

¿«Al otro lado del discurso jurídico penal»? Sobre las bases político-criminales de la «modernización» del Derecho penal

Reseña crítica de LUIS GRACIA MARTÍN: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*¹

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑON
Universidad del País Vasco

I

Observada superficialmente, la obra que comento podría parecer únicamente la aportación del profesor Luis Gracia a una de las discusiones más vivas que en el plano de la Política Criminal se viene manteniendo en la doctrina jurídico-penal desde hace ya dos décadas: la relativa al «*nuevo Derecho Penal*» o «*Derecho Penal moderno*», a su legitimidad, a sus características y a su deseable evolución o desaparición. Tema sobre el que, como es sabido, tenemos una inacabable discusión y contribuciones doctrinales ya muy relevantes, tanto en Alemania como en Italia y en España (en este último caso, bastará con citar tan sólo, entre las más recientes e importantes, además de la que se comenta, las de Jesús María Silva Sánchez —*La expansión del Derecho penal*— y Blanca Mendoza Buergo

¹ Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

—*El Derecho penal en la sociedad del riesgo*—). Y tema en el que, desde luego, sigue sin haber el más mínimo consenso doctrinal. Primero, porque es notorio que existe una división radical entre los (más o menos) críticos del «Derecho Penal moderno» y sus fervientes partidarios. Segundo, porque dicha división no se deja aún conectar fácilmente con la diversidad de tendencias metodológicas y políticas presentes en la doctrina, por lo que se pueden encontrar todo tipo de entrecruzamientos (finalistas a favor y en contra, funcionalistas a favor y en contra, conservadores a favor y en contra, izquierdistas a favor y en contra,...), lo cual prueba, me parece, que el debate no está todavía suficientemente maduro. Por último, porque la discusión doctrinal no ha podido aún calar gran cosa en la práctica, de manera que hasta hoy los legisladores siguen su camino sin atender a los reparos que en esta materia se les hace desde el ámbito de la teoría.

Tomado así, como aportación al debate sobre el «Derecho Penal moderno», habría que decir tan sólo que este libro se ubica clara y decididamente —combativamente, en realidad— del lado de los partidarios de la legitimidad y de la necesidad de un «Derecho Penal moderno» que afronte las nuevas realidades económicas y sociales propias de las sociedades contemporáneas desarrolladas y los nuevos fenómenos de desviación social inherentes a las mismas. Se coloca, pues, Luis Gracia del mismo lado de autores como B. Schünemann (que escribe la presentación del libro) o L. Kuhlen, por citar a dos que son recurrentemente mencionados en el libro. Y, en el mismo sentido, se dedica a criticar acerbamente a quienes, como Hassemer y cuantos le han seguido en Alemania, o Silva Sánchez en la doctrina española, mantienen lo que él denomina «*discurso de resistencia*», esto es, una actitud muy crítica ante las tendencias evolutivas en materia de política criminal a la hora de afrontar las nuevas realidades sociales desde el Derecho Penal.

Sin embargo, el libro que comento dista mucho de ser tan sólo una toma de posición más en este debate, aun siéndolo también. Por el contrario, la originalidad de la aportación de Luis Gracia estriba en su intento de fundamentar de otro modo y más profundamente dicha toma de posición. Intenta, sin duda alguna, colocar la discusión en otros términos: en términos militares, lo que pretende es descolocar al adversario, obligarle a presentar batalla —intelectual— en un terreno nuevo y extraño, en el que, al entender del autor, tal adversario está perdido de antemano y, por consiguiente, la conclusión necesaria habrá de ser su rendición incondicional, el triunfo de las tesis «modernizadoras» y el abandono de cualquier reticencia respecto de las mismas.

No es casual, desde luego, que acabe de emplear una metáfora militar. Pues el libro que comento es eso, un acto de combate intelectual (de lo que en el lenguaje —hoy casi abandonado— de los partidos comunistas se llamaba «lucha ideológica»). Lo es ya desde el título («*lucha*», «*resistencia*»). Lo es en la retórica que emplea a lo largo de sus páginas, con una presencia constante de tópicos argumentativos como adversario y partidario, reaccionario y progresista, progreso y resistencia, lucha por el discurso, «policía discursiva», voluntad, etc. Y lo es también explícitamente, en la medida en que aparece autocalificado (p. 31) como «*escrito de combate*» (esto es, como un panfleto, en el más noble sentido del término) y en que se marca como objetivo el de liquidar el debate a favor o en contra del «Derecho Penal moderno», para poder abrir otro debate —más relevante, en su opinión— acerca de cómo se debe construir ese nuevo Derecho Penal.

En este sentido, este libro (unos «*prolegómenos*», según se intitula) parece constituir, en declaración del autor (p. 31), un resumen de la «*parte descriptiva*» y de la «*parte metodológica*» de una obra más ambiciosa, aún en preparación, dedicada a fundamentar una política criminal para el Derecho Penal contemporáneo. Es decir, parece ser —para volver a la metáfora bélica— la avanzadilla encargada de despejar el campo conceptual (de «resistencias»), de abrir la brecha que permita luego, en la obra posterior, acometer la construcción de una propuesta político-criminal nueva.

II

Para lograr estos objetivos críticos tan ambiciosos, la pretensión del autor es la de dar un giro radical a la discusión. Giro que se concreta en la propuesta de una nueva fundamentación filosófica y de un nuevo bagaje metodológico, de pasar «*al otro lado del discurso jurídico penal*» (p. 218), para encarar el debate de un modo no vedoso. Todo ello se resumiría, según entiendo, en lo que constituye el subtítulo del libro: «*una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*». No obstante, no hay una presentación ordenada y completa de dichos nuevos puntos de partida filosóficos y metodológicos, sino que los mismos van apareciendo, reiteradamente, pero de un modo fragmentario, al hilo de la discusión de las distintas cuestiones relativas al «Derecho Penal moderno». Intento, por ello, realizar aquí una reconstrucción plausible de los mismos, que reproduzca lo más fielmente que me sea posible, pero tam-

bien de un modo más explícito y ordenado, sus componentes principales:

1. Postulado epistemológico: condiciones para la aceptabilidad racional de la «Ciencia penal»

El primero paso de la argumentación parece ser el de que el discurso propio de la «Ciencia penal» —las comillas son mías— debe cumplir dos condiciones para resultar racionalmente aceptable:

- La primera es que posea un carácter «científico» (p. 162), carácter que se desprendería del hecho de que los contenidos de dicho discurso posean «contenido de verdad», un saber epistemológicamente fundado (p. 32).
- La segunda condición para la aceptabilidad racional del discurso de la «Ciencia penal» sería su correspondencia con las exigencias materiales del orden social (p. 52). De este modo, un discurso acerca del Derecho Penal que carezca de tal correspondencia resultaría ser un discurso epistemológicamente inaceptable y políticamente reaccionario (pp. 197-198, 199-200).

2. Contenido de verdad y «voluntad de verdad» en el discurso jurídico-penal

Si una ciencia penal racionalmente aceptable ha de ser una que posea carácter científico, y si para ello es necesario que su discurso posea «contenido de verdad», dicho contenido sólo se logra con «*voluntad de verdad*» (*passim*). «Voluntad» que consiste —teniendo en cuenta, según Gracia, el pensamiento de Foucault— en la «*actitud o disposición a producir y adquirir conocimiento mediante la indagación genealógica y arqueológica en el discurso; en este sentido la voluntad de saber (o de verdad) se opone a la simple y mera actividad —y actitud— de “opinar” y de reproducir acríticamente “certezas” que son tan estables como completamente falsas*» (p. 174). Es decir, es a partir de la adopción de una actitud intelectual correcta —la «*voluntad de verdad*»— desde donde se puede obtener el «*contenido de verdad*», el verdadero conocimiento, científico y racional, crítico. Por el contrario, desde otra actitud lo que se obtienen son opiniones asumidas sin crítica y que, por ello, pueden resultar completamente falsas. Así pues, es posible, si se adopta la actitud adecuada, obtener un conocimiento cierto sobre cuestiones jurídico-penales, acertar con el discurso jurídico-penal correcto. Hasta el punto de que el contenido de ciertas proposiciones (en concreto, él señala una relativa a la misión del Derecho Penal) puede llegar a ser calificado incluso como «*asertórico, apodíctico y, por ello, indisponible, esto es, no susceptible de ser puesto a discusión*» (p. 193).

Dicha actitud metodológicamente adecuada consiste, como se dijo, en la «*indagación genealógica y arqueológica en el discurso*». Gracia no explica detalladamente qué entiende por tal método, pero, tanto por su remisión explícita a Foucault como por los intentos de aplicación práctica del método que ensaya en el libro, parece que hay que entender que, al menos en principio, lo que se pretende es aplicar a los discursos propios del Derecho Penal los métodos de investigación que el propio Michel Foucault empleó en sus estudios.

Así, es preciso huir de los discursos jurídico-penales «*formalistas*», en los que se razona acerca de objetos que constituyen auténticos espejos, por cuanto que los mismos carecen ya hoy de base real alguna (aunque pudieran tenerla en el pasado), y sólo una ciencia penal carente de capacidad crítica (y de «voluntad de verdad») puede mantenerlos como parte de su objeto (pp. 113-114).

3. Derecho Penal y evolución social: el papel del materialismo histórico

Por otra parte, la correspondencia entre el contenido que se atribuye al Derecho Penal y las exigencias del orden social —segunda de las condiciones para la aceptabilidad racional del discurso jurídico-penal— ha de ser enjuiciada desde la perspectiva del «*materialismo histórico*» (pp. 165, 197, 213); o lo que también se denomina una «*perspectiva histórico-material*» de análisis (p. 199). Aun cuando Gracia no expone explícitamente cuál es la definición que adopta de tal concepto, parece razonable suponer que, precisamente por tal falta de definición, se está refiriendo a la filosofía marxista de la historia conocida bajo tal denominación (en alguna de sus versiones). Si esto es así, entonces lo que se querría decir con tal condición sería, aproximadamente, que la evolución material de la sociedad (cambio en las fuerzas y relaciones de producción, evolución social consiguiente) se refleja necesariamente en la superestructura (por continuar empleando la misma terminología marxista, que Gracia, sin embargo, no utiliza), dentro de la cual se halla el Derecho, por lo que sólo un discurso jurídico-penal que, a su vez, recoja tal evolución, en la sociedad y en su superestructura jurídica, sería un discurso racionalmente aceptable. Por el contrario, cualquier otro discurso jurídico-penal que no refleje adecuadamente dicha evolución será un discurso irracional y, en tanto que tal, indigno de ser tomado en consideración.

4. La «lucha por el discurso»

Sin embargo, las disciplinas científicas no se forman de un modo ideológico y políticamente aséptico. Por el contrario, las disciplinas y

los discursos que las constituyen se conforman a través de una lucha: la «lucha por el discurso» (pp. 167-173). Apoyándose nuevamente en Foucault, Gracia defiende que la adopción de uno u otro discurso acerca de la materia propia del Derecho Penal constituye una forma de estructuración no sólo intelectual, sino también material, del campo de acción del Derecho Penal (p. 171). Defiende también que los discursos deben valorarse por dichos efectos de estructuración (pp. 178-179). Y que, por todo ello, resulta pertinente intelectualmente, así como obligatorio desde el punto de vista moral y político, luchar por transformar los discursos predominantes en la ciencia penal, para que asuman aquellos contenidos más racionales desde el punto de vista intelectual y más progresistas desde un punto de vista político. Al mismo tiempo, ello explicaría también los fenómenos de «*policía discursiva*» —así los califica— que pretenden acabar con las disidencias y cuestionamientos de los discursos jurídico-penales predominantes en un momento dado (pp. 213-216).

5. Modernidad y Derecho Penal

Sobre la base filosófica y metodológica que se acaba de indicar, la tarea fundamental del penalista crítico es, como se ha señalado, la de construir un discurso acerca del Derecho Penal que resulte científico (esto es, desarrollado con «voluntad de verdad» y, por ello, apoyado en la verdadera realidad subyacente a los discursos, no en las aparentes «verdades» que estos disfrazan) y adecuado al orden social vigente. Para ello, es imprescindible apoyarse en la historia: porque un Derecho Penal será adecuado, y racional el discurso acerca del mismo, si ambos resultan armónicos con el momento histórico en el que se producen, conocen y emplean; en otro caso, Derecho y discurso serán reaccionarios e irracionales. Así, un Derecho Penal —y el discurso jurídico-penal— son modernos si obedecen a las condiciones históricas de la modernidad, pero no en otro caso.

En este sentido, la historia nos muestra que el concepto de modernidad ha sido empleado para marcar hitos de paso, transiciones entre momentos históricos que se consideraban lo suficientemente distintos desde el punto de vista cualitativo como para ser separados por calificativos con finalidad diferenciadora: lo moderno, frente a lo antiguo o frente a lo clásico, no es sólo lo temporalmente posterior, sino también lo esencialmente —al menos, tal se pretende— diferente (pp. 42-44). Sin embargo, la modernización (la transformación de la sociedad —y del Derecho— a condiciones de modernidad) no es un cambio instantáneo, sino un proceso lento y gradual; y relativo, además, puesto que lo que es moderno hoy dejará de serlo mañana.

Precisamente, la modernización de la sociedad y del Derecho Penal comenzó con las transformaciones sociales originadas intelectualmente en la ilustración dieciochesca y plasmadas prácticamente sobre todo a partir de las primeras revoluciones burguesas a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. En ese momento, «moderno» era el modelo de Derecho Penal propugnado por los penalistas ilustrados, frente al Derecho Penal del Antiguo Régimen. Sin embargo, el proceso de modernización no se detuvo ahí: la sociedad siguió cambiando, los valores mantenidos también; y el Derecho Penal tenía que cambiar igualmente a partir de ambos factores. Así, hoy el Derecho Penal ilustrado ya no puede ser calificado como un Derecho Penal moderno, sino, simplemente, como el Derecho Penal propio del liberalismo político y económico decimonónico (pp. 51-53). Y es, en este sentido, un modelo de Derecho Penal antiguo. Y tampoco puede legítimamente ser calificado como el «Derecho Penal clásico», como frecuentemente se hace desde el «discurso de resistencia» (señaladamente, Hassemer), ya que la atribución de la categoría de clasicismo pretende convertirlo en paradigma ideal, en punto de referencia (frente a las degeneraciones posteriores). Infundadamente, según Gracia, pues, como se podrá imaginar, conforme a su punto de vista, un Derecho Penal, como el liberal, que no responde a la realidad social y a los valores de su tiempo no puede ser nunca modelo, sino tan sólo un recuerdo (pp. 48-51).

En suma, la modernización del Derecho Penal viene impuesta por la historia: la transformación social, tanto en el plano material como en el intelectual (o, en la terminología de Gracia, tanto en el plano corporal como en el no corporal), obliga a quien quiera preservar la verdadera racionalidad del discurso jurídico-penal a proponer la modernización del Derecho Penal, el «Derecho Penal moderno». Cualquier otra postura resulta irracional, además de políticamente reaccionaria. Gracia se extiende, luego, en detalles acerca de los ámbitos de la vida social que más se han transformado y a los que, por consiguiente, ha de alcanzar necesariamente esa modernización del Derecho Penal (pp. 60 ss.): el control de riesgos tecnológicos (*«Derecho Penal del riesgo»*), la actividad económica y empresarial, las conductas desviadas aparecidas a partir del proceso de integración supraestatal de la Unión Europea, las conductas desviadas que se han vuelto posibles o más fáciles a causa de la llamada «globalización» y, en fin, las conductas desviadas que pretenden liquidar o desestabilizar el conjunto del orden social (objeto del llamado *«Derecho Penal del enemigo»*).

6. Una política criminal para la modernidad y para el «Estado social y democrático de Derecho»

De este modo, una nueva realidad social exige un nuevo Derecho Penal: una realidad social moderna —en el sentido antes indicado— exige un Derecho Penal también moderno. En concreto, la verdadera modernidad de nuestra sociedad, su modernidad *«substancial»* (p. 53), se plasma ante todo en un modelo de Estado que es distinto, aun siendo heredero de él, del Estado liberal: el «Estado social y democrático de Derecho» (nuevamente, las comillas son mías). En un Estado de esta índole, abocado a terminar como Estado democrático de una sociedad socialista (pp. 54-55), el Derecho Penal y el discurso acerca del mismo han de guiararse por nuevos parámetros (Gracia hace suya la concepción de Mir Puig, del vínculo entre política criminal y teoría del Estado).

Así, el Derecho Penal liberal se correspondía históricamente con el surgimiento del orden social burgués, caracterizado por la sacralización del derecho a la propiedad privada. Por ello, el Derecho Penal liberal poseía un sesgo clasista muy intenso, criminalizando de forma selectiva y discriminatoria las conductas desviadas (contra la propiedad, mayoritariamente) de las clases populares y dejando fuera de su consideración las conductas de las clases altas, incluso si éstas eran más peligrosas o lesivas para los intereses generales (pp. 174-178)². Pero el Estado liberal y su Derecho Penal han sido ya superados, tanto en la teoría como en la práctica, por la evolución histórica, regida por el materialismo histórico (p. 199).

Por el contrario, el Estado social y democrático de Derecho es más auténtico Estado de Derecho que el Estado liberal, por cuanto que corrige el formalismo de éste y pretende otorgar más igualdad material y más bienestar a sus ciudadanos (pp. 208-213). En consonancia con ello, el Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho, el «Derecho Penal moderno», ha de ser un Derecho Penal que dé cabida en su seno a todas las manifestaciones de desviación social (de *«criminalidad material»*, en la terminología de Gracia: pp. 52-53, 162-163, 166). Más concretamente, debe ser capaz de integrar en su seno la *«criminalización formal (...) del sistema de acción ético-socialmente reprobable de las clases socialmente poderosas»* (pp. 190-191), que siempre estuvo ausente, al menos en la práctica, del Derecho Penal liberal. Debe incriminar, pues, el con-

² En este aspecto Gracia se apoya explícitamente en la exposición que sobre la cuestión realizan ZAFFARONI, E. R./ALAGIA, A./SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 6 ss., 226 ss.

junto de dicho sistema de acción, y no solamente algunas conductas aisladas, pues sólo así se hará efectiva la igualdad material en el Derecho Penal (pp. 195-196). Un sistema de acción materialmente reprobable y que, desde el punto de vista criminológico, se caracteriza en nuestros días por su carácter institucionalizado y empresarial (pp. 95-97).

7. «*Derecho Penal moderno*» y garantías formales

Acaba Gracia su argumentación enfrentándose a una de las críticas fundamentales que se le ha hecho al «Derecho Penal moderno»: la de que pone en cuestión y hace quebrar los principios limitadores de la potestad punitiva que se habían asentado durante la etapa del Derecho Penal liberal (y que, hay que sobrentender, siguen siendo valiosos y merecedores de respeto). Su réplica tiene lugar en dos pasos argumentales sucesivos. El primero consiste en realidad en un contraataque: durante la época del Derecho Penal liberal, las garantías y los principios limitadores sirvieron ante todo para garantizar que la «criminalidad material» de las clases poderosas no fuese incriminada formalmente de un modo efectivo (pp. 181-189, 207). Más concretamente, el principio de legalidad penal permitió que conductas materialmente desviadas y dañosas, sin embargo, quedasen impunes (pp. 164, 166-167, 183-184). Por ello, no es posible —segundo paso— sacrificar las garantías formales ni los principios limitadores, sino que, por el contrario, hay que colocarlos en su contexto histórico. Así, la relación entre garantías formales y Estado de Derecho no es, contra lo que se sostiene en el «discurso de resistencia», una relación necesaria, sino que la misma es meramente contingente: el contenido de aquellas garantías formales y principios limitadores de la potestad punitiva que exige un Estado de Derecho viene determinada por el momento histórico de ese Estado de Derecho (que, como hemos visto antes, según Gracia, va evolucionando, a tenor de la evolución material de la sociedad); no es, pues, un contenido constante e indispensible (pp. 207-208). Por ello, dichas garantías y dichos principios no pueden constituir un obstáculo que impida la puesta en práctica de una política criminal adaptada a los tiempos, como lo es, en este caso, la propia del «Derecho Penal moderno». Y ello, porque dichas garantías y dichos principios, en nuestros días, deben ser concebidos de un modo nuevo, adaptado a los tiempos: de un modo «social», que los haga compatibles con las exigencias de un «Derecho Penal moderno», propio de un Estado social y democrático de Derecho (pp. 212-213).

En este sentido, la propuesta de Gracia parece ser la de reformular y reinterpretar los principios limitadores de la potestad punitiva a

la luz de los valores morales propios del «Estado social y democrático de Derecho». Bajo esta perspectiva, entendidos de esta manera las garantías y principios, se podría concluir, entonces, que el «Derecho Penal moderno» no entra en conflicto con los mismos. Sin embargo, en el libro que comentamos, más allá de afirmar esto enfáticamente, no se lleva a cabo —quizá por tratarse tan sólo de unos «prolegómenos», anticipación de una obra más extensa— ninguna elaboración conceptual de dicha reformulación y de dicha reinterpretación de principios, que nos permita discernir si efectivamente tal afirmación puede ser aceptada.

8. Conclusión: crítica al «discurso de resistencia»

La conclusión a la que se llega después de todos los razonamientos hasta aquí expuestos es que el «discurso de resistencia», esto es, las posiciones doctrinales que manifiestan sus reservas, sus críticas o, en el extremo, su opinión absolutamente adversa al «Derecho Penal moderno» (así como las propuestas *de lege ferenda* y las prácticas interpretativas *de lege lata* que promueven: pp. 150-151), debe ser considerado necesariamente como un discurso irracional (pp. 165-166), incompatible con los tiempos históricos que corren (pp. 199-200) y políticamente reaccionario. Y que, por ello, la discusión a favor o en contra del «Derecho Penal moderno» ha de ser abandonada por una ciencia penal «crítica» —otra de los tópicos clave de la argumentación de Gracia— completamente, pues no es una discusión racional y sólo se explica por la resistencia mental al cambio (p. 198) y por la «policía discursiva», que pretende impedir la criba de los discursos jurídico-penales mediante su contraste con la realidad (pp. 213-216). Por el contrario, lo que procede llevar adelante en un discurso jurídico-penal crítico y racional es la discusión sobre cómo construir mejor ese «Derecho Penal moderno»: sobre cuál es, pues, la mejor estrategia para incluir en el Derecho Penal los sistemas de acción «materialmente criminales» de las clases poderosas. A ello, es de suponer, se habrá de consagrar la obra mayor que Gracia anuncia y de la cual el libro aquí comentado constituye un mero anticipo.

III

Hasta aquí mi reconstrucción. Si, ahora, paso ya al comentario crítico, debo empezar advirtiendo que, en lo esencial, comparto con Gracia las dos preocupaciones que manifiesta y que es claro que constituyen el punto de partida del libro. Me preocupa como a él, de

una parte, el sesgo innegablemente clasista que sigue poseyendo el Derecho Penal en nuestros días y que no se compadece de ningún modo con las ideas de justicia y de igualdad material que se dice que presiden los régimenes políticos liberales, «sociales» y democráticos occidentales. Y me preocupa, por otra parte, la necesidad de modernizar el Derecho Penal, de adaptarlo a las nuevas —y no tan nuevas ya— realidades sociales, políticas y económicas contemporáneas: en sociedades plurales, crecientemente multiculturales, complejas, muy abiertas y comunicadas, muy dinámicas, la necesidad de reacción penal no puede seguir viéndose sólo como un recurso frente al pequeño infractor de algunas normas sociales (el ladrón que nos sustrae el coche o la cartera, el agresor sexual, algunos homicidas,...), sino que, por el contrario, tiene que enfrentarse también, y sobre todo, a otros fenómenos muchísimo más preocupantes, como son los fraudes empresariales, la delincuencia mafiosa y organizada, los comportamientos excesivamente arriesgados en el uso de la tecnología, los ataques al medio ambiente, las amenazas a grupos sociales marginados, etc.

La pregunta, sin embargo, es si estas preocupaciones tienen su respuesta más adecuada a través del «Derecho Penal moderno», tal y como el mismo se ha ido configurando de hecho. Y si, además, ese «Derecho Penal moderno» puede ser salvado totalmente de las críticas que recibe, mediante alguna estrategia —como, por ejemplo, la que Gracia intenta— que las eluda por completo. En este sentido, creo que el análisis crítico de las tesis del libro que comento exige ante todo ver si su estrategia argumentativa, de variar el enfoque de la discusión sobre el «Derecho Penal moderno», de fundamentar su necesidad y legitimidad de un modo filosófica y políticamente nuevo, puede tener éxito. Porque, si no es así, entonces han de resurgir todos los viejos problemas, acerca del contenido y características deseables del «Derecho Penal moderno», que exigirán una discusión detenida (que en el libro no se lleva a cabo), un estudio en profundidad.

Centrando así el tema a discutir, sobre la estrategia argumentativa de Luis Gracia diré lo siguiente:

1. ¿*Una política criminal «científica»?*

Mi primera discrepancia con Gracia aparece ya en el punto de partida de su argumentación: acerca de la naturaleza epistemológica de las proposiciones que él o yo, o cualquier otro (para el caso, Hassemer o Silva Sánchez), podamos afirmar acerca del «Derecho Penal moderno». Si yo he entendido bien sus tesis, la primera de las críticas

principales que realiza contra el «discurso de resistencia» es que el mismo es irracional, no es científico, carece de «voluntad de verdad» y, por ello, no se refiere a hechos, sino a tópicos carentes de base fáctica. En este sentido, Gracia se remite al mismo Kant, haciendo uso de algunas de las categorías que éste emplea en *Crítica de la razón pura* para atribuir a (al menos, algunas de) sus afirmaciones la naturaleza de juicios «asertóricos» y «apodícticos» (pp. 191-194) y, más adelante, para negar validez a ciertas afirmaciones del «discurso de resistencia» por no proceder de una síntesis *a priori*, sino *a posteriori* (pp. 203-205). Sin ánimo de entrar ahora en el debate acerca de si el uso de tales categorías respeta o no la concepción original kantiana, sobre lo que tengo mis dudas³, lo cierto es que me parece que hay una objeción más fundamental a la forma de proceder de Gracia. Pues, como se recordará, el propio Kant excluyó incluso lo que nosotros denominaríamos «dogmática jurídica» —su teoría de la imputación— del ámbito de la razón pura, para ubicarla en el terreno de la razón práctica⁴. Y con buenas razones, en mi opinión. Y, si esto hizo con la dogmática, ¿qué no habría de hacer con la política criminal?⁵

Kant tenía razón. En efecto, me parece claro que las propuestas político-criminales no son proposiciones sobre hechos; y no son, pues, tampoco proposiciones susceptibles de verdad o de falsedad⁶. Como no lo son nunca las proposiciones prescriptivas, de deber ser. Son, por el contrario, proposiciones morales (de ética aplicada, si se quiere) que, en el mejor de los casos, se apoyan en hechos comprobados (esto es, asumen proposiciones sobre los mismos como pre-

³ Un solo ejemplo: en Kant, los «juicios apodícticos» son proposiciones lógicamente necesarias (es decir, siempre verdaderas, en cualquier mundo posible) y los «juicios asertóricos» son proposiciones contingentemente verdaderas (es decir, verdaderas sólo porque se corresponden con la realidad empírica: verdaderas solamente en uno de los muchos mundos posibles). Por ello, para Kant no es posible que un juicio sea a la vez apodíctico y asertórico: o es lo uno o es lo otro. Cfr. KANT, I.: *Crítica de la razón pura*, 2.^a ed., 1787, A 75, B 100 (ed. P. Ribas, 21.^a ed., Alfaguara, Madrid, 2003, pp. 109-110).

⁴ KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1797, nn.mm. 205 ss. (trad. A. Cortina Orts/J. Conill Sancho, RBA, Madrid, 2002, pp. 5 ss.).

⁵ Cfr. (en general, sobre toda la política, lo que, desde luego, también vale para la política criminal) COLOMER MARTÍN-CALERO, J. L.: *Inmanuel Kant*, en VALLESPÍN, F. (ed.): *Historia de la teoría política*, III, Alianza Editorial, Madrid, 1991 (reimp. 2002), pp. 246-251, 302-309.

⁶ Contra esta «ilusión», la de hacer un uso especulativo de la razón para hallar supuestas «verdades» allí donde no es posible la prueba de la verdad o de la falsedad por medios lógicos o empíricos (en el campo de la razón práctica, en suma), advirtió el propio Kant: cfr. KANT, *Razón pura*, 1787, A 635, A 643-645 (pp. 526, 531-532).

misas de un razonamiento implícito previo, o los toman por objeto de sus valoraciones o de sus prescripciones). Si esto es así, entonces no es posible criticar una propuesta político-criminal —tampoco las del «discurso de resistencia» al «Derecho Penal moderno»— por no ser científica, por no corresponderse con la realidad o por no ser verdadera. Porque, en realidad, ninguna proposición sobre política criminal, ni la mejor ni la peor de ellas, posee ninguna de tales características.

Por el contrario, las críticas que cabrá hacer, con mayor o menor fundamento, a una propuesta político-criminal podrán ser tres. Primero, que la propuesta político-criminal es contradictoria desde el punto de vista normativo con sus premisas prescriptivas (ejemplo: no se puede criticar en general la expansión del Derecho Penal al ámbito de los bienes jurídicos supraindividuales y proponer, al mismo tiempo, el desarrollo de un amplio «Derecho Penal del enemigo», que es una forma de aquél). Segundo, porque se discuta la corrección de las premisas normativas (ejemplo: se puede discutir si el «bueno y viejo Derecho Penal» era realmente tan bueno... para quienes tenían que sufrirlo, las clases populares). Y tercero, porque las premisas de hecho sobre las que la proposición (prescriptiva) político-criminal se apoya resulten falsas (ejemplo: se puede discutir si el «Derecho Penal moderno» es necesariamente tan ineficaz como se pretende, o ello obedece más bien a una falta de voluntad política de volverlo eficaz). Todas estas cuestiones y objeciones se podrán, desde luego, discutir. En cualquier caso, nos estaremos moviendo en el plano de la discusión sobre lo que ha de hacerse (lo que han de hacer el legislador penal y el aplicador del Derecho Penal), plano en el que no puede descalificarse una postura como «no científica» o «falsa» (sí como incorrecta, como políticamente derechista, como inmoral, como contraproducente en el terreno de la eficiencia,...).

Por lo demás, resulta sorprendente hallar en una misma obra un apego tan intenso a una concepción científicista de la política criminal (a mi juicio, equivocada, tanto por las razones epistemológicas indicadas como por razones políticas: sobre estas últimas volveré luego) junto a un respaldo abierto a los métodos de análisis crítico del discurso basados en Michel Foucault (y, en último extremo, en Nietzsche). Pues, en efecto, desde la perspectiva de una «filosofía de la sospecha», como lo son las que sostienen tanto Nietzsche como Foucault, no es sólo que la ética y la política —y la política criminal, por consiguiente— no sean verdaderas: es que acaso ni siquiera puedan discutirse en términos de corrección, sino tan sólo ser explicadas, como fenómenos (sociales, culturales), producto a su vez de otros fenómenos. Y, como tales fenómenos, no serían ni ver-

daderos ni falsos⁷ (y, tal vez, ni correctos ni incorrectos)⁸. No es este el lugar para entrar a discutir si se puede conceder a esta concepción metaética alguna plausibilidad. La cuestión que, por el contrario, aquí ha de importarnos es la de si es posible, como Gracia pretende, colocarse a la vez en los dos extremos de la metodología de la política criminal: afirmar que el «discurso de resistencia» y las concepciones político-criminales propias del Derecho Penal liberal *tienen que ser explicadas*, como discursos fruto de ciertos fenómenos sociales (de lucha de clases), descalificándolas por ello; y, al mismo tiempo, afirmar que hay otro discurso —el de la «modernización» del Derecho Penal— que *es no sólo más correcto, sino incluso verdadero, «científico»*, por lo que —por contra— se renuncia a explicarlo por sus orígenes (¿cuál es el origen de clase del discurso de la «modernización»?). En mi opinión, ambas tesis no pueden ser sostenidas simultáneamente de un modo metodológicamente coherente: o las propuestas político-criminales son meros fenómenos, que sólo son susceptibles de explicación; o son proposiciones prescriptivas, que deben ser justificadas; o son proposiciones descriptivas, que deben ser probadas. Yo creo que la segunda alternativa es la más adecuada (si, como es el caso, de lo que se trata es de hacer política criminal, no de hablar acerca de ella)⁹. Pero, en todo caso, lo que resulta imprescindible es dar el mismo tratamiento a todas las propuestas, a las propias y a las ajenas, lo que me parece que Gracia no hace.

⁷ En realidad, el libro FOUCAULT, M.: *Las palabras y las cosas*, trad. E. C. Frost, Siglo XXI, Buenos Aires, 1968 (reimp. 2005), constituye una exposición completa de una semántica no veritativa del discurso científico (especialmente, de las ciencias sociales). Luego, en FOUCAULT, *La arqueología del saber*, trad. A. Garzón del Camino, Siglo XIX, México, 1970 (reimp. 2003); EL MISMO, *El orden del discurso*, trad. A. González Troyano, Tusquets, Barcelona, 1973 (reimp. 1999); EL MISMO, *Historia de la sexualidad*, I (La voluntad del saber), trad. U. Guiñazú, Siglo XXI, Buenos Aires, 1977 (reimp. 2002), expone la explicación de sociología histórica de la producción de dicho discurso.

⁸ Vid., claramente, NIETZSCHE, F.: *La genealogía de la moral*, 1887, I, §§5 ss. (ed. A. Sánchez Pascual, Alianza Editorial, Madrid, 1997 (reimp. 2002), pp. 41 ss.). Por su parte, Foucault no se ocupa específicamente de la Ética, pero probablemente su posición no estaba muy alejada de la de su maestro Nietzsche.

⁹ No me es posible defender aquí más extensamente la concepción metaética en la que me baso, que es compleja, por cuanto que distingue entre diferentes niveles de uso del lenguaje moral. Cfr., no obstante, las bases de la misma en BLACKBURN, S.: *Spreading the Word*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 181 ss.; el mismo, *Essays in Quasi-Realism*, Oxford University Press, Oxford, 1993, passim; el mismo, *Ruling Passions*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 48 ss.; MILLER, A.: *An Introduction to Contemporary Metaethics*, Polity Press, Cambridge, 2003 (reimp. 2004), pp. 52 ss.

2. Sobre el método de la política criminal: ¿«voluntad de verdad»?

En este mismo sentido, uno de los conceptos metodológicos esenciales de la construcción de Gracia, el de «voluntad de verdad» (que, como hemos visto, sería la clave de una actitud metodológica correcta), tiene que ser puesto completamente en cuestión. Y ello, por dos razones. La primera de ellas es su dudosa filiación —contra lo que pretende nuestro autor— respecto del concepto de «voluntad de saber» manejado por Michel Foucault. En efecto, Foucault emplea la expresión «voluntad de saber» para titular el primero de los volúmenes de su *Historia de la sexualidad*, porque en el mismo sostiene que la forma específica en la que se ha articulado el discurso acerca de las sexualidades en la cultura occidental ha sido la de la construcción de un saber sobre el sexo, de una *scientia sexualis*. De este modo, la «voluntad de saber» sería la estrategia discursiva empleada (en el marco de un dispositivo complejo de poder) para someter la sexualidad humana en Occidente a las necesidades biopolíticas¹⁰. En cualquier caso, la cuestión relevante para nosotros es que tal «voluntad de saber», tal estrategia discursiva, no es, en Foucault, una actitud metodológica que conduzca hacia «la verdad». Por el contrario, es una estrategia del poder para producir «su» verdad acerca de la sexualidad de sus sujetos, en función de los intereses biopolíticos de gobierno de las poblaciones. Y es que, como ya apunté, en Foucault —como en Nietzsche— no hay verdad como correspondencia entre discurso y realidad, sino invención de la verdad como mera estrategia discursiva y política.

Pero, si esto es así, entonces la «voluntad de verdad», trasunto metodológico de aquella «voluntad de saber», resultaría ser exactamente lo contrario de lo que Gracia pretende que sea: sería una estrategia discursiva más (la suya, la de los «modernizadores») para imponer su discurso acerca del Derecho Penal, acerca de la política criminal más conveniente —más «científica»— para nuestras sociedades; y una estrategia que formaría parte de una práctica del poder (otra vez la misma pregunta: ¿quién está detrás del discurso «modernizador»?). Sería otro caso más de esos, que Foucault estudió tantas veces, en los que un objetivo político se disfraza bajo los ropajes de un discurso científico. En consecuencia, habría que descartar que esa «voluntad de verdad» —cualquiera que sea su contenido— otorgue una mayor aceptabilidad racional a los discursos a los que da lugar¹¹.

¹⁰ FOUCAULT, *Sexualidad*, I, 1977, pp. 73-92.

¹¹ Nietzsche, gran debelador moderno del concepto y maestro de Foucault, expresaba claramente ese escepticismo hacia la «voluntad de verdad»: «¿“Voluntad de

La cuestión, claro está, es que (y ésta es la segunda razón), contra la opinión de Gracia, no existe un punto de vista privilegiado desde el que la «verdad» político-criminal (más propiamente, como hemos visto: la alternativa de acción más correcta para el legislador penal y para el aplicador del Derecho Penal) pueda ser identificada. Más aún, ocurre que tampoco una auténtica indagación «arqueológica» y «genealógica» —en el sentido que Foucault da a estos términos— podría identificarla (aun cuando sin duda ayudaría a dotar de claridad al debate). Y ello, primero, porque, como he señalado más arriba, la solución que estamos buscando no es una verdad, un hecho, sino una alternativa de acción. Y, en segundo lugar, porque ninguna alternativa de acción —ni, en realidad, tampoco ninguna afirmación sobre hechos— puede ser justificada ni rechazada únicamente por su origen histórico (que es la única información que puede aportarnos la investigación arqueológica y genealógica). Hacer esto sería argumentar *ad hominem* y no *ad rem*, lo que, según las reglas más clásicas de la teoría de la argumentación, debe estar prohibido si la discusión ha de seguir siendo racional. De manera que una alternativa político-criminal de origen históricamente «sospechoso» puede, pese a todo, ser una buena alternativa; y al contrario, una alternativa de origen «bueno» puede resultar, no obstante, una pésima alternativa¹².

Así pues, en mi opinión, Gracia no consigue, a pesar de sus esfuerzos, fundamentar adecuadamente ese método que debería llevarte a cambiar las condiciones del debate político-criminal contemporáneo. Por el contrario, creo que después de su intervención crítica siguen en pie todas las cuestiones metodológicas centrales de la política criminal. Por ello, sigo pensando que sólo el enfoque de la teoría de la racionalidad legislativa (al menos, si se sostiene una concepción amplia de dicha racionalidad, como la que Manuel Atien-

verdad" llamáis vosotros a lo que os impulsa y os pone ardorosos? (...) Esa es toda vuestra voluntad, sapientísimos, una voluntad de poder; y ello aunque habléis del bien y del mal y de las valoraciones. Queréis crear el mundo ante el que podáis arrodillaros; esa es vuestra última esperanza y vuestra última ebriedad» (NIETZSCHE, Así habló Zarathustra, 1892, ed. A. Sánchez Pascual, Alianza Editorial, Madrid, 1997 (reimp. 2005), p. 174. Cfr., más ampliamente y en el mismo sentido, NIETZSCHE, *Más allá del bien y del mal*, 1886, secc. primera, 1-7 (ed. A. Sánchez Pascual, Alianza Editorial, Madrid, 1997 (reimp. 2005), pp. 22-29).

¹² Un ejemplo de otro ámbito de la Ética puede aclarar mi afirmación: los derechos humanos, acuñados esencialmente en el seno de la cultura europea, no son ni mejores ni peores normas morales a causa de dicho origen, tan «sospechoso» desde muchos puntos de vista (colonialismo, clasismo, genocidio,...), ni por ello es menos plausible la afirmación de que resultan universalmente aplicables, también en aquellas sociedades en las que la cultura occidental no es la predominante. Si deben serlo o no, es una cuestión que depende de las virtudes normativas que posea el contenido de los derechos humanos, no depende de su origen.

za o José Luis Díez Ripollés han sostenido entre nosotros) describe adecuadamente las tareas y el método de lo que tradicionalmente hemos venido denominando «política criminal». Un enfoque desde el que, desde luego, la política criminal no es concebida como ciencia, sino como mero ejercicio de la razón práctica: esto es, de una combinación de racionalidad moral (*«lo mejor»*) y de racionalidad instrumental (*«lo más eficaz para...»*) que proporciona las razones para la acción a los sujetos¹³.

Desde esta perspectiva, aquello que Gracia tiene que demostrar, para que su concepción «modernizadora» del Derecho Penal resulte preferible, es que dicha alternativa para la configuración de este sector del Ordenamiento jurídico resulta, por una parte, moralmente mejor, dado que protege objetos que merecen ser protegidos jurídicamente, y jurídico-penalmente (y sólo ellos: nada es protegido sin razón y nada queda infundadamente sin protección). Y, además, que la técnica de tipificación que se emplea para ello es más eficiente en la consecución de dichos objetivos de protección que otras alternativas. Es decir, tiene que demostrar que su propuesta político-criminal «modernizadora» es moral e instrumentalmente preferible a (más racional que) la del «discurso de resistencia» y a otras que puedan plantearse. Lo que obliga a enfrentarse a problemas como los de la teoría del bien jurídico, de los efectos del principio de proporcionalidad en la limitación del derecho fundamental a la libertad, de la repercusión de los principios de subsidiariedad y de fragmentariedad, de la proporcionalidad de las sanciones, de la técnica legislativa a emplear, etc.¹⁴ Y, para ello, cualquier crítica filosófica —y, desde luego, la que Gracia intenta— resulta insuficiente. Por el contrario, lo que habrá que utilizar para elaborar y para discutir las propuestas serán otros dos instrumentos. De una parte, la Ética normativa (y, más concretamente, aquella parte de la misma que constituye la teoría de la justicia), para intentar determinar qué opción político-criminal es mejor moralmente y, por ello, preferible (ejemplo: ¿merece o no protección jurídica el monopolio de una empresa —a través de derechos de patente o de derechos de propiedad intelectual— sobre conocimientos científicos?). Y, de otra, la teoría de la decisión racional (la teoría general o alguna de sus derivaciones en áreas específicas: economía normativa, técnicas de acción en diversos ámbitos, etc.), para identificar la alternativa de

¹³ Vid. BAYÓN MOHÍNO, J. C.: *La normatividad del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 45 ss.

¹⁴ Presento un completo programa de investigación en política criminal en este sentido en PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en Derecho Penal económico: bases político-criminales*, en RDPC 11 (2003), pp. 95 ss.

incriminación más eficiente de entre las moralmente aceptables y/o deseables (ejemplo: ¿qué es más eficiente para proteger —suponiendo que lo merezcan— tales derechos de monopolio, prohibir el tráfico de información, prohibir la comercialización de productos,...?).

3. Para qué sirve el análisis crítico de los discursos político-criminales

Dicho lo anterior, debe advertirse, no obstante, que con ello no pretendo negar relevancia alguna para el debate político-criminal al análisis crítico del discurso. Muy al contrario, mi opinión es que tal género de análisis resulta, de hecho, muy útil en este ámbito. Así, por ejemplo, me parece ciertamente pertinente poner de manifiesto, como Gracia hace (o, en Alemania, ha hecho también Schünemann), el sesgo innegablemente clasista que una buena parte del «discurso de resistencia» posee, al igual que sus vinculaciones intelectuales y políticas. Pues ello sin duda permite aclarar la discusión, saber mejor de qué estamos hablando realmente (¿de que los empresarios no piensan las prisiones?).

Sin embargo, si ahora intentamos formular una propuesta metodológica más refinada para la política criminal, no creo que el mejor uso que pueda darse al análisis crítico del discurso —con resultar, pese a todo, interesante— sea precisamente el de «levantar el velo» de las vergüenzas de origen que unos y otros discursos político-criminales puedan tener. Como dije antes, aunque esto pueda ciertamente introducir alguna mayor claridad en las discusiones, no deja de ser hasta cierto punto irrelevante a la hora de decidirlas, por cuanto que se limita a explicitar las causas del hecho de que alguien defienda ciertas ideas, pero no afecta a la valoración que las mismas puedan merecer. Por el contrario, como he intentado argumentar con más detalle en otra parte, creo que el análisis crítico de los discursos es imprescindible para hacer palpable la realidad (sin embargo, muy frecuentemente ignorada en nuestras discusiones) de que lo que se discute en política criminal es, precisamente, de política. Y que, por ello, no es posible, sin estar realizando al mismo tiempo un acto de poder (no, pues, un mero raciocinio), y, en tanto que tal, un acto potencialmente arbitrario, construir un discurso político-criminal monocorde: es decir, un discurso en el que se identifican con claridad unos únicos y evidentes objetos protegibles, unos únicos y evidentes riesgos para tales objetos y unas únicas y obvias acciones posibles para combatir tales riesgos. El peligro de un discurso político-criminal así, que es el habitual en las concepciones tecnocráticas de la política criminal (bastante dominantes, al menos

entre los teóricos), estriba, claro está, en aquello que excluye: excluye todo aquello que no se adecua a la cultura dominante (etnocentrismo), excluye todo aquello que es incómodo (ideologización) y excluye todo aquello que piensan los que no tienen poder (carencia de representatividad). Por ello, aquí sí que es ineludible el análisis crítico: precisamente, para poner de manifiesto que hay muchos discursos posibles y que, además, casi siempre hay algún grupo de ciudadanos que sostiene de hecho cada uno de ellos. Y que, por lo tanto, no es evidente qué objetos deben ser protegidos ni hasta qué punto (¿qué es el medio ambiente? ¿la diversidad de las especies vivientes, el placer estético de las clases medias, el bienestar de los campesinos,...?), cuáles son los riesgos más relevantes para los mismos ni, por consiguiente, qué es lo que resulta más conveniente prohibir. Es decir, el análisis crítico del discurso puede, en política criminal, ayudarnos a abrir el debate y hacerlo más auténticamente participativo y pluralista, menos condicionado por la estructuración del poder social¹⁵. A disolver, por consiguiente, las certezas —infundadas— sobre las que frecuentemente se apoyan las decisiones político-criminales, haciendo ver que lo que parecía evidente sólo es una visión parcial representativa de determinado género de ideología y de determinada clase de intereses.

En este sentido, he de decir que, aun a falta de la continuación del libro comentado en esa obra más extensa que se anuncia, se echa de menos ya en aquél una concepción menos monolítica, menos acorde con el discurso político predominante en Europa (de corte «bienestarista», podríamos decir), de lo que es y debe ser el «Derecho Penal moderno». O, al menos, se echa de menos que ese análisis crítico del discurso que se reivindica fuese aplicado también al propio discurso político-criminal «modernizador», al menos para poner de manifiesto que lo que hoy es realmente el «Derecho Penal moderno» no constituye la única posibilidad de desarrollo del mismo, sino que, por el contrario, cabrían muchas otras. En el trabajo mío que he mencionado argumento a este respecto a propósito de la protección penal del medio ambiente. Pero algo similar podríamos decir, por ejemplo, acerca de la protección penal de la propiedad intelectual e industrial, tan vinculada a un determinado género de discurso político y económico, que no es desde luego el único posible, como es sabido (debates sobre la propiedad en común de la información y del conocimiento, etc.). Y en muchos otros ámbitos.

¹⁵ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del «Derecho Penal del riesgo»*, en Revista Catalana de Seguretat Pública 13 (2003), pp. 11 ss.

4. Sobre Derecho y sociedad: ¿materialismo histórico?

El segundo pilar de la crítica de Luis Gracia al «discurso de resistencia» es su reproche de que éste constituye un discurso que se corresponde con una etapa pasada del Derecho Penal, la del Derecho Penal liberal, criticable por muchas razones; y que, por ello, no tiene cabida razonablemente como propuesta político-criminal para los tiempos que corren. Todo ello, como vimos, sobre la base de una determinada concepción de la relación que debe existir entre Derecho —y Derecho Penal— y características de la sociedad, apoyada en las tesis del materialismo histórico. La primera cuestión que se suscita ante esta clase de afirmaciones es la de calibrar la verdadera naturaleza de las mismas. En este sentido, cabría interpretar la opinión de Gracia en dos sentidos bastante diferentes. Primero, podría pensarse que se trata tan sólo de una proposición descriptiva, a tenor de la cual se constata el hecho de las innegables conexiones entre Derecho Penal liberal y sociedad burguesa decimonónica, así como entre los discursos político-criminal y teórico-sociales propios de la época. Sin embargo, es evidente que esto (que es, en definitiva, tan sólo una explicación histórica: de historia del Derecho Penal y del pensamiento jurídico-penal) no es todo lo que Gracia quiere decir. Por el contrario, parece que es más adecuado —más fiel a su intención— interpretar su afirmación como una proposición valorativa: la de que, precisamente por esa vinculación histórica entre los modelos de Derecho Penal y de política criminal liberales y las características y las ideologías propias de la sociedad burguesa decimonónica, aquellos son inaceptables, por irrelevantes y por anticuados (y políticamente reaccionarios), en nuestros días.

Es importante darse cuenta, no obstante, de que, para poder aceptar dicha argumentación, es necesario asumir tres premisas previas: dos de ellas de índole (al menos, pretendidamente) descriptiva y otra más de carácter valorativo. Premisas que Gracia parece dar por supuesto, sin entrar a discutirlas. Pero que, a mi entender, exigirían un examen más detenido, pues ninguna de ellas está libre de reparos y dos de ellas me parecen francamente discutibles.

La primera de dichas premisas es la que reza que existe una conexión necesaria, no meramente contingente, entre un determinado modelo de sociedad y un determinado modelo de Derecho Penal (y entre unas determinadas ideologías y una determinada clase de discurso político-criminal); y que dicha conexión consiste en que aquélla causa éste, de manera que cuando cambia aquélla cambia éste, y cambia de un modo coherente con —correspondiente a— aquél. Es

decir, si es que no pretendemos enunciar tan sólo la trivialidad de que «*cada sociedad tiene su propio y distintivo Derecho*» (cierto, pero irrelevante), es que estamos asumiendo un modelo de explicación sociológica funcional del Derecho y del Derecho Penal, según la cual el Derecho es un producto, una función de la estructura de la sociedad. Una explicación funcional es aquella en la que un fenómeno F , dentro de un sistema dado S , no es explicado a partir de sus causas (por ejemplo: « F_1 ocurrió porque antes ocurrió F_0 »), sino a partir de las consecuencias que objetivamente —esto es, intencionalmente o no— produce para otros elementos de un sistema (« F_1 ocurrió porque beneficia a E ($E \in S$)»)¹⁶. Así, un determinado (sub)sistema normativo en un determinado momento del tiempo se explicaría, no por aquellos factores antecedentes que lo han causado, sino por las consecuencias que produce para algún otro elemento del sistema más amplio, el sistema social. De este modo, el Derecho Penal liberal se explicaría por sus consecuencias para algún otro elemento del sistema social burgués. Y, lógicamente, cada cambio del sistema social implicaría cambios en el Derecho y en el Derecho Penal, para mantener el carácter funcional de estos (para aquél). En concreto, parece evidente que, si el materialismo histórico ha de entenderse como una teoría social dotada de capacidad explicativa, y no como una mera filosofía —metafísica— de la historia, entonces ha de interpretarse como una especie de teoría funcional de la sociedad (y del Derecho), en la que las estructuras sociales y su «superestructura» se explican en atención a los efectos que ambas producen sobre el desarrollo de las fuerzas productivas¹⁷.

Son muchas las cuestiones relativas a la validez de las explicaciones funcionales en ciencias sociales y a la naturaleza del materialismo histórico como una explicación de dicha índole que merecerían una discusión más profunda, que no es posible realizar aquí. Pese a ello, sí conviene observar que, incluso si se acepta en sí misma la premisa de la vinculación funcional entre Derecho y sociedad (como una explicación científica, no como una afirmación metafísica)

¹⁶ MERTON, R. K.: *Teoría y estructura sociales*, trad. F. M. Torner/R. Borques, Fondo de Cultura Económica, 4.^a ed., 2002, p. 103.

¹⁷ Ésta es la interpretación de ELSTER, J.: *Making sense of Marx*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985 (reimp. 1994), pp. 30-31; el mismo, *Further thoughts on marxism, functionalism and game theory*, en ROEMER, J.: *Analytical marxism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986 (reimp. 1993), pp. 202 ss.; COHEN, G. A.: *La teoría de la historia de Karl Marx: una defensa*, trad. P. López Máñez, Siglo XXI/Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1986, passim (cfr. esp. pp. 275 ss.), que me parece que es la más aceptable epistemológicamente de las que se han propuesto acerca de la teoría social de Marx.

ca)¹⁸, de ello no se deduce necesariamente que la explicación materialista histórica sea la más adecuada (hay otras muchas: Parsons, Merton, Luhmann, Harris,...)¹⁹. En segundo lugar, debe observarse también que, incluso si se demostrara que el materialismo histórico es la explicación sociológica (funcional) más adecuada del Derecho, sería imprescindible matizar adecuadamente dicha relación funcional, pues conceptos como «sociedad» (y «fuerzas productivas», «relaciones de producción», «estructura social»,...) y «Derecho» (o, para el caso, «Derecho Penal») no resultan manejables para construir explicaciones funcionales —propiamente científicas— aceptables, por lo que habría que realizar un análisis más fino, más atento a los concretos mecanismos funcionales (y causales) que relacionan lo social con lo jurídico. Por último, y sobre todo, debe tenerse en cuenta que, si el materialismo histórico es concebido como una explicación funcional de la sociedad y de sus elementos constituyentes, entonces lo único que puede obtenerse de él son eso, explicaciones: proposiciones descriptivas, que nos indiquen cómo han llegado a surgir determinados fenómenos sociales a partir de otros. Podrá, pues, en el mejor de los casos, decirnos cómo ha llegado a constituirse el Derecho Penal liberal y cómo ha llegado a constituirse el «Derecho Penal moderno», explicándonos el proceso social que llevó a su respectiva aparición, cada uno con sus propias características. Pero no podrá, sin embargo, decirnos —porque no es el papel de la ciencia, tampoco de la social— si un determinado Derecho Penal o un determinado discurso acerca del mismo son «anacrónicos», anti-

¹⁸ La distinción es esencial: como han puesto de manifiesto, entre otros muchos, MERTON, *Teoría*, 2002, p. 127; COHEN, *Teoría de la historia*, 1986, pp. 1 ss., 275 ss.; COLEMAN, J.: *Foundations of Social Theory*, Harvard University Press, Cambridge, 1990 (reimpres. 2000), pp. 1-23; ELSTER, *Lógica y sociedad*, trad. M. N. Mizraji, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 144 ss.; el mismo, *Tuercas y tornillos*, trad. A. Bonanno, Gedisa, Barcelona, 1996, pp. 13 ss., 102-103, 122-124, una explicación funcional sólo es aceptable en el plano de la ciencia si no se limita a proclamar que « F_x existe porque beneficia a E », ya que esto no es más que una seudo-explicación (una explicación «seudo-teleológica», como ha explicado VON WRIGHT, G. H.: *Explicación y comprensión*, trad. L. Vega Reñón, Alianza Editorial, Madrid, 1979, pp. 81-83, 108-110): ¿por qué ha de existir todo aquello que beneficia a E ? ¿a través de qué caminos alguien provoca que F_x llegue a existir para proporcionar un beneficio a E ?). Por el contrario, para que una proposición como la anterior pueda ser aceptada como objeto de discusión científica es necesario que la misma sea desarrollada a través de explicaciones que, en último extremo, sean de orden causal y que justifiquen la explicación funcional (ejemplo: « F_x existe porque beneficia a E . E lleva a cabo las acciones A_1, A_2, \dots, A_n para favorecer que los fenómenos que tienen lugar sean preferentemente de aquellos que le benefician. Por lo tanto, es más probable que surja F_x beneficioso para S , que F_y perjudicial para él»).

¹⁹ Cfr. tan sólo GARCÍA AMADO, J. A. (coord.): *El Derecho en la teoría social*, Dykinson, Madrid, 2001, *passim*.

cuados, reaccionarios,... no podrá darnos las valoraciones que necesitamos para discutir sobre política criminal.

La segunda de las premisas que se encuentran en el trasfondo de la argumentación de Gracia es, me parece, una concepción evolucionista de la sociedad y del Derecho. A tenor de la misma, las sociedades y los ordenamientos jurídicos irían pasando por una serie de etapas, cada una de las cuales asumiría y superaría a la anterior. No es extraño que esta concepción se halle presente en el pensamiento de Gracia, dado que es sabido que el evolucionismo es una de las doctrinas que han influido más en el materialismo histórico concebido como filosofía metafísica de la historia y estaba muy presente en el ambiente intelectual en el que el mismo se formó (Hegel, Comte, Spencer,...). Sin embargo, a día de hoy resulta difícil seguir tomándose tal premisa en serio: precisamente, la gran contribución de Nietzsche²⁰ y de quienes le siguieron en esto²¹, hasta culminar en el pensamiento post-moderno, ha sido la de cuestionar que existan «grandes relatos» históricos que sean algo más que eso, narraciones, y que tengan alguna validez efectiva como descripciones del curso de los acontecimientos. La cuestión me parece bastante evidente desde el punto de vista filosófico²². Pero es que, además, desde la perspectiva de la política (y de la política criminal) y del Derecho, la cosa resulta también bastante clara. En efecto, ni la una ni el otro progresan de un modo lineal, sino que cambian mediante «avances» y «retrocesos», derivándose tanto los unos como los otros de la situación social en la que en cada momento se tomen las decisiones políticas y político-jurídicas. Algún ejemplo, de los muchos que podría indicar, de este vaivén, de este «eterno retorno», que se compadece mal con una visión evolucionista del Derecho: la cíclica reaparición de las políticas criminales de «ley y orden» frente a la pequeña delincuencia (abandonadas en Europa Occidental y Estados Unidos en los sesenta del siglo pasado y recuperadas dos décadas después) o la también cíclica actualidad del Derecho Penal político (que, tras su relajación en Europa de la posguerra mundial, ha vuelto a resurgir cíclicamente, so capa de la «lucha contra el terrorismo», en los años setenta del si-

²⁰ NIETZSCHE, *La voluntad de poder*, 1901, §§336, 676, 701 (trad. A. Froufe, 12^a ed., Edaf, Madrid, 2004, pp. 242-244, 455, 474).

²¹ Vid. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogía, la historia*, trad. J. Vázquez Pérez, Pre-Textos, Valencia, 2000, *passim*, esp. pp. 47 ss.

²² La bibliografía es ya inabordable: cfr. tan sólo LYOTARD, J.-F.: *El entusiasmo*, trad. A. L. Bixio, Gedisa, Barcelona, 1987 (reimp. 1997), pp. 68 ss.; el mismo, *La posmodernidad (explicada a los niños)*, trad. E. Lynch, Gedisa, Barcelona, 1987 (reimp. 1999), pp. 33 ss.; el mismo, *La diferencia*, trad. A. L. Bixio, Gedisa, Barcelona, 1988 (reimp. 1999), pp. 175 ss.

glo pasado y luego otra vez en nuestros días). Dicho con más propiedad: no existe el avance ni el retroceso desde el punto de vista histórico, sino que en cada momento la política y los ordenamientos jurídicos constituyen una combinación inextricable —pero explicable— de elementos antiguos y nuevos (en el sentido estrictamente descriptivo de ambos términos). No hay, pues, «progreso» ni «reacción»; lo que sí que hay son cambios (término neutro). Cambios que, obviamente, pueden y deben ser valorados, como (política y moralmente) buenos o malos. Pero buenos o malos por su propio contenido, por la valoración que merezcan comparándolos con la ética normativa y la teoría de la justicia —y la política criminal— que cada uno defienda. No, pues, por ir «contra el sentido de la historia» (por rescatar otra vetusta expresión propia del pensamiento comunista más escolástico).

Por fin, la tesis de Gracia solamente se sostiene si, además de afirmar la conexión funcional entre Derecho Penal y sociedad y que existe una evolución lineal de aquél y de ésta, se asume también una concepción (valorativa) apoyada en la idea de «progreso»: entendido éste en su más estricto sentido, esto es, como concepción de la evolución histórica a tenor de la cual los estadios cronológicamente posteriores deben ser estimados además como valorativamente (habrá que entender: moralmente) superiores. En efecto, solamente desde la asunción de esta última premisa cabe entender las afirmaciones de Gracia: si la sociedad ha progresado, si el discurso político-criminal lo ha hecho también y, con él, el Derecho Penal (del «Derecho Penal liberal» al «Derecho Penal moderno»), entonces es evidente que reclamar lo pasado es no sólo anacrónico, sino además moralmente perverso. Sin embargo, nuevamente, cabe discutir que tal progreso, entendido de un modo global, exista. Y ello, no sólo por razones filosóficas (que se derivan de argumentos similares a los que más arriba sirvieron para criticar el evolucionismo y la filosofía de la historia)²³, sino por la pura experiencia histórica concreta: en el

²³ En último extremo, el problema con una concepción «progresista» —en el sentido no político, sino de filosofía de la historia, en el que aquí hablo—acerca de la sociedad (y del Derecho) estriba en que, por metafísica, resulta inmune a la crítica racional. De manera que Gracia puede derivar de ella la exaltación del «Derecho Penal moderno», tal y como él lo entiende, y la crítica al «discurso de resistencia», pero cualquier otro podría, si así lo desease, afirmar que, precisamente, lo «progresista» hoy —en este sentido no político— es, por ejemplo, un «Derecho Penal de tres velocidades», porque significa (¡qué duda cabe!) un «avance» (diríamos, con más propiedad: un cambio) respecto del modelo propio del «Derecho Penal moderno», que trata todos los delitos por igual y, por ello, resulta más «reaccionario». Y, en realidad, casi cualquier otra conclusión podría ser «justificada» de este modo... que, como se comprenderá, nada justifica —en el sentido fuerte de la expresión— en realidad. En este sentido, ya

plano histórico general, podemos comparar sin desventaja los genocidios del siglo XX y los actualmente en marcha, o la muerte por inanición de millones de seres humanos ante la pasividad general de Estados, empresas, organismos supranacionales y buena parte de la opinión pública mundial, a cualquier otro horror de la historia, para concluir que, aunque algunos hayan (hayamos) mejorado, no se puede decir que el estado general de la humanidad haya mejorado tanto (salvo en conocimiento). Y, del mismo modo, si nos ceñimos al campo del Derecho Penal, resultaría difícil negar ciertas mejoras en ciertos lugares y en ciertos momentos (ejemplo: el Derecho Penal español vigente, comparado con el del franquismo), pero difícilmente podríamos generalizar dicha experiencia y convertirla en máxima general de evolución, cuando hallamos a nuestro alrededor «nuevas» políticas criminales tan extremadamente clasistas e inmorales como la norteamericana contemporánea (que no lo es menos, desde luego, que la que regía en la Inglaterra del siglo XIX y fue tan acerbamente criticada por pensadores y literatos) o la abiertamente represiva que se va extendiendo en el campo del Derecho Penal político en todos los países occidentales.

De hecho, cabría decir que precisamente lo que los defensores del «discurso de resistencia» sostienen es que el supuesto progreso que habría tenido lugar en el «Derecho Penal moderno» no es tal, sino franco retroceso o, al menos, cuestionable desviación por caminos no deseables. Cuestionan, pues, de un modo ciertamente muy post-moderno, que exista tal progreso lineal y que haya que renunciar a principios y valores «del pasado» en aras del mismo. Cuestionamiento que, desde luego, es discutible. Pero que, en mi opinión, no puede ser derrotado únicamente mediante una reafirmación de que el progreso sí que existe. Que es lo que parece hacer Gracia con su argumentación. Y que, como se comprenderá, resulta ser solamente una petición de principio, necesitada de fundamentación (fundamentación que, además, como ya he señalado, me parece en extremo problemática). Por el contrario, creo que solamente saliéndonos de la discusión —eminente mente metafísica y, por ello, difícilmente manejable en términos puramente racionales— acerca de progreso y reacción, de favorecimiento y contradicción con el «curso de la historia», es posible debatir racionalmente acerca de las cuestiones político-criminales implicadas. En este sentido, confieso que me resulta más simpática la forma de argumentar de los defensores —de

Voltaire ridiculizó muy agudamente las paradojas y contradicciones intelectuales de esta forma de razonar: vid. VOLTAIRE, *Cándido*, 1759 (trad. M. I. Azcoaga, Biblioteca El Mundo, Madrid, 1999), *passim*, esp. cap. XXX (pp. 89-93).

los más lúcidos, al menos— del «discurso de resistencia» (apegados al terreno de lo concreto: de la racionalidad moral e instrumental, como indiqué) que la de Gracia, por más que mi opinión sobre el fondo de la cuestión se aproxime más a la de este último.

5. ¿«Derecho Penal moderno»?

Así pues, en mi opinión, la estrategia argumentativa de Gracia, de descentrar y reorientar el debate político-criminal, acaba fracasando, debido a dificultades metodológicas de calado que su construcción no logra superar. Pero es que, más aún, podría cuestionarse incluso que el propio objeto de su propuesta esté bien definido. En efecto, a pesar del esfuerzo descriptivo que, como indiqué, realiza al exponer aquellos sectores en los que piensa que la «modernización» del Derecho Penal ha de incidir con más fuerza, lo cierto es que el propio concepto de un «Derecho Penal moderno», como bloque y subsector compacto del ordenamiento jurídico-penal, así como el de un discurso político-criminal homogéneo de «modernización», resultan problemáticos. Pues, en verdad, difícilmente podrían hallarse entre todas las áreas que el propio Gracia ubica dentro de ese pretendido «Derecho Penal moderno» más que dos cosas en común: primero, que son objeto de polémica, entre «modernizadores» y «resistentes»; y segundo, que en todos los casos existe también (y no sabría decir si esa polémica constituye un síntoma o más bien una causa de esto último) una notable falta de claridad y de rigor en las políticas criminales que se proponen y que se ponen en práctica, tanto por parte de los teóricos como por parte de los políticos y de los jueces, lo que conduce a unos resultados notablemente defectuosos, tanto en el plano legislativo como en el del funcionamiento efectivo del sistema penal. Por el contrario, la caracterización que Gracia propone (como vimos, que se trata de aquel sector del Derecho Penal orientado a la represión de las conductas socialmente desviadas de las clases sociales poderosas) difícilmente puede ser aceptada si se pretende que se tome como un verdadero intento de definición rigurosa y no como una mera figura retórica (una suerte de *captatio benevolentiae* de un público lector sedicentemente izquierdista). Pues, ¿cómo considerar tal definición apropiada para supuestos como muchos de los delitos contra la salud pública (casi siempre aplicados a pequeños comerciantes o empresarios, no a la gran empresa), el fraude de subvenciones (cometido muchas veces por pequeños propietarios), muchos casos de insolvencias punibles (de particulares o de pequeñas empresas), los comportamientos delictivos ocurridos en el marco de la economía sumergida (constituida tantas veces por pequeñísimas empresas: usurpación de marcas, usurpación de derechos de propiedad intelectual, etc.), por no

hablar del tráfico de drogas o de personas? Sólo con muchas —de masiadas— licencias podría decirse que estos delitos se aplican principalmente a las clases sociales más poderosas. Es cierto que hay otras figuras y supuestos en los que, al menos potencialmente, esto puede ocurrir. Sin embargo, la generalización excesiva acaba por desfigurar completamente el concepto de «Derecho Penal moderno».

Si esto es así, entonces la propia categoría de «Derecho Penal moderno» no puede ser más que una de estas dos cosas: bien un *desideratum*, un ideal que se postula para el futuro, pero que no tiene (¿aún?) existencia efectiva, por cuanto que el «Derecho Penal moderno realmente existente» no cumpliría con dicho ideal; o bien, lo que parece más plausible, un objeto construido de manera artificial, precisamente por los más críticos con la evolución «modernizadora» (Hassemer en primer lugar), para convertirlo en blanco de sus ataques. Gracia se inclina, sin embargo, por la primera alternativa. Pero, entonces, la pregunta que surge necesariamente es la de por qué defender con tanto ahínco algo —ese «Derecho Penal moderno realmente existente»— que no parece ser sino una torpe caricatura de lo que el ideal exigiría. Dicho de otro modo: es perfectamente posible ser muy crítico con la política criminal subyacente, con las regulaciones legales y con la práctica interpretativa en los ámbitos de eso que se ha dado en llamar «Derecho Penal moderno», tal y como hoy se concibe y opera, y, al mismo tiempo, ser partidario de la «modernización», esto es, de esa intervención del Derecho Penal en nuevas áreas de la realidad social. Y, sin embargo, parecería que Gracia niega dicha posibilidad.

Creo, por lo tanto, que a la hora de abordar la discusión político-criminal acerca del denominado «Derecho Penal moderno» conviene más bien optar por una táctica de diferenciación de problemas y de grupos de delitos, antes que por un enfoque global del asunto. Más adelante intentaré sugerir algunas líneas de actuación en este sentido. Quede ya, no obstante, aquí sentada mi perplejidad e insatisfacción ante los términos en los que Gracia plantea el debate (un «Derecho Penal moderno» compacto, una política criminal «modernizadora» homogénea y única y una disyuntiva excluyente entre «modernización» y «resistencia»), unos términos que, en mi opinión, antes ayudan a sus críticos que a los que somos partidarios de la (alguna) «modernización».

6. «Derecho Penal moderno» y régimen político

En este mismo sentido desmitificador, pienso que conviene relativizar también los vínculos entre «Derecho Penal moderno» (más

propriamente: aquellos grupos de delitos que suelen recogerse bajo esta denominación) y los régimenes políticos calificados como «Estados sociales y democráticos de Derecho». En primer lugar, porque, en general, me parece harto discutible la estrecha relación que un amplio sector doctrinal ha querido establecer, de uno u otro modo, entre constitución y política criminal. En mi opinión, dicha relación debe ser limitada a las dos condiciones de que, de una parte, las leyes penales respeten los diversos principios que la constitución establece (legalidad, irretroactividad, igualdad ante la ley, competencia legislativa en materia penal,...) y, de otra, preserven el contenido esencial de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (limitando su efecto restrictivo sobre los mismos —tanto el de la norma de conducta como el de la norma de sanción— en atención al principio de proporcionalidad)²⁴. Más allá de esto, entiendo que la política criminal, en tanto que auténtica política, debe quedar sometida al juego de la diversidad de opciones que se someten al debate ante la opinión pública y que pugnan por captar su apoyo, el de los electores, el de los grupos de presión, el de los partidos políticos y el de los parlamentarios, sin que dicho juego pueda quedar limitado por pretendidos e indeterminados «valores constitucionales».

No obstante, y además de esta razón de índole genérica (que aquí no puede ser explorada en detalle, dado que conlleva tesis complejas tanto acerca de la propia política criminal como sobre la naturaleza de la constitución y de la interpretación constitucional), tengo un segundo argumento, más específico, en contra de conectar tan íntimamente el «Derecho Penal moderno» con el «Estado social de Derecho», como Gracia hace. Y es que, en realidad, si alguna conexión instrumental hay que atribuir a las figuras delictivas que suelen englobarse en el «Derecho Penal moderno», parece que la misma debe ser más bien con el desarrollo del capitalismo, con la creciente multiculturalidad, con el desarrollo de las tecnologías y con la globalización. Es decir, el «Derecho Penal moderno» parece más bien el Derecho Penal de una sociedad capitalista desarrollada, abierta al mundo y multicultural. De hecho, todos los fenómenos que dan lugar a los de-

²⁴ Por lo demás, en la práctica es evidente que hoy la única limitación constitucional al legislador penal que opera efectivamente en el funcionamiento cotidiano del Ordenamiento jurídico, a través del control de constitucionalidad de las leyes, es la primera que acabo de mencionar. La segunda, en mi opinión, debería llegar a implantarse también, a través de una actitud más intervencionista de la jurisprudencia constitucional de aquella a la que nos tiene acostumbrados: vid., en este mismo sentido, LOPERA MESA, G. P.: *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*, en Jueces para la Democracia 53 (2005), pp. 39 ss., esp. pp. 50-53. Pero nada más.

litos que se etiquetan como «Derecho Penal moderno» tienen que ver antes con dicha evolución social que con unos valores políticos específicos: con el uso creciente de las tecnologías, con el desarrollo del consumo, con el predominio de la gran empresa, con la inmigración, con el pluralismo cultural e ideológico de los ciudadanos y grupos sociales, con la integración supraestatal, con la mayor facilidad de las comunicaciones, etc. Pero una sociedad capitalista desarrollada, abierta al mundo y multicultural no tiene por qué ser un Estado del bienestar (ahí están los Estados Unidos de América para demostrarlo) y ni siquiera tiene por qué ser un Estado de Derecho y democrático (la historia de los países desarrollados de Asia —China, Taiwán, Corea del Sur,...— en las últimas décadas así lo indica). En otras palabras, a mi entender, la pretensión de vincular el «Derecho Penal moderno» con el Estado social y con la democracia no puede ser tomada más que de dos formas: como una mera contingencia histórica (es cierto que en Europa Occidental ha ocurrido que los Estados con «Derecho Penal moderno» eran formalmente democráticos y poseían sistemas de bienestar, pero dicha coincidencia no es imprescindible) o, peor aún, como mera retórica propagandística carente de base real. En cualquier caso, me parece que no es posible otorgar ninguna legitimidad —tampoco negársela, desde luego— al «Derecho Penal moderno» sobre la base de esta pretendida conexión.

La cuestión, además, resulta relevante no sólo por razones políticas (en la medida en que se esté intentando extender al «Derecho Penal moderno» el manto de la legitimidad que hoy poseen en nuestra civilización las ideas de Estado de Derecho, de democracia y de Estado del bienestar, cuando no se lo merece)²⁵. También lo es porque, si

²⁵ Por lo demás, y aun cuando no formen parte del núcleo de su argumentación, hay dos apreciaciones de orden político de Luis Gracia que me llaman especialmente la atención. La primera es su afirmación («profecía?») de que los «Estados sociales de Derecho» acabarán evolucionando hacia una sociedad socialista (pp. 54-55). Si nos hallamos, nuevamente, ante otra manifestación de (una determinada concepción del) «materialismo histórico» como filosofía metafísica de la historia, nada más he de decir que lo que antes apunté: que se trata de una tesis de creencias, no de hechos, irracional por lo tanto. Si, por el contrario, pretende ser tomada como una afirmación sobre lo que puede suceder próximamente (no sobre lo que «tiene que» suceder), apoyada en los indicios que hoy poseemos yo diría, aun a riesgo de equivocarme en mi predicción, que los acontecimientos de los últimos treinta años no parecen indicar que las sociedades capitalistas desarrolladas —por no hablar de los pueblos empobrecidos del Sur— se dirijan hacia el socialismo, sino, en todo caso, más bien hacia el deterioro del Estado del bienestar y la reinvencción de un capitalismo transnacional de corte casi decimonónico en lo que a derechos económicos y sociales de los ciudadanos se refiere (aunque les otorgue más posibilidades de consumo y algún grado de libertad política). Nuevamente, tengo la impresión de que Gracia, en su afán de marcar distancias con las tendencias políticamente más afines al neoliberalismo en el debate po-

la razón de ser del «Derecho Penal moderno» no es primordialmente de naturaleza ético-política (hacer presentes ciertos valores en la vida social), sino, como estoy defendiendo, de índole instrumental (garantizar la integración social de sociedades crecientemente complejas), entonces el primer criterio para enjuiciar qué política criminal es la más idónea cambia: deberá serlo aquella que obtenga mejor esos objetivos de integración social. En un ejemplo: si la clave del Derecho Penal económico —en todo aquello que no es puro Derecho Penal simbólico— estriba, como yo creo, en la preservación de determinadas condiciones de funcionamiento de la economía capitalista, entonces el criterio de valoración de dicho sector del Ordenamiento será si produce o no eficientemente dicho efecto. Y sobre esta base deberán construirse las propuestas político-criminales al respecto²⁶.

En segundo lugar, si el «Derecho Penal moderno», en tanto que tal, no responde siempre —como Gracia pretende— a una orientación política específica, entonces es posible que haya (y, de hecho, hay) «Derecho Penal moderno» conservador, liberal, socialdemócrata y revolucionario, de derechas y de izquierdas... con tal, claro está, de que cualquiera de ellos resulte instrumentalmente idóneo para la integración de ese género de sociedades desarrolladas, aun cuando esté orientado por objetivos políticos diferentes, por modelos de sociedad desarrollada distintos. Pues, obviamente, el Derecho Penal económico, el tráfico de personas o el uso de la tecnología nuclear —por poner únicamente tres ejemplos— puede ser configurado des-

lítico-criminal, idealiza en exceso su alternativa, tomando acaso sus deseos por realidades. La segunda afirmación de Gracia que desearía destacar es la que afirma que el fundamento político de la protección jurídico-penal de bienes jurídicos ha de buscarse en el contrato social (pp. 191-193). Obviamente, no es éste el lugar para entrar en una discusión tan central de la filosofía política moderna y contemporánea. Sí observaré, sin embargo, que la tesis de Gracia, de que el contrato social es un *«hecho real empírico con contenidos histórico-materiales»*, resulta problemática desde muchos puntos de vista: desde el punto de vista de su verosimilitud histórica; por su dudosa capacidad para justificar moralmente algo sin caer en la falacia naturalista; y, en fin, porque, incluso prescindiendo de lo anterior, es muy discutible que se pueda justificar moralmente cualquier cosa que se acuerde en un contexto social real, en el que la presencia del poder y de la desigualdad de poder entre los agentes está siempre presente. Cfr. solamente, en este sentido, DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984 (reimp. 1999), pp. 234-240; BARRY, B.: *La justicia como imparcialidad*, trad. J. P. Tosaus Abadía, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 59-77.

²⁶ Una advertencia: no estoy sugiriendo que se pueda hacer política criminal solamente con argumentos de racionalidad instrumental. Como más arriba indiqué, necesariamente habrá siempre en juego también cuestiones de naturaleza moral, de justicia. Ahora bien, si las cosas son como yo sostengo, entonces muchas veces esas cuestiones de justicia (por ejemplo, la de si el modelo económico capitalista merece ser preservado) habrán tenido que ser resueltas ya con carácter previo, antes de que empecemos a hablar de política criminal.

de cualquiera de tales perspectivas distintas, produciendo efectos prácticos también diferenciados. Es decir, en mi opinión, el error de Gracia estriba en vincular en exclusiva el «Derecho Penal moderno» a la socialdemocracia, cuando, en el plano de los hechos históricos, esta vinculación difícilmente puede ser sostenida como una tesis generalmente aplicable y, en el plano ético-político, pretende privar ilegítimamente de su oportunidad de entrar en el debate a otras posibles concepciones político-criminales de lo que debe ser el «Derecho Penal moderno».

Ciertamente, esta objeción que acabo de presentar, al igual que la anterior (lo discutible que resulta atribuir una naturaleza homogénea a todo el «Derecho Penal moderno») no cuestionan el fondo de la argumentación de Gracia. Por el contrario, como ya indiqué, creo que sí resultan letales para la misma las objeciones filosóficas y metodológicas que expuse más arriba. No obstante, pese a que estas otras objeciones no sean tan centrales, sí que obligan en cualquier caso a relativizar mucho el entusiasmo que Gracia manifiesta por ese «Derecho Penal moderno» que defiende con tanto ardor y que, acaso, no se merezca tal defensa incondicional.

7. Política criminal y límites de la potestad punitiva

La última observación que realizaré sobre la línea central de argumentación de Gracia no es propiamente una crítica, sino más bien una reserva. Se trata, en efecto, de una reserva ante lo que me parece un punto oscuro, no suficientemente explicado: el de la compatibilidad entre política criminal «modernizadora» y los límites de la potestad punitiva que constituyen principios tales como el de legalidad, el de exclusiva protección de bienes jurídicos, el de subsidiariedad, el de fragmentariedad, etc. Por una parte, en algunos pasos de su argumentación, Gracia parece cuestionar algunos de estos principios, nuevamente sobre la base de su origen sesgadamente clasista (p. 207): así ocurre, por ejemplo, con el principio de legalidad penal (pp. 113, 164, 166-167, 181-189) o con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (pp. 73-75, 128-129). Por otra parte, Gracia afirma que la relación entre Estado de Derecho y «garantías penales liberales» es meramente contingente, no necesaria, de manera que aquél podría subsistir sin estas (pp. 207-208). Por último, sin embargo, la propuesta de Gracia en este sentido parece ser: primero, preservar en la medida de lo posible esa síntesis entre garantías y Estado de Derecho en el Derecho Penal moderno (pp. 190-191)²⁷; pero,

²⁷ Así, en relación con el principio de legalidad penal: p. 195. En relación con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: pp. 191-193.

segundo, modificar, cuando ello sea necesario, dichas garantías «liberales», para adaptarlas a las exigencias del «Estado social y democrático de Derecho» y del «Derecho Penal moderno» (pp. 207-213).

Todo esto me parece muy poco claro. Primero, en cuanto al objeto de la discusión: si las «garantías penales liberales» son, precisamente, eso que solemos llamar principios limitadores de la potestad punitiva estatal (incluyendo el principio de legalidad penal y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos); o si se trata de otra cosa. Si, como parece, la primera es la mejor interpretación posible de ese vago concepto (*¿a qué otra cosa se podría estar refiriendo?*), entonces lo primero que hay que decir es que, como ya indiqué más arriba, el argumento del origen o del empleo clasista de dichos principios (un hecho histórico indudable) no permite extraer ninguna conclusión práctica: del hecho de que el principio de legalidad penal sea empleado por algunos jueces para absolver a verdaderos sinvergüenzas nada dice del valor que dicho principio merece. En segundo lugar, esto, ciertamente, no significa ignorar que en la interpretación de los principios —como siempre en la interpretación jurídica— es posible y frecuente introducir subrepticiamente elementos ideológicos que deforman el principio y lo convierten en un arma política, al servicio de determinados intereses. En este sentido, tiene razón Gracia cuando reclama más atención crítica a la ideología desde la que se interpretan los principios. Por poner un solo ejemplo: una interpretación neoliberal del principio de fragmentariedad, que en su virtud extraiga, *de lege ferenda* o *de lege lata*, del Derecho Penal económico las conductas abusivas de los empresarios (por falta de «alarma social»), no es, desde luego, la única posible. Por el contrario, también puede hacerse una interpretación políticamente diferente de dicho principio y propugnar, por ejemplo, la despenalización de los hurtos no violentos de escasa entidad.

Ahora bien, admitido esto, lo cierto es que queda en pie la pregunta de si lo que Gracia está sugiriendo es algo más. Es decir, la cuestión —verdaderamente, la crucial— de si, desde su perspectiva político-criminal, en algún caso la contradicción entre objetivos político-criminales (en su caso, «modernizadores») y principios limitadores de la potestad punitiva debe resolverse en favor de aquéllos y en detrimento de estos. Porque lo que no se puede negar es que esta clase de situaciones, de auténtica contradicción (esto es, supuestos en los que con cualquier interpretación posible de los principios la contradicción no desaparece), pueden darse y de hecho se dan. Así, por ejemplo, hay tipos penales —algunos, precisamente, del «Derecho Penal moderno»— que, con cualquier interpretación razonable del mandato de taxatividad de los tipos penales, resultan contradictorios

con él. O tipos que carecen de cualquier fundamento imaginable desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, cualquiera que sea la concepción de estos últimos que se defienda. La pregunta, entonces, es si la persecución de objetivos político-criminales (incluso) legítimos puede y debe permitir que se exima al legislador y al intérprete de respetar estos principios. Algunas expresiones de Gracia parecerían indicar que ésta es su opinión. Otras que no. Sea como sea, es imprescindible reconocer la existencia de este tipo de situaciones y darlas una respuesta. Respuesta que, en mi opinión, debe ser la de que los principios están por delante de los objetivos político-criminales: es decir, la respuesta garantista. Pero, ¿es esta la respuesta de Gracia?

IV

Con lo anterior he intentado demostrar que, al fin, la estrategia argumentativa de Gracia no funciona: en mi opinión, a pesar de su notable esfuerzo teórico, no logra superar ninguna de las críticas que, desde lo que él denomina «discurso de resistencia», se han hecho a las manifestaciones reales del llamado «Derecho Penal moderno»; no logra pasar a ese «otro lado» del discurso que buscaba. Sí que consigue, no obstante, poner de manifiesto algo: primero, que muchas de las críticas y propuestas de los partidarios del «Derecho Penal clásico» son antes argucias retóricas y peticiones de principio que auténticos argumentos (son muy agudas en este sentido sus consideraciones sobre el uso de la retórica de lo clásico y lo moderno en dicho discurso); y, en segundo lugar, que, como ya había destacado también Schünemann en Alemania, en la época en la que vivimos el «discurso de resistencia» tiene un sentido político muy claro, de cuestionamiento de la legitimidad de la intervención del Estado en la vida social.

Pese a ello, las críticas verdaderamente serias que se le han hecho al «Derecho Penal moderno» realmente existente siguen pendientes. Las enumero tan sólo:

- ¿Con qué método deberían definirse los bienes jurídicos relativos a realidades sociales complejas y sin una base física inmediatamente perceptible? Porque, de lo contrario, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se convierte en papel mojado, como las recientes experiencias legislativas «modernizadoras» españolas y en el Derecho comparado demuestran.

- ¿Qué objetos y qué riesgos son verdaderamente importantes en una sociedad compleja y plural? Como indiqué más arriba, si esto no se resuelve, el «Derecho Penal moderno» se vuelve un Derecho Penal propio de tecnócratas (de funcionarios, de expertos, de grupos de presión, de medios de comunicación), que deciden realmente por todos.
- ¿Qué criterios de imputación de responsabilidad pueden aplicarse, sin cuestionar las garantías básicas (lesividad, responsabilidad personal, responsabilidad subjetiva, culpabilidad,...)? O, dicho de otro modo, ¿hasta dónde se pueden deformar los criterios clásicos de imputación, para adaptarlos a las nuevas necesidades?
- ¿Qué técnicas de tipificación de conductas son más adecuadas? ¿Delitos de lesión o de peligro? ¿De resultado o de mera actividad? ¿Activos u omisivos? ¿De consumación anticipada? ¿Qué demandan o prohíben aquí los principios de subsidiariedad y de fragmentariedad?
- ¿Cómo se puede hacer valer efectivamente el mandato de taxatividad de los tipos penales?
- ¿Qué relación debe poseer el Derecho Penal con el Derecho Administrativo en este ámbito de actuación?
- ¿Qué penas son eficaces en estos delitos y, al tiempo, proporcionadas?
- ¿Puede esperarse verdaderamente que el «Derecho Penal moderno» logre sus objetivos político-criminales, de control de la desviación social en la vida económica, en el uso de las tecnologías, en la integración social de grupos culturalmente diferenciados, etc.?

Como se verá, cuestiones todas ellas en absoluto baladíes. Que, ya lo dije, deberán ser resueltas, en un debate político, mediante una combinación de racionalidad moral y de racionalidad instrumental²⁸. Pero que, a nadie le quepa duda, siguen pendientes. Y, mientras sigan, no puede extrañarnos, incluso a quienes nos confesamos esencialmente «modernizadores» en política criminal, que persista frente a nosotros un «discurso de resistencia». En el que, por supuesto, se mezclan churras con merinas, preocupaciones legítimas con manipulaciones más o menos burdas.

²⁸ Algunas indicaciones sobre el particular he dado en PAREDES CASTAÑÓN, *Ambigüedades e insuficiencias del concepto de «Derecho Penal del riesgo»*, en RDPC 11 (2003), pp. 383 ss.

Sin embargo, como es lógico, la carga de la argumentación está (en virtud del principio *in dubio pro libertate*) en nuestro lado. Por lo que, si no somos capaces de responder razonablemente a las objeciones que se formulan y justificar adecuadamente la intervención del Derecho Penal en nuevos ámbitos de la vida social, no deberemos extrañarnos de que la pretensión de modernizar el Derecho Penal y volverlo políticamente menos clasista no sea tomada demasiado en serio por nadie. No lo hacen, desde luego, los teóricos que sostienen un «discurso de resistencia». Pero tampoco el legislador, que parece «modernizar», pero se limita en realidad a hacer demagogia electoralista con el Derecho Penal, legislando sin política criminal y sabiendo que lo que legisla no se va a aplicar o va a ser ineficaz. O los jueces que, sin formación adecuada sobre los nuevos tipos penales, sus problemas político-criminales y sus dificultades específicas de interpretación, los hacen fracasar. Éste es, me parece, el debate (no el filosófico)²⁹.

²⁹ Un solo ejemplo de que esto es así: a día de hoy —y a diferencia de lo que ocurrió en los siglos XVIII y XIX— la polémica en torno al materialismo está, desde el punto de vista de las ciencias naturales y de la filosofía que en ellas se apoya, prácticamente cerrada (cuestión distinta es que desde diferentes creencias carentes de base científica, o desde concepciones filosóficas que prescinden de los datos de la ciencia, puedan seguir manteniéndose concepciones idealistas o espiritualistas de la realidad). En efecto, hoy nadie duda, ni entre los científicos ni entre los filósofos que toman en consideración los conocimientos de aquéllos, de que en la realidad no existen otras entidades ni otros hechos empíricamente perceptibles (esto es, intersubjetivamente aceptables) que entidades materiales y procesos de transformación, también material, de dichas entidades. Y que, por consiguiente, todos los fenómenos empíricamente comprobables que existen, incluyendo los fenómenos psicológicos y sociológicos, se apoyan en última instancia en dichas entidades materiales y en sus procesos de transformación. Es a esto a lo que se ha dado en llamar fisicalismo: la tesis de que, en última instancia, todas las entidades, todos los fenómenos y todos los conocimientos pueden ser reducidos (traducidos) a las categorías de la Física (vid. Poland, J.: *Physicalism: The Philosophical Foundation*, Oxford University Press, New York, 1994, *passim*). En este sentido, tiene razón Gracia cuando rechaza la existencia de objetos de protección del Derecho Penal que puedan ser «inmateriales», dado que, hablando estrictamente, nada habría que no sea material (p. 168). Ahora bien, aceptar esta tesis filosófica como la más satisfactoria desde el punto de vista racional no nos sirve, en mi opinión, para eximirnos de afrontar el problema que se pretende señalar con la expresión «desmaterialización de los bienes jurídicos» (y que no es principalmente —aunque sí en algún grado— un problema filosófico, sino ante todo uno de política criminal y de técnica legislativa): la enorme vaguedad de las definiciones que se suelen dar de los bienes jurídicos en el «Derecho Penal moderno» y la creciente desaparición de referencias empíricamente perceptibles de forma directa en dichas definiciones. Con todo lo que ello implica, de debilitamiento en las funciones de control de legitimidad y de interpretación de los tipos que el concepto de bien jurídico pretende cumplir.

Por lo demás, bienvenido sea el intento (en mi opinión, sin embargo, fallido) de renovar la discusión político-criminal con aportaciones procedentes de otros ámbitos del pensamiento. Más intentos de estos necesitamos, sin duda alguna, si queremos enfrentarnos con algún fundamento a los desafíos que tenemos planteados.