

PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA Y DEL AUTOR EN EL DERECHO PENAL ACTUAL: IMPLICACIONES POLÍTICO-CRIMINALES Y DOGMÁTICAS

M^a Isabel González-Tapia
Profesora Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho y CCEE
Universidad de Córdoba

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2018

Fecha de aceptación: 26 de noviembre de 2018

RESUMEN: En los últimos años, el Derecho Penal está viviendo un fenómeno de “*expansión*” y de “*modernización*”, que obedece a un claro desplazamiento del eje central del mismo hacia la idea de riesgo y que se conecta, no sólo con la peligrosidad de la conducta, sino también con la peligrosidad de agente. Esta política criminal ha sido objeto de un amplio debate doctrinal, generalmente en términos críticos, porque ha traído aparejado un significativo adelantamiento de la línea de defensa del Derecho Penal, con una flexibilización de las reglas de imputación tradicionales y a costa de una relativización de los principios político-criminales de garantía.

Este trabajo reconoce a este nuevo Derecho Penal como expresión necesaria de la sociedad actual, tanto en lo que se refiere al control de riesgos sistémicos de naturaleza socioeconómica, como a la progresiva “individualización” del Derecho Penal, que proyecta una respuesta global a la culpabilidad por el hecho y a la peligrosidad de autor. No obstante, se llama la atención acerca de las implicaciones éticas y dogmáticas de trasladar el paradigma del riesgo hacia la persona del autor, particularmente con el desarrollo que en el futuro puede tener la biopredicción. La ampliación del conocimiento sobre las bases neurobiológicas del comportamiento criminal, combinada con la idea de “peligro para los demás” puede derivar también en una ampliación de las obligaciones de control y en una redefinición ‘individual’ del riesgo permitido y, en consecuencia, en una ampliación del ámbito de la responsabilidad penal sobre la base de ser “garante de uno mismo”.

ABSTRACT: In recent years, Criminal Law has been undergoing an "expansion" and "modernization" process, epitomized by a clear shift of paradigm towards the idea of risk and risk assessment. Moreover, the focus on risk has included, not only the dangerousness of the defendant's behaviour, but also the danger from within the agent himself (individual characteristics). This criminal policy has been discussed by academics extensively, generally in critical terms, because it has brought with it a significant shifts towards an earlier response by the Criminal Law (*actus reus*) and more lax criteria for legal responsibility (*mens rea*), at the expense of relativisation of *the fundamental guarantees*. In this paper, this new Criminal Law is considered as a necessary expression of current society, both with regards to the control of socioeconomic systemic risks, and the progressive "individualization" of Criminal Law. This represents a global response to culpability based on facts as well as the dangerousness of the agent. However, I also draw attention towards the ethical and dogmatic implications of transferring the risk paradigm towards the person of the defendant. Particularly, considering the potential consequences of relying on bio-prediction. The advances in the understanding of the neurobiological roots of criminal behaviour, combined with the idea of being a "danger to others", may lead to an increased expectation of control of one's own risk and an "individualised" redefinition of the "permitted risk" and, consequently, to an extension of the criminal responsibility on the basis of each individual being the "guarantor of oneself".

PALABRAS CLAVE: política criminal, riesgo, peligrosidad criminal, biopredicción, neuroderecho.

KEYWORDS: criminal policy, risk, criminal dangerousness, bioprediction, neurolaw.

SUMARIO: I. Introducción. II. Riesgo, globalización, inseguridad ciudadana y empoderamiento constitucional en la sociedad actual. 1. La sociedad actual como “sociedad del riesgo”. 2. La sociedad actual como sociedad globalizada. 3. Empoderamiento constitucional de la ciudadanía. 4. Inseguridad ciudadana: demandas sociales de seguridad frente a la criminalidad clásica y a la peligrosidad del autor. III. Rasgos básicos del derecho penal actual. 1. El Derecho Penal como gestor de riesgos socioeconómicos de naturaleza estructural: la “administrativización” del Derecho Penal. 2. La reconstrucción del Derecho Penal de la peligrosidad: el individuo como un foco de riesgo en sí mismo. IV. Discusión: implicaciones dogmáticas y político-criminales del paradigma del riesgo en el derecho penal. 1. Ilegitimidad democrática de prescindir del Derecho Penal del riesgo en el siglo XXI. 2. “Derecho Penal individualizado” y Biopredicción. 2.1. Implicaciones dogmáticas del perfeccionamiento de la predicción de la peligrosidad criminal: especial consideración a la biopredicción.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, estamos asistiendo a una profunda transformación del Derecho penal, no sólo en España, sino en la generalidad de los países de nuestro entorno cultural. En general, se ha dicho que el Derecho penal está viviendo un fenómeno de “*expansión*”¹ y de “*modernización*”, por contraposición al que se ha llamado Derecho Penal ‘clásico’ o liberal².

El modelo dogmático de Derecho Penal resultante es complejo y ecléctico, en el que se han difuminado muchas de las fronteras categoriales asentadas (p.e. la de penas y medidas de seguridad), en el que se van introduciendo elementos “privatizadores” de Justicia Restaurativa³ y en el que aparece una marcada tendencia al *punitivismo*. Con relación a este último aspecto, y sin ser exhaustivos, se ha ampliado el catálogo de los bienes jurídicos protegidos y progresivamente se ha ido desmaterializando el propio concepto (p.e. en los denominados “delitos de odio”, como el art. 510 o 578 del Cp.). También se han ampliado los comportamientos prohibidos y las consecuencias jurídicas, como la prisión permanente revisable o la libertad vigilada; se ha agravado la penalidad en ciertos sectores (paradigmático en el caso de la corrupción) y exacerbado la presión punitiva incluso en el ámbito de las alternativas a la pena de prisión (p.e reforzando las obligaciones frente a la pura suspensión de la ejecución) y/o complementarios a la misma (como ha sucedido con el comiso y la reparación de la víctima). Así mismo, como veremos, tal presión punitiva se ha incrementado también incorporando directamente la *peligrosidad* del autor en el propio seno del injusto.

Desde un punto de vista cualitativo o indirecto, la expansión del Derecho penal se ha traducido en un adelantamiento significativo de las barreras de la intervención penal, de la barrera de prevención, de una parte, recurriendo a la proliferación de delitos de peligro abstracto para la tutela de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual y, de otra, ampliando la operatividad de la peligrosidad del autor. Al mismo tiempo, ante las enormes dificultades (o la imposibilidad) de “encajar” este nuevo derecho en la dogmática tradicional, estamos asistiendo igualmente a una flexibilización de las reglas de imputación tradicionales, a través fundamentalmente del uso y abuso de la omisión o del dolo eventual, y de la relajación de los perfiles de la imputación objetiva y de la autoría y participación. En conjunto, y por todas las razones apuntadas, este nuevo Derecho penal parece conllevar una relativización de los principios político-criminales de garantía propios del Estado de Derecho, procesales y sustantivos, lo que ha abierto un profundo debate doctrinal en torno

¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª edición revisada y ampliada, Madrid, 2001, p. 20.

² HASSEMER, W., «Crisis y características del moderno Derecho penal», *Actualidad Penal*, núm. 43, 1993, pp. 635 y ss. y p. 191.

³ Cfr. RÍOS, J.C./ PASCUAL, E./SEGOVIA J.L./ ETXEBARRIA X./LOZANO F., *Mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos. Experiencias para reducir el sufrimiento en el sistema penal*. Madrid. Universidad Pontificia de Comillas, 2016, p. 32.

al papel que debe jugar el Derecho penal ante los difíciles retos que se le presentan en la actualidad y ante la posición que debe adoptar la ciencia del Derecho penal ante una transformación del Derecho penal positivo, que es ya una realidad.

Y como se ha señalado, toda esta expansión del Derecho Penal obedece, si no a un cambio de paradigma en cuanto al prototipo de la infracción penal, a un claro desplazamiento del eje central del mismo hacia la idea de riesgo, la cual, como veremos a lo largo de estas páginas, no sólo se ha vinculado con la peligrosidad de la conducta, sino con la propia peligrosidad del agente que la realiza o que pudiera realizarla. En definitiva, esta expansión responde a una política criminal que prioriza la prevención (general y especial) frente al garantismo.

Este trabajo pretende ser una modesta contribución al debate generado en torno al Derecho Penal del riesgo, particularmente en cuanto a la expansión asociada a la peligrosidad del agente, que puede verse en el futuro potenciada por el espectacular desarrollo de las Neurociencias.

II. RIESGO, GLOBALIZACIÓN, INSEGURIDAD CIUDADANA Y EMPODERAMIENTO CONSTITUCIONAL EN LA SOCIEDAD ACTUAL

En su magistral obra *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, SILVA SÁNCHEZ analizaba las posibles causas que pudieran haber determinado la evolución del Derecho penal hacia su configuración actual. Creía hallarlas, ante todo, en los rasgos básicos que caracterizan a la sociedad actual en nuestro entorno cultural, en el cambio de modelo social y en el papel que actualmente esta sociedad atribuye al Derecho Penal⁴. Y parece, sin más, que la realidad le da la razón, pues lo cierto es que el debate en torno a la legitimidad o razonabilidad del fenómeno expansivo del nuevo Derecho Penal ha sido puramente doctrinal. En el debate social no se atisba recelo alguno ante el creciente intervencionismo y punitivismo del legislador penal. Antes al contrario, nuestra sociedad, que se siente insegura y amenazada por tantos flancos, demanda más seguridad, más control, más barreras y respuestas claras y contundentes ante la criminalidad, muchas veces magnificada también por los medios de comunicación⁵. Existe, apuntaba SILVA, una “rara unanimidad” sobre las virtudes del Derecho penal como instrumento de protección de los ciudadanos en el imaginario social⁶.

La configuración actual de nuestra sociedad, en definitiva, habría incidido en la configuración vigente del Derecho Penal. Una sociedad postindustrial caracterizada que, entre otros rasgos, vendría caracterizada fundamentalmente por tratarse de una “sociedad del riesgo” y de una “sociedad globalizada” económicamente.

1. La sociedad actual como “sociedad del riesgo”

A pesar de la profunda crisis económica que desde 2007 hizo estallar la “burbuja inmobiliaria”, que se ha dejado sentir en términos globales y de la que todavía no nos hemos recuperado, podría decirse aún que vivimos un momento de desarrollo, progreso y bienestar como nunca antes se había conocido en Occidente. Este alto nivel que disfrutamos

⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., p. 22.

⁵ Se viene afirmando desde hace años que la intervención de los medios de comunicación se está mostrando ahora más que nunca como ese cuarto poder –que ya no sólo desempeña la prensa– capaz de incidir e interferir en la actuación del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Unos medios de comunicación y, cada vez más, unas redes sociales que buscan el morbo y el sensacionalismo fácil, y unos informativos que recuerdan más a páginas de sucesos que a otra cosa, están transmitiendo a la sociedad una sensación de inseguridad que no se corresponde a veces con la realidad. La globalización en las telecomunicaciones permite conocer casi en tiempo real los actos criminales más reprobables acaecidos en cualquier lugar del planeta, lo que genera la convicción de que la frecuencia con la que ocurren es tal, que es cuestión de tiempo el convertirnos en víctimas de comportamientos semejantes. Vid. con más detalle, sobre esta cuestión ya en CUERDA RIEZU, A., «Los medios de comunicación y el Derecho penal», en AAVV, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam. Volumen I*. Dirigido por Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, y coordinado por Adán Nieto Martín, Cuenca, 2001, pp. 187–207, y especialmente, 190–193 y 205–206.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit. p. 23.

suponen al mismo tiempo, paradójicamente, la aparición de nuevas formas de peligro, de grandes riesgos estructurales, por su capacidad de afectar al conjunto de la sociedad, y que provienen de decisiones humanas, múltiples y descentralizadas, que otros toman en el manejo de los avances técnicos y tecnológicos y en el desarrollo de las nuevas formas de actividad productiva o de prestación de servicios⁷. Estos nuevos riesgos, además, son a menudo difícilmente evaluables, en tanto que no se conoce a ciencia cierta su potencialidad lesiva concreta, ni la de las conductas que los ponen en marcha, y porque, por lo general, se trata de riesgos que sólo se manifiestan a largo plazo. A ello debe añadirse la conciencia cierta instalada de que tales riesgos son en gran medida *no neutralizables*, situándose por tanto la cuestión básica en conseguir una distribución *sostenible* de los mismos.

La naturaleza de tales riesgos genera una verdadera incertidumbre en la sociedad, incrementada por la complejidad misma de la sociedad en la que vivimos y porque el ciudadano individual es consciente de que el control de tales riesgos se escapa absolutamente de su esfera de poder. Son riesgos que generan otros, que controlan también los otros, absolutamente anónimos, y ésta es una situación que el ciudadano tiene, simplemente, que aceptar, confiando o demandando poder tener la confianza de que esos otros van a actuar positivamente en orden a distribuir y controlar adecuadamente esos riesgos, que inevitablemente conlleva el desarrollo. En cualquier caso, esta situación descrita, junto a la denominada crisis del modelo del Estado de bienestar y a los efectos derivados de la globalización, con los graves problemas de vertebración interna que supone, conlleva necesariamente lo que SILVA llamó la “*institucionalización de la inseguridad*”, como una de las características definitorias de la sociedad postindustrial, que califica como una *sociedad de “objetiva” inseguridad*, que se amplifica por la *sensación social de inseguridad*, de naturaleza subjetiva⁸.

Frente a esta inseguridad estructural, el ciudadano busca soluciones; y las busca, precisamente, en el Derecho penal, instancia en la que deposita toda la “confianza”⁹, al tiempo que, de esta forma se va acentuando cada vez más la “función socio-pedagógica” que inevitablemente cumple el Derecho penal, convirtiéndose en el ordenamiento expresivo de la “moral social” de lo que, a falta de una moral social fuerte o definida, establece lo que está “bien” y lo que está “mal”; no sólo lo que está radicalmente “prohibido”.

La sociedad del siglo XXI, pues, “huye hacia el Derecho penal” en demanda de protección y, dada su enorme sensibilidad al riesgo, busca cada vez más protección, frente a los riesgos que le afectan, o que puedan afectarle¹⁰. Es una sociedad del ocio y del consumo, pero también es, cada vez más, una sociedad sensibilizada con la protección de su entorno y, en particular, de su entorno medioambiental. Así mismo, es una sociedad cada vez más sensibilizada con la ineficacia y/o con la corrupción de los poderes públicos y, en general, con la criminalidad de los detentadores del poder real en la sociedad, de los *powerfull*: delito fiscal, delitos socioeconómicos, corrupción en los negocios y en la administración... Una sociedad cada vez más exigente con la calidad de los productos y servicios que recibe, conocedora de sus derechos, y decidida a hacerlos valer. En este contexto, se podría decir que la sociedad es cada vez más reacia a creer en el accidente y los conceptos de riesgo, posición de garante, imputación objetiva, peligro abstracto, criminalidad de empresa, etc., adquieren un papel protagonista.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., p. 26-28.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., pp. 28 y ss.

En un sentido crítico, sin embargo, creo que debe reflexionarse también sobre la expresiva frase de ARTZ quien afirma que: «Además del daño causado por la pérdida de seguridad, el ciudadano tiene que aguantar la ironía del científico social de que su inseguridad es imaginaria», citado por KUHLEN, L., «La autocomprensión de la ciencia jurídico penal frente a los desafíos de su tiempo. Comentario», en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (Coords. de la versión alemana) y MUÑOZ CONDE (Coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 65 y ss., p. 84.

⁹ En cuanto al descrédito que sufren en la actualidad otras posibles instancias de protección y la huida hacia el Derecho Penal, vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., pp. 61 y ss.

¹⁰ Es por ello, como afirma ALBRECHT que, aunque es más que cuestionable que el Derecho penal pueda resolver los problemas tan complejos que se le plantean, lo cierto es que el Derecho penal tiene actualmente el carácter de «*arma política*». Vid. ALBRECHT, P-A., «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en AAVV, *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, Granada: Comares, pp. 471 y ss., p. 473.

2. La sociedad actual como sociedad globalizada

A los nuevos riesgos, nuevas formas de criminalidad y nueva sensibilidad social derivada de la conciencia de tales riesgos, debe añadirse el impacto de la *globalización*, ante todo económica, en nuestra sociedad, caracterizada por la supresión de fronteras, la libre circulación de personas y mercancías dentro de ciertos espacios, a la internacionalización de las empresas, a las concentraciones de capital, a la internacionalización de los transportes y de las comunicaciones...

El impacto de este fenómeno en la sociedad está siendo trascendental y también en el Derecho penal. Así, la globalización ha supuesto, ante todo, la organización e internacionalización de la delincuencia, sobre todo económica o, en general, lucrativa: tráfico de drogas, armas, seres humanos, corrupción, blanqueo de capitales, prostitución, pornografía infantil...; pero también en otras parcelas, especialmente sensibles, como el terrorismo, que ha sufrido una enorme transformación como fenómeno delictivo en los últimos años. Y no hace falta, realmente, dar ejemplos en estos ámbitos, sino sólo llamar la atención, sobre la gran inseguridad e inestabilidad que esta clase de delincuencia genera, para los Estados y para el conjunto de la ciudadanía; y sobre las carencias en la configuración dogmática de esta clase de delincuencia, claramente opuesta a la tradicional. Frente a esta *macrocriminalidad*, además, sólo se pueden oponer soluciones internacionales de lucha global y uniforme entre los diversos Estados; soluciones que, además de difíciles de poner en marcha, habrán de buscarse, como acertadamente señala SILVA, con una perspectiva eminentemente práctica, que evite los “paraísos jurídico-penales”, obtenida por consenso y armonización entre los diversos sistemas jurídicos pertenecientes a un mismo entorno cultural, por lo que adolecerán de significados déficit sistemáticos y garantísticos¹¹. Y aun así, la realidad muestra que, más allá de tales deficiencias, son fenómenos increíblemente difíciles de erradicar, entre otros factores, por su deslocalización.

De otra parte, la globalización tiene otra vertiente, cuyos efectos se dejan sentir todavía más en el desarrollo particular de cada sociedad, y que está vinculada, de una parte, a las bolsas, cada vez más amplias, de pobreza y marginalidad que genera la mundialización económica y el desarrollo tecnológico y, especialmente, al fenómeno de la *inmigración en masa*. Estos fenómenos están propiciando, por diversos factores, una clara tensión en la vertebración de la sociedad, y están incidiendo decisivamente en la microcriminalidad y, por tanto, en la seguridad ciudadana, con nuevas formas de realización de la criminalidad patrimonial tradicional, cada vez más violenta, organizada y profesionalizada, propiciando en los diversos ordenamientos respuestas de signo claramente punitivista.

3. Empoderamiento constitucional de la ciudadanía

Al hilo del planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, QUINTERO OLIVARES afirmaba que, aun aceptando la realidad de este cambio, lo que está sucediendo en España, en realidad, no sería un cambio impuesto por la modernidad o el desarrollo postindustrial, «sino un intolerable aumento y endurecimiento del derecho penal clásico, a la vez que las infracciones que debe imponer el tiempo que vivimos se configuran mal y se aplican peor»¹².

De hecho, también QUINTERO OLIVARES más recientemente¹³, en su obra *El problema Penal*, incide en la dimensión social del problema penal y en la transformación del Derecho Penal en los últimos años. De una parte, afirma que es una paradójica constante en España, y en otras sociedades, que, de una parte, se acuse al sistema penal de ineficacia y de incapacidad para resolver el problema penal; y de otra, se insista en la terapéutica penal, exigiendo constantemente más y más graves castigos, más delitos, más prisión... y,

¹¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”, en AAVV-ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, 2003, Cuenca: EUCM, pp. 25 y ss.

¹² Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va el Derecho Penal: reflexiones sobre los legisladores y los penalistas españoles*, 2004, Madrid: Thomson-Civitas, p. 53.

¹³ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *El problema penal: la tensión entre teoría y praxis en Derecho Penal*, 2012, Madrid: Lustel, pp. 27 y ss.

en definitiva, más Derecho Penal. Ello mostraría con claridad, a su juicio, que “el problema penal es inevitable y consustancial a la vida en sociedad”¹⁴.

De otra parte, también llama agudamente la atención acerca de la adquisición de una “*cultura constitucional*” y de una conciencia social acerca de la protección constitucional, la asunción de nuevos valores y del derecho a reclamar tales valores. Ello explicaría, de una parte, la pérdida de respaldo social de valores desfasados sobre el honor, la sexualidad o la propiedad... y, de otra, una revalorización sin precedentes de otros derechos como la intimidad, la libre determinación en materia sexual, la no discriminación, la dignidad, la transparencia y conducta correcta por parte de los funcionarios públicos..., exigiendo que se reaccione firmemente desde el Derecho Penal para su protección.

A mi juicio, efectivamente, el cambio social en diversos órdenes es, sin duda, la primera causa de la “modernización” expansiva del Derecho penal, aunque no lo sea, ni tiene por qué serlo, en el cómo se está llevando en la práctica legislativa dicha expansión. Esa es función, y responsabilidad, del Poder legislativo, que responde a un populismo (más o menos exacerbado según los casos) que caracteriza a la clase política que nos ha tocado padecer y que se retroalimenta con el papel catalizador de los medios de comunicación, del inmenso poder que están adquiriendo las redes sociales¹⁵, que nos trasladan las alarmas sociales en términos de verdades contrastadas y la opinión pública “publicada”, reclamando siempre una mayor intervención del derecho penal¹⁶.

Ahora bien, también me gustaría resaltar que, bajo el negativo rótulo de “populismo”, no deben desprestigiarse por sistema las demandas sociales de una mayor intervención y control penal y, sobre todo, de una real y eficaz persecución de la delincuencia de los poderosos. Esta demanda ha supuesto, a mi juicio, uno de los factores claves de modernización y democratización del Derecho Penal, incrementando la presión punitiva en el orden socioeconómico y la delincuencia vinculada con la corrupción. Estas legítimas demandas sociales se insertan en ese empoderamiento ciudadano constitucional al que se ha hecho referencia, arrancan en buena medida de la genuina “indignación” de la ciudadanía, expresada de forma muy significada en los movimientos sociales asociados con el 15M, frente una corrupción pública generalizada y a una crisis económica durísima que se ha cebado con los más débiles.

4. Inseguridad ciudadana: demandas sociales de seguridad frente a la criminalidad clásica y a la peligrosidad del autor

A la descripción que hasta ahora hemos esbozado con relación a la sociedad actual que ha catalizado los cambios hacia el Derecho Penal “moderno”, le falta otorgar suficiente autonomía a un fenómeno que sólo parcialmente tiene que ver con la “sociedad del riesgo”, a menos que se de a este término un sentido global, que incluya no sólo el riesgo de naturaleza socio-económica, sino también peligro derivado de individuos concretos o grupos humanos y que se vincula con la delincuencia tradicional.

En su inspirador trabajo titulado: “*De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*”¹⁷, DÍEZ RIPOLLÉS insistía en la necesidad de diferenciar claramente, dentro de lo que podría calificarse como “Derecho penal moderno”, entre el “Derecho penal del riesgo” y el “Derecho penal de la inseguridad ciudadana”. Este último sería

¹⁴ Op. cit., p. 34.

¹⁵ En este sentido, MORILLAS CUEVA, L., “La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2013, vol. 4, pp. 1 y ss.

¹⁶ Vid., en este sentido, también MORILLAS CUEVA, L., quien señala que no es ni siquiera verdad una de las afirmaciones centrales sobre las que se sustenta el populismo punitivo, a saber, que la ciudadanía perciba el binomio seguridad-inseguridad como una de sus máximas preocupaciones. Vid., en “La pena de prisión en la sociedad actual”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, 2016, Madrid: Dykinson, pp. 3 y ss., p. 6, citando un estudio del CIS que sitúa la percepción ciudadana de la seguridad en España en 3.30% a noviembre de 2016.

Sobre el populismo punitivo, por todos, LARRAURI PIJOÁN, E., “Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”, en BACIGALUPO, S. Y CANCIO MELIÁ, M. (Coords.), *Derecho Penal y política trasnacional*, Barcelona: Atelier, 2005, pp. 284 y ss.

¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en AAVV, *Libro homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, Madrid: Civitas, pp. 267 y ss.

completamente diverso¹⁸ pero se habría servido, con una clara instrumentalización, del discurso teórico del primero¹⁹. En realidad, advertía, la clave de las más importantes reformas legales, al menos en su vertiente práctica, ha estado, precisamente, en la represión de las nuevas manifestaciones de esta criminalidad clásica, respecto de la que la tecnología o nuevos riesgos derivados de productos tiene una significación del todo secundaria y frente a la que de verdad puede constatarse una demanda social clara de mayor control de la seguridad ciudadana. Una demanda de seguridad *frente a la criminalidad como fenómeno objetivo pero también frente a los autores*, extendiéndose el debate social (e incorporándose al Derecho Penal) a la neutralización del peligro derivado de ciertos individuos y grupos humanos y, en definitiva *a la peligrosidad social y socio-biológica del autor*.

III. RASGOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL ACTUAL

En este apartado nos vamos a referir únicamente a aquellos rasgos del Derecho Penal vigente que se vinculan con el control penal del riesgo, dejando a un lado otros aspectos que, sin duda, también caracterizan la política criminal actual, como la internacionalización o la potenciación de la de la represión económica del delito y del rol de la víctima.

1. El Derecho Penal como gestor de riesgos socioeconómicos de naturaleza estructural: la “administrativización” del Derecho Penal

De la configuración que se ha hecho de la sociedad actual como “sociedad del riesgo” puede derivarse uno de los rasgos centrales que caracterizan al Derecho Penal actual, un “Derecho penal del riesgo”, que ha adelantado significativamente las barreras de la intervención penal, hasta generalizar los delitos de peligro y a potenciar radicalmente el recurso a la omisión (del control del foco de riesgo) como forma comisiva.

Las sociedades modernas se caracterizan, como ya hemos dicho, por las innumerables actividades que en ella se desarrollan y que resultan en mayor o menor medida peligrosas para los bienes jurídicos individuales. Conductas algunas de ellas que, en sí mismas, y desde una perspectiva puramente utilitarista, no sólo no resultan censurables, sino que incluso son deseables y necesarias, siempre y cuando el riesgo que de las mismas se derive no supere los niveles de lo soportable. Se establece así una *relación coste–beneficio* que obliga a la Administración a normar ese tipo de actividades con el fin de mantener ese riesgo dentro de los límites que la sociedad está dispuesta a tolerar²⁰: el *riesgo permitido*, que convierte en atípicos los eventos dañosos que provengan de conductas realizadas conforme a la norma de cuidado exigible.

De otra parte, en la medida en que las actividades de riesgo que se llevan a cabo en las sociedades modernas afectan a cantidades ingentes de población, y en la medida en que tales actividades deben desarrollarse dentro de los márgenes en los que la sociedad “se siente segura”, el Derecho penal se ve obligado a modificar su forma de intervención, dirigiéndose a la protección de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual y adelantando, al mismo tiempo, el momento de su intervención, con el fin de no esperar la producción del resultado lesivo. Se produce así el cambio de un Derecho penal entendido

¹⁸ Op. cit., p. 276-277. «Equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana, como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social, supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos y consecuencias nocivas producidas...» (p. 278).

¹⁹ Op. cit., p. 284.

²⁰ Como sostiene ROMEO CASABONA, C. M., “Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Congreso internacional. Facultad de Derecho de la UNED (Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000), Madrid: UNED, 2001, pp. 77 y ss., p. 78, la *gestión democrática del riesgo* comporta despojar del monopolio de la definición, análisis y evaluación del mismo tanto a los actores de la actividad productiva, como a quienes representan de algún modo los intereses de los grupos de presión, como a los técnicos expertos. Esa gestión democrática significa dar paso a la sociedad y a sus formas de expresión a través de los movimientos sociales y ciudadanos con el fin de lograr un verdadero proceso democrático de decisión y, en última instancia, lograr un equilibrio entre las diversas ópticas e intereses presentes en la comunidad.

como mecanismo de intervención *a posteriori*, a un *Derecho penal como mecanismo de intervención previa*, esto es, que se fundamenta en la idea de peligro y que interviene antes de que se produzca el daño con el fin de evitarlo.

Ello, obviamente, genera una clara tensión con las libertades inherentes del Derecho Penal liberal²¹ y también dificultades dogmáticas en supuestos en los que al iniciarse la actividad no se conocía su peligrosidad, que sólo se evidencia después y que suscita el problema del momento en que debe retirarse un producto del mercado y, en consecuencia, el límite que fundamenta una posible imputación penal. También, resultan problemáticos los resultados que sólo se producen a largo plazo o en aquellos otros respecto de los que se desconoce su causa cierta (solo la probable), así como en los casos de pluralidad de factores de riesgo, cuando el evento sólo puede producirse por acumulación. Y lógicamente, también con relación a la responsabilidad de las personas jurídicas que realizan estas actividades de riesgo y de la imputación de sus directivos y empleados, cuando nos encontramos ante estructuras descentralizadas, cadenas productivas, decisiones en equipo, delegación de competencias...²².

Es lo que se conoce como *proceso de administrativización* del Derecho penal en el control de grandes riesgos de naturaleza estructural, sistémica: p.e. medio ambiente²³. El Derecho penal ha asumido una forma de razonar, como es la de la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo. De este modo, el Derecho penal se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales, en el que lo decisivo empieza a ser el problema de las “grandes cifras”, y no la dimensión de lesividad del comportamiento individual, que, en muchos casos, directamente, no podrá apreciarse, dada la naturaleza colectiva, y hasta universal, del bien jurídico protegido.

De otra parte, se ha afirmado que es también en cierta medida un *Derecho Penal simbólico* o de educación social²⁴. Un Derecho penal que, por encima de una eficacia real, tan sólo persigue crear en la sociedad la imagen de que el sistema funciona, con el fin de generar seguridad. Nada hay más barato ni más efectivo en términos propagandísticos que la tipificación, como delito, de nuevos comportamientos. Puede decirse, por ello, que la huida hacia el Derecho penal no siempre será la solución preventiva más efectiva, aunque posiblemente sí las más efectista²⁵. Sin embargo, esa ineficacia, al propio tiempo, resulta desconcertante para una sociedad que espera lo máximo del Derecho penal, produciéndose así un incremento de la desconfianza en el propio sistema que suele conducir a la petición de mayores penas en busca de esa eficacia soñada.

2. La reconstrucción del Derecho Penal de la peligrosidad: el individuo como un foco de riesgo en sí mismo

Bien miradas, efectivamente, buena parte de las reformas penales de los últimos tiempos, particularmente aquellas que han tenido un mayor impacto real y práctico, no han incidido en la delincuencia socioeconómica, sino en la tradicional *criminalidad de la marginación y de la exclusión social*, con el énfasis puesto en el carácter de delincuencia organizada, fundamentalmente en el terrorismo, en los tráfico ilícitos, en la explotación sexual, en la violencia doméstica y en la tradicional criminalidad de los desposeídos.... Una expansión del Derecho penal que, como afirmara DÍEZ RIPOLLÉS, es de naturaleza “securitaria” y tiene poco que ver con la genuina delincuencia creadora de “nuevos” riesgos, pero a la que se le ha aplicado la «*la ideología de la distribución o reparto de riesgos entre el individuo y la sociedad*»²⁶.

²¹ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., p. 51, por todos.

²² Cfr. PALMA HERRERA, J.M. y AGUILERA GORDILLO, R., *Compliances y Responsabilidad Penal Corporativa*, 2017, Cizur Menor: Aranzadi.

²³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., p. 121 y ss.

²⁴ Así, HASSEMER, W. “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, T. 42, pp. 235 y ss., p. 240.

²⁵ Cfr. las consideraciones de QUINTERO OLIVARES en *El problema penal*, cit., p. 55 ss. y 105 y ss.

²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 279-280, con ulteriores precisiones en pp. 281 a 283 y 284 para la cita literal.

El individuo, en sí mismo, pasa de ser un sujeto que genera o provoca riesgos con su actuación delictiva, a ser considerado un «foco de riesgo» en sí mismo. Y ello es tratado desde el punto de vista político-criminal desde el prisma de la ideología de reparto de riesgos, basada en la actividad de seguros o actuarial, conforme a la que la sociedad rechaza hacerse cargo de los riesgos derivados de la reincidencia delictiva. Estos corren a cargo del delincuente que voluntariamente los genera.

Ello conduce, en primer lugar, a que la sociedad se vea descargada de la obligación de promover su resocialización; en segundo lugar, a reabrir el planteamiento de la *inocuidad selectiva*; y, en tercer lugar, a la superación del principio de culpabilidad, con la intervención penal más allá del tiempo de cumplimiento de la condena, así como anticiparla a momentos previos a ella, mediante medidas de seguridad²⁷. El último paso en la configuración de las bases analíticas del nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana se logra mediante la *distinción entre quienes merecen o no ser considerados ciudadanos de una determinada comunidad*, degradando de esta forma al delincuente para poder justificar el rigor de las intervenciones penales que se planean.

Paradigma de esta evolución ha sido la construcción dogmática del “Derecho Penal del enemigo” de JAKOBS²⁸: «*Quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal*. Si esta garantía no se da, o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo»²⁹. Es más, se trata de un *deber del Estado* el no tratarlo ya como persona, «ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas»³⁰. Frente al enemigo no vale todo, pues se le sigue reconociendo como persona potencial³¹, pero *puede irse más allá de lo necesario*. En cualquier caso, esta medida supone ir más allá de la legítima defensa, que exige la actualidad del ataque; frente al enemigo, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras. El Derecho penal del enemigo funciona con unas reglas diversas a las propias del derecho jurídico-estatal interno, de la normalidad, y, reconoce, certeramente, que todavía no ha resuelto en absoluto la cuestión de si, realmente, puede ser calificado como “derecho”³².

Las características definitorias del Derecho penal del enemigo serían, pues: 1) un amplio adelantamiento de la punibilidad, con el fin de combatir cuanto antes la peligrosidad del sujeto, tratando de evitar daños futuros; 2) una falta de reducción de la penalidad proporcional al adelantamiento de la intervención; 3) esta regulación significa el paso de la legislación de Derecho penal a la *legislación de lucha* contra la delincuencia, dirigida particularmente frente a la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada y también, aun de forma menos definida, frente a otros delitos, p.e. los de naturaleza sexual o los relacionados con la corrupción. En todos estos supuestos *la expectativa de derecho es defraudada de manera duradera*, tratando el legislador de combatir a individuos que, en su actitud mostrada (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (pe. delincuencia patrimonial profesionalizada) o mediante su incorporación a una organización (terrorismo, criminalidad organizada o incluso en la conspiración para delinquir), se han apartado probablemente de forma duradera y, al

²⁷ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 285-286.

²⁸ JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pp. 294 y ss. del mismo autor, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2^a ed., Madrid, 2006, pp. 21 y ss.

²⁹ JAKOBS, G., «La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. Comentario», en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (coords. de la versión alemana) y MUÑOZ CONDE (Coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, Valencia: Tirant, p. 58.

³⁰ «Por tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana». JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, cit., p. 47.

³¹ En tanto que el delincuente ha de tener el derecho de volver a arreglarse de con la sociedad y porque tiene la obligación de proceder a la reparación, teniendo el deber como presupuesto la existencia de personalidad. JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, cit., p. 29.

³² JAKOBS, “La autocomprensión ...Comentario”, cit., p. 58.

menos, de modo decidido, del Derecho³³; 4) supresión de garantías procesales. Con este derecho, afirma JAKOBS, «El estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos»³⁴. Frente ellos, el objetivo claro del Derecho penal es, pues, la seguridad cognitiva, el aseguramiento de la sociedad frente al peligro claro y permanente que comporta el “enemigo”, lo que justificaría una amplia renuncia a las garantías materiales y procesales que conforman el Derecho penal del ciudadano. El Derecho penal de enemigos es, pues, *una guerra*, cuyo carácter ilimitado o total depende de cuánto se tema al enemigo³⁵.

El Derecho penal del enemigo sería, por lo demás, una solución inevitable en la sociedad actual, donde el número de enemigos, vaticina JAKOBS, no hará más que crecer. En una sociedad donde han perdido fuerza anteriores referencias valorativas como la religión, la familia o la nacionalidad y no se han sustituido por otras nuevas, es mucho más fácil para el individuo construir su identidad personal al margen del Derecho. Más aún, si atendemos al «poder detonante» de la pluralidad cultural, sin integración real, como factor de desvertebración de la sociedad³⁶.

IV. DISCUSIÓN: IMPLICACIONES DOGMÁTICAS Y POLÍTICO-CRIMINALES DEL PARADIGMA DEL RIESGO EN EL DERECHO PENAL

En lo que sigue, me gustaría introducir, necesariamente de forma breve, los términos fundamentales en los que se han planteado el debate en torno al Derecho Penal del riesgo, Un debate que ha sido académicamente muy intenso, si bien parece haberse “apagado” un tanto en los últimos años. De otra parte, circunscribo estas consideraciones a los dos rasgos centrales que caracterizan al Derecho Penal actual en cuanto a la gestión de la noción de riesgo: la expansión extensiva relacionada con el control de grandes riesgos estructurales de naturaleza socioeconómica y la expansión intensiva que ha supuesto el Derecho Penal de la inseguridad ciudadana, particularmente en lo referido a la reconstrucción del Derecho penal de la peligrosidad.

1. Ilegitimidad democrática de prescindir del Derecho Penal del riesgo en el siglo XXI

Resulta imposible tratar aquí con detalle que merece el debate que a lo largo de los últimos años se ha ido desarrollando en torno a la modernización del Derecho Penal. Muy brevemente, podrían destacarse tres posiciones básicas, vinculadas con el Derecho Penal del riesgo de naturaleza socioeconómica.

La primera de ellas podría denominarse la opción minimalista de la denominada “Escuela de Frankfurt”. En torno a esta etiqueta se han alineado las posiciones críticas de autores como HASSEMER, LÜDERSEN, HERZOG o PRITTWITZ³⁷, cuyas posiciones críticas se centran en el nuevo modelo de Derecho penal se aleja del Derecho penal liberal que surgió con la Ilustración, que sería para ellos el Derecho penal clásico. Se propone, por tanto, una reducción radical orientada a la defensa de un *modelo ultraliberal de Derecho penal*. El Derecho penal debe configurarse como un Derecho protector de bienes jurídicos de personas físicas individuales, lo que reduciría la intervención penal a las conductas atentatorias contra la vida, salud, libertad y propiedad. De otra parte, el Derecho penal habría de

³³ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, cit., p. 40.

³⁴ JAKOBS, G., op. cit., p. 58-59

³⁵ Las ideas básicas que conforman el sustrato filosófico e ideológico del “Derecho penal del enemigo” provienen de una larga tradición. Cfr. en GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, cit., pp. 117-168.

³⁶ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano...”, cit., p. 60.

³⁷ Cfr., sobre la posición de esta escuela, INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed. alemana), AREA DE DERECHO PENAL DE LA U. POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, cit., *passim*. También pueden consultarse otros trabajos de los autores citados, además de los referidos en el texto, como HERZOG, F., «Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo», pp. 249 y ss.; y PRITTWITZ, C., «Sociedad del riesgo y Derecho penal», pp. 259 y ss., ambos en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, cit.

mantener el máximo nivel de garantías procesales y materiales, en cuanto a la configuración de los tipo penales y a la imputación³⁸.

La segunda posición que podría destacarse sería la del *Derecho Penal de dos/tres velocidades* de SILVA SÁNCHEZ, quien parte de la premisa de que el cambio en los presupuestos de ese Derecho penal clásico es absolutamente necesario, si bien hay que distinguir entre lo que es “expansión razonable” y una “expansión irrazonable” del Derecho penal³⁹. De lo que se trata, entonces, es de tratar de compaginar el proceso expansivo y la búsqueda de eficacia, con el respeto de los principios y garantías que impone un Estado de Derecho, lo que considera que puede lograrse racionalizando el uso de la pena privativa de libertad⁴⁰. Propone admitir esos nuevos mecanismos de intervención propios del nuevo Derecho penal siempre y cuando no se prevean en relación a las mismas penas privativas de libertad⁴¹. De este modo, los ejemplos que hoy conocemos, como los delitos en materia de drogas, económicos, ecológicos, etc., para los que, precisamente, se prevén penas privativas de libertad, tendrían que integrarse en el núcleo duro del Derecho penal o *Derecho penal de la primera velocidad*, en el que, como consecuencia de la existencia de este tipo de penas se aplicarían las máximas garantías y las más rigurosas reglas de imputación. La otra alternativa sería reubicarlos en un *Derecho penal de segunda velocidad*, en cuyo caso estaría permitido, respecto a los mismos, cierto relajamiento de las garantías de imputación penal, compensada por la renuncia al uso de la pena privativa de libertad. Una última opción sería el *Derecho penal de tercera velocidad*, ciertamente cercana al Derecho Penal del enemigo, que solo sería admisible por razones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia en un marco de emergencia, y que combinaría el relajamiento de garantías y reglas de imputación con el uso de penas privativas de libertad. Esta clase de Derecho penal, planteado como “mal menor” y siempre que no haya riesgo de contaminación, podría plantearse en los supuestos de delincuencia patrimonial profesional, delincuencia sexual violenta o reiterada o en fenómenos como la delincuencia organizada o el terrorismo, que amenazan con socavar los cimientos mismos de la sociedad constituida en Estado⁴².

En tercer lugar, podríamos agrupar aquellas posiciones que se muestran, sin perjuicio de los matices entre ellas, claramente a favor de la modernización del Derecho penal y que parten de dos presupuestos centrales. En primer lugar, del reconocimiento de la necesidad de proteger penalmente bienes jurídicos supraindividuales. En segundo, de negar la premisa mayor de la teoría crítica de la modernización del Derecho penal, oponiéndose a la incompatibilidad entre éste nuevo Derecho y los principios y garantías político-criminales básicas de un Estado de Derecho, así como a las tradicionales reglas de imputación derivadas de éste. Ello, sin perjuicio de que algunos de ellos reconozcan la necesidad de flexibilizar en parte algunos de ellos para poder adaptarse adecuadamente a la nueva realidad normativa y criminológica⁴³.

Radicalmente a favor de la modernización del Derecho penal se ha manifestado, por ejemplo, GRACIA MARTÍN, quien defiende un rechazo frontal de lo que él llama el *discurso de la resistencia*⁴⁴, proveniente de la Escuela de Frankfurt y otros discursos ultraliberales, que debe rechazarse, porque se trata de un discurso «insostenible e inaceptable desde la perspectiva histórico-material de las exigencias éticas y políticas de nuestro tiempo», al tiempo que se opone, con idéntica vehemencia, a que pueda considerarse al “Derecho penal liberal” como un modelo clásico, ideal de Derecho penal. A su juicio, este modelo de Derecho penal es un modelo histórico, que surgió en unas coordenadas socio-políticas muy concretas

³⁸ HASSEMER, «Rasgos y crisis...», cit., p. 237.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., p. 26.

⁴⁰ Op. cit., p. 152.

⁴¹ Op. cit., p. 155 y ss.

⁴² Op. cit., p. 163.

⁴³ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, 2003, Valencia: Tirant, pp. 155-156.

⁴⁴ Cuyo único valor que le puede ser concedido en el plano científico, a juicio de este autor, es el de simple reafirmación de los postulados liberales y mera función de resistencia a la modernización del Derecho penal. GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 199 y páginas siguientes con ulteriores consideraciones críticas. En cuanto a la cita literal, p. 37.

(el Estado liberal burgués) y cuyo contenido responde básicamente a los intereses de las clases dominantes en tal contexto.

También se muestran a favor de la necesidad de proteger bienes jurídicos supraindividuales otros autores como CORCOY BIDASOLO⁴⁵, muy crítica también con estos planteamientos y para quien la propuesta de SILVA SÁNCHEZ es un fraude de etiquetas, que esconde en tres modelos de Derecho penal, tres “clases” de ciudadanos: de primera, de segunda y de tercera. ; O GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁴⁶, quien afirma que la identificación del bien jurídico con los intereses exclusivamente individuales «es un prejuicio inadmisibles, que desconoce la realidad» y que, además «guste o no guste, la exclusión del ámbito legítimo de la intervención penal de los intereses colectivos privilegia al mundo de los negocios, de las finanzas, del crimen organizado, de la corrupción política y administrativa...»...

Ante estos planteamientos, comparto plenamente la opinión de que el Derecho penal no puede sustraerse de intervenir en el control de los nuevos riesgos generados por el progreso social y económico. Menos aun, oponiendo en bloque la conveniencia y exclusiva legitimidad de un modelo de Derecho penal del siglo XIX, del Estado de Derecho liberal burgués (si es que alguna vez existió con los rasgos que se le atribuyen), para proteger la convivencia y los bienes jurídicos fundamentales propios de la sociedad del S. XXI, que aspira a ser un Estado social y democrático de Derecho, ciertamente diverso.

De entrada, la opción minimalista de la Escuela de Frankfurt *se aviene francamente mal con la idea de la historicidad y positividad del Derecho penal*, que debe, para poder incidir de alguna manera en la sociedad cuya convivencia pretende regular. Y nuestra sociedad occidental, como ha afirmado CORCOY BIDASOLO, junto a los bienes clásicos de naturaleza individual, no se cuestiona la necesidad de proteger penalmente los riesgos de tipo atómico, químico, ecológico, genético o socioeconómico⁴⁷.

Eso no puede significar una total ruptura con el pasado, ni, menos aún, un olvido de los logros y conquistas básicas de éste. En nuestro caso, ello debe suponer sustraerse a las garantías derivadas de un Estado de Derecho. Pero, necesariamente, el entendimiento de las mismas no puede ser absolutamente descontextualizado, idealizado, hasta desproveerlo de cualquier referencia espacio-temporal. Manteniendo su esencia, deben ser adaptadas a su significado en el modelo de Estado de Derecho actual, que es también democrático y sobre todo, es o debe ser también social, que atiende a la vigencia real de los derechos, a la transformación social para su consecución y que también mira al conjunto de la ciudadanía y sus necesidades (también futuras, dada la escasez, finitud y degeneración de los recursos) como sujeto colectivo. Ello, como se desprende claramente del art. 9.2 de la Constitución, implica añadir un significativo contenido material al Estado de Derecho, sustancialmente diverso al modelo propio del Estado liberal.

Como señala JARIA I MANZANO, a partir de esta cláusula social se reconocen una serie de bienes jurídicos constitucionales que permiten la expansión de la actividad tuitiva y reguladora de los poderes públicos, particularmente los establecidos en el Capítulo III, como la salud, la vivienda o el medio ambiente..., representando una “cláusula de habilitación” para la acción del Estado a través también del Derecho penal y con respeto a los principios de intervención mínima, proporcionalidad, tipicidad y legalidad⁴⁸. Así mismo, este autor subraya la conexión del Estado social con la seguridad, reclamando la acción de los poderes públicos también para salvaguardar el ámbito de confort de las personas que les permita desplegar su autonomía. Ello supone para el Derecho penal, afirma, no sólo el establecimiento de nuevos bienes jurídicos dignos de protección, sino también nuevas

⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, M., «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dirs.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *La Política criminal en Europa*, Barcelona: Atelier, 2004, pp. 25 y ss., p. 29.

⁴⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, 4^a ed., 2006, Madrid: EDIASA., p. 209.

⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, «Límites objetivos ... », cit., p. 28.

⁴⁸ JARIA I MANZANO, J., “El marco constitucional del Derecho Penal”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), JARIA I MANZANO, J. (Coord.), *Derecho Penal Constitucional*, 2015, Valencia: Tirant, p. 135 y ss., p. 175, advirtiendo también acerca de la erosión de esta cláusula con la modificación del art. 135 CE y su mayor fragilidad (p. 177). También, QUINTERO OLIVARES, “Aspectos generales”, en la misma obra, pp. 22 y ss., pp. 27 y 28.

categorías delictivas, como ocurre con los *delitos de riesgo, que puede ser considerado la manifestación penal paradigmática del Estado social*⁴⁹.

Al mismo tiempo, desde un punto de vista dogmático, esta modernización del Derecho y de la Ciencia del Derecho penal no puede ningunear el sólido edificio conceptual y sistemático que nos ofrece la Teoría jurídica del Delito y las reglas de imputación que la conforman. Pero hace falta un esfuerzo de adaptación del mismo, esa “nueva” dogmática que reclamara ROXIN para afrontar las particularidades del nuevo Derecho penal y que, habrá de ser contrastada con las exigencias y garantías de un Estado de Derecho.

Esta apuesta decidida por la modernización del Derecho penal tampoco puede significar que el jurista deba aceptar, como expansión adecuada y razonable, todo lo que el legislador atribuya al Derecho penal. Como siempre, el dogmático debe esmerarse en su labor de crítica y proponer reformas *de lege ferenda*. Pero esta labor, como ya se ha anticipado, debe hacerse “desde dentro”, apostando realmente por una dogmática “comprometida”, esto es, tomando como propio el nuevo Derecho penal positivo vigente y no sustrayéndose de esta labor, remitiéndolo en bloque a un lugar nuevo e indefinido. Al mismo tiempo, tampoco sustrayéndolo, en bloque, del rasgo más definitorio con que cuenta el Derecho penal: la pena privativa de libertad. En esencia, ello implica desnaturalizar de forma absoluta la calificación de “Derecho penal” para ese sector, que habría de incardinarse en el pretendido “Derecho penal de segunda velocidad”, al tiempo que supondría desconocer deliberadamente que para este ámbito de la criminalidad la pena pecuniaria es del todo inocua y, como ha señalado GARCÍA-PABLOS, también injusta, porque en último término forma parte de los costes empresariales, se repercute en el precio y termina pagándola el comprador final⁵⁰.

Todo ello, sin que haga falta insistir en las consideraciones valorativas y políticas, que pueden efectivamente deducirse con facilidad de la sustracción del genuino Derecho penal de toda la delincuencia de naturaleza esencialmente económica (la de los *poderosos*); así como de la no aceptación, como bienes jurídico-penales, de valores o intereses que, como el medio ambiente o la salud pública, que son absolutamente esenciales para la sociedad del presente; y para la sociedad del futuro, cuyo contexto vital nos corresponde a nosotros preservar.

A mi juicio, tales soluciones no se corresponden con el sentir general de la sociedad y no pueden ser, por tanto, bien entendidas por los ciudadanos, a cuyo servicio debe estar, sin duda alguna, el Derecho penal⁵¹. Más aún de una ciudadanía que está indignada con una crisis económica del sistema capitalista brutal, que se ha cebado con los más débiles, y con una corrupción generalizada en el mercado y en la Administración. De una ciudadanía que, a resultas de todo ello, lucha por consolidar su empoderamiento, es más consciente de preservar las condiciones de vida ante riesgos imprevisibles y estructurales y se está haciendo más dueña de sus derechos constitucionales, como sujeto individual y colectivo, más allá de los derechos fundamentales de primera generación.

⁴⁹ JARIA I MANZANO, “El marco constitucional...”, p. 176.

⁵⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción...*, cit., p. 209,

⁵¹ Me parece muy acertada la petición de *moderación* a la ciencia penal que hace KUHLEN, “La autocomprensión... Comentario”, cit., p. 74. «Porque el cómo se tome partido ante los desafíos jurídicos penales depende fundamentalmente de *valoraciones*, y no hay ninguna razón que fundamente la hipótesis de que los penalistas valoren “más correctamente” o “mejor” que los políticos que hacen el Derecho o los ciudadanos sin formación jurídica» (op.cit., loc. cit.). Y añade todavía otra consideración respecto de la tacha sistemática de “populista” de la actual política criminal por parte de la Teoría crítica. Así, afirma, «hasta qué punto se ha hecho difícil la posición de la crítica se aclara, si se desplaza la atención de los pretendidos políticos populistas al *pueblo* mismo. ¿Cómo se le puede pedir en realidad *su* capacidad de juicio en cuestiones político-criminales si obliga, por así decirlo, en sentido simbólico y populista, a una Política criminal errada por principio?» (76-79). «La crítica al moderno Derecho penal (concluye)... ha establecido una relación muy difícil no sólo con la política criminal existente, sino también con la población, cuyo modo de ver las cosas no es tomado en consideración por esta Política criminal. Según esta opinión, los ciudadanos no están en su mayoría en situación de enjuiciar racionalmente cuestiones político-criminales y por eso se convierte en el objeto de la aclaración científica. Este modo de ver las cosas está equivocado...» (op. cit., p. 84).

2. “Derecho Penal individualizado” y Biopredicción

Cuando se traslada el discurso del riesgo al sector de la peligrosidad criminal, la política criminal se convierte en una cuestión, si cabe, aún más peliaguda, Y ello, porque la experiencia histórica demuestra que es en este sector de la delincuencia (el que incide más en la seguridad ciudadana) donde este discurso tiene un impacto real y más amplio, por las razones apuntadas.

Es verdad, preciso es reconocerlo, que las dificultades para contener una delincuencia, como la terrorista o, en general, la delincuencia organizada, sobre todo a escala internacional, ponen en *jaque* a todo el sistema punitivo de los Estados de nuestro entorno cultural, construido sobre un modelo de delincuencia esencialmente individual, localizada y ocasional, absolutamente diversa; y revestido con las garantías propias de un Estado de Derecho. Frente a alguien que está dispuesto a morir, matando previamente a todos cuanto alcance la bomba adosada a su cuerpo o consiga atropellar su vehículo, la amenaza de la cárcel es más que relativa. Frente a estos sujetos y colectivos, la eficacia preventiva de la pena es, aunque sea grave, probablemente insignificante para para contramotivar el comportamiento criminal. A un nivel inferior, pero que se deja sentir mucho en la seguridad ciudadana, el terrorismo nacional, las bandas de delincuencia organizada, que cada día amplían más sus actividades delictivas hacia la delincuencia tradicional, manteniendo sus tradicionales ámbitos como el tráfico de drogas, de seres humanos, inmigración ilegal, trata de personas, explotación sexual de mujeres y menores..., lanzan un verdadero órdago al aparato punitivo del Estado; y la sociedad lo percibe como tal. El Estado de Derecho se ve en gran medida impotente para atajar, de una forma visiblemente efectiva para la sociedad, esta clase de criminalidad. La verdad es que, con el mismo convencimiento, no parece que un radicalizado “Derecho penal del enemigo” tampoco pueda estar en muchas mejores condiciones para resolver este problema y la realidad no hace más que confirmar día a día esta impresión. La violencia gratuita no engendra más que violencia, igualmente gratuita e ilegítima⁵².

La propuesta teórica de JAKOBS fue y sigue siendo absolutamente impactante⁵³, sobre todo porque el autor “describe” una situación que se percibe como real, sobre todo a nivel internacional. Y lo hace con tal poder de convicción, que nos trasmite fatalmente la idea de que se trata de un modelo penal *inevitable*, dada la acreditada falta de eficacia del aparato punitivo para afrontar esta clase de criminalidad. Resulta sumamente objetable, se le ha señalado, limitarse simplemente a describir sin valorar⁵⁴ este modelo de Derecho penal y que implique retirar al individuo el *status* de “*persona*” y excluirlo del contrato social, aunque sea transitoriamente. Eso, como línea de principio, por más matices que se le puedan añadir, resulta incompatible con la dignidad del ser humano, como ser esencialmente social e igual a todos los demás, y con la democracia⁵⁵. Lo que ha estado sucediendo a nivel internacional debe calificarse simplemente de “lucha o guerra contra el terrorismo”; o “contra el narcotráfico”... Y lo que genera es el mismo producto: más guerras como lo fue la de Irak o es ahora en Siria en la lucha contra el Daesh; a estados de excepción, como el que se tuvo que instaurar en Francia tras la ola de atentados yihadistas en 2017 perpetrados por *lobos solitarios*; a movimientos masivos de refugiados que parecen

⁵² Vid. en este sentido, PRITZWITZ, C., “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal?”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dirs.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, Barcelona: Atelier, pp. 107 y ss.; p. 118., recalando, además, que carece de fundamento empírico alguno (p. 119).

⁵³ En cuanto al problema planteado, la ciencia en su crítica ha llegado a la posición, sorprendente, «que el diagnóstico da miedo u que su formulación es indecorosa», dice JAKOBS, «ciertamente, el mundo puede dar miedo y, de acuerdo con una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje. Ninguna palabra más sobre esto». Vid. JAKOBS G./CANCIO MELIA, M.: *Derecho penal del enemigo*, 2^a ed., Madrid: Thomson-Civitas, p. 17. “Provoca, ya desde el principio, un rechazo emocional”, derivado, justificadamente, de la contemplación histórica y actual del uso que en algunos casos ha podido hacerse del Derecho penal en algunos países. Así, GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, 2005, Valencia: Tirant, p. 94.

⁵⁴ En este sentido, MUÑOZ CONDE, MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado “Derecho penal del enemigo”, cit., p. 173, descalificando la propuesta de JAKOBS por su ambigüedad valorativa.

⁵⁵ Resaltando esta incompatibilidad con la dignidad del ser humano y el “derecho penal del enemigo”, MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal del nacionalsocialismo*, Valencia, 2002, p. 119, entre otros.

no importarle a nadie más de tres telediarios o frente a quienes los Estados se ven, simplemente imponentes y con una creciente y cada vez menos disimulada reacción social a asumirlos... En este contexto internacional, no hay ningún Derecho penal que se hace realmente valer, sólo fuerza y el modelo de guerra del S. XIX, cuyas reglas humanitarias y límites están todavía por definir⁵⁶.

En todo caso, la calificación y discusión en torno a un supuesto “Derecho penal del enemigo” (si es que se quiere seguir admitiendo esta denominación) parece que sólo debería atribuirse a las manifestaciones legislativas nacionales, o de la Unión Europea, correspondientes pues a sociedades democráticas⁵⁷, más o menos orientadas a esta construcción teórica, por incorporar un tratamiento penal particular, con un marcado acento punitivista, a determinados sectores de la criminalidad. En particular, aquellas que implican una apuesta radical por la prevención general y por la especial inocuidadora, bajo el simbólico lema de “tolerancia cero”, desconociendo en gran medida el fin resocializador al que debe aspirar la ejecución de las penas; y que contemplan modelos de excepción para determinadas clases de delincuencia, o de delincuentes (“enemigo interior”), sobre todo en materia de terrorismo, delincuencia organizada, en particular del narcotráfico, delincuencia sexual y patrimonial profesionalizada y la proveniente de la inmigración ilegal.

Lo que se identifica como Derecho Penal del enemigo debe analizarse como un modelo excepcional de autor (por su mayor intensidad represiva) en el seno de un Derecho penal, que global y progresivamente va incorporando la peligrosidad criminal desde el propio seno del injusto y que se despliega cada vez más ampliamente en la reacción punitiva, que se hace cada vez más pluridimensional, con una evidente eliminación de las fronteras entre las genuinas penas y las medidas de seguridad. A diferencia del genuino Derecho Penal del riesgo, en lo que aquí se está tratando, la defensa social no se aborda a partir de la contención y control de los riesgos derivados del progreso o de sectores que antes eran propios del Derecho Administrativo. Ahora *se trata de conjurar el peligro (presunto) que proviene del propio autor, quien no proporciona una suficiente “garantía cognitiva” de que se va a comportar respetando el ordenamiento jurídico.*

Y así, mientras que Derecho penal del hecho técnicamente vincula la punibilidad solo a la acción típica peligrosa, en tanto generadora de un peligro o una lesión para un bien jurídico; el Derecho Penal de autor actual, la penalidad se asocia también (parcialmente) a lo que el autor es. Su personalidad y su modo ilícito de conducirse en la vida representan un riesgo incrementado para el bien jurídico, en tanto que se percibe una mayor probabilidad de que se repitan comportamientos de la misma naturaleza en el futuro, con la misma o con una mayor gravedad⁵⁸. En definitiva, la punibilidad se asocia también a la peligrosidad del autor.

En el Derecho Penal vigente, lo que está ocurriendo es una intensificación cuantitativa y cualitativa de la referencia a la peligrosidad del autor, tanto en el desarrollo de tipos criminológicos de autor (p.e. terrorismo, delincuencia organizada, maltrato doméstico, delincuencia sexual, delincuencia patrimonial profesionalizada...), como en el diseño general de las consecuencias jurídicas, habiéndose establecido realmente un modelo global, que sólo formalmente distingue entre penas, medidas de seguridad y otras consecuencias, pero en el que, materialmente, todos los instrumentos actúan conformando la respuesta, cada vez más individualizada a la culpabilidad y a la peligrosidad del autor

⁵⁶ Sin dejar de reconocer, además, que esta construcción puede dar “cobertura teórica” a quienes necesitan legitimar su opción clara por un derecho penal autoritario. Así, PRITTWITZ, quien llama la atención sobre el particular daño que en América Latina, zona en la que existe una fuerte tradición de Derecho penal autoritario, produjo la construcción de JAKOBS. Vid., PRITTWITZ, «Derecho penal del enemigo...», cit., p. 119.

⁵⁷ Con razón señala GRACIA MARTÍN que la discusión en torno al “Derecho penal del enemigo” no tiene sentido en un Estado totalitario. Vid., *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, cit., p. 95.

⁵⁸ Este concepto, señala ROXIN tiene la gran dificultad de que “es casi imposible separar culpabilidad y destino (no provocado culpablemente)” ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. T. I*, Madrid: Civitas, p. 181. Y ello puede ser en un futuro aun más cierto con los aportes de la Neurociencia. Cfr. GREENE, J. & COHEN, J., “For the law, neuroscience changes nothing and everything”, *Philosophical Transactions of the Royal Society B*, 2004, 359, 1775-1785.

conjuntamente⁵⁹. *Desaparecida la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, simplemente, la respuesta a la peligrosidad del imputable se va progresivamente (re)incorporando también al sistema penal.*

El nuestro no es ya, si es que alguna vez lo fue realmente, un sistema puro de Derecho penal de la culpabilidad por el hecho cometido frente al derecho penal de la peligrosidad, circunscrito al ámbito de la inimputabilidad o de la semiimputabilidad. En esencia, nuestro legislador parece haber rechazado (a mi juicio con resignación práctica) lo que podría ser una alternativa sistemática más coherente, como podría haber sido la de introducir la custodia de seguridad, en tanto que acabaría ejecutándose también en las prisiones⁶⁰. En su lugar, la pena de prisión fundamentalmente, se alarga mediante la opción de incrementar la penalidad por la peligrosidad del sujeto, directamente; o se incrementa el rigor punitivo, incorporando medidas (obligaciones o deberes) que complementan la estricta ejecución de lo que formalmente son las penas.

El resultado, como hemos desarrollado en otro lugar, es un Derecho Penal que en el que se está agudizando la *tendencia a la individualización de la respuesta penal para sectores o categorías de criminalidad* que presentan una especial peligrosidad como colectivo, es decir, en términos generales o estadísticos, aun cuando dicha peligrosidad no aparezca específicamente en el sujeto concreto. También hemos expresado la opinión de que, a pesar de sus indudables objeciones sistemáticas, garantísticas y operativas, esta puede ser una orientación político-criminal legítima, a condición de que la predicción de la peligrosidad mejore sustancialmente, apoyada en métodos científicos fiables y en un conocimiento criminológico que pueda servir realmente de apoyo a las decisiones de política-criminal⁶¹.

2.1. Implicaciones dogmáticas del perfeccionamiento de la predicción de la peligrosidad criminal: especial consideración a la biopredicción

El conocimiento cada vez más preciso de los factores de riesgo que favorecen la comisión delictiva y la reincidencia puede contribuir a la transformación del Derecho Penal actual en dos dimensiones, implicando ambas un adelantamiento de la línea de defensa en la tutela de bienes jurídicos. La primera de ellas abstracta, conectada con el juicio de antijuricidad y que vendría a suponer una ampliación formal y material del ámbito de lo injusto; y la otra, una dimensión individual, conectada con el juicio de culpabilidad del autor, que también vendría a suponer una ampliación de la responsabilidad penal, particularmente del ámbito de la imprudencia.

Así, como se sabe, la tipificación expresa, entre otras valoraciones, un juicio de relevancia para el derecho penal, en tanto lesión o puesta en peligro no permitidas para el bien jurídico. Pues bien, *un mejor conocimiento del riesgo del comportamiento delictivo podría ser muy útil para informar “con sentido” la posible existencia de tipos agravados o atenuados fundamentados en la peligrosidad del autor, en base a su pertenencia a un perfil criminológico determinado.* Por ejemplo, la pertenencia de un sujeto a una organización criminal o haber hecho del delito un modo de vida (delincuencia patrimonial profesionalizada) para sustentar una penalidad agravada en razón de un mayor riesgo de reiteración delictiva o incorporar mejores alternativas. Aquí, *con independencia del perfil concreto del autor, su pertenencia al grupo o su actividad, como se ha dicho, definirían su peligrosidad (estadística y abstracta).* Obviamente, en la medida en que el riesgo de reiteración derivado del autor cofundamenta el injusto, la capacidad de la culpabilidad por el hecho de actuar como límite se resiente claramente, aunque probablemente no de un modo tan diferente a como queda desvirtuada con la prevención general en tanto función central que cumplen las conminaciones legales. De otra parte, aun cuando en la individualización final de la pena, podría atenderse a las características individuales del

⁵⁹ GONZÁLEZ TAPIA, M^a.I., “Derecho penal de la Peligrosidad y Neuropredicción. Hacia un ‘Derecho Penal individualizado’”, en SUÁREZ LÓPEZ, J.M. / BARQUÍN SANZ, J. / BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J./ SÁINZ CANTERO CAPARRÓS (Coords.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, 2018, Madrid: Dykinson, pp. 327 y ss.

⁶⁰ Muy interesante sobre esta medida, los problemas constitucionales y los resultados prácticos de la misma, BORJA JIMÉNEZ, E., “Custodia de seguridad, peligrosidad potcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, *Revista General de Derecho Penal*, 2012, núm. 18, pp. 1 y ss., p. 55.

⁶¹ Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Derecho penal de la Peligrosidad...”, cit., *pasim*.

sujeto, que neutralicen esa peligrosidad inicial supuesta (factores protectores o que contrarrestan su peligrosidad estadística en el caso concreto), no puede obviarse que se manifiesta aquí la problemática general que presenta el hecho de trasladar inferencias negativas derivadas de las características “medias” (estadísticas) de un grupo que pueden no aparecer específicamente en un sujeto en cuestión .

A su vez, como sugiere BAUM⁶², desde una perspectiva material o de la lesividad del comportamiento, una mejora en la predicción de la peligrosidad criminal *podría incidir en la ampliación del ámbito de lo previsible y lo probable y, por tanto, en la imputación objetiva, con la concreción (restringiéndolo) del riesgo permitido y la redefinición de la norma de cuidado (ampliándola) en atención a circunstancias concurrentes en un círculo específico de autores*. Y se haría, como consecuencia de mejorar el conocimiento referido, no ya a la peligrosidad de la conducta, si no a las *probabilidades de que el autor incurra en un comportamiento ilícito del tipo considerado o de que las características psico-biológicas del autor modifiquen la estadística de la peligrosidad general de la conducta*. Así, por ejemplo, el hecho mismo de conducir aparece vinculado a una norma de cuidado que es diversa para quienes no tienen (o no sospechan que pueden padecer epilepsia), que para aquellos que ya están diagnosticados, para los que, en atención al riesgo de tener un desvanecimiento en la conducción, no deben realizar esa conducta que pone en riesgo a los demás. E incluso, para quienes sin tener un diagnóstico cierto y actual, tuvieran biomarcadores que previeran con porcentaje relevante que podrían padecer los síntomas de la enfermedad en un corto espacio de tiempo. En el primer caso, la propia norma de cuidado determinaría la prohibición de conducir, mientras que en el segundo, un más ambiguo criterio de precaución, derivaría en la necesidad de, o bien no conducir, o bien tomar precauciones para evitar la eventualidad prevista. Y en ambos casos, la norma de cuidado es más amplia, y la posibilidad de un evento lesivo para los demás convierte en una misma conducta en prohibida sólo para un cierto grupo de personas y, por tanto, modifica el riesgo asociado a exactamente la misma conducta: conducir.

Así mismo, y consecuentemente, el incremento del conocimiento del riesgo delictivo también tendría incidencia en el ámbito de la culpabilidad, esto es, en el juicio de imputación que se hace al autor, *ampliándose individualmente los deberes de precaución y de control que son exigibles al conjunto de los ciudadanos (peligrosidad individual y concreta)*.

Y ello, por dos razones. Desde la perspectiva de la imputabilidad, porque la referencia en nuestro ordenamiento, por ejemplo, a la “anomalía o alternación psíquica” y no a una enfermedad mental en sentido estricto, abre la puerta a alteraciones neurológicas o daños cerebrales que no encajan en la noción de enfermedad o trastorno mental, pero que pueden estimarse patológicas como consecuencia de apartarse de la “media” estadística, lo que en el futuro va a poder ser contrastado mucho más fácilmente a partir de la acumulación de datos que se está efectuando y del tratamiento actuarial de los mismos respecto de la estructura y del funcionamiento normal del cerebro en el ser humano. Y si esa anomalía o alternación psíquica puede llegar a situarse en la base explicativa de las dificultades relativas a la capacidad cognitiva o de la capacidad de control, se habrá ampliado indirectamente el ámbito de la exclusión o de la atenuación de la responsabilidad criminal, pero, al mismo tiempo, ampliado el campo de control de la peligrosidad criminal por parte del Derecho Penal. De hecho, al momento de escribir estas páginas, ha quedado “visto para sentencia” el denominado “Crimen de Pioz”, en el que se ha admitido por primera vez en nuestros Tribunales un PET como prueba y en el que se está dilucidando si el responsable tenía o no una anomalía psíquica en el lóbulo temporal y la incidencia que esta podría tener en su capacidad de control. Y de concederse que así es, con independencia de su encaje psiquiátrico o psicológico, lo cierto es que estaría abierto el campo también de la imposición de medidas de seguridad sobre la base de una peligrosidad derivada directamente de su configuración cerebral; y, en caso de apreciarse sólo una atenuación, abonado el terreno para cuestionarse la racionalidad político-criminal de

⁶² Cfr., sobre estas cuestiones, se puede consultar el excelente e inspirador trabajo de BAUM, M. L., *The Neuroethic of Biomarkers. What the Development of Bioprediction Means for Moral Responsibility, Justice, and the Nature of Mental Disorder*, 2016, Oxford:OUP, *passim*.

atenuar la responsabilidad criminal y no atender al mismo tiempo al mayor riesgo que para la sociedad representa el autor.

De otra parte, la mejora en la evaluación del riesgo que proviene del propio autor, en términos de ampliación de lo que resulta previsible, podría tener también *incidencia en lo que le resulta previsible y exigible al autor, desde el momento en que tenga conocimiento de los riesgos que se derivan de su persona o, incluso, desde el momento en que debería haberse cerciorado de la presencia o ausencia de los mismo*. Podría incidir claramente en aspectos como las “actio libera in causa” o la imprudencia, en cuya base está la previsibilidad del riesgo y la capacidad/obligación de evitación, neutralización o control del mismo por parte del agente, por ejemplo, tomándose un específico tratamiento.

Esta problemática fue apuntada en términos generales ya en otro trabajo, a propósito del mal llamado “gen guerrero”, en el que se discutía el tratamiento jurídico de la conocida interacción entre la versión corta del alelo MAOA-L, regulador de la serotonina, en combinación con un maltrato severo desde la infancia, que daría lugar (solo en varones) a una mayor propensión al comportamiento futuro violento e impulsivo y afectando, en consecuencia, a la capacidad de autocontrol del sujeto. En atención a la falta de concreción por parte de la ciencia de una afectación grave de dicha capacidad volitiva, se concluía que tal interacción podría dar lugar únicamente a una atenuación de la responsabilidad criminal y se planteaba también la espinosa cuestión de cómo, a diferencia de la solución que podría darse en nuestro ordenamiento jurídico, en Italia este supuesto (*Caso Bayout*)⁶³ dio lugar a la aplicación conjunta de una medida de seguridad en atención a la peligrosidad sociobiológica del autor. De otra parte, yendo más allá, imaginemos que ese mismo sujeto reiterase un comportamiento delictivo que respondiera a los mismos parámetros violento-reactivos. Podría plantearse si no debería el sujeto haberse planteado dicha eventualidad, si no debería haberse el sujeto medicado para evitar tales reacciones en el futuro o si, ante este nuevo supuesto, no podría argumentarse válidamente una disminución de su responsabilidad criminal (subsistiendo acreditada su peligrosidad) en atención a la previsibilidad del evento ocurrido. ¿Merecería no sólo que permaneciera intacta su responsabilidad criminal sino también una medida de seguridad que neutralizara el riesgo que el sujeto supone? ¿Qué pasaría si un sujeto hubiera sido genotipado de tal forma, conociera su propensión al comportamiento violento en respuesta a provocaciones incluso socialmente menores, y no tomara precauciones..., ¿Podría sostenerse una disminución de su responsabilidad criminal? Aquí se dejan sólo planteadas esas cuestiones...

Y por supuesto, esta intensificación de la referencia a la peligrosidad también se manifiesta en el Derecho Penal actual en su ámbito, por así decirlo, más natural y tradicionalmente indiscutido, como es en la individualización de la pena “en atención a las circunstancias del autor” o en la elección de la penalidad principal y accesoria, ya que, particularmente esta última, responde a la idea de neutralizar el riesgo de reiteración. También, por supuesto, en el ámbito de la ejecución penitenciaria o de las alternativas a la misma, para definir el tratamiento más adecuado, para orientar las obligaciones o deberes que deben acompañar la decisión sobre la libertad condicional o la suspensión, para decidir acerca de la conveniencia de la libertad vigilada u otras medidas de control...

La pregunta es, obviamente, qué convierte en diferentes las previsiones de futuro respecto de la predicción criminal a lo que ya existe en la actualidad o se ha planteado en otros momentos históricos, porque, en realidad, ninguno de los conceptos dogmáticos que se están identificando son nuevos, ni los planteamiento sugeridos tampoco. Y tampoco lo son, en su mayoría, los perfiles criminológicos identificados: delincuentes sexuales, delincuente patrimonial reincidente, delincuencia organizada, maltratadores, corrupción... Tampoco es, desde luego, ajeno al Derecho Penal la idea de peligrosidad de base biológica, como lo demuestra directamente la previsión expresa de las medidas de seguridad para los inimputables o el positivismo criminológico de la Scuola Positiva, por ejemplo. Sin embargo, a mi juicio, lo que supone un cambio muy relevante respecto de la situación anterior es que, mientras que en el último siglo y hasta ahora la peligrosidad se ha evaluado atendiendo

⁶³ Cfr., FERESIN, E., “Lighter sentence for murderer with bad genes”, *Nature*, 30 Octubre 2009, <https://www.nature.com/news/2009/091030/full/news.2009.1050.html> (últ. vista: 22/11/18).

particularmente a factores de riesgo dinámicos (sociales o situacionales), silenciándose las influencias sociobiológicas en el comportamiento criminal, en la actualidad se están recuperando decididamente tales ideas, que explicarían un porcentaje significativo de la estadística criminal, más allá del terreno de la enfermedad mental o de las adicciones. *En la actualidad, están irrumpiendo de nuevo con fuerza los factores de riesgo estáticos o neurobiológicos, como consecuencia del avance espectacular de las Neurociencias y con una tecnología que permite cosas impensables hace sólo veinte años.* La ciencia parece tener pocas dudas de que los factores biológicos y psicológicos juegan un papel muy relevante en la etiología del comportamiento antisocial, particularmente en lo que se refiere al comportamiento antisocial persistente y de naturaleza violenta . Estamos asistiendo a un consenso cada vez más generalizado, y expresado abiertamente, respecto de la necesidad de incorporar también el conocimiento relativo a las bases sociobiológicas del comportamiento criminal, recuperándose una perspectiva biologicista en la Criminología (Criminología Biosocial)⁶⁴.

⁶⁴ Cfr. BARNES, J.C., BOUTWELL, B.B., BEAVER, K.M., GIBSON, C.L., Wright, J.P., “On the consequences of ignoring genetic influences in criminological research”, *Journal of Criminal Justice*, 2014, Volume 42, Issue 6, pp. 471 y ss. O también, entre otros, FOX, B., “It's nature and nurture: Integrating biology and genetics into the social learning theory of criminal behavior”, *Journal of Criminal Justice*, 2017, Volume 49, pp. 22 y ss.