos que ya no estemos realmente ante lo cotidiano,

94 Bock, *StV* 1993, 673.

95 Kuhlen, *GA* 1995, 363.

96 Kuhlen, *GA* 1994, 363.

97 Kuhlen, *GA* 1994, 363 f. remitiéndose *Strafrecht und Risiko*, 1993, S. 247 f.

y alguien pretenda limitar inadecuadamente la libertad de sus conciudadanos a partir de comportamientos fundamentados en sus convicciones⁹⁸.

Evidentemente las cosas cambian en la Ciencia y en la Política. Ningún científico se conforma con intuiciones, convicciones o creencias pese a que a estos sectores tampoco llega nadie sin ellas. Existen patrones, situados en los fundamentos de la Teoría de la ciencia y en los de cada especialidad, a partir de los cuales ha de evaluarse la corrección o admisibilidad de una afirmación, como la relativa a la efectividad del derecho penal. Los comportamientos en el ámbito de la política resultan de mayor complejidad, pues entra en contradicción el *muddling through*, fundamentado en el mejor de los casos en el sentido común, con la pretensión, con cimientos constitucionales, de un determinado nivel de racionalidad en las actuaciones estatales, tal como pone de manifiesto el principio de proporcionalidad, que entendido en sentido amplio comprende también al de idoneidad.

¿Cómo se traslada lo anterior a los aciertos y fracasos del derecho penal?. En las jornadas de Berlin (Jahrtausend-Tagung), *Kuhlen* mantuvo una vez más de modo expreso la tesis según la cual «pese a todas las posibilidades de información y argumentación que se han ofrecido sobre esta cuestión, la efectividad del Derecho penal la derivamos de valoraciones, a las que el penalista no tiene ningún acceso privilegiado»⁹⁹. Mediante esta afirmación niega *Kuhlen* el carácter científico de la frase «el derecho penal es –o no es– efectivo». Cuando se repara, sin embargo, en que, según el propio *Khulen*, existen cuestiones empíricas todavía sin resolver, la afirmación anterior constituye un tentador atajo, que a la vista de que muchas cuestiones pueden formularse empíricamente no es sino pura resignación. La falta de debate acerca de estos hechos resulta además particularmente nefasta cuando se repara en que los aportes a la discusión científico penal también están influidos por valoraciones marcadamente personales, convicciones, experiencias y apreciaciones, y es que debe indicarse que no resulta posible separar tajantemente este tipo de apreciaciones de los «argumentos e informaciones puramente científicos». Tan

98 Desde el punto de vista de un espectador objetivo estas convicciones responden en parte a prejuicios, más o menos refutables. Incluso para un espectador subjetivo muchas de estas convicciones derivadas de la experiencia personal y de una observación participativa, aunque personalmente puedan darse por probadas, resultan rechazables o cuanto menos cuestionables. Personalmente estoy convencido (i) que la convicción en la eficacia preventivo general del Derecho penal, tal como afirma *Kuhlen*, se corresponde con la experiencia subjetiva acerca de la intimidación penal no sólo de una mayoría de ciudadanos, presumiblemente amplia, sino también a penalistas prácticos y, probablemente, teóricos, e incluso de la mayoría de cultivadores de la política criminal que no «adopten de modo consciente por razones de oportunidad decisiones contrarias a lo evidente» (*Kuhlen*, op. cit. p. 66). Esta experiencia, sin embargo, no puede generalizarse pues por sí misma no puede reclamar una pretensión de veracidad.

99 *Kuhlen*, «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit», en: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, p. 57 ss. (73).

evidente debiera resultar que el penalista teórico observa y experimenta los aspectos de la realidad relevantes para el derecho penal de modo distinto al práctico o al profano, como que de ésta constatación no puede desprenderse argumento alguno con el fin de apoyar una suerte de dictadura de los expertos. Ahora bien, la posición de *Kuhlen* inversamente supone una contundente invitación a la modestia¹⁰⁰ de los penalistas y a la formulación de meras opiniones personales carentes de toda «arrogancia» teórica¹⁰¹ además de una negativa a contribuir con los ciudadanos y con la política¹⁰².

No es cometido de esta investigación probar el referido fracaso del derecho penal¹⁰³; cosa de lo que por otro lado estoy lejos de vanagloriarme. Los diagnósticos y pronósticos referentes al fracaso presente y futuro del derecho penal de dirección social, al igual que las consideraciones relativas a su contraproductividad, constituyen tesis arriesgadas susceptibles de ser falseadas. Por otro lado, tampoco constituyen castillos en el aire, pues se anudan, de un lado, al diagnóstico efectuado con carácter general desde la criminología según el cual las teorías predominantes sobre los fines de la pena no pueden ser empíricamente validadas^{104/105} y, por otro, a la estimación, cuanto menos plausible, de que el escepticismo acerca de la efectividad del derecho penal resulta una estimación singularmente válida cuando en su punto de mira se sitúan comportamientos que no resultan *mala per se*, sino más bien socialmente adecuados, inofensivos, cuando se examinan superficialmente y, sobre todo, masivos. «El fracaso y la crisis» no se han «certificado de forma imprudente»¹⁰⁶; más bien sucede lo contrario, la posibilidad de fracaso no puede obviar-

100 Evidentemente, y en eso estoy de acuerdo con *Kuhlen* y con la «modestia científica» cuando ésta significa respetar y aprovechar las posiciones contrarias, cuando se plantea la propia posición e igualmente con la «modestia política». Sin embargo, en su trabajo no piensa, o no lo hace exclusivamente, en este tipo de «modestia».

101 *Kuhlen*, (o. Fn. 99), p. 73.

102 En igual sentido *Roxin* y *Nelles* (en el volumen de las Jornadas de Berlín –*Berliner Tagungsband*– [not. 99] p. 387 ss y 425).

103 Vid. resumidamente: *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 38-45.

104 Vid. la síntesis de *Eisenberg* (*Kriminologie*, 5 Aufl., 2000) acerca de la prevención general: «... no está empíricamente demostrada la eficacia que se le atribuye a la prevención general ni el proceso por el que se materializan sus efectos» (p. 569, párg. 41, marg. 6) y sobre la prevención especial: «Acerca de la pregunta relativa a la efectividad de las estrategias de intimidación ... son más las convicciones personales que los resultados suficientemente contrastados» (p. 576, párg. 42, marg. 4), «del estado actual de la investigación relativa a la constatación de la eficacia de los programas de ayuda ... se desprende lo siguiente: Cuanto más amplia es la muestra más se evidencian sus posibles déficits», lo que completa señalando «que pueden efectuarse un buen número de objeciones ante la pretensión de aumentar las medidas represivas en atención a las futuras infracciones al orden legal» (p. 579, párg. 42, marg. 11).

105 Lo anterior también es válido para la teoría de la prevención general positiva, que pese a dar la impresión de haberse elaborado a partir de la pregunta ¿cómo formularía una teoría de la pena resistente a la prueba?, no puede negar su carácter empírico (vid. *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 226-235), por lo que padece en mayor o igual medida la falta de contrastación empírica de sus efectos.

106 R. Keller, *KJ* 1995, 252.

se cómodamente en el marco de una sociedad –incluyendo sus expertos en Derecho penal– que presionada por la exigencia actual de racionalidad ha sustituido «lo que la pena debe ser», obligación manifiesta y fuertemente asentada en las teorías absolutas de la pena», por el convencimiento de que «las penas deben ser sobre todo útiles».

Resta por preguntarse, especialmente en el ámbito de la política criminal práctica, si ha de aceptarse «el monopolio de las ciencias experimentales a la hora de comprobar la efectividad del derecho penal»¹⁰⁷, es decir, si la falta de acreditación empírica de su efectividad real debe tener necesariamente algún significado. Personalmente tengo pánico de la alternativa posible: una guerra entre los creyentes favorables o no a la efectividad del derecho penal¹⁰⁸. El que existan dudas acerca de la capacidad de los métodos empíricos de las ciencias sociales para probarla no debiera llevarnos al abandono de la racionalidad en la política criminal. Quien tome en serio los problemas con que se enfrenta la sociedad, a cuya resolución deba coadyuvar el derecho penal, esté convencido de que el camino del derecho penal no lleva a ninguna parte y vaticine además de un modo relativamente preciso sus daños colaterales, no debe atrincherarse tras una línea de defensa, que resulta científicamente inatacable, sino que debe exigírsele, en unión o no con los científicos sociales¹⁰⁹, pero seguramente con el debido apoyo de los constitucionalistas¹¹⁰, un método de debate explícito y transparente acerca de los caminos y las exigencias necesarias para poder dar por probada la eficacia del derecho penal¹¹¹.

Resumiendo: en mi opinión, el verdadero problema de política criminal y sobre todo criminológico se ha obviado siempre de modo escandaloso¹¹². Un amplio sector de la Ciencia penal ha contribuido a fijar las condiciones de utilización del derecho penal, sin tener conocimientos suficientes acerca de cómo y cuándo éste resulta eficaz. Cuando el tema se ha tomado en serio se

107 Bock, *StV* 1993, 673.

108 Lo que, como Kuhlen ha señalado con toda razón, pero sin triunfalismo, sería una lucha entre Goliath y David en la que no existe esperanza de que salga vencedor el más débil («... la crítica al moderno derecho penal ... y las esfuerzos de aclaración que ésta trae consigo no tendrían grandes resultados ni para la política criminal ni para los ciudadanos», 2000, 72).

109 Lo que no se debe exclusivamente a que los científicos sociales, como Bock, se asombren de la aceptación por parte de los penalistas del monopolio de las Ciencias sociales empíricas a la hora de probar la efectividad del derecho penal (*StV* 1993, 673), sino también a otros intentos por parte de estas Ciencias que no parten del paradigma clásico de las «ciencias exactas» (vid. resumidamente y con ulteriores referencias Fabricius, *Was ein Lehrbuch lehrt*, 1998, p. 24-26).

110 Cuya competencia se fundamenta en el hecho que la política criminal es una política pública que como cualquier otra actuación del Estado debe ser adecuada para alcanzar los fines marcados.

111 Vid. al respecto, y con algo más de detalle, mis reflexiones en *KritV* 2000, 162 dd (164 s.) y ya antes en *StV* 1991, 436 ss. (426 s.).

112 Utilizo conscientemente la formulación de Stratenwerth (*ZStW* 105 (1993), 688) para quien «irritaría... una vuelta del derecho penal a su núcleo originario...por la escandalosa desproporción entre la gravedad del peligro ..., y los medios que han de movilizarse para conjurarlo».

han considerado suficientes, tal como señala *Kuhlen* de un modo manifiestamente optimista, las experiencias personales, las convicciones y el *common sense*^{113/114} o incluso, tal como hace abiertamente *Stratenwerth*, se ha estimado suficiente, tanto en lo que se refiere a la intervención penal como a la construcción de sus fundamentos centrales¹¹⁵, la sola *posibilidad* de que un derecho penal orientado al futuro pueda contribuir a administrar la crisis de nuestra civilización técnica¹¹⁶.

c) ¿Por qué precisamente el derecho penal? Respuesta: «los penalistas son penalistas» y transformaciones en la comprensión del principio de ultima ratio

Estas tomas de posición, para algunos auténticas exigencias, no esconden en mi opinión un tratamiento despreocupado¹¹⁷ del derecho penal garantista enraizado en los planteamientos del estado de derecho y dotado de sutiles mecanismos de imputación. Un factor de mayor importancia a la hora de explicarlas es que aquellos que exigen la intervención del derecho penal para contribuir a la «continuidad de la vida sobre ésta tierra»¹¹⁸ son precisamente penalistas teóricos. Lo cual no resulta en absoluto trivial, incluso inversamente el escepticismo acerca de la contribución del derecho penal puede estar basado precisamente en el hecho de ser penalista y las comprensiones que ello implica, ni tampoco una opinión que pueda ridiculizarse, pues es comprensible que quien está convencido de lo acuciante de un problema quiera encontrar y busque los remedios en aquellos ámbitos que conoce.

La convicción según la cual no puede negarse la intervención penal allí donde existe un problema particularmente importante o incluso vital resulta seguramente un argumento mucho más importante en la crítica a mi posición. Su punto de arranque se encuentra en una concepción muy determinada a la

113 Expresamente *Kuhlen* (*GA* 1995, 364) que en otro lugar (*ZStW* 105 (1993), 701) con gran seriedad señala que no estaría dispuesto «a contribuir a la formulación de la dogmática del derecho penal del medio ambiente, si éste realmente tuviera carácter simbólico, pues contribuiría a frustrar expectativas y no sería una actividad que pudiera legitimarse seriamente.»

114 En la discusión que tuvo lugar en Toledo *Kuhlen* confirmó su posición. Con el fin de no dar lugar a malos entendidos, he de indicar, que no quiero decir que *Kuhlen*, con su remisión a experiencias, convicciones y sentido común, se comporte de forma imprudente y por ello de un modo un tanto irresponsable, pues habríamos ganado ya bastante si todos los penalistas acuataran de acuerdo con sus convicciones. Discuto únicamente que la carga de la prueba relativa a la efectividad del derecho penal no queda satisfecha con convicciones, experiencias y sentido común.

115 *Stratenwerth* manifiesta sin rodeos que el derecho penal si se atreve con la tarea de asegurar el futuro «ha de ocuparse no sólo de comportamientos inequívocamente delictivos, sino también de aquellos que aparezcan delictivos desde una apreciación subjetiva», lo que recuerda a aquellos edificios que por alguna razón (vgr. por su valor monumental) se «deshuesan», conservándose únicamente la fachada.

116 *Stratenwerth*, *ZStW* 105 (1993), 695.

117 Como por ejemplo *Stratenwerth* (op. cit. p. 686) muestra claramente.

118 *Stratenwerth*, *ZStW* 105 (1993), 679.

hora de entender los perfiles del principio de ultima ratio («en los casos más graves, el último remedio»¹¹⁹): cuanto más importante es un problema más legítima aparece la utilización del derecho penal.

Esta idea no puede rebatirse en sus fundamentos. La constatación de un interés digno de protección y el posterior reconocimiento de que existen ataques especialmente graves resulta una condición necesaria pero no suficiente para la intervención del derecho penal. La concepción crítica original del carácter fragementario del derecho penal tal como fue formulada por *Binding* a tenor de la cual era el azar cotidiano lo que acababa por determinar aquello que el legislador consideraba punible¹²⁰ continúa siendo un programa político criminal inaceptable¹²¹. El concepto de bien jurídico responde únicamente a la cuestión de si un determinado interés merece protección¹²², pero no a si esta protección debe realizarse penalmente. A la existencia de un bien jurídico debe añadirse la idoneidad de los instrumentos del derecho penal¹²³, lo que se deriva de un principio tan unido al Estado de derecho como es el de proporcionalidad en sentido amplio¹²⁴, al que han de acomodarse todas las actuaciones del Estado y por tanto también el legislador penal¹²⁵.

3. ¿ Han de reducirse las exigencias de imputación del derecho penal con el fin de alcanzar el encomiable objetivo de la «continuidad de la vida sobre el planeta»?

Con el fin de evitar que se reproche que mantengo una negativa fundamentalista y dejando de lado las objeciones que acaban de formularse, resulta necesario plantear si la gravedad de la situación planetaria, tal como por ejemplo la describe *Stratenwerth*, no aconseja aminorar los requisitos de imputación penal correspondientes al perfil del Estado de derecho. Y es que en ningún caso se pretende preservar *per se* «la cama de Procuero» en la que se

119 Wolfgang Naucke, *Strafrecht*, 9. Aufl., p. 39 (§ 1, marg. 166).

120 Karl Binding, «Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts», BT 1, 2. Aufl., 1902, p. 20.

121 Vid. algo más detenidamente mi artículo «Subsidiär, fragmentarisch, ultima ratio? – Gedanken zu Grund und Grenzen von Strafrechtsbeschränkungspostulaten» en: *Institut für Kriminalwissenschaften* (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, 387 s., resumidamente. p. 405.

122 Vid. NK-Hassemer, vor § 1, Rn. 290.

123 Esta exigencia no deriva únicamente del criterio de merecimiento de tutela del derecho penal liberal del Estado de derecho, sino también, y sobre todo, del merecimiento de tutela real de estos intereses que el derecho penal debe promover; esto es por ejemplo el medio ambiente no resulta promocionado si se protege por un derecho penal ineficaz.

124 Expresamente *BVerfGE* 88, 203 (258).

125 No está aún claro, desde el punto de vista constitucional, y requiere una elaboración interdisciplinaria qué tipo requisitos –si es que ha de existir alguno– son necesarios para la prueba de la adecuación.

acomoda la Ciencia penal¹²⁶, ni mucho menos la pureza del derecho penal¹²⁷. Socialmente además nadie aceptaría este handicap¹²⁸.

Si no me equivoco este es precisamente el punto de vista mayoritario¹²⁹ en aquellos que se oponen a la «arriesgada tesis» del fracaso del derecho penal, entre los que se ha impuesto el punto de vista según el cual de la falta de idoneidad del derecho penal de lege lata, se desprende inexorablemente que éste como instrumento de lucha debe adaptarse al problema¹³⁰, sin que pueda mantenerse petrificado en sus apreciadas estructuras de imputación.

Resulta sumamente sencillo responder a la cuestión de la aceptación o no de estas restricciones (por ejemplo la inversión de la carga de la prueba en el caso de daños derivados de productos industriales)¹³¹, pues obviamente esta flexibilización no sólo sería aceptada, sino incluso saludada efusivamente. Ahora bien, pero con esto no se ha dicho todo, pues como es sabido una democracia es algo distinto a la ejecución de opiniones mayoritarias en temas como el de la pena de muerte o el que nos ocupa. La historia de la reforma del derecho penal material y procesal desde mediados de los años setenta es la historia de estas reducciones en el Estado de derecho. Únicamente resultaba distinto el fin para cuya consecución debían aceptarse estas cargas. He de insistir en que la Ciencia del derecho penal y a la política criminal requieren constatar además que estas restricciones van a ser efectivamente aceptadas¹³², no basta con una presumible aceptación, pues aceptación efectiva y esperada no deben confundirse¹³³. De este modo, resulta necesario plantear una pregunta clave, antes de responder a si se aceptarían las restricciones en el programa penal del Estado de derecho: ¿Este alto precio (restricción en las garantías) va a permitir alcanzar el resultado apropiado (capacidad para resolver el problema)? Con este fin, resulta bastante aleccionador examinar el derecho penal del medio ambiente, en cuanto que constituye uno de los prototipos del moderno derecho

126 Stratenwerth, *ZStW* 105 (1993), 679 (685).

127 Eser, en *Berliner Tagungsband* (not. 101), p. 440.

128 R. Keller, *KJ* 1995, 254.

129 Esta es la impresión adquirida tras la discusión en Toledo, particularmente de los colegas españoles Muñoz Conde (Sevilla) y Díez Ripollés (Málaga).

130 Gunter Heine (not. 22) p. 392 ss (410) es ilustrativo de esta tendencia: «En el caso de riesgos procedentes del sistema deberían... existir abiertamente formas de responsabilidad de organizaciones y sistemas».

131 R. Keller, *KJ* 1995, 254.

132 Afortunadamente no soy tan puntilloso como se desprende de la apreciación de Keller, pues sería contrario también a un derecho penal del riesgo con falta de aceptación (*KJ* 1995, 245, columna izquierda). En la nota a pie de página que Keller cita correctamente hablo expresamente de aceptabilidad (*Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 375): «un derecho penal del riesgo de estas características ... no resulta justificable ante aquellos que van a ser sancionados».

133 Vid. al respecto supra, la polémica con Khulen sobre las ideas de democracia, política criminal y ciencia penal expresadas en las Jornadas de Berlín.

penal y el propio *Kuhlen* uno de los defensores del derecho penal del riesgo lo utiliza con este fin.

En este marco, en efecto, *Kuhlen*¹³⁴ defiende que resulta legítimo y efectivo un derecho penal dotado no sólo de instrumentos clásicos como los delitos de peligro abstracto, sino de otros nuevos, como los delitos de acumulación, que ha de utilizar cuando resulte adecuado. En su crítica a las objeciones al derecho penal del riesgo manifiesta lo siguiente: «se trata de grandes riesgos, que analizados desde un punto de vista sociológico, no pueden concebirse adecuadamente como problemas de comportamientos individuales, lo que tampoco resulta limpio (*fair*) desde un punto de vista normativo»¹³⁵, en otras palabras, no pueden ser imputados.

¿Pero como fundamenta *Kuhlen* la afirmación de que un derecho penal de estas características resulta efectivo y legítimo, lo que resulta previo al problema de la responsabilidad? Anticipo el resultado: la tesis criticada que en un principio se expone con precisión se deforma hasta hacerla irreconocible con el fin de refutarla convincentemente. Veamos con más detenimiento como se conforma la cadena argumental: de las críticas efectuadas a la idoneidad del derecho penal como medio para reaccionar ante concretos grandes riesgos *sistemáticamente condicionados*, *Kuhlen* extrae de improviso que en opinión de los críticos el derecho penal resulta ineficaz en aras a contribuir a la resolución de estos *graves* problemas. Esta argumentación no constituye ni una parafrásis ni una extrapolación inadecuadas, sino un meditado cambio de categorías: el problema de lo «sistémico» que es *cualitativo* y concierne al origen del problema se transforma en la *gravedad* del problema que es un criterio cuantitativo y que se refiere a sus *efectos*¹³⁶. En conexión a este argumento *Kuhlen* puntualiza de este modo su rechazo a la crítica: «Con el derecho penal no se trata de solucionar el problema del medio ambiente, sino problemas del orden social»¹³⁷, es decir, la protección de bienes públicos ante los procesos de producción.

¿Qué cabe indicar al respecto? No estaríamos hablando de la reforma del derecho penal, si, en efecto, el problema verdaderamente decisivo fuera el proceso de producción, que sin duda alguna existe y es relevante para el medio ambiente. El proceso de producción es sin duda *un* problema que afecta a todos los bienes públicos, incluidos la pureza del agua y del aire, pero solo constituye la cuestión decisiva cuando se trata de determinar los costes sobre los bienes públicos. Por el contrario, en el contexto de la política criminal

134 Un breve resumen en *GA* 1994, 347 ss. (362 ss.), detalladamente vid. su conferencia en Basler en el marco de las Jornadas de profesores de derecho penal, *ZStW* 105 (1993), 697 ss.

135 *Kuhlen*, *ZStW* 105 (1993), 719.

136 *Kuhlen*, op. ult. cit.

137 *Kuhlen*, *ZStW* 105 (1993), 720.

actuación de la justicia penal vea obstaculizada su labor de protección del medio ambiente o los consumidores por las sutilezas en las que se conforma el Estado de derecho¹⁴³.

4. ¿Debe ocuparse el derecho penal de mantener su credibilidad, pese a su previsible fracaso en relación a los grandes peligros?

Nos queda el problema de la credibilidad. ¿Resulta legítimo reaccionar penalmente ante lesiones corporales absolutamente normales¹⁴⁴, cuando, continuando con el símil de *Stratenwerth*, no se sancionan los «ataques más persistentes al germen de la vida»¹⁴⁵? ¿Pierde credibilidad el derecho penal cuando se despreocupa de los grandes riesgos, porque no augura resultado alguno, y en cambio se aplica a los grandes peligros que proceden de la microcriminalidad? Quien piense que microcriminalidad es igual a la criminalidad de las clases inferiores responderá con un lógico, rápido y airado ¡sí! Pero tal equiparación no resulta evidente: los altos directivos de los procesos de responsabilidad por el producto –los casos del «spray para cuero» y del «protector de madera»– son «microcriminales», lo cual precisamente justifica su procesamiento, en la medida en que pueda serles imputado una decisión individual arriesgada.

Por estas razones, puede ocurrir que alguien no descubra ninguna mengua de credibilidad por considerar de un modo estructural¹⁴⁶ la diferencia entre micro y macrocriminalidad¹⁴⁷. A mi juicio, sin embargo, está condenado al fracaso el intento de generar «buena conciencia» aprovechando esta discrepancia, en cuanto que no atiende al resultado, a las amenazas reales que existen para el futuro. El Derecho penal tiene como presupuesto la decisión estatal de proteger un bien jurídico; sólo cuanto esta decisión resulta clara y creíble a través de una política medioambiental que disminuye sensiblemente las lesiones medioambientales legales, debiera pensarse en flaquearla con la protección penal.

143 Así: Keller, *KJ* 1995, 254.

144 Stratenwerth, *ZStW* 105 (1993), 679 ss (688). Una pregunta interesante, y aguda sobre todo desde un punto de vista moral, es la que plantea Günter Heine: «¿Qué es una lesión corporal en comparación con los peligros para la funcionalidad del plan económico alemán?» (not. 22), p. 407.

145 No desconozco que Stratenwerth ha empleado esta imagen con la finalidad opuesta. En atención a la punibilidad de cualquier lesión corporal señala que no resulta de recibo la impunidad de los ataques contra el «germen de la vida».

146 Vid. previamente algunos puntos de vista en Bemann/Spinellis (Hrsg.), *Strafrecht – Freiheit – Rechtsstaat* (FS für G.-A. Mangakis), 1999, S. 673 ss.

147 Sobre este concepto Herbert Jäger, *StV* 1988, 172 ss; Michael Walter, en *Böllinger/Lautmann* (Hrsg.), *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft* (Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger), 1993, 81 ss.

5. Las alternativas al derecho penal del riesgo

Al lado del análisis de la efectividad del derecho penal como instrumento de comportamientos, polémica que continuará previsiblemente, resulta necesario abordar la cuestión de las alternativas al derecho penal del riesgo, se trata, expresada de otro modo y desde el interior del conjunto de la Ciencia jurídica, de la pregunta relativa al derecho penal como alternativa a otros «derechos del riesgo» que «acumulan problemas similares»¹⁴⁸. Dado que en el derecho civil o administrativo también deben respetarse las garantías del Estado de derecho, resulta preferible el derecho penal del riesgo pese a sus conocidas consecuencias: restricciones a la libertad para las «ovejas negras», eficacia intimidante ante las desviaciones peligrosas, pero la mismo tiempo consideración hacia la libertad individual de aquellos ciudadanos que no realicen comportamientos desviados¹⁴⁹. La pregunta merece ocupar un lugar central en el debate relativo a las «piedras angulares» de la política jurídica y por consiguiente de la política criminal.

Una palabra, en primer lugar, acerca de la presunción según la cual el derecho civil y administrativo tampoco lo tendrían más fácil. A mi juicio esta objeción no resulta concluyente. El que otros sectores del derecho deban también respetar las garantías del Estado de derecho no implica que éste les imponga *ataaduras similares o parecidas* a las del derecho penal, pues éste, debido a su gravedad y a que sus consecuencias jurídicas contradicen el propio sistema de valores del *Rechtsstaat*¹⁵⁰, sólo está legitimado como última dentro del Estado de derecho liberal, motivo por el que existen cautelas especiales. No es casual, y esto ha de servir para convencernos de los anteriores, que la inversión de la carga de la prueba dentro del derecho civil constituya en atención al principio de adecuación al fin un medio adecuado de resolución de conflictos y que por el contrario en el derecho penal sea más que discutible. De modo semejante, en el derecho público, por ejemplo, aquel que desee obtener una autorización para realizar una actividad peligrosa debe probar que reúne todas las condiciones necesarias. Suprimir esta diferencia significa negar o considerar irrelevante la historia de los diferentes sectores del derecho, de sus fundamentos específicos, presupuestos y consecuencias jurídicas.

148 Heine (not. 22), S. 408 con ulteriores referencias.

149 Kellier, *KJ* 1995, 254, quien remite también a Klaus Günther (*KJ* 1994, 151).

150 Nadie discute que a través de la pena privativa de libertad se afecta a la libertad de los ciudadanos, que resulta garantizada por la Constitución; igualmente resulta conocido el potencial lesivo que la pérdida de libertad tiene para la personalidad y la inviolabilidad de la dignidad humana que de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución debe ser además respetada y protegida por los poderes públicos. Son legítimos los casos en los que la vida y la integridad se lesionan o en los que la familia del interno en contra del art. 6.1 de la Constitución no es protegida, sino dolosamente (!dolos eventualmente!) dañada.

Más interesante es la pregunta clave, que se plantea de modo independiente al problema que estamos abordando: no resulta preferible el derecho penal en virtud de todas las diferencias señaladas, y precisamente por los contornos característicos de este sector procedentes del Estado de derecho. Según esta tesis hablaría a favor de la intervención penal el que la consecución de un fin determinado puede alcanzarse eligiendo «la amenaza intimidante unida a la restricción de la libertad individual en el caso concreto», lo que constituye una cualidad específica del derecho penal, en vez de restricciones a la libertad de todos, lo que es consubstancial a las regulaciones civiles o administrativas, aunque particularmente no alcance a entender la lógica de esta relación ante el caso concreto¹⁵¹.

La alternativa tiene sin embargo ulteriores condicionantes. La elección del derecho penal resultaría trivial en los supuestos ideales, aquellos en los que se hubiera comprobado efectivamente que ambos sectores jurídicos tienen una eficacia semejante, pese a que el derecho penal no ha alterado sus exigencias a la imputación individual. Estamos muy lejos, sin embargo, de este escenario ideal: a mi juicio, resulta mayor la aptitud del derecho civil y administrativo, su capacidad para marcar pautas de conducta, debido a que precisamente resultan menores y menos importantes las cortapisas impone el Estado de derecho. Pude repararse, de un lado, en la justificada admisión de diferentes deberes generales de cuidado en el tráfico y, de otro, en las medidas de investigación contra personas sospechosas de haber realizado una infracción penal. Dependiendo de consideraciones ligadas al caso concreto si resultan necesarias medidas restrictivas de libertad estrictas y eventualmente masivas (valga de nuevo el ejemplo: deberes de vigilancia generalizados) o si están justificadas por el fin (una reducción de accidentes presumiblemente drástica o de daños patrimoniales de las víctimas de accidentes).

A la vista de las anteriores experiencias y reflexiones no puede aceptarse que el rechazo del Derecho penal, como principal directriz de comportamien-

151 Keller (op. cit., p. 254) utiliza el ejemplo del tráfico automovilístico en el que la intervención penal (menciona expresamente la amenaza de pena, pero no su imposición a un número pequeño de participantes) le parece preferible en relación a otras posibilidades de regulación (menciona como ejemplo los «exámenes psíquicos» que se introducirían en los diversos controles). El ejemplo me parece ajustado: en primer lugar y en lo referente a la libertad: resulta fuera de dudas únicamente el incremento de libertad fáctica de todos los conductores (Keller, op. cit.: « los participantes en el tráfico adquieren flexibilidad en relación al ordenamiento jurídico»), pero desde el punto de vista jurídico resulta idéntico que la restricción de la libertad provenga de sanciones penales o de exámenes psíquicos u otro tipo de controles adoptados con el fin de evitar las infracciones de tráfico. Y por lo que se refiere a la eficacia: la lección diaria de cada conductor es que la intimidación penal no funciona. Las normas son continuamente violadas, por lo que el cuidado de la libertad individual, mediante el rechazo de controles psíquicos permite el cálculo del abuso de la libertad de otro (y también de muchos muertos y heridos innecesarios).

tos¹⁵², suponga «pasar el muerto» a las disciplinas vecinas¹⁵³. Si la segunda y tercera generación reaccionan ante los peligros del avance tecnológico (energía atómica, genética) como lo ha hecho las primeras, por ejemplo ante el tráfico, los riesgos permitidos pueden convertirse rápidamente en catástrofes permitidas¹⁵⁴.

6. ¿Es compatible el *homo oeconomicus* con el Estado de derecho?

Resta aún por debatir un aspecto de gran importancia: se trata de analizar un aspecto genérico, cómo ha penetrado en la sociedad y en el derecho penal la orientación al riesgo. Se ha observado claramente, en lo que los sociólogos denominan «modernización», como a medida que el hombre va comportándose como *homo oeconomicus* efectúa cálculos de coste-beneficio ante situaciones en las que debe tomar una decisión¹⁵⁵. Este cambio de comportamiento podría resultar extraordinariamente perjudicial para el Derecho penal (o más exactamente para la protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal), si los ciudadanos se comportaran ante este cálculo utilitarista de acuerdo con el principio de «crime pays»¹⁵⁶.

*Kuhlen*¹⁵⁷ ha abordado críticamente este aspecto. Resumidamente, en su opinión, esta tendencia no debe rechazarse¹⁵⁸: el Estado derecho no puede fundamentarse exclusivamente sobre la base del *homo oeconomicus*¹⁵⁹. Sólo el castigo de las infracciones puede conjurar el peligro de un reblandecimiento generalizado de la fidelidad normativa y promocionar el aprendizaje de estrategias de comportamiento normativamente conformes y con ello la adquisición generalizada de estrategias de conducta adecuadas¹⁶⁰. Sería una cuestión de suerte el que los ciudadanos se comportaran de acuerdo con el derecho y no como egoístas racionales¹⁶¹.

A mi juicio resulta equivocada la contraposición entre «egoístas racionales»¹⁶² y «leales en sí al derecho»¹⁶³, pues desconoce que el *rational choice approach* supone una reconstrucción en cuyo marco puede representarse tanto la infrac-

152 Esto no quiere decir que el derecho penal no pueda ser construido sobre la aceptación de decisiones valorativas previas cuya actuación flanquea, y que haya de rechazarse «el trabajo interdisciplinar con otras Ciencias jurídicas» (Heine, (not. 22), p. 408, con lo que evidentemente estoy de acuerdo.

153 En este sentido Heine (not 22), p. 408.

154 Vid. a partir de Charkes Perron, *Untersuchung über «Normale Katastrophen»* [1989], mi *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 308 y ss.

155 Vid. *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 183 y ss, a partir de Baldo Blinkers, *Untersuchung über «Kriminalität als Modernisierungsrisko»* [*Soziale Welt*, 1988, 397 ss].

156 Vid. Blinkers, *Soziale Welt*, 1988, 406 ss.

157 Vid. Kuhlen, *GA* 1994, 347 ss (364 ss) y el mismo, *ZStW* 105 (1993), 697 ss.

158 Kuhlen, *ZStW* 105 (1993), 724 s.

159 Kuhlen, *ZStW* 105 (1993), 810 y *GA* 1994, 364.

160 Kuhlen, *GA* 1994, 364.

161 Kuhlen, *GA* 1994, 364.

162 Personas cuyas decisiones no se dirigen por normas o principios jurídicos, sino a partir de una ponderación de costes o utilidades en el sentido de una *rational choice*.

ción como la lealtad normativa. El hombre «en sí» o en «general» fiel al derecho es alguien que en determinadas situaciones, ante las que a adoptar una decisión, decide obedecer¹⁶⁴. Cuanto esto se conecta con la aceptación de la prevención general como fortalecedora de la fidelidad normativa en un determinado sistema, lo que personalmente me parece plausible, surge forzosamente la pregunta de cómo influye en este proceso la enorme variedad de prohibiciones, cuya infracción en ocasiones, aunque conocida, resulta difícil de descubrir o se realiza de una forma masiva; y todo ello en el bien entendido de que no resulta ni deseable ni posible construir controles eficaces mediante un fortalecimiento de la policía o la administración de justicia. La respuesta resulta evidente. Las condiciones que acaban de mencionarse, cuya observación resulta sencilla en la realidad del moderno derecho penal, reblandecen la confianza normativa no sólo en el Derecho penal, sino en el conjunto del Estado de Derecho.

IV. LA CRÍTICA AL DERECHO PENAL Y LA ESCUELA DE FRANKFURT

Cuando analizo la actuación derecho penal en la sociedad de riesgo, o como quiera llamársela, el diagnóstico es ahora y antes el de un gran escepticismo, el cual no tiene nada que ver con que la «red» del Derecho penal sólo sea funcional para capturar peces pequeños sino, siguiendo en el ambiente pesquero, con que un arpón de mano resulta inservible en una piscifactoría en la que las especies se asilvestran y se convierten en tiburones. Y tiene también que ver con que el derecho, con toda su modestia, resulta el componente esencial del derecho penal.

Concluiré mi exposición contestando afirmativamente a la pregunta relativa a la existencia de la «escuela de Frankfurt» que planteaba al comienzo. A mi juicio, lo que la conforma es el contorno específico que adopta su crítica al Derecho penal —el escepticismo ante su capacidad de respuesta, el recordar constantemente su potencial de terror y abuso, afirmando al mismo tiempo el dominio incondicionado del derecho en su interior—. Dónde colocan el acento cada uno de sus miembros importa tan poco como el hecho de que este tipo de crítica no se encuentra únicamente en Frankfurt an Main, sino también en otras partes de Alemania, al igual que en la Ciencia penal española e italiana, tal como estas jornadas han demostrado expresamente. Lo que invita al optimismo en lo que concierne al Derecho penal en Europa.

164 Término que comprende a hombres que acatan las normas con independencia de la amenaza penal y simplemente porque se trata de una norma jurídica vigente. Me parece importante completar esta descripción con el elemento de que su fidelidad normativa tampoco está influida por las posibilidades de descubrimiento.

165 Las razones por las que obra de este modo aún no están determinadas, deben barajarse:

– Su actitud general, en otras palabras: el recibir una elevada gratificación a cambio de pertenecer al grupo de los «leales al derecho», que puede tener como apoyo un trasfondo cristiano o político moral unido a la socialización personal o

– La asimilación, exacta o equivocada, de las posibilidades de ser descubierto o sancionado, así como la de la magnitud de las infracciones normativas que realizan otras personas.