

## RECENSIONES DE LIBROS

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *Los permisos ordinarios de salida: Régimen jurídico y realidad. de salida*, Editorial Edisofer, S.L., Madrid, 2002; 155 páginas.

## I

No es la primera ocasión en la que, en los últimos años, Martínez Escamilla aborda un trabajo sobre temas penitenciarios aprovechando la inestimable experiencia que le ha proporcionado su paso por el Tribunal Constitucional y dejándonos importantes contribuciones a la investigación penitenciaria moderna. De ellos merecen ser destacados su magnífica monografía sobre los límites de las intervenciones de las comunicaciones de los internos y, por supuesto, éste que ahora recensamos.

Los permisos son uno de los aspectos emblemáticos que la Ley penitenciaria de 1979 aporta a la historia de las prisiones de nuestro país. Nunca antes se había concebido la posibilidad de que la ejecución de la pena privativa de libertad se pudiera ver aliviada por una *vacatio poenit* gracias a la cual el interno puede interrumpir temporalmente su estancia en la prisión sin interrumpir el cumplimiento de aquélla.

Los permisos ordinarios no sólo son un instrumento inestimable para asegurar la inserción social del penado, sino también una prueba de cómo la pena de prisión permite todavía grandes espacios de libertad, sin que por ello tenga que ponerse en peligro las invocadas pretensiones de prevención general. En la medida en que reducen la violencia institucional de la prisión y hacen más humano el sistema de penas, los permisos ordinarios son, parafraseando a Martínez Escamilla, una *figura al servicio de toda la sociedad*.

## II

La obra realiza un detallado estudio de los aspectos jurídicos más sobresalientes de la institución, comenzando por despejar las dudas

sobre su naturaleza jurídica, si se trata de un derecho o de una concesión administrativa discrecional. Dudas, en gran medida, debidas a la ambigüedad de la regulación legal. La posición que se defiende al respecto va a tener una enorme trascendencia en el análisis de las normas que resuelven los detalles concretos de la concesión del permiso, que en absoluto desperdicia con aguda capacidad crítica la autora. En la toma de postura al respecto encontramos una de las aportaciones sugerentes y novedosas del trabajo: la consideración del permiso como derecho del interno se deriva de la obligación jurídica —reglada— de la administración a concederlo cuando concurren los requisitos legales («Resulta, pues, evidente —señala Martínez Escamilla— que ante la solicitud de un permiso de salida, una vez que se ha comprobado la concurrencia de los requisitos legales y reglamentarios, no existe una pluralidad de soluciones justas, sino que tan sólo una lo es: la concesión del permiso, pues sólo de esta manera se satisface el interés al que, según la ley, sirven los permisos de salida: a la preparación de la vida en libertad. La denegación del permiso sobre la base de otras consideraciones ajenas a la norma sería ilegal; o lo que es lo mismo: el preso tiene derecho, cumplidos los requisitos legal y reglamentariamente establecidos, a disfrutar de permisos de salida») (p. 29).

Esto quiere decir que, a pesar de la dificultad en concretar el significado de algunos de los requisitos para concederlos, la Administración no puede, porque es ilegal, negar un permiso acudiendo a criterios de carácter general que no están expresamente mencionados por el legislador. Tal es el caso de la negación por razones de alarma social que ha impedido injustificada y frecuentemente que puedan acceder, sin más, a los permisos autores de ciertos tipos delictivos, como son los de carácter sexual. Nuestro legislador ha mostrado una plausible coherencia al no condicionar los institutos mas típicamente reinsertadores con el dato objetivo del delito cometido, lo que no quiere decir que el dato no deba valorarse en el conjunto de parámetros que ayudan a conocer el perfil de la persona a fin de concederle o no el permiso.

### III

Continúa el trabajo con el estudio de los requisitos legales para su concesión. Entre ellos merece destacarse el análisis crítico que realiza del referido a la conducta («no observar mala conducta»). Defiende la autora un contenido de este requisito plegado, aunque con matices, a las sanciones disciplinarias. Le lleva a esta conclusión un deseo de precaver los riesgos de la subjetivización en el momento de decidir la concesión o no del permiso.

A pesar de ello no compartimos esa solución, no sólo porque de esta forma se favorece «la ruptura del dique» disciplinario, de manera que las consecuencias de la conducta infractora se desbordan mas allá de la sanción y con efectos represivos mucho mas graves, perdiéndose, en cambio, gran parte de las garantías del régimen disciplinario, sino porque, siguiendo la tesis garantista que defiende la autora —y que compartimos—, los requisitos para conceder el permiso no pueden ser otros que los que establece el art. 47.2 LOGP, a saber, un determinado tiempo de pena cumplido y buena conducta. Si buena conducta equivale al dato objetivo de la sanción disciplinaria, faltaría entre los requisitos legales uno que hiciera referencia al pronóstico de futura conducta en libertad del interno. Por más que se trata de una valoración subjetiva, que no quiere decir arbitraria, nos parece imprescindible tenerla en cuenta cuando se trata de poner en libertad a una persona que se halla cumpliendo condena.

Por supuesto que en la valoración de la buena conducta, como conducta social no-delictiva, presumible durante el disfrute del permiso, no deben tomarse en consideración criterios discriminatorios ni morales, y, además, a la valoración se llega tras el correspondiente informe de los equipos técnicos.

La propia praxis penitenciaria nos da idea de cómo el sistema prefiere entender buena conducta como ausencia de sanciones disciplinarias, en lugar de forzar los estudios de personalidad a través de este requisito, lo que, a nuestro juicio, alejaría el peligro de la disciplinización del permiso y aseguraría su vinculación con las metas reinseradoras.

Con razón se ha dicho que el legislador no se declara expresamente en contra de que los penados en primer grado puedan acceder a los permisos ordinarios. El caos y confusión práctico-legal que reina en las relaciones entre régimen y tratamiento no permiten concluir con cierta solidez si es o no coherente que un clasificado en primer grado pueda obtener un permiso ordinario. Martínez Escamilla se inclina por la solución negativa porque no parece lógico que a quien se somete a controles rígidos por los riesgos de peligrosidad que presenta se le pueda otorgar un permiso. Sin embargo, también podríamos llegar a la solución positiva si le damos al primer grado el sentido que tuvo originariamente, es decir, no como una fase de control regimental más severo, sino como una fase de mayor intensidad terapéutica y, desde esta otra perspectiva, el permiso y el primer grado no sólo son compatibles, sino, incluso, complementarios.

Como conclusión de esta primera parte recapitula la autora catalogando el marco de circunstancias necesarias para poder denegar un

permiso ordinario. Entre ellas se contabilizan garantías de legalidad, de fiabilidad y de motivación de la resolución, y también de probabilidad de peligro criminal y/o quebrantamiento. Se trata no de un juicio de posibilidad, lo que ampliaría considerablemente los casos de denegación, sino de probabilidad.

#### IV

Los medios de comunicación han otorgado generalmente un esca-so favor a la consolidación de los permisos de salida dentro del sistema penitenciario. Son frecuentes los intentos de politizarlos y de crear corrientes de opinión en contra o a favor de los mismos con grandes dosis de manipulación de la opinión pública y, desde luego, haciendo un daño irreparable a la población penitenciaria que en su gran mayoría los disfruta sin problema. La sensibilidad penitenciaria a la alarma social es algo que no necesita ser demostrado para quienes conocen el mundo de las prisiones. Y la ruptura por el eslabón más frágil de la cadena, es decir, los intereses de los internos, no se hace esperar cuando un suceso criminal se asocia a la concesión de los permisos. Esto fue precisamente lo ocurrido a principios de la década de los noventa. Algunos dramáticos sucesos provocaron la reducción en casi un cincuenta por ciento de los permisos y se encargó por la DGIP un estudio de las variables de riesgo en la concesión de permisos. A su estudio dedica la autora un interesante capítulo VI. Cargada de razón, crítica con rigor la ilegalidad y el tinte discriminatorio que se esconde tras algunas de estas variables como la lejanía, la toxicomanía o la nacionalidad.

El origen extranjero de muchos internos merece una reflexión aparte, por razones cualitativas y cuantitativas. Más allá de los permisos, la condición de no nacional de cerca del 25% de nuestra población reclusa sigue siendo un problema mal resuelto. Los extranjeros soportan condiciones penitenciarias considerablemente más duras que los nacionales. Ello de por sí ya es grave, pero lo es aún más si recordamos aquello que decía Beccaría de que las penas inútiles, son, sencillamente, crueles. La falta de horizonte de estas personas durante su estancia en la prisión, la expulsión irremediable, la ausencia de interés preventivo general, el mayor coste económico de la ejecución y un puñado de razones más, convierten el problema del extranjero en la prisión en uno de los más característicos de nuestros días. Frente a ellos —como destaca Martínez Escamilla—, la institución sólo es capaz de responder con medidas formales e informales discriminatorias.

## V

El estudio del procedimiento o, mejor, de su ausencia y de las competencias que asume en relación con los permisos el Juez de Vigilancia Penitenciaria, le sirven a la autora para introducir en la obra un sugerente capítulo dedicado a la figura de este órgano judicial y sus relaciones con la Administración. Respecto del procedimiento para acceder a los permisos, nos recuerda la autora —con cierto amargor, propio de la mala conciencia de los buenos penalistas— algo que es, a la vez, evidente y, lamentablemente, novedoso: que se trata de una actividad jurisdiccional a la que corresponde aplicar las garantías constitucionales del art. 24 CE y del procedimiento administrativo común. «La realidad penitenciaria» nos contenta, a quienes nos empeñamos en cambiarla, con «objetivos más modestos» que los que se derivan necesariamente del Estado de Derecho. En este caso, se trata de exigir que a la hora de conceder un permiso se apliquen principios del procedimiento administrativo tales como la legalidad, la celeridad, la participación, la contrariedad y, por supuesto, la presunción de inocencia.

Por otra parte, el principio de judicialización de la ejecución de las penas es, a estas alturas, aún un principio más enunciado e invocado que cumplido. Siguen siendo sustanciosas las competencias administrativas relacionadas con cuestiones nucleares de esa fase del proceso penal, entre ellas los permisos. La garantía del recurso frente al órgano judicial es también una coartada que lo aparta de la posibilidad de intervenir de oficio frente a las situaciones de ilegalidad. En esta tesitura, se inclina Martínez Escamilla por destacar la importancia del art. 76.1 LOGP, en el que se encuentra una declaración programática sobre las competencias del Juez de Vigilancia, que en absoluto deben ser ignoradas. El Juez de Vigilancia —dice este precepto— «debe salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse».

## VI

*La dimensión constitucional de los permisos de salida: el derecho a la libertad* es el explícito epígrafe con el que se inicia el capítulo IX de la obra. Unas excelentes reflexiones tratan de aclarar uno de los problemas nucleares de la ejecución de la pena privativa de libertad, a saber: cuáles son los límites del contenido de esta pena. ¿Qué derechos del condenado pueden verse legalmente arrastrados por la privación de la libertad ambulatoria? Las contradicciones y fluctuaciones de la

jurisprudencia constitucional han hecho un flaco favor al mundo de las prisiones. Negarles a los internos el *status libertatis*, según tesis jurisprudencial del Tribunal Constitucional, es una posición que debe ser radicalmente criticada, entre otros motivos por las graves consecuencias que tiene para el desarrollo del derecho penitenciario. Como defiende, con toda razón, Martínez Escamilla, es «la legislación penitenciaria, al regular cómo se ejecuta la pena privativa de libertad, la que configura ésta de una forma más restrictiva o más flexible, estableciendo graduaciones, por lo que cualquier restricción sustancial del *status libertatis* que la legislación reconoce al preso, podría considerarse que afecta a su derecho a la libertad» (p. 119).

Al hilo de esta tesis, la autora hace una crítica a la posición que mantuve en un anterior trabajo, precisamente, sobre los límites del concepto penal de pérdida de libertad. En efecto, lleva razón ella en su crítica y no yo con mi pretensión de no considerar que la Administración penitenciaria no atenta contra la libertad ambulatoria cuando niega sin justificación legal un permiso de salida. También entonces se está privando de libertad ilegalmente por las razones que se derivan de la tesis de Martínez Escamilla cuando se entiende la Ley penitenciaria como fuente de modulación del concepto de libertad penitenciaria. Consiguientemente, y en contra de la posición del Tribunal Constitucional, también en esas ocasiones se puede acudir en amparo a esta jurisdicción.

Concluye este interesante y completo estudio de los permisos ordinarios tratando algunas cuestiones concretas (la aplicación de estos permisos a los preventivos, los controles impuestos para su disfrute y la suspensión y revocación de los mismos) y realizando una recapitulación final en la que se resumen las tesis más destacadas a juicio de la propia autora del libro.

Con respecto a la posibilidad de extensión de los permisos ordinarios a los preventivos, creo que, en la medida que aquéllos están pensados para los penados, tienen difícil encaje en ellos quienes aún no están cumpliendo pena; baste considerar la dificultad de que concurren en ellos los requisitos legales. No nos convence, por ejemplo, la propuesta de entender que cumple el preso preventivo con el requisito de la clasificación en segundo grado por el hecho de que éste sea el régimen, es decir, condiciones de vida, que se aplica en la prisión a quienes no están clasificados. Mucho menos aceptable nos parece la propuesta de medir el cumplimiento de la cuarta parte de la pena calculada sobre la pena solicitada. En su lugar, y puesto que la ley no se opone a ello, entiendo que no tienen que concurrir los requisitos legales para la concesión de estos permisos ordinarios a los preventivos.

El Juez de Instrucción de quien depende el preventivo le concederá o no el permiso en función de los informes que reciba del centro y atendiendo a la causa penal pendiente. Creo que de esta manera la concesión se haría depender de criterios más sustanciales que los que juegan para los penados de la cuarta parte de la pena cumplida o la clasificación en segundo grado.

## VII

El lector tiene ante sí un excelente trabajo, uno más en la amplia bibliografía de esta autora, a la que le debemos agradecer su dedicación al árido Derecho penitenciario. Nosotros ya lo hacemos, y estoy seguro de que, sin ella saberlo, lo están haciendo, al menos, otras cincuenta mil personas.

BORJA MAPELLI CAFFARENA  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Sevilla

## AMBIGÜEDADES E INSUFICIENCIAS DEL CONCEPTO DE *DERECHO PENAL DEL RIESGO*

A propósito de:

MENDOZA BUERGO, Blanca: *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

### I

El libro objeto de la presente reseña pretende exponer al lector español la discusión que se viene manteniendo, fundamentalmente entre los teóricos jurídico-penales alemanes, acerca del concepto de *Derecho Penal del riesgo* (*Risikostrafrecht*). Concepto que, en opinión de muchos, permitiría enmarcar y expresar adecuadamente los rasgos más peculiares de la evolución del Derecho Penal de las sociedades occidentales desarrolladas. Como es bien sabido, es un hecho incontrovertible el que, cuando hoy se intenta abordar el problema de la ubicación del sistema penal en su contexto social, el concepto de *Derecho Penal del riesgo* o *Derecho Penal de la sociedad del riesgo* irrumpe —al menos, en la teoría jurídico-penal alemana y en su órbita de influencia teórica— tanto en el plano descriptivo de la Sociología jurídico-penal (cómo está reaccionando el sistema penal ante la percepción de —lo que se ha dado en llamar— «nuevos riesgos») como en el prescriptivo de la Política Criminal (cómo debe enfrentarse el Derecho Penal a las nuevas formas de delincuencia), y también en ese territorio intermedio constituido por la Dogmática (papel del concepto de riesgo en las categorías de la imputación jurídico-penal). Hasta aquí el (casi total) consenso. A partir de este punto, sin embargo, las opiniones de los teóricos se dividen a la hora de valorar, positiva o negativamente, dicha evolución. De manera que hay quien entiende que es ésta

una tendencia perversa del Derecho Penal contemporáneo, que puede llegar a poner en peligro los principios más básicos que siempre se ha querido que limiten el poder punitivo, así como las garantías en su aplicación. Y, por el contrario, otros piensan bien que la transformación del Derecho Penal (de las regulaciones positivas y de los criterios para la aplicación de las mismas) es inevitable, debido a los cambios sociales que se vienen produciendo; o bien, si no lo es, que resulta pese a todo deseable, por cuanto permite enfrentarse con unos medios más idóneos a fenómenos novedosos de desviación social que es ineludible combatir, y combatir a través de la intervención penal.

Así, en el libro que aquí se comenta se comienza, en un primer apartado (pp. 23-64), por un intento de caracterización de la *sociedad del riesgo*, según la terminología acuñada por Ulrich Beck, así como por la recepción que este concepto ha tenido en el mundo del Derecho, para examinar a continuación las principales tendencias político-criminales que se perciben en la sociedad así caracterizada. Se entra a continuación (pp. 64-118) en la exposición del discurso que, desde posiciones eminentemente críticas, caracteriza el Derecho Penal de las sociedades occidentales desarrolladas como un *Derecho Penal del riesgo*, que tendría como rasgos más esenciales tres: la creación de bienes jurídicos supraindividuales de contenido difuso, el creciente recurso a la técnica de los delitos de peligro y, por fin, la flexibilización de las categorías de la teoría del delito y de las garantías procesales. La concatenación de estos fenómenos daría lugar —así sigue el discurso crítico— a un Derecho Penal insostenible, sometido a tensiones irresolubles y dispuesto a renunciar a los logros modernos en la racionalización del ejercicio del poder punitivo en pro de una pretendida eficacia que en realidad se revela imposible.

En contraposición a este discurso, expone a continuación (pp. 118-153) nuestra autora las posiciones de aquellos que, con diversos matices, entienden atinada la caracterización que acabo de resumir, pero consideran, sin embargo, que la misma constituye una evolución ineludible del Derecho Penal, fruto de las transformaciones de las sociedades contemporáneas: entendiendo que el Derecho Penal ha de ser un «Derecho Penal de la seguridad», un «Derecho Penal del control global», un Derecho Penal protector de funciones sociales, etc.

Finalmente, Mendoza Buergo intenta hacer una valoración crítica de la discusión (pp. 155-179). En este sentido, opta por huir de posiciones radicales, a favor o en contra de la reciente evolución del Derecho Penal. No obstante, no es posible dejar de constatar que, en general, sus simpatías se hallan más bien con quienes critican dicha evolución, antes que con quienes la aprueban. Así, advierte expresa-

mente de que esta evolución podría acabar con la teoría del delito tal y como la conocemos, así como con las garantías procesales. De este modo, ninguna evolución sería aceptable en tanto chocaran con aquella o con éstas, puesto que la eficacia nunca podría ponerse por encima de los principios (limitadores del poder punitivo).

En síntesis, la obra de Blanca Mendoza Buergo destaca sin duda alguna, dentro del panorama bibliográfico español reciente, por ser el estudio que ha intentado aproximarse a la discusión de un modo más global. Pues debe recordarse que sobre varias de las facetas de la misma (bienes jurídicos supraindividuales, intereses difusos, delitos de peligro, reflejo en la Parte Especial, etc.) teníamos ya interesantísimas aproximaciones por parte de otros autores españoles. Y que, además, en el trabajo de Jesús María Silva Sánchez sobre la «expansión del Derecho Penal» contábamos igualmente con un lúcido e iluminador diagnóstico (aun si iba unido a propuestas prácticas harto discutibles) acerca de las causas sociales de esta evolución contemporánea de nuestro Derecho Penal. Sin embargo, la aproximación global que Mendoza Buergo ensaya tiene un valor propio. Primero, obviamente, por la diversidad de temas y de opiniones doctrinales que aparecen en su exposición, así como por la cantidad de fuentes mencionadas y citadas, que redundan en beneficio del valor informativo del libro. Pero, sobre todo, porque una exposición de conjunto acerca del concepto de *Derecho Penal del riesgo*, como la que nuestra autora realiza, obliga al lector crítico a cuestionarse si realmente dicho concepto posee capacidad explicativa o si, por el contrario, es tan sólo una etiqueta conveniente, un banderín de enganche para una determinada corriente teórica o escuela científica.

## II

1. La presentación que acabo de hacer acerca de cuál es el tema que nos ocupa anticipa ya mis reservas acerca de que en realidad, exponiendo y discutiendo estas cuestiones al modo estándar (digamos, el que han impuesto en la discusión jurídico-penal alemana quienes se mueven en torno al Instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Frankfurt, modo aceptado casi siempre incluso por quienes les rebaten), como en este libro se hace, seamos capaces de enfocar nuestra atención sobre los lugares adecuados. Y es que, como Mendoza Buergo atinadamente señala, la irrupción del concepto de *Derecho Penal del riesgo* se explica por, al menos, dos razones diferentes, y no por una sola: por la elaboración de la teoría de la *sociedad del riesgo* (*Risiko-*

*gesellschaft*) como forma de teorizar (una faceta de) la realidad social por parte de Ulrich Beck; pero también por la acogida que la misma —o ciertas versiones deformadas de la misma— han tenido entre algunos de los teóricos que se ocupan de la evolución contemporánea del sistema penal, como forma de expresar sintética y gráficamente una cierta tendencia que ellos atisban en dicha evolución y que les parece, por muchos motivos, criticable.

Precisamente, me parece probable que sea un error mayúsculo (o, en el mejor de los casos, una petición de principio, que requeriría de una justificación que no suele aportarse) mezclar en un único discurso que se pretende coherente dos grupos de problemas que, al menos en principio, son claramente diferentes. Así, de una parte, la elaboración teórica de Beck acerca de la *sociedad del riesgo* hace referencia específicamente al problema del tratamiento de los riesgos derivados del desarrollo tecnológico (cualitativo y cuantitativo). De manera que, si se deseara trasladar dicha elaboración teórica al ámbito de la Política Criminal o al de la Dogmática jurídico-penal, ello debería hacerse preservando su ámbito de aplicación: limitando, pues, las eventuales potencialidades de la construcción —sobre las que volveré— al caso de la protección jurídico-penal de bienes jurídicos frente a riesgos procedentes de acciones tecnológicamente mediadas. Por otra parte, sin embargo, en el segundo grupo de problemas que suele aparecer entremezclado en los discursos críticos acerca del *Derecho Penal del riesgo* la cuestión no es ya (al menos, no necesariamente) el tratamiento de los riesgos tecnológicos. Por el contrario, lo que se pretende es extender el concepto de riesgo, en tanto que instrumento heurístico, a la discusión del conjunto de tendencias evolutivas que entre nosotros Silva Sánchez ha denominado «expansión del Derecho Penal». Expansión que se produce también fuera del ámbito del desarrollo tecnológico, pues tiene más que ver con la pretensión de emplear el Derecho Penal como instrumento de regulación de realidades sociales complejas (más complejas que las tradicionalmente enfrentadas con el instrumental penal), tecnológicas o no: la problemática medioambiental o los riesgos para la salud pública derivados del uso de ciertas tecnologías industriales; pero también los comportamientos fraudulentos en la actividad económica empresarial o el tratamiento del racismo.

Si esto es así, si los problemas son varios y diferentes, entonces un discurso único en torno a los mismos solamente tendría sentido si se pudiera demostrar la existencia de una profunda interrelación entre ellos, de manera que la respuesta a uno —el de los riesgos de la tecnología— significara necesariamente también una respuesta al otro (el de la regulación jurídico-penal de conductas sociales de base compleja), o viceversa. Sin embargo, esto es lo que falta por probar: a saber,

que el discurso crítico acerca del *Derecho Penal del riesgo* se refiere a un único grupo de problemas, o a dos absolutamente interrelacionados. Y que no ocurre, como es mi opinión, que en dicho discurso se estén entremezclando, para constituir un único objeto *ad hoc* de ataque y de rechazo, fenómenos distintos, harto complejos cada uno de ellos, con sus propias causas y consecuencias, que merecen una valoración autónoma, por lo que en una discusión racional conviene más bien deslindarlos con cuidado. Fenómenos cuyo único núcleo común viene constituido por el hecho de estar afectando al Derecho Penal de los países más desarrollados de Occidente más o menos al mismo tiempo (aunque con diferencias significativas de ritmo y de contenido); y, naturalmente, porque todos ellos reflejan de uno u otro modo —pero es que aquí el modo es muy importante— tendencias evolutivas de esas mismas sociedades occidentales desarrolladas.

2. A mi entender, por lo tanto, sería más conveniente distinguir grupos de problemas —de problemas sociales y de respuestas penales a los mismos— y examinarlos por separado, mostrando sus interrelaciones cuando existan, pero sin concentrarse tanto en el cuadro global. Y, en este sentido, acaso sería también oportuno comenzar por algunas matizaciones genéricas, en la misma línea de precisión conceptual que estoy reclamando. La primera matización es que habría que distinguir con nitidez lo que constituye una característica de la praxis legislativa (aunque, lógicamente, ello tenga reflejo también en la aplicación de lo legislativamente estipulado) y lo que tiene que ver más bien con los usos y construcciones elaboradas por la jurisprudencia (respaldadas o no por cierta doctrina): así, por ejemplo, la flexibilización de garantías en el plano probatorio —en materia de causalidad, por ejemplo— pertenece, desde luego, a este segundo caso, por lo que tengo mis dudas de que pueda ser puesto en el mismo cajón que los fenómenos de naturaleza legislativa, ya que parece obedecer a otra dinámica diferente, por lo demás ya antigua (castigar cuando la opinión pública o los poderosos lo reclaman, aun sin pruebas bastantes). Precisamente, la segunda advertencia general es que sería necesario relativizar bastante la distinción entre el «Derecho Penal clásico» y el *nuevo Derecho Penal* o *Derecho Penal del riesgo*. Pues no debería olvidarse que varias de las críticas que se hacen a este último (pérdida de garantías probatorias, ineficacia preventiva, vaguedad de la redacción legal de los tipos, penas desproporcionadas, demandas irracionales de incriminación, delitos puramente formales, tipos en los que se difuminan diferencias que se suelen considerar básicas en cuanto a la forma de la imputación) vienen realizándose desde siempre —muchas veces, con mayor motivo— a figuras propias del Derecho Penal más clásico. Piénsese, respectivamente, en los delitos de sospecha que han exis-

tido tradicionalmente en materia de robo o de detenciones ilegales o —en el ámbito de la jurisprudencia— la frecuente forma de razonar sobre la identidad del delincuente o su dolo a partir de los antecedentes penales del reo, o las frecuentes inversiones, en contra del reo, de la carga de la prueba (pérdida de garantías probatorias); en la incriminación del aborto consentido (tipos ineficaces); en el delito de escándalo público o en el de corrupción de menores (tipos vagos); en la pena que les puede corresponder en nuestro CP al delito de violación o al robo con fuerza en las cosas (penas desproporcionadas); en la tradicional tipificación de conductas relativas la prostitución consentida de adultos (incriminación de finalidad básicamente simbólica); en la falta, existente en el código anterior, de ejercer profesiones sin la preceptiva inscripción colegial (delitos puramente formales); o, en fin, en la tradicional regulación del robo violento en nuestro Derecho, hoy reformada, en la que se quebraban tanto las reglas acerca de la consumación del delito como las relativas al concurso. Naturalmente, con ello no quiero decir que estos problemas no existan también, y a veces con mayor intensidad, en los «nuevos frentes» del Derecho Penal. Sin embargo, la descripción —y la consiguiente valoración— no puede resultar ajustada si no se toma en consideración cuánto hay de continuidad con la tradición en ciertas características o vicios del *nuevo Derecho Penal*.

Una tercera reflexión general que me parece pertinente se refiere a la valoración política que merecen las tendencias del *nuevo Derecho Penal*. Pues es sabido que defensores y críticos de esta evolución se han reprochado mutuamente el conservadurismo de sus posiciones. Y, sin embargo, me parece que en este aspecto de la discusión subyace un equívoco, derivado de la ambigüedad que la propia dicotomía conservador/progresista posee en el discurso político. En efecto, frente a la esquemática distinción conservador/progresista, me parece que, al menos en Política Criminal (y tal vez en todos los ámbitos de la política), deben ser dos los criterios de valoración política de una medida; y consiguientemente dos también —y no una— las dicotomías: de una parte, hay que considerar qué grado de intervencionismo del poder estatal en la libertad individual conlleva la medida, distinguiéndose así entre medidas (más o menos) liberales e intervencionistas; de otra, debe examinarse a qué sectores sociales beneficia y perjudica, distinguiéndose entre medidas de interés general, en interés de las mujeres, de los trabajadores, de los empresarios, etc. De este modo, una política criminal debería recibir valoración política desde dos puntos de vista diferentes: por su grado de intervencionismo y, por otro lado, en atención a qué sectores sociales principalmente protege y aquellos otros cuya libertad restringe. De manera que una medida puede ser

intervencionista y pro trabajadores, liberal y pro empresarios, intervencionista y pro empresarios, y liberal y pro empresarios (y lo mismo vale para otros casos, sustituyendo «empresario» y «trabajador» por cualquier otra categoría social). Todas las combinaciones son, pues, posibles. Esto es especialmente claro en el caso del *nuevo Derecho Penal*: desde el primer punto de vista, parece evidente que prácticamente en su totalidad significa un incremento notable del intervencionismo estatal en ámbitos antes libres de intervención (o de intervención coercitiva, o de intervención penal); ahora bien, desde el otro punto de vista, cada caso —cada bien jurídico, cada figura delictiva...— tiene implicaciones en términos de protección de derechos y de restricción de libertades de diferentes grupos sociales. Por ello, la valoración política que cada una de las medidas político-criminales novedosas merezca depende de cuánto se valora la libertad frente a la intervención estatal; y de cuánto, por otra parte, se valora la protección específica del Derecho Penal hacia ciertos sectores sociales (los más desprotegidos, los más frecuentemente atacados, etc.); y, en fin, de qué se considera más importante, si la libertad (negativa: ausencia de intervención estatal) o la protección de intereses (en pro de la libertad positiva). Y si no se hacen explícitos los puntos de partida en estos dos aspectos, cualquier valoración política —sea para alabar o para criticar— resultará un ejercicio retórico antes que uno de discusión racional.

Por último, creo también que es necesario distinguir con alguna claridad entre los fenómenos —mal denominados— del *Derecho Penal del riesgo* (esto es, aquellos derivados del esfuerzo por regular a través del Derecho Penal realidades sociales especialmente complejas) y aquellos otros de lo que se ha dado en llamar «*Derecho Penal del enemigo*». Pues, en efecto, aun siendo cierto que en muchas ocasiones ambas especies de fenómenos están teniendo lugar de manera simultánea en el Derecho Penal de los estados occidentales desarrollados, parece evidente que sus causas son diferentes: en este último caso, se trata de generar una suerte de Derecho Penal de excepción para el tratamiento de ciertos fenómenos de delincuencia (terrorismo, tráfico de drogas,...) que la sociedad —o quienes en ella mandan— consideran que atacan directamente a la identidad o a la supervivencia colectivas; y que, por ello mismo, justificarían el recurso a dicho régimen de excepción. Y no sólo las causas, sino también muchas de las manifestaciones de una y otra tendencia evolutiva resultan ser distintas: así, la renuncia a las garantías, la introducción de medidas cautelares y técnicas de investigación policiales que chocan con el respeto a los derechos humanos, las penas desmesuradas, los delitos que incriminan la creación de estados de opinión (*Klimadelikte*) y determinadas excepciones a las reglas generales

que rigen la imputación de responsabilidad penal (incriminación de la mera pertenencia a una asociación o entidad, creación de delitos de consumación anticipada, ruptura con las reglas generales en materia de apología y de encubrimiento, etc.) tienen más que ver con los fenómenos de la excepcionalidad penal que se recogen bajo la etiqueta de «*Derecho Penal del enemigo*». Nuevamente, la matización me parece indispensable, ya que la discusión político-criminal debe ser muy diferente en un caso y en el otro: nada tiene que ver, por ejemplo, la discusión acerca del tratamiento penal del terrorismo (donde, además de en las cuestiones de eficacia, la discusión ha de centrarse principalmente en dos puntos: primero, si, en general, resulta admisible un Derecho Penal de excepción, y en qué casos; y segundo, en los límites que el respeto a los derechos humanos y a los valores básicos del Ordenamiento jurídico imponen a dicho tratamiento de excepción) con la que tiene por objeto el Derecho Penal medioambiental, ésta sí referida al llamado *Derecho Penal del riesgo*.

3. Advertido todo lo anterior, es posible afrontar ya la cuestión central, la de la pertinencia del concepto de *Derecho Penal del riesgo* (en el sentido estricto que se apuntó). Ahora bien, como ya he indicado, en realidad no es una, sino que son dos las cuestiones que surgen a este respecto: de una parte, la del tratamiento jurídico-penal de las lesiones y puestas en peligro, mediatas o inmediatas, de bienes jurídicos «clásicos» que son ocasionadas por acciones humanas tecnológicamente mediadas; y, de otra, la de la constitución de nuevos objetos de protección —bienes jurídicos— orientados a la regulación, mediante instrumentos penales, de realidades sociales novedosas (en términos absolutos —nuevas conductas fraudulentas en la actividad económica— o a causa de alteraciones en la percepción social respecto de las mismas —racismo o medio ambiente—).

Se trata en el primer caso de dilucidar la especificidad que poseen los riesgos para bienes jurídico-penalmente protegidos cuando ellos proceden de una actividad humana tecnificada. En este sentido, el propio Beck ha destacado que la clave parece ser la extraordinaria dificultad para prever y para controlar la magnitud del riesgo; la magnitud, en todas sus facetas, tanto cualitativas como cuantitativas: es decir, para determinar cuántos riesgos (esto es, daños probables), directos o indirectos, pueden derivarse, pero también para determinar el *quantum* de cada uno de dichos riesgos (la probabilidad de cada daño). La incertidumbre, inherente a toda acción humana, aumenta hasta niveles próximos a la ignorancia cuando la acción en cuestión tiene lugar a través de medios tecnológicos, que tienden a multiplicar de modo exponencial las consecuencias de la acción: no sólo intensificando su efecto (un producto químico es más mortal que un disparo o una cuchi-

llada), sino diversificándolo (el producto químico, además de atacar a la vida humana, puede atacar también a su salud, al sentimiento de seguridad colectiva, al medio ambiente, a la vida de los animales, a la ordenación del territorio, etc.). Y dicha incertidumbre, dicha ignorancia, se revelan tanto en el plano cognoscitivo (previsibilidad) como en el práctico (controlabilidad).

Si esto es así, entonces el problema que atañe al Derecho Penal es el de si es posible controlar las consecuencias de dichas acciones tecnológicamente mediadas (más modestamente: si es posible reducir el grado en el que las mismas resultan incontrolables). O, para ser más exactos, si es posible y legítimo evitar, a través de la intimidación propia de las conminaciones penales, (algunas de) aquellas acciones, de entre las que se realizan empleando tecnología avanzada, que la experiencia previa indica que es más probable que den lugar a dichas consecuencias. Pues, en efecto, debido a esa dificultad para conocer y para controlar muchas de las consecuencias derivadas del uso de la tecnología, frecuentemente la única opción viable desde el punto de vista técnico-legislativo es la incriminación de clases de conductas con un índice de siniestralidad (con un número de casos anteriores en los que tuvieron lugar consecuencias lesivas para bienes jurídico-penalmente protegidos) elevado. Sin que, por el contrario, sea posible garantizar siempre una conexión necesaria —o una probabilidad rayana en la seguridad— entre éstas y aquellas. Esto vale, desde luego, para los delitos de peligro abstracto más prototípicos (que conllevan el comienzo de ejecución de una lesión). Pero también para otras figuras delictivas, frecuentes en el *nuevo Derecho Penal*: delitos de omisión propia, delitos de favorecimiento (formas de participación tipificadas de modo autónomo), actos preparatorios. Y, como decía, la cuestión es doble: de legitimidad y de eficacia. Así, desde el primer punto de vista, es obvio que una condición imprescindible será siempre el respeto al principio de proporcionalidad de las sanciones, de manera que, en igualdad de condiciones, conductas meramente omisivas, de participación, de preparación, etc. nunca pueden ser castigadas legítimamente con penas similares a las de los delitos de peligro concreto o a las de los delitos de lesión.

Sin embargo, con esto no está ya dicho todo, pues puede sostenerse que un fundamento meramente estadístico (para afirmar la conexión entre cierto género de acciones y ciertas consecuencias lesivas para bienes jurídicos) no es suficiente, en términos de lesividad, para justificar la intervención penal, incluso si la pena a imponer es siempre de menor entidad. Ahora bien, mantener esta tesis significa, me parece, sostener una concepción muy fuerte de lesividad: concretamente, significa entender por acción que afecta al bien jurídico únicamente

aquella acción que, de forma (más) probable o segura, va orientada objetivamente a causar —llegue o no a conseguirlo— por sí misma esa alteración en el estado de cosas previo que calificamos como lesión del bien jurídico. Y, por el contrario, significa negar la existencia de lesividad en aquellas acciones que, no poseyendo tal potencialidad causal directa, sí que tienen la de aumentar la probabilidad de que la lesión tenga lugar: situación que, sin duda alguna, se produce —naturalmente, si el delito está bien concebido— en los delitos de peligro abstracto, en los de favorecimiento y en los actos preparatorios; y puede ocurrir en algunos delitos de omisión propia, cuando no se trate de delitos de infracción de deber. En mi opinión, debido a que este género de conductas no suelen ser percibidas socialmente como irrelevantes (y con razón, puesto que la disminución del número de dichas conductas hace disminuir también la probabilidad de que la lesión del bien jurídico tenga lugar), existen razones de orden práctico, atinentes a la función social del Derecho Penal en el aseguramiento de expectativas, para inclinarse a favor de una concepción menos estricta de lesividad, que incluya también estos casos entre las acciones que afectan (cierto que en menor medida) al bien jurídico; a su seguridad, al menos.

Naturalmente, lo anterior no significa que cualquier decisión de inculpar conductas de este segundo tipo esté justificada. Antes al contrario, una política criminal racional en la materia exige considerar también los argumentos de necesidad de pena (que incluyen, entre otros, los de la eficacia preventiva de la intervención penal) a la luz de la directriz general de intervención mínima. De cualquier modo, es cierto que, como ya apunté, las actividades humanas que conllevan el uso de tecnología en principio pueden ser un campo especialmente propicio para el empleo de figuras delictivas de esta naturaleza, ya que en dichos ámbitos suele ser muy necesaria una intervención anticipada, previa al momento en el que el curso fáctico entre en la etapa de ejecución de la lesión del bien jurídico. Pese a ello, en muchas ocasiones esa intervención penal previa que se considera necesaria acaba revelándose, a causa de las características de los destinatarios de la norma de motivación (por ejemplo, individuos que se ocultan hábilmente tras el velo que les proporciona una sociedad mercantil), tan ineficaz que hay que renunciar a lo que en principio era conveniente. A mi entender, sin embargo, no es aceptable negar por principio la posibilidad —la legitimidad— de recurrir a la prohibición a través de conminaciones penales de acciones sólo abstracta (u oblicuamente) peligrosas. Así, por ejemplo, yo diría que en principio (esto es, dejando a un lado los defectos concretos de tipificación que puedan existir en la regulación legal) no hay razones para dudar de la legitimidad de

llegar a incriminar la conducta de conducción de vehículos de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas, mientras que, precisamente, por salirse del ámbito de las acciones tecnificadas, resulta harto discutible que pueda llegar a existir en nuestra sociedad —mientras siga siendo como es— la lesividad y la necesidad de pena suficientes para justificar un delito genérico de embriaguez; y, del mismo modo, tampoco veo razones para dudar de la conveniencia de que exista un delito de posesión de materiales nucleares (art. 345.1 CP), aun cuando ello no ponga todavía en concreto peligro la vida ni la salud de ninguna persona en particular.

4. Por lo demás, hoy es evidente que esa misma naturaleza problemática que tanto desde el punto de vista cognoscitivo como desde el práctico poseen los riesgos derivados de acciones en las que se emplea alguna tecnología avanzada no sólo influye, como se ha visto, en la aparición de nuevas figuras delictivas, sino que tiene que afectar lógicamente a las propias categorías de la imputación jurídico-penal. Pues, en efecto, si el grado de previsibilidad y de controlabilidad de dichas acciones es especialmente bajo, es posible que en ocasiones ello no parezca —al menos en principio— bastante como para fundamentar dicha imputación, conforme a las categorías habituales: ello ocurre o puede ocurrir en materia de imputación de resultados (relación de causalidad, relación de riesgo), de autoría de la acción típica, de valoración objetiva de dicha acción, de dolo respecto del riesgo efectivamente causado,... Y ello obliga a revisar nuestra ya venerable teoría general del delito, para adaptarla a los nuevos tiempos y a los nuevos fenómenos delictivos. No obstante, hay que recordar aquí —y dar en esto la razón tanto a la autora como a aquellas opiniones en las que se apoya— que revisar y adaptar no tiene por qué significar desfigurar; y, además, en este caso no puede significarlo, por buenas razones valorativas (de respeto a las garantías, a los derechos fundamentales y a criterios de justicia en la imputación). En este sentido, en varios de mis trabajos he ido apuntando ya —lo que me excusa de volver a hacerlo aquí en detalle— que existen márgenes importantes de adaptación sin necesidad de renunciar a lo que con tanto esfuerzo ha sido construido para dotar de seguridad, racionalidad y (relativa) justicia a la aplicación del Derecho Penal. Y que, en último extremo, esto es, cuando la adaptación sólo sea posible al precio de dicha renuncia, habrá que rendirse y aceptar que nuestro concepto delito resulta en ese caso inoperante. Pero sólo entonces. De manera que, aun aceptando como justas las críticas que se hacen a ciertas veleidades modernistas en las que alguna doctrina y —de modo todavía más preocupante— determinada jurisprudencia han caído, ello no debe llevarnos, sin embargo, a refugiarnos sin más en el «bueno y viejo Derecho Penal» (que, además, nun-

ca ha sido tan bueno), sino a realizar un esfuerzo de reflexión dogmática, político-criminalmente orientada (pero transida de garantismo), para intentar —al menos intentarlo— salir del atolladero.

5. Nos resta por examinar, finalmente, el fenómeno señalado de la constitución de nuevos bienes jurídicos con la pretensión de regular realidades sociales novedosas. En este sentido, debe observarse que en realidad la clave del asunto no es tanto la novedad cuanto la complejidad: de hecho, las dificultades no se derivan simplemente de la aparición de un bien jurídico nuevo (por ejemplo, nada ocurre porque surjan delitos de lesiones al feto o contra la Seguridad Social), sino más bien del intento de definir el bien jurídico en cuestión (pues no se debe olvidar que, al fin y al cabo, un bien jurídico no es más que una argumentación para justificar desde el punto de vista valorativo y teleológico la existencia de una tipificación penal) de tal forma que el Derecho Penal adopte como objeto de protección un fenómeno social demasiado complejo (el medio ambiente, el multiculturalismo, la estabilidad de la economía, los derechos de los consumidores,...). Y es que, cuando esto ocurre, suelen producirse tres efectos perversos, que hacen perder al bien jurídico así (mal) definido buena parte de su potencialidad en el plano crítico y el plano interpretativo.

El primero de ellos es que, con este género de definiciones, el contenido del bien jurídico —el objeto de protección del Derecho Penal— no es fácilmente traducible en estados de cosas tangibles; y, por ello, tampoco es sencillo determinar qué acciones alteran ese estado de cosas valioso —el contenido de ese bien jurídico— y pueden ser, consiguientemente, calificadas como lesivas para el mismo. En efecto, mientras que el concepto de integridad corporal del feto puede ser plasmado con facilidad en materializaciones tangibles, de manera que en principio resulta también fácil determinar qué acciones afectan a dicha integridad, ello es mucho más dificultoso en relación con el medio ambiente, y más aún con la estabilidad de la economía. De este modo, desde el punto de vista crítico, la discusión acerca de si las acciones prohibidas por una determinada norma penal son o no lesivas para el bien jurídico pierde necesariamente sustancia, por falta de concreción de sus términos, con lo que la posibilidad de crítica del Derecho vigente por ausencia de lesividad se ve reducida. Por otra parte, desde el punto de vista interpretativo y de sistematización, esta misma falta de concreción vuelve difuso el concepto de lesión del bien jurídico, así como el de su puesta en peligro; y, por ende, dificulta la determinación de la naturaleza de los diferentes tipos penales como delitos de lesión o delitos de peligro, la del momento de su consumación, etc., haciendo sumamente ardua la tarea de aplicar al *nuevo Derecho Penal* la teoría general del delito.

En segundo lugar, un bien jurídico definido en términos muy abstractos es en sí mismo difícil de justificar como objeto de protección del Derecho Penal, o bien demasiado fácil de justificar. Pues, si los bienes jurídicos se justifican —como en otro lugar he fundamentado— por su contenido funcional, por su justificación moral y, en el caso del Derecho Penal, por su extraordinaria relevancia social, todos estos criterios de justificación exigen que el objeto de la discusión sea relativamente concreto. Nuevamente, en un ejemplo: el medio ambiente es difícil de justificar como objeto de protección penal si con ello se intenta justificar que deba ser delito todo lo que hoy aparece en los arts. 325-336 CP (o, incluso, otros objetos de protección distintos de los que concretamente se protegen en estos preceptos y que en el Derecho comparado aparecen a veces también englobados dentro de la protección penal del medio ambiente); o es demasiado fácil de justificar, si la justificación se limita a la propia idea de medio ambiente, sin ulterior concreción. De esta dificultad acaba resultando un empobrecimiento de la discusión político-criminal relativa a estos nuevos campos de actuación del Derecho Penal, que en demasiadas ocasiones se limita a ser un ejercicio de retórica, carente de la necesaria precisión.

En tercer lugar, incluso si fuera posible eliminar las dificultades de concreción y de justificación que acabo de mencionar, seguiría siendo cierto que la definición de bienes jurídicos mediante la referencia a fenómenos macrosociales constituye un método erróneo para la formulación de una política criminal; al menos, para la formulación de aquella parte de la política criminal que consista en la creación de prohibiciones penales. Y ello, porque no es posible eludir el hecho de que la técnica de la prohibición penal consiste, en último extremo, en motivar a seres humanos para que realicen o se abstengan de realizar determinadas acciones, en la esperanza de que dichas acciones —o, en su caso, su ausencia— favorezca la preservación de un estado de cosas considerado valioso. Y ocurre que, según nos enseña la Sociología, la conexión entre las acciones humanas individuales (o, a lo sumo, de pequeños grupos de individuos: una banda de atracadores, un consejo de administración, etc.), aquellas que el Derecho Penal puede intentar motivar, y los fenómenos macrosociales no parece ser en absoluto una de naturaleza lineal, sino que, por el contrario, parece estar sujeta a complejos procesos de interacción e interferencia de diversos factores, en el marco del sistema social y de sus subsistemas. Así, por ejemplo, realmente no es posible determinar cuál es la relación que existe entre los fenómenos del racismo y de la pluralidad de culturas de la ciudadanía en las sociedades occidentales desarrolladas contemporáneas y los actos de apología o de negación del genocidio, o de provocación al odio, por más que aquellos fenómenos macrosociales hayan

sido la razón —al menos, la que se ha manifestado— de que el legislador español haya introducido estas figuras delictivas: cabe entender que dichas acciones contribuyen a intensificar, bien que de forma limitada, el fenómeno macrosocial en cuestión; pero también puede predicarse la absoluta irrelevancia de las mismas, que prácticamente no afectan a la dinámica social en esta materia, derivada de razones más diversas y complicadas que la (relativa) proliferación de ciertas acciones de negación del genocidio, de apología del mismo o de difusión de mensajes racistas. Sea como sea, lo que parece indiscutible es que dichas acciones afectan muy escasamente la dinámica propia de un fenómeno macrosocial tan complejo; y que, en todo caso, la incidencia que posean es difícilmente medible. Y un razonamiento similar podría hacerse en relación con la protección de la estabilidad de la economía (condicionada antes por tendencias económicas globales y por el comportamiento agregado —imparable por medios penales— de los agentes económicos) o del medio ambiente (muy influido por las características de la competencia dentro de un determinado sector productivo y por el desarrollo de la tecnología). Se trata, pues, de la imposibilidad de articular un «control social global» a través de instrumentos penales.

Y, sin embargo, pienso que todas estas dificultades y objeciones no tienen por qué llevarnos a la conclusión de que hemos de abandonar estos nuevos ámbitos de intervención o limitarnos a intervenciones mucho más livianas desde el punto de vista penológico (el Derecho Penal «de dos velocidades»). Es decir, no tienen por qué llevarnos a asumirla como una conclusión general y tajante. Quiero decir con ello que, contra lo que en ocasiones se afirma, me parece que esta conclusión, la imposibilidad de una intervención penal adecuada (eficaz y respetuosa con los principios limitadores del poder punitivo), no resulta necesaria, inevitable por razones metodológicas (aunque, por supuesto, sea defendible por razones políticas, que yo no comparto: en general, por quien se oponga a la intervención pública —o a la jurídico-penal— en ciertos ámbitos, como el económico; o, en particular, por quien al menos niegue legitimidad a algún interés determinado —el medio ambiente, los derechos del consumidor...— como objeto idóneo de protección jurídica, o jurídico-penal). Pues, en realidad, las tres objeciones que se han expuesto a la forma habitual de legislar e interpretar lo legislado en el *nuevo Derecho Penal* pueden reducirse a una sola idea: a la de que el método de definición de estos bienes jurídicos no es el adecuado. Y, sin embargo, me parece que en este aspecto es perfectamente factible —y por ello abogo— una estrategia metodológica reduccionista: esto es, un esfuerzo por descomponer analíticamente los fenómenos macrosociales que se pretenden afrontar a través de ins-

trumentos jurídicos represivos en objetos más idóneos, desde todos los puntos de vista (de su concreción a efectos interpretativos, de su justificación y de la visibilidad de su eficacia social), para convertirse en bienes jurídico-penalmente protegidos. Así, y simplemente a modo de esbozo ejemplificativo, fenómenos como la degradación ambiental —fenómeno macrosocial— pueden descomponerse en concretas pautas de interacción hombre-fauna, hombre-flora, hombre-paisaje, hombre-energía, etc.. Y que, si dichas pautas de interacción concretas se convirtieran en el bien jurídico protegido (si fuesen ellas el punto de referencia empleado en la discusión acerca de la justificación valorativa y teleológica de los tipos penales del Derecho Penal medioambiental), sería posible determinar con mayor precisión cuándo tiene lugar la lesión del mismo, o su puesta en peligro. Sería posible discutir de forma racional sobre la legitimidad o ilegitimidad de cada una de ellas, así como sobre su relevancia, sobre si la misma es suficiente para justificar que la protección se otorgue a través del Derecho Penal. Y, en fin, sería más fácil establecer los efectos sociales que la regulación penal eventualmente tuviera (sobre la pauta en cuestión). Y, por consiguiente, decidir en qué casos la intervención penal puede resultar eficaz y en cuáles, por el contrario, sería inútil o contraproducente, por lo que debería ser evitada.

Si un esfuerzo de esta naturaleza se llevara a cabo, es decir, reformulando los términos de la discusión político-criminal, para dotarla de un grado mayor de precisión, entonces creo que, a medio plazo, no tendría por qué haber mayores dificultades en los nuevos ámbitos de intervención que en los antiguos (donde, por cierto, muchas cosas que se suelen dar por supuestas merecerían seguramente volver a discutirse). Así pues, son ciertos los reproches de ineficacia, ausencia de certeza y deficiencia técnico-jurídica que se atribuyen al *nuevo Derecho Penal* actual. Sin embargo, de ahí no tiene por qué extraerse la conclusión de que hay que abandonarlo: ¿por qué no concluir más bien que hay que mejorar la calidad de nuestra discusión político-criminal, con el fin de mejorarlo? A mi entender, el *nuevo Derecho Penal* plantea en suma la necesidad de una disciplina de la Política Criminal que logre ser, al fin, mucho más que una retórica en torno a las regulaciones penales.

### III

Resumamos. La polémica acerca del *Derecho Penal de riesgo* o el *nuevo Derecho Penal* tiene la virtud de poner de manifiesto características muy significativas desde el punto de vista político-criminal de las

más modernas tendencias evolutivas del Derecho Penal de las sociedades occidentales desarrolladas. Igualmente, está obligando a los penalistas a reflexionar acerca del sentido de la intervención penal y de los límites que ésta no debería sobrepasar; es decir, nos está indicando por dónde no debe seguir caminando el Derecho Penal. Pese a ello, creo que, hoy por hoy, sigue siendo una polémica hartamente confusa, en la que se entremezclan demasiadas ideas, problemas, categorías conceptuales, etc., y sin que se haya logrado todavía un mínimo de claridad que permita distinguir los variados aspectos de la discusión. Por ello, me parece que todas las propuestas, críticas, de que se renuncie ya a la intervención penal en determinados sectores de la vida social resultan, cuando menos, prematuras desde el punto de vista metodológico (y sólo defendibles desde posiciones políticas muy determinadas). La vuelta a la «vieja y buena dogmática» no sólo resulta seguramente imposible, sino que tampoco sería deseable. Deberíamos, por el contrario, encarar la tarea de construir una disciplina de la Política Criminal que nos permita afrontar los nuevos retos de modo más racional (y, luego, estudiar cómo hay que cambiar, en consecuencia, la propia Dogmática jurídico-penal), para dotar de pautas a la praxis legislativa y jurisprudencial, y para criticarla, ofreciendo alternativas, cuando sea menester. Y pienso que existen ya instrumentos con los que poder iniciar esa tarea.

De todo esto, de la discusión y de sus contradicciones, da fe la obra de Mendoza Buergo de modo extenso y detallado. Tal es su valor: reflejar el estado de la cuestión, con todas sus luces y también con todas sus sombras.

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN  
Universidad de León