

Alarma social y Derecho penal

Fernando Guanarteme Sánchez
Lázaro

Universidad de La Laguna

*Abstract**

La reciente política-criminal europea nos muestra como los legisladores se enfrentan crecientemente a déficits no tanto punitivos, como comunicativos. Pero las respuestas ofrecidas no advierten la diversa naturaleza de estas disfunciones, y ello con significativos costes iusfundamentales. Sin embargo, un problema comunicativo requiere, primera y lógicamente, una respuesta en tales términos, como por ejemplo, un desarrollo científico de la legislación simbólica.

The recent criminal policy in Europe shows how the legislators are trying to solve communicational deficits as punitive deficits, which implicates significant costs. But a communicational problem requires logically a communicational answer such a scientific development of the symbolical legislation.

Die aktuelle Kriminalpolitik erweist dass die Geltung der Norm nicht nur durch ein konkretes rechtswidriges Verhalten beeinträchtigt werden kann. Dafür reicht auch eine kommunikative Dysfunktion. Der Gesetzgeber hat bisher solche Dysfunktionen als instrumentellen Dysfunktionen behandelt. Aber die innere Logik einer solche Problematik zielt eher auf eine symbolische Lösung. Dafür sprechen auch die grundrechtlichen Kosten jedes instrumentellen strafrechtlichen Einsatzes

Title: Social alarm and criminal law

Titel: Öffentliche Meinung und Strafrecht

Key words: social alarm, symbolical legislation, communicational criminal policy

Stichwörter: öffentliche Meinung, symbolische Gesetzgebung, kommunikative Kriminalpolitik

Palabras clave: alarma social, legislación simbólica, política criminal comunicativa

Sumario

- 1. Opinión pública y norma jurídico-penal: introducción**
- 2. Disfunciones cognitivas versus soluciones instrumentales**
 - 2.1 ¿Más pena?
 - 2.2 ¿(Más) custodia de seguridad?
 - 2.3 ¿Extensión de la legítima defensa?
- 3. Otras vías de política criminal: márgenes para una política criminal comunicativa**
 - 3.1 Medidas prenormativas
 - 3.2 Medidas normativas: legislación simbólica
 - 3.3 Medidas postnormativas
- 4. Jurisprudencia citada**
- 5. Bibliografía citada**

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación "Derecho penal y nuevas tecnologías: sobre los intentos de adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico, SEJ 2005-07489 MEC".

1. Opinión pública y norma jurídico-penal: introducción

La reciente experiencia político-criminal europea confirma que la vigencia de las normas precisa algo más que aseguramiento contrafáctico frente a su concreta infracción. La “ley de lucha contra los delitos sexuales y otros hechos punibles peligrosos”¹, la ley italiana de “13 de febrero 2006 n° 59, de modificación del artículo 52 del Código penal en materia del derecho a la autotutela en un domicilio privado”² o en nuestro país, la reciente reforma de la ley penal del menor³ –entre otros ejemplos– resultan en mayor medida consecuencia de una acentuada preocupación de la opinión pública frente a determinados comportamientos, que de su efectiva comisión. De hecho, ninguna de estas tres disposiciones surge de una reflexión racional sobre la ineficacia preventiva de los distintos textos normativos entonces vigentes⁴. Así reconoce el legislador español: “afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social”⁵; y articula una reforma que se traduce ante todo, en un endurecimiento de las consecuencias jurídicas previstas para los mismos⁶.

Esta orientación política –político-criminal– hacia la representación mediática del fenómeno criminal asume, como veremos, importantes costes de racionalidad. Tales costes no son sólo imputables a los distintos medios⁷. Ciertamente, la criminalidad y en particular, sus formas más violentas, suele prestarse a la elaboración de titulares, y su transmisión mediática obedece –también– a razones políticas y económicas, las cuales no siempre favorecen el desarrollo de una política criminal racional⁸. Pero en el discurso

¹ “Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten” de 26 enero 1998, BGB I pp. 160 y ss.

² “Legge 13 febbraio 2006 n. 59. Modifica all'articolo 52 del codice penale in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio”.

³ Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; en adelante LO 8/2006.

⁴ Sobre la citada reforma alemana, v. LAUBENTHAL, «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», *ZStW*, 2004, pp. 703 y ss. Sobre la „legge 13 febbraio 2006 n. 59”, con numerosas referencias v. MILITELLO, «La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?», *Riv. ital. dir. proc. Penale*, 2006, pp. 826 y ss. Más recientemente, sobre la ley “zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften”, de 27 diciembre 2003, igualmente ilustrativo FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, pp. 36 y ss., 199 y ss.

⁵ Exposición de motivos LO 8/2006. Críticamente al respecto GARCÍA PÉREZ, «La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores», en SOLA RECHE/ET AL. (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, pp. 25, 27 y ss. En un sentido próximo, apuntaba igualmente el legislador alemán en relación con el proyecto de reforma, BT-Dr 13/7559, p. 1: “Furchtbare Verbrechen der jüngsten Vergangenheit, die von einschlägig vorbestraften Personen begangen worden sind, haben das Sicherheitsempfinden der Allgemeinheit und das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Schutzfunktion des Staates außerordentlich erschüttert”.

⁶ Exposición de motivos LO 8/2006.

⁷ Sobre el contexto histórico, igualmente, ilustrativo BECK, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, 2007, *passim*.

⁸ Sobre la desproporcionada acentuación de los contenidos violentos y en particular, los relativos a la delincuencia sexual cfr. *Der Spiegel*, 23 julio 2007, pp. 84 y ss. Igualmente, v. Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, pp. 27 y ss.; KURY, «Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la Criminología*, 2001, pp. 283, 287 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed. 2001, pp. 37 y ss.; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, pp. 270 y ss. Sobre la degradación del discurso y la opinión

público intervienen, a su vez, grupos de intereses –colectivos de víctimas, de género, etcétera– que tienden precisamente a un discurso interesado, a menudo de importante contenido emocional⁹. También aquí debe señalarse la creciente atención del discurso político y una preocupante tendencia en éste a instrumentalizar, antes que resolver, delicadas cuestiones político-criminales¹⁰. En este contexto, nuestra disciplina muestra importantes carencias. De un tiempo a esta parte, se viene señalando el descuido de una específica teoría de la legislación y en general, de la política criminal¹¹. Mientras que la denominada teoría de la prevención general positiva aún precisa, por su parte, de una mejor traducción en términos problemáticos: el cuestionamiento de la vigencia de la norma no siempre tiene causa en una concreta conducta antijurídica. Los citados textos normativos dan cuenta de que para ello basta una irracional sensibilización de la opinión pública¹². Y aun cuando tal disfunción no se resuelva mediante una contradicción contrafáctica a cargo de un concreto infractor¹³ –pues no responde a tal modelo, parece que urge una respuesta de la ciencia del Derecho penal.

En las siguientes páginas se analiza, por tanto, la idoneidad de una política criminal instrumental frente a disfunciones normativas –estadísticamente– aparentes (II). Con certeza, la lógica interna de una problemática ficticia –en este sentido, estadístico–

pública, v. SAAVEDRA, «Opinión pública libre» y medios de comunicación social en la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional español”, *Doxa*, 1993, pp. 135, 148 y ss.; en relación con el tratamiento de la criminalidad, v. 152 y s. Sobre su incidencia en las representaciones individuales de los ciudadanos, ilustrativo KANIA, «Kriminalitätsberichte und die Konstruktion von Kriminalitätswirklichkeit», en WALTER/KANIA/ALBRECHT (eds.), *Alltagsvorstellungen von Kriminalität*, 2004, pp. 137, 140 y ss.

⁹ Sobre la significativa campaña desarrollada en nuestro país por las familias de víctimas, tendente a un endurecimiento de la ley penal del menor, v. por ejemplo *El País* 13 junio 2007; *El Mundo* 31 enero 2006; *El Mundo*, 18 mayo 2005. Al respecto ilustrativo AMELUNG, «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung», *ZStW*, 1980, pp. 19, 48 y ss.

¹⁰ Así, sobre la reciente discusión relativa al Derecho penal juvenil en Alemania, v. <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,526782,00.html> (última visita, 15 de agosto de 2007); <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/0,1518,529304,00.html> (última visita, 15 de agosto de 2007); <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,52628900.html> (última visita, 15 de agosto de 2007). Igualmente ilustrativo, <http://www.cdu.de/doc/pdf/grundsatzprogramm.pdf>, pp. 56 y s. (última visita, 15 de agosto de 2007); www.forzaitalia.it/speciali/sicurezza.htm (última visita, 15 de agosto de 2007); http://www.todopolitica.com/reportajes/especial_14m/programa_pp.pdf, pp. 393 y s. (última visita, 15 de agosto de 2007); http://www.todopolitica.com/reportajes/especial_14m/programa_psoe.pdf, p. 48. Críticamente, al respecto SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed. 2001, p. 22. Igualmente v. FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, pp. 25 y ss., 40 y ss., 51 y ss., 172 y ss. Con carácter general GARZÓN VALDÉS, «Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas», *Doxa*, 1993, pp. 77, 89 y s.

¹¹ Críticamente, v. ROXIN, «Selbständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion», en HETTINGER ET AL. (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper*, 2007, pp. 489-504. En esta línea también AMELUNG, *ZStW*, 1980, pp. 19, 21; CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho penal*, 1991, pp. 66 y ss., 74 y ss, 115 y s.; Díez RIPOLLÉS, «Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe», *ZStW*, 2001, pp. 516, 538; EL MISMO, «La nueva política criminal española», en Díez RIPOLLÉS (ed.), *Cuadernos penales José María Lidón núm. 1: Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, 2004, pp. 11, 30; NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, pp. 70 y ss.; VOGEL, «Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft», en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOT-ITKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 105, 107 y ss.; VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, pp. 7 y s. Con carácter general, MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa*, 2005, pp. 273, 275 y ss.; igualmente ilustrativo, pp. 251 y ss.

¹² En este línea, v. BVerfGE *NJW*, 2004, pp. 750, 756. Anteriormente, también BVerfGE *NJW*, 1977, pp. 1525 y ss.

¹³ JAKOBS, *AT*, 2ª ed. 1991, § 1/11.

apunta a una solución en otros términos¹⁴; más concretamente: disfunción cognitiva-aseguramiento cognitivo. Sin embargo, en mayor medida que las posibles razones de coherencia entre cuestión y respuesta, pesan los costes iusfundamentales de toda intervención instrumental de aseguramiento normativo: endurecimiento de penas, medidas de seguridad o debilitamiento de las posiciones procesales, por poner tres ejemplos¹⁵. Sobre estas razones, en la tercera parte (III), se someten a discusión posibles vías de solución a través de un desarrollo científico de una política criminal comunicativa – o si se quiere, *simbólica*.

2. Disfunciones cognitivas versus soluciones instrumentales

Las citadas disfunciones normativas han llevado a los distintos legisladores nacionales a hacer uso tanto de la pena como de las medidas de seguridad; particularmente, de la denominada custodia de seguridad. El grado de agotamiento de las medidas instrumentales se refleja en una discusión donde, más allá de la idoneidad político-criminal de la reforma, se cuestiona su validez constitucional (particularmente, véase 2.2). En cualquier caso, el catálogo de las medidas instrumentadas no se limita al marco de las consecuencias jurídicas. También, como veremos, un instituto como la legítima defensa ha sufrido desarrollos populistas. De hecho, parece que cualquier norma jurídico-penal se presta a ello¹⁶.

2.1 ¿Más pena?

Mediante la citada reforma de la ley penal del menor¹⁷, nuestro legislador intentó responder a un preocupante discurso generado en los últimos años principalmente, a raíz del tratamiento mediático de determinados casos –sin duda, dramáticos– de criminalidad de menores¹⁸. Así, arguye en la exposición de motivos, frente a su realidad estadística, el “fuerte impacto social” de la criminalidad violenta¹⁹. Y la reforma se concreta, principalmente, en un endurecimiento de las consecuencias jurídicas previstas –que sigue llamando medidas– para los hechos graves y menos graves²⁰. A grandes rasgos, la reforma desplaza el límite superior de la medida de internamiento en régimen cerrado para

¹⁴ En relación con nuestro proceso de reforma SÁNCHEZ LÁZARO, «Respuestas jurídico-penales a la criminalidad de los menores», *Revista Penal*, 2007, pp. 70 y ss. Igualmente v. VOB *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, p. 77. En un sentido distinto STRENG, «Modernes Sanktionenrecht?», *ZStW*, 1999, pp. 827, 833 y ss.

¹⁵ Al respecto, ilustrativo HASSEMER, «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *NStZ*, 1989, p. 553.

¹⁶ En relación con diversos institutos procesales, por ejemplo, v. VOB *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, pp. 197 y s. En relación con la sistemática NOLL, «Symbolische Gesetzgebung», *ZfSchwR*, 1981, pp. 347, 358 y s.

¹⁷ LO 8/2006.

¹⁸ Por ejemplo, v. *El País* 28 junio 2007; *El Mundo* 29 septiembre 2003; *El País* 19 enero 2005; *ABC* 21 enero 2006. Críticamente, al respecto REVERÓN PALENZUELA, «La acusación particular en el proceso penal de menores», en SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, pp. 243, 245 y s.

¹⁹ Exposición de motivos LO 8/2006.

²⁰ Sobre ello, con mayor detalle, SÁNCHEZ LÁZARO, «Zur neuesten Reform des spanischen Jugendstrafrechts», *ZIS*, 2007, pp. 62 y ss.

menores de catorce y quince años de cuatro a seis años, cuando el hecho “sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años”²¹. Mientras que para los menores de dieciocho y mayores de quince, se desplaza el límite máximo general de los ocho a los diez años de internamiento en régimen cerrado. El endurecimiento de esta medida se acompaña de una ampliación significativa del catálogo de delitos que prevén su imposición²². Frente a la anterior formulación, que vinculaba la medida de internamiento en régimen cerrado al empleo de “violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas”, se prevé ahora su aplicación para “los hechos que estén tipificados como delito grave por el Código penal o las leyes penales especiales”²³. Igualmente aquí, se da cuenta del fenómeno de las bandas juveniles violentas que tanta preocupación ha suscitado en estos últimos años²⁴.

El endurecimiento del régimen de cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado mediante la introducción de la posibilidad de ordenar su cumplimiento “en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia”, una vez alcance la edad de dieciocho años y sin haber finalizado el cumplimiento de la misma²⁵; o la asunción de los plazos de prescripción previstos en “las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años”, según dispone la actual formulación del artículo 15.1.1º de la LO 5/2000, reflejan igualmente el espíritu de esta reforma.

La LO 8/2006 ha sido objeto de abundante crítica. Nuestro legislador arguye al respecto que el denominado “interés superior del menor...”, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido”. Aun cuando ello sea cierto, cabe oponer que no se apreciaba una modificación significativa en los parámetros de conducta, al menos en relación con la criminalidad particularmente objeto de esta reforma²⁶. Luego, tampoco se entiende porque la disfunción preventiva se soluciona gravando —o *compatibilizando*— materialmente el “interés superior del menor” en favor de las necesidades de autoprotección de la sociedad. La preocupación mostrada porque el citado interés se sitúe como “único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento

²¹ Cfr. art. 11 LO 5/2000.

²² Cfr. art. 9. 2 LO 5/2000.

²³ Cfr. arts. 13, 33 CP.

²⁴ Art. 9.2.c) LO 5/2000.

²⁵ Cfr. art. 14.2 LO 5/2000; en la misma línea, v. art. 14.3. Críticamente, al respecto GARCÍA PÉREZ, en SOLA RECHE/ET AL. (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, pp. 25, 53 y s.

²⁶ Cfr. n. 5; igualmente v. CANO PAÑOS, «¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica», *ADPCP*, 2002, pp. 285, 286 y ss., 291 y ss., 298 y ss.; GARCÍA PÉREZ, en SOLA RECHE/ET AL. (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, pp. 25, 27 y ss.; SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, «Presente y futuro de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en SOLA RECHE/ET AL. (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, pp. 3 y 13.

obedece toda norma punitiva o correccional” no resulta creíble en un marco normativo como el nuestro, donde el límite máximo de la medida de internamiento en régimen cerrado coincide temporalmente con el límite mínimo de la pena prevista en el Código para un delito como el homicidio: 10 años de privación de libertad²⁷. Y ello pese a que las recientes aportaciones de la Psicología del desarrollo invitan a hablar de una imputabilidad *sui generis*²⁸. La diversa percepción de la pena o el limitado estatuto jurídico hablan también a favor de una limitación de los márgenes de responsabilidad jurídico-penal²⁹. Según la doctrina especializada, a partir de los cinco años toda medida de privación de libertad genera efectos más desocializadores que resocializadores³⁰. Nuestro legislador, de momento, dobla estas cifras en el ámbito donde más peso cobran las razones preventivo-especiales.

La reforma, pese a sus importantes costes de racionalidad³¹, no ha proporcionado – parece – un mayor aseguramiento cognitivo de la vigencia de estas normas. De hecho, pocos meses después de su entrada en vigor, ya se ha exigido una ulterior reforma – y agravación – de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores³². La razón era esta vez, la necesaria puesta en libertad, tras cuatro años de internamiento en régimen cerrado, de un menor que con catorce años intervino en unos dramáticos hechos³³. La materia tampoco ha pasado desapercibida en el reciente periodo de elecciones, proponiéndose desde posiciones conservadoras “rebajar la edad penal en supuestos de especial gravedad o multireincidencia” así como un nuevo aumento de “las penas de internamiento”³⁴. Sin embargo, a largo plazo, las soluciones represivas, más que resolver, tienden a consolidar y diferir el problema hasta el Derecho penal de adultos³⁵.

²⁷ Cfr. art. 138 CP. Críticamente OSTENDORF, JGG, 7ª ed. 2007, § 18 nm. 5.

²⁸ Ampliamente MARTÍN CRUZ, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, 2004, pp. 194 y ss., 224 y ss., 234 y ss. Igualmente v. CANO PAÑOS, ADPCP, 2002, pp. 287, 293, 294, 302, 312; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 7ª ed. 2007, pp. 363 y ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, 1998, pp. 24 y s.; TAMARIT SUMALLA, «Principios políticocriminales y dogmáticos del sistema penal de menores», en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, pp. 13, 26; TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidad penal de los menores», en RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, 2004, pp. 47, 52 y s. Sobre razones preventivo-especiales, igualmente BOLDOVA PASAMAR, «La responsabilidad penal de los menores», en GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 493, 507 y ss.

²⁹ GARCÍA PÉREZ, «La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales», AP, 2000, pp. 673, 678. En un sentido próximo SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed. 2001, p. 60, especialmente n. 129, quien alude a la corresponsabilidad social. Igualmente v. CUELLO CONTRERAS, *El nuevo Derecho penal de menores*, 2000, pp. 29 y ss.; SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, en SOLA RECHE/ET AL. (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, pp. 3, 8.

³⁰ OSTENDORF, JGG, § 18, nm. 10.

³¹ Sobre ello v. SÁNCHEZ LÁZARO, ZIS, 2007, 63 y ss.

³² Por ejemplo, *El País*, 28 junio 2007; *El Mundo*, 28 junio 2007.

³³ *Ibidem*.

³⁴ “Propuestas del partido popular para mejorar la seguridad ciudadana”, en <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2008/02/11/seguridad.pdf>, p. 6.

³⁵ Últimamente DOOB, “Política criminal en Canadá: «ladra mucho y muere poco»”, en Díez RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/SOTO NAVARRO (eds.), *La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada*, 2005, pp. 355 y ss. Igualmente CANO PAÑOS, ADPCP, 2002, pp. 287 y 312; GARCÍA PÉREZ, en SOLA RECHE/ET AL. (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, pp. 25, 28 y s.; SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, en SOLA RECHE/ET AL. (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, pp. 3, 9. Con carácter general KURY, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la Criminología*, 2001, pp. 283, 292 y ss.

2.2 ¿(Más) custodia de seguridad?

El tratamiento mediático de una serie de casos —igualmente dramáticos— de agresiones contra la vida, libertad e indemnidad sexual sobre menores empujó en Alemania, en el año 1998, a la denominada “ley de lucha contra los delitos sexuales y otros hechos punibles peligrosos”³⁶. En ese contexto, el legislador germano instrumenta —principalmente— la otra vía de consecuencias jurídicas y, en particular, un desarrollo de la denominada custodia de seguridad (“*Sicherungsverwahrung*”). Sucesivas reformas han aproximado esta medida a su agotamiento³⁷, provocando varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En una sentencia del año 2004 arguye al respecto, que la dignidad de la persona no resulta lesionada “a través de un internamiento prolongado, cuando éste es necesario por una persistente peligrosidad del internado. A la comunidad estatal (“*staatlichen Gemeinschaft*”) no le está prohibido protegerse de los delincuentes peligrosos a través de la privación de libertad”³⁸. La referencia y vinculación a la comunidad del individuo (“*Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums*”), predefinida constitucionalmente, justifica —nos dice— la adopción de “medidas indispensables, para preservar de daños a bienes esenciales de la comunidad”³⁹. Según estos parámetros, el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad tampoco resulta afectado por un internamiento de por vida mientras los bienes “objeto de tutela... puedan legitimar la intervención y se atiende, especialmente, al principio de proporcionalidad”⁴⁰. Las necesidades de autoprotección de la sociedad prevalecen, en tales casos, a la pretensión de libertad del afectado⁴¹.

³⁶ Expresamente, v. BT-Dr 13/7559, p. 1. Ampliamente, al respecto LAUBENTHAL, *ZStW*, 2004, pp. 703 y ss. Críticamente, también STRENG, *ZStW*, 1999, pp. 827, 833 y s., 857 y ss.

³⁷ Cfr. LAUBENTHAL, *ZStW*, 2004, pp. 703 y ss.

³⁸ BVerfGE *NJW*, 2004, pp. 739, 740. Sobre el denominado Derecho penal moderno, ilustrativo HASSEMER, «Das symbolische am symbolischen Strafrecht», en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 1001, 1006 y ss. En un sentido próximo v. STC 112/1988, FJ tercero; STC 24/1993, FJ tercero y cuarto. Críticamente, al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 22.

³⁹ BVerfGE *NJW*, 2004, pp. 739, 740.

⁴⁰ BVerfGE *NJW*, 2004, pp. 739, 741. Igualmente v. BVerfGE *NJW*, 2006, pp. 3484 y s.; BVerfGE *NJW*, 2004, pp. 750, 757: “Als Mittel zum Schutz von Leben, Unversehrtheit und Freiheit der Bürger kann der Gesetzgeber demjenigen die Freiheit entziehen, von dem ein Angriff auf die Schutzgüter zu erwarten ist. Dieser Angriff in das Grundrecht des potenziellen Verletzten aus Art. 2 II 2 GG ist bei Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips verfassungsrechtlich legitim”. Sobre la vigencia de disposiciones inconstitucionales, BVerfGE *NJW*, 2004, pp. 750, 757 y s. Críticamente al respecto, v. voto particular BVerfGE *NJW*, 2004, pp. 750, 759 y ss.

⁴¹ BVerfGE *NJW*, 2004, pp. 739, 741. En un sentido próximo, argumenta por ejemplo FRISCH, «Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem», *ZStW*, 1990, pp. 343, 369: “Die Auflösung der Kollision zur Lasten der Freiheit muß sich auch als angemessene Konfliktlösung ausweisen lassen. Das ist nach allgemeinen wertethischen Prinzipien wie im Blick auf verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Niederschläge grundsätzlich nur der Fall, wenn sich die Wahrnehmung der Schutzverpflichtung auf Kosten der Freiheit als Entscheidung für das überwiegende Interesse, den überwiegenden Wert, darstellt”; en relación con “die Schutzverpflichtung des Staates”, pp. 367 y s. Igualmente v. ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 3 nm. 66 y s.; SANZ MORÁN, «De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso», en BUENO ARÚS/KURY/RODRÍGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (dirs.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, 2006, pp. 1100 y s. Críticamente, con razón, JAKOBS, *AT*, 2ª ed. 1991, § 1/54: “Damit

La diversa finalidad de las medidas permiten, por su parte, la exclusión de éstas de la prohibición de retroactividad, artículo 103 II de la Ley Fundamental de Bonn: “A diferencia de la pena, la custodia de seguridad no sirve al fin de expiar lo injusto realizado, sino de proteger del autor a la comunidad... La medida de seguridad es una medida que previene los peligros y debe fungir en el futuro”⁴², aun cuando su imposición incide “con la misma fuerza en el derecho fundamental del art. 2 II de la Ley Fundamental [en concreto, “la libertad de la persona es inviolable”]... que la pena privativa de libertad”⁴³.

El componente autoritativo que “distingue al razonamiento jurídico del razonamiento práctico general y que, por tanto, impide equiparar el juicio acerca de la validez de una ley penal con el juicio acerca de su legitimidad”⁴⁴, permite entender – también – la validez del modelo de custodia de seguridad recogido en el ordenamiento jurídico germano: en tal sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional. Ahora bien, mejores argumentos hablan en contra. En este sentido, la alusión a la dignidad de la persona y la prohibición de hacer de ésta “un mero objeto del Estado o exponerle a un tratamiento que cuestione por principio, su cualidad de sujeto”⁴⁵, casan mal –con independencia de la forma en que se exprese– con una consecuencia jurídica que permite internar indefinidamente a un ciudadano, una vez cumplida la pena, por razones de seguridad pública⁴⁶. La argumentación relativa a la posibilidad que tiene el afectado de acceder nuevamente a su libertad o la supuesta idoneidad preventivo-especial de esta medida, obvian la cuestión necesariamente previa de la legitimidad de su imposición⁴⁷. Por otra parte, el enjuiciamiento de la proporcionalidad de la medida no puede agotarse en una ponderación abstracta de los distintos bienes iusfundamentales en juego. Entre otros aspectos, pesan el grado de afectación de los mismos o su probabilidad⁴⁸. La previsión de la custodia de seguridad –según § 66 StGB– para supuestos de delincuencia no violenta contra el patrimonio⁴⁹, permite una representación en estos términos: intervención en el derecho a la

ist freilich wenig anzufangen, weil unklar bleibt, wie die Interessen des Täters zu gewichten sind”. Igualmente v. KÖHLER, «Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerechtigkeit», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 273, 279 y ss.

⁴² BVerfGE NJW, 2004, pp. 739, 746. Más recientemente BVerfGE NJW, 2006, p. 3484. En relación con el *non bis in idem* BVerfGE NSTZ-RR, 1996, p. 122: “Bei der Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung handelt es sich nicht um eine unzulässige erneute Bestrafung, sondern um eine Maßregel der Besserung und Sicherung, die im Rahmen der ursprünglichen Verurteilung neben der Freiheitsstrafe verhängt worden ist”.

⁴³ BVerfGE NJW, 2004, p. 750. En relación con el mandato de determinación BVerfGE NJW, 2004, pp. 739, 749 y s.; igualmente v. BVerfGE NSTZ-RR, 1996, p. 122.

⁴⁴ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, p. 382. Al respecto, ilustrativo, también ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3ª ed. 1996, pp. 264, 272, 351 y s., 430 y ss.; EL MISMO, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed. 1994, pp. 70 y ss., 151 y ss.

⁴⁵ BVerfGE NJW, 2004, p. 739.

⁴⁶ Sin embargo, BVerfGE NJW, 2004, p. 739: “Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs gemacht werden”. En contra, con razón, apunta HANACK, *LK*, 11ª ed. 2006, § 66, nm. 2: “Fragwürdig ist die Maßregel..., weil der Gedanke, einen Menschen allein wegen seines Hangs zu Straftaten über das Maß seiner Schuld hinaus auf unbestimmte Zeit, möglicherweise auf Lebenszeit, zu verwahren, Bezüge zu sozialdarwinistischen Gedankengängen erkennen läßt”.

⁴⁷ BVerfGE NJW, 2004, pp. 739, 740. Con razón JAKOBS, *AT*, 2ª ed. 1991, § 1/54.

⁴⁸ Con detalle LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pp. 404 y ss., 505 y ss.

⁴⁹ Sobre su importancia aplicativa KINZIG, «Die Praxis der Sicherungsverwahrung», *ZStW*, 1997, pp. 122, 144 y ss.; sobre su duración tendencialmente desproporcionada, pp. 159 y s.

libertad efectiva y de rigor comparable a una pena privativa de tal derecho⁵⁰ frente a posibles menoscabos no violentos del patrimonio ajeno; pues las medidas de seguridad, como bien señala el Constitucional germano, esconden “siempre el riesgo de una prognosis errónea”⁵¹.

Se apunta en la sentencia citada: la “pena estatal es usualmente entendida como un mal, que se impone como compensación de una acción típica, antijurídica y amenazada con pena por ley y da expresión a la desvaloración pública del hecho”⁵². A ello hay que añadir: en un Derecho penal del hecho. Por el contrario, “en el sistema del Derecho penal de autor la pena se anuda inmediatamente a la peligrosidad del autor, la cual, en definitiva, para justificar la pena, debe ser reconducida a la culpabilidad como forma de vida (*‘Lebensführungsschuld’*). Lo decisivo aquí es el reproche de que el autor se ha convertido en una personalidad criminal”⁵³. Sin embargo, las distinciones al uso entre penas y medidas de seguridad se centran básicamente, en el presupuesto y finalidad de estos institutos. Frente a la anterior definición, una medida de seguridad atiende a la peligrosidad y sólo se aplica “con el fin de evitar futuros hechos punibles del condenado”⁵⁴. Sobre el sustento de la intervención en la esfera jurídica del ciudadano no se ha teorizado tanto⁵⁵. Al respecto, hay que apuntar que los intentos de justificación que atienden a la falta de “libertad interior o moral” o a una “función de tutela del Estado”⁵⁶, no se prestan tanto a la justificación de la

⁵⁰ En la cual no se excluyen “gesundheitliche Beeinträchtigungen auf Grund langjährigen Strafvollzugs”, BVerfGE NJW, 2004, pp. 739, 740.

⁵¹ BVerfGE NJW, 2004, pp. 739, 742. Sobre ello v. KINZIG, ZStW, 1997, pp. 122, 126 y ss.; EL MISMO, «Der Hang zu erheblichen Straftaten – und was sich dahinter verbirgt?», NStZ 1998, pp. 14 y ss.; ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, 1986, pp. 24 y ss.

⁵² BVerfGE NJW, 2004, pp. 739, 744.

⁵³ JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed. 1996, p. 54. Igualmente ROXIN, AT I, § 6 nm. 23: “Die Täterpersönlichkeit steht im Vordergrund, und die Tat dient nur zur Auslösung der Sanktion und zur Verhinderung unverhältnismäßiger Exzesse bei ihrer Anwendung”.

⁵⁴ JESCHECK/WEIGEND, AT, p. 803. Igualmente v. CERESO MIR, PG, t. I, 6ª ed. 2004, p. 43; PALAZZO, PG, 3ª ed., 2008, pp. 570 y ss. No obstante, sobre su realidad práctica KINZIG, ZStW, 1997, pp. 122, 125 y ss. Igualmente v. BEST, «Das Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG und die Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 2 Abs. 6 StGB)», ZStW, 2002, pp. 88, 115 y ss.; MUÑOZ CONDE, «Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht», GA, 1984, pp. 218, 222: “Die freiheitsentziehenden Strafen und Maßregeln spielen, wenn sie sich auch theoretisch unterscheiden, in der Praxis die gleiche Rolle und dienen dem gleichen Zweck”; KÖHLER, en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 273, 274 y ss.

⁵⁵ Con más detalle, v. SÁNCHEZ LÁZARO, «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad», *Revista Penal*, 2006, pp. 142 y ss.

⁵⁶ Así ya WELZEL, AT, 11ª ed., 1969, p. 245: “Allen Sicherungsmaßregeln liegt der allgemeine soziaethische Gedanke zugrunde, daß am Gemeinschaftsleben nur der ungeschmälert teilnehmen kann, der sich von den Normen des Gemeinschaftslebens leiten lassen kann. Alle äußere oder soziale Freiheit rechtfertigt sich letztlich aus dem Besitz der inneren oder sittlich gebundenen Freiheit. Wer dieser inneren, von sittlicher Selbstbestimmung gelenkten Freiheit überhaupt nicht fähig... oder infolge von schlechter Anlage, Lastern und Gewohnheiten nicht mehr hinreichend mächtig ist, kann die volle soziale Freiheit nicht mehr hinreichend beanspruchen”. En el segundo sentido, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, AT, p. 86: “Bei den Maßregeln pflegerischer Art... liegt die innere Rechtfertigung der Unterbringung in der Aufgabe des Staates, körperlich oder seelisch defekte Personen, die kriminell gefährlich sind, neben der Sicherung einer medizinischen, psychotherapeutischen oder bewahrenden Behandlung zuzuführen, die ihren Zustand bessert, lindert oder doch wenigstens neutralisiert (Gedanke der Heilbehandlung)”; JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, 1976, pp. 83 y ss. Críticamente, al respecto CERESO MIR, PG I, p. 43. Igualmente v. FRISCH, ZStW, 1990, pp. 343, 365 y s.

medida de custodia, pues aquí, como apuntan *Jescheck/Weigend*, se trata de actores plenamente imputables⁵⁷.

El legislador alemán ha escogido el título de medida para esta forma intervención en la esfera jurídica del sujeto⁵⁸. Sin embargo, su engarce sistemático ofrece resistencia⁵⁹; en particular, porque la custodia de seguridad sirve fundamentalmente a la necesidad de autoprotección de la sociedad frente a los intereses del afectado. El Tribunal Constitucional apunta por su parte, que “el ámbito de aplicación del art. 103 II de la Ley Fundamental [principios de irretroactividad y ne bis in idem] se limita a medidas estatales que muestren una reacción desvalorativa... a una conducta antijurídica y culpable”, esto es, a la pena; “otras medidas de intervención estatales no son comprendidas por el art. 103 II”⁶⁰. Pero más allá del título, la mentada subordinación de los intereses del afectado así como el rigor de esta consecuencia jurídica responden a la *ratio* del citado precepto⁶¹. En este sentido advertía ya *Muñoz Conde* de la posible “burla de los principios y garantías del Estado de Derecho” a través de la segunda vía del Derecho penal⁶². Mientras tanto, en el actual debate público sobre la ley penal del menor, ya se ha sugerido en nuestro país la introducción de la medida de custodia⁶³.

2.3 ¿Extensión de la legítima defensa?

También las normas permisivas permiten satisfacer necesidades de autoprotección de la sociedad⁶⁴. En este sentido, a través de la mentada „*Legge 13 febbraio 2006 n. 59*”⁶⁵ introdujo el legislador italiano una precisión del requisito de proporcionalidad en el sentido del artículo 52 del *Codice penale*⁶⁶. Según la nueva formulación, la reacción defensiva se

⁵⁷ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 86. Críticamente al respecto KÖHLER, en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 273, 284 y ss.

⁵⁸ Críticamente v. KÖHLER, en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 273, 274 y ss.

⁵⁹ Cfr. HANACK, *LK*, § 66 nm. 2 y ss., 20 y ss.; HORN, *SK*, 7ª ed. 1999, § 66, nm. 2; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 86; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 26ª ed., 2007, § 66 nm. 1. Igualmente v. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, 1986, pp. 182 y s.

⁶⁰ BVerfGE *NJW*, 2004, pp. 739, 744; BVerfGE *NJW*, 2006, p. 3484. Críticamente, con razón, LAUBENTHAL, *ZStW*, 2004, pp. 703, 724. Ampliamente, ya BEST, *ZStW*, 2002, pp. 88, 99 y ss. Igualmente v. JORGE BARREIRO, «Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 143, 191 y s.; KINZIG, «An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG», *NJW*, 2004, pp. 911, 913; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, 2003, pp. 111 y ss.; URRUELA MORA, «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995», *RDPC*, 2001, pp. 167, 168.

⁶¹ Cfr. BVerfGE *NJW*, 2004, pp. 739, 744 y ss.

⁶² MUÑOZ CONDE, *GA*, 1984, pp. 218, 221, igualmente v. 223: “Beim zweispurigen System verstärkt sich immer mehr der Verdacht, dass wir einem großen Etikettenschwindel aufsitzen, bei dem das Schuldstrafrecht mit all seinen Unvollkommenheiten, aber auch mit all seinen Garantien durch andere Systeme der sozialen Kontrolle ergänzt oder ersetzt wird, die offiziell nicht strafrechtlicher Art sind und gerade deswegen nicht durch die Grundsätze einer rechtsstaatlichen Kriminalpolitik beschränkt werden können”. Más recientemente MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, pp. 576 y ss.

⁶³ *El Mundo* 28 junio 2007.

⁶⁴ Así v. *La Stampa* 28 enero 2006; *Corriere della Sera* 26 enero 2006; *La Repubblica* 24 enero 2006; *La Stampa* 25 enero 2006. Con amplias referencias, igualmente v. MILITELLO, *Riv. ital. dir. proc. Penale*, 2006, pp. 826 y ss.

⁶⁵ “*Legge 13 febbraio 2006 n. 59. Modifica all'articolo 52 del codice penale in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio*”.

⁶⁶ Así, recogía anteriormente este precepto: “Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di una offesa

entiende proporcional —expresamente— cuando el actor en su vivienda o en un espacio donde se realice una actividad profesional o comercial, haga uso de un arma legal o de otro instrumento idóneo para repeler la agresión antijurídica⁶⁷. Este es particularmente el caso, cuando se encuentren amenazados bienes propios o ajenos y de las circunstancias del hecho no quepa esperar desistimiento, subsistiendo peligro de agresión⁶⁸.

La idoneidad de la nueva cláusula se muestra cuando menos, discutible. Los diversos bienes implicados —en particular, la combinación: vida, integridad física *versus* patrimonio— o la referencia expresa a los instrumentos defensivos puede llevar a resultados bien distintos de los deseados⁶⁹. En cualquier caso, no parece que la introducción de una presunción —luego, formal— de proporcionalidad, permita prescindir de sus presupuestos materiales⁷⁰; cuestionándose de hecho su constitucionalidad⁷¹. En el marco de la presente investigación, basta con señalar que las normas permisivas lo son a costa de esferas jurídicas ajenas⁷², y que sus costes iusfundamentales exceden muchas veces de los aparejados, por ejemplo, a una pena de privación de libertad.

3. Otras vías de política criminal: márgenes para una política criminal comunicativa

En el “Proyecto de ley para el mejoramiento de la protección de la sociedad frente a delincuentes peligrosos” rechazaba el legislador germano la existencia de alternativas a las medidas instrumentales apuntadas⁷³. Sin embargo, esta apreciación resultó una vez más, precipitada. En la doctrina se viene diferenciando al respecto, entre efectos instrumentales,

ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa”. Al respecto, ampliamente PALAZZO, *PG*, 2005, pp. 362 y ss.

⁶⁷ En concreto, añade la nueva formulación a lo anterior: “Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

a) la propria o altrui incolumità;

b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale”.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Ilustrativo MILITELLO, *Riv. ital. dir. proc. Penale*, 2006, pp. 826, 849 y ss., 861 y s.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Así, advierte MILITELLO, *Riv. ital. dir. proc. Penale*, 2006, 826, 831, “una radicale negazione della posizione giuridica di chi ha posto in essere l'aggressione condurrebbe ad un diverso diritto penale, anzi ad un diverso sistema giuridico, nel quale l'agire *contra jus* fa perdere ogni diritto al soggetto ed il riconoscimento dei diritti dell'individuo è posto sotto la condizione del rispetto reciproco”; igualmente v. 852 y ss.

⁷² Fundamental BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994.

⁷³ “Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes der Gesellschaft vor gefährlichen Straftätern”, BT-Dr 13/7559, pp. 2 y s. Críticamente STRENG, *ZStW*, 1999, pp. 827, 834 y ss. Con carácter general, apuntaba ya VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, p. 184: “Regelmäßige Folge des Zeitdruckes ist, dass komplexe Zusammenhänge in einfache Raster gezwungen, Informationen dementsprechend nur noch selektiv verarbeitet werden und sich mögliche Sachziele und Entscheidungsalternativen auf die nächstliegenden reduzieren. Unteroptimale Entscheidungen sind die Folge. Für kreatives, innovatives Denken bleibt kein Raum”. Al respecto, explicativo LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 3ª ed. 1993, pp. 184 y ss.

expresivos e integradores de la norma. Los efectos instrumentales son aquellos que se concretan en modificaciones de “la realidad social y, más en concreto, de los componentes humanos”; los efectos expresivos “suscitan emociones o sentimientos en las conciencias; y estaríamos ante un efecto integrador cuando se generan determinadas representaciones valorativas” en las personas⁷⁴. Del mismo modo que no es preciso una conducta antijurídica para cuestionar la vigencia de una norma, tampoco su aseguramiento requiere siempre la imposición de sanciones a costa de un concreto infractor. Puede bastar, por ejemplo, la difusión de su realidad estadística. Particularmente, cuando las normas fungen en términos instrumentales y los márgenes de riesgo no alcanzan siquiera lo esperado⁷⁵.

3.1 Medidas prenormativas

En este sentido, las cifras y curvas de criminalidad se han prestado, en nuestra experiencia reciente, para la elaboración de una exposición de motivos contradictoria: “afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento”, pero se dispone una reforma que agrava sus consecuencias jurídicas. Sin embargo, tales materiales favorecen primeramente el desarrollo de una política criminal –no instrumental– mediante la articulación de un discurso oficial racional. Del mismo modo que los “terribles delitos del pasado reciente, cometidos por personas ya anteriormente castigadas, [pueden quebrantar] extraordinariamente la sensación de seguridad de la colectividad y la confianza de las ciudadanas y ciudadanos en la función de protección del Estado”⁷⁶, se presta su realidad estadística para un aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma. En particular, cuando la cifra de agresiones sexuales seguidas de homicidio o asesinato de menores se redujo de 33 –en la primera mitad de los noventa– a 18 en los años 1995 a 1999⁷⁷, justamente en el periodo donde acontece el proceso de reforma. También se revela que la tasa de reincidencia entre los delincuentes sexuales se muestra considerablemente menor que en otras formas de delincuencia⁷⁸. Y sobre ello cabe articular otro tipo de política criminal.

Igualmente en España se constataba, en estos últimos años, que el número de delitos violentos cometidos por menores se había reducido considerablemente⁷⁹. Así, por ejemplo, en la franja de los quince años de edad el número de detenidos por delitos contra la vida se redujo de 100 en el año 2005 a 73 en el siguiente año⁸⁰. Mientras que, en relación con los

⁷⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *AP*, 2001, p. 5; EL MISMO, *ZStW*, 2001, p. 516. Ampliamente ya VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, pp. 60 y ss. Igualmente v. AMELUNG, *ZStW*, 1980, pp. 19, 54; NOLL, *ZfSchwR*, 1981, pp. 347, 349 y ss. Con carácter general LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 3ª ed. 1993, pp. 224 y ss.

⁷⁵ En relación con el impulso problemático que subyace al proyecto de ley antes citado, v. ALBRECHT, «Öffentliche Meinung, Kriminalpolitik und Kriminaljustiz», en WALTER/KANIA/ALBRECHT (eds.), *Alltagsvorstellungen von Kriminalität*, 2004, pp. 491, 506 y s.

⁷⁶ BT-Dr 13/7559, p. 1.

⁷⁷ ALEX, *Neue Kriminalpolitik*, 2001, p. 4. Igualmente v. ALBRECHT, en WALTER/KANIA/ALBRECHT (eds.), *Alltagsvorstellungen von Kriminalität*, 2004, pp. 491, 506 y s.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ CANO PAÑOS, *ADPCP*, 2002, pp. 287, 298 y ss. Más recientemente v. Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, 2006, pp. 288 y ss.

⁸⁰ Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, 2006, p. 290.

menores de catorce años de edad, esta cifra se reduce de 82 a 54⁸¹. La cifra de los delitos no violentos contra el patrimonio se redujo, por su parte, entre un 91,27 y 12,83 %, según las distintas franjas de edad⁸². También en Italia, el excesivo tratamiento mediático del incremento de los delitos contra el patrimonio contrastaba con el descenso de los delitos contra la vida, particularmente en los supuestos concursales con delitos contra el patrimonio⁸³. El robo de vehículos a motor experimentó asimismo una reducción sensible⁸⁴. Y tales cifras contradicen las percepciones –correspondientemente– irracionales de la sociedad. En este sentido, una política criminal expresiva se presta, mediante una difusión sistemática de estos y otros materiales, a minorar una disfunción preventiva –concretamente, preventivo-general positiva– mediante un reforzamiento cognitivo de la vigencia de la norma⁸⁵. No se advierten costes iusfundamentales al respecto.

Pero los materiales de una política criminal así entendida no se agotan en la estadística criminal. El contenido irracional de este tipo de disfunciones se refleja muchas veces –también– en un discurso público en el que no se observan posibles reparos de constitucionalidad. Como se apuntó anteriormente, más allá de los cinco años de privación de libertad prevalecen los efectos desocializadores frente a los resocializadores⁸⁶. Incluso en el régimen penitenciario ordinario, se aprecia la incidencia de periodos superiores de privación de libertad en la salud de los reclusos –adultos, insisto⁸⁷. Y tales investigaciones deben trasladarse a una discusión pública como la nuestra en la cual, seis meses después de la mentada reforma, se exige otra revisión y endurecimiento de la ley penal del menor. Los posibles costes iusfundamentales –más allá de los políticos– debieran pesar a nuestro legislador⁸⁸. Por su parte, funciones usualmente asignadas a la ciencia en el marco del proceder legislativo permiten un cumplimiento en esta fase. Particularmente urgente se muestra la extensión de la base científica⁸⁹ y en general, a través del enriquecimiento de este periodo discursivo, una mayor racionalización⁹⁰.

La función expresivo-integradora de la norma, frente a la instrumental, se desarrolla en un marco discursivo informal en el que ésta es o puede ser cuestionada en cualquier momento. Donde, como hemos visto, su significado comunicativo se disocia de su realidad

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

⁸³ http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0902_ABSTRACT_rapporto_sicurezza_2006.pdf, pp. 3, 7 y ss. (última visita, 15 de agosto de 2007).

⁸⁴ http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0902_ABSTRACT_rapporto_sicurezza_2006.pdf, pp. 9 y s. (última visita, 15 de agosto de 2007).

⁸⁵ Sobre la transmisión mediática de las cifras oficiales, igualmente ilustrativo REUBAND, «Kriminalitätsentwicklung und Medienwirklichkeit. Wie die Kriminalitätslage durch die PKS, Politiker und Medien konstruiert wird», en WALTER/KANIA/ALBRECHT (eds.), *Alltagsvorstellungen von Kriminalität*, 2004, pp. 235 y ss.

⁸⁶ OSTENDORF, JGG, § 18 nm. 10.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Así MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa*, 2005, p. 337. Ampliamente LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pp. 342 y ss., 433 y ss., 461 y ss., 505 y ss., 516 y ss.

⁸⁹ STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, pp. 324 y ss.

⁹⁰ STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, pp. 330 y ss.; VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, p. 214. Igualmente VOGEL en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOT-ITKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 105 y ss.

instrumental y cabe formular cualquier propuesta político-criminal –más pena, introducción de la medida de custodia, etcétera– sin sufrir carga de argumentación alguna. En este marco intervienen “grupos de intereses, Lobbies y ‘grupos de presión’..., que... ejercen una influencia estratégica orientada a la imposición de sus intereses”⁹¹; donde los distintos “gestores atípicos de la moral” (“*atypische Moralunternehmer*”) reivindican una cada vez más cualificada influencia en la construcción de la voluntad político-criminal sobre los más complejos temas, tal y como se ha visto en nuestro país en relación con el terrorismo en estos últimos años⁹². En este contexto no parece que el legislador pueda dejar a su suerte la vigencia expresivo-integradora de la norma. La ciencia del Derecho penal, por su parte, puede hacer valer “la razón comunicativa de los expertos”, la cual “no se limita al saber empírico o teórico; [en la medida en que] tal saber no se deja aislar de sus referencias ético-políticas, pragmáticas y morales”⁹³.

La intervención normativa no excluye el desarrollo de una política criminal previa. Es más, la adopción de medidas prenormativas puede mostrarse conveniente con anterioridad o/y durante el proceder legislativo cuando éste sucede a un impulso problemático con trascendencia mediática (“*politisch-publizistischen Problemimpuls*”)⁹⁴. En este sentido se entienden, por ejemplo, las distintas declaraciones del ministro de justicia en relación con la LO 8/2006, por la que se modifica la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “Hemos escuchado a la sociedad”, “vamos a distinguir entre los delitos de menor gravedad y los de más brutalidad”, “ampliar las herramientas de que disponen los jueces para dar una respuesta proporcionada, ponderada e individualizada a la delincuencia juvenil” o “facilitar que la sanción privativa de libertad pueda cumplirse en centros penitenciarios a partir de la mayoría de edad”⁹⁵. A ello apunta también, su comprensión como acto orientado al entendimiento⁹⁶. Al respecto, apunta Díez Ripollés que los efectos

⁹¹ VOGEL en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 105, 114.

⁹² Así, por ejemplo, v. *El País* 14 julio 2007; *El País* 11 mayo 2007; *El Mundo* 11 mayo 2007; *El País* 4 marzo 2007; *ABC* 12 enero 2007; *El Mundo* 28 diciembre 2006; *El Mundo* 13 febrero 2006.

⁹³ VOGEL en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 105, 115.

⁹⁴ Así v. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, p. 19. Igualmente, apunta Funcke-Auffermann, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, p. 172: “Dem Gesetzgebungsverfahren kommt auch insofern entscheidende Bedeutung zu, als dieses meist eine expressive Vermittlung bestimmter politischer Vorstellung und damit Verwendung entsprechender Symbole entblößt”. Con carácter general, apunta también VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, p. 3, que “auf die Berücksichtigung expressiver Momente und auf die Dramaturgie politischen Entscheidungshandelns auch bei als zweckrational gedachten Maßnahmen nicht verzichtet werden kann”.

⁹⁵ *El País* 8 octubre 2005; *El Mundo* 8 octubre 2005; *El País* 10 junio 2005. Por el contrario, en relación con la ausencia de cobertura de la entrada en vigor de la ley “zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften”, cfr. Funcke-Auffermann, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, p. 51; pese a que la trascendencia mediática del proceso de reforma parecía aconsejar también, una acentuación de esta otra fase. En este sentido, anteriormente, también Sánchez Lázaro, *Revista Penal*, 2007, pp. 70, 82 y ss. Con carácter general, VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, p. 124: “Das Strafrecht kann legitime Präventionsaufgaben nur dann erfüllen, wenn die Adressaten auch Kenntnis vom Inhalt und Zweck der Strafrechtsnormen haben, wobei der entsprechenden Darstellung und Vermittlung durch Medien entscheidendes Gewicht zukommt”. Sobre la significación simbólica de todo el proceso legislativo, igualmente v. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 3ª ed. 1993, pp. 230 y ss.

⁹⁶ Cfr. VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, pp. 60 y ss., 208 y ss. Igualmente v. Garzón Valdés, *Doxa*, 1993, pp. 77, 82; Marcilla Córdoba, *Racionalidad legislativa*, 2005, p. 277; Saavedra, *Doxa*, 1993, pp. 135, 145;

expresivo-integradores “constituyen el núcleo de la prevención intimidatoria, individual y colectiva”⁹⁷. La articulación de un discurso oficial prelegislativo, mediante manifestaciones sistemáticas en los distintos foros, se adivina así como un mecanismo de aseguramiento fáctico o/y cognitivo de la vigencia de la norma previo incluso, a su entrada en vigor.

3.2 Medidas normativas: legislación simbólica

La abundante crítica del denominado Derecho penal simbólico se entiende en el marco de una política criminal con importantes carencias de racionalidad⁹⁸, donde la función expresivo-integradora de la norma se muestra de la mano de leyes reactivas, declarativas o identificativas mediante las cuales el legislador penal adopta posturas próximas al populismo⁹⁹. La incidencia instrumental de tales normas en la esfera jurídica del ciudadano explica una opinión mayoritaria a favor de una política criminal instrumental vinculada a la protección de bienes jurídicos¹⁰⁰. En este sentido, también, se nos recuerda desde el Derecho constitucional que intervenciones esenciales en el Derecho fundamental a la libertad no pueden justificarse en cualquier voluntad legislativa¹⁰¹. Sin embargo, en ausencia de costes iusfundamentales¹⁰², el desarrollo de una política criminal simbólica se muestra en tales términos –de Derecho fundamental, preferibles a una política criminal instrumental orientada en el sentido apuntado¹⁰³.

Aquí cabe citar, por ejemplo, los delitos relativos a la manipulación genética, introducidos por nuestro legislador hace ya más de diez años en los artículos 159 y siguientes del Código penal. Como sabemos, en este título V se tipifican –también– conductas cuya realización aún hoy no resulta posible. Y en esta misma línea, nos recuerda *Romeo Casabona* que ya en el año 1989, la Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) apuntaba la conveniencia de introducir una serie de figuras al respecto¹⁰⁴. Sin duda, la estructuras típicas de los

SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed. 2001, pp. 76 y ss. Críticamente v. ya NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, pp. 189 y ss.

⁹⁷ Díez RIPOLLÉS, *AP*, 2001, 6 y s.; EL MISMO, *ZStW*, 2001, pp. 516, 521. Igualmente v. LUZÓN PEÑA, «Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 131, 132; VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, pp. 100 y s., 151.

⁹⁸ Ilustrativo HASSEMER, en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOITKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 1001, 1004 y s., quien sugiere diferenciar entre Derecho penal “symbolischem” y “kommunikativem”, cfr. pp. 110 y s.

⁹⁹ Al respecto, v. Díez RIPOLLÉS, *ZStW*, 2001, pp. 516, 531 y ss.

¹⁰⁰ Últimamente FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, pp. 54, 56, 60 y ss., 92, 94 y ss., 102 y ss., 177; p. 134: “Diese ‚unverzichtbaren Postulate‘ der Verfassung können an dieser Stelle nur nochmals wiederholt werden: Rechtsgüterschutz, in dubio por libertate, ultima ratio, Fragmentarität und Verhältnismäßigkeit”. Igualmente, v. LUZÓN PEÑA, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 131, 134.

¹⁰¹ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, p. 416.

¹⁰² Así ya NOLL, *ZfSchwR*, 1981, pp. 347, 355 y s.; críticamente, al respecto, pp. 362 y ss.

¹⁰³ De otra opinión, sin embargo FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, pp. 54, 56, 60 y ss., 92, 94 y ss., 102 y ss., 177, por ejemplo.

¹⁰⁴ ROMEO CASABONA, en KNOEPFFLER/SCHIPANSKI/SORGNER (eds.), *Humanbiotechnologie als gesellschaftliche Herausforderung*, 2005, pp. 79 y ss. Al respecto, ilustrativo BECK, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, 2007, pp. 13 y ss., 23, 153 y ss., 211 y ss., 216; hablándose ya de una “Bio-Weltrisikogesellschaft”, v. p. 344.

artículos 159 y siguientes del Código penal se muestran mejorables¹⁰⁵, aunque su significado expresivo-integrador no se ve esencialmente perjudicado por ello¹⁰⁶. En realidad, para esto último, basta con perfilar mínimamente la conducta y asignarle una pena. Más allá de los hipotéticos riesgos, no se aprecian costes iusfundamentales¹⁰⁷.

Desde esta otra perspectiva, tampoco se entiende la crítica dirigida contra una legislación meramente simbólica. Así, entre nosotros, apunta *Díez Ripollés* que los “efectos socio-personales expresivo-integradores... carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones político-criminales que fundamentan la pena... Ello sucederá si los mencionados efectos satisfacen objetivos que no son necesarios para mantener el orden social básico, si centran su incidencia sobre objetos personales que no son los decisivos en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, o si, finalmente, su contenido no guarda relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal”¹⁰⁸. Sobre estas razones cuestiona –entre otros– la legitimidad del delito de creación de seres humanos idénticos por clonación, actual artículo 160.3 del Código Penal español. Arguye en concreto, que aquí “la reacción penal no atiende a la prevención de comportamientos delictivos, esto es, a la evitación de daños o riesgos graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia. En consecuencia, ignora el objetivo fundamentador de la intervención penal”¹⁰⁹.

Con carácter general, no se comprende bien una estricta vinculación de las funciones expresivo-integradoras de la norma con el fundamento de la pena, particularmente, en los casos en que la norma –como el delito de clonación de seres humanos– prescinde de la eficacia instrumental de esta última. Con ello, no se cuestiona que también tales normas, en cuanto jurídico-penales, deben sujetarse a determinados parámetros de racionalidad como

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Sobre el alcance de la sistemática, igualmente v. LUZÓN PEÑA, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 131, 137. Desde la perspectiva de la víctima, ilustrativo también FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, p. 51.

¹⁰⁷ Lo que facilita la asunción de su déficit empírico, cfr. HASSEMER, en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 1001, 1018. Igualmente, ya AMELUNG, *ZStW*, 1980, pp. 19, 57. Ampliamente FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, pp. 83 y ss.

¹⁰⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *AP*, 2001, pp. 1, 15 y s.; EL MISMO, *ZStW*, 2001, pp. 516, 530. Igualmente v. LUZÓN PEÑA, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 131, 134.

¹⁰⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, *AP*, 2001, pp. 1, 16; EL MISMO, *ZStW*, 2001, pp. 516, 531, sobre las leyes aparentes, igualmente v. pp. 533 y s. En este sentido, también LUZÓN PEÑA, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 131, 135. Por lo demás, en relación con las leyes reactivas AMELUNG, *ZStW*, 1980, pp. 19, 60 y s., quien apunta la frecuente precipitación legislativa que se concreta muchas en cláusulas imprecisas, “die zu Problemen der Interpretation und der Integration ins strafrechtliche Gesamtsystem führen”; FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, pp. 147 y ss., 194; MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, 1983, p. 236; REVERÓN PALENZUELA, en SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, pp. 237, 239 y s.; NOLL, *ZfSchwR*, 1981, pp. 347, 360 y ss., 362: “Auf Gesetzgebung als Ersatzreaktion sollte, da mit ihr immer eine Art von Täuschung verbunden ist, schlechthin verzichtet werden”; VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, pp. 31 y ss. Igualmente v. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, pp. 116 y s., quien orienta su crítica contra las particularidades del proceder legislativo, “die die notwendige Distanz zum regelungsbedürftigen Gegenstand vermissen lassen und sich einer überlegten Lösung des Problems häufig entgegenstellen werden”.

los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad¹¹⁰. Simplemente, que su racionalidad, las diversas racionalidades de la norma jurídico-penal, no tienen por qué establecerse desde una perspectiva instrumental.

En cuanto a las distintas razones argüidas, el hecho de que se trate de “conductas todavía imposibles de realizar”¹¹¹, no se traduce necesariamente en una crítica, pues supone, en definitiva, que la norma no incide “sobre objetos personales que no son los decisivos en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos”¹¹². La necesidad de este tipo de normas para el mantenimiento del orden social básico o su relación con las necesidades de control social resultan también argumentables. En este contexto, se insiste con razón en la referencia al futuro de lo jurídico(-penal) (“*Zukunftsbezogenheit des (Straf)Rechts*”)¹¹³. En palabras de Luhmann: “Lo que sucederá en el futuro torna preocupación central del Derecho”¹¹⁴. La importancia de los bienes jurídicos afectados como los posibles márgenes de riesgo de las conductas descritas¹¹⁵, parecen hablar más bien a favor de una intervención preventiva –también– jurídico-penal en el campo de la biomedicina¹¹⁶. Es más, parafraseando al legislador alemán, su introducción en un texto normativo tan significativo “como el Código penal... puede explicitar mejor la valoración legislativa de la conducta amenazada con pena y particularmente, su peligrosidad”¹¹⁷. Más allá de los hipotéticos riesgos, su carácter simbólico evita la afectación de posiciones iusfundamentales.

Sin embargo, se impone la opinión de que la función expresivo-integradora debe ser “sólo un mero reflejo” de una política criminal instrumental orientada a la protección de bienes jurídicos¹¹⁸, que la dimensión simbólica debe agotarse en un efecto secundario de una norma siempre orientada a su efectiva aplicación¹¹⁹. La argumentación subyacente resulta

¹¹⁰ En este sentido, con razón, FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, pp. 54, 56, 60 y ss., 92, 94 y ss., 102 y ss., 134, 177.

¹¹¹ Díez RIPOLLÉS, AP, 2001, pp. 1, 17; EL MISMO, ZStW, 2001, pp. 516, 531.

¹¹² Díez RIPOLLÉS, AP, 2001, pp. 1, 16; EL MISMO, ZStW, 2001, pp. 516, 530.

¹¹³ ROMEO CASABONA, «Humanbiotechnologie, Transkulturalität, Globalisierung und symbolisches (Straf-) Recht», en KNOEPFFLER/SCHIPANSKI/SORGNER (eds.), *Humanbiotechnologie als gesellschaftliche Herausforderung*, 2005, pp. 79 y ss. Igualmente v. SCHREIBER, «Recht als Grenze der Gentechnologie», en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 891, 902 y ss. En un sentido distinto VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, p. 143.

¹¹⁴ LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., 1987, p. 343. Igualmente v. EL MISMO, *Legitimation durch Verfahren*, 3ª ed. 1993, pp. 225 y ss.

¹¹⁵ Así, apunta JUNG, «(Wie) Soll man Klonen bestrafen? Eine Standortbestimmung», GA 2005, pp. 377, 381: “Die Technik des Klonens ist nach wie vor mit derart vielen Unsicherheiten behaftet, dass reproduktives Klonen insgesamt viel zu riskant erscheint, ein Begründungsansatz, der freilich irgendwann durch die Entwicklung der Technik überholt werden könnte”.

¹¹⁶ ROMEO CASABONA, en KNOEPFFLER/SCHIPANSKI/SORGNER (eds.), *Humanbiotechnologie als gesellschaftliche Herausforderung*, 2005, pp. 79 y ss.

¹¹⁷ En relación con los delitos contra el medio ambiente, v. ya BT-Dr 8/2382, p. 10; igualmente, v. p. 1.

¹¹⁸ Expresamente FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, p. 217; igualmente v., pp. 54 y ss., 59 y s., 92, 103, 109 y ss., 129 y ss., 177.

¹¹⁹ Así, apunta ROXIN, AT I, § 2 nm. 39, que la cuestión de la legitimidad depende de “ob eine Vorschrift neben ihren bewusstseinsbildenden Zielen und der bekenntnishaften Demonstration von Werthaltungen auch zum realen Schutz eines friedlichen Zusammenlebens wirklich nötig ist”. Con numerosas referencias, entre otros, Díez RIPOLLÉS, ZStW, 2001, pp. 516, 522, 529 y ss.; HAFFKE, «Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik», en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 955, 974 y s.; HASSEMER, en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus*

atendible en relación con disposiciones como la “ley de modificación de los preceptos relativos a los delitos contra la autodeterminación sexual y la modificación de otros preceptos” (“Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften”, de 27 diciembre 2003), donde se advierten excesos expresivo-integradores en un cuadro normativo de marcado carácter instrumental¹²⁰. Sin embargo, una política criminal instrumental orientada a la protección de bienes jurídicos, como se postula desde posiciones mayoritarias, no sólo se agota en la tutela de éstos. También asume los costes derivados de la norma de sanción¹²¹. Y desde esta última perspectiva se muestra preferible una norma como el citado artículo 160.3 del Código penal español. Las exigencias de fragmentariedad, protección de bienes jurídicos o *ultima ratio* no impiden el desarrollo de una legislación expresivo-integradora¹²². Al respecto, resulta ilustrativa la discusión acontecida en nuestra doctrina sobre los artículos 159 y siguientes del Código penal¹²³.

La idoneidad de ciertas cláusulas jurídico-penales materiales, como algunas de las figuras recogidas dentro de los delitos relativos a la manipulación genética – título V libro II de nuestro Código penal, para articular una tutela comunicativa anticipada de determinados bienes jurídicos, no esconde sus limitaciones frente a disfunciones preventivas como las que motivaron los anteriores procesos de reforma. Aquellos responden en buena medida, a un discurso público en el que confluyen diversas corrientes y grupos de intereses cuyas posiciones, muchas veces, muestran un importante contenido emocional¹²⁴; donde los distintos medios y foros orientan el tratamiento informativo por razones políticas o económicas. Y estos –y otros– actores condicionan en cuanto destinatarios la actuación legislativa¹²⁵. En este contexto, no parece aconsejable la introducción de un modelo sencillo

Roxin, 2001, pp. 1001, 1016 y s.; EL MISMO, *NStZ*, 1989, pp. 553, 555 y ss.; JÄGER, «Symbolisches Strafrecht – expressive Kriminalpolitik: Die Reform der Sexualdelikte», en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, 1999, pp. 52, 54 y s.; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, p. 416; LUZÓN PEÑA, «Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse», *GA*, 1984, pp. 393, 397; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p. 131; VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, pp. 114 y s., 126 y s., 131 y s., 134 y s. En un sentido próximo, también NOLL, *ZfSchwR*, 1981, pp. 347, 362 y ss.

¹²⁰ Ampliamente FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, pp. 129 y ss., 147 y ss., 220 y ss. En relación con la “Legge 13 febbraio 2006 n. 59”, igualmente v. MILITELLO, *Riv. ital. dir. proc. Penale*, 2006, pp. 826, 861 y s.

¹²¹ Con razón FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, pp. 106 y s.; señalando igualmente, en p. 192: “Eine Gruppe, die die Interessen der Täter vertritt, wird es wohl kaum geben; lediglich auf der Opferseite mobilisieren sich gesellschaftliche Kräfte. Umso mehr scheint ein entsprechender Ausgleich durch Hinzuziehung Sachverständiger und die Einbeziehung der Wissenschaft notwendig”.

¹²² En este sentido, con razón, HASSEMER, en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 1001, 1018: “Eine ernsthafte wissenschaftliche Auseinandersetzung muß nicht nur die neuartigen Entwicklungen, sondern vielmehr auch die überkommenen Wertungen auf den Prüfstand stellen und fragen, was sie uns heute, angesichts der Modernisierung unserer Welt, noch zu sagen haben”.

¹²³ Últimamente, v. ROMEO CASABONA, en KNOEPFLER/SCHIPANSKI/SORGNER (eds.), *Humanbiotechnologie als gesellschaftliche Herausforderung*, 2005, pp. 79 y ss. Con ulteriores referencias MUÑOZ CONDE, *PE*, 16^a ed. 2007, pp. 133 y ss., 141 y ss.

¹²⁴ Recientemente v. FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, pp. 30 y ss., 36 y ss., 188 y ss.

¹²⁵ Sobre la racionalidad del discurso legislativo, últimamente v. ATIENZA, «Argumentación y legislación», en DÍEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/SOTO NAVARRO (eds.), *La política legislativa penal en occidente. Una*

de disposición normativa. Así, se habla por ejemplo, de “leyes aparentes, cuya formulación técnicamente defectuosa las hace inaccesibles a las condiciones operativas del proceso penal”¹²⁶; por poner un ejemplo: una redefinición imposible de la reincidencia. Pues la trascendencia de la inoperancia instrumental de la norma pudiera incluso, acentuar la disfunción social subyacente¹²⁷. En este sentido, debiera considerarse también que las fuerzas políticas están siempre expuestas a la presión de los medios y de la opinión pública. Y los posibles costes políticos de una política criminal –en tal sentido– equivocada pudieran tornar finalmente, en mayores costes de racionalidad instrumental.

Frente a ello, la vía procedimental favorece un desarrollo más sutil de las diversas funciones de la norma¹²⁸. También, como sabemos, la adecuación constitucional de institutos aparentemente inasumibles en términos instrumentales. Así, por ejemplo, en relación con la cadena perpetua, señala el Constitucional alemán la existencia de instrumentos que permiten la puesta en libertad durante la ejecución de la pena¹²⁹. Tales mecanismos, como la posibilidad de suspensión condicional –§ 57 a y b StGB, permiten igualmente diferenciar entre los diversos planos funcionales de la norma¹³⁰. El significado expresivo-integrador se tiende a vincular a la consecuencia jurídica más grave del ordenamiento jurídico germano: cadena perpetua (“*lebenslange Freiheitsstrafe*”)¹³¹, mientras su significado instrumental se agota en los efectivos costes iusfundamentales¹³².

Estos institutos como la suspensión o la sustitución de la pena, no sólo permiten apreciar los diversos planos funcionales de la norma –básicamente: pena impuesta *versus* ejecutada; igualmente facilitan argumentos racionales para su comprensión en el discurso público: pronóstico social favorable¹³³, “la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias de su hecho..., sus condiciones de vida... los efectos que de la suspensión deben esperarse para él”¹³⁴ o “el esfuerzo para reparar el daño causado”¹³⁵. Recientemente, se apuntaba una interesante disociación entre las cuestiones procesales y decisorias y este tipo de proceso de reforma: el interés público se centra en los aspectos sustantivos –plazos de cumplimiento, rigor de la medida, etcétera– y se aleja de las cuestiones que precisan de

perspectiva comparada, 2005, pp. 19, 23 y ss., especialmente v. pp. 40 y ss. Igualmente ilustrativo LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 3ª ed. 1993, pp. 180 y ss.

¹²⁶ Díez Ripollés, *ZStW*, 2001, pp. 516, 533. Críticamente, también VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, pp. 28 y ss.

¹²⁷ Críticamente, al respecto VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, pp. 134 y s.

¹²⁸ Anteriormente, v. SÁNCHEZ LÁZARO, *Revista Penal*, 2007, pp. 70, 80 y ss. En este sentido, igualmente Díez Ripollés, *ZStW*, 2001, pp. 516, 533, 536.

¹²⁹ Cfr. BVerfGE *NJW*, 1977, pp. 1525, 1531 y ss.

¹³⁰ Por lo demás, v. HORN, *SK*, 8ª ed., 2001, § 57 a, b nm. 1 y ss.

¹³¹ Así, apuntan JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 758: “Doch kann die lebenslange Freiheitsstrafe nach der Abschaffung der Todesstrafe als Symbol für die Entschlossenheit des Staates verstehen, auf die bewußte Verletzung wichtigster Rechtsgüter mit äußerster Entschiedenheit zu antworten”.

¹³² Si bien la advertida “Erosion” del significado expresivo-integrador de esta consecuencia jurídica apunta igualmente, hacia su supresión, cfr. ya BVerfGE *NJW*, 1977, pp. 1525, 1530.

¹³³ Al respecto HORN, *SK*, § 56 nm. 8 c y ss.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ Según el artículo 88.1 del CP español; al respecto GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (II)», en GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 323, 340 y s.

decisión experta¹³⁶. En estos casos, la “huida al Derecho penal” busca respuestas simples – básicamente: más pena; y ello permite diferenciar entre diversos planos comunicativos de la norma, cuando menos, entre foros especializados y profanos. Razones éticas apuntan a introducir este desarrollo procedimental en la exposición de motivos – con razón, *Navarro Frías*. Pero también, el hecho de que tales disfunciones se refuercen, particularmente, en auditorios donde nadie “ojea la ley”¹³⁷. Y al respecto, cabría diferenciar y sistematizar. En este sentido, el incipiente desarrollo de la teoría de la legislación penal (“*Strafgesetzgebungslehre*”) debe favorecer el desarrollo de las diversas funciones de la norma: instrumental, expresiva e integradora¹³⁸. La complejidad problemática empuja, por su parte, a una mayor intervención en el proceder legislativo de la denominada ciencia del Derecho penal¹³⁹.

3.3 Medidas postnormativas

La singularidad del espacio comunicativo donde la norma desarrolla su función expresivo-integradora, desaconseja abandonarla a su suerte tras su entrada en vigor. Los costes iusfundamentales de la reciente política criminal europea empujan a una introducción de medidas postlegislativas de aseguramiento cognitivo. En esta línea apunta, igualmente, el contenido de irracionalidad de las citadas disfunciones. Al respecto, las posibilidades esbozadas de intervención prenatal¹⁴⁰, se abren a un aseguramiento de la norma en esta última fase¹⁴¹: difusión de estadísticas, pronunciamientos, etcétera. La ciencia del

¹³⁶ Cfr. ZIMRING, «Política criminal y legislación penal en la experiencia estadounidense reciente», en DÍEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/SOTO NAVARRO (eds.), *La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada*, 2005, pp. 47, 57 y s.; DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, p. 41; VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, pp. 188 y ss. Anteriormente, también NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, pp. 188 y ss. Con carácter general LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 3ª ed. 1993, pp. 191 y ss.

¹³⁷ En palabras de LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 3ª ed. 1993, p. 191.

¹³⁸ Así HASSEMER, en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 1001, 1019. Críticamente, también, DÍEZ RIPOLLÉS, *ZStW*, 2001, pp. 516, 538, quien apunta, con razón, que “keine technischen Instrumente zur Verfügung stehen, um strafrechtliche Entscheidungen aus der Sicht der angestrebten soziopersonalen Effekte überprüfen und korrigieren zu können. Diesbezüglich besteht jedoch großer Mangel”.

¹³⁹ Últimamente, en este sentido, también ROXIN, en HETTINGER ET AL. (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, pp. 489, 494. Igualmente, v. AMELUNG, *ZStW*, 1980, p. 21; DÍEZ RIPOLLÉS, «Presupuestos de un modelo racional de legislación penal», *Doxa*, 2001, pp. 485, 517; EL MISMO, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, pp. 91 y ss.; FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, pp. 195 y ss., 204 y ss.; MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, 1983, p. 248; NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, pp. 58 y ss.; PALAZZO, «Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico», *Riv. ital. dir. proc. penale* 1997, pp. 694, 732; PAREDES CASTAÑÓN, «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», *RDPC*, 2003, pp. 95, 110 y s.; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, pp. 324 y ss.; STRENG, *ZStW*, 1999, pp. 827, 858 y s.; VOGEL en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 105 y ss., quien apunta posibles déficits de legitimidad; VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, pp. 175 y ss., 214 y ss.

¹⁴⁰ 3, 1.

¹⁴¹ En este sentido, apuntaba ya LUZÓN PEÑA, *GA*, 1984, pp. 393, 397: “Beide Seiten der Generalprävention müssen korrelativ sein, d. h. das, was zu einer wirksamen Allgemeinabschreckung genügt, muß gerade deshalb auch der Rechtsbewährung genügen, wenn man nur die Bürger über den wirklichen Zustand der Kriminalität und über den Einfluß, den die Schwere der Strafe darauf haben kann, ausreichend informiert, um unbegründete Sorgen und Verunsicherungsgefühle zu vermeiden”. Anteriormente, también, hablando de un deber de revisión (“Nachbesserungspflicht”), NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, pp. 146 y ss. En la misma línea AMELUNG, *ZStW*, 1980, pp. 19, 35 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003,

Derecho penal está también, llamada a ello. En este sentido, resulta paradigmático el programa de acción realizado, hace ya bastantes años, por un significativo grupo de profesores alemanes y suizos en relación con el Proyecto alternativo de Código penal alemán, con distribución de pronunciamientos en los distintos medios de comunicación, entre otras funciones¹⁴². Más recientemente, en nuestro país, el denominado Grupo de Estudios de Política Criminal viene realizando una interesante labor orientada, según su punto programático cuarto, a “informar y sensibilizar a la opinión pública sobre la conflictividad social que subyace en el fenómeno criminal así como sobre las limitaciones del Derecho penal como medio de resolución de los conflictos sociales”. Las razones, ahora como entonces, se encuentran presentes en el propio discurso científico. Pues tales materiales no se dejan “aislar de sus referencias ético-políticas, pragmáticas y morales”¹⁴³. Sin embargo, la reciente política criminal europea revela que su discusión acontece cada vez más lejos de los foros científicos; aunque lamentablemente, también, la degradación de la opinión pública y en general, del sistema político vigente¹⁴⁴.

4. *Jurisprudencia citada*

BVerfGE NJW 1977, pp. 1525 y ss.

BVerfGE NStZ-RR, 1996, pp. 122 y ss.

BVerfGE NJW, 2004, pp. 739 y ss.

BVerfGE NJW 2004, pp. 750 y ss.

BVerfGE NJW, 2006, pp. 3484 y ss.

STC núm. 112/1988, de 8 de junio, ponente Begué Cantón.

STC núm. 24/1993, de 21 de enero, ponente Viver Pi-Sunyer.

5. *Bibliografía citada*

ALBRECHT, Hans-Jörg, «Öffentliche Meinung, Kriminalpolitik und Kriminaljustiz», en WALTER, Michael/KANIA, Harald/ALBRECHT, Hans-Jörg (eds.), *Alltagsvorstellungen von Kriminalität*, Köln (LIT) 2004, pp. 491-520.

ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 3ª ed, Frankfurt (Suhrkamp), 1996.

pp. 58 y ss.; STACHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, pp. 200 y ss.; VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, pp. 166 y ss.

¹⁴² Al respecto NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, pp. 34 y s.

¹⁴³ VOGEL en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 105, 115. Igualmente, v. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, pp. 196 y s.; FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, p. 157; PALAZZO, *Riv. ital. dir. proc. penale* 1997, pp. 694, 728 y ss. En relación con la docencia, igualmente v. STRENG, *ZStW*, 1999, pp. 827, 862.

¹⁴⁴ Cfr. GARZÓN VALDÉS, *Doxa*, 1993, pp. 77, 86 y ss.

- *Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed., Freiburg-München (Alber Karl) 1994.

AMELUNG, Knut, «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung», *ZStW* (92), 1980, pp. 19-72.

ATIENZA, Manuel, «Argumentación y legislación», en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/PRIETO DEL PINO, Ana María/SOTO NAVARRO, Susana (eds.), *La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2005, pp. 19-46.

BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona (Bosch) 1994.

BECK, Ulrich, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, Bonn (Suhrkamp) 2007.

BEST, Dominik, «Das Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG und die Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 2 Abs. 6 StGB)», *ZStW* (114), 2002, pp. 88-129.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, «La responsabilidad penal de los menores», en GRACIA MARTÍN, Luis (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia (Tirant lo blanch) 2006, pp. 493-530.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica», *ADPCP* (15), 2002, pp. 285-317.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid (Civitas) 2000.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, 6ª ed., Madrid (Tecnos) 2004.

CUERDA RIEZU, Antonio, *El legislador y el Derecho penal*, Madrid (Centro de estudios Ramón Areces) 1991.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe», *ZStW* (113), 2001, pp. 516-538.

- «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *Actualidad Penal* (1), 2001, pp. 1-22.

- «Presupuestos de un modelo racional de legislación penal», *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, 2001, pp. 485-524.

- *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid (Trotta) 2003.

- «La nueva política criminal española», DÍEZ RIPOLLÉS (ed.), *Cuadernos penales José María Lidón* núm. 1. *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Bilbao (Universidad de Deusto) 2004, pp. 11-38.

DOOB, Anthony, “Política criminal en Canada: «ladra mucho y muerde poco»” (trad. Soto Navarro), en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/PRIETO DEL PINO, Ana María/SOTO NAVARRO, Susana (eds.), *La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2005, pp. 355-84.

FRISCH, Wolfgang, «Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem», *ZStW* (102), 1990, pp. 343

FUNCKE-AUFFERMANN, Niklas, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, Berlin (Duncker & Humblot) 2007.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, «La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales», *Actualidad Penal* (3), 2000, pp. 673-698.

- «La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores», en SOLA RECHE, Esteban/HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises/FLORES MENDOZA, Fátima/GARCÍA MEDINA, Pablo (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, Granada (Comares) 2007, pp. 25-58.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas», *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho* 1993, pp. 77-95.

GRACIA MARTÍN, Luis/ALASTUEY DOBÓN, Carmen, «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (II)», en GRACIA MARTÍN, Luis (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia (Tirant lo blanch) 2006, pp. 323-348.

HAFFKE, Bernhard, «Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik», en SCHÜNEMANN, Bernd/ACHENBACH, Hans/BOTTKE, Wilfried/HAFFKE, Bernhard/RUDOLPHI, Hans-Joachim (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin-New York (W de G) 2001, pp. 955-975.

HANACK, Ernst-Walter, «§ 66», en LAUFHÜTTE, Heinrich-Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus (eds.), *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 3, 11ª ed., Berlin (de Gruyter) 2006.

HASSEMER, Winfried, «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *NStZ*, 1989, pp. 553-562.

- «Das symbolsiche am symbolischen Strafrecht», en SCHÜNEMANN, Bernd/ACHENBACH, Hans/BOTTKE, Wilfried/HAFFKE, Bernhard/RUDOLPHI, Hans-Joachim (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin-New York (W de G) 2001, pp. 1001-1019.

HORN, Eckhard, «§ 66», en RUDOLPHI, Hans-Joachim/HORN, Eckhard/SAMSON, Erich/GÜNTHER, Hans-Ludwig/HOYER, Andreas: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., Neuwied-Kriftel-Berlin (Luchterhand) 1999.

- «§ 56» y «§ 57», en RUDOLPHI, Hans-Joachim/HORN, Eckhard/SAMSON, Erich/GÜNTHER, Hans-Ludwig/HOYER, Andreas: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª ed., Neuwied-Kriftel-Berlin (Luchterhand) 2001.

JÄGER, Matthias, «Symbolisches Strafrecht - expressive Kriminalpolitik: Die Reform der Sexualdelikte», en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (ed.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt (Peter Lang) 1999, pp. 52-67.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin-New York (Walter de Gruyter) 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín (Duncker & Humblot) 1996.

JORGE BARREIRO, Agustín, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid (Civitas) 1976.

- «Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid (UNED) 2001, pp. 143-192.

JUNG, Heike, «(Wie) Soll man Klonen bestrafen? Eine Standortbestimmung», *GA*, 2005, pp. 377-384.

KANIA, Harald, «Kriminalitätsberichte und die Konstruktion von Kriminalitätswirklichkeit», en WALTER, Michael/KANIA, Harald/ALBRECHT, Hans-Jörg (eds.), *Alltagsvorstellungen von Kriminalität*, Köln (LIT) 2004, pp. 137-156.

KINZIG, Jörg, «Die Praxis der Sicherungsverwahrung», *ZStW* (109), 1997, pp. 122-164.

- «Der Hang zu erheblichen Straftaten - und was sich dahinter verbirgt?», *NStZ*, 1998, pp. 14-19.

- «An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BverfG», *NJW*, 2004, pp. 911-914.

KÖHLER, Michael, «Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerechtigkeit», en PAWLIK, Michael/ZACZYK, Rainer (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln-Berlin-München (Carl Heymann) 2007, pp. 273-292.

KURY, Helmut, «Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?» (trad. Hernández Plasencia), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la Criminología*, Madrid (UNED) 2001, pp. 283-324.

LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 26ª ed., München (C. H. Beck) 2007.

LAUBENTHAL, Klaus, «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», *ZStW* (116), 2004, pp. 703-750.

LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2006.

LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, 3ª ed., Neuwied-Berlin (Luchterhand) 1993.

- *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen (Westdeutscher Verlag) 1987.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, «Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse», *GA*, 1984, pp. 393-407.

- «Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la Criminología*, Madrid (UNED) 2001, pp. 131-139.

MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, Valencia (Universidad de Valencia) 1983

MARCILLA CÓRDOBA, Gema, *Racionalidad legislativa: Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2005.

MARTÍN CRUZ, Andrés, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, Granada (Comares) 2004.

MILITELLO, Vincenzo, «La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, pp. 826-862.

MUÑOZ CONDE, Francisco, «Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht», *GA*, 1984, pp. 218-230.

- *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., Valencia (Tirant lo blanch) 2007.

NOLL, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Reinbeck (Rowohlt) 1973.

- «Symbolische Gesetzgebung», *ZfSchwR* (100), 1981, pp. 347-364.

OSTENDORF, Heribert, *Jugendgerichtsgesetz*, 7ª ed., Baden-Baden (Nomos) 2007.

PALAZZO, Francesco, «Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, pp. 694-735.

- *Corso di Diritto penal. Parte generale*, Torino (G. Giappicheli) 2005.

- *Corso di Diritto penal. Parte generale*, 3ª ed., Torino (G. Giappicheli) 2008.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», *Revista de Derecho penal y criminología* (11), 2003, pp. 95-164.

REUBAND, Karl-Heinz, «Kriminalitätsentwicklung und Medienwirklichkeit. Wie die Kriminalitätslage durch die PKS, Politiker und Medien konstruiert wird», en WALTER, Michael/KANIA, Harald/ALBRECHT, Hans-Jörg (eds.), *Alltagsvorstellungen von Kriminalität*, Köln (LIT) 2004, pp. 235-248.

REVERÓN PALENZUELA, Benito, «La acusación particular en el proceso penal de menores», en SOLA RECHE, Esteban/HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises/FLORES MENDOZA, Fátima/GARCÍA MEDINA, Pablo (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, Granada (Comares) 2007, pp. 243-261.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Barcelona (Bosch) 1986.

- «Humanbiotechnologie, Transkulturalität, Globalisierung und symbolisches (Straf-) Recht», en KNOEPFFLER, Nikolaus/SCHIPANSKI, Dagmar/SORGNER, Stefan Lorenz (eds.), *Humanbiotechnologie als gesellschaftliche Herausforderung*, Freiburg-München (Karl Alber), 2005, pp. 79-106.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner. Teil I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., München (C.H. Beck) 2006.

- «Selbständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion», en HETTINGER, Michael/ZOPFS, Jan/HILLENKAMP,

Thomas/KÖHLER, Michael/RATH, Jürgen/STRENG, Franz/WOLTER, Jürgen (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper*, Heidelberg (C. F. Müller) 2007, pp. 489-504.

SAAVEDRA, Modesto, "«Opinión pública libre» y medios de comunicación social en la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional español", *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, 1993, pp. 135-156.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Granada (Comares) 1998.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad», *Revista Penal* (17), 2006, pp. 142-165.

- «Respuestas jurídico-penales a la criminalidad de los menores», *Revista Penal* (19), 2007, pp. 70-84.

- «Zur neuesten Reform des spanischen Jugendstrafrechts», *ZIS* (2), 2007, pp. 62-68 (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007_2_110.pdf; última visita, 15 de agosto de 2007).

SANZ MORÁN, Ángel, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, Valladolid (Lex Nova) 2003.

- «De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso», en BUENO ARÚS, Francisco/KURY, Helmut/RODRÍGUEZ RAMOS, Luis/ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirs.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid (Dykinson) 2006, pp. 1085-1101.

SCHREIBER, Hans-Ludwig, «Recht als Grenze der Gentechnologie», en SCHÜNEMANN, Bernd/ACHENBACH, Hans/BOTTKE, Wilfried/HAFFKE, Bernhard/RUDOLPHI, Hans-Joachim (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin-New York (W de G) 2001, pp. 891-904.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona (José María Bosch) 1997.

- *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid (Civitas) 2001.

SOLA RECHE, Esteban/SERRANO SOLÍS, Miguel, «Presente y futuro de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en SOLA RECHE, Esteban/HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises/FLORES MENDOZA, Fátima/GARCÍA MEDINA, Pablo (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, Granada (Comares) 2007, pp. 3-24.

STÄCHELIN, Georg, *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*, Berlin (Duncker & Humblot) 1998.

STRENG, Franz, «Modernes Sanktionenrecht?», *ZStW* (111), 1999, pp. 827-862.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, «Principios políticocriminales y dogmáticos del sistema penal de menores», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/ TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, Valencia (Tirant lo blanch) 2002, pp. 13-42.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, «Responsabilidad penal de los menores», en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón/NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (coords.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Valencia-Cádiz (Tirant lo blanch-Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología) 2004, pp. 47-64.

URRUELA MORA, Asier, «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (8), 2001, pp. 167-194.

VOGEL, Joachim, «Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft», en SCHÜNEMANN, Bernd/ACHENBACH, Hans/BOTTKE, Wilfried/HAFFKE, Bernhard/RUDOLPHI, Hans-Joachim (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin-New York (W de G) 2001, pp. 105-118.

VOB, Monika, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach (Rolf Gremer) 1989.

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlín (Walter de Gruyter) 1969.

ZIMRING, Franklin E., «Política criminal y legislación penal en la experiencia estadounidense reciente» (trad. Soto Navarro), en DÍEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/SOTO NAVARRO (eds.), *La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2005, pp. 47-62.