

«¿Y si todos lo hiciéramos?»
Consideraciones acerca de la «(in)capacidad de resonancia»
del Derecho penal con la figura de la acumulación (*)

AUGUSTO SILVA DIAS

Profesor de la Universidad Lusíada (Lisboa), Profesor auxiliar
de la Facultad de Derecho de Lisboa

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye un homenaje, desubicado pero sentido, a esa gran figura de la ciencia penal que, en el actual contexto europeo, es Jorge de Figueiredo Dias. Desubicado, porque compromisos académicos imponderables han impedido que el mismo fuese realizado donde me hubiera gustado: en una colección de estudios que ha sido dedicada al maestro, la cual es seguro que estará ya en los escaparates cuando este trabajo se publique. Y sentido, porque Figueiredo Dias ha sido uno de los autores que más hondamente han marcado mi trayectoria científica y académica, si bien no siempre por la adhesión que sus puntos de vista han suscitado a mi modesto entendimiento de las cuestiones del Derecho penal, sí, en todo caso, por la reflexión que las mismas, siempre bien fundamentadas y ponderadas, me han obligado a realizar. El maestro ha sido, en este sentido, compañero de muchas horas de esfuerzo personal, y su obra soporte y sólida base donde en no pocas ocasiones mis frágiles convicciones han encontrado sostén.

A mi modo de ver, un artículo de homenaje a un científico no es –no debe ser– un ejercicio de acrítica reverencia o un panegírico in-

(*) Artículo originariamente publicado en la *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, núm. 13, 2003, pp. 303-345. Traducción de Rafael Alcácer Guirao (Universidad Rey Juan Carlos).

consecuente. Por el contrario, debe constituir una oportunidad para reflexionar junto con el homenajeado sobre algunas cuestiones de la ciencia a la que se ha dedicado, para debatir con él algunas de las soluciones que propuso y tener, así, el privilegio de participar en la discusión de su –en este caso– inmensa obra. Siguiendo esta idea, me propongo analizar aquí la legitimidad de los llamados tipos aditivos o cumulativos, recientemente admitidos entre nosotros por Figueiredo Dias en el marco de la protección penal del medio ambiente (1), a la luz del paradigma jurídico-penal característico de las modernas sociedades democráticas cuyos fundamentos él mismo ha defendido y enseñado a lo largo de varias décadas (2). La cuestión a la que procuraremos dar respuesta es, en términos breves y claros, la de saber cuál es la «capacidad de resonancia» (3) de un Derecho penal fundado en los principios de proporcionalidad, de ofensividad y de culpabilidad para la incriminación de comportamientos que «tomados en sí mismos y en su singularidad, no son inmediatamente peligrosos o ni siquiera relevantes, pero en cualquier caso contribuyen poderosamente a la lesión» (4). ¿Puede ser la figura de la acumulación, ya sea contemplada desde la perspectiva de su contribución singular, ya desde la perspectiva del riesgo sistémico o global, compatible con ese modelo de Derecho penal?

Comenzaré por el análisis de los contornos dogmáticos en los que la idea de la acumulación es habitualmente empleada en la ciencia penal (2.1.), así como por las bases principales de legitimación ensayadas por la doctrina y sus implicaciones (2.2.). A continuación contrastaré tales concepciones con los parámetros normativos que, a mi entender, constituyen el fundamento de validez del Derecho penal de las sociedades democráticas, que debe servir de pauta, o de límite, a la intervención penal del Estado, indagando en particular si existen líneas de continuidad entre aquellas bases de legitimación y este fundamento (3.) En otras palabras, trataré de averiguar hasta qué punto dichos ensayos de legitimación del daño cumulativo se adecuan al discurso propio del Derecho penal, esto es, si pueden venir a justifi-

(1) Vid. «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois», en Figueiredo Dias/Ireneu Barreto/Teresa Beleza/Paz Ferreira (orgs.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra Editora, 2001, pp. 390 y s.

(2) Vid. especialmente «O Direito Penal na “sociedade do risco”», en: *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, 2001, pp. 156 y ss.

(3) La expresión corresponde a LUHMANN y es adoptada por KINDHÄUSER en «Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrechts», *Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag*, Beck, München, 1994, pp. 974 y 984, con el sentido en que aquí es empleada.

(4) FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente», p. 390.

car la creación o selección de los comportamientos punibles. Por último, antes de exponer una breve conclusión (5.), presentaré los argumentos propios de un Derecho penal democrático que se oponen a la solución de la acumulación (4.)

II. PERFILES Y FUNDAMENTOS DE LA ACUMULACIÓN

1. Delimitación conceptual y jurídico-dogmática

El empleo del concepto de acumulación por la doctrina jurídico-penal viene presidido por tres características esenciales. Por un lado, es entendido como un concepto eminentemente dogmático y no como una técnica legislativa; es decir, que no consiste expresamente en una clase de tipo legal incriminatorio, ni resulta de la aplicación de una regla de la Parte General del Código penal que, combinado con un tipo respectivo, dé lugar a una ampliación de la tipicidad, sino que más bien remite a la calificación de ciertos comportamientos como típicos o punibles. Puede decirse, así, que la acumulación es un concepto dogmático, que sirve para la interpretación de ciertos tipos y para la imputación de ciertos comportamientos y que un sector de la doctrina pretende incorporar a la Parte General del Derecho penal (5). En este sentido, y por ejemplo, su uso se asemeja al de la adecuación social (6) y se aparta de nociones como la de peligro concreto —que es también y sobre todo una técnica legislativa— o la comisión por omisión —que es una regla de imputación presente en la Parte General del Código penal—. Del mismo modo que la (in)adecuación social, la figura de la acumulación se conforma a partir de la concepción existente en la comunidad jurídica acerca de los límites de la tipicidad y, por extensión, de la imputación jurídico-penal. En ambos casos se plantea la misma cuestión de fondo: hasta dónde está permitido llegar en la atribución de responsabilidad penal. En el primer caso, se trata de saber si un comportamiento es poseedor de significado social, en cuanto aparece como lesivo de un determinado bien jurídico; en el se-

(5) Sobre la diferencia entre la Parte General del Código penal y la Parte General del Derecho penal, *vid.* NAUCKE, *Introdução à Parte Especial do Direito Penal*, AAFDL, Lisboa, 1989, pp. 12 y ss.

(6) Sobre la figura welzeliana de la adecuación social y la cuestión relativa a su naturaleza y alcance dogmáticos, *vid.* CANCIO MELIA, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social: teoría final de la acción e imputación objetiva*, Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pp. 21 y ss.

gundo caso, la cuestión a decidir es si son admisibles formas de imputación individual basadas en la idea de acción colectiva, o sea, si pueden constituir un tipo de injustos comportamientos cuya relevancia se asienta en una lógica de masas, en el hecho de ser practicados por un gran número de individuos.

Otra característica de la acumulación consiste en su relación con los bienes jurídicos colectivos (7). La figura fue introducida en el discurso dogmático por Kuhlén a propósito de los límites de la protección jurídico-penal del medio ambiente (más exactamente, de su componente hídrico, a través del § 324 StGB) (8), pero algunos partidarios de su consagración tienden a extenderlo a ámbitos como la tutela de la Administración de Justicia, la Hacienda Pública o la capacidad funcional de determinados subsistemas del sistema económico (9). Por parte de estos autores, se pone de manifiesto que la acumulación ni es exclusiva de las agresiones al medio ambiente, ni constituye realmente una novedad en el Derecho penal, sino que por el contrario configura el centro de gravedad del injusto de los delitos contra bienes jurídicos colectivos no susceptibles de ser lesionados

(7) Sobre el concepto de bien colectivo, *vid.* ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1995, pp. 239 y ss., quien, aportando una definición, afirma que «un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptual, fáctica o jurídicamente, es imposible de dividir en partes y de atribuir éstas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no distributivo. Los bienes colectivos son bienes no distributivos»; KORIATH, «Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts», *GA* 1999, p. 564, afirmando que lo que verdaderamente distingue a los bienes jurídicos colectivos de los individuales no es la clase de titular, sino el carácter no distributivo de los primeros, una postura a mi entender equivocada, por cuanto la cuestión de la distributividad o no distributividad, por más que determine el contenido del bien, está relacionada con la cuestión de la titularidad; sobre esta y otras características de los bienes colectivos, *vid.* HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Heymanns, Köln-München, 2002, pp. 111 y ss.; «Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur», *GA* 2002, p. 25, refiriéndose especialmente a la naturaleza indivisible o no distributiva («Nicht-Distributivität») y al carácter no consumible o no deteriorable («Nicht-Abnutzbarkeit») de los mismos; KUHLEN, «Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», *ZStW* 105 (1993), p. 704; FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente», p. 384; ALCÁCER GUIRAO, «La protección del futuro y los daños cumulativos», *ADPCP* 2001, p. 162, partiendo de otros criterios de clasificación, más exactamente, de relación entre los bienes colectivos y los individuales.

(8) *Vid.* «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerreinigung (§ 324 StGB)», *GA* 1986, pp. 389 y ss.; *ZStW* 105 (1993), pp. 697 y ss.

(9) *Vid.* WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik «moderner» Gefährungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, pp. 142 y ss., 176 y ss., 318 y ss. y 339 y ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p.184; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 136 y nota 324; ALCÁCER GUIRAO, *ADCP* 2001, pp. 162 y ss.

por una acción individual (10). Desde esta perspectiva, afirma HefendeHL que en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos no puede hablarse de una causalidad lesiva real, por lo que es preciso establecer equivalentes materiales. Uno de ellos, quizá el principal, es la idea de la acumulación (11).

En esta medida, la acumulación se distingue conceptualmente de figuras similares como la causalidad cumulativa o la llamada autoría accesoria. De la primera se distingue en tanto en cuanto la acumulación ni opera en el nivel de la tipicidad ni presupone un resultado material cuya imputación objetiva sea necesario establecer en el caso concreto; así, los tipos cumulativos no requieren comprobación alguna de la causalidad (e imputación objetiva) entre la contribución individual y el daño global. Si se exigiese dicha comprobación y, con ello, se otorgase relevancia a la llamada interrupción del curso causal, sólo sería objetivamente imputable la conducta que sobrepasase el límite a partir del cual la destrucción del bien jurídico colectivo apareciera como inevitable. La dificultad práctica –cuando no la imposibilidad– de la determinación de dicha conducta, unida a la impunidad de las contribuciones individuales en tanto no se alcanzara el citado límite, redundaría en una considerable relativización de la protección del bien jurídico (12). Por otro lado, se distingue de la autoría accesoria («*Nebentäterschaft*») –una figura que debe rechazarse en cuanto modalidad autónoma de coparticipación delictiva (13)–, en la medida en que mientras ésta consiste en la realización de varias contribuciones individuales para la realización de un mismo resultado, la separación espacial y temporal de las conductas que lleva implícita la noción de la acumulación impide que se pueda hablar razonablemente de un único acto y de un único contexto de riesgo. Desde esta perspectiva, los delitos de acumulación representarían, como correctamente ha resaltado Silva Sánchez, «una especie de autoría accesoria universal de un he-

(10) En este sentido, especialmente, ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 2001, p. 162 caracterizando tales bienes jurídicos como bienes institucionales, distintos de otros bienes jurídicos colectivos, los bienes jurídicos intermedios, justamente porque la respectiva lesión tiene un carácter autónomo, desligado de la lesión o el peligro para un bien jurídico individual.

(11) *Vid. Kollektive Rechtsgüter*, pp. 183 y 188, donde destaca que la acumulación, en cuanto búsqueda de un equivalente material de la causalidad lesiva, se sitúa no en el nivel del tipo, sino en el nivel de la criminalización.

(12) En este sentido, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 192 y ss.

(13) Sobre la autoría accesoria, *vid.* CLAUS ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, 3.^a ed., Beck, München, 1997, § 11 núm. 50; AT, II, Beck, München, 2003, § 25 núm. 265 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 5.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, § 63, II, 3; HARRO OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, AT, 5.^a ed., de Gruyter, Berlin-New York, 1996, § 21 núms. 54 y 143.

cho global y permanente» (14), concepto funcional a la ampliación de la imputación, pero inaceptable en una concepción del Derecho penal propia de un Estado democrático de Derecho.

Por último, los partidarios de la acumulación subordinan su relevancia penal a dos condiciones esenciales. De una parte, el legislador tiene que someter el efecto cumulativo a un pronóstico realista, esto es, tiene que poder afirmar, a partir de datos de las ciencias empíricas y sirviéndose por tanto de una discrecionalidad vinculada a los conocimientos científicos disponibles (15), que es razonable esperar (que es probable) que sin una prohibición reforzada por la pena, ciertas acciones serán realmente practicadas de modo tan asiduo que de ellas se derivará una lesión grave y global del bien jurídico (16). Por esta vía, serán tenidas como penalmente irrelevantes conductas, como por ejemplo tocar el claxon en la calle, sobre las cuales existan buenas razones para negar que vayan a ser realizadas por un gran número de individuos (17). De otra parte, las contribuciones individuales no se sustraen al carácter limitador del principio de insignificancia, careciendo por tanto de relevancia penal todas aquellas conductas que pudieran ser calificadas como meras bagatelas (18). Aun cuando se afirme que la idea de la acumulación abarca también conductas de bagatela, se pone inmediatamente de manifiesto que ello no ha de llevar a la confusión entre el Derecho penal con otros mecanismos jurídicos reactivos, dado que la tipicidad penal, al igual que respecto de cualquier otra incriminación, presupone la previa criba que conforma el principio de insignificancia (19). De este modo, son excluidas del

(14) *La expansión*, pp. 134 y ss.

(15) WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 323, refiriéndose a la clase de prognosis en la que los efectos de los comportamientos en cuestión son cognitivamente disponibles, como sucede en los delitos contra el medio ambiente, afirma que la apreciación por el legislador de si puede esperarse un número de contribuciones que haya de perjudicar, por acumulación, el bien colectivo, no constituye un ejercicio de libre discrecionalidad, sino que tiene que estar basado en los conocimientos de las ciencias empíricas.

(16) En estos términos, *vid.* FEINBERG, *Harm to others (The moral limits of the criminal law, vol. I)*, Oxford Univ. Press, New York-Oxford, 1984, p. 226; KUHLEN, *ZStW* 105 (1993), p. 716, notas 91 y 93; WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 322 y ss., distinguiendo dos tipos de pronósticos; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 185 y ss.; FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente», p. 391.

(17) De este modo, KUHLEN, *ZStW* 105 (1993), p. 716, nota 91; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 185.

(18) En este sentido, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 322 y 325 y ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 187 y ss.

(19) Así, particularmente, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 188, acentuando la compatibilidad entre el principio de acumulación y el principio de insignificancia.

delito cumulativo conductas indudablemente incluidas bajo el marco conceptual de la acumulación.

2. FUNDAMENTACIÓN DEL DELITO CUMULATIVO

Establecida la delimitación conceptual y dogmática de la acumulación, es preciso analizar qué fundamentos son invocados para afirmar el desvalor de los comportamientos que caen bajo la misma, aspecto que, en tanto servirá para justificar la incriminación de las conductas cumulativas, es de la mayor importancia. Dos son las líneas de fundamentación seguidas por la doctrina. La primera, desde el prisma de la sociología, acentúa el carácter del daño cumulativo como expresión de un daño colectivo resultante de la suma de microlesiones en masa, o bien, desde un registro sociológico paralelo aunque más actual, como manifestación de los nuevos grandes riesgos desencadenados por la dinámica de la sociedad del riesgo. La segunda, surgida desde la filosofía moral, elige como centro de gravedad la acción individual, la contribución individual para el efecto cumulativo, centrándose sobre su desvalor moral, fundado en la vulneración de deberes de solidaridad y que lleva a contemplar al agente como un *free-rider*, *free-loader* o *Trittbrettfahrer* (20). Ha de ponerse de manifiesto que no estamos ante perspectivas antagónicas ni irreconciliables, sino, por el contrario, ante formas diferentes de abordar una misma realidad, enfatizando u otorgando prioridad analítica cada una de ellas a un determinado enfoque del problema. Por ello, no faltan partidarios de la existencia de delitos cumulativos que se sirven de ambas perspectivas. Ejemplo de ello lo constituyen los trabajos de Feinberg (21) o de Kuhlen (22).

a) **La lógica de las grandes cifras, el daño cumulativo y la dinámica de la sociedad del riesgo**

La primera perspectiva de fundamentación, a la que denominaremos sistémica, da prioridad a los criterios del daño global o de las

(20) Sobre la figura del *free-rider* en la filosofía moral y política, Vid. RAWLS, *A theory of justice*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1971, pp. 267 y ss.; FEINBERG, *Harmless wrongdoing (The moral limits of the criminal law, vol. IV)*, Oxford Univ. Press, New York-Oxford, 1988, pp. 13 y ss. y 202 y ss.

(21) Vid. *Harm to others*, pp. 226 y ss.

(22) Vid. ZStW 105 (1993), pp. 720 y ss.

grandes cifras, esto es, a los probables efectos nocivos que para el orden social resultarían de la acumulación de contribuciones singulares realizadas independientemente unas de otras. Argumentando a partir de la contaminación de la atmósfera y de las aguas, Feinberg sintetiza de forma clara los presupuestos de aplicación de esta línea teórica (23). Primero, el legislador constata que contribuciones sucesivas de multitud de individuos, una vez sumados, se aproximan, alcanzan o sobrepasan ampliamente un determinado umbral de lesividad global. Segundo, estas contribuciones son desiguales en cantidad y en valor social. Tercero, cada contribución es inocua en sí misma, pero desplaza el bien colectivo a una situación más próxima a ese umbral de lesividad. Cuarto, cuando la acumulación de contribuciones singulares sobrepasa el umbral de lesividad establecido se causa un daño público en el sentido de que se menoscaban gravemente bienes jurídicos vitales comunes. Por último, muchas de las actividades que subyacen a las contribuciones individuales son beneficiosas socialmente hasta el punto de que su prohibición global produciría un daño público mayor del que las mismas producen.

Esta concepción, en lo que afecta a los bienes jurídicos colectivos del llamado Derecho penal moderno, como es el caso del medio ambiente, es encuadrable en una perspectiva más amplia, de carácter sociológico, que concibe las sociedades postindustriales contemporáneas como sociedades de riesgo, y que ha proporcionado la base para configurar algunas áreas del moderno Derecho penal como un «Derecho penal del riesgo». El «topos» de la sociedad del riesgo ayuda a aprehender el desvalor de las acciones cumulativas y la propuesta de los delitos cumulativos a partir de dos aspectos que lo integran. Por un lado, la idea de que muchos de los nuevos riesgos que amenazan la existencia humana provienen de la suma de múltiples acciones individuales, aparentemente normales e inocuas. Ulrich Beck subraya este aspecto afirmando que los nuevos riesgos resultantes de acciones humanas, surgen de modo involuntario: «la sociedad del riesgo no es una opción» (24). Los nuevos riesgos tienen en su génesis una multiplicidad de acciones «ciegas ante el riesgo» realizadas en el seno de un proceso de modernización y que se presentan a la percepción y a la conciencia social sin el dramatismo de sus efectos secundarios y a largo plazo. Además, muchas de esas acciones son comportamientos económicos cotidianos, orientados por una racionalidad instrumental, por una lógica de mercado, cuyos efectos se encarga de coordinar o sistematizar una especie de «mano invisible», o, si se prefiere,

(23) *Vid. Harm to others*, p. 229.

(24) *Die Erfindung des Politischen*, Suhrkamp, Frankfurt, 1993, p. 36.

un «código sistémico» (25). Debido a ello, los nuevos riesgos se conforman en el entorno de los sujetos, de un modo invisible a la percepción pública.

Por otro lado, la sociedad del riesgo se caracteriza también por una exacerbación de la atribución de la responsabilidad. Los espacios de imputación tradicionalmente asignados a Dios, la naturaleza, el destino o la colectividad se reducen en pro de una ampliación de la responsabilidad y de la culpabilidad individual (26). Esta «expansión de la imputación» (Weyma Lübbe) propia de las sociedades contemporáneas se inscribe en una lógica de la estabilidad social: a mayor inseguridad colectiva, mayor exigencia de atribución de culpabilidad como vehículo para la explicación del daño y para generar tranquilidad social. Ello provoca una transferencia de ámbitos de responsabilidad desde instancias como el destino, la naturaleza o la colectividad a la esfera de la imputación individual. En consecuencia, esta forma

(25) Sobre la racionalidad instrumental y su relación con la modernidad cfr. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd.1, pp. 239 y ss.; HÖSLE, *Praktische Philosophie in der modernen Welt*, Beck, München, 1992, pp. 62 y ss.; KOSLOWSKI, *Ethik des Kapitalismus*, 6.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 20; HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?: ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Frankfurt, 1999, pp. 46 y ss. Sobre la relación de la racionalidad instrumental con las temáticas relativas a la criminalidad económica y de la sociedad del riesgo, *vid.* en la literatura portuguesa, ANSELMO BORGES, «O crime económico na perspectiva filosófico-teológica», *RPCC* 10 (2000) núm. 1, pp. 13 y ss.; FIGUEIREDO DIAS, «O Direito Penal na “sociedade do risco”», pp. 161 y ss. Sobre la relación de la racionalidad instrumental con la racionalidad sistémica, *vid.* HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, Suhrkamp, Frankfurt, 1981, pp. 453 y ss. y 490 y ss., denominando a la racionalidad sistémica «racionalidad final totalizada»; *Nachmetaphysisches Denken: philosophische Aufsätze*, Suhrkamp, Frankfurt, 1988, pp. 82 y ss., defendiendo que el tránsito de la racionalidad instrumental a la racionalidad sistémica se da a través de una inversión de los fines y los medios, puesto que las acciones que están allí regidas por los fines, son aquí coordinadas por los medios que forman un determinado código sistémico; CASTANHEIRA NEVES, «Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, função e “problema” - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito», *RLJ*, 131 (1998-1999), p. 325, considerando la racionalidad instrumental como racionalidad asumida por el funcionalismo (político, social y sistémico); en sentido similar, ALCÁCER GUIRAO, «Facticidad y normatividad: notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho Penal», *ADPCP* 1999, pp. 196 y ss.

(26) En este sentido, *vid.* GÜNTHER, «Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft», en: Müller-Doohm (compilador), *Das Interesse der Vernunft: Rückblicke auf das Werk von Jürgen Habermas seit ‘Erkenntnis und Interesse’*, Suhrkamp, Frankfurt, 2000, p. 476; OELMÜLLER, «Schwierigkeiten mit dem Schuldbegriff: einige philosophische Überlegungen», en: Baumgarten/Eser (compiladores), *Schuld und Verantwortung: philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1983, pp. 27 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 2001, p. 150.

de imputación tiende a abandonar el campo de lo dominable o previsible. La previsibilidad de lo ocurrido deja, así, de operar como límite de la imputación en general, repercutiendo esa nueva perspectiva también en la imputación jurídico-penal (27).

En este escenario, la idea de la acumulación va a posibilitar que se imputen a la esfera individual acciones carentes en sí mismas de nocividad social, no siendo su lesividad, por tanto, públicamente perceptible, ni, por ello, reconocible al autor, sobre la base de que, según un juicio realizado por un observador dotado de mayor información empírica, la probabilidad de futura realización ulterior por un gran número pueda conllevar un considerable poder de destrucción. Esa probable lesividad global, cuya conformación causal escapa a las representaciones de la vida cotidiana, constituye la razón, o mejor, una de las razones capitales para que una conducta, relativamente inofensiva para el bien jurídico, se torne objeto de censura social y, en particular, de censura jurídico-penal. El fundamento de esa censura responde a un proceso colectivo en el que el agente sin duda participa pero cuyo desenlace en modo alguno domina.

Ese tránsito de situaciones del ámbito de responsabilidad colectiva a la responsabilidad individual suscita serios problemas en lo relativo a la responsabilidad jurídico-penal. No pongo en duda que la consecución de objetivos colectivos tales como la protección del medio ambiente o la salvaguarda de la calidad de los alimentos, pasa a veces por la alteración de los comportamientos individuales y por el aumento estratégico de áreas de responsabilidad individual. La ética de la civilización tecnológica (propia de autores como Jonas, Apel o Hönsle) viene proponiendo que al creciente poder causal de la acción humana, a la ampliación en el espacio y en el tiempo de sus efectos, le corresponda una ampliación de la responsabilidad. Sólo por medio de dicha ampliación es posible controlar la formación de grandes riesgos para la existencia y de evitar la destrucción futura de la vida sobre la Tierra. La reflexión colectiva y la ruptura con esa «ceguera ante el apocalipsis» a que el problema de los nuevos riesgos obliga, pasa por una alteración de los hábitos colectivos, por una reeducación de los comportamientos y, consecuentemente, por un aumento de las exigencias individuales. La cuestión está en saber si el Derecho penal actual, heredero de la Ilustración y en permanente racionalización a

(27) *Vid.* STRATENWERTH, «Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?», *ZStW* 105 (1995), p. 684, sosteniendo que la previsibilidad de un resultado lesivo deja de ser operativa como criterio de imputación; ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP* 2001, p. 150 señalando el surgimiento de una nueva orientación en las estructuras de atribución de responsabilidad que da más relevancia al poder causal de destrucción sobre la capacidad humana de prever los efectos de la acción.

través de la progresiva asimilación de estructuras morales, puede participar en dichas tareas. En otras palabras, si un Derecho penal equipado con tan severo material sancionatorio, centrado, por un lado, en la pena privativa de libertad y dotado, por otro, de un riguroso fundamento de validez y de un estricto código de aplicación, debe estar llamado a promover, con el refuerzo de la pena, la reeducación de los ciudadanos frente a la emergencia de esos nuevos riesgos y a partir de la lógica de las grandes cifras.

Relacionado con éste, aparece otro problema atinente a la propia fundamentación de la acumulación y a su relevancia penal: ¿puede la incriminación de un comportamiento asentarse sobre razones objetivas, sistémicas, que escapan a la percepción pública?; expresado de otro modo: ¿puede someterse a la amenaza de pena una conducta cuyo desvalor es invisible para la generalidad de los destinatarios sólo porque, según un pronóstico realista, la acción vendrá a ser realizada por una multitud de agentes? Podemos dar la razón a Hefendehl cuando pone de relevancia que la acumulación no es un problema de tipicidad sino de criminalización o, en similares términos, que es un problema de fundamentación y no de aplicación de tipos legales. Pero incluso con dicha asunción no puede ignorarse que los discursos de aplicación, siendo autónomos, no son impermeables a los discursos de fundamentación (28). La atribución de un comportamiento a alguien como su autor presupone, en un Derecho penal como el portugués, donde desde hace mucho impera el referente germánico (29), el recurso a un sistema dogmático que, si bien orientado a la resolución de casos concretos y no para dirimir cuestiones de validez o de obligatoriedad de las normas (30), permanece abierto a valoraciones de

(28) Sobre la distinción entre discursos de fundamentación y de aplicación en la Ética y en el Derecho, cfr. KLAUS GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit*, Suhrkamp, Frankfurt, 1988, especialmente pp. 55 y ss., y 62; HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991, pp. 113 y ss., y 137 y ss., acogiendo la distinción de su discípulo en el plano de la ética del discurso. La separación entre discurso de fundamentación y discurso de aplicación se opone a la tesis del discurso jurídico como caso particular del discurso moral defendida por Alexy –para una confrontación de ambas tesis, vid. ALEXY, «The special case thesis», *Ratio Juris*, vol. 12 (1999) núm. 4, pp. 377 y ss.

(29) Sobre la importancia de los referentes en la historia del Derecho penal portugués y en especial sobre la introducción entre nosotros del referente germánico, vid. FARIA COSTA, «Importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social», *RDE IX* (1983) núms. 1 y 2, pp. 3 y ss., y 43 y ss.

(30) Sobre las funciones de la dogmática vid. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt, 1983, pp. 326 y ss., destacando las funciones estabilizadora, progresiva, de descarga, técnica, de control y heurística; BURKHARDT,

mayor o menor grado de abstracción. Ello implica, entre otras cosas, que dicho sistema ni debe ser concebido ni debe asimilar figuras que sean contrarias a su fundamento de validez. En caso contrario se abrirían puertas y ventanas a una dogmática totalmente funcionarizada a la satisfacción de (toda clase de) necesidades de seguridad colectiva o de dirección social.

Si mis intuiciones son correctas, son inaplazables las siguientes cuestiones: En un Derecho penal democrático, que asimila las estructuras de recíproco reconocimiento entre ciudadanos que se autoconciben como sujetos libres, iguales, responsables y cooperantes, y que se organiza con base en los principios de proporcionalidad, de lesividad y de culpabilidad, ¿puede ser atribuida a alguien responsabilidad criminal por la realización de conductas que según las representaciones valorativas cotidianas o, si se prefiere, según la experiencia normativa de su mundo de la vida, son inofensivas? ¿Es admisible que sean relajadas o flexibilizadas las estructuras dogmáticas y los citados principios en aras de la promoción de una política de seguridad general, de reeducación en la defensa del medio ambiente o en la utilización disciplinada de los recursos naturales?

Antes de responder a las mismas, veamos qué problemas suscita el otro fundamento de la acumulación frecuentemente invocado.

b) **La micro-lesión del *free rider* y la reprochabilidad de su comportamiento calculador**

Retomando algunos argumentos de Feinberg, Wohlers localiza el fundamento de la idea de la acumulación en el desvalor de la contribución individual; más exactamente, en la caracterización de su autor como un *free-rider* o, en traducción libre, como un viajero sin billete (31). Éste se aprovecha injustamente de una ventaja en la medida en que explota el sentido cooperativo de los demás, esto es, explota en beneficio propio la circunstancia de que los demás cumplen las re-

«Geglückte und folgendelose Strafrechtsdogmatik», en: Eser/Hassemer/Burkhardt (compiladores), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, pp. 118 y ss., quien apunta las funciones constitutiva, de Estado de Derecho, de control, de descarga, técnica o didáctica, de consulta y de adaptación, negando, no obstante, que las mismas sean conjugables sin antinomias (pp. 119 y ss.) y que se encuentren todas cumplidas por la dogmática contemporánea (pp. 151 y ss.); KUHLEN, «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit», en: Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, pp. 58 y ss., quien, invocando a Hassemer, menciona una función crítica de la dogmática fruto de la penetración en ésta de una teoría crítica del Derecho penal moderno.

(31) Vid. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 319 y ss.

glas que sirven a la consecución de un objetivo o a la preservación de un bien colectivo. Como sostiene Feinberg, lo que es moralmente condenable del *free-loading* es que el infractor obtiene un beneficio mientras quienes cumplen con las normas, no obstante su superioridad moral, sufren una pérdida. Esta situación coloca el universo moral patas arriba: la deshonestidad es recompensada y la honradez y el civismo son penalizados o, por lo menos, no recompensados (32). La impunidad del comportamiento del *free-loader* dará lugar a que adquiera vigencia social la idea de que infringir las normas compensa. Siguiendo este presupuesto, Wohlers considera que el desvalor de tal comportamiento se asienta en la violación del principio de que todos tenemos iguales derechos y que la legitimidad de la sanción penal respectiva reside precisamente en el restablecimiento de la igualdad jurídica perturbada (33). Así, viene a trasladar el argumento moral al ámbito jurídico-penal: el *free-rider* obtiene una ventaja injusta a costa de las personas que cumplen, creando de ese modo una situación de desigualdad social que, dada la consagración constitucional y la función jurídicamente central del principio de igualdad, puede considerarse también de desigualdad jurídica. Y la eliminación simbólica de esa desigualdad se vincula, según Wohlers, a la intervención sancionatoria, y a la intervención penal en especial. Para este autor, la utilización de la sanción presupone o se enfrenta a dos aspectos problemáticos. Por un lado, la contribución cumulativa sólo debe ser vista como socialmente dañosa y, por ello, merecedora de pena, si los efectos perjudiciales de la acumulación superan el test de un análisis realista. Por otro lado, se plantea la cuestión de si una contribución cumulativa debe poseer una cierta gravedad mínima para ser considerada penalmente relevante (34). Planteamiento que permite concluir que la cuestión de la relevancia penal de la acumulación no puede desvincularse, en cualquiera de ambas perspectivas, de tener en cuenta el problema de las grandes cifras.

Aun cuando la frustración de fines colectivos o la violación de la igualdad jurídica no basten, como acabamos de ver, para justificar la calificación jurídico-penal de las contribuciones cumulativas, la verdad es que, según la perspectiva de fundamentación de que ahora nos estamos ocupando, es ahí donde, en buena medida, radica su desvalor. Vale la pena, pues, que nos detengamos en las cuestiones implicadas en tales argumentos. Presupuesto de la reprochabilidad de la conducta del *free-rider* es que todos o un gran número de personas

(32) Vid. FEINBERG, *Harmless wrongdoing*, pp. 202 y ss.

(33) Vid. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 321 y ss.

(34) Vid. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 322 y ss.

colabora en la persecución de un objetivo colectivo o contribuye a la preservación de un bien colectivo. Animada por un sentido cooperativo o por un espíritu cívico, la amplia mayoría observa las normas de comportamiento. Aceptando el desafío de Feinberg, imaginemos un país en el que no existen infracciones fiscales, en el que, por tanto, los ciudadanos son libres de pagar o no impuestos y en el que el 99 por 100 decide voluntariamente pagar. En ese fantástico país imaginario, dice Feinberg, poco o ningún daño colectivo puede ser causado por el 1 por 100 que escoge ser *free-loader* (35). Si un número suficiente de personas optase por la práctica de la evasión fiscal, el resultado sería socialmente dañoso, pero, en el ejemplo, ese margen no es relevante porque la gran mayoría decide colaborar en un objetivo común. Si de daño puede hablarse aquí, no es ciertamente un daño directo, centrado en la afectación actual de un bien colectivo, ya que, acogiendo la sugerencia de Andrew von Hirsch y Nils Jareborg, la situación de los habitantes de aquel país no pasa a ser efectivamente peor (36). Se trata, más bien, de un daño indirecto o potencial o, como sostiene Feinberg, de un principio de daño *fairly employed* (37). En realidad, cuando un *free-loader* obtiene un provecho injusto de la conducta cooperadora del resto de los ciudadanos, no causa directamente daño alguno a nadie, pero es si su conducta se generaliza cuando de ello se derivarán consecuencias lesivas para las instituciones sociales. El desvalor de la conducta del *free-loader* está en el aprovechamiento egoísta de la solidaridad ajena, en la producción ilegítima de una desigualdad social, no obstante lo cual, nos recuerda Feinberg, el fundamento último de las normas que prohíben ese tipo de conductas es proteger a la comunidad de posibles daños sociales (38).

Acéptese o no el concepto de daño potencial como sede última de la prohibición de la acción del *free-rider* (39), una cosa resulta evidente: dicha figura se entremezcla, pero no coincide con la de la acumulación. Ésta implica la práctica masiva actual de conductas que, a partir de un pronóstico realista, podrían perjudicar, si no fueran prohibidas, daños a determinados bienes jurídicos colectivos, mientras

(35) Vid. *Harm to others*, p. 226.

(36) Vid. «Gauging criminal harm: a living-standard analysis», pp. 7 y ss., apoyándose los autores en el concepto «standard of living» defendido por Amartya Sen, que incluye no sólo medios económicos, sino asimismo aspectos no económicos que afectan al bienestar personal.

(37) Vid. *Harm to others*, p. 227.

(38) Vid. *Harmless wrongdoing*, p. 211.

(39) Rechazado expresamente por WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 318 y 320.

aquella presupone una práctica generalizada de cooperación en la preservación de un bien colectivo y su reprochable aprovechamiento por alguno o algunos individuos (40). Es justamente porque la mayoría refrena sus intereses egoístas porque la conducta del *free-rider* no produce un daño efectivo en un bien. El pronóstico, necesario para acceder al problema del desvalor y consecuentemente a la prohibición de la conducta, se centra entonces en el análisis de las posibilidades de generalización futura de la propia conducta. Si, en el ejemplo empleado, el 99 por 100 practicase la evasión fiscal y el 1 por 100 pagase regularmente impuestos, o si, en una comunidad el 80 por 100 de las personas arrojava residuos orgánicos a los ríos, diríamos ciertamente que tal comunidad revela bajo niveles de organización, o que la importancia de los impuestos y de la preservación del medio ambiente aún no han encontrado eco en la conciencia colectiva, pero no caracterizaríamos a los actores como *free-riders* egoístas. Para que ello suceda es preciso que el comportamiento sea considerado socialmente dañoso, o que no sea disociable de la experiencia normativa de la comunidad acerca de lo lícito y lo ilícito y, por consiguiente, de los procesos sociales de formación de la conciencia. Sólo cuando a un comportamiento le fuera atribuible un desvalor que expresara un reproche por no colaborar en la preservación del bien colectivo o, si se prefiere, por la afectación o degradación de un bien colectivo —lo que en las sociedades democráticas coincidirá tendencialmente (aunque sin confundirse) con las actitudes y reacciones de la mayoría— debe recaer sobre él una prohibición y puede calificarse con ello a su autor como un *free-rider* o *free-loader*.

Desde este punto de vista, el problema del *freeloading* sólo surgirá en un contexto de acumulación cuando estén presentes dos condiciones cumulativas: la comprobación de que una acción está comprendida en un determinado mundo de la vida como práctica egoísta u obtención de una ventaja a costa de la tendencia cooperativa de la mayoría y, al mismo tiempo, la conclusión (realista) de que esa acción es practicada por un número lo suficientemente grande de personas como para que la continuidad de su permisión constituya una amenaza para una entidad simbólica que sea socialmente valorada como bien colectivo. Si se verifica la primera pero no la segunda condición no estaremos, en mi opinión, ante un supuesto de acumulación.

(40) También von Hirsch/Jareborg distinguen, dentro del problema de la ofensa a los bienes jurídicos colectivos, las situaciones de «acción cumulativa de múltiples autores» de las situaciones de *freeloading*, cuyo desvalor se establece no sobre la base del daño, sino de la «ventaja injusta». Cfr. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 11 (1991), pp. 33 y ss.

Sin embargo, el caso inverso, cuando concurra la segunda pero no la primera circunstancia, no nos aleja de dicho supuesto. Así, existen multitud de casos en los que el comportamiento de un gran número es explicable, no desde la perspectiva del *homo economicus* que procura extraer beneficios de una ventaja injusta, sino, por ejemplo, como una *práctica generalizada consolidada por el hábito*. Muchas conductas contaminantes son realizadas, como es sabido, en virtud de usos arraigados, que responden a una visión anticuada de las relaciones entre el hombre y la naturaleza.

La lógica del gran número es, en suma, determinante para la calificación de una situación como de acumulación y el problema de su desvalor debe ser entendido principalmente desde esa óptica. La conducta individual no es, como vimos, atentatoria de un bien en el sentido de que la misma disminuya efectivamente el valor de utilidad del bien para sus titulares, sino disfuncional en relación al bien, en el sentido de que aumenta la perturbación en el entorno del mismo. El desvalor fundamental de la contribución individual no es describible en términos de lesividad sino sólo en términos de disfuncionalidad. Y es la necesidad de proteger el bien colectivo también frente a comportamientos disfuncionales lo que lleva a establecer una prohibición por parte del ordenamiento, cuya vulneración funda un reproche basado en el rechazo del agente a preservar las condiciones de vigencia incólume del bien. El agente no pretende afectar el bien jurídico con su conducta, no sólo porque la misma es inocua para producir una disminución de su valor, sino también —cuando se trata de un *free-rider*— porque lo que guía la conducta del sujeto es la finalidad de obtener un disfrute de dicho bien en medida desigual, sin contrapartida y sin preocuparse de su preservación.

Ello es especialmente evidente en el caso del medio ambiente. Se trata de un bien jurídico colectivo susceptible de disfrute individual y, al mismo tiempo, consumible y deteriorable (41), esto es, que su disfrute masivo normal conduce a una degradación progresiva de sus componentes naturales. Su preservación no puede ser realizada a través de la prohibición total de las conductas contaminantes, so pena de la paralización de amplios sectores de la actividad social y económica. Por eso se hace necesario organizar jurídicamente su utilización, en particular estableciendo unos valores-límite (42) de contaminación

(41) En este sentido, cfr. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 112 y ss.; GA 2002, pp. 25 y ss.

(42) Sobre el concepto y la utilidad de la técnica de los valores-límite, vid. TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?*, NSfZ 1988, pp. 341 y 344 y ss.; ANABELA RODRIGUES, *Comentário Conimbricense*, anot. artículo

admisible. En este escenario, el *free-rider* sería aquel que pretende continuar beneficiándose de un medio ambiente saludable pero que al mismo tiempo admite sobrepasar esos valores-límite en provecho propio, o sea, no prescinde del beneficio que el bien puede derivarle, pero rechaza contribuir a su mantenimiento. De este modo, el reproche que se le dirige no se basa en la negación del debido reconocimiento a otro u otros participantes en la interacción social, sino en la asunción egoísta de la disfuncionalidad producida por la infracción de la norma jurídica.

Una vez expuesta la forma a mi modo de ver correcta de relacionar las dos fundamentaciones que, siguiendo a la mejor doctrina, sirven de base a la figura de la acumulación, hemos de retomar las cuestiones centrales de este trabajo. ¿Ofrecen las consideraciones anteriores argumentos suficientes para justificar la intervención del Derecho penal en el ámbito de la acumulación? ¿Es legítima la creación de delitos cumulativos a la luz de los criterios de justificación del Derecho penal?

III. VALIDEZ Y FUNCIONES DEL DERECHO PENAL EN LAS SOCIEDADES MODERNAS

1. Derecho penal y teoría de la sociedad

El discurso jurídico-penal actual refleja la confrontación entre dos modelos de Derecho penal (43), que a su vez se corresponden con dos concepciones distintas de la sociedad contemporánea y de las funciones que en ella desempeña el Derecho penal. Desde esta premisa, encontramos tanto concepciones que radicalizan uno de los dos modelos, adoptándolo con carácter exclusivo, como otras que intentan su armonización o integración. Pero incluso éstas no dejan de traslucir la prioridad de un modelo sobre otro (44), lo que refuerza el interés en su exposición y comprensión. Procuraremos aquí reconstruirlos en sus trazos esenciales, denominando uno de ellos como Derecho penal del reconocimiento recíproco, por asentarse en una legitimación de base

lo 279, § 40; SOUSA MENDES, *Vale a pena o Direito Penal do ambiente?*, AAFDL, Lisboa, 2000, pp. 131 e ss.

(43) Cfr. ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP* 1999, pp. 183 y ss.; *ADPCP* 2001, pp. 152-153.

(44) Elocuente a este respecto es el trabajo de MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Peter Lang, Frankfurt, 1994. Después de separar la descripción funcional del sistema social y de su subsistema penal de la reconstrucción normativa de la legitimidad de las normas penales, el autor hace prevalecer la primera perspectiva subordinando la norma de comportamiento y sus consecuencias a la norma de sanción y los fines de la pena.

intersubjetiva, y el otro como Derecho penal sistémico, por privilegiar la preservación y estabilización del organismo o de la totalidad social. El primero vincula el Derecho penal a la sociedad contemplada como mundo de la vida de los sujetos, a su experiencia social normativa (45). El segundo conforma el Derecho penal dentro de una sociedad concebida como sistema, normativamente cerrado y cognitivamente abierto, que reduce su complejidad interna a través de la diferenciación en subsistemas que preservan sus límites contra un entorno con el cual están en permanente relación y del que forma parte el individuo. El primero subordina la intervención penal a un discurso de validez, esto es, a estructuras práctico-éticas que remiten a un consenso de los sujetos participantes y que, a través de procesos de institucionalización, regulan la respectiva interacción. El segundo privilegia un discurso funcional (46), totalmente alejado de la perspectiva del participante y basado primordialmente en el análisis de funciones sociales objetivas de la pena y de la norma (47). En consecuencia, el primero configura el ilícito

(45) Sobre el concepto de mundo de la vida, originario de la fenomenología de Husserl, y desarrollado por el movimiento fenomenológico posterior, especialmente en vinculación con la hermenéutica y la teoría social, *vid.* HUSSERL, «Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transcendente Phänomenologie», en *Husserliana*, Tomo VI (editor Walter Biemel), M. Nijhoff, Haag, 1954, *passim*; GADAMER, «The science of the life-world», en *Philosophical Hermeneutics*, Univ. of California Press, Berkeley-London, 1977, pp. 182 y ss.; HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken*, pp. 87 y ss.; *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2.^a ed., Suhrkamp, Frankfurt, 1992, pp. 37 y ss.; WALDENFELS, *In den Netzen der Lebenswelt*, 2.^a ed., Suhrkamp, Frankfurt, 1994, pp. 129 y ss.; GÓMEZ-HERAS, *Ética y hermenéutica: ensayo sobre la construcción moral del «mundo de la vida cotidiana»*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, *passim*.

(46) Defiende la mayor relevancia de un discurso de esta naturaleza JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischen' Prinzipienendenken», *ZStW* 107 (1995), p. 853.

(47) Acerca de las funciones de la pena, *vid.* la orientación reciente de JAKOBS en «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor der Herausforderungen der Gegenwart», en: Eser/Hassemer/Burkhardt (compiladores), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, p. 50, quien, basándose en la distinción funcionalista entre funciones manifiestas y latentes (sobre dicha distinción *vid.* LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1984, p. 89; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Gremer, Ebelsbach, 1989, pp. 60 y ss.), afirma que la función manifiesta de la pena, consistente en la confirmación de la identidad social puesta en duda por el delito, no excluye el cumplimiento de funciones latentes o preventivas de la pena, tales como la orientación a la motivación por la norma (prevención general positiva) la intimidación (prevención general negativa), «y algunas otras». Jakobs aclara que no se trata de una jerarquización de los fines de la pena, sino de un diferente plano de sus funciones: funciones simbólicas o comunicativas y funciones empíricas o cognitivas, orientada cada una de ellas a un universo de destinatarios.

penal como negación insoportable del recíproco reconocimiento o, en términos más concretos, como afectación grave de los bienes jurídicos y de las normas de comportamiento que expresan ese reconocimiento, mientras que el segundo lo concibe como violación de la norma jurídico-penal, contemplada, no –o no tanto– como norma de comportamiento (mandato o prohibición), sino como normativa expectativa generalizada, que es defraudada por la conducta contraria y cuya estabilización contrafáctica es asegurada a través de la pena. Así, el primer modelo subordina el ilícito penal a la ofensa de bienes jurídicos dotados de un referente personal (determinado o difuso) y a un concepto de daño entendido como disminución del valor de un bien para su titular, confiriéndole una clara dimensión ética, mientras el segundo identifica el hecho punible como una grave perturbación de expectativas normativas que garanticen el subsistema jurídico-penal en el sistema social y, por tanto, como un «*quid*» valorativamente aséptico. Por otro lado, el primer modelo preconiza una estructura de imputación individual, sin ignorar el mundo de la vida del autor, y apoyada en los principios de proporcionalidad, de lesividad y de culpabilidad, mientras el segundo, en obediencia a necesidades de integración sistémica, promueve una flexibilización de aquellas estructuras y de estos principios, propugnando formas de responsabilidad objetiva, cuasiobjetiva (centrada en una previsibilidad potencial) y vicarial, en la cual se incluye precisamente la imputación basada en la acumulación de acciones similares de terceros (48).

De Anselm Feuerbach a Jakobs y Hassemer, pasando por Max Ernst Mayer y Welzel, se mantiene la idea de que el Derecho penal, entendido como ordenamiento normativo o como ciencia que lo estudia, está ligado a la realidad social, comprendida ésta como realidad de sentido. Si, con Habermas, concebimos la sociedad moderna como mundo de la vida y como sistema (49), tenemos que negar carácter homogéneo a esa realidad de sentido, y distinguir entre un sentido objetivo que resulta del intercambio de información entre el sistema social y su entorno y de la comunicación intrasistémica cifrada en có-

(48) Sobre este punto, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 28; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 2001, p. 153.

(49) *Vid.* HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, II, p. 179, donde afirma que «ya se parta con Mead del concepto fundamental de interacción social o con Durkheim del concepto fundamental de representación colectiva, en ambos casos la sociedad es concebida desde la perspectiva de los sujetos participantes como mundo de la vida de un grupo social. Desde otro prisma, la sociedad puede ser concebida a partir de la perspectiva de un observador no participante como un sistema de acciones, a las cuales les es atribuido un valor funcional de acuerdo con su contribución para la preservación del sistema»; *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Suhrkamp, Frankfurt, 1990 («Vorwort zur Neuauflage 1990»), pp. 35 y ss.

digos (binarios), y un sentido intersubjetivo establecido por la comunicación entre los sujetos que parten de una experiencia normativa común con base en la cual procuran llegar a marcos de entendimiento y a organizar su convivencia cotidiana. Mientras la sociedad vista como sistema aparece como una gran maquinaria compleja constituida con diversos engranajes que adquieren autonomía a partir de códigos propios y contribuyen, cada cual a su modo, al funcionamiento global, la sociedad concebida como mundo de la vida es indisoluble de la experiencia normativa de los sujetos, constituida por la participación en la discusión y elección de los valores y normas que conforman la gramática de la vida comunitaria. Por ello, mientras aquella perspectiva se centra en la funcionalidad objetiva de los mecanismos sistémicos, esta última privilegia la actividad con sentido normativo de los sujetos que se autocomprenden como libres, iguales y capaces de imputación (50), y aspiran a cooperar en el establecimiento de las bases de la convivencia, y en particular en la protección de objetos valorativos (derechos, bienes) que expresan e institucionalizan las relaciones de reconocimiento intersubjetivo, y en la definición de los principios y criterios que presiden la atribución de responsabilidad por la ofensa respectiva. A diferencia del sistema, el mundo de la vida posibilita la apertura a la normatividad práctico-ética y a una hermenéutica de las estructuras de reconocimiento recíproco que la integran.

Sin tener que cerrarse a la perspectiva sistémica y a consideraciones de funcionalidad, el Derecho penal moderno no puede prescindir de una teoría de la validez (51) de sus formas de intervención, ya se

(50) Sobre el concepto de persona bajo el presupuesto de los procesos democráticos y la importancia que en él asume la capacidad de imputación, *vid.* GÜNTHER, «Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts?», en: Brunthorst/Niesen (editores), *Das Recht der Republik*, Suhrkamp, Frankfurt, 1999, pp. 84 y ss.; defiende un concepto intersubjetivo de persona que conserva la base individual y evita ser reducido a construcción del sistema social, KARGL, «Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?: Anmerkungen zu den Rechtsphilosophischen Vorüberlegungen von Günther Jakobs», *GA* 1999, pp. 53 y ss.

(51) Por validez entiendo aquí, como puede inferirse, lo mismo que legitimidad o validez ética. Sigo en este punto la posición de Alexy, según la cual la noción de validez jurídica puede revestir tres significados: validez sociológica, que es lo mismo que decir eficacia o vigencia social; validez jurídica en sentido estricto, que se centra en la comprobación de si un acto jurídico fue dictado por un órgano competente, de acuerdo con un procedimiento previsto y no quebranta normas de grado superior; y validez ética, que apela a la idea de legitimidad o justicia. Cfr. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Karl Alber, Freiburg-München, 1992, pp. 139 y ss. El concepto de validez jurídico-penal alude, por tanto, a las condiciones de justicia o legitimidad de la intervención penal, es decir, a la fundamentación de ésta según criterios de razón práctico-ética.

trate de la creación de tipos incriminadores, ya de la conminación y aplicación de penas, ya, a otro nivel, de la determinación de las estructuras o categorías nucleares que componen el sistema de imputación jurídico-penal. La ausencia de una teoría de validez abandona el Derecho penal a la funcionalización y la administrativización, por un lado, y a la flexibilización de las estructuras de imputación (52) y a la lógica del Derecho penal del enemigo (53), por otro. Afirmaciones como la de que el Derecho penal sirve a la autopreservación del sistema social a través del refuerzo sancionatorio de expectativas normativas contingentes que lo componen (54), lo mismo que la –más común– de que el fin del Derecho penal es la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, no impiden, sino que, por sí mismas, antes confirman aquellas distorsiones de un modelo democrático de Derecho penal. Una y otra nada dicen acerca de cuáles han de ser las normas que merecen estabilización contrafáctica y de cuáles han de ser los bienes jurídico-penales dignos de protección subsidiaria. Normas y bienes jurídicos son conceptos manipulables, como muestra la multiplicidad de significados con que son empleados en la doctrina (55),

(52) Sobre estos (y otros) síntomas de degeneración del Derecho penal moderno, cfr. HASSEMER, «Symbolische Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *NSiZ* 1989, pp. 554 y ss.; «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», *ZRP* 1992, pp. 380 y ss.; VORMBAUM, «Politisches Strafrecht», *ZStW* 107 (1995), pp. 737 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 99 y ss.

(53) Sobre el Derecho penal del enemigo, aceptándolo resignadamente, JAKOBS, «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft», pp. 51 y ss. *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 163 y ss.

(54) En este sentido, *vid.* JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), pp. 844 y 849.

(55) Sobre la pluralidad de significados con que se emplea la noción de bien jurídico, *vid.* STRATENWERTH, «Zum Begriff des “Rechtsgutes”», *Festschrift für Lenckner zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 1998, pp. 378 y ss. Sobre la definición de la norma como deber ser de la dirección de conductas y/o como expectativa normativa institucionalizada, *vid.* LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981, pp. 73 y ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns, Köln-München, 1999, pp. 184 y ss.; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrations- prävention: Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Peter Lang, Frankfurt-Wien, 1998, p. 64; SILVA DIAS, «O retorno ao sincretismo dogmático: uma recensão a Heiko Lesch, *Der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision*, ed. Carl Heymanns, Köln-München, 1999», *RPCC* 11 (2001), pp. 326 y 332 y ss. Sobre la caracterización de las normas como normas de comportamiento y como normas de sanción, *vid.* KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, Frankfurt, 1989, pp. 336 y ss. y 349 y ss.; «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto», en: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo: Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 442 nota 1; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, AT, § 5 núm. 27; RUDOLPHI, «Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen», en: Schünemann (compilador), *Grundfragen des modernen Strafrechts-*

y la reducción de posibilidad de manipulación sólo se alcanza, a mi entender, interpretándolos a la luz de una teoría de la validez jurídico-penal. En nuestro mundo de la vida social esta teoría de la validez habrá de ser indisociable de un «ethos» democrático y de una noción que a su vez estructura éste: el del reconocimiento recíproco.

2. Validez jurídico-penal y reconocimiento intersubjetivo

El reconocimiento recíproco es un concepto clave para concebir las sociedades modernas y los fundamentos de su respectivo ordenamiento jurídico. Heredero de la idea de respeto que marca la ética kantiana, es con Fichte y Hegel (sobre todo con el joven Hegel del período de Jena) con quienes la noción de reconocimiento gana solidez como tema de filosofía práctica. El primero le atribuye una dimensión intersubjetiva (56) y un papel fundador del ordenamiento jurídico de la comunidad: la relación jurídica es concebida como relación de reconocimiento y la validez de la intervención penal es contempla-

systems, Gruyter, Berlin-New York, 1984, pp. 71, 75 y ss. y 78 y ss.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 141; HAFFKE, «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal», en: Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal: libro-homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 129 y ss. En relación con la discusión sobre el significado de las normas de determinación y normas de valoración, vid. MEZGER, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 3.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin-München, 1950, §19, I (pp. 163 y ss.); ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 3.^a ed., Gulbenkian, Lisboa, 1977, pp. 46 y ss.; EDUARDO CORREIA, *Unidade e pluralidade de infracções*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 93; FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 1978, pp. 129 y ss.; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 44; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, p. 143; SCHÜNEMANN, «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», en: Schünemann (compilador), *Grundfragen*, pp. 61 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 334 y ss.; GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal: introducción*, FDUC, Madrid, 2000, pp. 272 y ss.

(56) Vid. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, en Fichtes Werke, III, de Gruyter, Berlin, 1971, especialmente, pp. 39 y ss., 52 y ss., 85 y ss. y 260 y ss.; Vid. además sobre el reconocimiento recíproco en Fichte, TUGENDHAT, *Vorlesungen über Ethik*, Suhrkamp, Frankfurt, 1993, p. 276; HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken*, pp. 198 y ss., afirmando que la filosofía de Fichte, partiendo del «círculo de la filosofía de la conciencia», contiene ya el germen de una filosofía de la intersubjetividad; HONNETH, *Unsichtbarkeit: Stationen einer Theorie der Intersubjektivität*, Suhrkamp, Frankfurt, 2003, pp. 28 y ss., subrayando la importancia de la teoría fichteana de la exhortación a libertad por el otro como condición de la constitución dialéctica de la auto-conciencia; PUNZI, *Il dominio della comunicazione e la comunità assente: riflessioni filosofico-giuridiche su Adorno e Fichte*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 76 y ss.

da en este contexto (57). Hegel, por su parte, otorga al reconocimiento una dimensión histórica y construye a través de la noción una gramática de los procesos y de los conflictos sociales, incluido el delito, que es analizado a la luz del binomio negación/lucha por el reconocimiento (58). En ambas formulaciones filosóficas, el reconocimiento recíproco señala, en el campo de la teoría moral, el fin de las filosofías del sujeto y la irrupción de las filosofías (no metafísicas) de la intersubjetividad. En nuestros días, autores tan importantes como Charles Taylor (59), y Axel Honeth (60) han dado continuidad a esta orientación, haciendo de la comprensión de las estructuras de reconocimiento, de la negación del reconocimiento y de la lucha por su obtención, la piedra angular de una teoría de la justicia ajustada a las sociedades modernas. Estas contribuciones teóricas han desarrollado y actualizado las líneas de continuidad entre las estructuras normativas de reconocimiento y las experiencias sociales de desprecio o vulneración de respeto. Por su parte, penalistas como Zaczyk (61), Frisch (62) o Seelmann (63) han debatido y profundizado en sus implicaciones para el ámbito de la fundamentación y configuración del hecho punible y el de las estructuras nucleares de imputación.

Desde esta línea, considero que en las sociedades contemporáneas –sociedades post-industriales y de riesgo, pero también democráti-

(57) Sobre la cuestión relativa a la justificación del Derecho penal en el pensamiento de Fichte, *vid.* especialmente ZACZYK, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, Duncker & Humblot, Berlín, 1989, pp. 90 y ss.

(58) *Vid.* HEGEL, *O sistema da vida ética*, Edições 70, 1991, pp. 43 y ss. y 83 y ss. Sobre la relación entre el delito y la negación del reconocimiento en el llamado período de Jena de Hegel, *vid.* HONNETH, *Kampf um Anerkennung: zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992, p. 36 y ss.; SEELMANN, «Wechselseitige Anerkennung und Unrecht: Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?», *ARSP* 79 (1993), pp. 228 y ss. Sobre el problema del reconocimiento en *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, puede verse SCHILD, «Anerkennung als Thema in Hegels "Grundlinien der Philosophie des Rechts"», en: Schild (compilador), *Anerkennung*, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2000, pp. 37 y ss.; HONNETH, *Leiden an Unbestimmtheit*, Reclam, Stuttgart, 2001, en especial, pp. 79 y ss.

(59) *Vid.* «The politics of recognition», en Gutmann (editor), *Multiculturalism and «the politics of recognition»*, Princeton Univ. Press, Princeton-New Jersey, 1992, pp. 25 y ss.

(60) *Vid.* *Kampf um Anerkennung, passim; Das Andere der Gerechtigkeit: Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt, 2000, pp. 88 y ss. y pp. 171 y ss.

(61) *Vid.* especialmente *Das Unrecht der versuchten Tat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pp. 165 y ss.

(62) *Vid.* «Straftat und Straftatsystem», in Wolter/Freund (compiladores), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamte Strafrechtssystem*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, pp. 145 y ss.

(63) *Vid.* *Wechselseitige Anerkennung und Unrecht*, p. 232 y ss.

cas— la validez jurídico-penal permanece internamente ligada al presupuesto normativo estructurante de nuestro mundo de la vida que es el reconocimiento intersubjetivo. Éste conforma dicha validez desde dos frentes. Por un lado, en la justificación de la intervención penal y, por extensión, en la definición material del hecho punible. Por otro, en la construcción de los principios que formalizan y limitan aquella intervención. Veamos sucintamente cada uno de los dos aspectos. En lo que al primero respecta, el punto de partida viene constituido por la simple deducción de que siendo las estructuras normativas que establecen e institucionalizan el reconocimiento en las relaciones sociales decisivas para la preservación de la interacción comunicativa cotidiana y para la realización de las personas en ella, y estando dichas estructuras permanentemente expuestas a amenazas, algunas de las cuales poseen un elevado grado de lesividad y son susceptibles de producir una considerable desagregación social, se revela necesario reforzar su protección a través de los medios sancionatorios más severos de que dispone la comunidad: las penas, a la cabeza de las cuales figura la privación de libertad. Función social del Derecho penal es, pues, la tutela de las estructuras normativas de reconocimiento recíproco, que merecen la calificación de bienes jurídicos fundamentales de la comunidad, frente a formas insoportables de agresión. Vinculados al reconocimiento intersubjetivo, estos bienes jurídicos, sean individuales o supraindividuales en relación a su titularidad, no pueden dejar de poseer un referente personal. Del mismo modo que el reconocimiento es el mecanismo constitutivo y regulador de las relaciones entre los sujetos, sean éstas directas o indirectas (64), los bienes jurídicos que integran y dan solidez institucional al orden de reconocimiento son bienes de las personas, que expresan sus necesidades básicas en la interacción cotidiana y poseen, por ello, un elevado va-

(64) Ciertamente, me refiero a las relaciones comunicativas entre sujetos libres y responsables, no a las relaciones anónimas como las relaciones sociales dirigidas por mecanismos sistémicos. En los contactos sociales indirectos el sujeto es el «cada uno» de que habla RICOEUR en *Le juste*, Éditions Esprit, Paris, 1995, p. 37, un «pronombre impersonal pero no anónimo». El «cada uno», o «contemporáneo», es «gente viva real», alguien indeterminado pero de «carne y hueso», mientras el anónimo es una pura abstracción y su papel social una mera construcción. A través de esta diferenciación se evita o, al menos, se reduce la posibilidad de confusión entre sujetos que interactúan y los papeles sociales o los entes colectivos abstractos, como el orden público, la economía o la nación, a los cuales se llega por un aumento exponencial del grado de anonimato. Esta diferencia tiene importantes consecuencias dogmáticas en el nivel de la determinación de los conceptos de víctima, de daño y de bien jurídico-penal. Una utilización de la distinción entre relaciones intersubjetivas directas e indirectas en la doctrina penal, y centrada en la constitución de los bienes jurídicos puede verse en ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, pp. 170 y ss.

lor ético-práctico. Y a la atribución de ese valor no son ajenas las amenazas que en cada momento histórico representa la acción humana. El aumento de poder de la acción humana a que asistimos en las sociedades occidentales de nuestros días, que resulta de un progreso combinado de ciencia y técnica dirigido por la razón instrumental (65), es responsable, en parte, no sólo del surgimiento de nuevas amenazas contra bienes «clásicos» ya institucionalizados social y jurídicamente, sino también de la irrupción de nuevas necesidades humanas y de nuevos bienes, que poco a poco van adquiriendo autonomía, sedimentación social y mayor nitidez en sus contornos.

El hecho punible se caracteriza, en buena medida, por constituir una afección grave a esos bienes jurídicos, la cual, a su vez, consiste, como ya dijimos, en una disminución del valor de tales bienes para su titular o titulares. En otras palabras, podemos afirmar en este sentido un daño cuando la conducta produce una modificación a peor de la situación jurídico-social de las personas. Ese daño penal originario (66) surge allí donde es afectada la relación entre un bien y su titular o titulares, lo que puede darse, empleando nociones comúnmente usadas en la doctrina, tanto en las situaciones de puesta en peligro [incluido el peligro abstracto, pero no el peligro presunto (67)], como en las situaciones de lesión. Presupuesto del daño es, así, la existencia de una relación de disfrute entre personas y objetos a los que aquéllas atribuyen un valor relevante. La limitación o privación de esta relación —que constituye el substrato real del bien jurídico— erige un obstáculo en las posibilidades de realización individual y social de las personas, que de este modo ven negado su debido reconocimiento. En última instancia, el injusto penal tiene frente a alguien un significado de negación del reconocimiento que ese alguien y la comunidad a la

(65) Vid. sobre esta combinación y su relevancia en la crisis de las sociedades postindustriales ANSELMO BORGES, *O crime económico*, pp. 18 y ss.; HÖSLE, *Philosophie der ökologischen Krise*, Beck, München, 1991, pp. 43 y ss.

(66) En la tradición de la teoría liberal del daño derivado del delito, caracterizo este daño como un daño inmediato, entendido como menosprecio comunicativo expreso en el atentado a un bien jurídico, y lo diferencio del daño mediato, concebido como la perturbación o desestructuración del orden social entendido como orden de reconocimiento. Este último constituye, en última instancia, una proyección simbólica del daño inmediato en la vida comunitaria. Sobre la distinción entre daño inmediato o sensible y daño mediato, reflejo o moral del delito, vid. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, ed. Il Mulino, Bologna, 1993, § s. 102 y ss., 187 y ss. y 540 y ss., quien, no obstante, califica como daño típicamente jurídico-penal al daño mediato y atribuye al inmediato consecuencias meramente civiles.

(67) Sobre la diferencia entre peligro abstracto y peligro presunto, vid. SILVA DIAS, «Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor», in *RPCC* 8 (1998) pp. 524 y ss.

que pertenece esperan que sea prestado. Por último, para que tal injusto sea reprochable personalmente a su autor y le pueda ser imputado a título de culpabilidad, es necesario que a su realización pueda serle atribuido un sentido de deslealtad comunicativa (68).

Como acabo de defender, la intervención penal sólo adquiere razón de ser cuando un determinado hecho merece ser calificado, en un cierto mundo de la vida, como una negación de reconocimiento intersubjetivo y su comisión puede ser vista como expresión de una deslealtad comunicativa. Sólo entonces puede la comunidad racionalmente permitir que el autor de ese hecho sea privado de un bien tan esencial como la libertad. En este sentido, la validez jurídico-penal depende también de los límites de atribución de responsabilidad. Principios tan esenciales como el de proporcionalidad, de lesividad o de culpabilidad, que se asientan en la base del orden jurídico-constitucional portugués, poseen en esta materia un importante campo de aplicación. El artículo 18.2 de la Constitución portuguesa acoge los dos primeros. Para lo que ahora nos interesa, podemos extraer del precepto dos enunciados esenciales. De una parte, sólo es legítima la restricción de derechos, libertades y garantías cuando los bienes o intereses a salvaguardar tengan rango constitucional. De otra parte, dicha restricción ha de ser necesaria para esa salvaguarda, teniendo esta exigencia un doble significado: los valores que se protegen deben pertenecer al mismo orden de importancia que los valores que se restringen, por un lado; y debe poderse concluir que no existen otros medios de tutela disponibles menos restrictivos de derechos y libertades, por otro.

Para el ámbito de criminalización se derivan las limitaciones siguientes. En primer lugar, y teniendo en cuenta que el Derecho penal actual se centra fundamentalmente en la privación de libertad (69), la creación de tipos incriminadores y la conminación con la pena sólo es constitucionalmente legítima cuando se trata de proteger bienes jurídicos de la misma naturaleza, esto es, bienes jurídicos dotados de referente personal, sea individual (vida, integridad física, etc.) o difuso (medio ambiente saludable, calidad de los bienes de consumo, etc.) (70). En segundo lugar, y considerando que la privación de

(68) Sobre el sentido y alcance de la deslealtad comunicativa como fundamento del reproche de culpabilidad, *vid.* KINDHÄUSER, «Rechtstreue als Schuldkategorie», in *ZStW* 107 (1995), especialmente pp. 725 y ss.

(69) En este sentido, *cfr.* FRISCH, *Straftat und Straftatsystem*, pp. 148 y ss., subrayando que tras toda pena está presente, en última instancia, una afección de la libertad.

(70) Así, PADOVANI, *Diritto Penale*, 6.^a ed., ed. Giuffrè, Milano, 2002, p. 79; FIANDACA, «Controllo di razionalità e legislazione penale», en: *Il Diritto Penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, p. 99.

libertad conlleva la restricción de un bien jurídico fundamental, la medida de esa restricción debe corresponder a la medida de la ofensa al bien jurídico tutelado. Quiere esto decir que no es constitucionalmente legítimo conminar con la privación de libertad, amenazar con tal consecuencia jurídica, si no fuera perceptible socialmente la lesividad (inmediata) del comportamiento, esto es, si no contara el tipo inculpativo con elementos que, a través de su interpretación, permitan concluir que el comportamiento en cuestión representa, de un modo u otro, una disminución del valor del bien para su titular. Sin un menoscabo o un daño a un bien jurídico dotado de un referente personal, no sólo decae el presupuesto para amenazar con la restricción del bien jurídico personal que es la libertad, sino que además falta uno de los términos de la comparación para determinar la medida de esa restricción (71). En esta aplicación del principio de proporcionalidad reside un fundamento correcto del principio de lesividad. Finalmente, el precepto constitucional impone además al legislador penal que analice todos los medios de control social de comportamientos lesivos disponibles antes de echar mano de la pena de privación de libertad (principio de necesidad de pena o de *ultima ratio* de Derecho penal). En estas consideraciones entran ponderaciones de utilidad y de eficacia de las penas (72); y desde la comprobación de dichos presupuestos, si se concluye que existe un medio de reacción tan o más eficaz que el medio penal y menos oneroso para los derechos y libertades, el legislador no debe recurrir a la pena.

(71) En este sentido, FRISCH, *Straftat und Straftatsystem*, pp. 148 y ss. Este autor sostiene que «dado que la pena opera como una agresión relevante en los planos de la vida y de la realización del individuo, sólo puede ser considerado como hecho punible algo que aparezca como expresión de un no reconocimiento de condiciones esenciales de la vida y de la realización personal y, en esa medida, posea cierta relevancia lesiva. El no reconocimiento, traducido en el sacrificio o en la coacción de determinados derechos del autor, sólo puede legitimarse cuando el autor ha negado asimismo el reconocimiento de los derechos de otro de forma comparable y, de ese modo, ha negado a la víctima su reconocimiento como sujeto de Derecho». Frisch concreta un poco más su pensamiento resaltando que «si con la pena tiene lugar siempre un menoscabo de la libertad (...), entonces sólo puede aparecer como hecho punible una conducta que exprese un no reconocimiento de la libertad de otro o de un bien jurídico equiparable y que afecta a estos bienes de modo comparable a como lo hace la pena, privativa de libertad, en última instancia». De ello llega Frisch a la conclusión –a la cual me adhiero sin reservas– de que deben ser apartados de la tutela penal intereses relacionados con la «capacidad funcional de determinados subsistemas» (*op. cit.*, p. 150).

(72) Sobre la racionalidad utilitarista como orientación las consecuencias, y, en particular, sobre la relación de dicha racionalidad con el análisis (empírico) de los costes y beneficios de la pena, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 1999, pp. 178 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Eficiencia y Derecho penal», *ADPCP* 1996, pp. 93 y ss.

El principio de culpabilidad, por su parte, según el cual no hay pena sin culpabilidad y la medida de la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad, se deriva del principio de la dignidad de la persona que figura en el artículo 1 de la Constitución portuguesa como pilar fundamental del Estado democrático (73). Reconocer en el agente alguien que es también un ciudadano libre significa, en este contexto, que está vedado dirigirle una censura y, en consecuencia aplicarle una pena que va más allá de la medida de su intervención personal en el hecho lesivo, esto es, la producción del desvalor constituido por la negación del reconocimiento debido a otros ciudadanos. Castigar al agente independientemente de su culpabilidad significaría tratarlo como un medio para la consecución de fines ajenos, meramente preventivos, y no como un fin, violando de ese modo su dignidad y, por extensión, su reconocimiento como persona (74).

La validez jurídico-penal, constituida por los fundamentos y límites del *ius puniendi* acabados de enunciar, constituye una barrera infranqueable a la creación de responsabilidad criminal fundada en la preservación de funciones sistémicas, en la prosecución de políticas de conducción social, en la necesidad de asegurar la vida de las generaciones futuras, etc. No porque se trate de finalidades ilegítimas o de tareas carentes de relevancia social, ni porque exista una especie de pureza penal clásica o liberal que imponga al Derecho penal el rechazo de esos cometidos, sino simplemente porque su consecución por medios penales quedaría fuera de ese marco de validez, lo que a su vez conllevaría consecuencias perversas e inaceptables. De una parte, la desvinculación del Derecho penal de la experiencia normativa de la comunidad, en particular de la experiencia de desvalor constituida por la negación del reconocimiento o, dicho más concretamente, de la experiencia intersubjetiva de daño. De otra, la estabilización o institucionalización de la resolución de conflictos y de problemas sociales a

(73) En este sentido, *vid.* en la doctrina y jurisprudencia portuguesas el *Acórdão do TC núm. 426/91*; FERNANDA PALMA, *Direito Penal, PG, AAFDL*, Lisboa, 1994, p. 62, para quien la culpa se deduce de la esencial dignidad humana y del derecho a la libertad (arts. 1 y 27 de la Constitución de Portugal). En las doctrinas constitucionales y penal alemanas *vid.* Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, 7.ª ed., Beck, München, 1991, artículo 1, núms. 28 y 31 y ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, AT, §12 núms. 32 y 34.

(74) La dignidad humana tiene aquí un sentido kantiano de valor en sí, por oposición a un valor de cambio. Cfr. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*, Atlântida, Coimbra, 1960, p. 76, donde se pone de manifiesto que «en el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene un precio puede ser sustituido por algo equivalente, pero lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad».

costa de la libertad de las personas. Ambas consecuencias terminarían por traducirse en una pérdida de legitimidad y de aceptación social de la intervención penal.

Dicho esto, falta responder a una última cuestión: ¿Respetaría la creación de delitos de acumulación dicho marco de validez? A mi entender, la respuesta ha de ser negativa. Veamos por qué.

III. VALIDEZ JURÍDICO-PENAL Y ACUMULACIÓN: UNA RUPTURA ANUNCIADA

En lo que respecta a la correspondencia entre el delito acumulativo y la imagen del hecho punible que sirve de fundamento a la intervención penal, me parece claro que falta por completo. El delito cumulativo pretende conciliar el carácter individual de la responsabilidad criminal con un fundamento de imputación colectivo; mejor, con un fundamento asentado en los efectos probables de la acción colectiva. En sí misma considerada, cada acción singular carece de lesividad, no produce disminución alguna del valor de un bien para su titular, por lo que no afecta mínimamente a la vigencia de un objeto valorativo donde se encarna el reconocimiento recíproco (75). Quien orina en un río o quien lava la ropa en un lago con detergente «enemigo» del medio ambiente, puede contribuir, si un número considerable de otros individuos hiciera lo mismo, a la contaminación global de esas masas de aguas, pero la verdad es que su conducta, incluso cuando fuera reiteradamente practicada por el mismo sujeto, jamás produciría ese efecto. El disfrute (económico o lúdico) de esas aguas por parte de las personas interesadas en el mismo no se ve perjudicado y su vida no se ve modificada a peor (76). Careciendo de esa dimensión

(75) Es el mismo Kuhlen quien afirma que, en rigor, en los delitos de acumulación no se verifica un peligro abstracto, ya que, mientras que en que en éstos tiene que ser comprobada una aptitud abstracta de la acción para producir la lesión, como ocurre en la conducción en estado de embriaguez, en aquéllos basta comprobar la expectativa realista de que sin una prohibición respaldada con la sanción la acción sería realizada por un gran número de personas. *Vid.* ZStW 105 (1993), pp. 698 y 716, nota 93. Sobre la cuestión de la ausencia total de peligrosidad de la acción cumulativa y sus implicaciones, v. KINDHÄUSER, *Rechtstheoretische Grundfragen*, p. 976, nota 21.

(76) Otra cosa puede afirmarse, por ejemplo, en los casos de vertido en el mar del crudo de un petrolero o del vertido de una elevada cantidad de residuos orgánicos en un río. El problema es que los tipos como el artículo 279 del Código penal portugués, conformados a partir de la desobediencia administrativa y no en el resultado material de la contaminación, carecen de esa dimensión de lesividad y engloban, así,

de daño, falta la experiencia de ausencia de respeto, de negación de reconocimiento que sustenta el ilícito genuinamente penal. De este modo, para que cada una de estas conductas sea tenida como una infracción, obedeciendo a la lógica de las grandes cifras, es necesario recurrir a un modelo de violación de un deber basado en valores-límite, esto es, al modelo propio de un ilícito de desobediencia. Pero éste no encontraría resonancia en el fundamento de legitimidad penal.

Por otro lado, la contribución singular no revela la deslealtad comunicativa que justifica la censura de culpabilidad jurídico-penal. Ni siquiera a la actitud propia del *free-rider*, cuya problemática, como vimos, se entrecruza con la de la acumulación, puede atribuírsele, sin más, aquel tipo de censura. El *free-rider* es un egoísta racional que se substrahe al cumplimiento de prestaciones colectivas para maximizar su propio interés, aquel que por ejemplo beneficia el mantenimiento de la calidad de las aguas resultante de que la mayoría de las personas se abstengan de lavar la ropa en el río, y que el *free-rider* deja de cumplir para, por ejemplo, economizar gastos. Su motivación responde a la propia del *homo economicus*, que dirige su acción según los parámetros de una racionalidad instrumental. Así, actúa eligiendo los medios que le permitan aumentar los beneficios y disminuir los gastos, siendo más o menos indiferente al hecho de que otros respeten o no el bien colectivo. Que la mayoría lave la ropa en el río o que lo deje de hacer sacrificándose en aras de una mejor calidad del agua no hará que el *free-rider* modifique su pauta de actuación en tanto ello sirva a su interés. La conducta de terceros (del Estado o de otros individuos) sólo le es relevante en la medida en que interfiera en el cálculo de costes y beneficios. Siendo así, su motivación egoísta, por sí sola, no tiene un significado de deslealtad comunicativa. La reprochabilidad de su actividad individual sólo es comprensible como desobediencia, o mejor, como contrariedad a un deber jurídico regulador de las formas de utilización de cursos de agua, impuesto para la salvaguarda anticipada del bien colectivo.

Se deriva también de lo dicho la improcedencia de dos estrategias argumentativas dirigidas a la justificación de la pena en estos casos.

tanto conductas dañosas como inofensivas —una demostración (directa o indirecta)— de esta cuestión puede verse en FERNANDA PALMA, «Direito Penal do Ambiente — uma primeira abordagem», en: INA (editor), *Direito do Ambiente*, Lisboa, 1994, p. 444; «Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente», en: *Estudos comemorativos do 150.º aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, ed. Ministério da Justiça, Lisboa, 1995, pp. 209 y ss.; SOUSA MENDES, *Vale a pena o Direito Penal do ambiente?*, pp. 146 e ss.; COSTA PINTO, «Sentido e limites da protecção penal do ambiente», *RPCC* 10 (2000) núm. 3, p. 382; ANABELA RODRIGUES, *Comentário Conimbricense*, anot. artículo 279, § 47.

Una considera que la pena puede funcionar como contra-estímulo a la actuación del *free-rider*, pues forzosamente la contabilizará como un costo de su actuación, siendo disuadido de actuar (77). Esta tesis es inaceptable, no sólo porque implica reconocer que la conminación y aplicación de las penas obedecen a una pura lógica de eficacia, o sea, a una «*Zweckrationalität*», desvinculada de la cobertura axiológica de una «*Wertrationalität*», sino también por motivos inherentes a la propia eficacia concreta de la pena (78). En el cómputo de costes y beneficios de la actuación, lo relevante, más allá del tipo de pena que se aplique, es la posibilidad de ser descubierto, y en el caso de infracción de normas que protegen bienes colectivos, dicha posibilidad, como el mismo Kühlen admite, es considerablemente baja (79). La otra línea de argumentación se orienta en el sentido de conferir a la pena en este ámbito funciones promocionales, de inculcación de nuevos valores en la conciencia colectiva o, dicho de otra forma, de promoción de nuevas normas de comportamiento relacionadas con la protección del futuro (80). Esta concepción se enfrenta a dos tipos de objeciones. Por un lado, se apoya en la creencia, como mínimo discutible, de que la pena puede desempeñar una función pionera en la formación de la conciencia, una «*sittenbildenden Kraft*» (81). Por

(77) En este sentido, *vid.* KÜHLEN, *ZStW 105* (1993), p. 721, reconociendo que la eficacia de la prevención general negativa de la pena está circunscrita al modelo del *homo oeconomicus* y que hay espacio para la afirmación de una función de prevención general positiva en el ámbito de la protección de bienes colectivos, en particular del medio ambiente.

(78) Sobre la cuestión, criticando la prioridad o exclusividad de una racionalidad instrumental en la justificación de la pena, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, p. 93; ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP 1999*, p. 185.

(79) *ZStW 105* (1993), p. 721, nota 117, y p. 725.

(80) Abiertamente en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 4.^a ed., Ed. Carl Heymanns, Köln-München, 2000, § 2 núm. 3, para quien «si el Derecho penal está llamado a reaccionar de forma diferenciada ante la evolución global de la sociedad, debe entonces poder asumir una función pionera [*«Schrittmacherfunktionen»*], a la hora de combatir las nuevas amenazas de importantes bienes esenciales a través del refuerzo de nuevas normas de comportamiento, por ejemplo en el ámbito del medio ambiente o la tecnología genética».

(81) Para un planteamiento acerca de la aceptabilidad de esa función pionera o de vanguardia en la formación pedagógico-social de la ciudadanía por parte del Derecho penal, *vid.* PALIERO, «*Minima non curat praetor*»: *hipertrofia del Diritto Penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, pp. 123 y ss.; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 148 y ss., refiriéndose (críticamente) a la función promocional de las normas penales; CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, Cedam, Padova, 1988, pp. 383 y ss.; CADOPPI/VENEZIANI, *Elementi di Diritto Penale, PG*, Cedam, Padova, 2002, p. 88; MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, 1, 3.^a ed., Giuffrè, Milano, 2001, pp. 422 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, pp. 300 y ss.;

otro lado, ello implica una forma inadmisibles de moralismo jurídico. Moralismo jurídico porque confiere al Derecho penal y, en particular, a la pena la función de crear censuras morales donde no existen previamente. Inadmisibles porque pretende que esa función sea realizada precisamente a través de sanciones más restrictivas de derechos y libertades que las sociedades poseen, desatendiendo de esta forma los límites que el Estado de Derecho impone a la intervención penal.

Si la figura del delito cumulativo es inaceptable en relación al fundamento de la intervención penal, como vimos, a idéntica conclusión hemos de llegar si lo enfrentamos a los principios limitadores de dicha intervención. Desde luego, no respeta el principio de ofensividad, pues, por las razones antedichas, la contribución individual es incapaz de afectar al bien jurídico. Sólo la suma de otras contribuciones puede producir ese efecto. La punición de la acción cumulativa tiene por base, por tanto, su disfuncionalidad como perturbación del entorno o del ámbito previo del bien jurídico. Esa disfuncionalidad constituye la exteriorización social de una dimensión interna, relativa al Derecho, que es la infracción de un deber de ordenación. Todo ello apunta hacia una similitud estructural entre el delito cumulativo y la infracción administrativa (82). En segundo lugar, también es vulnerado el principio de proporcionalidad, en tanto la conminación de la privación de libertad como sanción por la realización de una conducta inocua para un bien jurídico constituye, sin duda, una opción incompatible con la prohibición de exceso (83).

Por último, la punición del delito cumulativo choca con el principio de culpabilidad. Ya vimos que la actitud propia del *free-rider* no cumple, ni siquiera de forma aproximada, el fundamento del reproche de culpabilidad del Derecho penal. No cabe, en este sentido, dirigir un reproche al agente por su propio acto, sino que éste tiene que ser buscado necesariamente en otro aspecto, y dado que, en un Derecho penal del acto, la culpabilidad debe tener como presupuesto y límite el acto lesivo, sólo puede fundarse precisamente en un momento en que es posible diagnosticar en el proceso cumulativo un mínimo de

GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal: introducción*, pp. 90 y ss.; FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito Penal: questões fundamentais (a doutrina geral do crime)*, Coimbra, 1996, pp. 62 y ss.; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 106 y ss.; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, R.v. Decker, Heidelberg, 1991, pp. 145 y ss., tomando como base de la discusión los delitos cumulativos en el ámbito de la protección del medio ambiente; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 15 y ss., 240 y ss., y 247 y ss.

(82) De este modo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 126 y ss., considerando la acumulación un criterio de valoración propia del Derecho administrativo sancionador, dada la innecesariedad de ponderar la lesividad de la conducta concreta.

(83) En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 133 y ss.

lesividad: el de la creación del peligro para el bien jurídico resultante de la suma de contribuciones individuales. Siendo ello así, ha de darse la razón a los autores que sostienen que en estos casos la culpabilidad se fundamenta *ex iniuria tertii*, esto es, en el presupuesto de que otros actúan o actuarán en la misma dirección (84). Nada puede ser más contrario al principio de culpabilidad en Derecho penal. En su formulación más simple, según la de que no hay pena sin culpabilidad, este principio se vulnera desde dos vertientes: como principio que exige la imputación del hecho al agente como obra suya, y como principio que hace depender el castigo de un reproche estrictamente personal, fundado en la atribución de un demérito por la deslealtad comunicativa revelada en el hecho dañoso. Desde la primera vertiente, es un presupuesto hoy indiscutible en la doctrina que sólo pueden ser imputadas como típicas las conductas que representen la creación o el aumento de un riesgo previsible y jurídicamente desaprobado de realización de un suceso lesivo, que, en el caso del delito contra el medio ambiente, habrá de ser la contaminación del agua, del aire o del suelo. Pues bien, si el riesgo de contaminación en que se asienta la peligrosidad de la conducta es el propio de la acumulación, no será normalmente previsible para cada uno de los agentes, pues dependerá de múltiples factores accidentales (la cantidad de personas involucradas en la misma actividad, la dimensión de la contribución de cada una, la duración del proceso cumulativo, etc.) que escapan a la capacidad de previsión y al dominio de una persona media del sector de la actividad correspondiente. El concepto de imputación de que parte la dogmática penal y que conforma una teoría del sujeto penalmente responsable no admite una atribución a alguien de algo que jamás será producido por su acción, sino solamente a través de la combinación de factores aleatorios y con el concurso de una pluralidad de agentes que actúan ignorándose recíprocamente (85). En la segunda vertiente mencionada, el principio de culpabilidad establece que sólo son punibles las conductas cuya lesividad sea personalmente reprochable al agente o, si se prefiere, le sea atribuida como demérito personal. El

(84) Defienden esta posición SEELMANN, «Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht» *NJW* 1990, p. 1259; von HIRSCH/JAREBORG, «Gauging criminal harm», p. 33; MÜLLER-TUCKFELD, «Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts», en: Institut für Kriminalwissenschaften (editor), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt, 1995, p. 466; KINDHÄUSER, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto», p. 446; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 126 y ss., y 132 y ss.; ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP* 2001, p. 158.

(85) En este sentido, muy especialmente, MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001, pp. 493 y ss.

contexto cumulativo no obedece al modelo de responsabilidad individual, limitada por la intervención personal del agente en la producción del hecho lesivo, sino en una responsabilidad basada en un probable riesgo global producido por la intervención de un gran número de intervinientes, es decir, basada en hechos de terceros.

Las réplicas de Kuhlen y Hefendehl a estas objeciones no son convincentes. El primero sostiene que después de la comprobación por el legislador ordinario que sin una prohibición de la conducta, ésta sería realizada por un número tan elevado de personas que tendría graves consecuencias, y de tomarse, con base en lo anterior, la decisión de inculparla, pasa a depender exclusivamente de la configuración típica concreta si tal conducta realiza no un ilícito típico, razón suficiente para considerar que se trata de un problema de imputación de un hecho ilícito propio (86). El segundo autor argumenta, en la misma dirección, que para la constitución de los tipos cumulativos sólo cuentan los efectos sinérgicos realistas, que la idea de la acumulación no opera en el nivel de la configuración típica sino sólo en el nivel de la criminalización, y que la objeción de que la imputación de la acción cumulativa se funda *ex iniuria tertii* sólo sería correcta si en el tipo legal figurase una referencia a la contribución de terceros fundamentadora de la responsabilidad (87). Las posiciones mencio-

(86) ZStW 105 (1993), pp. 718 y ss.

(87) *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 184 y ss., 189 y ss. y 384; suscriben este punto de vista FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente», p. 391; GRACIA MARTÍN, «¿Qué es modernización del Derecho penal?», en: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al Prof. Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 387.

* § 324 StGB: «Quien sin estar autorizado contamine una masa de agua o empeore sus condiciones naturales será castigado con una pena de hasta cinco años o con una pena de multa».(Nota del traductor.)

** Artículo 279 del CP portugués: 1. El que, en medida inadmisibile,

a) contamine las aguas o los suelos o, por cualquier medio, degrade sus cualidades,

b) contamine el aire mediante la utilización de aparatos técnicos o de instalaciones, o

c) provoque una contaminación acústica mediante la utilización de aparatos técnicos o de instalaciones, en especial de máquinas o vehículos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos de cualquier naturaleza, será castigado con una pena de prisión de hasta 3 años o con pena de multa de hasta 600 días.

2. Si la conducta referida en el número 1 fuera realizada por negligencia, el agente será castigado con pena de prisión de hasta 1 año o con pena de multa.

3. La contaminación se produce en medida inadmisibile siempre que la naturaleza o los valores de la emisión o la inmisión contaminante infrinja las prescripciones o limitaciones impuestas por la autoridad competente en conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias y bajo la conminación de aplicación de las penas previstas en este artículo. (Nota del traductor.)

nadas toman como base tipos legales como el § 324 StGB* o el artículo 279 del CP portugués** que, ciertamente, ninguna alusión hacen al contexto cumulativo y ningún elemento objetivo contienen que permita identificar y diferenciar una mayor o menor lesividad de la conducta. Si consideramos el tipo legal del artículo 279, vemos que su número 1 selecciona como penalmente relevante la «contaminación en medida inadmisibles» y que esta cualificación se remite, según su número 3, no a la lesividad de la contaminación, sino más bien –por lo menos en última instancia– a la llamada accesoriedad del acto administrativo, o a la desobediencia [cualificada por el resultado contaminante, como defiende Anabela Rodrigues (88)] de las prescripciones y limitaciones válidas de la autoridad administrativa competente (89). Si ello es así, nada obsta a que sean encuadradas en el tipo del artículo 279 situaciones como la siguiente: al amparo de un poder discrecional conferido por la ley, la autoridad administrativa competente impone a las granjas porcinas ubicadas a lo largo del curso de un río límites muy bajos de contaminación, teniendo en cuenta la toxicidad de los purines y el elevado número de explotaciones ganaderas. La fijación de estos límites resulta de la comprobación de que si todas vertiesen una cantidad de detritus orgánicos superior a la establecida como límite, la flora y fauna del río desaparecería y podrían derivarse consecuencias nocivas para el *standard of living* de las poblaciones ribereñas (situación en la que, a mi entender, habría un daño penalmente relevante). Si la prescripción administrativa incluyese la conminación bajo pena, realizaría todos los elementos del tipo legal previsto en el número 1 del citado precepto el responsable de una de esas explotaciones ganaderas que ordenase dolosamente el vertido

(88) *Comentário Conimbricense*, anot. artículo 279, párrafos 35, 39 y 46.

(89) Sobre la accesoriedad del acto, opuesta a la accesoriedad del Derecho administrativo, puede verse, en la doctrina general portuguesa, ya desde una perspectiva *de jure constituendo*, ya desde una perspectiva *de jure constituto*, SILVA DIAS, «A estrutura dos direitos ao ambiente e à qualidade dos bens de consumo e sua repercussão na teoria do bem jurídico e na das causas de justificação», en: *Jornadas de homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira*, Lisboa, 1995, pp. 220 y ss.; RUI PEREIRA, «Código Penal: as ideias de uma revisão adiada», in *RMP*, núm. 71 (1997), pp. 59 y ss.; QUINTELA DE BRITO, «O crime de poluição: alguns aspectos da tutela criminal do ambiente no Código Penal de 1995», en: *Anuário de Direito do Ambiente*, 1995, pp. 345 y ss.; SOUSA MENDES, *Vale a pena o Direito Penal do ambiente?*, pp. 149 y ss.; ANABELA RODRIGUES, «Princípio da responsabilidade e direito ao ambiente (o crime de poluição)», en: Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente (org.), *I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Ambiente*, ed. Instituto do Ambiente, Lisboa, 2002, pp. 19 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente», pp. 385 y ss., considerando que el número 3 del artículo 279 incorpora una accesoriedad en parte de la norma y en parte del acto administrativo.

en las aguas de una cantidad de purinas ligeramente superior a la autorizada. En lo tocante a este punto ninguna objeción que oponer a los defensores de la relevancia penal de la idea de la acumulación: no hay duda de que comportamientos como el descrito son subsumibles en tipo legal del artículo 279. Lo que es verdaderamente cuestionable es si puede legitimarse la creación de tipos que declaren punibles acciones sobre la base de una lógica de la acumulación. En otras palabras, si la inclusión de conductas de esta naturaleza en el ámbito de lo punible se corresponde con el marco de validez jurídico-penal, es decir, si respeta los fundamentos y principios limitadores antes referidos. La argumentación de los autores citados, que pasa por dar relevancia a la distinción, en sí misma correcta, entre discurso de fundamentación y discurso de aplicación, termina por aplicarla de forma indebida, deslizando la idea de que no habiendo rastro del contexto cumulativo en la formulación de los tipos legales, ningún problema suscita la afirmación de la punición de conductas cuyo fundamento se apoya en dicho contexto. Como si la decisión del legislador pudiese producir una ruptura lógica entre discurso de fundamentación y discurso de aplicación, eliminando toda conexión entre ambos o, en otros términos, como si fuese admisible en un Estado de Derecho determinar la responsabilidad criminal recurriendo a conceptos dogmáticos incompatibles con el marco de validez extraído de su ideario.

Desde esta perspectiva, la argumentación de Kuhlen y Hefendehl no responde satisfactoriamente a las siguientes cuestiones de fondo: si se acepta la punición de conductas como la del ejemplo antes mencionado, ¿cómo se evita la criminalización de la vida cotidiana y la bagatelización del Derecho penal en determinados ámbitos (90), y cómo se fundamenta la imputación y el reproche personales frente a conductas cuya relevancia sólo es apreciable desde un contexto de riesgo global y para prevenir la aparición de un evento sistémico? No parece haber respuesta más allá de la siguiente alternativa. Si se conserva la referencia al contexto cumulativo y se obtiene, de este modo,

(90) Los partidarios de la relevancia jurídico-penal de los comportamientos cumulativos defienden, como vimos, la segregación de los casos de bagatela principalmente al Derecho administrativo sancionador, pero neutralizan las consecuencias de esta opción cuando suscriben criterios decisionistas, meramente cuantitativos, para distinguir entre el ilícito penal y el administrativo. Ejemplo elocuente de esta postura es la posición de Wohlers. Este autor defiende la exigencia de una gravedad mínima para establecer la relevancia penal de la contribución cumulativa y establece, en este orden de ideas, una diferencia entre contaminaciones ambientales más y menos graves –cfr. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 327 y ss.; –pero a la hora de concretar los términos de esa diferencia y, sobre todo, de proyectarla sobre la distinción entre el delito y la contravención, parte de que tanto aquella como esta distinción han de ser determinadas siguiendo criterios puramente cuantitativos: cfr. *Op. cit.*, p. 328.

un criterio de evaluación del riesgo y un fundamento de imputación basados en una «*Systemschuld*», entonces no hay modo de escapar a la crítica basada en la *ex iniuria tertii*. Y si se prescinde de dicha idea, sosteniendo que la acumulación no es relevante en el nivel de la tipicidad, se consigue esquivar aquella crítica, pero no hay forma de desplazar la objeción de que con ello se está promoviendo un delito de desobediencia, que es, reitero, una figura extraña al Derecho penal. Al intentar hallar en la idea de la acumulación un «equivalente material» a la falta de causalidad lesiva real y al eliminar después cualquier interferencia de esa idea en la configuración de la punibilidad, formalizando el tipo de injusto y la culpabilidad, los autores citados terminan por encontrar un sustituto funcional a la misma imputación jurídico-penal.

V. CONCLUSIÓN

La conclusión ha de ser que la capacidad de resonancia del discurso jurídico-penal en relación con los delitos cumulativos es nula. No discuto que haya tipos cumulativos en el Derecho penal portugués y que el tipo legal del artículo 279 sea una clara muestra de su presencia. Sostengo, no obstante, que tales figuras constituyen un ejemplo paradigmático de la administrativización del Derecho penal y de la flexibilización de las categorías centrales de la imputación jurídico-penal. En consecuencia, no puedo compartir la optimista convicción de Figueiredo Dias de que, en esta materia, «resultados dogmáticamente aceptables pueden ser conseguidos con estructuras ya doctrinalmente consolidadas» (91), tal como creo que hay base para impugnar la validez y la constitucionalidad de la incriminación y castigo de las contribuciones cumulativas.

(91) «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente», p. 391.

