

DERECHO PENAL 'MÍNIMO' Y NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD*

Giorgio Marinucci^{**}

Emilio Dolcini

Universidad de Milán

SUMARIO: 1. Punto de partida: nuevas formas de criminalidad; 2. Las tendencias 'reduccionistas' de un sector de la doctrina penal: el llamado Derecho penal 'mínimo'; 3. Las respuestas de los teóricos del Derecho pena 'mínimo' a las nuevas formas de criminalidad; 4. El Derecho penal 'mínimo': ¿una propuesta neoliberal o neoliberalista?; 5. Derecho penal 'mínimo', criminalidad organizada y atentados a las instituciones democráticas; 6. ¿Derecho pena liberal o Derecho penal 'mínimo'?

1. *Punto de partida: nuevas formas de criminalidad.* En los últimos decenios el rostro de la criminalidad en las sociedades europeas ha cambiado radicalmente: han surgido nuevos fenómenos, que han llegado a ser más numerosos y más graves, los que en el pasado representaban una feliz rareza. Aludiremos esquemáticamente a estos fenómenos, pues se trata del banco de prueba sobre los cuales valoraremos las propuestas político criminales expuestas bajo la bandera del Derecho penal 'mínimo'.

1.1. Mucha de estas situaciones anormales se radican en el *mundo de los negocios*. Las noticias relativas a los *escándalos financieros*, de proporciones gigantescas, no sólo aparecen con frecuencia en los diarios económicos, sino que también en las primeras páginas de todos los periódicos. Resulta difícil precisar un grupo de empresas de importancia que no esté o no haya estado recientemente envuelto en al menos uno de estos escándalos. No se trata de hechos cuya repercusión se mantenga dentro de los límites nacionales, la globalización de los mercados financieros manifiesta también estas situaciones patológicas. Balances falsos — funcionales para importantes evasiones fiscales—, informaciones no verídicas sobre la situación económica de la sociedad, la creación de "fondos negros" a disposición de administradores ávidos o deshonestos son, entre otros, atentados a la confianza de los inversores. La consecuencia, casi automática, de la traición a esta confianza es la fuga en masa de los capitales extranjeros, la caída de las cotizaciones bursátiles, la ruina de

* El presente trabajo está destinado a los *Studi in memoria del prof. Gian Domenico Pisapia*.

** Traducción a cargo de Raúl Carnevali Rodríguez (Universidad Católica del Norte y Universidad de los Andes. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra).

los pequeños ahorradores, la afectación del sistema bancario, los que terminan, algunas veces, con la clausura de las fábricas y el despido de los operarios.

En Italia tales escándalos han sido frecuentes y llamativos, sobre todo en los últimos veinte años. No se trata, sin embargo, de un fenómeno solo italiano. La literatura criminológica de los principales países europeos nos informa de la ubicuidad de las principales tipologías de ilícitos económicos de grandes dimensiones. La difusión de estos sucesos en todos los países de Europa occidental ha generado una creciente atención de los órganos de la Comunidad Europea: cada vez y con más frecuencia, los legisladores nacionales son llamados a tipificar nuevas formas de ilícitos económicos, como ha sucedido, por ejemplo, con el *insider trading*¹, o bien, para prever diversas formas de criminalidad económica, como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, conjuntamente con la de los administradores².

¹Para un exhaustivo examen acerca del *insider trading* en el ordenamiento italiano, introducido en la Ley de 17 de mayo de 1991 n° 157, conforme a la directiva CEE n° 89/592 de 13 de noviembre de 1989, cfr. MUCCIARELLI, *Speculazione mobiliare e diritto penale*, 1995, con amplia bibliografía. También, para apreciar el Derecho comparado, cfr. asimismo, SEMINARA, *Insider trading e Diritto penale*, 1989.

² A propósito de una reciente convención internacional en materia de criminalidad económica —Segundo protocolo de la Convención relativa a la tutela de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Convención P.I.F.) de 19 de junio de 1997— que dispone la configuración por parte de los Estados miembros de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cfr. DOLCINI, «Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1999, p. 19 y ss. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en otros sectores del Derecho penal ha sido también prevista, además, en dos recientes convenciones suscritas por los Estados miembros del Consejo de Europa: la Convención sobre la protección penal del medio ambiente, Estrasburgo, 4 de noviembre de 1998, en *Série de Traités européens*, 172, (art. 9) y la Convención penal sobre la corrupción, Estrasburgo, 27 de enero de 1999, *Série de Traités européens*, 173, (art. 18 y 19). Para una exposición de las tendencias de las legislaciones europeas y extraeuropeas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cfr. TIEDEMANN, «La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, p. 615 y ss. Por último, el amplio y profundo trabajo de DE MAGLIE, *Societas delinquere potest. Un'indagine di diritto italiano e comparato*, 1999. Sobre las primeras experiencias expuestas en Francia, después que el Código penal de 1994 introdujo la responsabilidad penal de los entes colectivos, cfr. los trabajos de FRANCHI, «A quoi peut bien servir la responsabilité pénale des personnes morales?», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1996, p. 277 y ss.; VICHNIEVSKY, «Bilan sommaire de la mise en oeuvre de la répression à l'encontre des personnes morales», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1996, p. 289 y ss.; PINIOT, «Table ronde. Evaluation comparée des deux voies répressives», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1996, p. 293 y ss. Sobre orientaciones del Derecho penal estadounidense, cfr. DE MAGLIE, «Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, p. 88 y ss. Un significativo índice acerca de las orientaciones hoy dominantes en Europa sobre este tema se encuentra también en *Corpus Iuris recante disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, presentado en 1996 como conclusión a los trabajos realizados por una comisión de expertos constituida por iniciativa del Parlamento Europeo: el proyecto, determinado a los delitos allí expuestos, prevé la responsabilidad penal de los entes colectivos (art. 14). El texto del *Corpus Iuris* y la relación que lo acompaña pueden leerse en *Verso un spazio giudiziario europeo. Corpus Iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, 1997, p. 33 y ss. Una posición contraria respecto a la tendencia general a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se manifiesta en el Código penal de la Federación Rusa, en vigor desde 1 de enero de 1997, cuyo art. 19, al precisar los "requisitos generales para la responsabilidad penal", hace una especial referencia a la "persona física". Al respecto, con referencia a los trabajos preparatorios, en los cuales también se expuso la idea opuesta, cfr. DEL TUFO, «Il nuovo codice penale russo: un primo sguardo d'insieme», en *Il codice penale della Federazione Russa*, trad. Italiana, 1998, p. 58 y ss. En Italia, en el proyecto de la Ley Dini-Diliberto, aprobada por la

1.2. Estrechamente relacionados a la criminalidad económica están los constantes *acuerdos corruptos entre el mundo político y el mundo de los negocios*. Así pues, la construcción de nuevos caminos, la ampliación de las redes de transporte público urbano —en particular, las del ferrocarril metropolitano—, la creación de nuevos basureros para la descarga de desechos, el suministro de implementos y maquinarias a la administración pública han proporcionado frecuentemente la ocasión —en la experiencia italiana de estos años— para que importantes sumas de dinero pasen desde las empresas a los partidos políticos, a cambio del otorgamiento de concesiones, solicitudes y favores de diverso genero.

Los daños globales que este tipo de prácticas ilícitas suponen se pueden resumir: por un lado, la corrupción de los empleados públicos y de los representantes públicos ha provocado una devastadora crisis de confianza en la rectitud e imparcialidad de la administración pública y en las propias instituciones democráticas; por otro lado, las empresas corruptoras han obtenido un enorme provecho, perjudicando a sus competidores honestos y, sobre todo, a la colectividad, que ha pagado por cada obra pública sumas muy superiores a las que corresponden.

Los amplios daños provocados por esta clase de fenómenos corruptos ha sido repetidamente subrayada, con dramática eficacia, por el Gobernador de la Banca italiana Antonio Fazio: "El daño más grave que las formas de corrupción, ahora judicialmente perseguidos, han provocado a la economía italiana está constituido por la interferencia que tales fenómenos han ejercido sobre el buen funcionamiento de la economía basada en la competencia. Además de los efectos que desincentivan una sana competencia, se manifiestan diferencias relevantes entre el valor de las obras realizadas con criterios de favoritismo y corrupción y el valor de aquellos que habrían sido obtenidos a través de costos efectuados según criterios de eficiencia y de economicidad"³. Pues bien: "Formas de corrupción difundidas en las relaciones entre empresas y esfera pública han aumentado los gastos, lesionado el buen funcionamiento del mercado, obstaculizado las selección de proveedores y de mejores productos. El éxito de esta tasación impropia, que al final recae sobre los ciudadanos, con la consiguiente distorsión en la ubicación de los recursos, se está manifestando con una gravedad que asusta"⁴.

Cámara de Diputados el 24 de marzo de 1999 y transmitido al Senado el 25 de marzo de 1999, contiene la ratificación de una serie de Actos internacionales elaborados en base al art. K 3 del Tratado de la Unión Europea, el art. 6 se prevé la delegación al Gobierno para la configuración de una responsabilidad administrativa (por tanto, no penal) de las personas jurídicas a cuyo beneficio se haya cometido el delito.

³ FAZIO, «Ética ed economia», en: *Razionalità economica e solidarietà*, 1996, p. 37.

⁴ FAZIO, «Relazione del Governatore della Banca d'Italia del 1993», en: *Il Sole-24 Ore Documenti*, 1º giugno 1993, p. 15. Sobre los daños macroeconómicos de la corrupción. Cfr. entre otros, FORTI, *La corruzione del pubblico amministratore. Linee di una indagine interdisciplinare*, 1992, p. 23.

Por otra parte, este tipo de comportamientos no es exclusivo de las vicisitudes italianas de los últimos años: así lo testimonian las alarmantes relaciones de los representantes de los países europeos y extraeuropeos más desarrollados presentes en la Séptima y Octava conferencia Internacional sobre Corrupción (IACC), que tuvieron lugar en Pechino en 1995⁵ y en Lima en 1997, respectivamente. Asimismo, en el ámbito europeo, algunas recientes convenciones que imponen a los Estados contratantes a intensificar la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos nacionales y extranjeros⁶. En tema de corrupción, Italia puede, en todo caso, jactarse por el descubrimiento y la represión por parte de la magistratura de un número particularmente significativo de hechos, sobre todo, por efecto de la investigación "Manos limpias", llevada a cabo por jueces de Milán. Es así, que toda una clase política ha sido expulsada y decenas de los más altos dirigentes de grandes empresas nacionales y extranjeras han aportado sus rostros a las imágenes "librescas" de los "criminales de cuello blanco".

1.3. El mundo empresarial es protagonista de otro importante capítulo de la criminología contemporánea: los *atentados al medio ambiente*.

No se trata de un fenómeno nuevo, los años de la reconstrucción de los países europeos devastados por la Segunda Guerra Mundial se caracterizaron por una total despreocupación de las repercusiones dañosas ocasionadas por la reanudación de las actividades industriales, y del creciente descontrol de las construcciones productivas y urbanas. Asimismo, en los últimos decenios, el desarrollo industrial ha asumido ritmos cada vez más acelerados, multiplicando los riesgos para la integridad de los equilibrios ecológicos y para la salud colectiva.

La acumulación en el tiempo de fenómenos de contaminación del agua y del aire, la difusión de los conocimientos científicos sobre los daños inmediatos o futuros que derivan de estos procesos y la verificación de importantes catástrofes ecológicas, han puesto de manifiesto que la falta de respeto por parte de las empresas industriales de las precauciones indicadas por la técnica, para minimizar los riesgos ambientales ofende intereses vitales, tanto individuales como colectivos⁷.

⁵Cfr. Anti-Corruption for Social Stability and Development, The Collected Works of the Seventh International Anti-Corruption Conference, Pechino, 1996.

⁶ Nos referimos al Segundo Protocolo de la citada Convención P.I.F. y a la Convención de 1999 sobre corrupción promovida por el Consejo de Europa (cfr. *supra* n. 2), así como a la Convención OCSE de 17 de octubre de 1997 sobre lucha a la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales, cuyo texto fue publicado en *International Business Transactions (and related Documents)*, 1997, p. 6 y ss.

⁷La doctrina más autorizada a nivel europeo señala que "la negligencia colectiva de las obligaciones...en materia de protección del medio ambiente o de conservación del clima" es hoy advertida como "una amenaza para la

Las repercusiones dañosas de los atentados al medio ambiente, por su parte, traspasan frecuentemente los límites de los Estados: es el caso de los accidentes en centrales nucleares, los derramamientos de petróleo, los vertidos contaminantes en las aguas de ríos que atraviesan diversos Estados.

Como una señal importante, en el ámbito europeo, sobre la conciencia acerca de la gravedad de las ofensas a los bienes ambientales constituye la Convención sobre la protección penal del medio ambiente, de 4 de noviembre de 1998⁸. Suscrita por los países miembros del Consejo de Europa, establece la obligación por parte de los legisladores nacionales de incriminar una serie de agresiones dolosas e imprudentes a los más diversos bienes ambientales (art. 2 y 3), disponiendo además, junto a las clásicas sanciones penales para las personas físicas y para las personas jurídicas (art. 6), la confiscación de los instrumentos del delito, o de bienes de valor equivalente (art. 7), así como la reposición del bien ambiental ofendido (art. 8).

1.4. Nuestro tiempo está marcado también por la expansión y la evolución de los fenómenos propios de la *criminalidad organizada*, que presentan conexiones siempre muy estrechas, ya sea con el mundo de los negocios o con el de la política.

El enorme caudal de dinero sucio que las más diversas organizaciones criminales obtienen por el tráfico de droga y del comercio ilegal de armas de guerra, es "limpiado" a través de complejas operaciones de lavado⁹ y con la complicidad del sistema bancario internacional, el que es posteriormente reinvertido en las actividades económicas más diversas: con el efecto de ir condicionando la vida de bancos y empresas de primera importancia. La criminalidad moderna organizada tiene, por su parte, la necesidad de contar con el sostén de exponentes del mundo político, los que —a cambio de votos electorales— aseguran concesiones de obras públicas en las que invierten capitales de origen ilícito y, eventualmente, cuentan con la participación de magistrados corruptos o corrompibles para así obtener las absoluciones en los procesos que siguen en su contra.

También el fenómeno de la criminalidad organizada tiene dimensiones internacionales y transnacionales¹⁰, difundida en países, como los Estados Unidos de

existencia de la humanidad": así JESCHECK, «Franco Bricola e la sua opera vista dalla Germania», en: CANESTRARI (Dir), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 16.

⁸ Cfr. *supra* n. 2.

⁹ Para un profundo análisis del fenómeno del lavado y de sus efectos dañosos a escala internacional, cfr., en la literatura penal, ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, 1997, p. 1 y ss. Sobre las técnicas adoptadas por el legislador italiano para contrarrestar este fenómeno, cfr., además de ZANCHETTI, *op. cit.*, p. 346 y ss., MOCCIA «Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, p. 728 y ss.

¹⁰ Para un lúcido cuadro global sobre la fenomenología y las repercusiones de la criminalidad organizada e internacional y transnacional sobre la estabilidad económico-institucional, cfr. BASSIGNI-VETTERE «Towards

América o Italia, donde tiene raíces antiguas y se alimenta del conspicuo aporte de las "filiales" de organizaciones criminales extranjeras. En países de alto desarrollo económico —como Alemania, Francia, Gran Bretaña, Bélgica— que no tienen tradiciones de este tipo, las organizaciones, también internacionales, han asumido la gestión del mercado de la droga, la explotación de la prostitución, el tráfico de armas; en países, como Rusia, Rumania o Albania, que han conocido una continua disgregación de su sistema económico-político; qué decir de los notorios fenómenos de criminalidad organizada presentes en los países de Tercer Mundo productores de la droga.

Este fenómeno de la criminalidad organizada es, desde hace tiempo, el centro de atención, tanto de la sociología criminal como de la doctrina penal. Una significativa confirmación es la ofrecida por el XI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, que se desarrolló en Budapest en septiembre de 1999, y que se dedicó por completo a este tema¹¹.

1.5. Un último capítulo de la criminología europea, de enorme gravedad, se refiere al *terrorismo político*, y en general a los *atentados a la integridad de los Estados*.

El terrorismo político —bajo siglas como "Brigate rosse" y "Rote Armee Fraktion"— han ensangrentado en los años setenta y ochenta la vida italiana y alemana, culminando con los asesinatos o lesiones de hombres políticos de relieve, de magistrados, periodistas, representantes del mundo industrial. Con la sospechosa complicidad de los servicios secretos, también extranjeros, grupos terroristas han provocado estragos y desastres ferroviarios.

Por otra parte, el asesinato del prof. D'Antona en 1999, reivindicada por las Brigadas Rojas, demuestra que el terrorismo político no es un fenómeno que haya desaparecido en Italia, como de forma optimista se creía en muchas partes, al punto que se habían avanzado repetidamente propuestas de "clausura del pasado" con medidas generales de clemencia.

Understanding Organized Crime and its Transnational Manifestations in Organized Crime», en: BASSIOUNI-VETERE (Dir), *Organized Crime. A Compilation of U.N. Documents 1975-1998*, p. XXVII y ss.

¹¹ Los textos de la relación general y de las relaciones nacionales presentadas al Coloquio preparatorio de Nápoles (18-20 de septiembre de 1997), sobre los aspectos de parte general acerca de la criminalidad organizada, han sido publicados en *Revue internationale de droit penal*, 1997, p. 479 y ss. Asimismo, las actas del Coloquio preparatorio de Alejandría, Egipto (8-12 noviembre 1997), relato a la parte especial, fueron publicados en *Revue internationale de droit penal*, 1998, p. 11 y ss. En la literatura reciente italiana, cfr. también, MOCCIA (Dir), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, 1999; AA.VV. *I reati associativi. Atti del XXI Convegno di studio "Enrico De Nicola"*, 1998; GIOSTRA-INSOLERA (Dir), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, 1995.

En cuanto a los atentados a la integridad de los Estados, basta aludir a la lucha violenta —que en las etapas más dramáticas asume las características de un verdadera guerra civil— llevada a cabo por la ETA para la separación del País Vasco de España o por el IRA en Irlanda del Norte respecto de Gran Bretaña. También Italia ha conocido situaciones de este tipo, cuando, a inicios de los sesenta, una minoría de lengua alemana, también con actos terroristas, intentó sustraer una parte del territorio del Estado a la soberanía italiana¹².

En estos últimos años, Europa ha asistido a la disolución no consensuada de algunos Estados, lo que se ha realizado sin violencia, pero con el aporte de potencias extranjeras. Es el caso de la separación de Eslovenia y Croacia de Yugoslavia, que ha sido el chispazo por el cual han surgido los conflictos étnicos y políticos que han devastado —y lo están aún— la región balcánica. Italia no está del todo inmune a los riesgos de este tipo; así, desde hace algunos años, está presente en la vida política de nuestro país un movimiento que propone la independencia de las regiones septentrionales. Por ahora, no se han verificado episodios de terrorismo, ni han tenido lugar formas de defensa internacional al movimiento secesionista. Sin embargo, la amenaza a la integridad nacional no aparece sin importancia, dado el apoyo no disimulado de grupos industriales, que se representan las ventajas fiscales y económicas que les puede significar la secesión.

2. *Las tendencias 'reduccionistas' de un sector de la doctrina penal: el llamado Derecho penal mínimo.* Como ya se ha anticipado, las nuevas formas de criminalidad presentes en gran parte de los países europeos, representan un *banco de prueba* acerca de la plausibilidad de las propuestas político-criminales de los autores del llamado Derecho penal mínimo: la cuestión común es la reducción al 'mínimo' de los límites del Derecho penal y la tendencia a la expulsión de estos límites de aquellas manifestaciones patológicas.

2.1. Una primera orientación 'reduccionista', se debe a la elaboración de un exponente de la Escuela penal de Frankfurt, *Winfried Hassemer*¹³, que sobre la base de uno de los pilares del Derecho penal liberal —el concepto de 'bien jurídico'— deja fuera

¹²Para una revisión de estos episodios y las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales italianas, cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, 2ª ed. 1999, p. 438 y ss.

¹³Cfr. HASSEMER «Spunti per una discussione sul tema 'Bene giuridico e riforma della parte speciale'», en: STILE (Dir), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 367 y ss.; EL MISMO, «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale», *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 109 y ss.; EL MISMO, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en: SCHOLLER-PHILIPPS (Dir), *Jenseits des Funktionalismus-Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, p. 85 y ss.; EL MISMO, «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, p. 553 y ss., en particular, p. 557 y ss.; EL MISMO, *Alternativ Kommentar- StGB*, I, 1990, vor § 1, p. 83; EL MISMO «Neue Kriminalität- neues Strafrecht?», *Zur Modernisierung des Strafrechts*, relación presentada en la Convención sobre *La modernizzazione del diritto penale* (Pavia, 31 de octubre de 1992), dactilografiado.

del Derecho penal todos aquellos fenómenos sociales patológicos que no lesionan o ponen en peligro objetos dignos de ser estimados 'bienes jurídicos'.

Dignos de ser considerados tales serían sólo un reducidísimo círculo de bienes individuales, como la vida, la salud, la libertad personal, el honor, la propiedad y el patrimonio: sólo estos bienes tendrían las condiciones para el desarrollo de la persona humana —serían 'bienes jurídicos en sentido personalístico'—, y sólo la ofensa de estos bienes causarían víctimas de carne y hueso.

No habría lugar para la tutela penal de bienes colectivos, a menos que sean instrumentales respecto a los intereses individuales: de por sí los bienes colectivos no merecerían ser considerados bienes jurídicos, pues se trataría de entidades vagas, cuya ofensa no provocarían víctimas. Se trataría no de 'bienes', sino de 'funciones', cuya protección sería legítimamente asegurada por instrumentos diversos al Derecho penal.

En este Derecho penal reducido, según Hassemer, del núcleo esencial (*Kernstrafrecht*) deberían ser excluidos, entre otros, los delitos económicos, los delitos tributarios, los delitos ambientales, los delitos en materia de estupefacientes, el tráfico ilegal de armas, etc.

2.2. Al emblema del 'respeto de los derechos humanos', se mueve a su vez una segunda y emblemática orientación, patrocinada por *Alessandro Baratta*¹⁴, que propone, asimismo, un Derecho penal 'mínimo': esto es, reducir la intervención del Estado con el arma de la pena, para dar lugar a otras técnicas de solución de conflictos, centradas en sanciones estatales o sobre formas de control social no coercitivo.

El punto de partida de esta propuesta reduccionista está subrayado por las funciones desplegadas realmente por el Derecho penal en la sociedad: una violencia institucional, puesta al servicio de reducidos grupos, que golpea de forma selectiva a los sectores más débiles de la población, utilizando como instrumento la pena carcelaria — un instrumento criminógeno, "funcional a la producción y a la reproducción de los delincuentes"¹⁵—. El Derecho penal se legitimaría sólo a condición de que se respete una serie de límites establecidos para proteger los derechos individuales: principios relativos a las fuentes y la eficacia en el tiempo de las normas penales (reserva de ley, taxatividad e irretroactividad), principios de política criminal que se circunscriben en el ámbito o la entidad de la intervención penal (subsidiariedad, proporcionalidad, idoneidad, efectividad, respeto por las autonomías culturales —y por tanto, de las subculturas de la ilegalidad—, personalidad de la responsabilidad penal, como sinónimo

¹⁴ BARATTA, «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale», *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 y ss.

¹⁵ BARATTA, «Principi...», p. 446.

de responsabilidad por el hecho propio culpable, con explícita exclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas).

Para la aplicación de estos principios, Baratta propone la exclusión del Derecho penal en una serie de materias: entre otras, "la seguridad en el trabajo..., la corrupción administrativa, las relaciones entre la mafia y el poder legítimo..., las graves desviaciones de los órganos militares y de los servicios secretos"¹⁶.

2.3. Un tercer planteamiento "reduccionista" en el cual confluyen apuntes presentes, tanto en Hassemer como en Baratta, se encuentra manifiesto en el amplio trabajo de *Luigi Ferrajoli*, titulado "Derecho y razón"¹⁷.

El marco ideal en el cual se inscribe la propuesta de Ferrajoli es el conjunto de principios del Derecho penal elaborados por los iluministas y desarrollados por la doctrina contemporánea bajo el signo del Derecho penal liberal. En la polémica con la utopía abolicionista, el autor cree indispensable el recurso a la pena estatal como instrumento para evitar el desencadenamiento de incontrolables reacciones punitivas de las víctimas: con la consecuencia que la pena se justificará sólo si se "reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales"¹⁸. El Derecho penal debe asumir las características de un Derecho penal 'mínimo', tanto desde la perspectiva de la tipología y del *quantum* de las sanciones, como desde los objetos a tutelar.

En cuanto al primer aspecto —aquel de la pena—, se aspira a la renuncia de ambas tipologías sancionatorias 'clásicas': la pena privativa debería, en un primer período, reducirse dentro de un límite máximo de quince años, para después ceder el paso a diversas sanciones; la pena pecuniaria debería desaparecer inmediatamente del arsenal sancionatorio del Derecho penal 'mínimo', por cuanto es impersonal, desigual y desproporcionada respecto al desvalor de los hechos —todos de relevante gravedad— que deberían ser configurados como delitos en el 'nuevo' Derecho penal. El arsenal sancionatorio del 'Derecho penal mínimo' estaría asegurado por penas parcialmente privativas de libertad personal (semilibertad, detención de fin de semana, detención domiciliaria), de penas restrictivas de la libertad de circulación (prohibición u obligación de residencia), así como de penas interdictivas, configuradas como sanciones principales para los delitos cometidos con abuso de una profesión, de una función pública, etc. En particular, según Ferrajoli, en los caso de "bancarrota, fraude,

¹⁶ BARATTA, «Principi...», p. 466.

¹⁷ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989. Del mismo autor, cfr. también, «Il diritto penale minimo», *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 493 y ss.

¹⁸ FERRAJOLI, « Il diritto penale...», p.513. En el mismo sentido, cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, p. 237 y ss., p. 322 y ss., p. 332 y ss.

corrupción, falsedad", las penas interdictivas serían "más adecuadas y eficaces que una genérica pena restrictiva de la libertad personal"¹⁹.

En lo que dice relación a los objetos de tutela, "un programa de Derecho penal mínimo debe... apuntar... a una maciza deflación de los 'bienes' penales"²⁰. Un aspecto importante de esta política deflacionaria es una idea de 'bien' fuertemente restrictiva, que acoge la concepción personalista de bien jurídico elaborada por Hassemer. Según Ferrajoli, deberían considerarse como 'bienes' "sólo aquellos cuya lesión se concreta en perjuicio de otras personas de carne y hueso"²¹.

El Derecho penal 'mínimo' debería excluir las numerosas normas que actualmente protegen bienes supraindividuales —no inmediatamente referidos a 'personas de carne y hueso'—. En primer lugar, por expresa indicación de Ferrajoli, tal suerte deberían correr los 'delitos contra la personalidad del Estado'²², como por ejemplo, la banda armada, la asociación terrorista, la insurrección armada contra los poderes del Estado, la guerra civil. La misma suerte les debería corresponder a todos los delitos de intento; así, contra la integridad, la independencia o la unidad del Estado. La regulación general de la tentativa sería suficiente para asegurar la represión de estos hechos²³.

3. *Las respuestas de los teóricos del Derecho penal 'mínimo' a las nuevas formas de criminalidad.* La exclusión del Derecho penal de graves fenómenos que afligen a las sociedades contemporáneas, pone de manifiesto el problema de individualizar las técnicas alternativas de control, ya que es difícil pensar que hechos de este género queden privados de una alguna respuesta.

Es así, que los autores del Derecho penal 'mínimo' se inclinan por proponer la abolición "total" de categorías completas de normas incriminadoras: es el caso, por ejemplo, en la visión de Ferrajoli, de todos los delitos asociativos (asociación para delinquir, asociación mafiosa, asociación terrorista o subversiva, etc.), de la guerra civil, de la insurrección armada contra los poderes del Estado. Para estos delitos no sería necesaria una respuesta —incluso extrapenal— del ordenamiento, por cuanto, por un lado, bastaría la represión del delito-objeto y por otro, sería ilegítimo mantener cualquier norma sancionatoria, pues se trataría de castigar la mera sospecha de otros delitos que no se logran probar²⁴. La misma suerte —la abolición "total"— estaría

¹⁹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, p. 417.

²⁰ FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, p. 479.

²¹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, p. 481.

²² FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, p. 481.

²³ FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, p. 482.

²⁴ FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, p. 482.

reservada a los delitos de intento, ampliamente presentes en el ordenamiento italiano. Así, entre los delitos contra la personalidad del Estado (por ejemplo, los atentados contra la integridad, la independencia o la unidad del Estado, el atentado contra la Constitución, el atentado contra los órganos constitucionales, etc.). Según Ferrajoli, normas de este tipo, para ser legítimas, deberían comprender los extremos de la tentativa, y en particular, la idoneidad de los actos para lograr el objetivo hacia el cual se dirigen; así pues, para asegurar este resultado es suficiente la normativa general de la tentativa "prevista por vía general para todos los delitos"²⁵.

Por regla general, los teóricos del Derecho penal 'mínimo' creen indispensable el recurso a técnicas de control estatal alternativas a la penal.

Un amplio espacio se le concede ante todo al Derecho administrativo, que se lo caracteriza, de modo importante, por el empleo de meras sanciones pecuniarias. A diferencia del Derecho penal, la alternativa administrativista apunta, por tanto, a una sensible atenuación de la respuesta sancionatoria, conservando —en base a los cambios realizados por diversos legisladores europeos— las más importantes garantías propias del Derecho penal liberal (principios de legalidad, de irretroactividad, de culpabilidad, etc.).

Según Hassemer, en el Derecho administrativo (*Ordnungswidrigkeitenrecht*) deberían situarse los actuales delitos contra la economía, contra el ambiente, las evasiones fiscales, los fraudes en las subvenciones públicas, el tráfico de armas y de droga²⁶. En este sentido, Hassemer ha esbozado una propuesta de, —siempre dentro del cuadro del Derecho administrativo— junto a los instrumentos clásicos del Derecho administrativo sancionador alemán, un 'Derecho de intervención' (*Interventionsrecht*) cuyos contenidos no han sido hasta aquí precisados, pero que muestra una característica preocupante: "no tiene las fuertes garantías del Derecho penal, al no contener sanciones de la misma gravedad"²⁷.

Asimismo, Baratta observa al Derecho administrativo como una alternativa a la pena. Entre los fenómenos que se rebajarían a ilícitos administrativos se incluirían, entre otros, la corrupción, los atentados a la seguridad del trabajo, las relaciones entre la mafia y los poderes legítimos, las graves desviaciones de los órganos militares y los

²⁵ FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, p. 482.

²⁶ HASSEMER, «Grundlinien...», p. 93.

²⁷ HASSEMER, «Neue Kriminalität...», p. 3; EL MISMO, *Produktverantwortung in modernen Strafrecht*, 1984, p. 22 y ss. Por una propuesta de introducir un "Derecho de intervención social" en lugar de un derecho penal, cfr. además LÜDERSSEN, «Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?», en *Festschrift Jäger*, 1993, p. 268 y ss. Para una crítica que confronta estas propuestas, cfr. PALIERO, «L'autunno del patriarca», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994, p. 1249 y ss; asimismo, MAUGERI, «La sanzione patrimoniale fra garanzie di efficienza», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1996, p. 822.

servicios secretos²⁸. Según Baratta, el control administrativo podría directamente ceder el paso —para estos gravísimos hechos— a la intervención del Parlamento: el que no impondría sanciones ni siquiera administrativas, sino que propiciaría indagaciones y debates parlamentarios, que asegurarían "la participación y el control popular en la gestión de las contradicciones más relevantes del sistema político... Son estas —según Baratta— las medidas más adecuadas a la naturaleza de estas contradicciones, y son las que pueden asegurar transparencia pública a los aspectos fundamentales de la lucha de las clases populares contra las relaciones de explotación y dominación"²⁹.

4. *El Derecho penal 'mínimo': una propuesta neoliberal o neoliberalista?* 4.1. En una mirada conjunta, todas las versiones del Derecho penal 'mínimo' proponen excluir los bienes colectivos del ámbito del Derecho penal: sería ilegítimo el recurso de la pena como instrumento de protección de tales bienes, puesto que *no* se trataría de *bienes jurídicos* propiamente tales; o bien, en términos criminológicos, su ofensa *no* tendría *víctimas de carne y hueso*.

Esta tesis es, sin embargo, totalmente infundada.

En cuanto al argumento dogmático de quienes niegan dignidad de bien jurídico a los bienes supraindividuales, bastará recordar la clásica definición —liberal— de bien jurídico, como una situación de hecho impregnada de valoración que puede ser modificada, y que por tal razón, debiera ser protegida contra tales modificaciones³⁰. Conforme a este criterio, entidades ofendibles, y por tanto, protegibles con el instrumento de la pena, no son sólo los clásicos bienes individuales, sino también los colectivos, como la integridad del territorio del Estado, el ejercicio de las funciones propias de los órganos constitucionales, el ejercicio de las funciones de control de los órganos de gobierno de la economía, la confianza de los ahorradores en la veracidad de los balances societarios, la pureza del agua, del aire, etc.³¹. No debe olvidarse que el Derecho penal liberal —evocado por quienes añoran un pasado que nunca existió— no se ha circunscrito a la tutela de los bienes individuales, sino que siempre ha protegido una gama más o menos amplia de bienes colectivos. Aquello que caracteriza al Derecho

²⁸ BARATTA, «Principi...», p. 465 y ss.

²⁹ BARATTA, «Principi...», p. 466.

³⁰ JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957, p. 13. Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso...*, p. 294.

³¹ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso...*, p. 404 y ss. La ofensividad está en indicar el prerrequisit

o para que se pueda atribuir la calidad de bien jurídico a una entidad, relación, actividad jurídicamente regulada, etc.; el recurso a la pena como instrumento de protección es el resultado de dos posteriores valoraciones por parte del legislador. Una, relativa a la importancia del bien, según merecimiento de pena, y la otra, conforme a la necesidad de recurrir al arma de la pena, en ausencia de otros instrumentos igualmente eficaces y menos costosos. Para estas aclaraciones, que son necesarias dados algunos equívocos nacidos en la doctrina, cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso...*, p. 406.

penal contemporáneo es sólo una creciente atención a los bienes colectivos, fruto no de una visión panpenalista de control social por parte de la doctrina y del legislador, sino que de las transformaciones económico-institucionales, que han hecho emerger nuevas entidades merecedoras y necesitadas de pena, o que han acrecentado la importancia de los bienes colectivos clásicos.

Aún más débil es, por otra parte, la intención de deslegitimar la protección penal de los bienes colectivos haciendo hincapié en el argumento criminológico que ve a los delitos que atentan a aquellos bienes como "delitos sin víctimas". Según Hassemer, así sucedería en los delitos contra la economía y contra el medio ambiente.

Se trata, por el contrario, de delitos caracterizados por una victimización de masa³²; directa o indirectamente ofenden círculos amplios, y a menudo vastísimos, de personas. En la esfera de la criminalidad económica, bancarrotas fraudulentas, falsas comunicaciones sociales que comprenden empresas de grandes dimensiones afectan el patrimonio de millares de ahorradores. En cuanto a la criminalidad ambiental, las agresiones grandes o pequeñas a la integridad del aire, del agua, del suelo, etc., minan las condiciones mismas de la supervivencia, física y económica, de grupos más o menos amplios de personas o de todo el género humano.

Hasta ayer se podía observar que, frente a los delitos económicos y ambientales, las mismas víctimas no advertían, o tardaban en hacerlo, su propio rol. No ocurre así en nuestros días, la dañosidad de la contaminación ambiental es apreciada y no hay movimiento político que no asegure en sus programas una enérgica protección del ambiente. Así, en cada país europeo están presentes las fuerzas políticas que hacen de la salvaguardia de los bienes ambientales su razón de ser. Por otro lado, las desastrosas consecuencias de recientes escándalos financieros (caída de las cotizaciones bursátiles, fuga en masa de los inversores extranjeros, ruina de los pequeños ahorradores, peligro de clausura de fábricas), han puesto de manifiesto a todos que la criminalidad económica provoca víctimas en escalas más amplias que el restringido mundo de la industria y de las finanzas³³.

4.2. Resquebrajados los pilares argumentativos sobre los cuales se busca fundar la exclusión del Derecho penal de todos los comportamientos ligados al mundo

³² Cfr. en la literatura italiana PEDRAZZI, «Interessi economici e tutela penale», en: STILE (Dir), *Bene giuridico...*, p. 295 y ss.; MARINUCCI, «Relazione di sintesi», en: STILE (Dir), *Bene giuridico...*, p. 355 y ss.; ALESSANDRI, en: PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di Diritto penale dell'impresa*, 1998, p. 18 y ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso...*, p. 407 y ss. En la literatura alemana, cfr. H. J. SCHNEIDER, «Wirtschaftskriminalität», en: *Handwörterbuch der Kriminologie*, 1975, p. 660 y ss.; TRIFFTERER, «Viktimologische Aspekte in Umweltstrafrecht», en: *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, 1986, p. 101 y ss.

³³ Cfr. DI GENNARO-PEDRAZZI (Dir), *Criminalità economica e pubblica opinione*, 1982; PALIERO, «Consenso sociale e diritto penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, p. 915 y ss.

de los negocios, el Derecho penal 'mínimo' revela un rostro incómodo: la frase frecuente "menos intervención del Estado" parece dirigirse a la impunidad de la 'gente honorable', de los 'delincuentes de guantes amarillos' o, como se dice a partir de los años sesenta, de la 'criminalidad de cuello blanco'³⁴.

Los trazos de este rostro se precisan cuando se pasa a considerar los instrumentos de control de la criminalidad económica propuestos por los teóricos del Derecho penal 'mínimo'.

Los más 'rigurosos' dicen '*no a la cárcel*' y '*sí a las penas interdictivas*'³⁵. Una propuesta de este género provocaría, probablemente, un vibrante aplauso en una asamblea de dirigentes industriales de todos los países, felices de evitar los riesgos de la cárcel y conscientes de que la empresa para cuyos intereses han cometido los delitos no le faltará —en el caso de que fuesen condenados a penas interdictivas— para pagar lo obrado con lucrativos contratos de asesoría. No parece que la pena privativa que amenaza a los 'cuello blanco' esté privada de eficacia disuasiva, todo lo contrario. La experiencia italiana de estos años, caracterizada por un número importante de procedimientos penales en contra de altos dirigentes de las más grandes empresas, habla en el sentido totalmente opuesto. Y no es quizás casual que se haya iniciado una campaña de opinión —que de por sí merece consideración— en contra de la pena privativa de libertad, en el momento en que se ha perfilado el riesgo de que las puertas de la cárcel podrían abrirse no sólo para las clases más débiles, sino que, inesperadamente, también para los exponentes del mundo de la economía y de las finanzas.

Las perspectivas para los 'cuello blanco' llegan a ser todavía más claras cuando se propone transferir en bloque los delitos económicos y los delitos ambientales al *Derecho administrativo sancionador*³⁶, el lugar donde tradicionalmente se quisiera relegar los 'ilícitos de la gente honorable'³⁷. Se llegaría así a 'bagatelizarse' hechos gravemente dañosos, evitando a los culpables cualquier traumático impacto con la justicia penal, y además, haciendo pagar el precio de sus comportamientos ilícitos a la misma colectividad. Las sanciones pecuniarias previstas en el Derecho administrativo serían primero pagadas no por la persona física del dirigente, sino por la empresa por cuyos intereses ha actuado; posteriormente, el costo de las sanciones pecuniarias sería transferido a los consumidores a través de un aumento de precios.

³⁴ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso...*, p. 409.

³⁵ FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, p. 417.

³⁶ HASSEMER, «Grundlinien...», p. 93 y ss.; BARATTA, «Principi...», p. 466.

³⁷ Cfr. la clásica postura de LANGE, «Die Magna Charta der antändigen Leute», *Juristenzeitung*, 1956, p. 519 y ss.

Además, como se ha señalado, hay quienes creen excesivo el recurso al control administrativo para fenómenos gravísimos, como sucede con las relaciones corruptas entre el mundo de los negocios y la administración pública; más apropiado sería, según Baratta³⁸, *la intervención solo política del Parlamento*, bajo la forma, pareciera, de indagaciones, debates, etc. Ahora bien, es improbable que los potenciales autores de hechos de corrupción se sientan intimidados por la actividad de una comisión parlamentaria, por naturaleza privada de poderes coercitivos. Por otra parte, la propuesta de subrogar el control penal con formas de control político-parlamentario se extiende también a las 'relaciones entre la mafia y el poder legítimo' y a las 'graves desviaciones de los órganos militares y de los servicios secretos'³⁹. Como si no fuese notorio que los únicos resultados de las indagaciones parlamentarias sobre la mafia, sobre las desviaciones de los servicios secretos y de los aparatos militares, y sobre los acuerdos entre sectores de la masonería y el mundo de los negocios representan decenas y decenas de volúmenes, ricos en información, pero que yacen empolvados en las bibliotecas del Parlamento.

4.3. En definitiva, el conjunto de propuestas realizadas por los autores del Derecho penal 'mínimo', en cuanto renunciar a la protección penal de los bienes colectivos, que de diversas formas son afectados por la criminalidad de empresa, obtendrían ciertamente en el breve plazo el aplauso de quienes agitan desordenadamente la bandera de la libertad de empresa para invocar amnistías, condonaciones o la terminación de procesos penales en los que son imputados los dirigentes de un gran número de empresas, inculpados por balances falsos, corrupción, lavado de dinero sucio, evasión fiscal, etc.

Si este proyecto hubiese sido realizado por el legislador, el Derecho penal moderno asumiría los rasgos del 'buen y viejo Derecho penal del ochocientos' que, como ha escrito Klaus Lüderssen, "era sobre todo un Derecho de clase...; no se dirigía nunca contra los 'grandes', ni a la economía, ni sobre la política", estaba dominado por la idea según la cual "a los pequeños se ahorcan, a los grandes se les deja ir"⁴⁰.

Es llamativo que arribe a este resultado también quien, como Baratta, ha elaborado su propuesta de Derecho penal 'mínimo' denunciando el carácter selectivo de la justicia penal, a la cual se le reprueba de estar dirigida "casi exclusivamente contra las clases populares y en particular contra los grupos sociales más débiles..., no obstante que... las violaciones más graves de los derechos humanos tienen lugar por obra de individuos pertenecientes a los grupos dominantes o que forman parte de

³⁸ BARATTA, «Principi...», p. 466.

³⁹ BARATTA, «Principi...», p. 466.

⁴⁰ LÜDERSEN, «Zurück zum...», p. 271.

organismos estatales o de organizaciones económicas privadas, legales o ilegales"⁴¹. Una denuncia de este tipo debería aprobar o auspiciar la abolición del Derecho penal, o intensificar el control penal sobre los comportamientos de las clases dominantes: Baratta descarta una y otra solución y, paradójicamente, repetimos, cree "decente y respetable"⁴² un Derecho penal 'mínimo', en el cual se acentuaría la tendencia a reclutar la 'clientela' entre los grupos sociales más débiles, renunciando ya, desde un principio, a castigar a los 'grandes'.

Las libertades propuestas —ciertamente con las mejoras intenciones— por los autores del Derecho penal 'mínimo' parecen identificarse no con la *libertad de los ciudadanos*, sino más bien con la más ilimitada e incontrolable *libertad de empresa*⁴³. Por tanto, lo que se propone no es un Derecho penal *neoliberal*, sino un Derecho penal *neoliberalista*.

5. *Derecho penal 'mínimo', criminalidad organizada y atentados a las instituciones democráticas.* Apreciables instancias garantísticas están en la base de las propuestas de abolición de los delitos asociativos y de los delitos de intento, indicadas por Ferrajoli. Sin embargo, por varias razones, difícilmente es posible suscribir estas proposiciones.

5.1. En cuanto a los delitos asociativos, no convence la tesis que estiman suficientes las disposiciones de los delitos-objeto, a cuya realización estarían dirigidas las asociaciones criminales (cfr. *supra* 3).

Esta tesis parece tener una visión simplista de la criminalidad organizada. Fenómenos como la mafia hace tiempo que han ampliado sus objetivos, que no se agotan totalmente con la comisión de los delitos. Entre las finalidades esenciales de las asociaciones de carácter mafioso está la asunción del control de actividades económicas, las concesiones de obras públicas, la canalización de votos electorales sobre uno u otro candidato: finalidades, por lo demás, lícitas. Por otro lado, para la consecución de estos objetivos las organizaciones criminales, frecuentemente, no tienen necesidad de cometer delitos: es suficiente el efecto intimidatorio producido por su visible presencia en los territorios en los que operan. Atender sólo cuando los delitos cometidos por la criminalidad organizada se hayan configurado, significaría renunciar *a priori* a combatir manifestaciones gravísimas de las asociaciones criminales, dejándoles

⁴¹ BARATTA, «Principi...», p. 445.

⁴² Así se manifiesta, en polémica con las posiciones de los nostálgicos alemanes del Derecho penal del ochocientos, LÜDERSSEN, «Zurück zum...», p. 269.

⁴³ En este sentido, cfr. CORREAS, «El neoliberalismo en el imaginario jurídico», en: *Direito e neoliberalismo: elementos para um leitura interdisciplinar*, Curitiba, 1996, p. 4.

una ilimitada libertad para contaminar la actividad económica y las competencias electorales.

Estas características de la criminalidad organizada moderna no han sido ajenas para el legislador, el cual expresamente ha descrito el *modus operandi* y el amplio abanico de finalidades de las asociaciones mafiosas. Es así, que el art. 416 *bis* CP dispone: "La asociación es de tipo mafioso cuando aquellos que forman parte se sirven de la fuerza de la intimidación del vínculo asociativo y de la condición de sometimiento y de complicidad que se deriva para la comisión de delitos, para adquirir de modo directo o indirecto la gestión o el control de actividades económicas, de permisos, de autorizaciones, concesiones o servicios públicos, o para obtener ganancias o ventajas injustas para sí o para otros, o bien con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto, o de procurar votos para sí o para otros con ocasión de consultas electorales"⁴⁴.

5.2. No más plausible parece, por otra parte, la propuesta de Ferrajoli en materia de delitos de intento (cfr. *supra* 2.3). Primeramente, hay que subrayar que según la jurisprudencia unánime y según la doctrina absolutamente dominante, los delitos de intento pueden ser integrados sólo por actos objetivamente idóneos para causar el resultado, estimándose irrelevante la mera intención que mueve al agente⁴⁵. Las instancias garantísticas que motivan a Ferrajoli encuentran, pues, respuesta del todo satisfactorias en el ámbito del *ius conditum*.

En segundo lugar, la elección del legislador de configurar como delitos autónomos atentados contra las instituciones es una elección generalmente obligada, no subrogable —como sugiere Ferrajoli— a través de la tentativa. Como se sabe, desde los tiempos de Binding en Alemania y de Delitala en Italia, la única represión posible para este tipo de hechos se efectúa en la forma de la tentativa *sancionada como delito en sí mismo*, dado que "que la consecución de los fines a los cuales va dirigida la voluntad del sujeto aseguraría al culpable la completa impunidad"⁴⁶.

Así, por ejemplo, no tendría sentido configurar delitos que se consuman al momento en que se verifica la modificación de la Constitución o la forma de gobierno, al impedimento del funcionamiento de los órganos constitucionales, sometimiento del territorio del Estado a un Estado extranjero, la separación del Estado de una parte de

⁴⁴Sobre el alcance de la norma incriminadora introducida al Código penal italiano en 1982, cfr. por todos, SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, 4ª ed., 1993.

⁴⁵Cfr. asimismo para las citas a la doctrina y jurisprudencia, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso...*, p. 434 y ss.

⁴⁶Así, DELITALA, *Il 'fatto' nella teoria generale del reato*, 1930, ahora en *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, 1976, p. 133. Cfr. además, BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, BT, 2ª ed., 1902, re. 1969, p. 13.

su territorio, etc. El que se verifiquen tales sucesos correspondería en los hechos a la disolución del Estado, o de algún modo la segura impunidad de quien haya en todo o parte modificado las instituciones o límites territoriales⁴⁷. Una vez que el delito se hubiese consumado, quedaría abierta la vía para una guerra contra el Estado extranjero que haya anexo una parte del territorio nacional, o bien una guerra civil contra aquellos, que con un golpe de Estado, han modificado la Constitución, destituido al Presidente de la República, cerrado el Parlamento, etc.

5.3. Cabe pues, afirmar que las propuestas de Derecho penal 'mínimo', cuando se ponen a prueba con fenómenos de enorme gravedad, como la criminalidad organizada o los atentados a las instituciones, o se arriesgan a abrir inquietantes lagunas represivas o resultan impracticables conforme a los más elementales criterios de la ciencia de la legislación penal.

6. *Derecho pena liberal o Derecho penal 'mínimo'*? El rasgo común a las más diversas versiones del Derecho penal 'mínimo' reside en la idea de que el Derecho penal debe autolimitarse, renunciando a penetrar de forma invasora en todos los aspectos de la vida social, y que, cuando lo haga, debe reducir la aspereza de sus sanciones. Estas ideas se prestan para ser sintetizadas en dos fórmulas significativas: la pena debe ser utilizada sólo como *última ratio* respecto a la política social y a las formas de control extrapenal; entre las sanciones penales, la pena privativa debe ser a su vez la *última ratio*, reservada para los hechos más graves, que no puedan ser controlados con instrumentos menos rigurosos.

Entre estos límites, no es posible no estar de acuerdo, dado el principio de subsidiariedad del Derecho penal —así como los principios de proporcionalidad, legalidad, irretroactividad, culpabilidad, etc.— pertenecen desde hace tiempo al patrimonio de la política criminal liberal, a partir de las enseñanzas de Cesare Beccaria, ilustradas con sabiduría y pasión por el Maestro que homenajeamos⁴⁸.

Por otra parte, la lucha a la pena privativa y la búsqueda de alternativas a la cárcel, es otra de las banderas de la política criminal liberal, al menos a partir de fines del siglo pasado⁴⁹. Es notorio que la ejecución de estos principios encuentren dificultades y obstáculos de todo tipo: por ello se aprecia favorablemente la adhesión a nuevas perspectivas de pensamiento, las que vuelven a proponer estos principios bajo la etiqueta del Derecho penal 'mínimo'.

⁴⁷ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso...*, p. 442 y ss.

⁴⁸ Cfr. PISAPIA, «Presentazione a Beccaria», en: *Dei delitti e delle pene*, 1964, p. V y ss.

⁴⁹ Cfr. entre otros, PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, 1981; asimismo, DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, 1989.

Lo que no se puede compartir es la idea, patrocinada por estas corrientes, de que la retirada del Derecho penal debe realizarse en perjuicio de los intereses colectivos afectados por los poderosos de la economía, por la criminalidad organizada, por los destructores de las instituciones democráticas. El Derecho penal moderno, debe sí, corregir su natural tendencia a la hipertrofia⁵⁰, debe realizar una tutela equilibrada de todos los bienes fundamentales, individuales y colectivos; y la doctrina penal, precisamente en el momento en que la justicia penal comienza a prestar atención también a los grandes de la economía y la política, no puede patrocinar, ni siquiera inconscientemente, un retorno al pasado, como otra cosa no puede significar la restauración de un estereotipo del delincuente sobre la base de 'clases peligrosas'.

⁵⁰ PALIERO, «'Minima non curat praetor'», Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, 1985.