

Apuntes sobre la *proceduralización* en el Derecho penal *

Lorena Varela

Investigadora postdoctoral. Universität des Saarlandes (Alemania)

Profesora de derecho penal. Universidad Internacional de la Rioja (España)

VARELA, Lorena. Apuntes sobre la proceduralización en el Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-02, pp. 1-31.

<http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-02.pdf>

RESUMEN: Con el transcurrir del tiempo, el modelo tradicional de la sociedad del riesgo pasó a transformarse en una sociedad del riesgo regulado o en una sociedad de gestión del riesgo, esto es, caracterizada antes que por problemas técnicos y de riesgos empíricos por problemas políticos y de riesgos institucionales. Hoy en día podría decirse, sin reparo alguno, que solo bajo la presión del peligro y de la amenaza continuos se fueron definiendo los espacios de responsabilidad y los procesos de control y planificación burocrática de la gestión del riesgo, antes inexistentes. La actual sociedad del riesgo regulado se define desde una estructura de Estado regulatorio de base política socioliberal y de base económica neoliberal, cuyo Derecho penal ha tenido que transformarse en el mismo sentido. En consecuencia, en el Derecho penal regulatorio se concibe el riesgo desde la perspectiva institucional lo que conlleva nuevos desafíos político-criminales y de dogmática jurídica.

PALABRAS CLAVE: Sociedad del riesgo, sociedad del riesgo regulado, riesgo empírico, riesgo institucional, Estado regulatorio, filosofía-política socioliberal,

economía neoliberal, Derecho penal regulatorio, Derecho penal regulador, Derecho penal de la autorregulación regulada, proceduralización del Derecho penal, Derecho penal de la norma de conducta, autorregulación regulada, programas de cumplimiento, incumbencias individuales.

TITLE: *Notes on proceduralization in criminal law*

ABSTRACT: With the passage of time, the traditional model of the risk society became transformed into a regulated risk society, that is, characterized more by political and economic problems and institutional risks than by technical problems and empirical risks. Nowadays it could be said, without any objection, that only under the pressure of danger and continual threat were spaces of responsibility and bureaucratic control and planning processes for risk management, previously non-existent. The current regulated risk society is defined by a structure of a regulatory state based on socio-liberal politics and a neoliberal economic base, whose criminal law has had to be transformed in the same sense. Consequently, in regulatory criminal law, risk is conceived from the institutional perspective, which entails new challenges for crime policy and criminal law theory.

KEYWORDS: Risk society, regulated risk society, empirical risk, institutional risk, regulatory State, socio-liberal policy, neoliberal economy, regulatory criminal law, criminal law of regulated self-

regulation, proceduralization of criminal law, criminal law of the standard of conduct, regulated self-regulation, compliance programs, individual concerns.

Fecha de publicación: 29 mayo 2019
 Contacto: lorena.varela@uni-saarland.de

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Un cambio sociológico de paradigmas como etapas del progreso social. 2.1. De la sociedad del riesgo a la sociedad del riesgo regulado. 3. Un cambio filosófico-político de paradigmas como etapas del progreso político. 3.1. Del Estado socioliberal al Estado socio-neoliberal. 3.1.1. Principales características del Estado socio-neoliberal. 3.2. De las instituciones tradicionales a las corporaciones contemporáneas. 4. Un cambio jurídico-penal de paradigmas como etapas del progreso político-criminal. 4.1. De la materialización a la proceduralización en el Derecho penal. 4.1.1. Principales características del Derecho penal procedural. 5. El Derecho penal procedural del sujeto colectivo ¿e individual? 5.1. El Derecho penal procedural del sujeto colectivo. 5.2. El Derecho penal procedural del sujeto individual. 6. Dos conclusiones. 6.1. Una conclusión cerrada. 6.2. Una conclusión abierta.

* El presente texto fue elaborado a partir de unas primeras ideas presentadas en un tenor muy genérico como una Comunicación inicialmente intitulada “Responsabilidad jurídico-penal en la sociedad del riesgo regulado”, que fue aceptada para las Jornadas sobre “Responsabilidad jurídica” organizadas por el Área de Derecho penal de la Universidad de León los días 23 y 27 de noviembre de 2017. En lo que sigue el texto se enmarca en el Proyecto en Derecho penal económico que desarrollo en la *Universität des Saarlandes* junto al Prof. Dr. Marco Mansdörfer. Aprovecho en este sentido para agradecer al Prof. Mansdörfer por las conversaciones sobre la materia, así como a *Frau Völker* y a mis compañeros de la Cátedra en Derecho penal y Filosofía del Derecho y de la Cátedra en Derecho penal económico por toda la asistencia brindada en la elaboración de este texto.

1. Introducción

Un estudio esencialmente descriptivo, pero también valorativo, sobre el tema del presente estudio se considera de gran interés actual. En materia penal el reflejo de los cambios de paradigmas de las estructuras sociales en las plataformas políticas y jurídicas, así como de las filosofías que les acompañan, resultan tan necesarias de considerar como de comentar. No solo para situar en qué tipo de Derecho penal se encuentra actualmente la sociedad, sino hacia qué tipo de Derecho penal la misma se conduce. Se abordará el estudio desde tres claros niveles: un primer nivel sociológico en donde se describen a grandes rasgos los modelos de la sociedad del riesgo y de la seguridad. Seguidamente, un segundo nivel filosófico-político en donde se resumen las tres fases de los modelos de Estado de Derecho: liberal, socioliberal y socio-neoliberal. Y, para cerrar, un tercer escalón jurídico-penal desde el cual se referencian los tres modelos de Derecho penal: el liberal-formal, el socioliberal-material y el socio-neoliberal-procedural. Desde este último nivel, que es el actual, se considerará también de un modo muy genérico cómo el mismo se plasma en los diferentes actores sociales: el sujeto colectivo y el sujeto individual. El trabajo finaliza con dos conclusiones: una a modo de diagnóstico y otra como pronóstico.

2. Un cambio sociológico de paradigmas como etapas del progreso social

Los riesgos han existido siempre. Son sus características las que los diferencian en las distintas épocas de la historia. En contrapartida a los riesgos naturales de antaño, que se padecieron más o menos hasta la sociedad burguesa preindustrial, lo que caracteriza a los riesgos de la época industrial y de la postindustrial de hoy en día es su origen humano. Incluso las últimas catástrofes naturales son muchas de ellas causadas por la intervención del hombre en el ciclo vital de la Tierra, así como también los recientes “accidentes” ocasionados por máquinas y autómatas, que son originalmente programados por el ser humano, y las personas jurídicas que solo cometen delitos a través de las personas físicas. El crecimiento gradual de la sofisticación del riesgo de la modernidad se observa desde la presencia y efectos locales en la sociedad industrial del riesgo (*Risikogesellschaft* o *risk society*) y desde la omnipresencia y efectos globales en la sociedad postindustrial del riesgo. Justamente, una de las características más sobresalientes de los riesgos actuales es su creciente ubicuidad entendida en términos de globalidad¹ y mundialización², así como su constante desaceleración y reaceleración en paralelo. Desaceleración producida por la ingente cantidad de procesos regulatorios y de gestión del riesgo que neutralizan los riesgos y los encauzan. Y, al mismo tiempo, reaceleración producida por el uso (y abuso) masivo de los riesgos que los potencia y multiplica. En otras palabras, las sociedades actuales avanzan a la vez que retroceden en el proceso de pretender asegurar los riesgos, y tratando de evitar peligros y consecuencias lesivas terminan generando nuevos riesgos y nuevos efectos inciertos. Los nuevos riesgos impulsan nuevas medidas de seguridad, prevención y precaución y en simultáneo engendran nuevas esferas de peligro y de lesividad.

En verdad, este proceso de evolución social a la vez que inevitablemente nocivo en algunos aspectos, se revela como recomendable ante el escenario hipotético de la estaticidad de la evolución social³. La sociedad del presente se caracteriza por pretender ser una sociedad del bienestar y de la riqueza, que colma necesidades y que produce utilidad y felicidad para la realización vital personal y social⁴. Pero sus efectos colaterales, de no-bienestar, de no-utilidad y de no-felicidad⁵ también son

¹ *Globalidad* entendida como amenaza a los diferentes tipos de habitantes de la tierra: seres humanos, animales y vegetales. Cfr. BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, pág. 29.

² *Mundialización* entendida como una amenaza geográficamente indiscriminada.

³ El dilema irresuelto al que alude BECK, *cit.*, 1986, pág. 26: “¿cómo pueden prevenirse, minimizarse, dramatizarse, canalizarse los riesgos y peligros que se coproducen sistemáticamente en el proceso de la avanzada modernización... para que no obstaculicen el proceso de modernización ni excedan los límites de lo ‘razonable’?”.

⁴ Cfr. BECK, *cit.*, 1986, pág. 25, para quien la ecuación es reveladora: “en la modernidad avanzada va la producción social de la *riqueza (Reichtum)* sistemáticamente acompañada por la producción social de *riesgos (Risiken)*”.

⁵ Piénsese en los riesgos negativos del desarrollo industrial, como la pauperización de grandes sectores de la sociedad (el llamado riesgo de pobreza –*Armutsrisiko*–) del siglo XIX, y en los riesgos negativos de la

sus características y, para que el saldo salga a cuenta, éstos habrían de concurrir en menor medida que las primeras, si se quiere evitar transformar irreversiblemente la civilización en un *autopeligro potencial (Selbstgefährdungspotentiale)*⁶. Sin embargo, aun cuando se alcance a reducir los efectos colaterales negativos, la seguridad consolidada en muchos aspectos de la vida social demanda cada vez más mayor seguridad ante el miedo a la pérdida de lo ya logrado, sobre todo frente a la magnitud de las infinitas amenazas a escala global. Lo último se corresponde con lo que se ha denominado la “paradoja de la seguridad” (*Sicherheitsparadoxon*) en la sociedad de la seguridad (*Sicherheitsgesellschaft* o *security society*), que no habla de un estado de inseguridad presente sino de un estado eventual y posible de inseguridad y de dificultades futuras que se quieren evitar⁷. La preocupación, en consecuencia, no reside en los riesgos presentes y en la *inseguridad* actual, sino en los potenciales escenarios de riesgos futuros⁸. Por ejemplo, en relación con la inseguridad económica, se explica que la inseguridad no reside en la existencia de pobreza o necesidad, sino en el riesgo de caer en ellas, esto es, en la posibilidad futura del empobrecimiento⁹; de allí, que justamente, quienes se encuentran en mejores condiciones de riqueza son los que demanden cada vez más y más seguridad¹⁰.

2.1. *De la sociedad del riesgo a la sociedad del riesgo regulado*

Así como la sociedad preindustrial es la sociedad del daño natural y de la lesión humana, la sociedad industrial se define desde el riesgo empírico, ya natural ya humano. Por el contrario, la sociedad postindustrial se caracteriza por el riesgo natural y humano institucionalizado y el riesgo institucional. En sus inicios la sociedad aspiró a dominar los peligros derivados de la naturaleza, pero eso cada vez más se ha ido complementando con los llamados riesgos construidos, que hoy en día son superiores a aquéllos. El riesgo humano y artificial ha ido desplazando en crecimiento al riesgo natural y ha ido creando márgenes de incertidumbre, descuidos y déficit de organización¹¹.

En proporción a las amenazas que le invadían, la pretérita sociedad del riesgo careció de la asistencia de una auténtica y seria política *preventiva* de gestión de riesgos¹². En este punto, la misma contó con un claro vacío político sobre la regula-

actualidad, que colocan en peligro directamente al planeta Tierra. Cfr. BECK, *cit.*, 1986, pág. 29.

⁶ Cfr. BECK, *cit.*, 1986, pág. 29.

⁷ Cfr. KAUFMANN, F.-X., *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Stuttgart, 1970, págs. 10 y ss., 16 y ss.

⁸ Lo que se describe bajo el fenómeno de la “inseguridad como diagnóstico del tiempo” (*Unsicherheit als Zeitdiagnose*). Cfr. KAUFMANN, *cit.*, 1970, págs. 16 y ss.

⁹ Cfr. KAUFMANN, *cit.*, 1970, pág. 17.

¹⁰ Cfr. KAUFMANN, *cit.*, 1970, págs. 17-18.

¹¹ Cfr. THIBAUD, P., “Le péril et la gloire”, *Esprit*, n° 334 (1), 1965, págs. 76-81, pág. 77.

¹² Cfr. BECK, *cit.*, 1986, pág. 64: “die Gefährdungen wachsen, aber sie werden politisch nicht umgemünzt in eine *präventive* Risikobewältigungspolitik” (los peligros aumentan, pero políticamente no se traducen en una política de gestión preventiva de riesgos).

ción institucional de las amenazas a las cuales se encontraba sometida la vida social¹³. Con el transcurrir del tiempo se asentó una política de prevención del riesgo y posteriormente de distribución social del mismo¹⁴. Así se fue avanzando en un proceso cada vez más sofisticado en la gestión del peligro. Se pasó, entonces, de la sociedad del riesgo a la sociedad del riesgo regulado (*regulated risk society*), que se caracteriza primordialmente por problemas políticos en la institucionalización del riesgo y el surgimiento consecuente de riesgos institucionales¹⁵. En efecto, solo bajo la presión del peligro y de la amenaza continuos se fueron definiendo los espacios de responsabilidad y los procesos de control y planificación burocrática de la gestión del riesgo¹⁶, antes inexistentes.

En la dinámica de la regulación del riesgo se generan inevitablemente nuevos riesgos. Estos nuevos riesgos son los de gestión, distribución¹⁷ y atribución institucional, que suelen revelar los déficit profundos de las políticas públicas y asuntos jurídicos en esta materia¹⁸. Los riesgos iniciales que se regulan pasan a denominarse riesgos regulados (*regulated risks*)¹⁹, mientras que los nuevos riesgos surgidos de dicha regulación reciben el nombre de riesgos subordinados, secundarios, o colaterales (*ancillary risks*)²⁰ o también riesgos agregados (*aggregate risks*)²¹. Estos riesgos no suelen contar inmediatamente con una especial regulación, por lo que quedan librados a la regulación del riesgo inicial y ello, inevitablemente, genera un nuevo espacio de riesgo que se ensancha en la medida en que no se institucionaliza su tratamiento.

Lo anterior revela los nuevos cometidos de la sociedad contemporánea: junto a la tradicional tarea de prevención del riesgo y su distribución en la sociedad se añade la distribución del riesgo en la gobernanza institucional del mismo²². La sociedad del riesgo regulado se identifica así con la gobernanza a través del riesgo (*governance by risk*) y no solo del riesgo (*governance of risk*), como una especie de principio rector tanto de las políticas públicas como del Mercado, el gobierno corporativo²³ y los individuos. Una lógica prognosis de su recorrido futuro avizora-

¹³ Cfr. BECK, *cit.*, 1986, págs. 64 y ss.

¹⁴ Sobre este tema, LAU, Ch., “Neue Risiken und gesellschaftliche Konflikte”, en BECK (ed.), *Politik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1991, págs. 248-265, págs. 253-254 y ss.

¹⁵ Sobre los riesgos sociales (*societal risks*) y los riesgos institucionales (*institutional risks*), ROTHSTEIN, H., “The institutional origins of risk: a new agenda for risk research”, *Health, Risk & Society*, v. 8, n° 3, 2006, págs. 215-221, págs. 215, 218.

¹⁶ Cfr. BECK, *cit.*, 1986, págs. 104 y s.

¹⁷ Diferente a la distribución social del riesgo.

¹⁸ Cfr. SUNSTEIN, C., *Risk and reason. Safety, law, and the environment*, Cambridge, 2003, págs. xiii y ss., 100 y ss. (en relación con la reducción racional de los riesgos).

¹⁹ Cfr. SUNSTEIN, *cit.*, 2003, págs. 134 y ss.

²⁰ Cfr. SUNSTEIN, *cit.*, 2003, págs. 134 y ss.

²¹ Cfr. SUNSTEIN, *cit.*, 2003, pág. 135.

²² Cfr. ROTHSTEIN, *cit.*, 2006, pág. 215.

²³ Cfr. ROTHSTEIN, *cit.*, 2006, pág. 216.

ba ya, que cuando el riesgo se convirtiese en normalidad, éste adoptaría un matiz institucionalizado²⁴.

El eje central de la gestión de los riesgos pasa en este modelo de sociedad a desempeñarse por las corporaciones del sector privado, técnica y cognitivamente más cualificadas para la gestión del riesgo que el propio Estado (además de más solventes económicamente y con capacidad de inversión). Como entes sociales autónomos²⁵ las empresas se convirtieron en instituciones intermedias (*intermediary institutions*) entre el Estado y la sociedad, operando como estabilizadores y orientadores de conducta, relaciones y niveles de juego (economía, política, etc.)²⁶.

Otro elemento que caracteriza a la sociedad del riesgo regulado es la participación activa de la sociedad en la gestión política del mismo. Las presiones sociales constantes para/en pos de la mayor transparencia y coherencia en los asuntos del gobierno (la sociedad auditora²⁷), así como la cada vez más presente cultura de la rendición de cuentas (*accountability*) y de la responsabilidad social del sector privado (*corporate social responsibility*) han abierto un nuevo abanico en el vínculo entre Estado y ciudadano, en donde se amplifican y sobredimensionan los riesgos institucionales como producto de esta interrelación²⁸.

Hasta aquí, resumidamente, puede concluirse que la sociedad del riesgo regulado se caracteriza por tres claros tópicos: (a) la institucionalización del riesgo y el riesgo institucional; (b) las instituciones intermedias como entes totalmente autónomos, pendulantes entre el Estado y la sociedad, que son las corporaciones; y, (c) la institucionalización de la auditoría y mecanismos de control de la sociedad.

3. Un cambio filosófico-político de paradigmas como etapas del progreso político

Los tres tipos de sociedad, la del daño, la del riesgo empírico y la del riesgo institucional se vieron acompañadas por tres tendencias filosófico-políticas de base liberal, que engendraron los tres modelos de Estado de Derecho: el Estado liberal, el Estado socioliberal y el Estado socio-neoliberal. En la actualidad, el

²⁴ Cfr. BECK, *cit.*, 1986, pág. 104. Véase la descripción de la tendencia hacia la reducción de riesgos de los gobiernos actuales en la obra de SUNSTEIN, *cit.*, 2003, págs. xiii y ss., *passim*.

²⁵ Cfr. KJAER, P., "Towards a sociology of intermediary institutions: the role of law in corporatism, neo-corporatism and governance", en MADSEN/THORNHILL (eds.), *Law and the formation of modern Europe: perspectives from the historical sociology of law*, Cambridge, 2014, págs. 117-141, págs. 119-120: las instituciones corporativas, neo-corporativas y de *governance* deben ser concebidas como fenómenos sociales autónomos (*autonomous social phenomena*), que poseen reservas independientes de poder y producen normas de auto-regulación, a la vez que siguen patrones independientes de evolución.

²⁶ Cfr. KJAER, *cit.*, 2014, págs. 117 y s.

²⁷ Sobre la sociedad que monitorea y audita (*audit society*) el desempeño del Estado y las corporaciones privadas, POWER, M., *The audit society: rituals of verification*, Oxford, 1999.

²⁸ Similar, ROTHSTEIN, *cit.*, 2006, pág. 215.

modelo de Estado socio-neoliberal comporta una filosofía socioliberal positivizada en la Constitución en conjunción con una ideología neoliberal de Mercado.

Todos estos modelos de Estado tienen como eje nuclear la premisa moral de la *libertad civil* del individuo, lo que los distingue de otras concepciones políticas como el absolutismo o el totalitarismo. La perspectiva filosófico-moral que informa a estos modelos filosófico-políticos de Estado reside, en mayor o menor medida, en los conceptos de antropocentrismo y razón, pasándose a concebir a la persona como un ser que desde el conocimiento habría de gobernarse y convivir en el mundo. Con ello, la libertad civil se vincula estrechamente con los principios de la dignidad humana y la autonomía ética del individuo²⁹, cuyo principal corolario es la neutralidad moral del Estado frente a éste. Desde su eje común, de la libertad individual, en cada uno de estos modelos políticos de base liberal, la libertad civil de la persona se gestiona y se concibe de diferente manera, según la medida y alcance de su par axiológico que puede ser la igualdad o bien la igualdad y seguridad.

El eje axiológico sobre el que giró el modelo liberal fue la primacía de la libertad civil del individuo por sobre la sociedad y el Estado. En lo social, la libertad de cada uno fue entendida como libertad negativa o de no-interferencia³⁰, libre de todo tipo de coacciones externas y sometida a la lógica de la regulación espontánea de las relaciones³¹. En lo político, se caracterizó por la figura del Estado mínimo, cuya única función pasaba por garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos sin intervenir en la regulación de la cosa común (absentismo estatal en lo social)³². En lo económico, se redujo a defender un modelo de libre juego del capital privado y de la libre competencia lo que fomentaba la acumulación de riquezas en un pequeño sector de la sociedad: los dueños de los medios de producción y sus legítimos herederos. Por su parte, el modelo socioliberal mutó sus prioridades y orbitó sobre el eje axiológico de la igualdad. Este modelo político aspiró a compatibilizar el ejercicio de la libertad individual con el ejercicio de la igualdad, propendiendo a un ejercicio igualitario de las libertades individuales. El liberalismo igualitario por eso mismo no renuncia a la libertad individual, sino que intenta hacerla compatible con la igualdad material entre individuos, impidiendo no sólo la degeneración natural a la que conduce la defensa por una libertad indivi-

²⁹ Cfr. BERLIN, I., "Two concepts of liberty", en BERLIN, *Four essays on liberty*, New York, 1971, reimpr. (1969, 1ª ed.), págs. 118-172, págs. 154 y ss.

³⁰ Cfr. BERLIN, *cit.*, 1971, págs. 118 y ss., 121-122 y ss.

³¹ Libertad como ausencia de coacción externa (*Freiheit als Abwesenheit von Zwang*) y regida por el orden espontáneo (*spontane Ordnung*) según VON HAYEK, F. A., *Die Verfassung der Freiheit*, 4ª ed., Tübingen, 2005, págs. 13, 206, *passim*.

³² Cfr. BERLIN, *cit.*, 1971, pág. 127, en referencia al pensamiento liberal describió que la única función de la ley era prevenir los conflictos entre libertades individuales, limitándose el Estado a ejercer funciones como de un guardia nocturno o de un policía de tráfico (en palabras de LASALLE).

dual sin control ni límites, sino a la vez, fomentando las condiciones materiales de ejercicio de la libertad de un modo más equitativo³³. Finalmente, en el modelo socio-neoliberal, la libertad civil de la persona se encuentra reducida a favor de la igualdad de ejercicio del resto de libertades civiles en pos de la seguridad de todos. En este modelo la seguridad parece que ya no se concibe sólo en términos internos y locales, sino como un asunto externo y global en donde todos los Estados del mundo se encuentran comprometidos a protegerla³⁴.

En virtud de esta generalización es posible apreciar cómo cada uno de estos diferentes modelos filosófico-políticos de Estado se caracteriza por el reconocimiento de determinados tipos de derechos, que de ningún modo se excluyen, sino que van añadiéndose los nuevos a los existentes³⁵. En un primer momento, durante el Estado liberal se reconocieron los derechos individuales, civiles y políticos de la persona. Luego, en una segunda etapa, durante el período del Estado social se reconocieron los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos de diversos colectivos (mujeres, consumidores, minusválidos, etc.). En tercer y último lugar, en la fase del Estado socio-neoliberal pasaron a reconocerse los derechos universales de la paz, justicia y seguridad mundial y los derechos de la Humanidad y los pueblos originarios.

Asimismo, cada uno de estos momentos históricos se plasmó en diferentes estructuras positivas. El movimiento del liberalismo clásico se concretizó en plataformas normativo-declarativas, como la Declaración de Derechos de Virginia en los Estados Unidos de América (1776) y la Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano de la Revolución francesa (1789); el socio-liberalismo se plasmó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y en toda la corriente constitucional social de los Estados americanos y europeos³⁶; y, el socio-neoliberalismo se canalizó -y canaliza- en el movimiento del neoconstitucionalismo y en los acuerdos y tratados internacionales entre los Estados de Derecho asociados.

Los tres modelos de Estado presentan tres diferentes formas de autogestión y heterogestión respecto del sector privado. Así, el Estado liberal se caracterizó por las corporaciones (burguesas), mientras que el Estado socio-liberal dio espacio al neo-corporativismo industrial y el actual Estado socio-neoliberal a la gobernanza

³³ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 6, 1998, págs. 15-34.

³⁴ Dentro de este debate es necesario distinguir entre la “sociedad de la seguridad” y la “sociedad securizante”, siendo esta última una versión degenerada de la genuina ideología, que en el marco de este trabajo no se puede analizar.

³⁵ Los llamados derechos generacionales. Los de primera generación son los del modelo liberal, los de segunda generación son los del Estado social y los de tercera (y cuarta generación) son los del modelo actual. Sobre este tema PÉREZ LUÑO, A. E., “Las generaciones de Derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 10, 1991, págs. 203-217, pág. 205.

³⁶ Por ejemplo en América la Constitución de México de 1917 y en Europa la Constitución de la República de Weimar de 1919.

(*governance*)³⁷ o post-neo-corporativismo. *Grosso modo*, todos los tipos de corporativismo poseen una estructura de gobierno. Las etiquetas serían lo de menos si no fuera por lo que comportan en contenido. En la estructura corporativista burguesa se daba una estructura jerárquica de gobierno individual (familiar), que gobernaba no solo *ad intra* sino también *ad extra* de la corporación, porque el modelo de Estado liberal mínimo no intervenía en la dirección de la economía ni el Mercado (ley de la oferta y la demanda). En la estructura neo-corporativista se presentaba una tipología jerárquica de gobierno colegiado limitada en gran medida por la intervención del Estado. La jerarquía de la corporación gobernaba hacia dentro, pero no hacia afuera en donde lo hacía el Estado socioliberal. Finalmente, la estructura de la *governance* se erige como un modelo de hetero-jerarquía de gobierno colegiado que gobierna *ad intra* y *ad extra*, pero, en este último caso, bajo la dirección del Estado³⁸ (el poder se descentraliza y se co-gestiona).

3.1. *Del Estado socioliberal al Estado socio-neoliberal*

No resulta sencillo afirmar sin más qué tipo de modelo filosófico-político se esconde detrás del Estado actual de la compleja y global sociedad del riesgo regulado. No obstante, como se ha mencionado anteriormente, en la literatura actual se ha alcanzado bastante consenso en entenderlo como un Estado de base democrática y de una híbrida naturaleza socio-neoliberal.

Como democracias -algunas más en crisis que otras-, los Estados actuales asumen un modelo de procedimentalización de la soberanía popular (*Prozeduralisierung der Volkssouveränität*)³⁹, que supone en muy resumidas palabras someter el control de los derroteros de la política y el gobierno al poder de los ciudadanos organizados como sociedad civil. En este sentido, es la sociedad la que especifica sus necesidades y canaliza sus demandas en forma de opinión pública y reclamos sectoriales, determinando el alcance y contenido de lo que exige como espacios de libertad, facultades y derechos. Una sociedad más participativa y proactiva, que a la vez que demanda el reconocimiento de sus derechos, exige el cumplimiento de las

³⁷ Cfr. KJAER, *cit.*, 2014, págs. 131-132. Para este autor, el paso del corporativismo al neo-corporativismo y de éste a la gobernanza se corresponde con la evolución de los tres tipos de Estado y de sus tres modos de juridificación. En primer lugar, el Estado de Derecho dio lugar al corporativismo; luego, en segundo término, el Estado democrático intervencionista gestó el neo-corporativismo; y, finalmente, el actual Estado llamado de la “procedimentalización legal” (*legal proceduralisation*) permitió la *governance*.

³⁸ La hetero-jerarquía supone una estructura jerárquica de gobierno autónomo, pero interrelacionado e interdependiente en alguna medida a otra jerarquía externa dentro de un sistema. Se dan, como mínimo, dos centros de poder: corporación y Estado.

³⁹ Cfr. HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4ª ed., Frankfurt, 1994, págs. 362 y ss., quien sostiene que las democracias deliberativas se constituyen desde la procedimentalización de la soberanía del pueblo y desde la reconexión del sistema político a las redes periféricas de las políticas públicas (“die Prozeduralisierung der Volkssouveränität und die Rückbindung des politischen Systems an die peripheren Netzwerke der politischen Öffentlichkeit”).

obligaciones de la contraparte, a lo que anteriormente se ha denominado la sociedad auditora.

Durante la vigencia casi absoluta del modelo social de Estado, la masiva expansión del sector público y la sobrecarga de demanda (*demand overload*) en asistencia, provisión, y redistribución, condujo muy rápidamente a una saturación de las capacidades y recursos del Estado. Paralelamente, el despuntamiento de tendencias cada vez más neoliberales en el Mercado empujaron al Estado social hacia una reorganización asumiendo nuevas técnicas de gestión pública (provenientes del movimiento de la *new public management techniques*)⁴⁰. Entre los cambios más evidentes se encontraron la desregulación económica y semi-privatización de los servicios públicos, el descentramiento del poder público en delegaciones hacia el sector privado, produciéndose una hibridización entre las esferas públicas y privadas (*hybridisation between public and private spheres*) y un giro notable hacia la gobernanza privada (*turn to governance*) a través de la figura de la autorregulación regulada⁴¹.

3.1.1. *Principales características del Estado socio-neoliberal*

Entre sus principales características se encuentran las siguientes:

(a) La *desestatalidad* de las fuentes del Derecho como un fenómeno de descentralización normativa⁴²: la crisis de la estatalidad de las fuentes del Derecho se manifiesta en dos direcciones. A nivel supraestatal e infraestatal. A nivel supraestatal se presenta una intensa integración de sistemas jurídicos entre sí, por encima del ámbito soberano de cada Estado participante⁴³, a la vez que se presenta el complejo fenómeno de la Gobernanza u Orden global⁴⁴. Y, a nivel infraestatal, por la presencia cada vez más notoria del Derecho producido por entes autonómicos o regionales del mismo Estado⁴⁵. Asimismo, tanto en la dirección supraestatal como en la infraestatal se presenta la técnica normativa más característica de la sociedad global: la *lex mercatoria* (o *leges oeconomicae*) y la *corporate governance-standards* de las empresas multinacionales del sector privado, que son las

⁴⁰ Cfr. KJAER, P., "From the crisis of corporatism to the crisis of governance", en KJAER/OLSEN (eds.), *Critical theories of crises in Europe: from Weimar to the Euro*, London, 2016, págs. 125-139, págs. 138 y ss.

⁴¹ Cfr. KJAER, *cit.*, 2016, págs. 137 y ss.

⁴² Véase, MARCILLA CÓRDOBA, G., "Desregulación, Estado social y proceso de globalización", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2005, págs. 239-263, págs. 240 y ss., 242 y ss.

⁴³ Véase, MARCILLA CÓRDOBA, *cit.*, 2005, págs. 240 y ss., 242 y ss.

⁴⁴ Dada la inexistencia de un Estado o gobierno mundial, existe por el momento un proyecto político global, común entre numerosos Estados soberanos del mundo y agentes privados al que se le denomina Gobernanza u Orden global (*global Order or Governance*), Gobernanza multinivel (*multi-level Governance*) o Gobernanza transnacional (*transnational Governance*). Sobre este tema FINKELSTEIN, L., "What is global governance?", *Global Governance*, v. 1, nº 3, 1995, págs. 367-372; ROSENAU, J., "Governance in the Twenty-first Century", *Global Governance*, v. 1, nº 1, 1995, págs. 13-43.

⁴⁵ Véase, MARCILLA CÓRDOBA, *cit.*, 2005, págs. 240 y ss., 242 y ss.

propulsoras directas de la desregulación económica del sistema capitalista⁴⁶. No obstante, también se presentan otros campos de autorregulación transnacional, como la *lex constructionis*, la *lex sportiva*, la *lex tecnica*, la *lex culturalis* y la *lex digitalis*⁴⁷. Todo este fenómeno se plasma en un renaciente pluralismo jurídico (*Rechtspluralismus*) en oposición al tradicional centralismo jurídico (*Rechtszentralismus*)⁴⁸, dando lugar a una marcada distinción entre lo que podría denominarse un Estado normativo y un Estado regulatorio. Mientras que el Estado normativo fue el Estado de Derecho en sus orígenes, donde la ley tenía un exclusivo origen estatal y se caracterizaba por establecer una regulación clara y previsible, general y abstracta para todos los ciudadanos, así como única y uniforme en todo el territorio de un Estado⁴⁹, el Estado regulatorio comienza a surgir con la crisis del Estado social. Este tipo de Estado se distingue del Estado normativo porque las características de la ley estatal de este último (unidad, uniformidad y exclusividad) ya no se encuentran puramente en la actualidad. La producción normativa se halla compartida entre el Estado, el sector privado y otros organismos internacionales⁵⁰.

(b) La *proceduralización* (= *procedimentalización*) en el Derecho y las formas de relación del Estado con la sociedad: la *proceduralización* del Derecho se define desde la descentralización en la toma y ejecución de decisiones jurídicas. Directa relación tiene esta característica con la mencionada anteriormente. El Estado procedimental ya no conserva el monopolio de producción normativa, sino que ahora lo comparte con otras instancias no estatales. La producción normativa se informaliza a través de la autonormación por parte del sector privado, que en la dinámica del mismo proceso de normación va influyendo en las políticas públicas oficiales⁵¹.

(c) Un Derecho *reflexivo*: la descentralización normativa en sujetos privados y públicos de otro nivel comporta, al mismo tiempo, la asunción de un Derecho reflexivo, esto es, de un Derecho orientado a habilitar a los ciudadanos y gobiernos intermedios a que puedan regularse a sí mismos. Sus asuntos deben ser de su competencia. Esto es lo que se conoce como la conducción social a través de un Derecho reflexivo (*Gesellschaftssteuerung durch reflexives Recht*)⁵², en donde el control externo del Estado se realiza a través del autocontrol del subsistema

⁴⁶ Véase, KADELBACH, S./GÜNTHER, K., "Recht ohne Staat?", en KADELBACH/GÜNTHER (eds.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt, 2011, págs. 9-48, pág. 10. En nuestro entorno, MARCILLA CÓRDOBA, *cit.*, 2005, págs. 241, 242-243.

⁴⁷ Sobre el tema, KADELBACH/GÜNTHER, *cit.*, 2011, págs. 19 y ss.

⁴⁸ Sobre el tema, KADELBACH/GÜNTHER, *cit.*, 2011, págs. 10 y ss.

⁴⁹ Cfr. MARCILLA CÓRDOBA, *cit.*, 2005, pág. 242.

⁵⁰ Cfr. MARCILLA CÓRDOBA, *cit.*, 2005, págs. 242-243 y s.

⁵¹ Sobre la *proceduralización* del Derecho, desde la teoría de sistemas de LUHMANN, véase TEUBNER, G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1989, págs. 83 y ss., 124, *passim*.

⁵² Cfr. TEUBNER, *cit.*, 1989, págs. 81 y ss.

social⁵³. El Derecho reflexivo se distinguiría, en consecuencia, del tipo de Derecho formal (Estado liberal) y del Derecho material (Estado socioliberal), cuyas principales características se detallan en el siguiente esquema⁵⁴:

Tabla 1. Tipos y dimensiones de la racionalidad del derecho

1 – Tipo formal		
<i>Dimensión</i>		
Racionalidad interna	Racionalidad normativa	Racionalidad sistémica
Orientación a las reglas	Proscriptivo	Requisitos legales para la asignación de recursos en el Mercado
Programas condicionales	Delimita las esferas de autonomía de los actores privados	
Definición precisa de las características fácticas y las consecuencias legales		
Sistema dogmático		
2 – Tipo material		
<i>Dimensión</i>		
Racionalidad interna	Racionalidad normativa	Racionalidad sistémica
Orientación a la finalidad	Prescriptivo	Instrumentos legales de la intervención política del Estado del Bienestar
Programas de propósitos	Regula los procesos sociales directamente y orientado a los resultados	Corrección de los déficits del Mercado
Estándares vagos y cláusulas generales		Medidas sociales compensatorias
Racionamiento abierto (tópico)		
3 – Tipo reflexivo		
<i>Dimensión</i>		
Racionalidad interna	Racionalidad normativa	Racionalidad sistémica
Orientación al proceso	Facilitativo	Función integradora
Estandarización reflexiva	Regula de forma indirecta y abstracta la autorregulación social	Premisas procedimentales y organizativas para los procesos de reflexión dentro del subsistema social
Estándares organizativos y procedimentales		
Lógica de sistemas autorreguladores		

(d) La desregulación económica: el retroceso del Estado en la gestión de la economía ha derivado en un cada vez más creciente protagonismo político y normativo del sector privado⁵⁵. Como se ha manifestado, el desbordamiento del Estado prestacional condujo inevitablemente a que el sector privado fuera ganando terreno en la reglamentación de muchas actividades y prestación de servicios al ciudadano⁵⁶. Dicha desregulación de la economía se produjo de modo controlado e indirecto a través de la autorregulación regulada. El control público sobre el sector privado se reconfiguró sin que ello significara una desaparición o reducción del Estado⁵⁷.

⁵³ Cfr. TEUBNER, *cit.*, 1989, págs. 81-82: *Fremdsteuerung durch Selbststeuerung*.

⁵⁴ Cfr. TEUBNER, G., “Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive”, en MAIHOFFER (ed.), *Noi si mura. Selected working papers of the European University Institute*, Firenze, 1986, págs. 290-340, el cuadro pertenece a la pág. 305.

⁵⁵ Cfr. KADELBACH/GÜNTHER, *cit.*, 2011, pág. 24.

⁵⁶ Véase, MARCILLA CÓRDOBA, *cit.*, 2005, págs. 241 y ss., 249.

⁵⁷ MARCILLA CÓRDOBA, *cit.*, 2005, págs. 246-247, describe cómo algunos autores entienden que la desre-

(e) La autorregulación regulada (*regulated self-regulation*), autorregulación forzosa (*enforced self-regulation*⁵⁸) o gobernanza (*governance*⁵⁹) se define como una especie de cooperación sustantiva y adjetiva entre el Estado y los agentes individuales y corporativos privados en la gestión de determinados intereses, algunos de ellos comunitarios⁶⁰. En cuanto a su naturaleza jurídica, la autorregulación no es más que una de las tantas formas de concreción del ejercicio de la libertad a partir del surgimiento del Estado de Derecho. El concepto en sí encierra la esencia filosófica de la autolegislación como corolario del principio de autonomía kantiana de corte liberal. En este punto, autorregulación es antónimo de heterorregulación. Todos los modelos filosófico-políticos ensayados desde entonces, como el liberal, el socioliberal y el socio-neoliberal actual, se sustentan sobre la base del concepto de la autorregulación. En lo que se diferencian es en el modo en cómo se ejecutan en la práctica según las circunstancias sociales y económicas del momento. Mientras que en el Estado liberal clásico se presentó la autorregulación autónoma (Estado velador), en el socioliberal se hizo presente la autorregulación heterónoma con más ahínco en la heteronomía de la autorregulación (Estado intervencionista). En el Estado socio-neoliberal, la autorregulación regulada intensifica más su costado autorregulatorio (Estado garante)⁶¹.

El estilo contemporáneo de la autorregulación regulada no solo se inspira en la normativa estatal que le da origen, sino también, de modo simultáneo, en la *lex mercatoria* y la *lex artis* del sector, que exige para su eficiente funcionamiento de la aplicación de conocimientos científicos, técnicos y éticos, así como de una serie de recursos y estructuras de los que suele carecer el Estado⁶². El núcleo duro de la regulación estatal en el sector privado sigue siendo aquella parcela del Derecho indelegable y a través de la cual se sujeta la delegación de potestades regulatorias⁶³, como la Ley Fundamental, algunas leyes sustantivas y la normativa internacional a la que el Estado se encuentra vinculado.

gulación se vincula directamente al proyecto neoliberal mientras que otros, por el contrario, se muestran partidarios de concebirla como una nueva forma de gestionar con mayor eficacia y eficiencia el Estado socioliberal (pp. 247 y 249).

⁵⁸ Cfr. BRAITHWAITE, J., “Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control”, *Michigan Law Review*, v. 80, nº 7, 1982, págs. 1466–1507.

⁵⁹ Cfr. KJAER, *cit.*, 2014, págs. 117-118: el concepto de *governance* se refiere a un tipo particular de instituciones intermediarias, que se caracterizan por la existencia de múltiples marcos en la coordinación de actividades públicas y privadas.

⁶⁰ Sobre la autorregulación regulada en nuestro sistema jurídico, ESTEVE PARDO, J., “La administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, nº 197, 2015, págs. 11-39, págs. 28 y ss.; MARCILLA CÓRDOBA, *cit.*, 2005, pág. 248.

⁶¹ A estos tres modelos BRAITHWAITE, *cit.*, 1982, págs. 1503-1504 los clasifica respectivamente en: autorregulación voluntaria (*voluntary self-regulation*), regulación gubernamental directa (*direct governmental regulation*) y autorregulación forzosa (*enforced self-regulation*).

⁶² Cfr. MARCILLA CÓRDOBA, *cit.*, 2005, págs. 247-248, nota al pie 15 (citando a DARNACULLETA).

⁶³ Cfr. KADELBACH/GÜNTHER, *cit.*, 2011, págs. 24 y ss., 26.

(f) Estado regulatorio-garante: debido al estilo de gobernanza mixta el Estado socio-neoliberal se presenta como un Estado de la regulación, más ágil y eficaz que el Estado prestacional, fluyendo con la cooperación del sector privado en la gestión de algunos asuntos comunitarios y delegando o canalizando algunas de sus funciones y cometidos en las corporaciones y empresas⁶⁴. Una vez más, este tipo de Estado no comporta una filosofía distinta de la base constitucional socioliberal, sino una nueva forma de gestionar las prestaciones sociales para los ciudadanos⁶⁵ en una sociedad direccionada fuertemente por un Mercado neoliberal. En este sentido, no se habría modificado la esencia material del Estado social, sino la forma en cómo éste administra el cumplimiento de sus cometidos⁶⁶. Si bien se ha producido una especie de descentralización del poder de control del Estado, no obstante, éste como Estado garante mantiene el indelegable poder-deber de vigilancia sobre la ejecución de los asuntos sociales en manos privadas, toda vez que en él reside la original responsabilidad por el bien colectivo.

El tinte mixto en la gobernanza del riesgo se declara formal e informal⁶⁷, pública y privada, en donde la nueva dinámica de la gobernanza del riesgo ha conducido a lo que algunos autores denominan el fenómeno de la colonización del riesgo (*risk colonization*)⁶⁸ y del buen gobierno (*good governance*)⁶⁹.

(g) La sociedad auditora: los defectos y fallas en el sistema de gobierno siempre han sido parte de la gobernabilidad, pero, a diferencia de la gobernanza actual, las fallas dentro de las estructuras de la gobernanza tradicional a menudo han pasado desapercibidas⁷⁰. Por el contrario, en la gobernanza contemporánea del sector público y privado esta dinámica está cambiando y ambos se encuentran sometidos a un escrutinio social constante nunca antes visto⁷¹. Justamente, este creciente énfasis en el monitoreo y rendición de cuentas a escala social ha rutinizado la gestión de las políticas de gestión de riesgos institucionales, en donde, por un lado, los potenciales defectos del sistema deben ser anticipados y controlados y, por otro lado, los defectos reales, dado el caso, deben ser neutralizados⁷². Para resolver esta tensión

⁶⁴ Cfr. ESTEVE PARDO, J., “La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria”, *Revista de Administración Pública*, nº 189, 2012, págs. 11-40, págs. 14-15.

⁶⁵ A modo de conclusión señala ESTEVE PARDO, *cit.*, 2015, pág. 39: “El Estado garante es así el resultado de un movimiento estratégico por el que éste se repliega a una posición en la que su principal responsabilidad no es la de prestación, sino la responsabilidad de garantía de esas prestaciones por un sector privado que se ha fortalecido y racionalizado en los últimos tiempos”.

⁶⁶ Cfr. sobre el Estado garante, ESTEVE PARDO, *cit.*, 2012, págs. 18 y ss. Acerca del Estado garante como algo instrumental para hacer posible el Estado social (y no como nuevo modelo constitucional de Estado), ESTEVE PARDO, *cit.*, 2015, págs. 14 y ss.

⁶⁷ Cfr. ROTHSTEIN, *cit.*, 2006, pág. 219. En nuestro sistema jurídico, ESTEVE PARDO, *cit.*, 2015, págs. 28 y ss.

⁶⁸ Cfr. ROTHSTEIN, *cit.*, 2006, pág. 215.

⁶⁹ Cfr. ROTHSTEIN, *cit.*, 2006, págs. 217 y s.

⁷⁰ Cfr. ROTHSTEIN, *cit.*, 2006, pág. 215.

⁷¹ Cfr. ROTHSTEIN, *cit.*, 2006, pág. 215.

⁷² Cfr. ROTHSTEIN, *cit.*, 2006, pág. 215. Sobre la transparencia y la rendición de cuentas en el nuevo Estado regulatorio y garante, ESTEVE PARDO, *cit.*, 2015, págs. 31 y ss.

entre lo que ha de ser previsto y lo que ha de ser neutralizado, que se relaciona con lo que se ha dicho sobre la paradoja de la seguridad, el concepto de riesgo se utiliza tanto para describir el objeto de gobernanza (riesgo) como para referirse a los riesgos derivados de la gobernanza (riesgo institucional)⁷³. Este uso bidireccional del riesgo forma parte de las estrategias oficiales, que prefieren asumir la política de gestión del riesgo desde un enfoque real, no simbólico. En este sentido, enmarcar las decisiones públicas y privadas en términos de riesgos resulta un claro intento por legitimar *ex ante* los eventuales fallos en el proceso de la toma de decisiones sobre el riesgo⁷⁴. Al transformar la toma de decisiones en evaluaciones probabilísticas de éxito o de fracaso, el concepto de riesgo termina resolviendo el dilema. Cuando se anticipa explícitamente un posible fracaso en la decisión definitivamente asumida y ejecutada⁷⁵ se genera, efectivamente, una mayor transparencia desde el inicio.

3.2. *De las instituciones tradicionales a las corporaciones contemporáneas*

El paso de las instituciones⁷⁶ tradicionales a las corporaciones económicas y privadas hace especial referencia a un desplazamiento del código valorativo de la sociedad liberal a la sociedad socioliberal y socio-neoliberal. Mientras que la sociedad burguesa se caracterizó por la homogeneidad ética de los valores cuya hegemonía residía en las instituciones tradicionales como la familia, Iglesia o vecindad, en la sociedad socioliberal y en la actual el protagonismo otorgado a las minorías y agrupaciones sociales nuevas descentralizó el código ético en diversas direcciones⁷⁷. La práctica de la igualdad material en un mundo global potencializó el aceleramiento del proceso atomizador de la estructura cerrada de las premisas valorativas del paradigma clásico. Este paso de las instituciones a las organizaciones del presente comportaría un reemplazo de la moral como mecanismo social de orientación de conductas hacia fines (valores) por la utilidad y bienestar como mecanismo de control direccionado a resultados. La *consecuencialización* de la conducta social sería, entonces, producto de la difuminación de poder de las instituciones tradicionales frente al adelantamiento ideológico de las grandes corporaciones del Mercado.

⁷³ Cfr. ROTHSTEIN, *cit.*, 2006, pág. 217, en referencia al argumento de LUHMANN.

⁷⁴ Cfr. ROTHSTEIN, *cit.*, 2006, pág. 217.

⁷⁵ Cfr. ROTHSTEIN, *cit.*, 2006, pág. 217.

⁷⁶ El concepto de institución empleado en este epígrafe no se corresponde con el de las instituciones intermedias anteriormente mencionado en el discurso de KJAER.

⁷⁷ En el discurso político-criminal SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2011, pág. 66, destaca que los gestores tradicionales de la moral fueron los estamentos burgueses-conservadores, que hoy han sido reemplazados por las asociaciones ecologistas, feministas, de consumidores, y en general por tipo de organización no gubernamental, que protestan contra la vulneración de derechos humanos por todas partes del planeta.

Uno de los principales efectos de esta descentralización del código ético se definió como la inseguridad de la orientación (*Unsicherheit der Orientierung*) en el ciudadano, en donde el proceso de desintegración de la sociedad se produce a través de la disolución del viejo orden⁷⁸. Podría entenderse que el paso de las instituciones a las organizaciones⁷⁹ se refiere al mismo tiempo al paso de la comunidad a la sociedad⁸⁰. Mientras que en las primeras se compartían y practicaban las mismas premisas valorativas, en las segundas simplemente se asegura su existencia, pero no su comunión y cohesión, dada, entre otras razones, la pluralidad de origen y culturas de los participantes sociales. Otro de los efectos de esta descentralización valorativa repercute en lo que le compete al individuo si quiere seguir participando de una vida social productiva y confortable, es decir, si no quiere sumirse en un pozo existencial de dudas e incertidumbre sobre su destino. Al ciudadano del presente le incumbe cada vez más no sólo la autogestión razonable de su libertad personal sino también, y con mayor intensidad, la gestión de sus pautas valorativas e intelectuales para no fracasar como individuo. Ante la ausencia o carencia de referentes axiológicos claros (como los de las instituciones tradicionales que generaban expectativas de conducta y seguridad en su observancia), el individuo actual ha de auto-orientarse consciente y adecuadamente en la búsqueda de un código ético que no solo le permita convivir en sociedad sino también consigo mismo.

4. Un cambio jurídico-penal de paradigmas como etapas del progreso político-criminal

Tanto el tipo de sociedad como la línea política del Estado que la caracteriza dan paso a una diferente configuración de los lineamientos político-criminales del Derecho penal. Singularmente, la evolución de los tres conocidos modelos de Estado, el liberal-formal, el socioliberal-material y el socio-neoliberal-procedural son la génesis de la evolución de los tres modelos de Derecho penal⁸¹.

⁷⁸ Cfr. KAUFMANN, *cit.*, 1970, pág. 23: “Desintegrationsprozesse der Gesellschaft” als “Auflösung alter Ordnungen” (procesos de desintegración de la sociedad como disolución del viejo orden).

⁷⁹ Cfr. KAUFMANN, *cit.*, 1970, pág. 23, en referencia a GEHLENS: “Abbau” oder “Ersatz der Institutionen durch Organisationen” (desmontaje o reemplazo de las instituciones por organizaciones).

⁸⁰ Cfr. KAUFMANN, *cit.*, 1970, pág. 23: Übergang vom “gemeinschaftlichen” zum “gesellschaftlichen” Zusammenleben (transición de la convivencia comunitaria a la social).

⁸¹ Con otra nomenclatura, pero de similar contenido, EICKER, A., *Die Prozeduralisierung des Strafrechts. Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmenwechsels*, Bern, 2010, págs. 10 y ss. Este autor divide en tres tipos de Estado y de Derecho penal: en el Siglo 19 el Derecho formal del ciudadano/del burgués (*bürgerliche Formalrecht*); en el siglo 20 el Derecho material del Estado social en la sociedad industrial (*materiale Recht des Sozialstaats in der Industriegesellschaft*); y actualmente nos encontramos en una fase de ruptura (*Umbruchphase*) bajo la influencia de la sociedad del riesgo. También FRANCUSKI, R., *Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, págs. 50 y ss., se refiere a los tres modelos de Estado y de Derecho penal. En primer lugar, el Estado burgués-liberal de la seguridad de la paz y la libertad, o Estado

Grosso modo, el Derecho penal liberal-formal se encontró limitado a la protección de bienes jurídicos personales⁸², en general a través de la dupla valorativa complementaria de la libertad y seguridad. En este modelo se priorizó la protección de la libertad por sobre la seguridad porque en el contexto de aquella época la libertad no se encontró sometida a extraordinarias amenazas, que no pudieran ser neutralizadas por los mecanismos tradicionales del Derecho penal⁸³. Por eso se lo llamó también el Derecho penal de la libertad, y no solo Derecho penal liberal. Luego, durante el surgimiento de la sociedad industrializada, el Derecho penal socioliberal-material se ocupó de dar respuesta a los nuevos riesgos surgidos de la técnica y la modernidad, pasándose a tutelar también intereses de índole social a través de la regulación del riesgo. Se comienza a cambiar en este momento la prioridad entre libertad y seguridad, alcanzándose una relativa inversión⁸⁴.

Por último, en la fase actual de la sociedad contemporánea, el Derecho penal socio-neoliberal-procedimental o regulatorio se caracteriza por el aseguramiento de intereses de índole global y universal⁸⁵. Dada la compleja y cada vez más excesiva existencia de riesgos, en el presente la normativa penal tiende a invertir la prioridad de tutela, consignándose el valor seguridad por sobre la libertad⁸⁶. Sin embargo, dicha inversión no se realiza de un modo del todo excluyente. Por el contrario, la (re)regulación de la libertad individual y social a través de la regulación del riesgo se entiende como el medio más idóneo para garantizar la seguridad. Esta sobredosis de regulación del Derecho penal socio-neoliberal conduce a la hipertrofia de los mecanismos de control y ejecución del riesgo institucionalizado y de los riesgos institucionales⁸⁷. En este modelo de Derecho penal, como cambio de paradigma (*Paradigmenwechsel*), aunque se suavizan los mecanismos de control a través del despliegue de procesos de toma de decisiones consensuados, cooperativos, comunicativos, participativos y públicos⁸⁸, no obstante, se asfixian los mecanismos *de control del control*, es decir, el monitoreo y la vigilancia.

vigilante nocturno (*Nachwächterstaat*); luego, el Estado social intervencionista de la industrialización y materialización del Derecho; y, finalmente, el paradigma de la prevención en la inseguridad del presente.

⁸² Que se identifica a sí mismo desde el principio de legalidad, el Derecho penal del hecho y la protección de los bienes jurídicos. Cfr. SALIGER, F., “Prozeduralisierung im (Straf-)Recht”, en HASSEMER/NEUMANN/SALIGER (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9ª ed., Heidelberg, 2016, págs. 434-452, pág. 439.

⁸³ Cfr. EICKER, *cit.*, 2010, pág. 25 en relación con págs. 12 y ss.

⁸⁴ Cfr. EICKER, *cit.*, 2010, págs. 25-26 en relación con págs. 19 y ss.

⁸⁵ Bienes jurídicos universales como el medio ambiente, la economía y la salud pública. Cfr. SALIGER, *cit.*, 2016, pág. 439.

⁸⁶ Cfr. EICKER, *cit.*, 2010, págs. 26, 35 y ss.

⁸⁷ Se refiere a los problemas de dirección y ejecución (*Steuerung- und Vollzugsprobleme*) SALIGER, *cit.*, 2016, pág. 439.

⁸⁸ Cfr. EICKER, *cit.*, 2010, pág. 79, que añade que se trata de mecanismos de control indirectos y no-directos como la tradicional dupla liberal del mandato-prohibición. También SALIGER, *cit.*, 2016, pág. 439.

4.1. *De la materialización a la proceduralización en el Derecho penal*

En la locución penal de la sociedad industrializada (y la postindustrial) se acuñaron las expresiones Derecho penal del riesgo (*Risikostrafrecht*)⁸⁹ y Derecho penal de la sociedad del riesgo (*Strafrecht der Risikogesellschaft*)⁹⁰, por cuanto lo característico de la focalización político-criminal se encontró en el riesgo, peligro o amenaza para los bienes jurídicos que comenzaron a tutelarse. Dado el elevado grado de abstracción de estos nuevos intereses y de víctimas indeterminadas, los bienes supraindividuales precisaron de una tutela penal anticipada a la lesión material. Por su parte, en la terminología penal de la sociedad actual aunque también se emplean las anteriores expresiones de la sociedad del riesgo, éstas se combinan con muchas otras fórmulas más que definen el versátil Derecho penal actual: Derecho penal del riesgo regulado, Derecho penal de la sociedad del riesgo regulado, Derecho penal regulatorio (*regulatorisches Strafrecht*)⁹¹, Derecho penal como regulación, (*criminal law as regulation*)⁹², Derecho penal de reglas privadas⁹³, proceduralización o procedimentalización *del y en el* Derecho penal (*Prozeduralisierung des Strafrechts*)⁹⁴, *Prozeduralisierung im Strafrecht*)⁹⁵, Derecho penal proceduralizado (*Prozedurales Strafrecht*)⁹⁶, Derecho penal de la seguridad (*sicherheitsorientiertes Strafrecht*)⁹⁷, Derecho penal orientado a la seguridad (*sicherheitsorientiertes Strafrecht*)⁹⁸, etc.⁹⁹.

En sus inicios, en la *era* del Derecho penal del riesgo, éste se identificó antes por sus razones materiales de autolegitimación, que por sus razones formales de configuración. Tanto en el ámbito dogmático como en el político-criminal, este tipo de Derecho penal generó debates muy encontrados más en relación con sus fundamen-

⁸⁹ Sobre el origen del concepto y su repercusión en el Derecho penal, véase PRITTWITZ, C., *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1993, págs. 30 y ss., *passim*; también al respecto SEELMANN, K., “Risikostrafrecht: Die ‘Risikogesellschaft’ und ihre ‘symbolische Gesetzgebung’ im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, v. 75, n° 4, 1992, págs. 452-471.

⁹⁰ Véase PRITTWITZ, *cit.*, 1993, págs. 35 y ss., *passim*; también al respecto HILGENDORF, E., “Gibt es ein ‘Strafrecht der Risikogesellschaft?’ Ein Überblick”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, n° 1, 1993, págs. 10-16.

⁹¹ Cfr. KÖLBEL, R., “Zu Herausforderungen für das regulatorische Strafrecht”, en TIEDEMANN/SIEBER/SATZGER/BURCHARD/BRODOWSKI (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden, 2016, págs. 379-399.

⁹² Cfr. BARKOW, R. E., “Criminal law as regulation”, *New York University, Journal of Law & Liberty*, v. 8, 2014, págs. 315-341.

⁹³ Sobre el sistema de reglas privadas (*private Regelwerke*), MANSDÖRFER, M., *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrecht. Zugleich eine Untersuchung zu funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomische Handeln*, Heidelberg, 2011, págs. 96 y ss.

⁹⁴ Cfr. EICKER, *cit.*, 2010; SALIGER, *cit.*, 2016, págs. 434 y ss.

⁹⁵ Cfr. SALIGER, *cit.*, 2016, págs. 434 y ss.; en el Derecho penal económico, FRANCUSKI, *cit.*, 2014.

⁹⁶ Cfr. SALIGER, *cit.*, 2016, pág. 439.

⁹⁷ Cfr. SALIGER, *cit.*, 2016, pág. 439.

⁹⁸ Cfr. EICKER, *cit.*, 2010, págs. 35 y ss.

⁹⁹ Entre otras expresiones, el Derecho penal como potencial regulador de la criminalidad económica, en THEILE, H., *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren. Systemtheoretische Überlegungen zum Regulierungspotential des Strafrechts*, Tübingen, 2009.

tos, que con las formas en cómo se debía administrar la distribución de riesgos y responsabilidades. Desde lo dogmático se planteó la estructura y alcance de los bienes jurídicos colectivos, mientras desde la política criminal se debatía acerca de la idoneidad penal para tutelar tales intereses supraindividuales. Así, también, objeto de atención dogmática fueron los extremos de las estructuras de la imputación, como las categorías de peligro y de lesión, y los grados o clases de los elementos subjetivos, entretanto en lo político-criminal se discutía sobre la legitimidad o no de la anticipación punitiva a estadios previos a la afectación del bien jurídico-penal, la regulación simbólica y real del Derecho penal, la afirmada o negada expansión del Derecho penal, entre otras materias.

Evidentemente, también el Derecho penal procedural presenta problemas de autolegitimación, pero ahora en cuanto a su dimensión formal. Por ejemplo, no se desconocen los inconvenientes que al principio de legalidad (*lex scripta*) le genera la existencia de normas penales en blanco o las dificultades que se presentan en la delimitación de las posiciones de garante dentro de la empresa (v.gr., en cuanto a las fuentes de sus deberes)¹⁰⁰. Por eso, el Derecho penal regulatorio se encuentra concentrado en su dimensión formal y de configuración positiva, lo que responde más a razones de eficacia del sistema que a razones de justicia¹⁰¹. La regulación del Derecho penal -desde el sentido de la teoría de sistemas luhmanniana- comportaría una reducción de la diferencia entre la expectativa por el Derecho en el cumplimiento de la ley y la especial expectativa puesta en otras partes del sistema social, como la economía¹⁰². Cuando ambos sistemas sociales (el Derecho y la economía, por ejemplo) pueden dirigirse en el mismo sentido en un área determinada, entonces, la regulación se lleva a cabo¹⁰³. Al Derecho penal regulatorio le correspondería, por eso mismo, desarrollar programas normativos idóneos en los cuales el sistema económico pueda orientarse a sí mismo autorregulándose¹⁰⁴ (*Selbstregulierung*¹⁰⁵). Programas idóneos significaría que el código que rige en la economía de ganancia/pérdida no podría ser suplantado por el código lícito/ilícito del Derecho penal, sino, por el contrario, que el Derecho penal debería diseñar programas de tal manera que para la economía sean previsibles y manejables los límites entre lo delictivo y lo permitido y de allí poder también proyectar su derrotero conforme a lo legal¹⁰⁶. Esta combinación entre el programa del Derecho penal y el subsistema

¹⁰⁰ Los problemas que plantea la accesoriedad del Derecho penal respecto de otras normativas extrapenales son innumerables, que aquí no se pueden reseñar. Sobre este tema, en un aspecto más general, MARCILLA CÓRDOBA, *cit.*, 2005, pág. 252-

¹⁰¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., “¿Derecho penal regulatorio?”, *InDret*, nº 2, 2015, págs. 3-4.

¹⁰² Cfr. EICKER, *cit.*, 2010, pág. 67.

¹⁰³ Cfr. EICKER, *cit.*, 2010, pág. 67. Desde otra perspectiva distinta a la teoría de sistemas luhmanniana, se refiere a la convergencia y aspiración conjunta que conllevarían los mecanismos de control autónomos de la economía y heterónomos del Derecho penal, MANSDÖRFER, *cit.*, 2011, págs. 94 y ss., *passim*.

¹⁰⁴ Cfr. EICKER, *cit.*, 2010, pág. 67.

¹⁰⁵ Cfr. EICKER, *cit.*, 2010, págs. 68, 85 y ss., 118 y ss.; FRANCUSKI, *cit.*, 2014, págs. 100 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. EICKER, *cit.*, 2010, págs. 67-68.

que se autorregula supone que el regular no es controlar en los términos tradicionales, lo que comporta la evolución hacia una “regulación sistémica en vez de un control causal” (*systemische ‘Regulierung’ statt kausaler ‘Steuerung’*)¹⁰⁷. Los requisitos sustantivos y materiales de la norma jurídico-penal, en consecuencia, serían los medios idóneos para el acoplamiento estructural (*strukturelle Kopplung*) entre los subsistemas (Derecho y economía), permitiendo que los actores económicos conozcan los límites de lo delictivo, sin garantizar, sin embargo, la directiva de comportamiento¹⁰⁸.

4.1.1. Principales características del Derecho penal procedural

Entre sus principales características se encuentran las siguientes:

(a) El objeto de tutela penal son los nuevos déficits de la regulación del riesgo: a diferencia del Derecho penal del riesgo, que se ocupó de legitimar la inclusión de los *nuevos riesgos* bajo la tutela penal, el Derecho penal actual se centra más bien en la inclusión de los *nuevos déficits de la regulación del riesgo* bajo la protección penal. En este sentido, para eximir o fundamentar la pena según sea, han adquirido relevancia penal algunos comportamientos sectoriales como: el incumplimiento del marco regulador, la ausencia de un programa de autorregulación o la presencia de uno inadecuado, la inobservancia de las disposiciones del propio programa de autorregulación y la negativa a la colaboración con las agencias regulatorias¹⁰⁹. Un sistema punitivo como el mencionado no solo presenta algunos nuevos desafíos en el campo de la tradicional responsabilidad individual por el hecho propio, sino también, y sobre todo, en relación con la responsabilidad individual por el “hecho” ajeno (posiciones de garante) y la responsabilidad jurídica de las empresas y corporaciones. Dentro de este nuevo desafío, a su vez, se identifican otras consideraciones en el ámbito de las organizaciones: los contornos difusos, acumulativos y por delegación de la responsabilidad jurídico-penal; la co-responsabilidad (social y sectorial, si es que cabe) como factor atenuante de la responsabilidad individual (supuestos de sesgos cognitivos grupales); entre otras fenomenologías aún no del todo conocidas y poco investigadas en esta materia.

(b) La institucionalización mixta del riesgo: el riesgo, como fenómeno, una vez procesado por la materia penal tiene que ser regulado no ya solo en cuanto a su creación y asunción, sino también en cuanto a su distribución y atribución. Las tradicionales estructuras del Estado han cambiado de estrategia de cara a combatir

¹⁰⁷ También en referencia a la teoría de sistemas luhmanniana, THEILE, *cit.*, 2009, págs. 69 y ss., 72 y ss. Por su parte, FRANCUSKI, *cit.*, 2014, págs. 100 y ss., siguiendo a THEILE se refiere al control a través de la autorregulación regulada (*Steuerung durch regulierte Selbstregulierung*).

¹⁰⁸ Cfr. FRANCUSKI, *cit.*, 2014, pág. 101: la tarea de los delitos es crear las base de la realidad para el acoplamiento estructural entre el Derecho penal y la economía.

¹⁰⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *cit.*, 2015, pág. 3; BRAITHWAITE, *cit.*, 1982, págs. 1503 y ss., *passim*.

la criminalidad proveniente de sectores autónomos, como la economía, la salud, la técnica, etc. Actualmente, varios sectores del proceso de administración del riesgo potencialmente delictivo se encuentran en mano de las corporaciones¹¹⁰. La regulación del comportamiento potencialmente delictivo se realiza a través de cánones y estándares de conducta del sector¹¹¹, desde los cuales se concreta el tipo penal. Asimismo, también los riesgos de una eventual política deficitaria en la materia facturan elevados costos sociales, que se prefieren evitar a través de la delegación de competencia oficial en agencias independientes para la gestión de algunas parcelas de la praxis penal¹¹².

De diversas formas, algunas parcelas del *ius praeventio* -y no del *ius puniendi*- se han privatizado e internacionalizado y sus fundamentos se han transformado¹¹³. En efecto, un Derecho penal procedural, que tiende a la prevención del surgimiento de la amenaza o riesgo, antes que a la represión de su existencia, podría también definirse como un *Derecho penal de la norma de conducta*, concebido desde la instancia estatal en conjunción con otras privadas, independientes y expertas, que son las que deciden en un considerable número de supuestos “sobre qué y cómo sancionar”¹¹⁴.

(c) Un fundamento cada vez más prevencionista: de esta nueva forma semiprivada de gestionar el delito y sus consecuencias jurídicas se desprenden dos de las principales características que está presentando el Derecho penal actual: por un lado, el fundamento del *ius puniendi* está cobrando cada vez más un matiz exclusivamente prevencionista (utilitarista) y de oportunidad dejando del lado el merecimiento y la proporcionalidad en la reacción penal¹¹⁵; y, por el otro, la pena de prisión está comenzando a sustituirse por otras medidas sancionatorias menos lesivas y más ágiles de ejecutar (acuerdos en la negociación de la consecuencia penal, incentivos en caso de denuncias, etc.).

(d) la auditoría social: la sociedad actual se presenta tanto como un subsistema que se autogestiona como un subsistema que audita el regular y legal funcionamiento de los otros subsistemas. Variopintos actores sociales, como agencias privadas, sindicatos, asociaciones y todo tipo de organizaciones no gubernamen-

¹¹⁰ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007, pág. 137.

¹¹¹ Cfr. NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de la empresa”, *Política Criminal*, nº 5, 2008, págs. 1-18, pág. 4.

¹¹² Por ejemplo, en los EE.UU. existen agencias regulatorias (*regulatory agencies*) independientes para la gestión de la política de determinación de las sanciones penales (como la *Sentencing Commission*). Cfr. BARKOW, R. E., “Administering crime”, *University of California Law Review*, nº 52, 2005, págs. 715-814, págs. 721 y ss.

¹¹³ Además, hay que considerar la integración supranacional existente entre los Estados, lo que da lugar a la repercusión del *soft law* proveniente de organizaciones internacionales (como el GAFI) y del *hard law*, como en el caso del Derecho europeo en el contexto de la Comunidad Europea.

¹¹⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *cit.*, 2015, pág. 1.

¹¹⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *cit.*, 2015, pág. 3.

tales regulan los intereses comunitarios de un modo compartido con otros sectores y el propio Estado¹¹⁶. Asimismo, las corporaciones vienen asumiendo el modelo de la responsabilidad social por el cual se comprometen junto a sus finalidades específicas a defender y fomentar el bien común¹¹⁷.

5. El Derecho penal procedural del sujeto colectivo ¿e individual?

El Estado regulatorio como Estado garante, que vigila desde arriba cediendo la gestión del riesgo a las empresas y ciudadanos individuales, lo hace a través de la delegación de determinadas y específicas funciones y competencias. Con ello, tanto las empresas y los ciudadanos individuales se convierten también, dentro del ámbito de la delegación, en sujetos garantes del contenido delegado. Estas posiciones de garantía poseen un significado peculiar porque se distinguen de la genérica posición de garante por uno mismo (autorresponsabilidad) y algunas veces no alcanzan a significar situaciones tan especiales de garante, sino mucho menos. Por ejemplo, la normativa administrativa en materia de prevención del blanqueo de capitales determina una serie de deberes a cumplimentar tanto por los sujetos colectivos como por los individuales, allende de la obligación genérica de evitar dañar a otros (*neminem laedere*). La existencia de esta regulación ha llevado a la doctrina a considerar que la observancia de tales deberes termina convirtiendo al sujeto obligado en una especie de funcionario asistente del Estado encargado de realizar la actividad oficial de prevención y represión del blanqueo de capitales¹¹⁸.

No es espacio ni siquiera para asomar una toma de postura sobre una doctrina de los garantes en la teoría del Derecho, por lo que solo con fines instrumentales para este estudio se trasladará la clasificación de los deberes de garante de la doctrina penal clásica. La macro-posición de garante del Estado en cuanto a garantizar una vida digna a sus ciudadanos puede encauzarse en dos figuras de garante: la de vigilancia y la de protección, que de por sí resultan intercambiables. Mientras que la posición de garante de vigilancia consistiría en controlar que el funcionamiento de las instituciones y la sociedad se mantenga dentro de los límites permitidos evitando que el peligro inherente a las mismas no se desborde o no se convierta en un riesgo prohibido, la posición de garante de protección se orientaría a tutelar y

¹¹⁶ Cfr. NIETO MARTÍN, *cit.*, 2008, págs. 1-18, pág. 4, se refiere a una “intervención a distancia” para definir el modelo de “cooperación entre los poderes públicos, sujetos regulados y otros agentes sociales (sindicatos, ONGs...) con el fin no solo de generar o perfilar normas de comportamiento, sino también encargarse de su *enforcement*”.

¹¹⁷ Sobre la responsabilidad social de las empresas, en conexión con la regulación privada de la economía y el Derecho penal económico, MANSDÖRFER, *cit.*, 2011, pág. 97.

¹¹⁸ Cfr. KARGL, W., “Probleme des Tatbestands der Geldwäsche (§ 261 StGB)”, *Neue Justiz*, nº 2, 2001, págs. 57-63, pág. 60, se refiere a un deber general para toda la población, que le exige actuar como un órgano colaborador (*Hilfsorgane*) de la autoridad investigadora del Estado.

defender los intereses y bienes jurídicos individuales y colectivos frente a riesgos y lesiones potenciales¹¹⁹.

Estas dos caras de la posición de garantía del Estado, la vigilancia y la protección, son generalmente también parte de la tarea de los ciudadanos, pero, en especial, algunas normativas exigen a éstos vigilar o proteger de modo específico un riesgo u objeto en particular. Es en estas concretas encomiendas en las que el Estado extiende su posición de garante como tentáculos y delega a través de ese canal el deber de vigilar o tutelar en manos del sujeto colectivo y/o el sujeto individual. Volviendo con el ejemplo de la normativa sobre blanqueo de capitales, parecería ser que el principal deber de garante que correspondería a los sujetos obligados sería el deber de contención del riesgo, y no tanto el deber de tutela del orden socioeconómico, que parecería solo alcanzarse de forma indirecta a través del primero.

Como se ha visto más arriba, la forma en que se plasmaría el ejercicio de determinadas funciones y competencias atinentes al Estado por parte del sector privado lo es a través de la técnica de la autorregulación regulada. Si bien la técnica normativa de la autorregulación regulada surgió en relación con los sujetos colectivos, como las corporaciones y empresas¹²⁰ y no, en cambio, pensándose en el sujeto de modo individual, no obstante, al respecto se debe realizar una observación. El concepto de la autorregulación regulada encierra la esencia filosófica de la autolegislación como corolario del principio de la autonomía humana, que en sus orígenes surgió sobre la base del sujeto individual, y no en torno al sujeto colectivo o sociedad. Por eso mismo, tanto la figura de la autorregulación como de la autolegislación de la libertad se ha dado y se da -con sus peculiaridades- en todos los modelos de Estado de Derecho: liberal, socioliberal y socio-neoliberal.

Dicho esto, en el marco de este estudio se considera que tanto los sujetos colectivos como las personas individualmente pueden ser sometidos al régimen de la autorregulación regulada. Lo que se intentará a continuación es determinar cómo esta técnica, en materia penal, se plasmaría respecto de estos dos tipos de actores sociales.

5.1. *El Derecho penal procedural del sujeto colectivo*

El Derecho penal regulatorio se encuentra especialmente en pleno desarrollo en el ámbito de la criminalidad empresarial¹²¹. Como una de sus características, la

¹¹⁹ La sutil distinción entre vigilancia y protección pasaría porque en la primera se estaría observando al *riesgo* al cual se controla y en la segunda, por el contrario, al *objeto* al cual se tutela. Pero, en verdad, ellas son las dos caras de la misma moneda: la garantía.

¹²⁰ Cf. NIETO MARTÍN, *cit.*, 2008, pág. 4, quien afirma que como el nuevo Estado regulatorio “tiene que ver sobre todo con el control de las corporaciones, el ámbito donde más se siente su influencia es en el Derecho penal de la empresa”.

¹²¹ Para profundizar, KÖLBEL, R., “*Criminal Compliance - ein Missverständnis des Strafrechts?*”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 125 (3), 2013, págs. 499-535; BINDER, J.-H., “‘Prozeduralisierung’ und *Corporate Governance*. Innerbetriebliche Entscheidungsvorbereitung und

autorregulación heterónoma se encuentra inicialmente orientada al autogobierno de las corporaciones y empresas en materia criminal. Es lo que se conoce como el control del crimen corporativo (*corporate crime control*) o el gobierno de la autorregulación forzosa de la conducta corporativa ilegal (*government enforced self-regulation of illegal corporate conduct*)¹²². El Estado a través de la normativa administrativa y penal impele a las empresas a que se organicen sobre la base de determinadas normas de conducta a fin de complementar al Estado en la función preventiva (y sancionadora) de la criminalidad empresarial¹²³. El *modus operandi* de las normas de organización corporativa se plasma en los llamados Programas de Cumplimiento (*Compliance Program*), que resultan ser la modélica concreción del método de la autorregulación regulada¹²⁴ en los términos de correulación estatal y privada¹²⁵. Su campo de regulación lo son la materia económico-empresarial, pero también diversos intereses sociales, como los derechos del consumidor o la garantía de los Derechos Humanos¹²⁶. No se trataría en sí de una privatización del *ius puniendi*, como parecen sugerir algunos autores, sino simplemente de una semiprivatización o coparticipación privada en las estrategias de prevención y neutralización del delito empresarial¹²⁷, a través de un sistema de estandarización de conductas éticas, reglas de prudencia y gestión sensata del riesgo, y de control sobre la eventual criminalidad potencial que presentan los entes corporativos¹²⁸.

Como dato curioso: los tres escalones nucleares de la autorregulación empresarial pueden resumirse en los siguientes: *self policing*, *self reporting and sanction yourself*, que parecería remitir a la conocida expresión anticapitalista *do it your-*

Prozessüberwachung als Gegenstände gesellschaftsrechtlicher Regulierung – Entwicklungslinien und Perspektiven”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2007, págs. 745-788.

¹²² Cfr. BRAITHWAITE, *cit.*, 1982, pág. 1467.

¹²³ Cfr. NIETO MARTÍN, *cit.*, 2008, pág. 5.

¹²⁴ Aprecia los *Compliance-Programme* como sistemas autorreferenciales (*selbstreferentiellen Systemen*) de autorregulación regulada (*regulierten Selbstregulierung*), SIEBER, U., “Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität”, en SIEBER/DANNECKER/otros (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht -Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstat-sachen-. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, págs. 449-484, págs. 449, 475.

¹²⁵ Cfr. SIEBER, *cit.*, 2008, pág. 449 (*staatlich-privaten Ko-Regulierung*); FEIJOO SÁNCHEZ, *cit.*, 2007, págs. 137-138, 140 (se refiere a una “correulación complementaria”). En SILVA SÁNCHEZ, J.-M., “La exigente de ‘modelos de prevención de delitos’. Fundamentos y bases para una dogmática”, en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, págs. 669-692, pág. 679, se emplean las expresiones “coproducción privada de gobernanza” y “gobernanza cooperativa”. Ya antes en WOLF, K. D., “Unternehmen als Normunternehmer: Global Governance und das Gemeinwohl”, en KADELBACH/GÜNTHER (eds.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt, 2011, págs. 101-118, págs. 105, 111 y ss., se habla de los *Ko-Produzenten von Governance*, como el Estado, las organizaciones civiles y los actores económicos.

¹²⁶ Cfr. SIEBER, *cit.*, 2008, pág. 455.

¹²⁷ Cfr. NIETO MARTÍN, *cit.*, 2008, pág. 9, se refiere a un nuevo control del delito de naturaleza semiprivada.

¹²⁸ Cfr. SIEBER, *cit.*, 2008, págs. 454 y ss.

self como eslogan del trabajo y esfuerzo individual, haciendo cosas y actividades por uno mismo, lo que supone un enriquecimiento personal a la vez que un ahorro de dinero no consumiendo masivamente todos los productos que se ofertan el Mercado. Metafóricamente, en las empresas, la autogestión se entendería tanto como un atesoramiento ético-corporativo como una mayor rentabilidad en el personal y los recursos.

Entre las diversas ventajas que presenta la técnica de la autorregulación regulada se presentan las siguientes¹²⁹: (a) la descongestión de tareas y abaratamiento de costos para el Estado en relación con la regulación del sector privado; (b) el sector privado cuenta con más recursos económicos, de conocimiento, técnicos y humanos, que el propio Estado. Debido, justamente, a la particularidad de cada ente empresarial y las diversas tipologías y dimensiones del riesgo que estos presentan, las políticas oficiales de regulación solo pueden limitarse a establecer pautas de prevención político-criminal demasiado genéricas y mínimas¹³⁰, aunque, en todo caso, vinculantes y con efectos sancionatorios ante el incumplimiento¹³¹. Serán, luego, las empresas las que habrán de concretar en sus Programas de Cumplimiento la normativa que mejor se ajuste a su estructura; (c) el sector corporativo resulta de alta complejidad para su funcionamiento: la compleja racionalidad mercatoria, la habitualización y las intrínsecas normas de orientación son tres de las razones del porqué las empresas precisan erigirse en las principales productoras normativas¹³². Justamente, debido a ello, la técnica de la autorregulación permite que las reglas pueden adaptarse más rápidamente a los cambios de las realidades económicas o del Mercado que si la regulación proviniera de las leyes del Estado¹³³; (d) en consecuencia, el sistema de autorregulación heterónoma resulta más sencillo de realizarse y ejecutarse que la regulación gubernamental directa¹³⁴; etc.

5.2. *El Derecho penal procedural del sujeto individual*

Como se ha manifestado anteriormente, la modalidad de la autorregulación regulada no es cosa absoluta de las empresas o corporaciones. Su esencia se remonta a la premisa de la autonomía humana del Estado de Derecho de corte liberal,

¹²⁹ En todo caso, concluye BRAITHWAITE, *cit.*, 1982, págs. 1503-1504, que al detectar las ventajas y debilidades tanto de la autorregulación forzosa, como de la autorregulación voluntaria y de la regulación gubernamental directa, se puede alcanzar una combinación que sea más efectiva y menos costosa que cualquier enfoque en una u otra dirección.

¹³⁰ Entre estos mínimos se encuentran los deberes de colaboración (*Mitwirkungspflichten*) en sentido amplio: deber de denunciar, de control y de entregar información. Cfr. SIEBER, *cit.*, 2008, pág. 461.

¹³¹ Cfr. SIEBER, *cit.*, 2008, pág. 461, destacando el carácter vinculante (*bindende Wirkung*) de la normativa estatal en el sistema de la autorregulación regulada.

¹³² Cfr. WOLF, *cit.*, 2011, pág. 106.

¹³³ Cfr. BRAITHWAITE, *cit.*, 1982, pág. 1504.

¹³⁴ Cfr. BRAITHWAITE, *cit.*, 1982, págs. 1503, 1470 y ss.

que en un principio estuvo solo referida a la persona física individual. Pero, en todo caso, se trate de individuos o de corporaciones, necesariamente, toda norma de conducta de un modelo liberal tiene el contenido de la autolegislación. En este sentido, los individuos como sujetos de imputación, también se encuentran incluidos en la figura de la autorregulación regulada.

A diferencia del sujeto colectivo, que ha de proveerse de todo tipo de reglas externas para crear sus Programas de Cumplimiento, el sujeto individual, en primer lugar, no necesita apelar a normas externas, como las normas sociales o jurídicas. Al individuo ya le asisten de forma natural una serie de incumbencias básicas, del sentido común, que le permiten gestionar el ejercicio de su libertad de un modo razonable¹³⁵. Para continuar con la terminología propia del Derecho penal de la empresa, los Programas de Cumplimiento individuales se compondrían de las incumbencias naturales, que son implícitas y no escritas, deducibles de la razón según el contexto de actuación. Muy resumidamente, las incumbencias podrían definirse como proposiciones deónticas que regulan de modo no formal la vida en sociedad. Como pautas de orientación vital, estas directrices no-jurídicas hacen posible la convivencia y el desempeño de las funciones de los participantes sociales¹³⁶.

Si bien el rol del sujeto individual en el Estado actual ha cobrado mayor protagonismo, por cuanto la misma esencia filosófico-política socio-neoliberal no admite sujetos pasivos ni omisivos, sino proactivos, no obstante, su forma de participación social resulta en comparación con el sujeto colectivo mucho más imperceptible (aunque no siempre excepcional). Así, por ejemplo, unas cuantas normativas sectoriales de diversa naturaleza le exigen al ciudadano común autogestionarse cotidianamente de forma diligente en relación con determinados asuntos. Piénsese en el riesgo tecnológico, cada vez más impreciso, sofisticado y cambiante a ritmos imposibles de controlar, o en el riesgo económico o el ecológico. En particular, la ley de prevención de blanqueo de capitales establece determinados estándares de cuidado en el tráfico mercantil de bienes y dinero que no sólo los agentes financieros deben observar, sino también los particulares¹³⁷.

En este sentido, como política eficaz de la gestión del riesgo no habría de descartarse, que también resultaría más prometedor atribuir la reducción y control del riesgo a la autonomía de la decisión y la responsabilidad individual, que alcanzar-

¹³⁵ Sobre un concepto y origen de las incumbencias individuales, VARELA, L., *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Barcelona, 2016, págs. 124 y ss., 135 y ss.

¹³⁶ Cfr. VARELA, *cit.*, 2016, pág. 133.

¹³⁷ Justamente, en este sentido de modo crítico, en materia de lavado de dinero, POLAINO-ORTS, M., "Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de Parte general", en AMBOS/CORIA/MALARINO, (coords.), *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y Derecho comparado*, Lima, 2015, págs. 249-288, págs. 273-274 con nota al pie 26, equipara el deber del sujeto individual de revelar el origen ilícito de los bienes a las obligaciones de prevención del blanqueo empresarial. Al deber individual lo denomina "compliance personal" estableciendo una especie de paralelismo entre los deberes de autocontrol corporativo y los de autocontrol personal.

lo por medio de la imposición de medidas colectivas. Muchos riesgos de la vida social se verían menos comprometidos en su desenlace lesivo cuando fueran gestionados a través de la prudencia individual, que cuando fueran sometidos a la dinámica comunitaria¹³⁸. Para la implementación de esta política, el Estado y los sujetos reguladores habrían de incentivar la defensa y promoción de estándares de conducta individuales orientadas al uso responsable del riesgo. Si en la práctica de la pasada sociedad del riesgo, las políticas públicas de gestión se encontraron inspiradas en el aforismo *a grandes males, grandes remedios*¹³⁹, la actual política de gestión lo tendría que estar haciendo también desde el mismo aforismo bajo una fórmula personalmente más viable como *a grandes males, pequeños remedios*¹⁴⁰. Dada la regla del efecto acumulativo, esto significaría que a través del comportamiento individual, en muchos supuestos, se podría contribuir más eficazmente a gestionar los riesgos.

Como política pública de mínimos en culturalización social en una sociedad axiológicamente descentralizada piénsese en los llamados 17 Objetivos para Transformar el Mundo de la Organización de las Naciones Unidas del 2015, a los que más de cien países se han comprometido como desafío alcanzar hasta el año 2030¹⁴¹. Claro ha de quedar, que infringir una incumbencia de gestión responsable del riesgo o, incluso, uno de los 17 objetivos de las Naciones Unidas, no conllevaría responsabilidad penal en la medida que a través de tales inobservancias no se infrinja un deber jurídico-penal. Pero, en todo caso, el ejercicio perseverante de la autorregulación prudente de la libertad individual en la gestión del riesgo nos conducirá a disminuir no solo la necesidad de la neutralización colectiva del riesgo, sino también los efectos lesivos de la deficitaria o ausente gestión social del mismo.

6. Dos conclusiones

El estudio desarrollado arroja dos tipos de conclusiones. Una conclusión cerrada como diagnóstico y una conclusión abierta como pronóstico.

¹³⁸ Cfr. LAU, *cit.*, 1991, pág. 261: "(...) daß es unter bestimmten Umständen aussichtsreicher ist, die Risikoverminderung der individuellen Verantwortung und Entscheidungsautonomie zu unterstellen, als sie etwa durch kollektive Zwangsmaßnahmen zu erreichen" (bajo determinadas circunstancias resulta más prometedor subordinar la mitigación del riesgo a la responsabilidad y la autonomía en la toma de decisiones individuales, que alcanzarlo por medio de medidas coercitivas colectivas).

¹³⁹ = ad extremus morbos, extrema remedia exquisite optima.

¹⁴⁰ Cfr. ÁLVAREZ, J. F., "A grandes males, pequeños remedios: la gestión del riesgo", *Biblioteca Electrónica de la UNED*, 2005, págs. 1-19, pág. 7: acerca de la cita de a grandes problemas, pequeños remedios.

¹⁴¹ También denominados los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Los objetivos abarcan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente. Si bien no son de naturaleza vinculante, no obstante, los países firmantes se han comprometido a alcanzarlos entre todos. Véase, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

6.1. *Una conclusión cerrada*

En el siguiente gráfico se reflejan las generalidades que, a modo de descripción, caracterizan a tres grandes etapas de la sociedad, el Estado y el Derecho penal. Todas estas tipologías de sociedad se encuentran, en mayor o menor medida, actualmente de modo solapado vigentes en la sociedad contemporánea. El efecto entre ellas es de acumulación y no de exclusión. Lo que sucede, en todo caso, es que el foco de atención y su forma de ejecución han ido variando según el pensamiento subyacente.

Tabla 2. Etapas de la sociedad, el Estado y el Derecho penal

<p>Sociedad del daño</p> <p>Sociedad del daño, del resultado y la lesión</p>	<p>Sociedad del riesgo empírico</p> <p>Sociedad del riesgo empírico y social</p>	<p>Sociedad del riesgo institucional</p> <p>Sociedad del riesgo institucionalizado y del riesgo institucional</p>
<p>Estado de libertad</p> <p>Filosofía política: liberalismo/Estados locales</p> <p>Estado normativo y no-intervencionista</p> <p>Regulación privada (limitadamente pública)</p>	<p>Estado de igualdad</p> <p>Filosofía política: socioliberalismo/Estados internacionales, globalizados sin eje</p> <p>Estado normativo e intervencionista</p> <p>Regulación estatal (limitadamente privada)</p>	<p>Estado de seguridad</p> <p>Filosofía-política: socio-neoliberalismo/Estados internacionales, globalizados con eje (Gobernanza global)</p> <p>Estado procedural y cooperativo</p> <p>Autorregulación regulada (plataforma mixta: Estado y sector privado)</p>
<p>Derecho penal formal</p> <p>Derecho penal del resultado</p> <p>Retribución-prevención</p> <p>Norma de sanción orientada a evitar el resultado</p> <p>Versión ex post</p> <p>Principio reactivo</p> <p>Derecho penal clásico, tradicional y nuclear</p>	<p>Derecho penal material</p> <p>Derecho penal del riesgo empírico</p> <p>Prevención-retribución</p> <p>Norma de conducta orientada a la neutralización del riesgo</p> <p>Versión ex ante y ex post</p> <p>Principio preventivo</p> <p>Derecho penal moderno y de la expansión</p>	<p>Derecho penal procedural</p> <p>Derecho penal del riesgo institucional</p> <p>Prevención</p> <p>Norma de conducta orientada a la evitación del riesgo</p> <p>Versión ex ante</p> <p>Principio precautorio</p> <p>Derecho penal contemporáneo procedural</p>

6.2. *Una conclusión abierta*

Si nos encontramos ante un nuevo Derecho penal *desencorsetado* y *destradicionalizado*, que responde a las nuevas dinámicas sociales y filosófico-políticas de Estado, es un trabajo aún por realizar. Tanto los fundamentos que informan su existencia como las posibles derivaciones a las que conduciría su evolución son, a la fecha, temáticas no del todo exploradas y sobre las que habría que comenzar a indagar. Nos espera, en efecto, por lo que se asoma, otro cambio de paradigma: del

Derecho penal como control social al “Derecho penal del auto-control social” y “del control de la sociedad” (*audit society*).

Bibliografía

- Álvarez, J. F., “A grandes males, pequeños remedios: la gestión del riesgo”, *Biblioteca Electrónica de la UNED*, 2005, págs. 1-19.
- Barkow, R. E., “Administering crime”, *University of California Law Review*, nº 52, 2005, págs. 715-814.
- Barkow, R. E., “Criminal law as regulation”, *New York University, Journal of Law & Liberty*, v. 8, 2014, págs. 315-341.
- Beck, U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986.
- Berlin, I., “Two concepts of liberty”, en Berlin, *Four essays on liberty*, New York, 1971, reimpr. (1969, 1ª ed.), págs. 118-172, págs. 154 y ss.
- Binder, J.-H., “‘Prozeduralisierung’ und *Corporate Governance*. Innerbetriebliche Entscheidungsvorbereitung und Prozessüberwachung als Gegenstände gesellschaftsrechtlicher Regulierung – Entwicklungslinien und Perspektiven”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2007, págs. 745-788.
- Braithwaite, J., “Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control”, *Michigan Law Review*, v. 80, nº 7, 1982, págs. 1466–1507.
- Eicker, A., *Die Prozeduralisierung des Strafrechts. Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmenwechsels*, Bern, 2010.
- Esteve Pardo, J., “La administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, nº 197, 2015, págs. 11-39.
- Esteve Pardo, J., “La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria”, *Revista de Administración Pública*, nº 189, 2012, págs. 11-40.
- Feijoo Sánchez, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007.
- Finkelstein, L., “What is global governance?”, *Global Governance*, v. 1, nº 3, 1995, págs. 367-372.
- Francuski, R., *Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014.
- Habermas, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4ª ed., Frankfurt, 1994.
- Hilgendorf, E., “Gibt es ein ‘Strafrecht der Risikogesellschaft?’ Ein Überblick”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, nº 1, 1993, págs. 10-16.
- Kadelbach, S./Günther, K., “Recht ohne Staat?”, en Kadelbach/Günther (eds.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt, 2011, págs. 9-48.
- Kargl, W., “Probleme des Tatbestands der Geldwäsche (§ 261 StGB)”, *Neue Justiz*, nº 2, 2001, págs. 57-63.
- Kaufmann, F.-X., *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Stuttgart, 1970.
- Kjaer, P., “From the crisis of corporatism to the crisis of governance”, en Kjaer/Olsen (eds.), *Critical theories of crises in Europe: from Weimar to the Euro*, London, 2016, págs. 125-139.

- Kjaer, P., "Towards a sociology of intermediary institutions: the role of law in corporatism, neo-corporatism and governance", en Madsen/Thornhill (eds.), *Law and the formation of modern Europe: perspectives from the historical sociology of law*, Cambridge, 2014, págs. 117-141.
- Kölbl, R., "Criminal Compliance - ein Missverständnis des Strafrechts?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 125 (3), 2013, págs. 499-535.
- Kölbl, R., "Zu Herausforderungen für das regulatorische Strafrecht", en Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden, 2016, págs. 379-399.
- Lau, Ch., "Neue Risiken und gesellschaftliche Konflikte", en Beck (ed.), *Politik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1991, págs. 248-265.
- Mansdörfer, M., *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrecht. Zugleich eine Untersuchung zu funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomische Handeln*, Heidelberg, 2011.
- Marcilla Córdoba, G., "Desregulación, Estado social y proceso de globalización", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2005, págs. 239-263.
- Nieto Martín, A., "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de la empresa", *Política Criminal*, nº 5, 2008, págs. 1-18.
- Peces-Barba Martínez, G., "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 6, 1998, págs. 15-34.
- Pérez Luño, A. E., "Las generaciones de Derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 10, 1991, págs. 203-217.
- Polaino-Orts, M., "Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de Parte general", en Ambos/Coria/Malarino, (coords.), *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y Derecho comparado*, Lima, 2015, págs. 249-288.
- Power, M., *The audit society: rituals of verification*, Oxford, 1999.
- Prittwitz, C., *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1993.
- Rosenau, J., "Governance in the Twenty-first Century", *Global Governance*, v. 1, nº 1, 1995, págs. 13-43.
- Rothstein, H., "The institutional origins of risk: A new agenda for risk research", *Health, Risk & Society*, v. 8, nº 3, 2006, págs. 215-221.
- Saliger, F., "Prozeduralisierung im (Straf-)Recht", en Hassemer/Neumann/Saliger (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9ª ed., Heidelberg, 2016, págs. 434-452.
- Seelmann, K., "Risikostrafrecht: Die 'Risikogesellschaft' und ihre 'symbolische Gesetzgebung' im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, v. 75, nº 4, 1992, págs. 452-471.
- Sieber, U., "Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität", en Sieber/Dannecker/otros (eds.), *Strafrecht*

- und Wirtschaftsstrafrecht -Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen-. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, págs. 449-484.
- Silva Sánchez, J.-M., “¿Derecho penal regulatorio?”, *InDret*, nº 2, 2015, págs. 1-4.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2011.
 - “La eximente de ‘modelos de prevención de delitos’. Fundamentos y bases para una dogmática”, en Bacigalupo Saggese/Feijoo Sánchez/Echano Basaldúa (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, págs. 669-692.
- Sunstein, C., *Risk and reason. Safety, law, and the environment*, Cambridge, 2003.
- Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1989.
- Teubner, G., “Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive”, en Maihofer (ed.), *Noi si mura. Selected working papers of the European University Institute*, Firenze, 1986, págs. 290-340.
- Theile, H., *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren. Systemtheoretische Überlegungen zum Regulierungspotential des Strafrechts*, Tübingen, 2009.
- Thibaud, P., “Le péril et la gloire”, *Esprit*, nº 334 (1), 1965, págs. 76-81.
- Varela, L., *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Barcelona, 2016.
- von Hayek, F. A., *Die Verfassung der Freiheit*, 4ª ed., Tübingen, 2005.
- Wolf, K. D., “Unternehmen als Normunternehmer: Global Governance und das Gemeinwohl”, en Kadelbach/Günther (eds.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt, 2011, págs. 101-118.