

# TRADUCCIONES

---

## DEMOCRACIA Y DERECHO PENAL\*

PROF. ENZO MUSCO

*Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Roma*

**SUMARIO:** Premisa.- 1. La crisis del sistema de fuentes y del principio de separación de poderes.- 2. La crisis de los contenidos de democracia del su- puesto delictivo.- 3. El modelo preventivo como paradigma contemporáneo de la debilitación de los principios de lesividad y culpabilidad.- 4. ¿Cuáles son las posibles soluciones?

### PREMISA

Los fundamentos democráticos del Derecho penal moderno aparecen a los ojos de un observador crítico, profundamente debilitados. Han pasado veinte años desde que, junto a Giovanni Fiandaca, nos temíamos una pérdida de legitimación del Derecho penal, una involución de las “razones que hacen legítimo o, al menos aceptable, el recurso al instrumento penal”.

Se puede evocar elocuentemente la persistente actualidad de la denuncia, tendente a estigmatizar, entre otros, el sistemático proceso de penalización, que ha afectado en los últimos años – y sigue afectando incesantemente – a cualquier sector de la vida social, determinando una verdadera y propia elefantíasis del sistema penal, ahora en el límite de la implosión. Asimismo, es incontenible la inclinación a la producción normativa-penal en perjuicio, obviamente, del carácter general-preventivo del sistema en su conjunto.

---

\* Traducción de D<sup>a</sup> Valentina Faggiani, Doctoranda de la Universidad de Granada, y Prof. Dr. Jesús Martínez Ruiz. Universidad de Granada.

Y en la medida en que emergen exigencias sociales, el recurso a la sanción penal como medio de regulación jurídica, ha sido cada vez más frecuente y siempre menos condicionado por la necesidad de respetar tradicionales y elementales exigencias de garantías, tanto formales como sustanciales, cristalizadas, entre otros, en principios constitucionales de eficacia, cada vez más debilitada.

A todo ello no es ajena, obviamente, la constatación según la cual, en las últimas décadas, el Derecho penal ha visto acentuar su carácter de contingente instrumento político y su directa e inmediata funcionalidad ideológica y ha adquirido de alguna forma conciencia, con mal disimulada resignación, de su creciente ineffectividad, llegando ahora a niveles de intolerancia. No estamos muy lejos de la verdad si se ancla la frenética oscilación entre el recurso al terror sancionador y la recuperación de mecanismos de “indulgencia” a la afirmada ausencia de una política criminal.

Estamos, en buena medida, ante un Derecho penal que se mueve, por un lado, con la lógica del neo-retribucionismo y que, a la vez, y sistemáticamente, tiene que hacer frente, por otro, a la huida a la sanción por causas externas a sus principios-guía y que, por lo tanto, no solo parecen afectados por un síndrome esquizofrénico que, a la larga, le hace perder la credibilidad necesaria para conseguir aunque sea solo el mínimo respeto por parte de sus posibles usuarios, sino que acaba perdiendo de hecho su legitimación para actuar.

Este es el marco, en realidad desolador, que emerge de un lúcido análisis de lo que ha ocurrido en los últimos años: la crisis y la deslegitimación político cultural –expresión quizá de una crisis más general de la misma idea de Estado de Derecho– está ante nuestros ojos, no solo en Europa, como colarario desagradable del proceso de globalización que ha derrotado también el fundamento democrático del Estado de Derecho y del Derecho penal.

Todo esto muestra el grave y aparentemente irrefrenable *déficit* democrático que acompaña, como vicio ya no oculto, los frentes tradicionalmente garantistas del Derecho penal y de su producción normativa y nos impone enfrentarnos a la crisis de la norma penal, que transparenta tanto en la fase genético-formal como en aquella sustantiva, es decir, tanto en el modo de producción como en su contenido.

## 1. LA CRISIS DEL SISTEMA DE FUENTES Y DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

1.1. Siguiendo un orden, bajo el primer perfil, se habla de *crisis del tradicional sistema de fuentes*, junto a la apertura hegemónica –que se ha

dado bastante pronto– a fuentes distintas y nuevas, de origen gubernamental y jurisprudencial, en perjuicio del imprescindible carácter democrático de la fase genética de la producción normativa.

Se trata de una tendencia, ampliamente difundida a nivel no solo europeo, que además trasciende los límites de la materia penal pero que, sobre todo en este ámbito, despliega plenamente los efectos perversos y distorsionados de las reglas democráticas dimanantes del principio de la separación de poderes.

Varios son los planos sobre los que la referida crisis se manifiesta, que se pueden resumir en tres puntos: 1) el abuso del denominado Derecho penal gubernamental; 2) el papel propulsivo y dominante, también en las decisiones de política criminal, asumido por los órganos supranacionales; 3) la discrecionalidad (ya no interpretativa, sino más bien) creadora ahora (auto)atribuida por el poder judicial, hasta el punto de legitimar, con el aval de la doctrina *ad hoc*, la idea de la jurisprudencia como fuente del Derecho penal.

Como es evidente, el rasgo común, que asume un peso decisivo, es la debilitación, tanto formal como sustancial, del papel del órgano parlamentario, el único realmente legitimado, en virtud de su representatividad de la voluntad popular y conformidad al consenso social, para producir normas capaces de incidir en el bien de la libertad personal de los ciudadanos. Este, por el contrario, está perdiendo sustancialmente el papel de garantía que tradicionalmente ha encarnado, derrumbado por un modelo de penalización de matriz gubernamental y jurisprudencial, que acaba corroborando las modernas fascinaciones de un *Derecho penal débil*, que encuentra su base jurídica en la fuente jurisprudencial.

Es, por todo ello, que se habla de una verdadera y propia crisis del modelo clásico de Derecho penal, arraigado en el principio de legalidad formal. Desde este punto de vista, es muy instructivo el ejemplo del sistema italiano. Sistema que presenta características básicas superpuestas en larga medida –también en los perfiles patológicos– a las de otros sistemas del área europea, y en el que parte de la doctrina, sometiendo a un proceso de “minimización” la fachada garantista de la reserva de ley, llega a proponer su superación o, en la mejor de las hipótesis, un drástico replanteamiento de las pretensiones formales que a este se reconducen.

Fundamentalmente, la conclusión se basa en la erosión de la reserva de ley nacional ante factores *endógenos* y *exógenos*: los primeros, se pueden individualizar de forma diferente, aunque constante en todos los Ordenamientos jurídicos estatales, por lo que podríamos rebautizarlos como *fisiológicos*, más que endógenos; los segundos, se derivan de la

multitud desordenada de fuentes supranacionales y de su –también fisiológica– incidencia en los mismos Ordenamientos.

Con respecto a los primeros, se incluyen: a) el declive de la función representativa del Parlamento; b) el uso desnaturalizado y anormal de las fuentes gubernamentales, también en el ámbito penal; c) las distorsiones internas al procedimiento legislativo, acompañadas por una especie de dolosa inobservancia de las reglas de procedimiento: sustancialmente una incorrección institucional en el seno de la actividad parlamentaria; d) la escasa eficacia del control ejercido por parte de la opinión pública; e) las distorsionadas relaciones funcionales entre Parlamento y jueces, tanto constitucionales como ordinarios.

Al respecto, es central la idea de crisis del sistema de representación parlamentaria y el sustancial declive de la función de representación del Parlamento. Las motivaciones, múltiples y heterogéneas, están todas centradas en la afirmada capacidad del Parlamento de hacerse intérprete de verdad de las exigencias de reglamentación de la sociedad, hasta llegar a perfilarse una reducción generalizada de la confianza en la ley, acompañada por una crítica cerrada a la relación entre reserva de ley y democracia representativa.

En particular, se pone de relieve la inadecuación del sistema de representación democrática a través de la mediación de los partidos políticos, o por el abuso de prácticas de democracia consensual o por la sustancial inutilidad de la oposición misma, siendo de hecho excluida una posibilidad efectiva de incidir en el contenido de las leyes o, incluso, de avanzar críticas en el curso del procedimiento legislativo, por una excesiva minimización de los tiempos del debate parlamentario –en el supuesto de que tales espacios se hayan conseguido– por haberse contentado con adoptar meras prácticas obstruccionistas o proponer estériles polémicas mediáticas con fines electorales sin un real debate sobre el fondo de las cuestiones.

En este panorama, se enmarca el *factor tecnocrático*, derivado de la necesidad de correr tras una realidad cada vez más avanzada, perversa y dominada por la tecnología, que ve la soberanía del ciudadano expropiada o socavada por el peso creciente asumido en las decisiones públicas por la tecnocracia y los expertos, debido a la cada vez mayor complejidad de las cuestiones a decidir: la política se hace más técnica y la técnica se politiza.

Asimismo, parece irrefrenable el empuje a la expropiación del Parlamento también por parte de otros poderes, definidos acertadamente “sin responsabilidad” (y *sin representación*): nuevos vectores de la volun-

tad social que contribuyen a la desestabilización del circuito democrático. Se trata, en particular, de figuras y actores sociales que se forman más allá de las estructuras formales del Estado y que influyen de forma determinante en las decisiones y las estrategias políticas, con la ventaja de una sustancial irresponsabilidad y de una transmigración del poder político administrativo de las propias sedes institucionales a las sedes privadas, representadas por los *lobbies*, grupos de presión, potentados. Y en la misma línea, es relevante también la proliferación de autoridades independientes, legisladores técnicos exentos de responsabilidad política electoral, cuya legitimación se basa en la competencia, autoridad y neutralidad: cánones apreciables y deseables, pero distintos respecto a los requisitos preliminares de legitimación democrática y cuya real eficiencia y eficacia, en clave funcional, parece que hoy tenga todavía que demostrarse.

Sobre tales fundamentos nace, entonces, un modelo de Derecho penal gubernamental – bien distante de los cánones de la Democracia que han acompañado históricamente la idea garantista del Derecho penal liberal, basado en la necesidad, prevalentemente simbólica, de tranquilizar a la opinión pública, ansiosa de respuestas veloces, más que eficaces y efectivas. Ejemplo muy claro es el representado por la legislación de la emergencia, inaugurada en Italia con la normativa antiterrorismo y alimentada posteriormente por la copiosa y ansiosa producción en materia de criminalidad organizada, hasta alcanzar los recientes “paquetes de seguridad”, en los que se mezclan enfoques sustanciales (se podría decir “justicialistas”), incapaces de soportar las reglas formales, e intentos de restauración autoritaria (piénsese en lo ocurrido con la agravante de la clandestinidad).

1.2. A todo ello se acompaña la compresión de la discrecionalidad del legislador interno en las decisiones relativas a la introducción de nuevas incriminaciones, generadas por el desarrollo de las fuentes supranacionales.

Al respecto, adoptando una óptica europea, no se puede dejar de recordar preliminarmente el *déficit* democrático, que ha caracterizado históricamente el Derecho europeo y que ha representado tradicionalmente el obstáculo más fuerte al reconocimiento de una competencia directa de la UE en materia penal.

Como es sabido, el problema tiene sus raíces en los orígenes mismos del proyecto comunitario, surgido con vocación casi exclusivamente económica, cuyo objetivo era la realización de un sistema decisorio que

fuera el resultado de un compromiso para atemperar las exigencias de tutela de los intereses nacionales y de aquellos europeos. En coherencia, la solución *más eficiente* se encontró en el *connubio* Comisión- Consejo: la primera, titular de intereses objetivos y generales de la Comunidad y dotada del poder de iniciativa política; el segundo, representativo de los intereses de los Estados miembros y dotado de capacidad de deliberación.

El límite de las modalidades de formación y de legitimación de los órganos institucionales europeos se ha ido extendiendo cada vez más con el tránsito de una matriz esencialmente económica a una aspiración de unión política y con el aumento de las competencias atribuidas y del número de los Estados miembros y, en definitiva, se puede reconducir al espacio hegemónico atribuido a los intereses y a las preferencias de los gobiernos de cada uno de los Estados y a los denominados eurócratas, más que a las decisiones de los ciudadanos europeos. Todo ello se convierte, inevitablemente, en una escasa transparencia en los procesos decisorios y sobre todo en una carencia de representación política, en una relación entre representantes y representados muy flexible. En este sentido, son muy evidentes y obvias las incidencias en una materia, como la penal, que encuentra su título de legitimación propio en el consenso social.

No obstante, se puede hablar de una penetración del Derecho comunitario también en las evaluaciones político criminales remitidas en origen al monopolio exclusivo del Estado: el efecto es el irrefrenable ascenso de la génesis de preceptos penales en un contexto ya no nacional, en el que la política criminal comunitaria se alinea –hasta sustituir– aquella interna. En este sentido, aun pudiendo seguir excluyendo, la previsión en vía directa de supuestos penales delictivos por parte de fuentes normativas comunitarias, es evidente que la Unión expresa, mediante una serie de *estrategias de intervención*, una verdadera y propia *política criminal europea*, así que es posible hablar de un Derecho penal *europizado*. Ante las obligaciones de penalización supranacional, cada uno de los Parlamentos nacionales se entrega a una progresiva expropiación de su margen de apreciación en las decisiones de criminalización, tanto en la adopción de la iniciativa como a la hora de expresar, sobre la base de la propia discrecionalidad política democrática, las opciones relativas a los contenidos de la tutela penal.

La tensión, subyacente, entre la legalidad penal y el Derecho europeo (o, más en general, el Derecho supranacional) encuentra hoy terreno fértil en los contornos fluidos de un derecho cada vez más descontextualizado y desestructurado, ante un itinerario mitológico que induce a razonar en términos de complejidad social y de pensamiento plural, pasando

del clásico paradigma de la unidad, a aquel otro de la plurivocidad y del polimorfismo.

De ahí, es inevitable que las sensibilidades hacia el garantismo tiendan a difuminarse y, en cambio, crezcan las instancias dirigidas a replantear la función de la ley nacional, en nombre de un policentrismo (supuestamente) democrático de matriz internacionalista. Y a quien sigue subrayando la persistente irreductibilidad del conflicto entre materia penal y derecho supranacional, revalorizando el canon tradicional de la democracia representativa y de la exclusividad de la ley parlamentaria como fuente del Derecho penal, se le opone un reproche de anacronismo, no demasiado velado, insinuándose la duda de que se pueda demostrar cualquier cosa menos útil exportar la teorización clásica al ámbito supranacional y global, puesto que aquí las distorsiones señaladas resultarían, incluso, amplificadas. Como si, queriendo ejemplificar la evidente paradoja, la exigencia de garantía se redujera, en lugar de aumentar, junto a la ampliación de los confines de la norma penal y de los potenciales destinatarios.

1.3. El tercer pilar de la pérdida de legitimación democrática de la fase genética del Derecho penal está representado por el exponencial crecimiento del denominado Derecho penal jurisprudencial.

A través del *escamotage* de la interpretación extensiva se asiste, en buena medida, a un verdadero y propio deslizamiento de la incriminación cada vez más acentuado, del vértice de la pirámide de las fuentes (la ley estatal) hacia su base, hasta dejarla salir fuera de los confines del espacio jurídico formal; como ya se ha dicho, el aterrizaje final es la inclusión de la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, también penal, a la par que aquella legislativa. Se trataría del definitivo reconocimiento formal del papel que el Poder judicial ya habría asumido de hecho en el ámbito de la fundamental actividad interpretativa.

Es evidente como el punto reenvía a la pacífica disputa en torno a los límites de la actividad hermenéutica del juez –que en esta sede solo puede ser mencionado–, en la búsqueda de un equilibrio entre la interpretación extensiva y la integración analógica, de asignar al juez, en el contexto de aquella espiral hermenéutica entre supuesto concreto y tipo delictivo abstracto en la que está llamado constantemente a actuar con prudencia, evitando obstáculos, y de cuyos meandros solo el llamamiento sólido a los fundamentos formales y procedimentales de la democracia representativa puede permitirle salir de tal situación.

## 2. LA CRISIS DE LOS CONTENIDOS DE DEMOCRACIA DEL SUPUESTO DELICTIVO

De la misma forma, junto a la crisis de las fuentes, se observa una desintegración del carácter democrático de los contenidos de la norma penal. Es sabido cómo, además de los principios formales que individualizan los presupuestos garantistas mínimos del Derecho penal, seleccionando las fuentes y las modalidades de redacción, interpretación y aplicación de la ley penal, en un Ordenamiento penal democrático y moderno, coherente con los cánones de un Estado de Derecho, existen también principios sustanciales, que fijan límites de contenido a la individualización de los hechos penalmente relevantes: el principio de materialidad y de lesividad, entre todos. Estos se refieren a los límites de los contenidos de las imputaciones, reduciendo la categoría de los comportamientos penalmente sancionables e incidiendo en las decisiones de criminalización del legislador.

Ahora bien, los cánones de la tradición democrática del Derecho penal liberal (tipicidad, fragmentariedad, *extrema ratio* y lesividad) se ponen a prueba en la norma penal también desde el punto de vista del contenido, con un progresivo abandono del modelo de un Derecho penal del hecho.

Ante todo, vale la pena recordar cómo, notoriamente, para el *principio de materialidad, cogitationis poenam nemo patitur*, no se pueden sancionar los actos meramente internos, sino solo los hechos humanos concretamente apreciables, es decir los comportamientos humanos exteriorizados (*nullum crimen sine actione*). Sobre la base de este principio, consecuentemente, tendrían que sancionarse solo conductas y no meras opiniones y pensamientos; solo delitos y no simples pecados. Todo esto es expresión de una visión laica y moderna del Derecho penal cuál es la del denominado Derecho penal del hecho.

La *ratio* es garantizar un margen adecuado de seguridad a la libertad individual de los miembros de la colectividad respecto a la posible injerencia del poder punitivo sobre hechos que afectan al mero foro interno de la conciencia individual, con el fin de impedir que se sancione la mera *cogitatio*, marcando una distancia neta del Derecho penal teocrático y de carácter ético y rechazando toda tentación hacia un Derecho penal del comportamiento interno o de la sospecha y, asimismo, para que se impida dar vida a modelos de Derecho penal de autor.

Parecería obvio, aunque no lo es. Es suficiente considerar, como actual *vulnus* al principio de *materialidad*, el debate, no solo italiano, sobre

la oportunidad de introducir el delito de negacionismo, en relación con la posible lesión de las libertades fundamentales e inalienables, como la libertad de expresión, de manifestación del pensamiento y de investigación científica e histórica. La cuestión, como es evidente, se enmarca en el ámbito del debate más general sobre la licitud de los denominados delitos de opinión, sobre los que los medios de comunicación han vuelto a llamar la atención tras las propuestas presentadas, también en Italia, para introducir un supuesto típico delictivo con el fin de sancionar el negacionismo de la *Shoah*.

A favor de la introducción de este delito se evidencia la alarma suscitada por la ofensiva negacionista y revisionista y, más en general, por el fenómeno racista; subrayándose la necesidad de un derecho a la verdad y a la justicia para las víctimas –considerando el carácter ofensivo que revisten indudablemente aquellas lecturas que ponen en discusión la existencia y la gravedad de crímenes como el genocidio o de los crímenes contra la humanidad– y el carácter extraordinario de eventos trágicos, como la *Shoah*.

No obstante, contra esta propuesta se pueden plantear varias profundas e insuperables objeciones. En primer lugar, hemos de observar desde ya, como una norma que prevea el negacionismo como delito, interviene en la materia de la libertad de pensamiento y de opinión, limitándola completamente más allá del esquema típico de la inducción. Solo este último, en efecto, se puede considerar el parámetro constitucional de compatibilidad, según las enseñanzas de nuestra *Corte Costituzionale*, que justifica la intervención del Derecho penal en la materia.

No hay ninguna duda, además, de que cualquier manifestación escrita o verbal de negacionismo, que se coloque en este sentido, creando un peligro para el orden público, tendría varias posibilidades de ser subsumida en supuestos penales ya existentes en nuestro ordenamiento, como, por ejemplo, el delito de apología de delito. De tal manera, el negacionismo penalmente relevante se manifestaría y, por lo tanto se castigaría, como puro pensamiento, del que se acabaría sancionando la presentación, incluso prescindiendo de su publicidad.

Además existen también otros riesgos de tipo indirecto. Si miramos bien, la aceptación y la legitimación de “nuevos” delitos de opinión podría constituir una especie de caballo de Troya para introducir nuevos delitos, en otras materias y ámbitos (la mente va inmediatamente al sector de la lucha contra el terrorismo internacional, recogiendo estímulos del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo).

En todos estos casos, se iría más allá del valor promocional del Derecho penal, puesto que el objetivo prevalente ya no residiría en el cas-

tigo del reo por la ofensa infringida a los intereses individualizados sino, más bien, en el solo *poder evocativo* de la norma y del castigo; la sanción que remite a la condena el valor en nombre del cual ésta se ha impuesto.

El Derecho penal interviene entonces con finalidades puramente simbólicas para tutelar y recomponer una identidad colectiva, protegiendo y estabilizando la memoria pública: consagra la importancia a través de la norma y la pena. Un legislador penal que se hace, en la sustancia, portador de un mensaje y no de la protección de un interés digno de tutela.

### 3. EL MODELO PREVENTIVO COMO PARADIGMA CONTEMPORÁNEO DE LA DEBILITACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LESIVIDAD Y CULPABILIDAD

Una no menos significativa pérdida de Democracia a nivel sustancial de la norma penal se individualiza en lo que atañe a los principios de *lesividad* y de *culpabilidad*, principios fundamentales del Derecho penal moderno, cuyo alcance garantista se reconduce sustancialmente a la exigencia de impedir dilataciones excesivas del área de lo penalmente relevante, acudiendo a anticipaciones de tutela inmotivadas, con delitos sin ofensa, o a formas de responsabilidad no fundadas sobre la responsabilidad subjetiva.

El principio de lesividad, concretado en Italia también por la *Corte Costituzionale* (por ejemplo en la sentencia n. 265 del 2005, relativa al art. 707 cp.), opera tanto hacia el legislador (lesividad *in abstracto*) como hacia el juez (lesividad *in concreto*). Bajo el primer perfil, se configura como un canon de política criminal, imponiendo al legislador el mandato de tipificar únicamente supuestos delictivos que expresen en el plano abstracto un perceptible contenido lesivo; bajo el segundo, en cambio, acaba operando como criterio hermenéutico, que guía al juez en la interpretación y aplicación de los supuestos delictivos, para evitar su excesiva e irrazonable aplicación a hechos sustancialmente inofensivos.

Ahora bien, en este contexto, no se puede dejar de hacer referencia, aunque fragmentariamente, al creciente *déficit* de compatibilidad con la idea democrática del *Derecho penal del hecho ofensivo*, representada por la proliferación de supuestos contruidos sobre la base del modelo del peligro abstracto, muchas veces centrado en una presunción legislativa de peligrosidad, no superable a través de prueba contraria.

Sin embargo, más allá de los múltiples ejemplos normativos de debilitación del principio de lesividad, cristalizados en la tipificación de delitos de peligro abstracto, es necesario poner el acento en una distinta y

más engañosa forma de atentado a la Democracia penal; una forma aún más actual, materializada a través del denominado modelo preventivo, modelo que encarna los dos perfiles críticos arriba delineados.

Al respecto, aquí puede decirse que el atentado a la *Democracia penal* se realiza bajo un doble punto de vista: por un lado, a *nivel de contenido de la norma penal*, es decir, en el caso de que sea el mismo legislador quien opte por discutibles (y muy discutidas) decisiones de anticipación de la tutela. Es este el caso, por ejemplo, de la legislación en materia de OGM y de medioambiente, en la que se opta por una extrema anticipación de la tutela, anclando la punibilidad en un estadio bien anterior a la misma realización de un peligro, ante un riesgo todavía no científicamente aclarado.

Y, por otro, también a *nivel interpretativo*, con las insidias que la penetración de la lógica preventiva en sede aplicativa expresa, a partir de la interpretación forzada en lo que concierne a la comprobación de la culpa, cuando se acaba requiriendo al agente, por así decir, “*evitar también lo que es imprevisible*”. Desde esta óptica, es suficiente recordar algunos de los casos llamativos que nos ofrece el copioso panorama jurisprudencial italiano, partiendo del caso del Petrolquímico hasta los más recientes casos del aluvión de Sarno y del terremoto del Aquila. De tal forma, se depaupera el mismo alcance garantista del principio de culpabilidad, que se concluye desanclando el reproche del previo reconocimiento del peligro mismo.

#### 4. ¿CUÁLES SON LAS POSIBLES SOLUCIONES?

Llegados a este punto, es oportuno intentar esbozar algunas posibles soluciones para minorar los gravísimos efectos distorsionantes de la pérdida de Democracia del Derecho penal, para intentar evitar el peligro de perjudicar definitivamente la credibilidad del sistema penal en su conjunto y la desaparición de la confianza institucional de los ciudadanos, esto es, del necesario consenso social del que creemos, todavía hoy, que el Derecho penal no puede prescindir.

4.1. En primer lugar, en el plano de la producción, sería necesario revitalizar el fundamento garantista de la fuente legislativa y de la Democracia representativa; para hacer esto, se debería repensar, sin dejar a un lado, la *ratio* garantista de la reserva de ley, haciendo entrar de nuevo en los correctos y fisiológicos binarios las actuales derivas que se han señalado (no solo italianas) del Derecho penal gubernamental y jurisprudencial.

Se podría así, por un lado, prever un *quórum* más elevado para la aprobación de normas penales por parte del Parlamento; y por otra parte, se podrían reducir seriamente los márgenes de operatividad de la interpretación creadora de la jurisprudencia, introduciendo una prohibición explícita de interpretación extensiva.

4.1.1. Siempre en clave de salvaguarda de la exclusividad parlamentaria, se podría delimitar, desde una óptica garantista, un preciso itinerario que permita construir normas penales compartidas y dotadas de credibilidad racional.

En particular, asumiendo una vez más como paradigma el modelo italiano, habría que focalizar la atención en lo ocurrido desde el comienzo de los años noventa ante el abuso de los actos de clemencia, esto es respecto de la reforma del art. 79 C. (realizada por ley constitucional n.1, de 6 de marzo de 1992), atendiendo a la cual hoy se requiere la garantía procedimental de una mayoría cualificada (los dos tercios de los componentes de cada una de las Cámaras) para la aprobación de la ley de concesión de la amnistía y del indulto, tanto en su conjunto, como en cada uno de sus artículos. Ahora bien, si existe –e indiscutiblemente existe– un hilo de continuidad entre génesis y extinción de la norma penal, ¿por qué no hacer el camino “a contrario” y requerir, también para la génesis de la norma penal, las mismas garantías procedimentales previstas constitucionalmente para hechos extintivos de clemencia?

Y tal opción político cultural, en la que el dato numérico se refiere a un componente fuertemente cualitativo, esto es, del pluralismo cultural y político que se encuentra detrás del elevado *quorum* propuesto, bien podría traducirse en la introducción de un nuevo apartado en el art. 25 C., así formulado: “*la ley penal es aprobada por mayoría de dos tercios de los componentes de cada una de las Cámaras*”.

Por otra parte, tal lectura podría ser reforzada por otro elemento, que se puede deducir siempre del art. 79 C., esta vez considerando la relación entre el texto anterior y aquel posterior a la reforma constitucional de 1992. Al respecto, es sabido como la originaria formulación del art. 79.

C. – según la cual “*la amnistía y el indulto se conceden por el Presidente de la República en virtud de una delegación de las Cámaras*” – fue invocada para afirmar la admisibilidad de la delegación legislativa en materia penal, en cuanto si era constitucionalmente legítima la delegación legislativa para la amnistía, lo era también para las demás disposiciones que concurren a formar la norma penal global y, en particular, para la norma penal sancionadora. Ahora bien, si es verdad que todo deja suponer que

el mutado tenor del art. 79.1 C. no cerrará la incisión que el texto originario ha contribuido a trazar, es fácil observar que la modificación constitucional se pueda invocar, en vía interpretativa, como fundamento de la incompatibilidad de la delegación también con respecto al momento de formación de la normativa penal.

4.1.2. En lo que concierne a la intromisión jurisprudencial y a los daños que determina en la fisiología de una sana Democracia penal, una posible solución podría derivar de la impresión, en realidad bastante desalentadora, de que el acto interpretativo, además de creativo, sea muchas veces el fruto de un procedimiento aleatorio, que se concilia mal con los valores de los que debería hacerse portador el sistema penal; el carácter aleatorio, que tal vez puede desembocar en la arbitrariedad, de las operaciones hermenéuticas se esconde en la interpretación extensiva, desde siempre en el banco de los imputados de la ciencia penal, ya sea por su engañosa inclinación a poner en crisis el valor del principio de estricta legalidad en el plano de la concreción de la prohibición penal, ya sea por la escasa compatibilidad o por la intolerancia hacia el Derecho penal constitucionalmente orientado, comenzando desde la fragmentariedad para acabar con la subsidiariedad.

Para obviar esta sustancial desconfianza en la magistratura, se debería *constitucionalizar la prohibición de interpretación extensiva*, sobre la base del modelo del Código penal francés de 1994 (art. 111-4), del Código penal español de 1995 (art. 4) y, sobre todo, del Proyecto de ley constitucional elaborado en Italia por una Comisión bicameral para la reforma de la Parte segunda de la Constitución, que en el art. 129.3 preveía que *“las normas penales no se pueden interpretar de forma analógica o extensiva”*.

A través de esta solución se podrían recuperar, sin duda, los valores de libertad de los individuos, dentro de un marco de reequilibrio de los poderes del Estado en torno al valor de la legalidad, llegando en el fondo a profanar tanto el dogma de la omnipotencia de la interpretación en materia penal, que está detrás de la ilimitada libertad del intérprete, como el mito de la plenitud de la tutela penal postulado con engañosa insistencia.

Más allá de un indudable valor de exhortación, esta propuesta daría lugar a más y no indiferentes ventajas, tanto por el papel de fuerte sensibilización cultural que podría desarrollar, como por el fortalecimiento, aunque indirecto, del control del juez constitucional sobre el respeto por parte del legislador del principio de taxatividad y, por último, por la posibilidad de una directa censura del vicio ante la Corte de Casación (*ex art.*

606, letra. b, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por inobservancia o aplicación errónea de normas jurídicas que se deben tener en cuenta en la aplicación de la ley penal.

4.2. Por otra parte, desde el punto de vista del contenido, habría que recuperar el sentido de un Derecho penal si no mínimo, “al menos reducido”. Al rigor formal se debería añadir entonces la formulación de un nuevo pensamiento ontológico, reservando a la sanción penal solo la salvaguarda de los bienes jurídicos fundamentales de matriz constitucional, con supuestos realmente típicos y basados en el modelo del resultado de lesión o de peligro concreto, consagrando al mismo tiempo la despedida del Derecho penal respecto a todos aquellos sectores –en particular de la economía– en los que el instrumento ha demostrado su ineffectividad o, incluso, su irracionalidad.

En el fondo, desde una perspectiva de nueva legitimación del Derecho penal, el camino de la “deflación” parece imponerse como inevitable y, al mismo tiempo, imprescindible, en coherencia con la concepción del Derecho penal como *extrema ratio*; una intervención penal limitada a los casos de “estricta necesidad”, con la eliminación de aquellos sectores y de aquellos supuestos que no presentan las características propias del bien digno de tutela, con el objetivo de recuperar el carácter, en un cierto sentido, de defensa del instrumento penal, negando que a éste se pueda recurrir para realizar finalidades impropias de orden social.

Desde esta perspectiva, sería necesario superar la pretensión de gobernar subrepticamente –con la penalización pletórica, hija de las distorsiones que se han señalado– la sociedad, en la situación de continuo “vacío democrático”, que ha caracterizado las opciones político-criminales, a nivel tanto interno como supranacional.

Se alcanzaría, sin duda, una *re-legitimación* capaz de resistir a los ataques cada vez más extensos y empíricamente fundados procedentes de las distintas corrientes abolicionistas, que resulta hoy como nunca indispensable para contener dentro de límites fisiológicos la furia de la selección de los comportamientos punibles y todavía compatibles con el paradigma de la justicia distributiva.

No se deben ignorar las fuertes dificultades para conseguir individualizar con certeza un criterio guía al que vincular directamente la actividad de penalización. La categoría del bien jurídico no aparece, en este momento, idónea para cumplir –por sí sola– una función similar, aun constituyendo, en abstracto, el instrumento más capaz para interpretar las instancias laicas relacionadas con el proceso de secularización y para

evitar las siempre recurrentes tentaciones “neo-güelfas”. Su crisis –que por razones obvias no se puede discutir en esta sede– se traduce ciertamente en un límite en torno a su capacidad de rendimiento práctico. De todas formas, podrán facilitar un auxilio válido los múltiples criterios que la doctrina contemporánea más acreditada –también la latinoamericana– ha elaborado para regular los procesos de criminalización, desde la subsidiariedad al carácter merecedor de la pena, utilizados desde una óptica que privilegie el valor de la efectividad.

El sistema penal en su conjunto necesita ser repensado y encontrar nueva “linfa” democrática en el momento en que se procede (aunque a veces con un paso muy lento) hacia un ulterior traspaso: si la radical reducción del área del ilícito penal será capaz de crear condiciones de estabilidad y de eficacia del sistema penal, no solo representará una obra reveladora de una reforma integral, sino que podrá además servir para la necesaria refundación teórica del sistema mismo y, sobre todo, para garantizar el retorno a una cumplida Democracia (también) del Derecho penal.

4.3. Y, finalmente, en coherencia con la perspectiva analizada en último lugar, se podría pensar en una contención del área de lo penalmente relevante y de las posibles distorsiones de los principios garantistas de la materia, también desde la vertiente específica de la lógica preventiva, que abarca el modelo culposo en el planteamiento jurisprudencial, el cual, hemos visto que representa un arquetipo de los efectos distorsionantes del Derecho penal actual.

Ahora bien, se podría imaginar un modelo alternativo, para poner en valor algunos sectores más caracterizados por tal lógica –sino también, al mismo tiempo, por una urgente “respuesta de tutela” (por ejemplo, en relación al sector de las enfermedades profesionales y de la tutela de la salud de los trabajadores)– un enfoque orientado sobre todo hacia la responsabilidad colectiva. Todo esto a través de la individualización de una dimensión preventiva observable, ya no desde la persona física sino desde el ente, susceptible de reconducir a la culpa en la organización, re-dimensionando así las interpretaciones forzadas en el área de la responsabilidad culposa individual, la cual podría por tal vía volver a fundarse nuevamente sobre una recuperada (y apreciable) huella subjetiva.

Automatizar la culpa en la organización hasta el punto de modificar la dirección cautelar de la prevención del riesgo-delito de la persona física a aquella del evento *final*, podría resultar muy útil en los contextos de incertidumbre científica sobre el riesgo, en los que, como es sabido, falta

por definición una regla cautelar ya formada, sobre la que graduar una real culpabilidad imprudente de la persona física, y el evento, en muchos casos, se puede reconducir a la inobservancia del deber originario de auto-organizarse para la adquisición de conocimientos ulteriores sobre el riesgo; deber que, como es claro, puede gravar solo al mismo ente.

La conquista de un espacio de autónoma responsabilidad penal del ente en lo que concierne a los delitos culposos en examen permitiría, entonces, poder superar finalmente, por ejemplo en el ámbito de las enfermedades profesionales, la flexibilización de la categoría de la culpa penal de la persona física para mostrar todas las potencialidades de contención del riesgo, de tipo preventivo, que se pueden exigir al ente.

Pero hay más. La responsabilidad autónoma, aunque no exclusiva del ente, podría manifestar además en este sector un aspecto ulterior de funcionalidad en el plano de la culpa individual. La obligación para el ente de organizarse para la actualización científica sobre el riesgo permitiría, en este sentido, individualizar temporalmente el momento a partir del cual la previsibilidad de la genérica peligrosidad de la sustancia o del proceso productivo por parte del empresario se especifica en la previsibilidad del evento *hic et nunc*, extrayendo de la multiplicidad de las figuras empresariales que se ha sucedido en el tiempo solo aquellas que se pueden reprochar efectivamente en términos de culpa.

La exigencia de la política criminal existe y es innegable, quedando por comprender cuál es el mejor modo para hacerla normativamente operativa. Por otra parte, también hay que decir que un sistema de culpa organizativa en la sola perspectiva de prevenir los delitos dolosos se muestra, en más partes, *resistente* a incorporar también el tipo *culposo*, exigiendo una adaptación de sus contenidos cautelares. Se quiere decir, entonces, como, reconocida la tesis, acogida generalmente en el ámbito de la responsabilidad individual, de la culpa, como realidad polimorfa, pueda y (deba) ser transmitido también a la estructura de la culpa del ente que, de tal forma, asume contenidos y niveles cautelares distintos, según el tipo de riesgo-delito de que se trate. Desde dicha perspectiva, se podría comenzar a reflexionar sobre la oportunidad de renunciar, ya en el plano normativo, a la intangibilidad de la estructura unitaria de la culpa en la organización, previendo soluciones parciales sobre la base del tipo del riesgo-delito que se debe prevenir, recuperando, también sobre la base del modelo culposo, un coeficiente aceptable de garantía y, entonces, de Democracia penal.