

¿Derecho penal regulatorio?

Desde hace dos décadas es un lugar común afirmar que nos encontramos ante un nuevo modelo de Estado. Por un lado, este nuevo modelo no constituye un retorno al viejo Estado de policía bismarckiano, circunscrito a la protección frente a peligros (*Gefahrenabwehr*). Pero, por otro lado, parece claro que conlleva la desaparición del Estado intervencionista o prestacional (*Wohlfahrtsstaat, Leistungsstaat*), allí donde éste existiera previamente. El nuevo modelo de Estado –el *Regulatory State*¹– se caracteriza formalmente por la delegación del poder de instituciones centrales del Estado a agencias regulatorias independientes (“independent regulatory agencies”) integradas por expertos. Así pues, son tales agencias regulatorias –el “poder técnico”– las que pasan a decidir sobre qué y cómo sancionar.

Sin embargo, esta estructura de delegación regulatoria se superpone a la tendencia a una disminución de la intervención directa del Estado en las actividades económicas. A este “adelgazamiento del Estado” se alude cuando se habla –en la doctrina iuspublicista alemana– de la transición de un Estado prestacional (*Leistungsstaat*) a un Estado de garantía o Estado garante² (*Gewährleistungsstaat*)³ de prestaciones llevadas a cabo por quienes están en mejores condiciones – en términos de conocimiento y experiencia– de llevarlas a cabo: terceros privados. Así, la delegación tiene lugar no sólo a agencias estatales sino también al sector privado o bien a una cooperación entre ambos, de modo que lo característico del nuevo modelo de Estado es tanto la regulación técnica como, sobre todo, su conocida variante de la autorregulación regulada.⁴

La opción moderna por la descentralización del control y, en suma, por la autorregulación (y ejecución) regulada⁵ constituye un concepto propio del Estado de garantía. Se trata de un Estado “observador” que, en un contexto de europeización y de privatización, mantiene la última responsabilidad por el bien común, al tiempo que confía en las fuerzas autorreguladoras de la sociedad y, en particular, del sector privado de la economía. En su marco tiene lugar la

¹ Cfr. MAJONE, «The Rise of the Regulatory State in Western Europe», *West European Politics*, (17), 1994, pp. 77 y ss.; EL MISMO, «From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance», *Journal of Public Policy*, (17), 1997, pp. 139 y ss. En Estados Unidos la discusión sobre el *Regulatory State* y la existencia de *regulatory offences* es muy anterior.

² Expresión que –debe subrayarse– en ese contexto no tiene nada que ver con la noción de “garante” que maneja el Derecho penal.

³ El concepto se retrotrae a EIFERT, *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat*, Nomos, Baden-Baden, 1998. Vid. También SCHUPPERT, *Die Gewährleistungsstaat –ein Leitbild auf dem Prüfstand*, Nomos, Baden-Baden, 2005.

⁴ Si hemos de seguir la, por lo demás convincente, exposición de Braithwaite, no nos hallaríamos ante la expresión de políticas neoliberales de desregulación, sino, por el contrario, ante una densidad regulativa de nuevo cuño. De ahí su preferencia por hablar, en lugar de un *Regulatory State*, de un *Regulatory Capitalism*. Cfr. BRAITHWAITE, «Neoliberalism or Regulatory Capitalism», *RegNet Occasional Paper*, (5), 2005; EL MISMO, *Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.

⁵ *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates: Ergebnisse des Symposiums aus Anlaß des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung Beiheft 4, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.

configuración de una red de agentes privados que actúan como colaboradores (por tanto, como funcionarios en sentido amplio, ya voluntarios, ya forzosos) de las Administraciones públicas.⁶

El esquema fundamental viene dado, en primer lugar, por el establecimiento de un marco regulador. Ahora bien, dicho marco regulador –fijado en última instancia por las agencias de control– se caracteriza por su configuración según un sistema de niveles superpuestos (*Mehrebenensystem*). El Derecho supranacional, ya sea *soft law* integrado por recomendaciones de ciertas organizaciones internacionales o *hard law*, el Derecho europeo y –en fin– la legislación nacional, en sus diversos niveles –incluido el de las agencias reguladoras–, influyen en la configuración de tal marco. Una vez establecido el marco regulador, se trata de que tenga lugar el dictado de una autorregulación que cumpla con las condiciones establecidas en aquel marco.

El modelo plantea problemas tanto en el nivel superior como en el nivel inferior. En el nivel superior, porque la regulación nacional tiene lugar dentro de los marcos fijados por las organizaciones supranacionales y el “legislador” europeo. Así, los parlamentos nacionales adoptan la extraña posición de “ejecutores de una decisión externa vinculante”.⁷ Como, además, el déficit democrático de las regulaciones europeas sigue, por el momento, sin ser subsanado,⁸ puede afirmarse todavía que el marco superior de regulación responde al modelo de “regulación gubernativa”⁹ distante de la ley democrática parlamentaria, por muchos que sean los déficits (burocratización, partitocracia) de esta última. Como HABERMAS ha indicado, ni siquiera una Constitución resulta suficiente: sería necesario pasar del acuerdo entre estados a la constitución real, a un sistema europeo de partidos y a una sociedad civil europea, con medios de comunicación transnacionales.¹⁰ Algo en lo que insiste BRAUM: una constitución eficaz en la práctica requiere un “sistema de comunicación”¹¹, y en Europa no existe una opinión pública, sino que dominan discursos selectivos de expertos e intereses. La idea de una *res publica* que concierna a todos, como concepto político, sigue siendo cosa del futuro. Sin embargo, “la identidad colectiva, el parlamentarismo, la soberanía de un pueblo culturalmente integrado y una opinión pública constituyen presupuestos inseparables de una concepción constitucional eficazmente democrática”.¹²

En un nivel intermedio, sucede que la legislación nacional –previamente enmarcada– remite, a su vez, a las agencias de expertos, sin que apenas tenga lugar una decisión política que medie en el paso de un plano de expertos a otro. Finalmente, en el nivel inferior la autorregulación que tiene

⁶ Cfr. KADELBACH/GÜNTHER (eds.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtssetzung*, Campus-Verlag, Frankfurt am Main, New York, 2011, pp. 9 y ss.

⁷ SCHÜNEMANN, «Fortschritte und Fehlritte in der Europäisierung der Strafrechtspflege», *GA*, 2004, p. 201.

⁸ Sobre el déficit democrático y constitucional de la Unión Europea, BASTIDA, «La soberanía borrosa: la democracia», *Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, 1/ 1998 (Soberanía y constitución), pp. 381 y ss., 392-393.

⁹ VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung: eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.

¹⁰ HABERMAS, «Towards a Cosmopolitan Europe», *Journal of Democracy*, (14-4), 2003, pp. 86 y ss., 98. Aludiendo también a la necesidad de que las decisiones no se basen sólo en el compromiso sino en normas y valores intersubjetivos reconocidos (p. 99, nota 7).

¹¹ BRAUM, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2003, p. 570-571: hasta ahora la única comunicación que se ha dado es una comunicación entre tecnócratas, lo que constituye una forma burocráticamente reducida de comunicación.

¹² BRAUM, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, 2003, p. 571.

lugar dentro de ese triple marco constituye una regulación que se deja en manos privadas. La ley del Estado democrático aparece disuelta, dado el complejo sistema de fuentes, en un mar de procesos de desestatalización, deslegalización y privatización.¹³

Las infracciones paradigmáticas de las que se trata aquí son las siguientes: el incumplimiento del marco regulador, por no establecer autorregulación alguna o por dictarla sin respetar el marco regulador; la ausencia de colaboración con las agencias de regulación; y, en fin, el incumplimiento de las disposiciones del propio modelo de autorregulación. Pero la cuestión sigue siendo la de por qué tales infracciones pueden ser calificadas como infracciones penales y por qué, en consecuencia, debe imponérsele a sus autores una pena criminal.¹⁴ Pues lo cierto es que el Derecho penal, tal como lo concebimos, y con los matices derivados de la existencia de leyes penales en blanco y elementos normativos de contenido jurídico, se caracteriza precisamente por su vinculación al núcleo central de la legislación del Estado.¹⁵ Tan pronto como el mundo de los expertos privados -del estado de la técnica- entra en juego, tal conexión se pierde, salvo que se mueva en unos cauces de regulación estatal que deben reputarse especialmente estrechos.

La respuesta a la pregunta por el cambio de papel del Derecho penal es relativamente sencilla. En el marco de un modelo así concebido, el recurso al Derecho penal responde al incremento de los desincentivos previamente existentes en contra de la realización de la conducta infractora.¹⁶ Expresado en otros términos, precisamente en los términos utilizados al inicio de este texto: el fundamento de la intervención penal apoyando la autorregulación regulada es la necesidad de pena concebida como principio utilitarista de fundamentación de la incriminación de conductas prescindiendo de toda consideración de merecimiento. La lógica de la proporcionalidad en sentido estricto o los criterios propios de un concepto material de delito se hallan por completo ausentes. De lo que se trata es de mejorar el "law enforcement system" o, si se quiere, la "deterrence theory equation".¹⁷

El modelo no parece admitir otros criterios de legitimación. Por eso, al mismo tiempo, no tiene reparo en eximir de pena a aquellos ciudadanos que, habiendo cometido un delito, colaboran con la Administración. Ni siquiera en recompensar económicamente a aquellos terceros que colaboran con la Administración, proporcionándole información relevante para la persecución de los delitos.¹⁸ Pues resulta inherente al modelo regulativo un manejo de la sanción penal en términos de oportunidad. Como también le es inherente la conversión de particulares en funcionarios públicos, aunque a éstos sólo les guíe el estímulo de la obtención de una

¹³ VOGEL, «Wertpapierhandelsstrafrecht: Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells?», en PAWLIK (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Heymann, Köln, 2007, pp. 733 y ss.

¹⁴ En este sentido crítico, BROWN, «Criminal Law's Unfortunate Triumph Over Administrative Law», *Journal of Law, Economics and Policy*, (7), 2010-2011, pp. 657 y ss.

¹⁵ Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, «¿Es posible configurar la tipicidad del delito ecológico a través de las formas de autorregulación?», *diario LA LEY*, (7418), 7 de junio de 2010, pp. 1 y ss., con un balance negativo.

¹⁶ VOGEL, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 735 y ss.

¹⁷ Por ello y por sus consideraciones sobre los temas previamente expuestos, es atinado el análisis de NIETO MARTÍN, «¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?», *Revista penal*, 2007, pp. 120 y ss., a propósito de este punto concreto p. 134.

¹⁸ ENGSTROM, «Whither Whistleblowing? Bounty Regimes, Regulatory Context, and the Challenge of Optimal Design», *Theoretical Inquiries in Law*, (15), 2014, pp. 605 y ss. (<http://ssrn.com/abstract=2341808>).

recompensa.¹⁹ Instrumentalización y flexibilización del Derecho penal son, o así parece, efectos deseados –o, al menos, colaterales– de los modelos regulativos. Desde la perspectiva del Derecho penal, el fenómeno de máxima extensión de la red descentralizada de prestación y control, al tiempo que de máxima densidad de ésta, viene dado precisamente por la conversión de toda persona jurídica en un delegado de prevención de los delitos que se cometan en su seno.²⁰ Últimamente la *ultima ratio*, como la *ultima Thule*, ha resultado ser bastante accesible.

Jesús-María Silva Sánchez

¹⁹ VOGEL, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 742 ss.

²⁰ VOGEL, *FS-Jakobs*, 2007, p. 744.