

Expansión 2.0: los nuevos riesgos

I

La primera edición en español de *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* apareció en 1999; la segunda, que consolidaba el contenido de la obra, en 2001¹. El libro, traducido con relativa prontitud al italiano, al alemán y al portugués², ha mantenido su vigencia, siendo probablemente uno de los más citados en las últimas décadas³. Si se tiene en cuenta que desde su publicación ha transcurrido ya un cuarto de siglo, cabe afirmar que la permanente actualidad del contenido de la obra se explica probablemente por la persistencia de la situación de crisis antropológica, sociocultural, económica, política y jurídica que el libro advertía como propia del último cuarto del siglo XX europeo⁴. Es más, por la intensificación de todos los elementos que dieron lugar a aquella.

II

Aquí se trata de considerar tan solo el devenir de uno de los factores determinantes de la expansión del Derecho penal que ya podía singularizarse en 1999; a saber, la existencia real de «nuevos riesgos». Pues bien, resulta innegable que en los últimos veinticinco años se han generado nuevos riesgos o, en todo caso, que riesgos ya preexistentes han experimentado una intensificación. Así, en primer lugar, la política jurídico-penal de este siglo no se entiende si no se tiene presente lo sucedido el 11 de septiembre de 2001. Aquel día, en efecto, tuvo lugar el ataque terrorista a las torres gemelas de Nueva York y, tras él, la declaración de guerra contra el terrorismo que los Estados Unidos y todos los aliados occidentales vienen llevando a cabo desde entonces.

¹ Una reimpresión de la segunda edición, ampliada, tuvo lugar en 2006; la tercera edición, en 2011.

² *A Expansão do Direito penal*, 2002 (2ª ed., 2011); *Die Expansion des Strafrechts*, 2003; *L'espansione del diritto penale*, 2004.

³ Por ejemplo, VORMBAUM, «Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik», *ZStW*, (123), 2011, pp. 660 ss.; BECKEMPER, «Entgrenztes (Wirtschafts-)Strafrecht», *ZStW*, (131), 2019, pp. 1105 ss.; LA MISMA, «Vom Sinn eines Nebenstraftsrechts im Wirtschaftsstraftsrecht», en ALBRECHT, A. H./STEINBERG, G., *Der allgemeine Teil des Wirtschaftsstraftsrechts*, 2023, pp. 25 ss.; BRUNHÖBER, «Funktionswandel des Strafrechts in der Sicherheitsgesellschaft», en PUSCHKE/SINGELSTEIN (eds.), *Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft*, 2018, pp. 193 ss.; LA MISMA, «Grenzen der Grenzen des Strafrechts – Demokratische Grenzen kriminalpolitischer Leitlinien», *ZStW*, (135), 2023, pp. 872 ss.; HOVEN, «Die neue liberale Lust am Strafrecht?», *ZStW*, (135), 2023, pp. 707 ss.

⁴ El tránsito del Derecho penal propio del Estado del bienestar (social-integrador) al Derecho penal del Estado de la prevención y de la seguridad: ALBRECHT, P.-A., *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft*, 2010, p. 3.

Consecuencias dispares de esta guerra, pero en todo caso reconducibles a ella son, por ejemplo, la intensificación de la política de prevención del blanqueo de capitales –que no en vano se asocia con la financiación del terrorismo– a través del Derecho penal; o el castigo de actos proto-preparatorios, como el auto-doctrinamiento terrorista y otras similares⁵. En términos más generales, cabe señalar que en este ámbito ha tenido lugar la progresiva conformación de un Derecho mixto, integrado por ciertos elementos del Derecho de los conflictos armados y otros propios del Derecho penal de la paz⁶. Este alcanza también a las organizaciones criminales, cuyo impacto en los diversos países es desigual, pero en todo caso resulta muy relevante.

En segundo lugar, la evolución de la política jurídico-penal tampoco se puede concebir sin considerar la crisis financiera internacional desencadenada en los años 2007-2008, al hilo del hundimiento de las denominadas hipotecas *subprime* en Estados Unidos. Esta crisis financiera, la más profunda desde la Gran Depresión de 1929, desencadenó en España el hundimiento del sistema financiero, basado ampliamente en el modelo de las cajas de ahorro, y un empobrecimiento social general que cabe considerar todavía no superado. En general, puede afirmarse que los efectos de dicha crisis marcaron el principio del fin del modelo de Estado del bienestar, con la disminución de las clases medias y el incremento de los niveles de pobreza. Ello dio lugar a profundas modificaciones del sistema bancario en todo occidente. Pues bien, entre otras, las reformas de la legislación penal española de 2010 y de 2015, que profundizan en la intervención del Derecho penal en las actividades económicas, traen causa de dicha crisis.

A su vez, en tercer lugar, el incremento del riesgo industrial y tecnológico se manifiesta en múltiples vertientes. Por un lado, su dimensión macrosocial, que en décadas anteriores apuntaba a problemas relativamente concretos (accidentes biológicos, nucleares, ambientales), ha adquirido adicionalmente un carácter global-sistémico. En efecto, para quienes admiten su existencia –que son amplia mayoría–, la denominada crisis climática apunta a un posible colapso del modelo vigente de desarrollo industrial, tanto en lo relativo a sus presupuestos energéticos –el recurso a los combustibles fósiles– como en lo que hace a sus efectos contaminantes. Por otro lado, el análisis de su dimensión microsocia y psicológico-individual permite advertir la injerencia masiva de internet tanto en el mundo económico, como en el de la vida personal. En el ámbito económico, los ciberataques contra empresas y entidades públicas se han convertido en un problema global de seguridad que va mucho más allá de la afectación de instalaciones estratégicas. En el ámbito de la vida, por su parte, los riesgos cibernéticos no se reducen a la afectación de la intimidad o de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes. Los denominados *smartphones*, en sus poco más de tres lustros de existencia, han producido, en primer lugar, fenómenos de auténtica adicción, especialmente perceptibles en el ámbito de las personas nacidas después de 1995 (la llamada Generación Z)⁷. Una adicción que se ve intensificada por el efecto de las diversas redes sociales, dirigidas mediante algoritmos de recomendación. En segundo lugar, las redes conducen a la ruptura de los espacios comunes de comunicación social, sustituidos por un conjunto de círculos cerrados y separados entre sí, que

⁵ Extensamente, ALBRECHT, P.-A., *The Forgotten Freedom. September 11 as a Challenge for European Legal Principles*, 2003; MASFERRER (ed.), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency*, 2014.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, «Asesinatos selectivos en la ‘guerra punitiva’ contra el terrorismo», *InDret*, (1), 2017, pp. 1 ss.

⁷ Lo han expuesto con especial claridad ALTER, *Irresistible: The Rise of Addictive Technology and the Business of Keeping us Hooked*, 2015; HAYDT, *La transformación de la mente moderna*, 2019; EL MISMO, *La generación ansiosa*, 2024.

actúan a modo de cámaras de eco. En este punto, el efecto multiplicador de los confinamientos asociados al control de la pandemia del COVID-19 es ya claramente perceptible.

Al margen de todo lo anterior, se hallan los riesgos de manipulación del cuerpo y de la mente humana mediante intervenciones biotecnológicas; y, obviamente, el riesgo para la propia humanidad de las relaciones que se deriva del recurso acelerado y masivo a la inteligencia artificial.

III

En este mismo período de tiempo, y en el plano de la política social, se ha hecho patente un riesgo ya perceptible a finales del siglo XX, a saber, el derivado de las manifiestas limitaciones prestacionales de los Estados del bienestar. En efecto, la segunda mitad del siglo XX había constituido, al menos en la Europa occidental, el marco de desarrollo de un modelo de Estado en el que este había asumido la función de subvenir a la práctica totalidad de las necesidades de sus ciudadanos, mediante servicios públicos y formas de asistencia⁸. Sin embargo, dicha promesa se basaba, de modo implícito, en una lógica de crecimiento económico constante y de distribución razonable de los beneficios del desarrollo. Pues bien, a estas alturas está claro que los Estados no pueden cumplirla, ni de modo directo, ni de modo indirecto –mediante las fórmulas de gestión público-privada propias del Estado administrativo moderno (un Estado garante)–. Sencillamente, porque, aunque se quisiera, no se dan los presupuestos económicos para mantenerla. En efecto, a la crisis del modelo de desarrollo constante, se une el envejecimiento de la población, que pone en peligro los ingresos públicos, al tiempo que eleva los gastos. Así las cosas, la emisión de deuda pública ha adquirido en la mayor parte de los países de Europa unos niveles inasumibles que, más pronto que tarde, desencadenarán serios conflictos sociales. De hecho, estos ya se pueden percibir en las tensiones intergeneracionales que van surgiendo en torno a la relación entre los incrementos de los salarios y de las pensiones⁹. Al mismo tiempo tampoco se encuentran soluciones a los niveles crecientes de empobrecimiento de los jóvenes procedentes de familias de clase media, que son conscientes de que, por primera vez desde el final de la II Guerra Mundial, la vida de una generación va a ser peor que la de sus padres¹⁰. Por su parte, la sanidad pública, la educación pública y el acceso a la vivienda atraviesan una crisis que se hace cada vez más intensa.

En este complejo marco socioeconómico se han situado además dos problemas adicionales. Por un lado, el de la inmigración masiva. Las disputas políticas en torno al modo de gestionar este último fenómeno, en el que convergen la globalización económica y cultural, así como del déficit demográfico de los países industrializados, han marcado el pasado reciente y todo augura que lo harán más en el futuro inmediato. El giro manifiesto en la política migratoria de los países europeos es patente. Por otro lado, y en fin, el último efecto del ataque de Rusia a Ucrania en 2022 ha sido el de hacer patente el riesgo de una guerra en Europa, que a su vez ha dado lugar a la adopción de una política de rearme por parte de los países de la Unión Europea.

⁸ Uno de los grandes teóricos de aquel modelo fue el administrativista Ernst FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, 1975.

⁹ HÄBERLE/KOTZUR, «Generationenvertrag und Generationengerechtigkeit», *ZRP*, 2023, pp. 179 ss.

¹⁰ RECKWITZ, *Das Ende der Illusionen*, 2019, pp. 63 ss.

IV

¿Qué balance cabe hacer de todo lo anterior? Desde luego, efectivamente han surgido nuevos riesgos y los ya existentes se han intensificado. Ciertamente son riesgos reales, pero, en su mayoría, revisten un carácter estructural o constituyen en todo caso macroproblemas. Ello determina que el recurso al Derecho penal resulte especialmente inidóneo para afrontarlos. Ciertamente, cabe constatar y predecir un incremento todavía mayor de la regulación jurídico-pública de la vida económica y social. Y, por lo mismo, es muy probable que ello redunde en la criminalización de las infracciones regulatorias (desobediencias) más graves. Con todo, resultará más interesante observar hacia qué chivo expiatorio van a canalizar los Estados el enorme caudal de miedo (sensación subjetiva de inseguridad) que todos los riesgos mencionados (reales) van a ir generando en la población, si es que no lo han hecho ya.

Jesús-María Silva Sánchez