

LA IRRACIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL

Enzo Musco

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Roma

MUSCO, Enzo. La irracionalidad en el derecho penal. Traducción de Valentina Faggiani y Jesús Martínez Ruiz. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-r1, p. r1:1-r1:15. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r1.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 16-r1 (2014), 6 ago]

RESUMEN: Sobre los diferentes aspectos en los que la irracionalidad aflora en el derecho penal, desde su propia raíz histórica: la irracionalidad de la conducta delictiva junto a la implícita en el deseo de venganza

de los agraviados, hasta la moderna tendencia a legislar para aplacar instintivamente la alarma social y con una orientación promocional en lugar de a partir un criterio de pragmatismo basado en rigurosos estudios criminológicos.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, sistema penal, irracionalidad, dogmatismo, pragmatismo, alarma social, democracia, historia del derecho penal, derecho penal simbólico.

Fecha de publicación: 6 agosto 2014

1. La coherencia en esta fase de la reflexión científica diría que está destinada de forma natural a no ser ya el hilo conductor del sufrimiento cultural, pues se convierte simplemente en un recuerdo o, mejor aún, en un lugar de la memoria en el que se realiza –sin escrúpulos– la bondad o la conformidad de las soluciones propuestas con las ideologías de fondo, que parecen caracterizar la imagen y/o la dimensión del Derecho penal moderno o, más propiamente, del Derecho penal típico de un Estado social y democrático de derecho.

La *irracionalidad*, desde mi óptica, se refiere al sistema –o al Derecho– penal en cuanto tal, podría decir casi como institución, aunque no se puede dejar a un lado la irracionalidad interna al mismo sistema penal, es decir, de cada uno de los institutos que en el mundo penal ocupan un papel de importancia primaria.

1.1. Es una conquista común el reconocer que el Derecho penal, como parte del derecho público que disciplina los supuestos delictivos, está llamado a garantizar el nivel esencial de la convivencia social, predisponiendo una sanción para la defensa de aquellos valores que asumen el *status* de bienes jurídicos, como tales preexistentes a la evaluación del legislador ordinario. En el cumplimiento de tal tarea por antonomasia tiene que interrelacionarse con la irracionalidad ancestral e intrínseca al ser humano: de la irracionalidad del reo que, cediendo a las propias pulsiones infringe el precepto, a la irracionalidad de la persona ofendida, animada por el deseo de la venganza.

En la gestión de dichas irracionalidades el Derecho penal está dotado de dos componentes infungibles: el *dogmatismo*, que consagra en vía apriorística los principios fundamentales de la Ciencia penal, y el *pragmatismo*, que pretende conseguir resultados empírica y socialmente apreciables.

Esencialmente en la gestión del componente pragmático y, en particular, en el proceso de formación de las normas, reside el embrión de una adquirida e intrínseca irracionalidad del mismo Derecho penal. Las decisiones de política criminal adquieren consistencia y espesor solo si son ampliamente compartidas, y es justo en este plano donde se juegan los partidos de las mayorías en las democracias bipolares de carácter occidental.

Un argumento tal, aunque dotado de una fuerte carga “intuitiva”, resulta, como veremos, cada vez más desatendido por quien es llamado, sobre la base de la soberanía popular, a crear o renovar el Derecho penal. El *ius puniendi*, como instrumento de tutela de la colectividad, se convierte en muchos casos, bajo la autoridad de la *praxis* legislativa, en un medio de contención de la alarma social o, aun peor, en instrumento de cooptación del consenso político–electoral. Más allá del reproche de tal actuación, es claro que ignorar el fin principal del Derecho penal en nombre de otras exigencias, no puede más que condenar a la crisis el orden racional de esta delicada disciplina y al fracaso anunciado de las políticas de lucha contra la criminalidad.

Y, en realidad, si la norma penal encuentra su validez en la consideración que la colectividad tiene de la misma como criterio general de convivencia pacífica y vehículo de valores necesarios para dicha convivencia, está claro que la introducción continua de nuevos delitos, puestos al servicio de intereses particulares que no responden a los valores reconocidos por la sociedad como bienes merecedores de tutela, acaba traicionando el objetivo y la naturaleza del Derecho penal, considerado como un importante segmento de las Ciencias sociales. Esta contradicción de la

esencia del derecho de penar con su misma *existencia*, se traduce en una crisis no solo política sino también ontológica y epistemológica.

En este enfoque tradicional, al Derecho penal le viene a faltar no solo el orden sistemático, sino, sobre todo, el substrato que justifica la misma existencia de un histórico derecho de penar. Ante la ausencia de los auténticos bienes a tutelar, la sanción puesta para la defensa del supuesto no puede justificarse ni desde una óptica retributiva, ni menos con vistas a objetivos de prevención. De tal forma, el Derecho penal está sometido constantemente a irracionales empujes centrípetos y a fuerzas centrífugas: el riesgo es que el legislador (o mejor: las instancias para eso propuestas) se forme la equivocada convicción de que la pena sea insuficiente, o que los supuestos típicos delictivos sean incompletos e insatisfactorios y que sean necesarias nuevas intervenciones legislativas.

1.2. En el fondo me parece hoy innegable que el sistema penal –en su conjunto– se ha mostrado en el curso del tiempo, de forma cada vez más clara, como una institución extremadamente fuerte, como una organización potente “*que puede devenir peligrosa para todos aquellos que lleguen a estar en contacto con ella*”, y cuyo poder puede herir con violencia, cuando su uso no sea vigilado con cuidado y dominado con rigor.

Intervenciones del Derecho penal infundadas o simplemente excesivas “*pueden oprimir por años e incluso arruinar la vida de las personas afectadas, pueden anular las bases sobre las que se funda la reputación social de una persona y también sus medios de supervivencia*” (HASSEMER).

Y es precisamente este altísimo porcentaje de peligrosidad, lo que induce a reflexionar sin simulaciones sobre la justificación del derecho de penar que el Estado se atribuye en vía originaria como instrumento esencial para la pacífica y ordenada convivencia civil. Y, otra vez más, este altísimo porcentaje de peligrosidad induce a los que detentan la fuerza estatal a articular complejas obras de formalización para reconducir el sistema penal dentro del ámbito de un más amplio programa de control social. Se ha subrayado, con rigor, que la formalización aparece como “*un instrumento complejo de política judicial e interna que se escapa a todo proceso definitorio*”, que se mueve en el ámbito de los principios generales reguladores de la disciplina penalista y que tiene como objetivo la salvaguarda de la credibilidad del sistema penal mismo.

Como sabemos de la historia de nuestra disciplina, los procesos de formalización comienzan ya en la época del derecho penal pre-moderno, que estaba compuesto por leyes fragmentadas e inorgánicas, en muchos casos rehén del arbitrio del poder ejecutivo, cuyas egoístas y coactivas injerencias, tenían el efecto de reducir el Poder judicial a un mero papel tornasol y el Poder legislativo a una presencia completamente inerte si no cómplice. Solo en el Siglo de las Luces, sobre el germen de las reflexiones laico-naturalistas propias de la cultura del siglo XVIII, fruto de las obras de Grocio,

Pufendorf, Thomasius y Locke, comienzan a entrecruzarse instancias de igualitarismo ético-social y de elaboración de un sistema dotado de racionalidad crítica.

La formalización se realiza con la elevación de la Ley a instrumento fundamental de delimitación de los confines del *licitum* y del *prohibitum*, susceptible de asignar a cada una de las hipótesis criminales una sanción congruente y correspondiente a la contemporánea exigencia de controlar el creciente rol del poder judicial que, abandonando el principio de la interpretación declarativa, pretende satisfacer la exigencia cada vez más advertida de evitar eventuales discrasias entre la violación formalizada y la consecuencia para ésta prevista.

La formalización que tuvo lugar en aquella época dio impulso al proceso de secularización que, desde el punto de vista de sus contenidos, se atribuye la tarea de separar netamente el supuesto delictivo y el pecado y, en cambio, desde el punto de vista institucional, manifiesta la pretensión de una reformulación, si no de una refundación del mismo derecho de penar, mediante la aparición, por un lado, de la prohibición de analogía, que caracteriza de forma singular la disciplina penal y, por otra parte, de la finalmente hipostática función del *nullum crimen sine praevia lege penale*, los cuales constituyen sus resultados más significativos.

Ya desde estas primeras reflexiones se puede deducir ciertamente *in nuce* un perfil de irracionalidad, entendida como divergencia de fondo entre las finalidades perseguidas con la elaboración de las nuevas “formalizaciones” y la situación de hecho sobre la que estas formalizaciones se encuentran a incidir. Creo que justo en el carácter fuertemente innovador de la perspectiva iluminista, en la distinción básica entre delito y pecado, se pueda detectar esta señal cargada de irracionalidad. Así Beccaria en su áureo libelo de *Los delitos y de las penas*: si la elevación de un hecho a delito presupone un daño para la sociedad por las pasiones de los particulares; en cambio, el pecado se coloca en un plano distinto más teológico que ideológico, constituyendo una ofensa del particular ante el ser perfecto y creador. Desde esta perspectiva, la necesidad de recurrir a una “autoridad” legislativa, titular de la tarea de separar lo sagrado y lo profano, aparece en todo su alcance compromisorio: porque si, por una parte, reconoce el poder de legislar en materia penal al poder legislativo, por otra parte no proporciona los soportes necesarios ideológicos-políticos-sociales y culturales, para dar a aquel poder penetrantes e incisivas indicaciones sobre las situaciones que se necesita criminalizar.

Se lee todavía a Beccaria: “*consultemos el corazón humano y en este encontraremos los principios fundamentales del verdadero derecho del soberano de penar los delitos (...) Este está seguro, por tanto, de que cada uno quiere poner en el depósito público la mínima porción posible de sus propias libertades, la mínima que sea necesaria para inducir a los demás a defenderlo. La amalgama de estas porciones mínimas posibles forma el derecho de penar; todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho, ya no derecho*”. “*La gravedad del pecado depende de la*

inescrutable maldad del corazón; ésta los seres limitados no la pueden conocer sin revelación. ¿Cómo, entonces, de ésta se podrán adoptar normas para sancionar los delitos?. ¿Podrían en este caso los hombres penar cuando Dios perdona y perdonar cuando Dios castiga? Si los hombres pueden estar en contradicción con el Omnipotente a la hora de ofenderlo, pueden también estarlo a la hora de penar”.

En definitiva, en el momento en que se teoriza la superación del arbitrio del Príncipe en la fundación del **nuevo** derecho de penar, nos quedamos anclados en intuiciones extremadamente jerárquicas sobre los contenidos del mismo derecho de penar. ¿Cuál si no es el significado del llamamiento a los sentimientos que provienen del corazón? Pero esta pendular oscilación entre evaluaciones institucionales y evaluaciones teológicas acaba resolviéndose en una intrínseca *irracionalidad* que involucra la auspiciada separación entre instrumentos de gobierno penal y aspiraciones éticas: de aquí, el interrogante acerca de la dialéctica entre **perdón de Dios y sanción de los hombres y al revés**.

Y a esta *irracionalidad* no puede ofrecer objetivamente su ayuda el uso de categorías políticas, también muy respaldadas en aquella época. Es suficiente pensar solamente en la Teoría del contrato de Hobbes, que partiendo de la premisa de que el estado de naturaleza del hombre sea un estado de guerra por el conflicto de intereses y las pasiones de los particulares, individualiza un *pactum subiectionis*, en nombre del que los individuos se despojan de la propia libertad natural, y delegan en el soberano todos los poderes a cambio de la protección de uno hacia el otro.

Ciertamente nadie desvalora, también en clave histórica y en términos de civilización jurídica, el imponente desarrollo cultural fruto de las reflexiones iluministas sobre el derecho de penar y también –por qué no– sobre la función reguladora de la estructura social, que se realiza mediante la legislación penal. El problema en esta sede no es éste: aquí se trata de captar, ya desde su génesis, un componente de irracionalidad que se encontrará luego en las elaboraciones posteriores también de este siglo. Y en el momento en que no se puede expresar una significativa satisfacción por haber incardinado el derecho de penar en un marco que se puede someter finalmente a control, no puede tampoco evidenciarse cómo asimismo este significativo resultado no se escapa de un control de racionalidad.

Nosotros, los modernos, damos por supuesto que al sistema penal se le atribuyó una función de garantía de la supervivencia de la sociedad, que en la represión de los egoísmos antisociales fruto de la violación del contrato social deviene respetuosa con la existencia de normas escritas, positivas, no retroactivas que justifican la represión misma: como escribió Hobbes, *ante la ausencia de la ley no hay ninguna vulneración de la ley misma y la sanción presupone que la acción haya sido juzgada como transgresión de la ley, considerando un acto de hostilidad, un mal infringido, antes de la emanación de la ley*.

2. ¿A qué nos estamos refiriendo, hoy, cuando formulamos la hipótesis de una *irracionalidad* ínsita en el sistema y, más precisamente, en el Derecho penal?. Adquirida definitivamente la “conquista” iluminista de la primacía de la Ley penal, la atención del estudioso se va desplazando hacia la justificación interna de la pena: las teorías que se han elaborado, en el curso del tiempo, para resolver dicha cuestión, quieren responder al interrogante del “*sí, cómo, y por qué penar*”. Y las diferentes respuestas han sido condicionadas siempre por un presupuesto ideológico, que ha tenido como consecuencia la diversificación del fundamento, de la función y del fin de la pena.

Esta problemática ha vuelto a ser expresada hoy por la máxima formulada por Seneca: “*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*”, en la cual se realiza una distinción nítida, dependiendo de si la justificación de la pena se refiere al mal cometido, o a la exigencia de que ya no se cometa el mal. Sin embargo, ninguna de las justificaciones del derecho de penar ofrecidas en el tiempo sale indemne de una crítica, en términos de racionalidad del itinerario argumentativo, por la evidente dependencia de la justificación misma del tejido socio-político-ideológico en el que se elabora y vive.

Considérese, como ejemplo, la *doctrina de la retribución moral*, inspirada en el dogma de la expiación, que considera –como se sabe– el delito una violación del orden ético y, por eso, la conciencia moral requiere su punición. Aquí la teoría acaba incluso colisionando con el dato de hecho de que un imperativo de la conciencia moral, en base a la cual, el que el reo debe ser sancionado, no surge en relación con todas las configuraciones abstractas de delito. Y aun cuando surja en abstracto, es siempre posible que la realización concreta del delito se lleve a cabo de manera que no haga aparecer el hecho concreto como merecedor de pena.

2.1. Sin embargo, tampoco resulta inmune de *irracionalidad* la justificación del derecho de penar, basada en la *retribución jurídica*, aunque de primeras los itinerarios motivacionales parecen más coherentes. En síntesis: la *concepción jurídica de la retribución*, como es sabido, se preocupa básicamente por reafirmar el poder de la autoridad estatal, considerando la pena nada más que un instrumento a través del que la sociedad ofendida pueda compensar el *vulnus* provocado por el crimen. Por otra parte, sin detenernos tanto en las características básicas de la retribución jurídica, como en las connotaciones garantistas, que decretaron en el pasado su éxito, en esta sede se reenvía a la idea retributiva en sus distintas versiones de inspiración kantiana o hegeliana, esencialmente solo porque interesa subrayar el dato central de la concepción, es decir, la absoluta inderogabilidad de la irrogación de la sanción que debe ser conmensurada a la entidad de la lesión producida.

La crisis y el abandono posterior de la concepción retributiva reflejan hoy el fruto de la irracionalidad de la teoría misma, que no ha sido capaz de seguir siendo coherente, a pesar de las distintas versiones elaboradas, con el ideal de justicia

sustancial, que aun constituye su substrato y fundamento. En efecto, ésta –dicho sintéticamente– ha ignorado, en nombre de la libre convicción, aquellos factores extrajurídicos que intervienen para condicionar la conciencia y, por lo tanto, la voluntad de la acción criminal, indispensables para proceder a la irrogación de una sanción conmensurada a las responsabilidades individuales.

La concepción retributiva manifiesta, entonces, su profunda *irracionalidad* ya desde el momento en que considera la pena como fin en sí mismo y renuncia al dialogo con la Política criminal y, más recientemente, con las Ciencias sociales, excluyendo así una comprensión cada vez más cercana a la realidad del mundo criminal y, consiguientemente, una mejor capacidad de regulación jurídica. Como decía Hobbes, “*en la conminación de la pena no hay que preocuparse por el mal ya pasado, sino por el bien futuro. Tampoco es lícito penar si no con el fin de corregir al pecador o de mejorar a los demás con la amonestación de la pena infringida. La venganza, no refiriéndose al futuro y naciendo de la vanagloria, es un acto contra la razón*”.

2.2. Intentamos ahora verificar si el Sistema penal o, el Derecho penal *tout court*, consigue adquirir (al menos) una suficiente dosis de racionalidad en el momento en que abandona la concepción del derecho de penar como fin, para orientarse hacia una concepción de la pena como **instrumento o medio** de prevención de delitos.

En síntesis, en esta sede, se puede afirmar que el pensamiento filosófico típico del pensamiento penal reformador del iluminismo, se traduce a nivel penal en la *concepción preventiva del derecho penal*, que pretende, esencialmente, desarrollar una doble función: por un lado, disuasiva, en cuanto suscita a través de la amenaza de una consecuencia negativa, el temor en la comunidad en su conjunto; y, por otra parte, persuasiva, porque la amenaza de una consecuencia negativa, actúa psicológicamente como contrafuerza a la decisión de delinquir.

Es sabido como la concepción utilitarista-preventiva ha asumido, en el devenir del tiempo, diferentes versiones, que no se pueden aquí examinar detalladamente. Más bien, aquí, hemos de evidenciar la circunstancia de que éstas persiguen siempre la prevalencia de los intereses colectivos respecto a los individuales. Y, prioritariamente, es esta característica la que acaba mostrando la irracionalidad de la teoría misma. Tenía, ciertamente, razón Kant, cuando negaba que un ser humano, sea éste un consocio perfecto o un delincuente incorregible, se pudiera utilizar como un medio para conseguir fines ajenos a su ámbito de vida.

Dicha *irracionalidad* involucra todas las teorías en clave de *prevención negativa*: la cuestión básica, según la cual sería la amenaza de la sanción penal la que indujese al hombre a cumplir acciones lícitas, considerando el cálculo utilitarista de ventajas y desventajas, supone, por otra parte, una imagen de la persona humana, dotada de una racionalidad tal que le permite realizar operaciones concretas de ponderación entre costes y beneficios: lo cual está empíricamente desmentido.

Paradójicamente, además, no se puede dejar a un lado un efecto ineludible de la teoría de la prevención utilitarista: es decir, el hecho de que ésta conduce hacia un constante endurecimiento de las penas para la defensa de las decisiones colectivas. Lo cual significa, al mismo tiempo, una indirecta legitimación de un terrorismo penal legislativo.

2.3. Tampoco estos perfiles de *irracionalidad* están llamados a ser superados por el cambio de perspectiva que se cumple con la *concepción de la prevención especial de la pena*, en sus distintos filones de pensamiento, a partir de la tesis de la enmienda, para terminar con la teoría de las diferenciaciones, que se puede reconducir al *Programa de Marburgo*. La problematicidad del punto de partida, es decir, el dato relacional reo-sociedad, a la hora de eliminar los condicionamientos psicológicos, sociales y culturales, que han determinado o inducido al reo al delito, constituye un elemento de segura *irracionalidad* en el intento de justificar el Derecho penal.

Tan complejas y variadas son las relaciones reo-sociedad, que no pueden ser categorizadas de una vez por todas. Y así, el sistema penal acabaría estando a merced de tales relaciones, que representan una clara negación de algunos caracteres constitutivos del Derecho penal: la inderogabilidad, la proporcionalidad y la predeterminación de la pena.

2.4. Tampoco el recurso a la *prevención positiva* parece el método idóneo para eliminar insuficiencias, contradicciones y, en el fondo, la *irracionalidad*, en base a su pretensión de atribuir a la amenaza de la pena una función de orientación cultural o una función moral-pedagógica. Ningún dato empírico se ha invocado como apoyo, al margen y más allá del simple llamamiento a la formación de una hipotética fuerza moral, y de un asimismo hipotético proceso de socialización. Descuida – esta moderna justificación preventiva– la circunstancia de que existe y permanece una constante tensión entre *ser* y *deber ser*, que impone una doble justificación del *Ius puniendi*, tanto desde el perfil ontológico como desde el perfil pragmático.

En este sentido, la confusión entre *ser* y *deber ser* acaba intercambiando las funciones de hecho ejercidas con la legitimación teórica y los fines axiológicamente perseguidos: el riesgo es transferir la cuestión a un plano exquisitamente filosófico, desde el que –como afirmado por Ferrajoli– *emanarían proposiciones normativas que, en cuanto tales, ni son verdaderas ni son falsas, sino solo aceptables o no aceptables como justas o injustas*.

3. Y llegamos a las *irracionalidades* modernas y, por así decirlo, internas al Sistema penal, es decir, a aquellas irracionalidades que se refieren a su forma de ser, irracionalidades que emergen de las decisiones de criminalización y del modo de formalizar su estructura de tutela.

Y comenzamos por los procedimientos con los que el poder estatal etiqueta co-

mo criminales los comportamientos humanos. Ante todo, es preciso resaltar – aunque la relevancia se limite a la experiencia político-cultural italiana– la tendencia a legislar, violando el canon de estricta legalidad, a través del recurso a leyes delegadas de contenido genérico. Es un método que aporta elementos significativos de *irracionalidad*, siendo remitida al Poder ejecutivo la elección de lo que puede ser objeto de tutela penal. Todo esto, obviamente, no solo representa una ruptura de la legalidad constitucional –lo cual es cosa muy grave–, sino que deja emerger direcciones e indicaciones “partidistas”, que se concilian mal con la persecución de intereses y valores generalmente válidos.

A esta *irracionalidad de método* es necesario añadir luego, la aportación proveniente de la *praxis*, puesto que la Jurisprudencia no ha conseguido mantenerse totalmente ajena a la seducción de los tiempos y del protagonismo, alejándose, no pocas veces, de los binarios de un correcto control de la legalidad de los comportamientos sometidos a su examen, añadiendo irracionalidad a la irracionalidad.

Como ejemplo se puede señalar aquel fenómeno que, en el lenguaje mediático, se califica de “**supra-exposición**” de la magistratura, y que traiciona también todas las ambigüedades y las incoherencias propias de los periodos de las emergencias criminales. La asunción de roles de suplencia que se han convertido con el paso del tiempo en “símbolos” de la forma de ser de una institución; el dialogo, con un matiz vagamente político, con las sirenas de la opinión pública a fines internos y externos; la búsqueda, muchas veces no soterrada, de un consenso social, ha añadido fuertes dosis de irracionalidad en un tejido socio-institucional que, en cambio, tenía que quedar “neutro”. No creo que se necesite subrayar que una institución fundamental del Estado de derecho, debe quedar pura e institucionalmente neutral, tanto con la calma como con la tormenta, evitando añadir, precisamente, irracionalidad al Sistema penal en su conjunto.

Igualmente, la crisis, desde el punto de vista de la efectividad, contribuye a hacer totalmente simbólico, antes, e irracional, luego, el Sistema de Derecho penal y su pretensión de normalizar el sistema social, produciendo consenso, independientemente de la conducta de su autor. En realidad, el principio de efectividad debería ser puesto en juego, ya desde el plano de la génesis de los supuestos típicos delictivos, porque parece obvio que no tiene ningún sentido introducir en el sistema penal un supuesto de delito que, desde los orígenes, aparece sin credibilidad empírica y criminológica. No hace falta mucho para considerar irracional la introducción de normas penales que se pueden reconducir bajo la etiqueta de “**legislación simbólica**”.

Es sabido que las causas fundamentales de la crisis de la efectividad son esencialmente dos: la primera, de naturaleza endógena, es decir relativa a la forma misma de funcionar del Sistema penal y, la segunda, depende de situaciones históricamente contingentes. El problema es que la pérdida de disuasión, depende de un

conjunto de factores entre los que no se puede olvidar la educación a determinados *estándares* morales que constituye una variable difícilísima de calcular empíricamente y que, por tanto, no parece idónea para ofrecer una aportación en términos de racionalidad empírica.

Sin embargo, el carácter de *irracionalidad* del vigente Sistema penal se infiere sobre todo desde otros puntos de vista, a partir de los factores estructurales relativos a la forma de funcionar de las instancias institucionales para la represión de los delitos. Es evidente –al menos por lo que se refiere a la situación italiana– que esencialmente en este terreno se han desarrollado procesos de selección arbitraria y de degeneración factual, con consecuente pérdida de prestigio y de eficacia represiva. Aunque, hay que tener en cuenta que la irracionalidad puede devenir aun más intensa, y aun más significativa, porque puede llegar al punto de deslegitimar la actividad de represión misma, cuando fuera expuesta –y el riesgo es real– **a la acusación moral de ser ideológicamente orientada.**

Particularmente en el terreno de la ideología se pueden captar algunos coeficientes de irracionalidad, aunque de menor dimensión: por un lado, se trata de la tendencia –muchas veces inconsciente– a hacer prevalecer en la actividad interpretativa las propias posiciones culturales, respecto a aquellas cristalizadas en el tejido normativo; y, por otra parte, del condicionamiento político, al que una norma o un conjunto de normas puede estar sometido. La experiencia italiana del Derecho penal económico es, desde este punto de vista, extremadamente clara: del ilimitado crecimiento del área penalmente relevante ha derivado un porcentaje del todo irrelevante de su efectiva aplicación. Si el objetivo perseguido era rescatar el Sistema penal de la acusación de “clasismo”, el proceso de expansión penal sin precedentes no ha conseguido sus objetivos de forma clamorosa, quedándonos por constatar a nosotros, como el Derecho penal económico, ha sido privado prácticamente de efectividad, como un cañón que dispara una salva, contribuyendo, por su parte, a introducir en el tejido del Sistema penal un porcentaje aun más alto de *irracionalidad*. Piénsese, al respecto, en la experiencia del Derecho penal societario, que en la época de *tangentópolis*, se había concebido por muchos Fiscales como la clave más adecuada para descubrir los mecanismos de la corrupción sistémica y de la financiación ilícita de los partidos. Tanto antes como después de la reforma llevada a cabo en 2002, el sector manifestaba fuertes y relevantes lagunas respecto a los abusos del patrimonio social, a la infidelidad de la gestión societaria, a la protección de las reglas fundamentales de la vida social y de la tutela de las minorías, viviendo solo de la falsa contabilidad.

Resulta, por lo tanto, debilísimo, para no decir casi inexistente, el porcentaje de efectividad del Derecho penal financiero, caracterizado por la persistente ausencia en el plano de la praxis aplicativa del supuesto clave del *insider trading*, que se parece cada vez más al ave fénix, y que cada vez más supera los confines de los

territorios de lo racionalmente incontrolable, aunque rarísimamente encuentra la experiencia del juicio.

Tampoco parece distinta la situación del Derecho penal tributario, señalado por muchos como el sector que con mayor racionalidad habría tenido que reivindicar el éxito de la lucha contra el cáncer de la evasión fiscal. La clase política ha hecho de este instrumento penal un uso indebido, muy *irracional*, sin darle una base criminológica, y exponiéndolo por eso a un previsible fracaso. Como demuestra el hecho de que el “nuevo poder” está orientado fuertemente a una nueva modificación del sistema después de las mal realizadas reformas de 1982 y del 2000.

También es necesario mencionar la ineffectividad, productora de más irracionalidad, del fenómeno de las amnistías (fiscal, urbanística etc.), con las que el Estado reconoce un odioso privilegio a quien ha vulnerado la ley, consiguiendo simplemente ventajas ilícitas y, al mismo tiempo, penalizando a quien, en cambio, ha seguido siendo fiel a lo dispuesto por el Ordenamiento. Aquí, resalta una consideración de carácter ético que parte del sentido del Estado y de la autoridad de sus preceptos. Un Estado, que liquida por dinero la validez de sus leyes penales, desarrolla una profunda desconfianza en la relación con los ciudadanos, creando un peligrosísimo fenómeno de irracionalidad.

4. El sistema del Derecho penal se caracteriza por dosis significativas de *irracionalidad* que derivan de diferentes concepciones sobre la función teórica que se atribuye al mismo sistema penal. Sin embargo, tales concepciones no se podrán examinar todas aquí en esta sede, por el limitado horizonte de esta reflexión. Por lo tanto, me limito a exponer una concepción teórica que ha tenido en mi país apoyos guerreros y que ha dominado durante un largo periodo la Ciencia penal italiana.

Se trata de una concepción que se define hoy de corte liberal y que pretende acudir al uso del Derecho penal sustancialmente *ad libitum*. Más precisamente me refiero a la denominada *función promocional del Derecho penal*, que se preocupa por reforzar la salvaguarda de aquellos valores colectivos (ambiente, salud, etc.) que la misma conciencia social de hoy quisiera proteger de forma más incisiva.

La concepción promocional del Derecho penal se entiende como un instrumento privilegiado, que concurre a la realización del modelo y de los fines de promoción social, prefigurados en la Constitución. Esta concepción ha contribuido, y no poco, a aumentar el porcentaje de *irracionalidad* del Derecho penal, en la medida en que ha cultivado –y ha hecho cultivar– la ilusión de que el Derecho penal se pueda utilizar como instrumento de transformación social o como instrumento idóneo para permitir la adquisición de bienes futuros, cuando por su naturaleza, el Derecho penal tiende garantizar o reforzar la tutela de bienes **“ya venidos a existencia, que la conciencia social percibe que requieren de una protección particular”**.

Sin embargo, la concepción promocional se ha distinguido, en el pasado más reciente, también por la forma de argumentar las instancias punitivas, contribuyendo

en gran medida al aluvión de nuevos hechos delictivos, haciendo el Ordenamiento penal indomable. Es suficiente un solo ejemplo para comprender la forma de actuar de la concepción promocional del Derecho penal: *la introducción en el ordenamiento penal de los delitos tributarios en 1982*. Partiendo de la premisa de que la evasión fiscal altera el regular desarrollo de la vida económica y la competencia entre las empresas, se presenta particularmente odiosa y cargada de efectos desestabilizantes, amén de profundizadora de las injusticias entre las clases sociales; de ahí, se constata la necesidad de golpear la evasión con el instrumento del Derecho penal. Es evidente el fuerte componente ideológico que la caracteriza: la legislación penal tiene que permitir la eliminación de los intolerables privilegios de las clases económicamente más solidas para realizar una verdadera justicia social: llevar a la cárcel a un evasor posee un significado político bien preciso. Y así, el Derecho penal se transforma –*irracionalmente*– en un instrumento de lucha de clase: una *irracionalidad* que aúna también componentes de naturaleza socio-política, que acaban luego por crear efectos *boomerang* y hasta impiden golpear fenómenos ciertamente dañosos para el sistema social como la evasión fiscal.

5. Y los ejemplos se podrían multiplicar, incluyendo enteros sectores de la tutela penal: desde los delitos de quiebra a la tutela penal del embrión, de la tutela penal del ambiente, a aquella de la dignidad de la persona. Sin embargo, el problema no consiste en la indicación de otros momentos de *irracionalidad*.

En mi opinión, la única y más importante pregunta que en este punto de mi reflexión hay que plantear es la siguiente: *¿es posible construir un sistema de Derecho penal que no tenga el carácter de la irracionalidad sino que, al contrario, sea expresión de racionalidad en el respeto a algunos de los principios propios (y constitutivos) de un Estado democrático y social de derecho?* Se trata de una pregunta, en realidad, que la Ciencia penal no puede dejar de plantearse, tanto con respecto a la justificación teórica del Derecho penal como con respecto a cada uno de sus específicos objetos de tutela. Y si, en mi opinión, la institución del Derecho penal queda ontológicamente anclada a una necesidad, a la necesidad de conservación de la sociedad, sea esta “**amarga**”, según el léxico y las precisiones de carácter roxiniano, o sea “**preventiva**”, según el pensamiento de Beccaria, la posibilidad de un Sistema penal racional se ha invocado siempre en la reflexión científica de los estudiosos que han tenido el coraje de denunciar que “*en el reino de las necesidades irracionales de sanción penal y de la funcionalidad instrumental, parece natural la fuerte demanda de intervención del Derecho penal en clave de gobierno de los procesos políticos en curso de la economía y de la Administración pública*”.

El problema que se nos plantea es, por lo tanto, otro: es decir, individualizar las condiciones objetivas que permitan la creación de un Sistema de delitos, fruto de una ponderación, la más atenta posible, que parta de rigurosos análisis criminológicos, que proceda a la evaluación de los costes y de los beneficios, según las más

avanzadas técnicas de criminalización de los comportamientos humanos, y que utilice los principios básicos que se pueden deducir de las decisiones fundamentales de nuestra Constitución, como la *subsidiariedad*, el *carácter merecedor de la pena*, la *proporción* –y finalmente, aunque no último lugar– la *extrema ratio del recurso al Sistema penal*.

Para alcanzar dicho objetivo es necesario realizar preliminarmente una indispensable precondition: esto es, actuar a fin de que *la relación entre el poder legislativo y la Ciencia del Derecho penal cambie radicalmente* y se transforme en una *especie de diálogo profuso y fecundo*, como sucede en algunos Ordenamientos europeos. En este sentido, no se puede poner orden y eliminar la *irracionalidad* en el Sistema penal, si la relación entre poder legislativo y Ciencia del Derecho penal sigue siendo conflictiva.

Desde esta óptica se podría pensar –como se ha sostenido recientemente– en una fase instructora, particularmente detallada en el momento de discusión de las Leyes penales. Más precisamente se podrían “*hacer obligatorias las tres verificaciones propuestas para el derecho americano como premisa a toda decisión de criminalización, esto es: la concreta aplicabilidad de la norma (enforceability); las consecuencias empíricas favorables y desfavorables, que derivan de su introducción (effects of the law), y la ausencia de medios alternativos para proteger la sociedad de comportamientos indeseables. La no observancia de estos tres principios fundamentales comportaría una pérdida de credibilidad de los preceptos normativos y la producción de desventajas sociales superiores a las ventajas de la criminalización*” (DEMURO).

Sin embargo, la tarea de eliminación de las irracionalidades y de introducción de racionalidad en las decisiones político-criminales contingentes se puede perseguir también con otros y quizás más democráticos medios. La referencia es –ahora– al requisito del consenso social que tiene que acompañar la actividad de criminalización de los comportamientos humanos. Nosotros, los modernos, sabemos bien que las decisiones de política criminal están condicionadas por factores muchas veces opinables de tipo cultural, económico, político, de costumbre, religioso, y adquieren consistencia y espesor solo si son compartidas ampliamente. Y cuanto más amplio sea el consenso que las soporta, más eficaz resultará el efecto de prevención general que están llamadas a desarrollar.

Reflexionando sobre la experiencia penal italiana, a la doctrina le ha parecido individualizar el mecanismo que garantiza el consenso en las decisiones de incriminación, alzando el umbral de aprobación de las leyes penales: ya no la mayoría simple sino **una mayoría cualificada de dos tercios del poder legislativo**. Detrás de esta propuesta y, entonces, detrás del vínculo cualificado, se percibe, ante todo, la exigencia, altamente compartible, de sustraer a la mayoría parlamentaria las decisiones de valor que involucran –detrás del Sistema

penal– a la sociedad en su conjunto. Verdaderamente, en el universo de la modernidad, no ha desaparecido la exigencia de que las decisiones de criminalización reflejen valores altamente compartibles dentro de la sociedad. Incluso, estas exigencias han aumentado en las sociedades que viven de pluralismo cultural y político y requieren, por tanto, de respuestas de naturaleza exquisitamente cualitativa.

Elevar el requisito del *quórum* para la aprobación de una Ley penal significa, básicamente, pasar por una confrontación político-cultural-ideológica verdaderamente elevada en la que no está destinada a prevalecer la fuerza de una mayoría parlamentaria. Más bien, la necesidad de alcanzar un porcentaje de aprobación muy alto, acaba dando fuerza a la bondad de las argumentaciones y de sus contenidos. Y, ciertamente, ya no serán posibles las redadas de una mayoría parlamentaria que quiere involucrar a la sociedad en su conjunto, como ocurre hoy sobre todo con la penalización en el terreno de los temas éticos.

Soy perfectamente consciente de que la racionalidad (o la búsqueda de la racionalidad) no constituye una función exponencial de una magnitud numérica, así como no lo son las exigencias de intervención mínima y de efectividad, ya puestas en evidencia en estudios que remontan en el tiempo. Y de todas formas, en nuestro caso, el dato numérico concierne a un componente fuertemente cualitativo, es decir, del pluralismo cultural y político que no es difícil individualizar detrás del *quórum* propuesto.

Por lo tanto, si transferimos dicha forma de argumentar al plano de la génesis de los hechos delictivos, no podemos dejar de constatar cómo la búsqueda de una mayoría cualificada requiere una confrontación crítica de significativo espesor en el terreno de los contenidos. Solo a través de dicha confrontación (también entre diferentes orientaciones políticas), el porcentaje de racionalidad parece destinado a manifestarse en forma cada vez más visible. No hay quien no vea que, en esta óptica, las propuestas de criminalización de los comportamientos humanos, pueden devolver de nuevo la clave de lectura del grado de civilización de un país.

Solamente de tal forma, se podría realizar finalmente también la tan auspiciada inversión de tendencia hacia un Derecho penal “mínimo”, puesto que el florecer de nuevos y cada vez más numerosos supuestos delictivos encontraría un obstáculo relevante en la necesidad de encontrar un consenso extremadamente elevado: cosa, en verdad, no fácil en las modernas democracias constitucionales. Como se ha escrito, se impediría así, la posibilidad de “*verter en la botella del Derecho penal cualquier clase o sucedáneo de vino*”, y se obligaría –presuntamente– también al Legislador a evitar el fácil recurso al Derecho penal y a utilizar otras técnicas de tutela menos cruentas y más racionales.

Y, por último, ni tan siquiera desde la óptica selectiva del umbral de aproba-

ción elevada, se excluye la posibilidad de una mejora de la calidad técnica de las normas, con el resultado de enviar a la colectividad un más claro mensaje y, al mismo tiempo, de limitar el margen de discrecionalidad interpretativa de los jueces.

En mi opinión, la construcción de un Sistema penal *racional, mínimo y efectivo* no se puede realizar solo y exclusivamente en base al consenso elevado.