

¿Una nueva edad media penal?

Lo viejo y lo nuevo en la expansión del
derecho penal económico * **

Massimo Donini^{***})

1. Introducción. Noción "lata" de derecho penal económico y dificultad de determinar qué hay de viejo "dentro" de lo nuevo

Parto de que con la etiqueta de "derecho penal económico" (a la que se circunscribe formalmente este seminario, aunque mi intervención tenga quizás un carácter más general) me refiero a una categoría muy amplia de delitos contra la economía en sentido amplio,¹ donde *junto* a la tutela eventual o primaria de bienes *patrimoniales* en sentido estricto, o *institucionales* (como, por ejemplo, la tutela de la actividad de vigilancia de los órganos de control o la confianza en el respeto a las reglas de mercado), o bienes *funcionales* (como por ejemplo, la

* Traducción de Cristina Méndez Rodríguez, Prof^a Titular de Derecho penal de la Universidad de Salamanca.

** Ponencia presentada en el III Seminario Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico celebrado en Jerez de la Frontera (Universidad de Cádiz) los días 21-22 de octubre de 2002.

*** Universidad de Módena y Regio Emilia.

¹ Cfr. DONINI, "Dolo e prevenzione generale nei reati economici", en *Rev. trim. dir. pen. econ.*, 1999, pp. 14 y ss.; BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, Madrid, Centro ed. Ramón Areces, 2001, pp. 14 y ss.

transparencia) todos ellos intereses tutelados de manera inmediata, se encuentran *también bienes supraindividuales* de tipo económico considerados objeto en ocasiones, y objetivo, más que objeto, en otras, de la incriminación.

En cuanto al tema concreto de mi intervención, éste parte de la constatación de una característica que, en ocasiones, puede considerarse también un defecto de las ciencias de la cultura, y es la de no ser capaz de ver nada más que lo que es nuevo, de esforzarse continuamente por "actualizar el lenguaje", olvidándose de lo que es viejo y sin comprender que lo viejo, a veces, vuelve con apariencia de novedad. Dedicaré todo mi esfuerzo en esta intervención a determinar la parte, en realidad muy antigua, de lo que sólo aparentemente es "nuevo" y a distinguirlo de lo que es realmente (por lo menos para mí) una auténtica innovación.

2. La globalización como contexto. La globalización y Europa

La primera novedad se enmarca en el propio *contexto* del discurso en sentido amplio, es decir, la globalización.

La globalización jurídica es, sobre todo, junto con la europeización del derecho, un proceso, un *work in progress*. Este proceso no representa en sí mismo una novedad, sino la condición histórica, esto es, precisamente el contexto, en el que se mueven o surgen muchas novedades y muy específicas, a las que se unen otras muchas meras transformaciones de lo antiguo o novedades aparentes.

El término *globalización*, como es conocido, tiene diversos significados. En este trabajo, la acepción que prefiero conferir a esta categoría es la de un fenómeno a escala mundial, que no se circunscribe a una división en bloques (por ejemplo, occidental/oriental, comunista/capitalista), un fenómeno de intercambios, toma de decisiones, cambios y modelos económicos; un fenómeno de información en red, de expansión de culturas e ideologías que están "desterritorializadas" y que —ante la ausencia de un único y visible agente político al que atribuir

el control² se superponen a las razones de la política, que corren el riesgo de pasar a ser regionales y sectoriales. Por tanto se trata también de un dominio de la economía y de sus posibilidades técnicas sobre las técnicas tradicionales del derecho, dado que el derecho, tradicionalmente, ha sido sobre todo un derecho nacional, una técnica de realización de políticas nacionales. Evidentemente, la necesidad específica de un derecho de la globalización deriva de la extensión mundial de fenómenos regulados, y en el caso del derecho penal, de la interrelación supraestatal de los mercados y de algunos tipos de criminalidad,³ respecto a los que la respuesta tradicional de tipo nacional es completamente inadecuada.⁴

La armonización europea, que históricamente ha partido de la lógica de la *lex mercatoria* (costumbres jurídicas comerciales) pero que se ha ido extendiendo progresivamente a la tutela de los derechos del

2 Sobre esta ausencia de emperador en algunos de los territorios del imperio, vid. HARDT/NEGRI, *Empire*, traducción italiana: *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, Rizzoli, 2002.

3 Cfr. por ejemplo, la visión que se contiene en SAVONA, "Processi di globalizzazione e criminalità organizzata transnazionale", en *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 307 y ss.

4 Una visión actual de este tipo de intervenciones, con específica referencia a la posición europea en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/MÉNDEZ RODRÍGUEZ/DÍAZ-SANTOS (Coord.), *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, Colex, 2002; TERRADILLOS BASOCO, "El derecho penal de la Globalización: luces y sombras", en CAPELLA HERNÁNDEZ (coord.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 185 y ss.; BERNARDI, "Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo", en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 485; PRITZWITZ, "Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung", en PRITZWITZ/MANOLEDAKIS (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 163 y ss.; VOIGT (Hrsg.), *Globalisierung des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999-2000 y desde una perspectiva sobre todo sociológico-jurídica, BECK (Hrsg.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1998; Id., *Was ist Globalisierung?*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1997; FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2000. Cfr. además, en clave filosófica y con referencia específica a la relación entre multiculturalismo y derecho penal, HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1999.

hombre, es una respuesta potencial a la globalización, a los retos del capitalismo global que "a escala" podría ser más democrática⁵ que las respuestas espontáneas que, en definitiva, son dirigidas desde fuera por situaciones contingentes o por algún país fuerte.

Es, precisamente, la democracia, la que admite la necesidad de sustraer a las autoridades locales (en realidad, nacionales) muchas decisiones importantes que exceden la soberanía de los países por estar referidas a objetivos comunes a todos ellos; en esta medida se encuentra en una relación dialéctica con la soberanía de los Estados, pero, al contrario que la globalización, supone una renuncia voluntaria y controlada a partes de esa soberanía en función de una identidad que se advierte como importante y necesitada de tutela: la decisión, por tanto, se percibe como una decisión democrática porque supone la tutela de un bien económico y cultural que se considera común.⁶

Al menos en esta parte del mundo, pequeña pero representativa, y que está a punto de extenderse también hacia el Este, la lógica de este proceso es la siguiente: se ha abierto un frente que ofrece una resistencia, que representa una barrera contra un gobierno mundial de la economía sin estabilidad en los cambios y en la disciplina de los mercados, contra los flujos migratorios incontrolables y contra las culturas antagónicas. No se trata, sin embargo, de un movimiento únicamente negativo, por ejemplo, antiamericano o antiasiático (a pesar de que, en parte, indudablemente lo sea) sino también positivo, de reafirmación de la identidad europea frente a una pluralidad de ataques o riesgos que provienen del exterior, y más exactamente, de cualquier lugar indeterminado del mundo.

La armonización jurídica europea representa, en el contexto mundial, un experimento *in vitro* de resistencia activa a la globalización. Es un movimiento que se impone incluso a los actores más fuertes,

5 Sobre el contraste entre globalización y democracia, vid. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Bari, Laterza, 2002.

6 Sobre la renuncia a la soberanía como paso en el camino hacia una nueva democracia europea, vid. BONANTE, *Il lamento della democrazia d'Europa*, Bari, Dedalo, 1997, pp. 106 y ss.

incluyendo a los Estados Unidos, en el ámbito de la ciencia internacional. Esta resistencia funciona mediante una "técnica" de adaptación que reproduce los mecanismos de la propia globalización (decisiones económicas comunitarias versus disciplinas jurídicas nacionales de sector) en una escala más reducida, pero a través de instrumentos que son al mismo tiempo jurídicos y económicos, y donde quienes han desautorizado la soberanía, son las mismas realidades nacionales-regionales que producen una entidad jurídica nueva.

Estamos, por tanto, en presencia de un modelo autónomo de respuesta a la globalización⁷ como fenómeno de *desregulación*, de crisis de los modelos tradicionales de hacer derecho: el aspecto defensivo de esta perspectiva me parece prioritario, porque no se pueden impulsar modelos alternativos de gobierno de la economía mundial, si no es construyendo, precisamente, un sistema que represente un proyecto de resistencia, un polo dialéctico dentro del contexto global.⁸

3. La administrativización del derecho penal: entre categorías clásicas y novedades aparentes en la estructura de la imputación. La función liberal y garantista de las concepciones sancionadoras del derecho penal

Hoy en día se proponen técnicas o tendencias legislativas tradicionales como si fuesen manifestaciones de la "modernidad" o mejor aún, de la contemporaneidad del derecho penal, o bien, producto de una época postindustrial, postmoderna, etc.⁹

A estas técnicas pertenece el fenómeno de la denominada "administrativización" del derecho penal, es decir, el hecho de que el

precepto penal contenga un injusto administrativo, y por tanto, que simplemente reciba, con algún elemento adicional o selectivo, una disciplina extrapenal a la que se va a aplicar la sanción penal. Pues bien, este fenómeno, como modelo, es completamente tradicional y ha sido ya utilizado. Lo que lo hace cada vez más actual es sólo su *extensión* o *importancia* (peso específico) en determinados sectores del derecho penal económico.

Aunque no se trata sólo de eso. Se confirma de este modo un principio que también goza de una gran tradición en la teoría del delito: el primado de la antijuridicidad sobre la tipicidad. En el ámbito económico, la dependencia genética de la prohibición penal con respecto a las disciplinas extrapenales se acentúa aún más, ya que allí puede suceder que se sancionen penalmente comportamientos que son sólo peligrosos y que, en cuanto tales, no son sancionables civilmente en el momento de la acción (pensemos en algunas hipótesis clásicas de distracción de bienes en una bancarrota). En estos casos es evidente que estamos siempre ante hechos civilmente contrarios al deber o antinormativos, aunque se sancionen civilmente únicamente en el caso de que haya un daño o, por lo menos, el peligro de un daño.

Mucho más significativo que el fenómeno de la administrativización del derecho penal me parece el de la incriminación anticipada de hechos que jurídicamente pasan a ser, por primera vez, ilícitos únicamente en el ámbito penal.

El fenómeno es el siguiente: el destinatario de un precepto jurídico (por ejemplo, la obligación de denunciar una determinada actividad) capta por primera vez en el derecho penal, es decir, a través de la amenaza de la sanción penal, que un determinado comportamiento es ilícito. El injusto nace originalmente penal porque carece de daño (por tanto no se considera conveniente su existencia como ilícito civil) y no se construye como ilícito administrativo, porque se considera que la eficacia preventivo general de la sanción administrativa sería demasiado débil.

Es evidente que se temen daños masivos "a gran escala" como efecto de conductas repetidas cuyo resultado se produce por

⁷ Aspectos convergentes con el análisis de FLICK, "Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia", en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 599.

⁸ *Amplius*, mi trabajo sobre "L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale", en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 477 y ss.

⁹ Por ejemplo, HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, Müller, 1994; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, Madrid, Civitas, 1999.

acumulación. Y como en estos casos no se puede esperar a que exista un peligro concreto para intervenir, porque sería ya muy avanzado, y como tampoco se dispone de un aparato administrativo adecuado, se recurre a la sanción penal como *prima et unica ratio*.

Llevada al extremo, esta actitud debería implicar que el modelo de función preventiva del derecho penal se constituya partiendo del *principio de precaución*:¹⁰ como no sabemos si un determinado producto (por ejemplo, alimentario), o una sustancia (por ejemplo, las ondas electromagnéticas), o una situación social (por ejemplo, una presencia incontrolada de inmigrantes no comunitarios) sea dañoso y en qué términos, pero, como precisamente, tememos racionalmente que se puedan ocasionar resultados perjudiciales, estamos autorizados, incluso obligados –hay que considerar que el principio de precaución contiene hoy en día un deber de intervención que es de origen comunitario- a sancionar la utilización de ese producto, aquella sustancia, o a prevenir esa situación. Y a hacerlo penalmente en ausencia de un daño y a causa de la inexistencia de instrumentos administrativos que sean adecuados para ejercer esa función.

Con respecto a esta situación, es, evidentemente, mucho más garantista, en el sentido de que respeta en mayor medida el principio de *extrema ratio*, el modelo tradicional que se basa en las concepciones sancionadoras del derecho penal que, superando las teorías originarias de tipo descriptivo o “dogmático” (por ejemplo,

¹⁰ Cfr. la Comunicación de la Comisión Europea 2.2.2000 sobre el principio de precaución [COM(200) 1 final], la Resolución del Parlamento europeo sobre la ya mencionada comunicación en *Gazz. Uff. CE* 17.8.2001, C 232/345 ss., y el Informe del Comité económico y social sobre el tema «El recurso al principio de precaución», en *Gazz. Uff. CE* 19.9.2000, C268/6 ss. Más general, SALMON, “A European Perspective on the Precautionary Principle, Food, Safety and the Free Trade Imperative of the WTO”, en *E.L.Rev.*, 2002, p. 138 y ss. Para un análisis de este principio en la literatura penal española desde una perspectiva amplia, sobre todo con relación a la inevitable entrada de este principio a través de las normas penales en blanco y los elementos normativos del tipo, cfr. ROMEO CASABONA, “Aportaciones del principio de precaución al derecho penal”, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, pp. 77 y ss.

Beling, Grispigni)¹¹, se caracterizan por una orientación político criminal (por ejemplo, *Lüderssen*)¹² y exigen –prescriptivamente– que un injusto nazca primero como un ilícito civil o administrativo, y se transforme en penal sólo después de que se haya determinado cuál es el nivel de lesividad mayor o cualitativamente diferente respecto al que ya está previsto y preexiste en el ilícito extra penal.

En este sentido, el modelo punitivo penal que ofrece el principio de precaución introduce una auténtica revolución epistemológica con respecto al principio de subsidiariedad penal entendido correctamente, ya que ofrece legitimación a un espacio de tutela penal avanzada, *prescindiendo completamente* del filtro que representan los sistemas de control social de carácter extrapenal.

Sin embargo, de nuevo hay que afirmar que es muy dudoso que se trate de una auténtica revolución si se tiene en cuenta la praxis (más que la teoría) del derecho penal. Y también es dudoso que se trate de una novedad,¹³ ya que, por ejemplo, los delitos de peligro abstracto o abstracto-concreto, la tutela de bienes supraindividuales o universales e institucionales, han constituido siempre elementos de amplios sectores del derecho penal, en los que se asiste a la incriminación de conductas (el llamado derecho penal del comportamiento) que de por sí no constituyen ni un ilícito civil sancionable, ni un ilícito administrativo sancionado.

En lugar de ilícitos administrativos, se introducen incriminaciones anticipadas que son sólo delitos.

Esta es la característica del delito intentado (en el que la peligrosidad de la conducta se valora *ex ante* con base en un juicio “parcial”, es decir, un juicio que sólo tiene en cuenta los elementos cognoscibles en el momento de la acción por un observador ideal, más

¹¹ Cfr. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (1906), Aalen, rist. Scientia Verlag, 1964, pp. 115 y ss.; GRISPIGNI, “Il carattere sanzionatorio del diritto criminale”, en *Riv. it. dir. pen.*, 1920, I, pp. 225 y ss., también en *Id.*, *Diritto penale italiano*, vol. I, 2 ed., Milano, Giuffrè, 1952, pp. 232 y ss.

¹² LÜDERSSEN, “Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs”, en *Del mismo*, *Abschaffen des Strafans?*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1995, pp. 50 y ss.

¹³ En contra, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, cit., p. 107.

aquéllos otros conocimientos superiores que eventualmente, hubiera podido poseer el autor) pero también de muchos otros delitos de mera conducta que tienen las mismas características y que en el sistema italiano francés constituyen normalmente faltas. De estos comportamientos es posible que se derive un resultado dañoso o concretamente peligroso, sin embargo se califican como hechos de exclusiva relevancia penal aunque en concreto no se haya verificado ningún peligro, y aunque no exista una prognosis científicamente segura sobre la probabilidad de que se verifique un daño como consecuencia de la conducta realizada. El que se produzcan resultados realmente nocivos o graves se considera lógico e incluso sólo posible como resultado de la acumulación de conductas antinormativas.

El "modelo estructural" de estas incriminaciones ha estado siempre representado por la violación de reglas cautelares y por la inobservancia de prescripciones administrativas (órdenes, medidas, reglamentos, autorizaciones, etc.).

4. La expansión del derecho penal y la doble velocidad del sistema

También me parecen completamente tradicionales los fenómenos de las diversas velocidades y de la inflación penal.

Las llamadas *dos velocidades* constituyen una característica típica del derecho penal de la segunda mitad del siglo veinte. En el sistema penal italiano, alemán, francés y portugués, por ejemplo, están topográficamente representadas por la legislación penal especial. Con respecto al sistema italiano, tenemos unos quinientos delitos en el código y casi cinco mil fuera de él. Y la parte más importante de las leyes especiales está representada por delitos económicos en sentido amplio. Entre ellos destacan las faltas (que representan el 90% de las leyes penales especiales) y que son claramente, el modelo típico de la administrativización del derecho penal.¹⁴ Desde el siglo XIX hasta el

¹⁴ Me he detenido en el análisis del modelo contravencional italiano como paradigma de un sistema de doble velocidad en DONINI, *II delitto*

momento, este modelo se ha extendido y perfeccionado, pero no representa una novedad.

Según los programas legislativos anunciados por varias comisiones encargadas de la reforma del derecho penal, la tendencia actual en Italia parece que se encaminará a reducir esta área:¹⁵ pero habrá que esperar mucho tiempo para alcanzar resultados satisfactorios, si es que alguna vez se traducen realmente en proyectos que se pongan en práctica.

En cuanto a la *expansión del derecho penal*, se trata de un movimiento que se originó en el siglo XIX. Basta con contar (no todos lo han conseguido) los delitos de los códigos del s. XIX y los que actualmente se encuentran en la legislación especial. Incluso los sistemas – como el español – que tienen un número de delitos realmente reducido y que además se contiene principalmente en el Código penal, reenvían en realidad a muchas fuentes extra penales a través de normas penales en blanco o elementos normativos para determinar las conductas relevantes y, por tanto, a un número menor de incriminaciones no corresponde a menudo un número menor de conductas penalmente ilícitas, aunque sea realmente apreciable el esfuerzo del legislador de 1995 por delimitar el ámbito de lo penalmente relevante al plano, al menos, del desvalor de resultado.

Las razones de la expansión son múltiples. Algunas son fisiológicas y están conectadas al Estado social de derecho y por tanto, a la intervención del Estado y del derecho en la economía. Otras son patológicas y en ellas, como factor decisivo, es preciso mencionar la

contravvenzionale, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 362 y ss. Como desarrollo posterior de aquéllas reflexiones en, Del mismo, "La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice", en Del mismo (coord.), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2000, pp. 20 y ss.; Del mismo, "Per un codice penale di mille incriminazioni", en *Dir. pen. e processo*, 2000, pp. 1652 y ss.

¹⁵ La Comisión gubernamental encargada de la reforma del derecho penal, la denominada Comisión Nordio, ha anunciado su intención de abolir las contravenciones como modalidad de incriminación que acompaña a la figura del delito.

"politización del derecho penal" (Naucke),¹⁶ es decir, el uso político de la idea preventiva. Es lo que sucede cuando el derecho penal de la prevención no se apoya en investigaciones empíricas sobre la "capacidad" de otros sistemas o de otras técnicas alternativas a las penales, y cuando la criminalización se erige en instrumento de propaganda política de la idea de seguridad y de pedagogía colectiva orientada al respeto de técnicas, reglas o roles sociales.

Las categorías "críticas" en las que se manifiesta este fenómeno son las que constituyen el paso de un derecho penal básico y natural ("mínimo" y "clásico") a un derecho penal flexible y "moderno" (Hassemer, Sgubbi):¹⁷ pero mientras que un derecho penal mínimo o básico no creo que haya existido nunca realmente (como no sea "in the books") la flexibilización de las categorías no es siempre un mal: lo es en los casos en los que se sustituye, por ejemplo, la causalidad omisiva por el aumento del riesgo, transformando los delitos de resultado en delitos de peligro en los que el resultado se convierte en una mera condición objetiva de punibilidad, o cuando se prescinde del uso de leyes científicas seguras en la verificación del nexo causal, o cuando se objetiviza el dolo eventual para facilitar la prueba en el juicio,

¹⁶ Entre sus diversos trabajos que censuran las consecuencias perjudiciales de la subordinación del derecho penal o de la propia criminología a los fines de la política (una política criminal no racional), cfr. por ejemplo, y desde una perspectiva retribucionista, NAUCKE, "Die Abhängigkeiten zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik", en LÜDERSEN/SACK (Hrsg.), *Seminar: Abweichendes Verhalten IV. Kriminalpolitik und Strafrecht*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1980, pp. 68 y ss.; Id., "Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus", en Institut für Kriminal-wissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 1995, pp. 483 y ss. Id., "Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland", en Id., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2000, pp. 393 y ss.

¹⁷ Por ejemplo, HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., especialmente pp. 3 y ss., p. 9 y ss.; Id., "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", en *Zeitschr. f. Rechtspolitik*, 1992, 378 ss.; SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, Il Mulino, 1990, *passim*.

desnaturalizando su dimensión subjetiva. Sin embargo, la flexibilización no es en absoluto negativa si nos situamos en el terreno de la no punibilidad: por ejemplo, el aumento de hipótesis de *diversión* o de no punibilidad, de mediación, de reparación del daño, de posibilidad de negociar en la fase de la aplicación de la sanción, etc. La flexibilización representa aquí una nueva cara de la justicia penal, menos autoritaria y más atenta al diálogo entre el Estado y el reo, más laica porque está más desvinculada de la idea retributiva y, en esta medida, es más sensible a las razones de la prevención especial y a la diversificación de las penas.

Incluso el hecho de que la *ignorancia de la ley penal excuse de su cumplimiento* puede verse como una manera de que el derecho penal "ceda" a lógicas de carácter inflacionista porque, tal y como ya se ha dicho, un derecho penal que fuese más reducido no tendría necesidad de excusar al ciudadano porque sus leyes serían claras e inteligibles para todos, cognoscibles y, aún más, conocidas (Stortoni, Ferrajoli).¹⁸ Por otro lado, es evidente que la superación del principio de inexcusabilidad de la ignorancia de la ley penal constituye un progreso en la idea de culpabilidad y debería de acogerse positivamente. Al mismo tiempo, la introducción de la regla de la excusabilidad para el error de prohibición inevitable no ha supuesto grandes cambios en la práctica ya que se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad que es tan revolucionaria teóricamente como poco utilizada en el proceso penal, donde funciona, al menos en Italia, de forma claramente objetiva y sólo en casos límite.¹⁹

¹⁸ Cfr. STORTONI, "L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1313 y ss., pp. 1347 y ss.; FERRAJOLI, "Quattro proposte di riforma delle pene", en BORRE/PALOMBARINI. (coord), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, Franco Angeli, 1998, p. 50, según el cual, la sentencia del TC n. 364/1988 sobre la excusabilidad de la ignorancia de la ley penal "representa una declaración oficial de bancarrota del derecho penal"; la misma valoración realiza el autor en Id., "Lo stato di diritto tra passato e futuro", en COSTA/ZOLO. (coord). *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 364.

¹⁹ Cfr. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, cit., p. 27 y ss.

Mientras la superación del principio *ignorantia legis neminem excusat* parece que trastorna más el ideario penal que la praxis, la erosión o el abandono del principio *societas delinquere non potest* parece prometer mucho más.²⁰

Desde el punto de vista de la eficacia de la tutela, la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, o responsabilidad "por delito" (aunque sea una responsabilidad formalmente administrativa, como sucede en Italia después del decreto ley 231/2001) se propugna, de hecho, precisamente para lograr una eficacia mayor con respecto a la represión de los administradores de la sociedad, que actualmente está vinculada a la responsabilidad penal individual. Es otra "revolución" en los principios milenarios del derecho penal, pero su eficacia real está todavía por demostrar ya que, actualmente, se trata de una responsabilidad circunscrita en Italia a un número muy reducido de tipos penales.

²⁰ Mientras asistimos a algunas tomas de posición a favor de nuevas incriminaciones de carácter individual, en las que falta la tradicional "mala conciencia" del penalista, debido al hecho de que por lo menos, se trata de hacer efectiva una tutela que se considera por todos necesaria, o bien de "extender" por razones de equidad en la tutela, modalidades ya presentes en otras formas de ofensa análogas, se presenta como mucho más extendida la actitud de auténtico entusiasmo en diversas corrientes de la literatura italiana con respecto a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tanto antes de la ley de 8 de junio de 2001, n. 231, como también después de ella. Sobre ello, vid. por todos: DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè, 2002; PULITANO, "La responsabilità 'da reato' degli enti: i criteri di imputazione", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 415 y ss.; PALIERO, "Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano", en *RTDPE*, 1996, pp. 1173 y ss. Para una visión de conjunto, vid. también ALESSANDRI, "Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina", en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, IPSOA, 2002, pp. y 25 ss.; DE VERO, "La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica", en AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, coord. GARUTI, Padova, Cedam, 2002, pp. 3 y ss.; DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, *ibidem*, pp. y 57 ss.

5. Las auténticas novedades del momento actual: a) la "red" normativa, el pluralismo de los sistemas de fuentes y de las culturas; b) el cambio en la función del método comparado; c) el nacimiento de proyectos supra-nacionales de derecho penal económico y la nueva Edad Media del derecho; d) la introducción de la negociabilidad y el análisis económico del derecho; e) la transformación de la vieja dogmática deductiva (de reglas, categorías y principios) en un almacén de razonamientos (un *topos*) al que se unen otros nuevos argumentos

En mi opinión, las principales novedades *estructurales*, institucionales y no meramente formales del momento presente están relacionadas, en primer lugar, con los siguientes fenómenos:

a) El nacimiento de una auténtica "red normativa"²¹ compleja, legislativa y judicial, nacional, comunitaria e internacional. Se asiste así a un *entrelazado reticular de fuentes de producción* normativa (que va más allá de las "disposiciones" abstractas de la ley) y a un *pluralismo horizontal y vertical de esas mismas fuentes* y de sus respectivos universos culturales.

Fuentes-derecho, fuentes-hecho y fuentes-institución se encuentran en la *law in action*: ley y derecho, y, por tanto, también judicatura, Tribunal Constitucional, Derecho comunitario, y por tanto, reglamentos, directivas, decisiones marco, etc., y, además, tratados y jurisprudencia

²¹ Me apropio de una imagen (de Emanuela Fronza, en un libro sobre derecho penal internacional que está a punto de concluir) y utilizada ya frecuentemente. V. por ejemplo, OST/VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, ya también en numerosos escritos precedentes: entre éstos, para una visión del fenómeno en clave descriptiva, cfr. Id., *"Le droit ou les paradoxes du jeu"* (1992), trad. it. *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Milano, Giuffrè, 1995, *passim*, así como, OST, "Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge", en POURETZ, coord., *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, pp. 241 y ss.; VOGLIOTTI, "Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?", en *Pol. dir.*, 2001, pp. 633 y ss., especialmente pp. 664 y ss.

internacional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la CE, Tribunales penales internacionales, práctica y categorías extranjeras, derechos extranjeros utilizables en la actividad de comparación cultural y judicial, etc.

El derecho es norma y en esta medida, también decisión e institución. Su estructura ya no es simplemente piramidal, porque el *Stufenbau* tiene jerarquías intermitentes y elásticas que son compuestas.

El alcance de estos cambios se puede percibir a la luz de una reforma reciente que se ha producido en Italia en el campo del derecho penal societario.

Hoy en día en Italia se debate la posibilidad de presentar ante el Tribunal Constitucional o ante el Tribunal de Justicia de la CE, una cuestión de legitimidad con base en que el nuevo delito de falsedad en las comunicaciones sociales (art. 2621 y 2622 Código Civil) reformado por decreto ley n° 61 de 11 de abril de 2002, viola la obligación de fidelidad comunitaria privando de tutela a toda una importante serie de falsedades económicamente muy relevantes o porque se condiciona su perseguibilidad a la interposición de querrela, o, sobre todo, porque hoy en día el delito de falsedad en los balances es - como hipótesis de partida - una falta, con una sanción y un período de prescripción que ridiculizan el propio tipo penal (y que además precisa de una aplicación en absoluto automática). De esta forma, se crea una disparidad clara en la forma de incriminación de esta modalidad delictiva, con respecto a otros tipos penales nacionales que tienen como tutela intereses similares, con la consiguiente violación de la obligación de proteger de manera adecuada el bien jurídico de la transparencia, que es un bien de "extensión europea", o bien, la fiabilidad en los balances de las sociedades mercantiles.²² La nueva reforma, en realidad, tiende a

²² Referencias fundamentales en SOTIS, "Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 171 y ss.; DI MARTINO, "Nessun rinvio pregiudiziale alla Corte Europea: il Tribunale di Palermo sceglie la via diretta", en *Guida al dir.*, n. 48/2002, pp. 79 y ss.; INSOLERA, "Democrazia, ragione e prevaricazione: dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?", en prensa (dactilografiado, 2003); MANES, "La riforma del reato di false

trasformar el delito y la falta de falsedad en las cuentas de la sociedad en un delito contra el patrimonio²³ y mientras que en el Código penal es delito la falsedad (material) en escritura privada y también otras modalidades específicas de falsedad en materia económica, una de las figuras centrales y clásicas del derecho penal económico, la falsedad en las cuentas, es hoy en día una modalidad de bagatela.

En esta sede no quiero ahora profundizar en esta cuestión, sólo enunciar la enorme novedad que supone la posibilidad técnica de que una disposición nacional en materia económica, sea objeto de un control jurídico por violación de la normativa comunitaria, en vez de quedar únicamente sujeta, como habría sucedido hasta hace poco, a un mero control político, que tendría como única salvedad cuestiones de legitimidad constitucional "interna".

b) La diversidad y el pluralismo actual del sistema de fuentes con respecto al pasado, han introducido un cambio profundo de carácter cultural con respecto al "*papel*" de la comparación: la función del derecho comparado ya no es la de conocer los sistemas de otros países por motivos de carácter dogmático, de política del derecho, o con la finalidad de abordar reformas legislativas. La comparación se ha convertido en la base epistemológica necesaria para la construcción de un derecho europeo común, es decir, para la armonización jurídica. El cambio de fuentes y de política criminal europea han transformado la

comunicazioni sociali al cospetto della normativa comunitaria", en prensa en *Cass. Pen.*, 2003.

²³ Cfr. ALESSANDRI, "Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari", en *Le Società*, 2002, pp. 797 y ss.; DONINI, "Abolito criminis e nuovo falso in bilancio", en *Cass. Pen.*, 2002, pp. 1240 y ss.; FOFFANI, "La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (art. 2621 e 2622 c.c.)", en GIARDA/SEMINARA, coord., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, Cedam, 2002, pp. 231 y ss., especialmente, pp. 283 y ss., pp. 297 y ss.; LANZI, "Commento all'art. 2621 c.c." en *I nuovi reati societari*, Lanzi e Cadoppi (coord.), Padova, Cedam, 2002, pp. 20 y ss. Aunque permanecen las posturas que interpretan, sobre todo la falta, como una modalidad vinculada al 'viejo' delito de falsedad en los balances del Código civil de 1942, y en esta medida, como una forma de tutelar la transparencia (por ejemplo, Pulitano y Seminara).

función del derecho comparado que se está convirtiendo en una condición de legitimación democrática de la legislación comunitaria,²⁴ en oposición a la idea del ordenamiento-modelo que se impone autoritariamente desde arriba a los países de la UE, en oposición a la idea (de los países "débiles") de que la comparación sirva para lograr la verdad alcanzada por culturas más avanzadas e, igualmente, en oposición a la idea (de los países "fuertes") de un uso descriptivo y cognoscitivo de la comparación, salvo en el caso de que se utilice como forma de exportación cultural hacia áreas de influencia económico-políticas.

c) Una fuerza atractiva especial, en el marco de la *armonización o unificación penal europea*, emana de los recientes proyectos de *Corpus Juris*, de *Eurodelitos* y del *Libro Verde* de la Comisión Europea de diciembre de 2001. A estos modelos he dedicado un estudio reciente al que después me referiré de nuevo.²⁵ Únicamente me gustaría apuntar que, con relación a ese tipo de iniciativas, se están planteando varios problemas de *legitimación democrática*: respecto al *método*, porque una comparación jurídica correcta debería ser "constituyente" con relación a los resultados propuestos, y respecto al plano *institucional*, porque es preciso, en la línea de fortalecer la democracia interna de las instituciones europeas, en especial, del Parlamento europeo, acometer una serie de reformas. Partiendo de aquí, y dejando a salvo lo que diré después sobre la mayor importancia que hoy en día, incluso en el ámbito europeo, tienen las reformas procesales con respecto a las sustanciales, es preciso señalar la gran novedad que suponen estos proyectos: el universo cerrado del Estado nacional, tiende a desmoronarse frente a órdenes nuevos, frente a nuevos proyectos penales que se añaden a los de

²⁴ Este tema lo he tratado en "Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 27 y ss. y, en prensa, también en las actas del Congreso de Toledo, 13-15 abril de 2000, sobre "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo. El análisis crítico de la Escuela de Francfort".

²⁵ DONINI, "Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria", en Id., *Alla ricerca di un disegno, Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, Cedam, 2003, pp. 141 y ss. (también en *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2003).

ámbito nacional. Nuevos órdenes supranacionales junto a los que, a veces, el derecho penal aparece como un derecho especial: este es un cuadro que se ajusta bien, aunque sea con algunas peculiaridades europeas, al marco general de la globalización.

Este movimiento centrífugo se inserta en el marco de una nueva trama de particularismo y universalismo que recuerda en algunos aspectos a la *Edad Media del Derecho*.²⁶ Resurge la pluralidad de ordenamientos jurídicos vigentes junto a los estatales: los ordenamientos se atraviesan entre sí continuamente. El *statutum* (ley de la ciudad, derecho "especial") es el derecho nacional, la *lex (universalis)*, del emperador es la supranacional (comunitaria o internacional) y todo ello forma conjuntamente un nuevo *ius proprium*. Pero, ¿cuál es el *ius commune*? Evidentemente, el *ius commune* ya no es el derecho romano de la "recepción" medieval y moderna, pero ni siquiera (como algunos querían) el derecho (penal) alemán o inglés. No existe un *ius poenale commune* (salvo el derecho penal de los principios que nos ha dejado en herencia la Ilustración y que es heterogéneo porque se añade al derecho penal de las reglas y de las categorías que es de matriz nacional). Ya sólo existe el producto posible, artificial, de la comparación; un producto que, además, no es consuetudinario, sino legislativo y formal, aunque se derive de usos interpretativos y de síntesis culturales, y que podrá ir asumiendo como modelo dominante o dotado de *vis attractiva*, elementos de algunos sistemas jurídicos o soluciones jurídicas predominantes.²⁷ Más que un nuevo derecho penal común

²⁶ Cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 29 y ss., p. 223 y ss.; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, 1, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 41-65; CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 410 y ss., p. 453 y ss. La vinculación sobre todo del derecho penal comunitario a la Edad Media jurídica no es nueva. Cfr. por ejemplo, en un contexto argumentativo diverso, RIONDATO, "Sull'arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea. In margine al Corpus Juris per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione", en PICOTTI (coord.), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 97 y ss., pp. 102 y ss.

²⁷ Sobre este movimiento histórico, cfr. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, La librairie du XX siècle, Éditions de Seuil, 1994.

europeo, se está formando un derecho "común" europeo extrapenal, es decir, la antijuridicidad europea de derecho civil, tributario, mercantil, del trabajo, de la competencia, etc. Y finalmente, también el derecho penal introducido "subsidiariamente" (al menos así se espera) en el vértice del nuevo ordenamiento, tendrá que tener en cuenta la situación actual en la que su vieja antijuridicidad nacional ha sido ocupada por normas comunitarias.²⁸

²⁸ Si ya existe, y además está creciendo, un 'núcleo' de derecho civil europeo común, de derecho mercantil europeo común, de derecho administrativo sancionador europeo común, un derecho europeo de la competencia, de patentes, del trabajo, agro-alimentario, tributario, etc., no es posible que el derecho penal, que representa la punta del *iceberg* de la selección jurídica de los delitos, sea sólo nacional. Esto podría valer para la agresión sexual, el homicidio o el robo, pero no para muchos otros delitos condicionados por la unificación económica o por disciplinas extrapenales preexistentes. El derecho penal presupone la antijuridicidad de las conductas incriminadas y si ésta es una antijuridicidad específicamente europea, el derecho penal tendrá que ser europeo, porque los preceptos, y, por tanto, un componente decisivo de las incriminaciones, encontrará en esas 'fuentes' su origen y su regulación. Las adquisiciones dogmáticas son en este ámbito sucesivas a una política jurídica previa que no es necesariamente una política criminal; precisamente por esta razón, no se pretende optar por modelos de derecho penal meramente sancionadores, sino que es necesario que un poder y un saber que sean expresión de una representación política adecuada y de un conocimiento científico de cada sector, recuperen el monopolio de las fuentes penales. Una reflexión interesante sobre el paso de la edad premoderna (medieval) del derecho penal a la moderna en FERRAJOLI, *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, cit., pp. 349 y ss., a través del tema de la ausencia de monopolio en la producción de fuentes en la edad premoderna, lo que produce inseguridad en la individualización del derecho válido, por lo que se prospectó la solución iusnaturalista (correcta en su época) según la cual *veritas, non auctoritas facit legem* (individualización del derecho válido con base en la justicia sustancial más que formal). El paso al monopolio y a la supremacía estatales en la producción de fuentes, invierte el principio en la edad moderna, en virtud del cual, hobbesianamente, *auctoritas, non veritas, facit legem*, recuperando sucesivamente las razones de la verdad y de la justicia sustancial mediante las fuentes superiores de las Cartas de derechos y el constitucionalismo. La situación actual de disgregación de fuentes (con especial referencia a la producción de fuente europea que ocuparía el 80% de toda la legislación nacional) según el autor, daría lugar a que "la legislación penal actual esté regresando al derecho premoderno" (*ib*, p. 371).

d) Otro golpe de gracia al universo tradicional, y en esta ocasión no es sólo "sobre el papel" (como ha sucedido con la excusabilidad del error de prohibición inevitable) lo constituye la irrupción de culturas anti-idealistas formuladas a la luz de *Law and Economics*,²⁹ con base en lógicas económicas o de negociación dentro de la verificación de la responsabilidad penal. Estas se han introducido (después de una serie de experimentos en el campo de la ejecución penal) a través del proceso penal, trastornando el cuadro milenario del ideal de la justicia como *ars boni et aequi*. En el sistema penal italiano por ejemplo (desde 1988) la entidad de la pena tiene que tener en cuenta el hecho de que el condenado haya contribuido a la aceleración del proceso, a la economía procesal. Siendo igual el injusto y la culpabilidad, su contribución a la economía procesal le vale un descuento de pena de una tercera parte.³⁰ Es evidente, entonces, que la pena final no será la pena tradicional "merecida" o la pena "justa". Mejor aún, hoy en día pertenecen también a la nueva administración de la justicia valores económicos y de

²⁹ Para una cuidada introducción me remito a J. COLEMAN/J. LANGE, *Law and Economics*, 2 vol., Hong Kong, Singapore, Sydney, Dartmouth, Aldershot, 1992; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2 ed., Little, Boston and Toronto, Brown and Company, 1987 (ambos con referencias también penales); E. EIDE, *Economics of Crime*, Amsterdam, NorthHolland, 1994; CHIASSONI, *Law and economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1993; H. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip* (1995), 2. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 1998 (trabajos cuidadísimos pero sin referencias específicas a la materia penal); para un tratamiento reciente desde un punto de vista civil, R. COOTER/ U. MATTEI/P.G. MONATERI/R. PARDOLESI/T. UHLEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, Il Mulino, 1999 (con amplia bibliografía sobre la vasta literatura civil italiana en la materia); U. MATTEI, "Fatto e valore. Il paradosso ermeneutico dell'analisi economica del diritto", en DERRIDA/VATTIMO, *Diritto, giustizia e interpretazione*, Bari, Laterza, 1998, pp. 165 ss.; MARSELLI/VANNINI, *Economia della criminalità. Delitto e castigo come scelta razionale*, Torino, Utet, 1999; en la literatura alemana cfr. P. WITTIG, *Der rationale Verbrecher. Der ökonomische Ansatz zur Erklärung kriminellen Verhaltens*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1993; LÜDERSEN, "Law and Economics in der Kriminalpolitik", en Del mismo, *Abschaffen des Strafrechts?*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1995, pp. 391 y ss.

³⁰ "Hasta de una tercera parte" en el caso de pacto (art. 444 Código procesal penal): pero de hecho, también aquí la disminución es normalmente, de una tercera parte.

utilitarismo procesal junto a los clásicos de la *Strafwurdigkeit* y de la *Strafbedürftigkeit*. La pena y la justicia tienen que ver con la economía de su administración pública, y se nota. En un caso, en el del pacto, la entidad económica se "negocia".

Pero las instituciones negociales son muchas, tanto en el proceso como fuera de él. Se negocia la determinación en concreto de las condiciones para aplicar las causas de extinción de la pena, las de no punibilidad, la condonación, la oblación, las medidas que se van a imponer a los menores, la mediación y la reparación del daño ante el juez de paz, entre otras muchas. La propia función del juez, en el amplio ámbito del derecho penal, ya no es la de verificar una verdad de Estado y aplicar autoritariamente (tal y como manda la tradición de derecho penal público) una pena que el culpable sufrirá, sino que se convierte en dialógica, acercándose a sistemas de contratación privada. Incluso el proceso tiende a asumir la función de una composición de conflictos, típica de los sistemas *contradictorios* de *common law*, y también la pena, en estos casos, no es simplemente un sufrir el dolor de una punición aflictiva. La pena se convierte en el producto de un diálogo, el resultado de una actividad discursiva.³¹

e) Por último, hay que tener en cuenta que también la vieja dogmática deductiva, construida con base en reglas y principios, en categorías sistemáticas, y en esquemas conceptuales de niveles descendentes (acción, hecho, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad) adaptados a la prueba de casos concretos, no parece más que un esquema descriptivo que sirve para entender cómo encajar un caso *después* de que se ha resuelto. No sirve en muchas ocasiones para resolver casos difíciles, *hard cases*, sino únicamente, como almacén de "razonamientos" como *topos*, que se utiliza junto a tantos otros argumentos de tipo más estrictamente *exegético*, práctico, político o

teleológico. Los propios principios constitucionales, las reglas de parte general, la finalidad de la pena, las categorías sistemáticas, son también razonamientos que se utilizan junto a los otros. Así que el sistema es cada vez más "abierto" y su reconstrucción más que tener lugar a priori y partiendo de los "principios", se realiza (si es que se consigue) fatigosamente explorando un archipiélago de islas jurídicas, de *supra* y subsistemas.

6. Dos tipos de riesgos: a) el primado europeo, además de nacional, del proceso sobre el derecho sustancial; b) la permanencia de una doble vía criminológica de "tipos de autor" (los destinados a la cárcel y los destinados a estar fuera de ella) junto a un derecho penal de la estigmatización necesaria o de la prevención probada.

Del cuadro complejo que se ha diseñado hasta ahora de novedades aparentes y reales, sobresalen, en mi opinión, dos preocupaciones: una especialmente actual e hija de las *trends* que marca el derecho penal contemporáneo; otra, por el contrario, hija del derecho penal de siempre, del derecho penal de los hechos, de la ejecución penal, de la criminología aplicada, más que del derecho penal de los libros.

La primera preocupación se refiere al *dominio del proceso sobre el derecho penal*, es decir, el riesgo de que el proceso engulla al derecho sustancial o lo domine profundamente en el nuevo contexto europeo, de la misma forma que sucede en el derecho nacional. En Italia, por ejemplo, los magistrados que conforman los tribunales de apelación, saben bien que por lo menos el 80% de las cuestiones que se les plantean son de tipo procesal. El proceso ha introducido en la gestión de la penalidad y junto a la lógica probatoria, la lógica del pacto y la lógica privada, de manera que se han trastornado las categorías clásicas y se han transformado las nociones tradicionales (de, por ejemplo, causalidad, dolo eventual o culpa) no tanto (lo que no sería negativo) en conceptos adaptados a la prueba, sino más bien en conceptos que pueden "fácilmente" ser objeto de prueba. Hoy en día, las propias

³¹ Me he ocupado más ampliamente de este fenómeno en "Non punibilità e idea negóiale", en *Indice pen.*, 2001, pp. 1035 ss., especialmente, pp. 1054 ss., ahora también en *Id.*, *Alla ricerca di un disegno*, cit., pp. 347 y ss., especialmente pp. 367 y ss., así como en, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ibidem*, pp. 377 y ss.

finalidades de la pena se persiguen de forma autónoma a través del proceso, que es en sí mismo una pena y que a menudo sustituye a ésta, porque la única pena que queda (cuando la originaria se ha suspendido a través de un acuerdo) es la de haber sido procesados y haber tenido que sufrir una sanción inejecutable.

Pero incluso en el ámbito comunitario existe un modelo análogo que no responde directamente a una práctica consolidada: la tendencia a esquivar las garantías del derecho penal sustancial mediante mecanismos procesales. El modelo que se contiene *in nuce* en el *Corpus Juris* y que ha sido perfeccionado por la Comisión Europea en el *Libro verde* de 11 de diciembre de 2001 que prevé, conjuntamente con la introducción del Fiscal europeo, un nuevo artículo, el 280-bis del Tratado CE en el que se prevé la competencia penal de la CE en algunos delitos financieros, y en algunos otros más, mediante un mecanismo de codecisión del Parlamento europeo, es el siguiente: mientras los tratadistas de derecho penal sustancial se afanan en discutir qué tipo de parte general se deberá adoptar por parte del futuro derecho penal comunitario, ya sea circunscrita a los "bienes comunitarios" en sentido estricto (*Corpus Juris*) o ampliada a la tutela de bienes económicos "de mera extensión europea" (Eurodelitos), la cuestión se aborda mediante la normativa sobre el fiscal europeo, ya que en virtud de dicha normativa, el fiscal tendría el poder de decidir a su libre arbitrio el ordenamiento que más le agrada de entre los de los 15 miembros (o 25, o de entre más aún en el futuro) de la Unión, cambiando de ordenamiento a su voluntad tanto en la fase de investigación preliminar (instructoria) o en la fase de debate (juicio oral), y con esta selección la fiscalía europea podría hacer que se aplicasen en cada caso no sólo las reglas procesales y probatorias más útiles en el caso concreto, sino también las normas de parte general seleccionadas con relación a cada decisión específica. Una solución que, francamente, produciría una manipulación completa de las garantías del derecho penal sustancial a través del dominio que sobre él, adquiriría el proceso. Que continúen los profesores discutiendo qué parte general es preferible adoptar de cara a una futura unificación europea. ¡De todos modos se pueden elegir

quince (o veinticinco) a discreción, cambiando para cada caso y en cada fase del procedimiento!³²

La segunda preocupación, por el contrario, está relacionada con un problema absolutamente clásico de la penalidad: el mantenimiento de una *doble vía criminológica y real* en el derecho penal del hecho. Existe, en efecto, un derecho penal de la estigmatización primaria que se acerca, de hecho, a un *derecho penal del "enemigo"* y que en Italia se prefiere llamar "*de la emergencia*".³³ Con relación a él, se sabe ya

³² Cfr. la Resolución de 27 de marzo de 2003 del Parlamento europeo sobre el Libro verde de la Comisión en materia de tutela penal de los intereses financieros comunitarios y de creación de una fiscalía europea, en la que, sosteniéndose la importancia de una modificación del Tratado para la introducción de una verdadera competencia penal de la CE (como se sostiene en el Libro verde) se corrige, por otro lado, la postura del Libro verde, afirmando que es preciso poner una atención especial en las múltiples definiciones de derechos procesales, entre los cuales también se encuentra la determinación de "criterios detallados para la selección del Estado miembro que juzga, para evitar los riesgos vinculados al "forum shopping"".

³³ Sobre el derecho penal del enemigo, me remito, por todos a JAKOBS, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)", en HASSEMER/BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, Beck, 2000, pp. 47 y ss., que interpreta la "normalidad" del derecho penal de hoy (y esta afirmación tiene una función de legitimación, no de deslegitimación) como un derecho penal del enemigo; en sentido contrario, por ejemplo, ESER, "Schlußbetrachtungen", *ibidem*, pp. 444 y ss.; SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende", in *Goldtdammer's Archiv*, 2001, pp. 210 y ss.; PRITTWITZ, "Krieg als Strafe – Strafrecht als Krieg", in *Fest. Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, pp. 499 y ss.; Id., "Derecho penal del enemigo. ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?", dactilografiado de la ponencia presentada en Barcelona en el "Seminario internacional sobre Nuevas Tendencias de la política criminal en Europa", 27-29 marzo, 2003; sobre el derecho penal de la emergencia, que siempre se ha concebido (incluso cuando se ha convertido en "regla") en derecho penal de la excepción, cfr. en la literatura italiana, por todos, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 844 y ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2 ed., Napoli, ESI, 1997. Sobre un tema conectado al anterior, el de la "tolerancia cero", WACQUANT, *Les prisons de la misère* (1999), tr. it. *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Milano, Feltrinelli, 2000; HASSEMER, "Zero tolerance" – Ein neues Strafkonzzept?", en *Fest Kaiser*, Bd. I, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 792 y ss.

qué "tipos de autor" conocerán la ejecución carcelaria, ya que contamos con las cifras que nos proporcionan las estadísticas. Serán, fundamentalmente – y prescindiendo del fenómeno del terrorismo nacional o internacional.³⁴ personas de fuera de la UE, drogodependientes, reincidentes y marginales porque no se seleccionan a través del "Tatbestand", sino a través de la selección real y natural de la vida.

³⁴ Ha sido sobre todo el terrorismo internacional el que ha propiciado de nuevo en los últimos tiempos el tema de la guerra justa, que justificaría una agresión unilateral (o aparentemente tal) a un Estado "fuera de la ley", a un Estado "canalla", etc. Sobre el origen histórico de la distinción entre "enemigo" (*justus hostis*, es decir, un enemigo que puede tener razón) y "criminal" en el derecho bélico (un enemigo que no puede tener razón por el solo hecho de haber activado una guerra que no sea estrictamente defensiva, o por el hecho de no estar legitimado como enemigo) es muy importante el 'cambio' en la concepción -primero medieval y después secularizada, hasta los primeros años del siglo XX- de la guerra intrínsecamente justa (para la que no existía la guerra como posible crimen 'en sí') que presenta diferencias significativas con la concepción contemporánea del enemigo como criminal en cuanto mero agresor del derecho internacional: siendo irrelevante (¡aunque sólo dentro de ciertos límites!) los motivos. El primero que utiliza la guerra como instrumento de resolución de un conflicto (no con un mero acto de agresión que no sea aún una guerra) estaría ya fuera de la ley, con lo que el concepto de guerra entraría de este modo en el de crimen 'en sí', cfr. C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1974), tr. it. *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991, pp. 134 y ss., pp. 335 y ss. Con la secularización del concepto de guerra justa, desde el siglo XVI en adelante, y después de las guerras de religión que han "criminalizado" siempre al enemigo, los Estados europeos, como tales, estaban legitimados por el solo hecho de ser estados (y no rebeldes, piratas, pueblos "salvajes", etc.), para usar la guerra (eran, por tanto, *justi hostes*). Los criminales podían ser sólo sujetos no estatales (*Op. ult. cit.*, p. 165 y ss.). *Aliud est hostis, aliud rebellis*. El intento de Francisco de Vitoria y de Grocio de secularizar un concepto intrínseco de guerra justa quedó como un intento aislado en el contexto de la praxis internacional. La "criminalización de la guerra como tal", de la guerra de agresión en particular, comienza únicamente a partir del derecho internacional del siglo veinte, a medida que se van sucediendo guerras con Estados reconocidos y no europeos en un contexto de mundialización de los conflictos. Según esta construcción, la posibilidad de volver al concepto de guerra intrínsecamente justa para justificar una agresión unilateral en la medida en que se basa, precisamente, en razones intrínsecas, significaría, al mismo tiempo, una vuelta a concepciones premodernas del enemigo desde una perspectiva internacional.

Para esta clase de autores no escribimos demasiadas monografías o análisis, no nos interrogamos sobre las bases empíricas de la prevención general o sobre las alternativas al derecho penal. Basta aplicar los delitos naturales de siempre, o quizás alguna que otra regla nueva *ad hoc* (como por ejemplo sucede con la inmigración).

Junto a este derecho penal tan tradicional, nos encontramos también con el *derecho penal de la prevención probada*, en el que el jurista se convierte en un técnico excepcional, un estudioso refinadísimo de técnicas de tutela, atento a las bases empíricas de las incriminaciones, es decir, un tecnócrata atento a salvaguardar, caso por caso, los tipos de autor o las víctimas de complicadas figuras penales que se refieren a la vida económica de autores criminológicamente más "normales". Salvo que nos movamos hacia un minimalismo penal económico que favorecería a los poderes fuertes, y, viceversa, desde una perspectiva más "intervencionista". Se estudian nuevos bienes, nuevas vías de intervención, nuevas clases de elementos subjetivos o de sanciones, renovando aquí (pero sólo aquí) la "cara humana de la justicia penal", y la "vocación constructiva" de la ciencia.

A pesar de que estas concepciones no parece que hayan sido del todo abandonadas nunca. La institución de la "reserva" en la firma de los pactos internacionales entre Estados, ha vaciado la posibilidad de una auténtica "generalización" de las categorías, relativizándolas y degradando el propio contenido del derecho internacional, a un mero acuerdo sobre el cual es difícil construir una ciencia (salvo, como es obvio, el controvertido *jus cogens*). Como aclara Schmitt, "*Silete teologi in munere alieno!*". Así, a finales del siglo XVI, el jurista humanista se había desvinculado de los teólogos de su tiempo, para poder fundar una ciencia jurídica autónoma, la ciencia del *jus gentium*. Trescientos años después, y a punto de terminar el siglo XIX, la ciencia jurídica, en nombre de lo que consideraba positivismo jurídico, se impone a sí misma el silencio sobre todas las grandes cuestiones jurídicas del propio tiempo. *Sileamus in munere alieno*. Con esta abdicación del derecho internacional Europa entró vacilando en una guerra mundial que destituyó al más antiguo continente de la posición de centro de la tierra, y anuló la limitación de la guerra que hasta el momento había funcionado. La teorización medieval de la guerra justa no era la mejor (*ibidem*, pp. 131 y ss.) pero contenía la necesidad, retomada en las versiones laicas del siglo XVII, de una limitación del instrumento en sí, que los "pactos" contemporáneos sobre la prohibición del uso unilateral de la guerra "de agresión" tratan de recuperar de algún modo.

7. El papel del jurista en este nuevo contexto. Metademocracia y derecho penal

Frente al tipo de fenómeno que hemos esbozado aquí, el jurista puede desempeñar dos roles diversos, ninguno de los cuales es nuevo. Puede desempeñar un papel "técnico" (consejero del príncipe o intérprete y ordenador del sistema) o un papel "crítico" (elaboración de principios garantistas y criterios o sistemas institucionales de control) con todo tipo de variantes en cada uno de ellos.

En mi opinión, junto al saber tradicional y teniendo por supuesto en cuenta el de las ciencias de la cultura, es decir, junto al saber hermeneútico, a los silogismos judiciales, a las decisiones sobre a partir de qué premisas normativas se deducirá el "debe ser" (prescindiendo del hecho de que se refiera a una interpretación de una norma o a la decisión sobre un caso), el jurista, ya sea técnico o crítico debe tener en cuenta un mayor saber empírico, debe cultivar la investigación y la búsqueda de más información sobre el "ser", sobre el *output* del sistema y sobre las interpretaciones tanto en el momento de la creación de las normas (ciencia de la legislación) como en la fase de su aplicación. Se trata de un *modus procedendi* que se constituye en garantía del método democrático y del científico conjuntamente, para que los juristas no sean sólo expertos en valores o en normas, que no saben nada ni deben de saber sobre el impacto real de la aplicación de la ley. El saber empírico sobre lo que sucede realmente, tiene que condicionar la interpretación de las normas y los principios, y no sólo la elaboración de proyectos legislativos.³⁵

³⁵ Con estas condiciones se podrán también superar las críticas permanentes dirigidas a la dogmática tradicional, de mantener una actitud contemplativa de ausencia o de incapacidad de producir consecuencias. Será necesario también —y creo que no todos están dispuestos a pagar el precio— que el jurista sea "corresponsable" de un modelo, que se ensucie las manos con propuestas de política criminal. Como expresión de este conflicto permanente entre improductividad y consecuencias prácticas, que contendría el riesgo de abandonar una posición crítica, v. el trabajo reciente de MUÑOZ CONDE, "Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik?", en HASSEMER/BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, cit., pp. 199 y ss., desde una concepción que considera que dogmática y crítica del derecho penal representan concepciones contrapuestas.

Es evidente que las decisiones parlamentarias tienen que basarse en informaciones y los proyectos del legislador tienen que fundarse en conocimientos de hecho, y no sólo en valores: y en la verificación de hechos, en su mera determinación no deberían entrar (al menos no de forma excesivamente relevante) decisiones valorativas, ni abrirse espacios para decisiones meramente mayoritarias.

Es igualmente evidente el hecho de que, después de que el Parlamento tome democráticamente determinadas decisiones, hay que adentrarse en el campo de la interpretación y la aplicación que pertenece (ciertamente también) a la metademocracia. Es decir, que una vez que se han tomado decisiones legislativas de manera democrática, es necesario administrar la hermeneútica con criterios distintos a los que utilizamos para tomar decisiones mayoritariamente. Pero la cientificidad del saber hermeneútico, si se pretende realmente liberarse de las tradiciones medievales de los glosadores, de los comentaristas o de los canonistas, se deberá probar utilizando, junto al método de la retórica y de las artes liberales, junto al discurso sobre los valores y las deducciones que parten de las normas, también el método para verificar la eficacia, el conocimiento de los resultados, o la valoración de la economía procesal, y se deberá hacer, es evidente, respecto a cualquier delito de cualquier tipo de autor.

El derecho penal de los principios garantistas y del utilitarismo penal representa la herencia penal de la Ilustración. Es un derecho que va más allá de la idea del fin porque exige verificaciones y comprobaciones empíricas.³⁶

Sólo con estas condiciones se podrá mantener la segunda alma que inspiró la Ilustración penal, la más descuidada: la utilitarista, o mejor aún, la *empirista*, que se coloca al lado de la otra, la de los principios y las garantías, y solo así, incluso en el ámbito de los nuevos localismos y universalismos, y a pesar de un renacido pluralismo de los ordenamientos jurídicos, saldremos de la Edad Media del derecho.

³⁶ Sobre la distinción entre la idea del fin y la orientación a las consecuencias, cfr. los trabajos ya citados *Método democrático e método científico*, cit.; Del mismo, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit.