

MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO

LAS TRES TENTACIONES DEL DERECHO PENAL

Lección inaugural leída en la solemne apertura
del curso académico 2023-2024
en la Universidad de Sevilla



Las tres tentaciones del Derecho penal

María del Carmen Gómez Rivero

Las tres tentaciones del Derecho penal

Lección inaugural leída en la solemne apertura
del curso académico 2023-2024
en la Universidad de Sevilla



Sevilla 2023

Colección: Textos institucionales

Núm.: 114

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de la Editorial Universidad de Sevilla.

© Editorial Universidad de Sevilla 2023

Porvenir, 27 - 41013 Sevilla.

Tlfs.: 954 487 447; 954 487 451; Fax: 954 487 443

Correo electrónico: info-eus@us.es

Web: <https://editorial.us.es>

© María del Carmen Gómez Rivero 2023

Maquetación y realización electrónica:

Editorial Universidad de Sevilla

Contenido

Exordio	11
Las tres tentaciones del legislador penal	15
La primera tentación: el Derecho penal de las emociones.	23
La segunda tentación: hacia un Derecho penal de resultados en la era de la globalización	33
La tercera tentación: construcción del orden político con el Derecho penal	53
Perspectivas	67
Bibliografía citada	71

*Sr. Rector Magnífico de la Universidad de Sevilla,
autoridades,
claustro de profesorado,
personal técnico, de gestión y de administración y servicios,
alumnado,
señoras y señores:*

Exordio

Con mis primeras palabras quisiera agradecer el alto honor que se me confiere dándome acceso a esta venerable cátedra que ocuparon antes tan grandes maestros. Al darle voz en el acto de apertura solemne del curso académico 2023-2024 a mi querida Facultad de Derecho, representada aquí por nuestro señor decano, D. Fernando Llano Alonso, y su equipo de gobierno, así como por tantos compañeros, se hace vivo en la memoria el primer día en que crucé los muros de la Fábrica de Tabacos, añorada sede de la facultad. Aquellas aulas inmensas, de bóvedas altas, anunciaban a los hasta entonces bachilleres que algo iba a cambiar en su formación; porque cruzar sus puertas significaba asumir la responsabilidad personal y social de pasar a ser universitarios, de atrevernos a saber y también a dudar. Se presentaban ante

nosotros profesores que, con discurso propio, enseñaban los fundamentos del Derecho. Todos ellos, cada uno en su especialidad, dejaron la huella de su magisterio en la formación jurídica de aquella generación. José Luis Murga, José Martínez Gijón, Javier Pérez Royo o Antonio Enrique Pérez Luño se sucedieron en las clases de primer curso. Y más tarde, entre tantos otros, mi maestro, Francisco Muñoz Conde, junto con Luis Humberto Clavería, Antonio Gordillo, Alfonso Pérez Moreno, Javier Lasarte, Juan Calero o Guillermo Jiménez. De todos ellos aprendí que el Derecho es ciencia, la ciencia de lo justo, y, como tal, ha de ser insobornable en el respeto a sus principios, en el rigor de su método y en la consecución de su fin. También todos ellos me enseñaron el sentido del compromiso vocacional, la honestidad y la ética universitaria, valores que dignifican la elevada misión de la universidad en la generación y transmisión del conocimiento como instrumento de primer orden de influencia en la cultura de un país.

Evoco también en este momento los nombres de los juristas José Ortiz Díaz, Manuel Olivencia Ruiz, Juan Antonio Carrillo Salcedo y Ángel López López, quienes me precedieron en esta honorífica función en el periodo que abarca los últimos treinta años. Fue precisamente en la apertura del curso académico 2013-2014, hace ahora diez años, cuando, en momentos en los que se cuestionaba desde el poder político el sentido y alcance de la autonomía

universitaria, el prof. López López dictó su recordada lección inaugural, en la que abordó las bases conceptuales de este derecho fundamental. Hoy, cuando la universidad está aún desconcertada por una nueva ley orgánica que ha sumido a tantos miembros de su comunidad en la incertidumbre sobre el futuro que nos deparará su necesario desarrollo, considero oportuno, al inicio de esta lección, reivindicar la autonomía académica, de gestión y de gobierno que se deriva del reconocimiento constitucional de este derecho. Autonomía que nos exige a todos valorar la importancia de la gestión –de la autogestión, diría–, como aprendí de quien fuera decano de la Facultad de Derecho, Antonio Merchán, durante los años que tuve el honor de formar parte de su equipo decanal. Autonomía que ni puede ni ha pretendido ser nunca subterfugio para evitar la rendición de cuentas ante la sociedad. Autonomía que ha permitido a las universidades el desarrollo de sus funciones constitucionales de modo eficaz y eficiente, retornando a la sociedad con creces la inversión que ha recibido de ella. Autonomía que exigiría en esta coyuntura que vivimos que la universidad fuese escuchada y atendida, ya que no lo ha sido antes, en los procesos legislativos abiertos para el desarrollo de la ley orgánica del sistema universitario.

Las tres tentaciones del legislador penal

Se inicia, en este contexto, un nuevo curso académico en el que volverán a llenarse las aulas de nuestra universidad con alumnos que se adentran en la formación superior en las distintas ramas del saber. Y así sucederá en las de la Facultad de Derecho, al recibir a estudiantes de primer curso que, entre otras disciplinas, se aproximarán por vez primera a un Derecho con una carga y una connotación semántica tan grave como singular, el Derecho penal. Se les explica ya en esos primeros días del curso que se trata de un Derecho que posee una peculiaridad que lo hace radicalmente distinto del resto de las ramas del ordenamiento jurídico. Porque el Derecho penal no regula nada, no dispone nada, no ordena la vida social. Es el Derecho del castigo, que reacciona, por medio de la imposición de una sanción, a las infracciones

más graves de las reglas de comportamiento esenciales previamente establecidas por otras instancias de control social.

A su vez, esa reacción es distinta de la prevista por otras disciplinas sancionadoras. La sanción penal es el recurso más grave, más enérgico y violento de cuantos dispone el Estado, la mayor exhibición de fuerza por parte del poder. Es violencia frente a la violencia, la violencia del Estado frente a la violencia del delincuente. Por ello –se explica a los alumnos, apenas se acercan al conocimiento de esta rama del Derecho–, su uso tiene que someterse a unos estrictos principios limitadores, entre los que se cuentan el de legalidad, el de culpabilidad, el de proporcionalidad, y, de forma destacada, el de *ultima ratio*, esto es, su consideración como último recurso y procurando siempre su mínima intervención.

Ahora bien, la aplicación garantista del Derecho penal no solo demanda esos principios legitimadores de su intervención. Reclama también que, allí donde sea necesario, el aplicador del Derecho cuente con un método, con una teorización, que dote de seguridad jurídica al proceso de aplicación de la ley penal, evitando cualquier componente azaroso en función de quién sea el juzgador. De ello se ha ocupado tradicionalmente la elaboración dogmática del delito, propia de la cultura continental europea, a la que se debe la sistematización, interpretación y ordenación de sus distintos elementos para asegurar que el Derecho penal no solo se aplique de modo uniforme y previsible, sino también de

forma limitada. Así, por ejemplo, el deseo social de encontrar siempre un responsable por el daño es limitado por las reglas que determinan cuándo un resultado puede ser imputado al autor más allá de la mera constatación de un nexo causal entre su conducta y el mal, o el deseo de castigar como responsable de un daño a quien con su pasividad lo permite se tamiza por las reglas que determinan cuándo un no hacer es equiparable a la realización positiva de una conducta.

Siendo tan elevada la aportación de la dogmática, sin embargo, si se concibe aislada de la realidad solo estará en condiciones de responder a la pregunta de cómo se aplica el Derecho penal. Mucho más compleja y comprometedora es la cuestión relativa a cuándo debe ponerse en marcha la violenta y enérgica maquinaria penal. Para responder a esa cuestión de nada servirá discutir acaloradamente y con abstracción de la realidad sobre elevadas cuestiones dogmáticas, por ejemplo, sobre si el dolo debe ubicarse en la categoría de la tipicidad o de la culpabilidad, algo que tanto dio que hablar al debate entre finalistas y causalistas¹. La respuesta a

1. El debate alcanzó su máxima expresión en la República Federal Alemana tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta los años 80 del pasado siglo. Como se ocupó de denunciar MUÑOZ CONDE, F., la discusión «pudo ser utilizada para soslayar o no tener que hablar de las barbaridades que se llevaron a cabo con el Derecho penal nacionalsocialista y desvincularse de las directrices político criminales de aquella época», MUÑOZ CONDE, F. (2011), *Edmund*

la cuestión de cuándo interviene el Derecho penal reclama mirar hacia la realidad, hacia el mundo y al contexto en que ha de ser aplicado.

Un arma tan poderosa y potente como la que legitima la privación de derechos fundamentales no es, no puede ser, ni nunca ha sido un ciego sistema de normas elaborado de modo autopoietico con abstracción del sistema político y social al que ha de ser aplicado. De la relación de la ordenación penal positiva con los sistemas políticos da buena cuenta la historia, bastando con recordar, si acaso, el preciado valor del Derecho penal para nutrir las aspiraciones de Estados autoritarios, en los que la violencia institucionalizada y reglada ha sido el tanque más potente con el que batir a los enemigos del sistema. Pero también en un Estado democrático de Derecho la elaboración dogmática del sistema penal ha de estar ordenada a la consecución de unos determinados fines, que necesariamente deben modular la solución del caso sometido a enjuiciamiento e impedir una aplicación ciega, mecánica y aritmética de meras ecuaciones dogmáticas, lo que haría tan insoportable como injusto el uso de esta rama del Derecho.

Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 43 ss.

Expresión de los fines de política criminal es, por ejemplo, la decisión del legislador de dejar exento de pena por un intento de asesinato a quien desiste de consumarlo, o la generosa exoneración de responsabilidad prevista en el delito fiscal para quien, pese a haber realizado la conducta definida como tal, regulariza en determinados plazos y condiciones su situación tributaria. Ni estos ni otros tantos ejemplos que pudieran ponerse son explicables por una comprensión aséptica de las bases conceptuales del Derecho penal, sino solo por la pretensión de conseguir determinados fines, fines legítimos de la política criminal de un país. Esta relación entre el problema y el sistema, tan necesaria como a veces conflictiva, la plasmó en una obra de referencia ya en la década de los setenta del siglo pasado uno de los grandes penalistas de nuestro tiempo y mi maestro muniqués durante mis años como becaria humboldtiana, Claus Roxin, conforme al modelo que se dio en llamar funcionalismo moderado. Se preguntaba de forma gráfica: «¿para qué sirve la solución de un problema jurídico, que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político criminal erróneo?»². En esta idea abundó mi maestro, el profesor Muñoz Conde, quien tradujo al castellano la obra de Roxin y en su palabras introductorias consideraba que para

2. ROXIN, C. (1973), *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter GmbH & Co.KG (Verlag), Berlín.

comprender la esencia del Derecho penal «es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia adentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines sociales»³. La cuestión que se plantea hoy en día no es, pues, la de la legitimidad de elaborar el sistema penal atendiendo a las necesidades político-criminales. La cuestión es la de con qué intereses, con qué finalidades y hasta dónde es admisible el uso instrumental del Derecho penal en un modelo de Estado de Derecho.

Vivimos en un tiempo de contrastes, de importantes vaivenes sociales y políticos y, con ellos, de trascendentes reformas penales. Desde que se aprobó el Código penal de la democracia, en 1995, hemos asistido a más de 30 leyes de reforma que han modificado un rosario de preceptos penales. Solo el pasado año el Código fue reformado en siete ocasiones. Y en lo que llevamos de este se cuentan tres reformas sobre temas tan sensibles como el aborto o la libertad sexual.

3. MUÑOZ CONDE, F. (2000), Introducción a *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 2.^a ed. Hammurabi, Buenos Aires, p. 23. Véase también el mismo autor en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, *op. cit.*, pp. 71 ss.: «hoy más que nunca hay que acentuar también el carácter crítico de la Dogmática jurídico penal, que como toda actividad intelectual que merezca ese nombre, no sólo debe interpretar y sistematizar una determinada realidad, en este caso el Derecho penal positivo, sino también tematizar las expectativas que se le dirigen desde su entorno y valorarlas críticamente de acuerdo con sus posibilidades y funciones en el Estado de Derecho».

No pretendo en este acto debatir sobre la racionalidad o no de cada una de ellas, pero sí quisiera exponer desde una visión global las que a mi juicio son las tres principales causas de esta ansia desenfrenada por modificar el Código penal. Se corresponden, a su vez, con las que me atrevo a llamar «las tres grandes tentaciones del Derecho penal moderno», o, por expresarlo de manera más precisa, las tres grandes tentaciones a las que puede sucumbir el legislador penal. Para su exposición recurriré a una serie de ejemplos que sirven como paradigma de cada una de ellas. Se corresponden con algunas de las reformas penales de los últimos tiempos, si bien producidas bajo signos políticos muy distintos; en concreto, algunas que han tenido lugar en la legislatura recién concluida y otras en las precedentes.

La primera tentación: el Derecho penal de las emociones

El Derecho no es una obra inmutable, aplicable por igual a todos los pueblos y a todos los tiempos. Cada sistema de ordenación social, también el Derecho penal, es tributario de unas coordenadas sociales y geopolíticas, y su elaboración tiene necesariamente que corresponderse con los problemas del tiempo y del espacio en que va a ser aplicado. Esa mirada a la «pista de aterrizaje» de la reacción penal reclama, para empezar, que esta rama del ordenamiento sea permeable a los valores de la sociedad que la recibe. Disparatado resultaría en los tiempos actuales el castigo de ciertas conductas como el adulterio, el incesto o la homosexualidad, que sin embargo fueron objeto de sanción penal en otro momento histórico de nuestro país al elevarse a delito lo que se consideraba

pecado. Claro es que el generalizado rechazo a la criminalización de comportamientos de esta guisa en absoluto supone que la sociedad actual se haya sustraído al debate del tratamiento penal de determinadas conductas singularmente sensibles, por ser rayanas con las concepciones más íntimas de cada individuo conforme a sus principios éticos, morales o religiosos. Sirva de ejemplo el intenso debate que aún suscita la permisibilidad o no de conductas como el aborto o la eutanasia, al que el legislador penal no puede sustraerse. Desde luego que no se trata con ello de referenciar el Derecho a valores subjetivos imprecisos, sino a los que encuentran cabida en los principios y derechos tutelados por la Constitución y por el Derecho internacional relativo a los derechos humanos, en particular por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España, que son jurídicamente la única legítima expresión axiológica de nuestra cultura. En ese contexto y precisamente porque el marco constitucional permite un pensamiento plural, se explica que en aquellos ámbitos conflictivos el legislador penal haya tenido que trazar unos espacios mínimos de permisibilidad con base en un cauce de justificación procedimental que permite conciliar, al menos, las posturas más moderadas.

Nada hay, pues, de patológico en la permeabilidad de la legislación penal a los valores de la comunidad en la que ha de ser aplicada; al contrario, es algo necesario. Distinta es la cuestión

acerca de si en la elaboración de las normas que conforman el Derecho penal de cada tiempo han de tener cabida también los sentimientos, las emociones sociales, la inquietud, el miedo y la inseguridad ante el delito y, con ello, las demandas subjetivas de protección ante la percepción social del mal; o si, por contra, la plasmación de los tipos penales y su gravedad debe hacerse solo de acuerdo con criterios técnicos, conforme a aquel dicho de que «las leyes de caza no se negocian con los jabalíes».

El debate en absoluto es nuevo y, de hecho, no solo ha salpicado a la permeabilidad o no de las emociones sociales en los tipos penales, sino a la propia accesibilidad del lenguaje técnico a la sociedad. Se trata de la discusión en torno a si los criterios de los operadores jurídicos deben ser accesibles a la ciudadanía. Que *de facto* así sea parece algo incontestable a la vista de que programas de radio o televisión de distinta índole han llegado a acoger como cualificados penalistas a personajes de todo jaez, que pontifican sin rubor sobre complejas cuestiones relativas a la legislación penal. El asunto no tendría mayor relevancia de no ser porque esos improvisados directores de orquesta de la indignación social activan o agudizan, a su vez, las emociones de la sociedad frente al crimen con voces que reclaman la defensa social con tolerancia cero hacia el delito⁴. Aquí comienza, precisamente, la

4. Sobre este fenómeno y su deriva securitaria, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2004), «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana»,

primera de las tentaciones del Derecho penal. La de legislar, no para la sociedad, sino para los sentimientos de la sociedad. Es la tentación del populismo.

La reciente historia de nuestro Derecho da buenas muestras de ello, sin que ni siquiera esas emociones se ciñan siempre a los delitos graves, pudiendo también emerger ante cualquier situación de inseguridad. Ha sido el sentir social el que ha estado detrás, por ejemplo, del tratamiento exasperado que recibe en el Código penal algún tipo de delincuencia de poca monta, pero extraordinariamente molesta. Es el caso de las sustracciones constitutivas de hurto, es decir, realizadas sin violencia ni intimidación y además por importes pequeños. Detrás de la irritación que genera ese tipo de delincuencia menuda pero habitual estuvo la previsión incorporada por la LO 11/2003 de 29 de septiembre, que elevó a la categoría de delito la comisión de lo que entonces eran cuatro faltas de hurto, siempre que su valor superase los 300 euros. La medida no dio los frutos de ella esperados para frenar las cifras de este tipo de delincuencia, y por ello

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, quien denuncia el hecho de que las percepciones sociales sean atendidas «sin intermediarios, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva», p. 11. Véase también GUARDIOLA LAGO, M.J., *La política criminal en España*, pp. 39 ss., Consultado en <http://openaccess.uoc.edu> (última consulta, julio de 2023).

la LO 5/2010 de 22 de junio redujo a tres las faltas necesarias para castigar los hechos como delito. Es cierto que dicha previsión tuvo que desaparecer del Código penal cuando lo hicieron las antiguas faltas, en el año 2015, pero su espíritu se trasladó sin dificultad a la nueva regulación. En concreto, la LO 1/2015 de 30 de marzo configuró junto con el tipo base de hurto una modalidad atenuada, el delito leve de hurto, aplicable a los casos en que la cuantía de lo sustraído no alcanzara los 400 euros. Las penas se agravaban en los casos de multirreincidencia; en concreto, «cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza...», una precisión que, si bien con correcciones penológicas, ha mantenido la reciente LO 9/2022. Se trata, en definitiva, de la exasperación del castigo para quienes cometen delitos menores, pero extraordinariamente molestos para la sociedad, y todo ello, además, conforme a la versión más ortodoxa del denostado Derecho penal de autor.

Con todo, probablemente, el mejor ejemplo de la tentación que para el Derecho penal supone atender a las emociones sociales se encuentra en el siempre sensible y delicado terreno de la delincuencia sexual. No hace falta remontarse demasiado en el tiempo para recordar la masiva movilización social que produjo el conocido como caso de la Manada, relativo a una violación grupal por parte de cinco varones

a una chica en la madrugada de los Sanfermines de 2016. En abril de 2018, la SAP de Navarra condenó a los acusados a penas de 9 años de prisión por el entonces delito de abuso sexual (esto es, realizado sin violencia ni intimidación). Tras la sentencia se produjeron concentraciones masivas de protesta en distintas ciudades, convocadas por asociaciones feministas y otros agentes sociales, en las que se manifestaron también partidos políticos de distinto signo. Las protestas motivaron que el Ejecutivo sacase del sueño de los justos a la Comisión General de Codificación, y que las puertas de la sede se llenasen de periodistas esperando la ansiada promesa de mayor dureza frente a lo intolerable.

La posterior casación de la sentencia por el Tribunal Supremo en junio de 2019, que apreció un delito de agresión sexual en lugar de uno de abuso, y castigó a los responsables con penas de 15 años de prisión, no fue suficiente para calmar la crispación social. Para ello parecía necesaria una reforma del Código. Y la reforma llegó de la mano de la famosa ley del solo sí es sí, la LO 10/2022 de 6 de septiembre, también conocida como Ley Montero.

La norma introdujo una serie de novedades en la materia, entre las que, dicho sea de paso, no se cuenta la quiebra de viejas conquistas garantistas, como la proporcionalidad entre el hecho y su sanción. Así ocurriría si para el castigo de conductas despreciables por machistas, denigrantes y vejatorias, como el beso no consentido de un reciente caso

mediático⁵, se aplicase la norma huérfana del sentido de la sofrosine griega, de la virtud de la templanza. Sin ella, el que se ha presentado como un evidente beso sexual –y agravado por la superioridad de quien lo da e incluso por concurrir violencia, al poner las manos en la cabeza de la chica–, podría llegar a ser castigado con penas que, desde luego, parecen pensadas para otros casos y escenarios⁶. Pero «la evidencia mediática» no tiene valor alguno en Derecho penal sin una labor de investigación y enjuiciamiento. Quisiera pensar que vivimos en un país en el que para dejar claro el

5. Se trata de beso que el 20 de agosto de 2023 dio Luis Rubiales, el entonces presidente de la Real Federación Española de Fútbol, a una de las jugadoras en el acto de entrega de medallas tras haber alcanzado el oro en la Copa Mundial Femenina. El beso en la boca se produjo mientras sujetaba con sus manos la cabeza de la chica.

6. El apartado primero del art. 178 CP castiga con penas de 1 a 4 años de prisión a quien realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Si, entre otras circunstancias, la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación la pena será de uno a cinco años de prisión (178.3). Conforme al art. 180, las penas serán de prisión de 5 a 10 años si concurrieren, entre otras circunstancias, la de mediar una de una relación de superioridad con respecto a la víctima (apdo. 5). Concurriendo violencia o intimidación, o bien cualquier circunstancia del art. 180, no procedería aplicar el tipo atenuado del art. 178.4, que permitiría al órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

rechazo a estos actos no hacen falta juicios expés conducentes a penas draconianas, carentes, no ya de sentido jurídico, sino de sentido común. Si se entiende la ley cabalmente, estos derroteros ni son parte de su novedad ni de su espíritu.

Entre los que, ahora sí, se presentaron como los aspectos más novedosos y jaleados de la norma, destacan dos importantes guiños a las emociones sociales. El primero, al consagrar expresamente la necesidad de que mediase consentimiento para que las relaciones sexuales fuesen lícitas, exigencia que se condensaba bajo el lema del solo sí es sí. Con ello, en realidad, nada nuevo se exigía, puesto que también antes la ausencia de consentimiento era elemento esencial para apreciar el delito, y, en todo caso, como señalaba el informe del Consejo de Estado al anteproyecto, la cuestión no es conceptual, esto es, relativa al cómo se defina la exigencia, sino probatoria⁷.

7. Según el informe, aprobado el 25 de febrero de 2021, «la cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (qué deba entenderse por consentimiento) sino probatoria (cuándo existe o no consentimiento) y las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico. Esa definición determina un aparente desplazamiento de la carga probatoria, pues parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características (manifestación libre, actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto) deberían ser probadas por la defensa para excluir la tipicidad. De esta forma, se estarían alterando de modo sustancial las

En realidad, si algo nuevo incorporaba la fórmula era el riesgo de acabar invirtiendo la carga de la prueba, en tanto que podría llevar a la peligrosa pendiente resbaladiza de entender que es el acusado quien ha de demostrar su inocencia recabando pruebas de que la víctima consintió.

El segundo guiño pasó por suprimir de un plumazo del texto punitivo el sustantivo *abuso*, adjetivado como *sexual*. La ausencia en el término de la connotación semántica más enérgica y grave propia de la agresión no ayudaba precisamente a calmar la indignación social. Mejor parecía llamar a todo *agresión*. Y así se hizo. Sin embargo, al margen de otras objeciones denunciadas por el mismo informe⁸, con ese gesto se ignoraba que también con la antigua concepción dual que distinguía entre abusos y agresiones era, y de hecho fue posible, castigar conforme a esta segunda calificación a los integrantes de la Manada, y que, en el fondo, la mayor o menor gravedad de la pena por imponer no tenía nada que ver con nombres ni etiquetas, sino con cuestiones probatorias relativas a la concurrencia o no en el caso concreto de la violencia o intimidación. No fue lo único que se pasó por alto. También lo fueron las reducciones de condena a que

normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal, con riesgo de afectación del principio de presunción de inocencia».

8. Denunciaba el informe el riesgo de una indiferencia valorativa de los medios comisivos que choca con el principio de proporcionalidad.

podía dar paso esa nueva horquilla penológica única de la ahora omnicomprensiva figura de la agresión, y que obligaron tiempo después a acometer una nueva reforma del Código penal. Fue la aprobada por la LO 4/2023, de 20 de abril, para endurecer las condenas por agresión sexual concurriendo violencia o intimidación, que curiosamente, y salvando las meras modificaciones terminológicas para evitar el tabú de la palabra *abuso*, ha supuesto en la práctica la vuelta a los marcos penales que se preveían para las conductas de agresiones sexuales con violencia antes de la reforma. Para este viaje no hacían falta alforjas.

La segunda tentación: hacia un Derecho penal de resultados en la era de la globalización

Desde hace décadas se viene hablando como rasgos del Derecho penal de dos conceptos que suelen ir unidos: la expansión y la intensificación de su respuesta. Lo primero, la expansión, se definió en sus orígenes como una característica de las sociedades posindustriales y como expresión de lo que el sociólogo alemán Ulrich Beck llamó la sociedad de riesgo⁹. Se identifica con ello un modelo social complejo, amenazado por

9. BECK, U. (1986), *Risikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main. Traducción española a cargo de Navarro/Domínguez/Borrás (1998), *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona.

peligros asociados al progreso tecnológico y de difícil cuantificación, en el que se ven implicados bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. Se cuentan aquí, por ejemplo, los riesgos para el medio ambiente procedentes de la actividad industrial, los desastres que puede producir el mal uso de la energía nuclear, o los derivados de la responsabilidad por el producto. Son ámbitos en los que la envergadura del peligro reclama una reacción anticipada a la producción del daño, lo que da paso a la cuestionada técnica de los delitos de peligro abstracto o presunto¹⁰, en los que el legislador renuncia a la exigencia, no ya de un resultado, sino incluso de una efectiva situación de riesgo y, en su lugar, considera como abstractamente peligrosa la simple constatación de una infracción administrativa. De esta técnica no solo dan cuenta los delitos con potencialidad catastrófica. También son buen exponente de ella, por ejemplo, los delitos relativos a la seguridad vial. La importancia de los bienes en juego y la elevada cifra de víctimas de accidentes de tráfico ha determinado que el legislador castigue sin más exigencias adicionales la conducción por encima de determinados límites de velocidad o con la superación de ciertas tasas de alcohol, independientemente de que se produzca o no una efectiva situación de riesgo¹¹.

10. En relación con la responsabilidad por el producto, HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F. (1995), *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 64 ss.

11. Castiga el art. 379 CP al «que condujere un vehículo de motor o ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía

Muestra también del Derecho penal de las sociedades de riesgo es la filtración en la tipificación de determinados delitos del principio de precaución, conforme al cual la prohibición de un comportamiento no necesita esperar a que la comunidad científica dé por probada la relación entre una conducta y un daño. Basta en su lugar la sospecha acerca de esta eventualidad, máxime cuando sus resultados lesivos pueden producirse muy a largo plazo y no cabe esperar pasivamente a la comprobación de sus efectos¹². El principio de precaución, que tiene su origen en la legislación medioambiental, fue acogido sin reparos en la legislación administrativa y aplicado por vez primera en el sector alimentario en el caso de las «vacas locas»¹³. Su filtración al orden penal se

urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente».

12. Sirva de ejemplo el temor ante los daños que puede causar a largo plazo la colocación de antenas de telefonía móvil en determinados enclaves, lo que ha determinado toda una reglamentación que establece las distancias mínimas que deben respetarse en su instalación para evitar los potenciales riesgos de las ondas electromagnéticas (Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas), o la prohibición del xenotrasplante, o trasplante en humanos de órganos de animales, debido a la inseguridad de los efectos que puede producir a largo plazo.

13. Se detectó que un agente infeccioso provocaba en las vacas fuertes temblores, cambios bruscos de comportamiento y pérdida de

ha producido de la mano de la técnica de las leyes penales en blanco. Se trata de leyes que remiten su supuesto de hecho a la legislación administrativa, de modo que cuando esta incorpora aquel principio pasa a formar parte de las prohibiciones penales, lo que determina una considerable anticipación del ámbito de lo punible¹⁴.

Desde luego que nada hay que objetar a esa reacción anticipada al peligro en esos contextos. Cuestión distinta es la racionalidad con la que se haga y, sobre todo, la de si esa reacción respeta los principios básicos del Derecho penal, entre ellos, el de responsabilidad individual o por el hecho propio, que resulta como mínimo puesto en entredicho en los llamados *delitos de acumulación*. Se trata de aquellos en los que el legislador sanciona conductas que, realizadas de forma individual, carecen de potencialidad lesiva, y solo la adquieren al ponerse en relación con la realización masiva de

equilibrio, desencadenando la muerte. Como medida preventiva de los eventuales daños en la salud humana derivados del consumo de la carne, la Comisión Europea decidió en 1996 la prohibición de la exportación de ganado bovino, carne de vacuno y productos derivados desde el Reino Unido; pese a no quedar acreditado que su consumo supusiera un riesgo para la salud humana. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea avaló en 1998 la aplicación del principio de prevención (STJUE 5/05/1998).

14. Bastaría pensar en la puesta en circulación de productos, sustancias o medicamentos castigada en el art. 359 CP entre los delitos contra la salud pública, con remisión a la normativa administrativa, que puede acoger dicho principio de precaución.

esa misma conducta por otros individuos. Así, por ejemplo, difícilmente puede decirse que la construcción aislada de una vivienda en suelo no urbanizable suponga un atentado relevante al bien jurídico cifrado en la ordenación del territorio, que la emisión de gases contaminantes por una única industria en niveles superiores a lo permitido genere una situación de riesgo para el medio ambiente, o que un defraudador fiscal aislado ponga en peligro con su conducta los intereses financieros de la hacienda pública. Si, pese a todo, estos y otros tantos comportamientos se castigan como delito en el orden penal es porque el legislador toma en consideración la suma del injusto de la conducta de quien actúa con la de otros sujetos. Así lo reconoce abiertamente, por ejemplo, el art. 325 CP, cuando, tras enunciar las distintas conductas contaminantes, como los vertidos o las emisiones que contravienen la legislación administrativa, dispone que serán delictivas cuando esos actos, «por sí mismos o conjuntamente con otros, causaren o puedan causar daños sustanciales» a los distintos elementos del medio ambiente. Las dudas acerca del respeto del principio básico de responsabilidad por el acto propio están servidas.

La necesidad de velar por el respeto de las reglas y principios garantistas resulta tanto más acuciante a la vista de que la creciente expansión del Derecho penal, motivada por su adaptación a la realidad que marcan los nuevos tiempos, parece encontrar frentes inagotables. No se trata ya solo de la

criminalidad informática o cibernética, sino también de otros novedosos ámbitos. Sirva de ejemplo la eventual responsabilidad derivada del uso de la inteligencia artificial, esto es, los delitos cometidos por máquinas o robots, que pueden llegar a tomar decisiones autónomas que se apartan de lo programado inicialmente¹⁵. En realidad, la cuestión no es tanto la necesidad de que el Derecho penal atienda a estos nuevos escenarios como la complejidad de su alcance. La ilustra el incipiente debate en torno al papel que corresponda al orden penal en el llamado mundo del metaverso. Se trata de una forma de interacción social, que, aun producida en el espacio de la realidad virtual, adquiere trascendencia en la vida real, desde el momento en que la tecnología háptica permite a quienes ocultan su identidad como avatares experimentar el placer o el dolor, con la misma intensidad con que pueden hacerlo los autores y las víctimas de un delito en el mundo real¹⁶.

15. Entre otros trabajos sobre la materia, pueden verse los de MIRÓ LLINARES; F. (2018), «Inteligencia artificial y justicia penal; más allá de los resultados lesivos causados por robots», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, pp. 87 ss.; o, del mismo autor (2022), «Inteligencia artificial, delito y control penal: nuevas reflexiones y algunas predicciones sobre su impacto en el derecho y la justicia penal», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 100 (septiembre-octubre) (ejemplar dedicado a Inteligencia artificial y Derecho), pp. 174 ss.

16. Al respecto, véase TRALLEROMASÓ, A./TOMÁSROMÁN, E. (2022), «Metaverso y Derecho Penal» *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 158.

Aun cuando la intervención del Derecho penal en aquella dimensión pueda parecer un futurible, lo cierto es que nuestro Código hace tiempo que da algunas muestras de su predisposición a actuar en ella. Así lo hace, de forma cuestionable, al elevar a la categoría de delito la denominada pornografía infantil virtual, esto es, aquella en la que la imagen del menor que participa en una conducta sexual no es real, sino una creación artificial elaborada por ordenador u otro medio, pero que parece real. Otro tanto hay que decir del castigo de la pornografía técnica, donde se visualizan imágenes de personas, que no son menores, pero se caracterizan como tales, y así aparecen participando en una conducta sexual, real o simulada¹⁷.

Tanto o más polémica que la expansión del Derecho penal ha sido su intensificación. Obviamente es más que legítimo que el legislador penal modifique las penas asignadas a un determinado comportamiento al alza cuando detecta déficits de proporcionalidad de la sanción respecto a la gravedad de la conducta, como legítimo es también

17. Precisamente a la vista de la criminalización de estos comportamientos se pregunta DE LA MATA BARRANCO, N. (2022), «El Derecho penal en el Metaverso» en *Almacén del Derecho*: «¿por qué no pensar que no ya opiniones sino actuaciones a través de avatares (recuérdese que nuestro Código Penal penaliza ya, por ejemplo, la pornografía de menores denominada realista, o sea, de dibujos e imágenes) pueden producir menoscabos merecedores de tutela penal?»

que junto con la pena se incorporen nuevas medidas para reprimir el delito, como la de alejamiento en el caso de los delitos contra la vida y la salud o el decomiso de los instrumentos, efectos y ganancias del delito, en el caso de la delincuencia con efectos económicos. Las dudas comienzan allí donde tal proceder ponga el acento en los fines por conseguir, desconociendo la limitación de los medios. Emerge así la segunda tentación del Derecho penal, la de un Derecho penal de máximos con el que garantizar la consecución de resultados.

En realidad, la tendencia a la exasperación de la respuesta penal no puede decirse que represente un fenómeno nuevo. Al contrario, como en parte ha quedado dicho, esta ha caracterizado a la política legislativa de nuestro país en los últimos tiempos, encontrándose tal vez la mejor muestra de la intensificación de la respuesta penal en las reformas del año 2015 bajo el gobierno popular de Mariano Rajoy, al incorporar al Código la máxima pena que nuestro ordenamiento constitucional permite imponer¹⁸: la prisión permanente revisable, que, por cierto, el legislador justificó por

18. El Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de declarar su constitucionalidad en la Sentencia de 26 de octubre de 2021, si bien la sentencia incluyó un voto particular formulado de manera conjunta por los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, en el que consideran que el recurso debería haber sido estimatorio y, por

la satisfacción de demandas sociales ante la realización de determinados crímenes¹⁹. No pretendo centrarme ahora en estas u otras manifestaciones de la tendencia a la identificación que son detectables en nuestra legislación penal de los últimos tiempos. Quisiera poner tan solo el foco de atención en el novedoso impulso que el fenómeno ha recibido en la era de la globalización, hasta el punto de haber trasladado su génesis desde las decisiones del legislador interno a la política supranacional.

tanto, declarativo de la inconstitucionalidad de la regulación de la pena de prisión permanente revisable.

19. Se leía en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 de 30 de marzo: «siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandan una pena proporcional al hecho cometido».

Debe recordarse la indignación social producida a raíz de determinados casos mediáticos, como el de Marta del Castillo, una joven desaparecida y asesinada en 2009. Tras la SAP de Sevilla de 3 de enero de 2012 que condenaba a 20 años de prisión a Miguel Carcaño por un delito de asesinato, se produjo una concentración multitudinaria por entender que la pena era insuficiente. Ya antes, en el mismo año 2009, los padres de la joven impulsaron una campaña para pedir la introducción de la cadena perpetua, lo que dio paso a una populosa manifestación en Madrid. El entonces presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, mostró su apoyo a los padres, si bien reafirmando que esta pena no tenía cabida en nuestro Derecho. En 2011, el líder del Partido Popular anunció en su campaña electoral la introducción de la pena de prisión permanente revisable.

La conexión internacional de determinadas formas de criminalidad, fruto de la globalización económica y de la eliminación de fronteras, ha impulsado el afán de distintas instancias supranacionales por trazar una serie de compromisos para los Estados en orden a frenar la delincuencia con proyección transfronteriza. En el escenario diseñado por el Tratado de Lisboa, la política penal nacional viene decididamente condicionada por las previsiones contenidas en las directivas que de modo sectorial trazan, unas veces con carácter potestativo y otras obligatorio, una serie de pautas de tipificación de conductas por parte de los Estados miembros. La preocupación por evitar la delincuencia, a menudo organizada y asociada al movimiento de individuos y capitales en un espacio común, no suscitaría ninguna observación especial de no ser porque está condicionada por dos factores cuya conjunción contiene el germen de una peligrosa vocación expansiva de la reacción penal.

El primero de ellos tiene que ver con la ausencia de una elaboración dogmática del delito de alcance supranacional y, con ello, con la carencia de estructuras sistemáticas que vinculen a las directrices internacionales, al modo en que lo hace la tradición germana que inspira nuestro sistema²⁰. Como quedó dicho, la elaboración dogmática

20. Si bien debe citarse la elaboración de un estudio que tuvo como objetivo el diseño de una serie de principios comunes en materia

del delito no solo supone una simple guía aplicativa del Derecho penal, sino que es ante todo un instrumental garantista de los derechos fundamentales. Bastaría con recordar que el reconocimiento de distintos títulos de participación en el delito (autores y partícipes) asegura una respuesta diferenciada y proporcional a las diversas contribuciones al crimen; o que la distinción entre tentativa y consumación garantiza una reacción graduada al decurso de los hechos en atención al grado de proximidad de la conducta con la lesión del bien jurídico. Ni estas ni otras tantas reglas acuñadas por la elaboración dogmática del delito imperantes en nuestro Derecho interno vinculan a las directrices que vienen de la política común internacional, entre ellas, la europea, lo que a su vez permite al legislador interno traspasar las líneas rojas que impondría el respeto de aquella otra tradición.

de protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea. Fue presentado por un grupo de expertos en 1997 (y reformulado en el año 2000) a partir de una iniciativa emanada de la Comisión Europea. Al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, E. / SILVA CASTALO, M. L. (2004), *Un Derecho penal para Europa*. Corpus Juris 2000. *Un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Dykinson, Madrid; BACIGALUPO ZAPATER, E. (2022), «El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 138, pp. 5 ss.

La ausencia de esas ataduras explica, por ejemplo, la proliferación de tipos penales en los que cualquier conducta es elevada a la condición de autoría de un delito consumado²¹, siendo tal vez la máxima expresión de esa anticipación la incorporación al Código penal de los llamados delitos de tenencia. Se trata de aquellos en los que se castiga la simple posesión de útiles u objetos. Unas veces porque el legislador reserva el tratamiento de un delito consumado a lo que en realidad sería un mero acto preparatorio, como sucede por ejemplo con la posesión de programas informáticos para cometer estafas, en el art. 248.2 CP²²; otras, porque, sin más,

21. Es lo que sucede con el delito de trata de seres humanos. Con el argumento de dar cumplimiento a la Directiva 2011/36/UE, el art. 177bis CP está redactado con tal amplitud que, por ejemplo, el mero acogimiento o recepción de una víctima que finalmente sea liberada pasa de ser calificado como una forma de complicidad o cooperación a serlo como una forma de autoría, y en lugar de como un delito intentado se castiga como uno consumado. Otro tanto puede decirse, por ejemplo, del art. 156bis CP, que, al incorporar a nuestro Derecho las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos (Oviedo, 4 de abril de 1997), eleva a la condición de autoría consumada cualquier forma de colaboración con el tráfico de órganos. En concreto, el precepto castiga a «los que de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos».

22. Se trata de una medida contemplada en la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, del 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos al efectivo.

la posesión se considera ya delito. Ejemplo de esto último es el castigo de la posesión de material pornográfico infantil para uso propio, introducida por la LO 15/2003 de 25 de noviembre y posteriormente objeto de una nueva reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo, para adaptar las previsiones penales a lo dispuesto en la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que contemplaba la tipificación de la posesión, producción y difusión de pornografía infantil virtual. Siguiendo las previsiones de esta directiva, la conducta de posesión se refiere a un concepto muy amplio de material pornográfico, que incluye la pornografía virtual, esto es, aquellos materiales en los que la imagen del menor es una creación artificial pero realista, elaborada por ordenador u otro medio, así como la pornografía técnica, esto es, aquel material que se integra por imágenes en las que aparecen personas, que no son menores, pero se caracterizan como menores en un contexto sexual. El castigo de la posesión de estos materiales, e incluso, desde la reforma de 2015, el acceso o visionado de esas imágenes resulta más que cuestionable en el orden penal. Desde luego que no se discute lo reprobable de la conducta en términos éticos o morales y mucho menos la patología de quien los consume, pero su sanción en el orden penal no resulta compatible con la exigencia de lesividad material, esto es, de un

injusto con capacidad real para atentar contra un bien jurídico, en los términos que exige nuestra tradición²³.

El segundo de los factores al que antes me refería está indisolublemente unido al anterior. La carencia de un lenguaje dogmático supranacional posibilita que no interese el método, o al menos no en primera instancia, sino el resultado que se pretende conseguir. La aspiración del legislador internacional, y específicamente europeo, no es, en efecto, la consecución de un instrumental teórico común sobre la base de una elaboración intelectual elevada de una Parte general del Derecho penal. Su objetivo es otro. Es un objetivo práctico, el de evitar los paraísos de impunidad penal dentro de las fronteras de la Unión Europea²⁴. Desde ese contexto y al amparo del paraguas de las directrices que vienen de Europa, se explica la incorporación al

23. Ha sido precisamente la extraordinaria expansión de la intervención penal a la que puede dar paso la aplicación de estas previsiones la que determinó que la Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, trazara una serie de pautas para delimitar las conductas que pudieran incluirse en estas modalidades y que, en palabras de la misma circular, supone una «tendencia expansiva hacia la criminalización de cualquier comportamiento relacionado con la pornografía infantil».

24. Sobre todos estos aspectos, SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2011), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, Edisofer, Montevideo-Buenos Aires, pp. 83 ss.

Derecho interno de soluciones impropias de nuestra tradición garantista, con una clara vocación expansiva desconocedora del principio de mínima intervención penal y no pocas veces invocando como argumento supuestas obligaciones de trasponer lo que en realidad se contempla con carácter potestativo en los documentos supranacionales. Aunque son muchos los ejemplos que pudieran ponerse, bastaría volver a traer a colación el castigo de la posesión de material pornográfico infantil, que la directiva antes citada solo prevé con carácter potestativo para los Estados y que, sin embargo, nuestro legislador interno no ha tenido empacho en acoger pese a la cuestionable compatibilidad de su injusto con nuestra tradición²⁵.

25. Entre tantos muchos otros ejemplos podría traerse a colación la previsión del decomiso para los delitos imprudentes, incorporada al Código penal por la LO 5/2010, de 22 de julio, con la aparente justificación de cumplir lo dispuesto en la Decisión marco 2005/2012. Sin embargo, como denunciaba el informe de 2009 del Consejo General del Poder Judicial: «La definición que hace la propia Decisión Marco de los conceptos «producto» («beneficio económico derivado de una infracción penal») e «instrumento» («bien utilizado o destinado a ser utilizado (...) para la comisión de una o varias infracciones penales») no indica que esté dirigida a delitos imprudentes. Por el contrario, parece cortada a medida de las infracciones dolosas, y, además, si la anulación del beneficio económico tiene la función preventivo-general de eliminar un estímulo motivador del delito, parece claro que su función se dirige a los delitos dolosos».

La relajación de garantías por razones de armonización no solo ha afectado al Derecho penal sustantivo. Se ha filtrado también al procedimiento que rige la imposición de una condena penal. No hay mejor muestra de ello que la tipificación del blanqueo de capitales, que en su redacción actual y bajo el argumento de las directrices europeas renuncia a la actividad probatoria que requeriría una previa condena por el delito del que proceden los bienes blanqueados. En lugar de todo ello, el legislador se conforma con la constatación de una serie de indicios acerca de que los bienes tienen origen en una actividad delictiva²⁶. Singularmente llamativo de la pérdida de los principios de nuestra tradición

26. Desde la reforma operada la LO 5/2010, de 22 de junio, el art. 301 CP castiga a «quien adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos». Con esta previsión se traspone a nuestro Derecho el contenido de la Directiva 2005/60, de 26 de octubre, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, cuyas previsiones se plasman en la Directiva 2018/1673, de 23 de octubre, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal: «debe resultar posible la condena por blanqueo sin que sea necesario determinar con precisión qué actividad delictiva generó los bienes, ni exigir una condena previa o simultánea por dicha actividad delictiva, siempre que se tengan en cuenta todas las circunstancias y pruebas pertinentes».

es también el sistema de presunciones que se ha filtrado a nuestro Derecho²⁷ y que, por ejemplo, permite acordar el decomiso de una forma extraordinariamente amplia. Así, bajo la modalidad del decomiso ampliado, recomendada desde Europa, y sobre la base de una serie de presunciones, se puede acordar el decomiso de bienes que no proceden del delito por el que ha sido condenado el sujeto, sino de otras actividades que no han sido objeto de prueba plena²⁸; como también se puede acordar con la simple presunción de que quien adquiere bienes a un precio inferior al de mercado o los recibe a título gratuito conocía o tenía motivos para sospechar que con ello dificultaba el decomiso y debe, por ello, ser privado de su tenencia²⁹.

Pero, si cabe, la expresión más palmaria de la ruptura con nuestra tradición garantista que reclama la plena prueba

27. De la filtración en general de las presunciones al Código penal, GÓMEZ RIVERO, M. C. (2012), «Presunciones y Derecho penal», *Revista Penal México*, pp. 143 ss.

28. Esta modalidad fue introducida por la LO 5/2010, secundando las previsiones de la Convención de Viena de 1988, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptada en el año 2000, y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003. La LO 1/2015 de 30 de marzo amplió considerablemente su ámbito de aplicación, al permitir acordarla a un amplio catálogo de delitos, superando la inicial limitación a los delitos de terrorismo y a los cometidos por grupos y organizaciones criminales.

29. Art. 127 quáter CP.

en el proceso penal de los hechos en que se basa la condena es la introducción en el año 2022 del delito de enriquecimiento ilícito. Camuflado bajo una forma de desobediencia al requerimiento de explicaciones sobre el origen del incremento patrimonial por parte de las autoridades, se incorpora a nuestro ordenamiento un delito de sospecha que permite una condena sobre la base de presunciones. Si bien las previsiones en este sentido habían sido recomendadas por Europa ya en 2008³⁰ y previamente por otros documentos internacionales³¹, nunca antes se incorporó a nuestro ordenamiento

30. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Productos de la delincuencia organizada: garantizar que «el delito no resulte provechoso» (COM/2008/0766 final), de 24 de noviembre de 2018. Proponía la incorporación de «un nuevo delito –posesión de bienes “injustificados”– para perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y este tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas».

31. En concreto, la Convención Interamericana contra la corrupción, aprobada en 1966, que, si bien instaba a los Estados a adoptar las medidas necesarias para tipificar el enriquecimiento ilícito como delito, lo condicionaba a que tuviera lugar «con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su Ordenamiento Jurídico». También lo hacía la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003 y que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, condicionando el deber de tomar en consideración la iniciativa al respeto de aquellos principios de la legislación interna: «Con sujeción a su constitución y a los principios

por las serias dudas de constitucionalidad que plantea, al trasladar al sospechoso la carga de la prueba de la licitud del enriquecimiento, con la consiguiente conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia³².

De una u otra forma, la relajación de las tradicionales exigencias garantistas, sustantivas y procesales, hace realidad el llamado modelo del «Derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*), en la construcción elaborada en los años ochenta

fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio».

32. De hecho, estas objeciones habían determinado su declaración de inconstitucionalidad en algunos ordenamientos en que había sido incorporado. Es el caso de Italia, por un fallo de 1994 que consideraba que la previsión vulneraba el principio de presunción de inocencia, y de Portugal, en el año 2012 por primera vez. Al respecto, por todos, BLANCO CORDERO, I. (2013), «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués», en *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)*.

del pasado siglo por el penalista alemán Günther Jakobs. Se contraponen el «Derecho penal del ciudadano» (*Bürgerstrafrecht*) al «Derecho penal del enemigo», porque este representa un peligro para el sistema, lo que legitima que el Derecho penal reaccione frente a él con un Derecho penal excepcional, de un modo menos garantista y más enérgico³³.

Si la cuestionable definición de este Derecho penal de la cruzada contra el mal parecía estar en manos de las decisiones políticas internas, en el escenario de la globalización esa tarea la asume la política común supranacional, de tal modo que el legislador interno no tiene que hacer ya ningún trabajo, solo acogerse a las cotas máximas que permite la lucha internacional contra el crimen globalizado.

33. JAKOBS, G. (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Editorial Civitas, Madrid; JAKOBS, G / CANCIO MELIÁ, M. (2006), *Derecho Penal del enemigo*, Thomson, Civitas, Cuadernos Civitas.

La tercera tentación: construcción del orden político con el Derecho penal

No existe una construcción aséptica del Derecho penal sustraída a las ideologías y, con ello, a la clase política. En los modelos totalitarios esa identificación es plena, y la historia da buena cuenta del modo en que las dictaduras han hecho uso del Derecho penal como una herramienta al servicio de la perpetuación del modelo. Pero también en un Estado social y democrático de derecho la vinculación entre ambos es irrenunciable, precisamente porque en él tienen cabida distintas concepciones ideológicas con inmediata traducción en la política y en la política legislativa de un país, incluidas las normas penales. Nadie debiera por ello extrañarse de que el Derecho penal se incorpore con mayor o menor naturalidad al programa político de los distintos partidos

de uno u otro signo y de que entre las promesas electorales las reformas penales tengan una extraordinaria capacidad para captar votos. No se trata solo del trazo de los siempre debatidos delitos de aborto o eutanasia, sino también de otros de distinto cariz, puesto que igualmente las políticas sociales y económicas de los distintos partidos encuentran inmediata traducción en el programa político penal. Bastaría con mencionar ahora la dureza con la que se persigan penalmente los fraudes a la Hacienda pública, subiendo o bajando las cuantías requeridas para considerar la conducta como delito, o las medidas que se adopten contra los extranjeros que delinquen en España, que pueden oscilar desde el cumplimiento de la condena en nuestro país hasta su expulsión, como sucede ahora bajo determinadas condiciones. La vinculación del Derecho penal con políticas del signo que sean no solo es algo inevitable, sino que forma parte de la racionalidad de las leyes penales³⁴, siempre que esas oscilaciones

34. PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2013), *La racionalidad de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, quien distingue cuatro sentidos diferentes en los que puede ser afrontada la actividad de justificar el contenido de las normas penales: justificación moral (justicia), justificación jurídica (validez), justificación política (legitimidad) y justificación instrumental (eficiencia y eficacia). La justificación política la define como «la justificación de la adecuación del contenido directivo de la ley a la estructura social en que ha de ser aplicada y a las bases del sistema político en el que surge», p. 25.

tengan lugar dentro de los parámetros acotados por las reglas de funcionamiento de un Estado de derecho y de las coordenadas de un sistema democrático plural.

Lo que quiero referir bajo el concepto de la tercera tentación del legislador penal es algo distinto. Es la degeneración de esa necesaria implicación hacia una instrumentalización de su uso como una forma de gobernanza y, en definitiva, de consecución de objetivos políticos. No puede en absoluto afirmarse que esa instrumentalización del Derecho penal sea novedosa, ni mucho menos que sea exclusiva de formaciones políticas de determinado signo. De la tendencia descrita dio buena cuenta la reforma del Código penal en el año 2003, sacada adelante con la mayoría parlamentaria del entonces Gobierno conservador del presidente Aznar, que trató como «enemigos», de nuevo en la expresión de Jakobs, a determinados sujetos incómodos para el sistema³⁵; entre ellos, a los que de alguna forma pudieran promover o coadyuvar a la consecución de movimientos independentistas. Entre esas medidas se cuenta la introducción por la LO 20/2003 de 23 de diciembre del delito de convocatoria de referéndums ilegales

35. De forma crítica sobre esta reforma y su relación con el también cuestionado Derecho penal del enemigo, MUÑOZ CONDE, F. (2005), *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 37 ss.

en el art. 506 bis³⁶, así como la inclusión del art. 521 bis, que castigaba a quienes facilitaran, promovieran o aseguraran la realización de tales procesos o consultas³⁷, y del art. 575 bis, que castigaba la conducta de concesión de ayudas o subvenciones a partidos políticos disueltos o suspendidos

36. «1. La autoridad o funcionario público que, careciendo manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, convocare o autorizare la convocatoria de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta. 2. La autoridad o funcionario público que, sin realizar la convocatoria o autorización a que se refiere el apartado anterior, facilite, promueva o asegure el proceso de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución convocadas por quien carece manifiestamente de competencia o atribuciones para ello, una vez acordada la ilegalidad del proceso será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta».

37. «Los que, con ocasión de un proceso de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución convocadas por quien carece manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, participen como interventores o faciliten, promuevan o aseguren su realización una vez acordada la ilegalidad del proceso serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

por resolución judicial³⁸. Estos preceptos fueron derogados por la LO 2/2005, de 22 de junio, por considerarse, según las palabras textuales de la exposición de motivos de esta ley, «conductas que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal y, menos aún si la pena que se contempla es la de prisión» y, en todo caso, según el mismo texto, el ordenamiento cuenta con otras formas de control de la legalidad distinta a la penal³⁹.

La cuestión no tendría tanta actualidad de no ser por el intenso debate producido en la sociedad española en un contexto político totalmente distinto al de aquellas reformas de 2003, al hilo de una de las últimas modificaciones del Código penal, la producida por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, por la que, entre otras novedades, se suprimió

38. «1. La autoridad o funcionario público que allegara fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas de cualquier clase a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial por llevar a cabo conductas relacionadas con los delitos a que se refiere esta sección, así como a los partidos políticos, personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica y, en particular, grupos parlamentarios o agrupaciones de electores que, de hecho, continúen o sucedan la actividad de estos partidos políticos disueltos o suspendidos será castigado con la pena de tres a cinco años de prisión».

39. «La Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico ya cuentan con los instrumentos suficientes y adecuados para asegurar el respeto a la legalidad y a las instituciones democráticas y garantizar la convivencia pacífica de todos los ciudadanos».

el delito de sedición y se introdujeron importantes modificaciones en el de desórdenes públicos. En realidad, esta ley sería solo una más en el amplio rosario de reformas penales a las que nos tiene acostumbrado el legislador de los últimos tiempos si no fuera por una serie de peculiaridades, entre las que se cuenta la de haberse aprobado batiendo auténticos récords temporales de tramitación, apenas un mes y medio desde la presentación de la iniciativa⁴⁰, o la de tramitarse como una proposición de ley presentada de forma conjunta por parte de los grupos parlamentarios Socialista y Unidas Podemos, y no como proyecto de ley orgánica presentado por el Gobierno que, en ese caso, habría requerido exigencias adicionales, de modo destacado, el informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial.

A nadie se ocultó la vinculación de la necesidad urgente de reforma con la condena por sedición en el año 2019 de los principales responsables del conocido como caso *Procés*, ni

40. Recordemos que la presentación de la iniciativa tuvo lugar el 11 de noviembre, que se aprobó por el Pleno del Senado el 20 de diciembre, y que la ley se publicó en el BOE de 23 de diciembre de 2022, entrando en vigor el 13 de enero de 2023. Al respecto y sobre las razones de la singularidad de la iniciativa, GIMBERNAT ORDEIG, E. (2023), «Malversación, sedición y desórdenes públicos después de la reforma», *Diario del Derecho, Iustel*, 2 de febrero; RAMOS TAPIA, I. / RUIZ ROBLEDOS, A. (2023), «La discutible derogación de la sedición», *Diario La Ley*, n.º 10244, marzo

siquiera lo ocultó el propio preámbulo de la ley de reforma, en el que se leía: «la reciente aplicación de este precepto ha puesto de manifiesto imprecisiones normativas de dudosa compatibilidad con el principio de legalidad penal y el principio de proporcionalidad». Ciertamente es que muchas voces en la doctrina, entre las que me incluyo, habíamos denunciado mucho antes de esa condena las graves deficiencias de la plasmación positiva del delito de sedición⁴¹. Pero, en esencia, los reparos no se debían tanto a que se discutiera el merecimiento de pena de los ataques más graves al orden constitucional, como a que la amplia redacción del precepto permitía castigar un generoso abanico de conductas que, en ocasiones, no debieran exceder de la desobediencia (como los actos de rebeldía frente a la ejecución de un desahucio), y todo ello, además, con importantes defectos; de modo destacado, lo desproporcionado de las penas o lo obsoleto de los métodos comisivos, poco acordes con las nuevas formas de atentar contra el orden constitucional⁴².

41. GÓMEZ RIVERO, M. C. (2016), *Multitudes, revueltas y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 50 ss.

42. Tanto o más criticable era la propia ubicación sistemática del precepto, encabezando el capítulo primero de los delitos contra el orden público, pese a que, precisamente por el rasgo antes expuesto de representar un pulso a las instituciones del Estado, debiera formar parte de los delitos contra la Constitución y el orden por ella establecido.

Pero eso era una cosa y otra muy distinta que nada de lo que se castigaba bajo la sedición tuviese sentido. Porque no se puede ignorar que el funcionamiento del Estado democrático puede ser atacado de muchas formas, y una de ellas es mediante la rebeldía al cumplimiento de leyes y resoluciones, siempre que por el modo en el que tengan lugar puedan suponer una puesta en peligro del orden constitucional.

En lugar de depurar el injusto sedicioso que debiera merecer protección penal y, más aún, de reformular serenamente el conjunto de los delitos contra el orden público y la Constitución, incluido por cierto el de rebelión, el legislador de 2022 se limitó a enarbolar las distintas objeciones formuladas a la sedición sin discriminación alguna, para así suprimirla sin más. Todo ello, además, con la falsa apariencia de reconducir el viejo injusto a un nuevo tipo cualificado de desórdenes al que añadió el siempre inquietante elemento de la multitud, de la masa, del gentío⁴³. Este nuevo

43. Sintomática de esta pretensión es la contradicción con la que el Preámbulo presenta la naturaleza de esta modalidad. Tan pronto se lee en él que «el apartado 2 describe un tipo cualificado para situaciones de excepcional capacidad para afectar la paz pública e idóneas para alterar gravemente el orden público», como, solo una línea más abajo, que «no puede considerarse una mera agravación de las conductas descritas en el apartado 1 ni pretende sustituir al actual 557 bis... sino un comportamiento autónomo...». La única explicación de esta contradicción es el empeño por presentar como tipo autónomo lo que a todas luces

delito de desórdenes, sin embargo, no tiene nada que ver con la sedición. Así lo dejó sentado el Tribunal Supremo en el juicio de revisión de los condenados por sedición en 2019 en la sentencia del archiconocido *Proces*. Los autos de 12 de enero y 13 de febrero de 2023 consideraron que la derogación de la sedición supuso la atipicidad de los hechos que motivaron en su momento la condena. En concreto, según esas resoluciones, a la aplicación del nuevo delito de desórdenes públicos no solo se opondría la falta de concurrencia del requisito de la violencia exigido por el tipo, sino también la imposibilidad de apreciar el elemento subjetivo del nuevo delito de desórdenes, ya que la finalidad pretendida por los autores era la de desbordar el orden constitucional, y no atentar contra la paz o el orden público⁴⁴.

parece una modalidad cualificada de la anterior, efecto que ayuda a que se presente como el «reemplazo» de la sedición.

44. «La intención de los encausados fue desbordar el orden constitucional y lograr, directa o indirectamente, pero fuera de las vías legales, un nuevo orden territorial y político: lo que aleja su comportamiento de la transgresión... de las ordinarias reglas de convivencia en grupo, que constituyen el bien jurídico protegido en los delitos contra el orden público» (ATS de 12 de enero de 2023); «El delito de sedición... enriquecía los actos ejecutivos con la voluntad de promover la inobservancia de las leyes o el incumplimiento de las resoluciones judiciales –Ahora el tipo subjetivo queda reducido a la voluntad de “atentar contra la paz pública”–. Y es indudable que la colectiva desobediencia a los requerimientos del Tribunal Constitucional o a las órdenes de los

Asimismo con la apariencia de actualizar el Código penal y adecuarlo a los estándares europeos, esa misma reforma introdujo una importante modificación en el delito de malversación, por el que igualmente habían sido condenados también algunos políticos en la sentencia del *Proces*. Castigaba este delito a la autoridad o funcionario público que administrara deslealmente el patrimonio público. La LO 14/2022 introdujo tres niveles distintos de protección en el delito⁴⁵, en cuyo diseño los desvíos presupuestarios

agentes que intentaban cumplir un mandato emanado de la autoridad judicial fueron algo más que un atentado contra la paz pública...» (ATS de 13 de febrero de 2023).

Distinta fue la posición sostenida por la Fiscalía en el recurso de reforma al ATS de 12 de enero de 2023, que consideró que «la desaparición de los tipos penales de sedición no equivale a una despenalización de todos los hechos antes subsumibles en ellos ni, en concreto, comporta la despenalización de los hechos que motivaron la condena por ese delito». El razonamiento descansa en que el delito de sedición se nutre de varias conductas típicas, y solo en aplicación del criterio de la absorción o consunción se optó por la aplicación del delito de sedición. Ahora bien, en tanto que para subvertir el orden constitucional era necesario alterar la paz pública o el orden público, decae la calificación de los hechos como sedición y se recupera la de los desórdenes. «Si no se aplica el delito de desórdenes públicos ello significa que no existió sedición, pues estos disturbios contra el orden público fueron el trayecto seguido en el *iter criminis* para conseguir la desobediencia, la realización del referéndum ilegal y la proclamación de independencia».

45. Diferenciando la apropiación de fondos para el autor o un tercero (art. 432), el uso temporal de los bienes públicos sin propósito de

pasaron a tener una pena más leve, que nunca sería de prisión si no quedaba comprometido o entorpecido el servicio al que estuviesen consignados los fondos desviados⁴⁶.

Tendría poco sentido insistir en los intereses políticos que estuvieron detrás de estas singulares modificaciones, pero sí debe ponerse de relieve una virtud que sí que tuvo esta ley: la de poner fin, a su vez, a algunos aspectos de la reforma que en el año 2015 modificó el delito de desórdenes públicos, que, también con claros intereses partidistas, se tradujo en una importante criminalización de la protesta social. En concreto, la reforma de 2022 eliminó dos importantes previsiones introducidas en el delito de desórdenes por la LO 1/2015. La primera, las modalidades de incitación y refuerzo del empleo de violencia sobre personas o cosas o de la amenaza a otros de llevarlo a cabo, que permitían comprender, respectivamente, una serie de conductas

apoderamiento (art. 432 bis) y el simple desvío presupuestario de fondos o gastos (art. 433).

46. El ATS de 13 de febrero de 2023 mantuvo la condena por malversación a los condenados por el *Procés* al considerar que «Aplicar los fondos públicos de la Generalitat para la financiación de una consulta popular que desbordaba el marco competencial de quienes la promovían, desarrollada después de reiterados requerimientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia para evitarla y, en fin, orientada a un proceso secesionista que no llegó a tener virtualidad, nunca podría considerarse... una aplicación pública diferente de aquella a que estaban presupuestariamente adscritos esos fondos».

que excedían con mucho de las tradicionales formas de inducción y complicidad, en tanto en absoluto requerían comprobar su incidencia en la actuación finalmente llevada a cabo por el grupo que actuaba. La segunda previsión suprimida fue la cualificación contemplada en el anterior art. 557 bis 3 CP, que determinaba la exasperación de la pena cuando el hecho se hubiera llevado a cabo en una manifestación o reunión numerosa de personas, o con ocasión de ellas. Las críticas que despertaba el precepto no solo tenían que ver con el hecho de que el legislador pareciera encontrar el motivo de la exasperación punitiva en la asociación del desorden al ejercicio desviado de un derecho fundamental, algo que resultaba difícil de justificar. También porque, al ser consustancial a la comisión de los desórdenes un escenario de actuación grupal e incluso multitudinaria, era de esperar en la práctica un extraordinario ámbito de aplicación de esta circunstancia.

En definitiva, cualquiera de los movimientos pendulares de reforma que alentaron estas leyes refleja la tentación que, para el poder político, del signo que sea, supone usar la fuerza punitiva del Estado por garantizar la gobernanza recurriendo al Derecho penal. En realidad, la diferencia solo reside en que, en unas ocasiones, la tentación consiste en usar el Derecho penal para derrotar a quienes suponen un peligro para el sistema conforme a los esquemas del Derecho penal de enemigo y, en otras, y esto sí es más novedoso, en crear un

«Derecho penal del amigo», que busca aniquilar, no a los enemigos, sino los delitos incómodos para los amigos, ya se trate de amigos, de socios o de colectivos que conviene atraer al concierto político, aun cuando sea con fines de pacificación social.

Perspectivas

El panorama del Derecho penal es, sin duda, mucho más amplio y rico que el que puede expresar esta exposición selectiva de las que considero las tres tentaciones del Derecho penal contemporáneo. Pero el tiempo de que dispongo y mis propias limitaciones me impiden profundizar más. Me permito tan solo una reflexión final que tiene que ver con la pregunta acerca de la respuesta que como juristas y académicos podemos ofrecer ante este panorama.

La primera actitud que pudiera adoptarse sería la de aceptar resignadamente la nueva función del Derecho penal como gestor público y, con ello, todas sus tentaciones. Ahora bien, tal claudicación supondría tanto como dinamitar buena parte de los cimientos intelectuales que desde el pensamiento ilustrado elevaron la ciencia penal a un sistema

garantista frente a los abusos del poder y es, por ello, de todo punto inaceptable desde la visión crítica y garantista que se espera de la academia. Pero también es verdad que no sería realista postular sin más la vuelta aséptica y sin matices al *gutes, altes, liberales Strafrecht* (el bueno y viejo Derecho penal liberal), en la acuñada expresión de Lüderssen⁴⁷, simplemente porque ni la realidad actual ni los problemas a los que se enfrenta hoy el Derecho penal son los que inspiraron su clásica plasmación.

En la búsqueda de una vía intermedia, como universitarios, docentes e investigadores, nos corresponde una doble responsabilidad. Como docentes, la de transmitir a los jóvenes estudiantes la importancia de que el esfuerzo intelectual, el pensamiento crítico, científico y la razón no se vean despreciados por emociones irracionales, por la política ni por las coyunturas del momento. Como cultivadores del saber, estamos obligados a denunciar la ignorancia hacia la ciencia del Derecho penal y, a partir de ahí, a proponer fórmulas renovadas para la adaptación del sistema penal a la realidad que marcan los nuevos tiempos. Estas pueden ser muy diversas, y bien podrían oscilar desde la configuración de un Derecho penal de mínimos que conviviría con un Derecho de intervención –a medio camino

47. Sobre esta imposibilidad, SILVA SÁNCHEZ (2011), *op. cit.*, pp. 165 ss.

entre el Derecho penal y el Derecho administrativo—, según la propuesta de la Escuela de Frankfurt encabezada por Hassemer⁴⁸, pasando por un Derecho penal de dos velocidades, en la propuesta de Silva Sánchez, conforme a la que las garantías de la reacción penal serían directamente dependientes de la gravedad de la sanción por imponer⁴⁹. O cabría también sostener la reformulación uniforme y para todos los delitos de las viejas reglas y categorías que han inspirado la elaboración del Derecho penal durante décadas para adaptarlos a su nueva realidad, pero sin que ello suponga la flexibilización de las garantías penales en ninguno de sus nuevos ámbitos de aplicación⁵⁰. Con cualquiera de estas

48. HASSEMER, W. (1992), «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo 45, I, pp. 235 ss. Véase también HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F. (1995), *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 43 ss.

49. SILVA SÁNCHEZ (2011), *op. cit.*: «La clave radica, pues, en admitir esta gradualidad de la vigencia de las reglas de imputación y de los principios de garantía en el propio seno del Derecho penal, en función del concreto modelo sancionatorio que éste acabe asumiendo», p. 171.

50. En esta líneas puede verse la propuesta de GRACIA MARTÍN, L. (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 155 ss., para quien «el Derecho penal moderno es uno en todo conforme con las exigencias del Estado de Derecho», o ya antes GIMBERNAT, E. (2001), *Moderenas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*,

propuestas y parafraseando a un jurista y profesor universitario comprometido con la búsqueda de la justicia, Gustav Radbruch, debe ser nuestra más alta aspiración la de elaborar un *Derecho penal mejor*, mientras no seamos capaces de encontrar *algo mejor que el Derecho penal*.

UNED, Madrid, cuando afirma que no se puede decir que los conceptos fundamentales de la teoría del delito elaborada por la dogmática penal «tengan que ser abandonados a la vista de nuevos fenómenos penales...», p. 370.

Bibliografía citada

- BACIGALUPO ZAPATER, E. / SILVA CASTALO, M. L. (2004), *Un Derecho penal para Europa. Corpus Juris 2000, Un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Dykinson, Madrid.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (2022), «El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 138.
- BECK, U. (1986), *Risikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main. Traducción española a cargo de Navarro / Domínguez / Borrás (1998), *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona.
- BLANCO CORDERO, I. (2013), «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués», en *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)*.

- DE LA MATA BARRANCO, N. (2022), «El Derecho penal en el Metaverso» en *Almacén del Derecho* (<https://almacenederecho.org/el-derecho-penal-en-el-meta-verso>) [Consultado el 9-09-2023].
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2004), «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- GIMBERNAT, E. (2001), *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. (2012), «Presunciones y Derecho penal», *Revista penal México*.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. (2016), *Multitudes, revueltas y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GRACIA MARTÍN, L. (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GUARDIOLA LAGO, M.J. (2016), *La política criminal en España*, pp. 39 ss., Consultado en <http://openaccess.uoc.edu>
- HASSEMER, W. (1992), «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo 45.
- HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F. (1995), *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- JAKOBS, G. (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Editorial Civitas, Madrid.
- JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M. (2006), *Derecho Penal del enemigo*, Thomson, Civitas, Cuadernos Civitas.
- MIRÓ LLINARES, F. (2018), «Inteligencia artificial y justicia penal; más allá de los resultados lesivos causados por robots», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 20.
- MIRÓ LLINARES, F. (2022), «Inteligencia artificial, delito y control penal: nuevas reflexiones y algunas predicciones sobre su impacto en el derecho y la justicia penal», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 100 (septiembre-octubre) (ejemplar dedicado a Inteligencia artificial y derecho).
- MUÑOZ CONDE, F. (2000), *Introducción a Política criminal y sistema de Derecho penal*, 2.ª ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- MUÑOZ CONDE, F. (2005), *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- MUÑOZ CONDE, F. (2011), *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2013), *La racionalidad de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- ROXIN, C. (1973), *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter GmbH & Co.KG (Verlag), Berlín.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2011), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, Edisofer, Montevideo-Buenos Aires.
- TRALLERO MASÓ, A. / TOMÁS ROMÁN, E. (2022), «Metaverso y Derecho Penal», *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 158.

MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO

M.^a del Carmen Gómez Rivero es catedrática de Derecho penal en la Universidad de Sevilla desde 2008, tras obtener la habilitación nacional en 2006. En esta Universidad obtuvo la licenciatura (1991) y el doctorado (1994), que cursó con una beca FPDI del Ministerio de Educación y Ciencia. Profesora titular en las Universidades de Córdoba (1995) y Sevilla (1998), ha realizado estancias de investigación en las Universidades J. W. Goethe de Frankfurt, Ludwig-Maximilians de Múnich y en la Universidad de Bolonia. Becaria de la Fundación Alexander von Humboldt, ha impartido numerosos cursos de máster y doctorado, así como seminarios, conferencias y ponencias en congresos nacionales e internacionales. Con cinco sexenios de investigación reconocidos, ha participado en quince proyectos de investigación, habiendo sido investigadora principal en dos proyectos nacionales: *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción* y *Análisis interdisciplinar de la represión del discurso terrorista*.

Directora de edición de la *Revista General de Derecho Penal* y miembro del comité científico de otras, como la *Revista penal y Justicia e Sistema Criminal*, pertenece al consejo asesor de la publicación oficial del Ministerio de Justicia *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.

En su actividad de transferencia y gestión destacan su actuación como experta analista de la normativa penal en el Programa de la ONU para el Desarrollo (PNUD), en la Misión para el Fortalecimiento institucional de la Justicia en el Perú (2001). Fue vicepresidenta de la sección española de la Asociación internacional de Derecho penal; miembro del comité de Derecho y jurisprudencia de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (2013), cuya presidencia ejerció en 2014; vicedecana de Investigación de la Facultad de Derecho (2008-2010) y directora del Departamento de Derecho penal y Ciencias criminales (2015-2022) de la Universidad de Sevilla. Ha participado en distintas comisiones de evaluación de convocatorias públicas (Ramón y Cajal, Juan de la Cierva, Salvador de Madariaga o Nacional de Formación de RRHH de Investigación). Es vocal permanente de la Comisión General de Codificación (Sección cuarta).

Es autora de más de 80 publicaciones en revistas nacionales y extranjeras, así como de varias monografías: *La inducción a cometer el delito* (1995), *El fraude de subvenciones* (1996/2005²), *La imputación de los resultados producidos a largo plazo* (1998), *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio* (2000), *La responsabilidad penal del médico* (2003/2008²), *La protección penal de los datos sanitarios. Especial referencia al secreto profesional médico* (2007), *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales* (2012), *Revueltas, multitudes y Derecho penal* (2019).



UNIVERSIDAD D SEVILLA