

Perspectivas del Derecho Penal del futuro

Derecho Penal renonderã

Prospects of Future Criminal Law

Mirna Concepción Gauto Olmedo

Universidad Tecnológica Intercontinental

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

mirnagauto@live.com

Resumen

Nos encontramos ante una sociedad con nuevos valores donde la automatización, la tecnología y la globalización, décadas atrás soñadas, forman parte de nuestra realidad. Pero, también nos encontramos ante una sociedad de riesgo, un estado de inseguridad permanente, que requieren de nuevas estrategias por parte del Estado para contrarrestar tales situaciones. Ahí, emerge el Derecho penal como instrumento para enfrentar nuevos desafíos y ofrecer respuestas prácticas ante delitos que no conforman el Derecho penal clásico. Por todo esto, el Derecho penal se ha vuelto más práctico, menos teórico y nuevos tipos penales han hecho su aparición. Pero este crecimiento desmesurado de hechos punibles y penas, a su vez, atenta contra las construcciones garantistas que hemos conseguido hasta hoy. Mediante este trabajo investigativo se hace hincapié en los cuestionamientos jurídicos actuales que presenta el Derecho penal, debido a los nuevos conceptos y objetivos incorporados. A su vez, se dan soluciones para abordar los nuevos problemas del fenómeno criminológico de nuestro tiempo.

Palabras clave: Automatización, Tecnología, Globalización, Derecho penal, Práctico, Garantistas, Criminológico.

Mombykypyre

Ñande rekohápe heta mba'eporã ipyahúva ndive jajojuhu, ipype oĩ tembiporu pyahu ha globalización ramoite ñane akãmente gueteri ojejuhuva'ekue. Katu ko'ãgã rupi ñande rekoha oikekuaa tesaparépe jaiko rehe ñane korasõ ñande pópe, ha opa ko'ã mba'e rehe tekotevê Estado oñemongu'e ambue, ikatu hañuáicha ohapejoko ko'ã mba'e ojevuhahína. Pépe iñapysê Derecho Penal tembiporúramo oñembohovake hañua umi mba'e pyahu, umi mba'e vai ymaitémi ndaipóri va'ekue koichagua derecho kuápe. Upevarã, Derecho Penal ko'ãgã rupi oguerekove henondépe oikovahína, ha ndopyta guasúi arandukápenete, oĩ pena pyahu heñóiva ko'ãgã. Okakuaaiterei rehe mba'evai oikotevêtava ojekastiga, omoinge tesaparápe opa garantía ko'ãgã meve jahupytyva'ekue. Ko tembiapo jeporekarã rupi oñehesa'ýjove umi mba'eporandu ko'añagua oipysóva ñande resa renondépe Derecho Penal, ojeguerioike rupi ipype heta mba'e ha jehupyrã pyahu. Upéichante avei ojehechauka mba'éichapa oñehesa'ýjokuaa apañuái teko vai rehegua ndojokupytyva léi ndive, osê pyahúva ko'ãgã rupi.

Mba'e mba'e rehepa oñe'ẽ: Automatización, Tembiporu, Globalización, Derecho penal, Garantías, Criminológico.

Abstract

We have a society with new values, where automation, technology and globalization dream decades ago are part of our reality. But we are also risk to society, a state of permanent insecurity, which requires new strategies by the State to counter the situation. There emerges the criminal law as an instrument to face new challenges and offer practical answers to crimes they did not make the classic criminal law. For this, the criminal law has become more practical, less theoretical, new criminal offenses have appeared. But this excessive growth of offenses and penalties, in turn undermine the safeguard buildings we have achieved today. Through this research work emphasizes the current legal questions presented by the Criminal Law, because incorporated new concepts and objectives. In turn, they give solutions to address emerging problems of criminological phenomenon of our time.

Keywords: Automation, Technology, Globalization, Law criminal, Practical, Safeguard, Law, Criminology.

Perspectivas del Derecho Penal del futuro

La sociedad está cambiando, esto se puede apreciar a través de los nuevos valores, dogmas y creencias implementados. Nos encontramos en la era de la automatización y la tecnología, tan soñadas por nuestros antepasados, donde infinidad de información puede ser almacenada en un minúsculo chip y las fronteras están desapareciendo debido a la facilidad de comunicación e intercambio comercial.

Nos encontramos en la era de la globalización, pero también en una sociedad de riesgo, un Estado de inseguridad permanente. Junto con el comercio y el intercambio de comunicación también el delito ha traspasado fronteras y adquirido nuevos matices.

Por ende, nos encontramos ante un Derecho penal que debe enfrentar nuevos desafíos y ofrecer respuestas prácticas para estos nuevos males, de manera a mantener el orden social armónico. El Derecho penal está trabajando en ello, elaborando líneas dogmáticas nuevas para hacer frente a este fenómeno.

La globalización exige una lucha más eficaz contra la criminalidad, sobre todo la transnacional. Se requieren respuestas inmediatas y muy pragmáticas. Pero esto a su vez conlleva el peligro de que al hacer a nuestro Derecho penal más práctico, menos teórico, las construcciones garantistas que hemos conseguido hasta hoy acaben por diluirse, ya que se perciben en contra de esa eficacia.

Mediante este trabajo investigativo se pretende resaltar los cuestionamientos jurídicos actuales que presenta el Derecho penal, así como los nuevos conceptos y objetivos incorporados por este de tal forma a abordar los nuevos problemas del fenómeno criminológico de nuestro tiempo.

El trabajo se divide en dos partes: en la primera se explica el papel de la Dogmática penal ante la realidad social, política criminal y proceso penal, así como las propuestas sustantivas para hacer frente a los tiempos actuales; en la segunda se hace referencia a las perspectivas del Derecho penal futuro, Derecho penal material,

Derecho procesal penal, Clima político-criminal, Teorías de la penas, Elementos irrenunciables de un Derecho penal vinculado con el Estado de Derecho, Demanda de solución de problemas versus mantenimiento de los principios, Consecuencias y posibilidades de solución y los Modos de abordar el problema, entre otros.

Sociedad del riesgo versus expansión del Derecho penal

Dogmática penal y realidad social

Es claro que las líneas dogmáticas actuales del Derecho penal, de mayor trascendencia, están claramente delimitadas por el contexto político-económico-cultural y socio-jurídico en que nos encontramos; se enmarcan en la actual sociedad del riesgo y tienen que acomodarse a la globalización y a nuestra realidad social actual.

Vivimos en la sociedad del riesgo, también en la era de la globalización. Esto ha cambiado nuestra sociedad, pues ya no disfrutamos del estado del bienestar, más bien todo lo contrario, pues vivimos en un estado de inseguridad.

Hoy han aumentado espectacularmente los riesgos que merecen atención por parte del legislador penal, y no se trata de riesgos naturales, sino de los riesgos producidos por el hombre, en especial como consecuencia de los impresionantes avances tecnológicos que estamos presenciando (por ejemplo, la protección penal del crédito, del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico); y hoy han aumentado también espectacularmente los crímenes más horribles, los que verdaderamente asustan a la gente, siendo la mayor parte de ellos cometidos de manera pensada en común, dando lugar a lo que se llama la criminalidad organizada, destacando por encima de todos el terrorismo.

Esto lleva en el plano jurídico, pero no sólo jurídico, a la existencia de problemas de una enorme complejidad, cuya solución es muy difícil, al menos inmediatamente.

El Derecho penal está elaborando líneas dogmáticas nuevas para hacer frente a este fenómeno que debería merecer también de inmediato la atención del Derecho procesal:

a) En primer lugar, estudia el riesgo y sus consecuencias, advirtiendo sobre una expansión no razonable del Derecho penal en función de las diferentes técnicas adoptadas por el legislador: Punición de conductas que deberían ser meros ilícitos administrativos, protección discutible de determinadas situaciones económicas, o abuso injustificado de tipos penales de peligro abstracto o concreto, entre otras. Aquí se insertan diversas teorías que tienden a controlar esta injustificada expansión del Derecho penal o, incluso, a crear nuevos espacios jurídicos de protección fuera del Derecho penal y, en este sentido, consideraremos las nuevas teorías del Derecho penal de varias velocidades o de un Derecho de intervención entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

b) Aporta, en segundo lugar, nuevas líneas de pensamiento para neutralizar a los criminales más sangrientos o devastadores, principalmente, fundando una reacción más dura y contundente del Derecho penal en su contra, aunque sea a costa de ciertas garantías del presunto autor. Aquí se inserta la nueva teoría del Derecho penal del enemigo.

Por su parte, la globalización está influyendo de diversas maneras en el campo de aplicación del Derecho penal en particular:

1. La globalización exige una lucha más eficaz contra la criminalidad, sobre todo, la transnacional. Se requieren respuestas inmediatas y muy pragmáticas. Pero esto conlleva el peligro, al mismo tiempo, de que al hacer a nuestro Derecho penal más práctico, menos teórico, las construcciones garantistas que hemos conseguido hasta hoy acaben por diluirse, ya que se perciben en contra de esa eficacia.

2. Los delitos de la globalización son delitos contra la economía entendida en sentido muy general (corrupción, blanqueo de capitales, tráfico de armas, narcotráfico, estafas de subvenciones, etc.), delitos que no conforman el Derecho penal clásico y, por tanto, con estructuras y construcción dogmática distintas, a veces, todavía en sus comienzos, lo que es una clara desventaja de partida para hallar la solución más correcta.

3. La globalización exige el castigo a toda costa de estas conductas delictivas porque se trata de crímenes que generan una gran inseguridad, a veces, muy difíciles de perseguir o incluso de ejecutar si se produce la sentencia de condena, lo que lleva a un tratamiento jurídico preciso e inmediato de las acciones para contrarrestarlas, no siempre bien medidas y casi siempre desacertadas.

Decíamos que la globalización está contribuyendo en forma notable a la expansión del Derecho penal. Obsérvense los delitos que aparecen como novedosos o reforzados en nuestra sociedad actual y se comprobará inmediatamente esa afirmación:

a) Delitos que afectan al desarrollo tecnológico, como consecuencia del alto grado de civilización alcanzado (nuevos delitos que están relacionados con la energía nuclear, la informática o ciber criminalidad y la tecnología genética).

b) Delitos que son consecuencia de una gradación superior en la escala de las infracciones, pasando de ser parte sus conductas del Derecho administrativo al tratarse de meros ilícitos administrativos a formar parte del Derecho penal (los delitos contra el medio ambiente, el llamado Derecho penal económico, y los delitos contra el patrimonio histórico y artístico son sus manifestaciones más importantes).

c) Delitos ya existentes que se han desarrollado de manera inusitada por las dimensiones que está adquiriendo la sociedad actual (globalización) y la ruptura de la barrera de las comunicaciones (transnacionalidad). Aquí se insertan los delitos más graves, cometidos por la criminalidad organizada, como: terrorismo, narcotráfico, mafias, comercios humanos, inmigraciones ilegales, etc.

Pero no todos son delitos surgidos *ex novo* de la sociedad del riesgo, pues algunos han encontrado en ella un caldo de cultivo especial y se han desarrollado enormemente. Tampoco debemos olvidar, para ser justos, que una cierta expansión del Derecho penal siempre se considerará razonable, por eso la reciente doctrina penal que estudia estas cuestiones se centra en lo que tenga de irrazonable dicha expansión (cf., Beck, 1998).

Política criminal y proceso penal

En la expansión del Derecho Penal en la actual sociedad del riesgo tiene mucho que ver la política criminal.

En términos generales se acepta por la doctrina que comparte en lo penal la existencia de la sociedad del riesgo, que existe una política criminal específicamente aplicada en este campo por el Estado, que se caracteriza por las siguientes constataciones legales:

En primer lugar, por la configuración de un nuevo Derecho Penal preventivo, que a su vez implica tres datos relevantes:

1. El adelantamiento de la protección penal, es decir, el bien jurídico se protege en el estado previo a su lesión.
2. La articulación de muchos delitos de peligro, básicamente de peligro abstracto.
3. La configuración de nuevos bienes jurídicos universales de contenido impreciso (v.gr., la calidad de vida en los delitos medioambientales).

En segundo lugar, se constata igualmente que los resultados a los que se llega en la práctica para solucionar los problemas del llamado Derecho penal clásico no son siempre trasladables a este Derecho penal moderno.

En tercer lugar, la política criminal específica de los delitos de riesgo varía sus fundamentos clásicos también en los objetivos que se persiguen. Ello lleva a la consecuencia de que el Derecho penal se esté convirtiendo en un instrumento de la política criminal.

La última consecuencia desde el punto de vista de la política criminal, con relación a la expansión del Derecho penal, hace referencia a la posible ineficacia de éste para hacer frente con solvencia a la nueva situación, es decir, a los riesgos que con él precisamente se quieren tutelar.

Por ello, la característica esencial de la política criminal de la sociedad del riesgo es también una mayor criminalización de las conductas humanas, lo que lleva sin solución de continuidad a la expansión del Derecho penal.

Lo paradójico es que la gente no se sienta más segura así, sino que muy al contrario, la política criminal de nuestra sociedad del riesgo produce el efecto de una seguridad irreal, simbólica, poniendo en peligro el propio Estado de Derecho, que tanto nos ha costado conseguir.

Y si no se cree esto, basta constatar la aparición de nuevos delitos contra los intereses financieros de organizaciones internacionales o supranacionales, la aparición del rico o potentado como criminal, es decir, también cometen ahora delito los poderosos, crímenes además de gran trascendencia social, como los delitos socioeconómicos o de naturaleza política, pues muchos crímenes sólo están en sus manos así como el poder cometerlos; y finalmente, nadie discute que si la globalización se caracteriza criminalmente por algo, es por la fortaleza que ha adquirido la llamada criminalidad organizada, que no conoce fronteras, ni límites (narcotráfico, tráfico de personas, de armas, mafias, etc., y, sobre todo, el terrorismo), cuyo eje central es la comisión de delitos muy graves por personas que forman parte de una estructura organizada jerárquicamente.

Para contrarrestar estos perniciosos efectos, la política criminal afronta frente a la criminalidad de la globalización estas tres reflexiones:

1. Dado que la globalización implica la desaparición de fronteras, la criminalidad tampoco las tiene, por tanto, estamos generalmente en presencia de una criminalidad de corte transnacional. Parece claro en principio que una política criminal correcta debe ser cerrar cualquier espacio en el globo terráqueo en el que se pueda refugiar un delincuente de estas características.

2. Por otra parte, los tipos deben responder a los mismos valores y principios, regulen la acción típica que regulen.

3. Finalmente, la globalización produce otros hechos no deseados que repercuten en la política criminal, siendo el más complejo quizás el provocado por la inmigración ilegal, que plantea problemas específicos relacionados con el Derecho penal, habiéndose

orientado la política criminal fundamentalmente hacia la pena y en parte también hacia las medidas de seguridad.

Obsérvese por tanto que la criminalidad de la globalización, principalmente la criminalidad organizada, además de contribuir de forma clara a la expansión del Derecho penal, exige más represión penal, lo cual explica ciertas tendencias procesales (Hassemer, 2004).

Propuestas sustantivas para hacer frente a los tiempos actuales. La sociedad del riesgo en un mundo globalizado está provocando, pues, una expansión del Derecho penal que no es ontológicamente admisible.

¿Qué hacer si se está de acuerdo con esta afirmación para detener esa expansión, o al menos no profundizar más en ella, o incluso para retroceder en algunos casos de nuevo hacia el terreno no penal, por ejemplo, hacia el Derecho administrativo sancionador?

Se han formulado tres interesantes teorías desde un punto de vista dogmático que merecen, por sus consecuencias procesales, ser tratadas aquí. La primera se debe al gran penalista alemán Hassemer (2004). La segunda al también gran penalista pero español Silva Sánchez. La tercera al gran dogmático alemán Jakobs (2002). La primera propone salirnos del Derecho penal, la segunda y la tercera crear espacios propios dentro del Derecho penal:

1. Hassemer (2004) ha propuesto separar el nuevo Derecho penal, despenalizándolo, pero no administrativizándolo, sino creando una nueva rama del derecho, a la que llama Derecho de intervención.

Este jurista ha llegado a la conclusión de que el Derecho penal moderno (delitos de peligro abstracto y concreto, delitos de riesgo, etc.), rompe con el Derecho penal clásico o tradicional, pues las construcciones dogmáticas del Derecho penal clásico son inaplicables al moderno.

Para evitar las perniciosas consecuencias que esto tiene, propone que se extraigan del Derecho penal actual determinados tipos y, conjuntamente con ilícitos que no son penales pero que pertenecen al ámbito jurídico sancionatorio, por ejemplo, las contravenciones, se cree un derecho nuevo, Derecho de intervención se situaría entre el

Derecho administrativo sancionador (básicamente el derecho de contravenciones o de ilícitos administrativos, y el Derecho penal y sería un poco mezcla de principios de derecho privado y de derecho público.

2. Silva Sánchez (2003) ha preferido, por su parte, proponer una solución, mucho más explícita y detallada, aunque todavía en sus formulaciones iniciales, sin salirse del ámbito del Derecho penal.

Para él, es evidente que hay derechos penales con velocidades distintas y por tanto hay que considerar y agrupar las construcciones dogmáticas en torno a un Derecho penal de primera velocidad y en torno a un Derecho penal de segunda velocidad, sin descartar otras velocidades añadidas. La clave reside en la política criminal y en la dogmática, de nuevo, pues de lo que se trata es de impedir la expansión de los delitos castigados con penas privativas de libertad, es decir, de circunscribir el Derecho penal clásico a aquellos delitos que están castigados con penas de prisión (primera velocidad) y de reagrupar con contención aquéllos que están castigados con penas no privativas de libertad (segunda velocidad).

3. La propuesta más radical ha sido formulada por Jakobs (2002). Postula este dogmático desde hace unos años que se debe fijar una sustancial diferencia jurídica entre aquellas personas que son delincuentes comunes (ciudadanos normales que delinquen), y los autores de los crímenes más horribles, a los que se pasa a llamar enemigos (que son los terroristas y demás integrantes del crimen organizado, los autores de delitos patrimoniales de forma profesionalizada y quienes cometen actos reiterados de violencia sexual), porque todos ellos, pero principalmente los terroristas, persiguen destruir el sistema social, no se comportan por tanto como auténticos ciudadanos, no son en definitiva personas.

En consecuencia, se propone como tesis que exista un Derecho penal ordinario para los delincuentes ciudadanos, y un Derecho penal del enemigo, totalmente distinto pero con consecuencias jurídicas mucho más graves, para los que no aceptan el sistema y cometen esos delitos, para los sujetos más peligrosos. Sus planteamientos dogmáticos, tanto sustantivos, como procesales penales, nos introducen en un mundo metafísico de una gran complejidad.

Es evidente, que nuestro derecho positivo vigente no puede hacer frente con plenas garantías de éxito a los procesos que se celebran en contra de esos criminales.

Pero, hay un límite infranqueable en la lucha legal contra esos malvados: la democracia, el Estado de derecho, los derechos fundamentales de la persona, su dignidad, que no puede ser atropellada en aras de la seguridad, en función de una mayor efectividad policial y por tanto de más rentabilidad política de la persecución penal.

Si el actual Estado de Derecho no es capaz de dar respuesta a estos problemas, la solución no es abrogarlo o suspenderlo en parte, sino utilizar la imaginación para mejorarlo y hacerlo más efectivo (Meliá, 2006).

Las propiedades que el Derecho penal debe conservar en el futuro

En el occidente de la Europa continental, el Derecho penal moderno muestra en el último siglo líneas de evolución equiparables. Con una amplitud e intensidad verdaderamente sorprendente. Estas líneas afectan al Derecho penal material, al Derecho procesal penal y a las teorías del Derecho penal y de la pena, así como al clima social y político general, el cual se configura en torno al sistema de Derecho penal pero también en relación con él (Hassemer, 2004).

Derecho penal material

La política criminal del Derecho penal material presenta los mismos elementos desde hace siglos, por lo que pueden considerarse estables, e incluso cabe contar con que sigan siendo válidos a medio plazo.

Las reformas en el Derecho penal material no se centran en la parte general, sino en la parte especial, y no comportan la disminución del peso ni el repliegue del Derecho penal;- todo lo contrario, agravan las prescripciones y amenazas penales existentes, prolongándolo a otros espacios, que de este modo se extiende simultáneamente a los ámbitos tradicionales y a otros nuevos (salvo excepciones, como

quizás en el Derecho penal del aborto, sometido a límites constitucionales especiales que lo hacen residual y ajeno al Derecho penal moderno).

Los sectores que definen el nuevo Derecho penal son: el medio ambiente, las drogas, la economía, el tratamiento informático de datos, el terrorismo y la criminalidad organizada, entre otros.

La moderna política criminal se aparta de las formas de tipificación de conductas y determinación de bienes jurídicos propias del Derecho penal tradicional donde su forma delictiva característica es el delito de peligro abstracto (como el fraude de subvenciones) y el bien jurídico normalmente objeto de protección es un bien jurídico universal vagamente configurado (como la salud pública en el Derecho penal de estupefacientes).

De este modo, la determinación del injusto en la ley penal se diluye, aumentando y flexibilizando sus potencialidades de aplicación. Por el contrario, disminuyen las posibilidades de defensa y también de crítica de los excesos del legislador (Hassemer, 2004).

Derecho procesal penal

En el Derecho procesal penal las modernas orientaciones tienden al endurecimiento y desformalización de los instrumentos tradicionales. No es posible encontrar desde los años sesenta reformas que apelen a los principios del Estado de Derecho.

Ahora los principios de referencia son más bien la efectividad de la lucha contra el delito y la reducción de los costes del sistema de justicia penal.

Tres cuestiones merecen especial consideración:

a) En la instrucción hay un derroche de posibilidades de actuación: intervención de las comunicaciones, vigilancia permanente, empleo de agentes encubiertos, redadas policiales, observación acústica y visual de viviendas.

Estas formas de intervención modifican la instrucción tradicional en dos aspectos básicos: por necesidades técnicas, pero también con premeditación normativa y ampliación analógica, afectan

no sólo al sospechoso, sino también al tercero no implicado. De esta forma, pierde justificación la sospecha criminal como presupuesto clásico de la medida restrictiva así como su capacidad limitadora de la intervención.

Para su completa eficacia, estas formas de intervención, deben ser secretas, organizadas a espaldas del afectado y sin su conocimiento actual. Con ello, se le hurtan oportunidades de afrontar la situación y de defenderse jurídicamente.

b) La desformalización afecta a las formas de intervención en numerosos procesos penales sobre todo en los más graves o los macro procesos por delitos económicos o por narcotráfico apenas concluyen mediante juicio oral y sentencia, sino con acuerdos previos con alguno de los inculpados a cambio de determinadas prestaciones por su parte.

Esta práctica descarga los procesos, amplía las posibilidades de terminación y de condena, pero lesiona derechos fundamentales del Derecho procesal penal tradicional.

c) Igualmente se han desformalizado las fronteras entre el Derecho procesal penal y el Derecho de policía, así como entre el proceso penal y los servicios secretos. Estas fronteras resultan molestas ante las exigencias impuestas por una guerra total frente a la criminalidad con actuaciones que cada vez se inician antes ("profilácticas").

Por otro lado, se legitima a la Policía para utilizarla, con fines preventivos, datos que son propios de la averiguación del delito con finalidades represivas. Por su parte, respecto de la criminalidad más grave, el proceso penal se sirve de datos obtenidos con métodos propios de los servicios secretos.

En estas condiciones se elimina la "separación de poderes" entre las autoridades instructoras y la administración policial y se abre la puerta al fantasma de una "policía secreta" (Gómez, 2008).

Clima político-criminal

Sin este "clima", tan protector y asistencial, el moderno Derecho penal no se desarrollada con tanta fuerza, homogeneidad y

aceptación. Así es, tal clima favorece el Derecho penal como instrumento eficaz para afrontar los modernos problemas que van desde las agresiones al medio ambiente a la drogadicción, pasando por el abuso del sistema social.

A la vista de los grandes problemas que amenazan la sociedad, en el actual discurso político el Derecho penal no vale tendencialmente como última, sino como prima o, incluso, como sola ratio.

Si se mira con más detenimiento, estos planteamientos acerca de la capacidad de solución penal de los problemas resultan aparentemente paradójicos y, en última instancia, no hacen más que corroborar la fe en el Derecho penal y en su "eficacia".

Se suelen tener esperanzas (no satisfechas anteriormente) en la posibilidad de controlar los problemas (ahora, por ejemplo, los abusos sexuales de niños o la violencia neonazi) con duras penas.

Al tiempo, existe la predisposición a organizar el Derecho penal incondicionadamente como medio de "eficacia" simbólica (por ejemplo, ahora, ante la corrupción o ante las violencias familiares). La diferencia entre las dos actitudes radica sólo en la perspectiva adoptada, no en lo que se refiere a la confianza depositada en el Derecho penal (Hassemer, 1993).

Teorías de la Pena

La discusión sobre los fines de la pena se sintetiza en Alemania, actualmente con el lema de la "prevención general positiva". Para nuestro contexto, es sólo una tendencia de significación que caracteriza unitariamente todas las variantes de esta teoría: el abandono de una consideración meramente empírica de la prevención directa.

En esta tendencia se ponen en contacto las concepciones dominantes acerca de la pena con el clima político general que, como se dijo, favorece la visión del Derecho penal como medio para solucionar los grandes problemas sociales.

Las teorías de la prevención general positiva ya no sitúan el efecto buscado de la amenaza penal y de la ejecución penal en la intimidación ("negativa") de los sujetos con inclinación a delinquir, sino en la estabilización ("positiva") a largo plazo de la confianza de todos los ciudadanos, en la inviolabilidad del orden jurídico penal.

Con esta versión, la teoría de la pena elude (completamente, o al menos en gran parte) la verificación empírica en cuanto a la efectiva capacidad preventiva que puede esperarse de la pena. Ahora bien, apenas cabe engañarse acerca de si "realmente" son alcanzados los objetivos mencionados de estabilización de la confianza normativa específicamente mediante la amenaza y la ejecución de la pena.

En suma, puesto que las teorías de la prevención general positiva siguen aferradas a la idea de que la pena es útil preventivamente, pese a este déficit de operatividad, son compatibles con el clima de confianza ciega en el poder de eficacia del Derecho penal como instrumento de solución de los problemas (Hassemer, 1993).

Elementos irrenunciables de un Derecho penal vinculado con el Estado de Derecho

Quien no se limite a esperar pasivamente el Derecho penal del futuro, sino que quiera contribuir a darle forma, habrá que atenerse a aquellas propiedades que en cualquier caso ese Derecho penal debe conservar en el futuro y defenderlas.

A continuación se menciona aquellos elementos que la reciente evolución en cuestión particularmente debe preservar si quiere atender las exigencias del Estado de Derecho, pero sí los más actuales (Hassemer, 1993).

Demanda de solución de problemas versus mantenimiento de los principios

En general se piensa que cuanto menos orientado esté el sistema de Derecho penal por los principios tradicionales mayor es la presión para solucionar los problemas planteados.

En el sistema de un Derecho de la intervención y, ante todo, el Derecho penal lo es, las garantías del Estado de Derecho normalmente han desempeñado la función de condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos, minimizarlas y controlarlas.

En este contexto, el principio central es la proporcionalidad de las intervenciones, que por lo tanto deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo, así como razonables en cada caso.

La subordinación de la intervención a unas reglas externas al ataque mismo, la minimización de su intensidad dentro de las posibilidades y exigencias y la aptitud de control de la intromisión, se encuentran en una relación de tensión básica con la intensidad del ataque y su efectividad (a corto plazo). Estos límites y obstáculos son cada vez menos evidentes en el actual clima político criminal.

En general, para el Derecho penal futuro, se trata entonces de hacer viable la orientación al mantenimiento de los principios garantistas: no sólo para el "sistema" y el "Estado de Derecho", sino sobre todo para las personas que viven en ese sistema (Hassemer, 1993).

Particularidades

El principio fundamental del Derecho penal material que se corresponde con el principio general de proporcionalidad es el principio de culpabilidad y que, como es sabido, limita la forma y medida de la pena a la gravedad del injusto y la culpabilidad.

Este principio aparece, especialmente, amenazado en un sistema penal que persigue objetivos preventivos y que por tanto está particularmente interesado en alcanzar consecuencias beneficiosas mediante presión y golpes de efecto no sólo entre los afectados sino también ante la opinión pública conformada por los medios o en todo caso, mientras el Derecho penal imponga la privación de libertad (como prisión preventiva o como pena), la imputación individual del injusto y de la culpabilidad es un elemento irrenunciable de un Derecho penal propio del Estado de Derecho. Ahora bien, no cabe generalizarla, pues lo contrario sería flagrantemente injusto.

Pese a todo, en ámbitos donde las competencias decisorias son muy complejas, como ocurre en la economía, ya se recomienda ciertamente la imputación colectiva, porque en tales situaciones sería el único criterio manejable. Esta recomendación trasciende al Derecho penal.

El principio fundamental del proceso penal en el Estado de Derecho es el proceso justo un principio muy versátil en sus significaciones y consecuencias.

Bajo las condiciones de partida dadas, en un sistema penal futuro este principio aboga para que el inculpado no se convierta en el objeto del proceso.

Las nuevas formas de injerencia son el primer paso de un modelo procesal en el que son sacrificadas una parte de las garantías del imputado, que constituyen un presupuesto indispensable para una activa y responsable participación en el proceso penal.

Así, el derecho a una defensa eficaz y el derecho a no declarar, son conquistas del Estado de Derecho referidas al proceso penal que en el futuro pueden verse abocadas al fracaso bajo las exigencias de adaptación (Hassemer, 1993).

Consecuencias y posibilidades de solución

Si por un lado se acepta que las condiciones de partida del Derecho penal moderno son tan estables que afectarán también a la evolución futura del sistema jurídico penal, por otro se determinan los elementos que debe mostrar el Derecho penal en adelante, como aquí se ha planteado, entonces las consecuencias para dicha evolución surgen por sí solas (Hassemer, 1993).

Modos de abordar el problema

En la República Federal de Alemania, los partidarios de un Derecho penal respetuoso con el Estado de Derecho adoptan tradicionalmente una actitud defensiva y negativa frente a las exageradas exigencias político criminales de incrementar la eficiencia preventiva del Derecho penal, aun a costa de las garantías del Estado de Derecho: las rechazan con buenos argumentos, pero al final

infructuosamente (y entonces esperan la siguiente propuesta movida por la eficiencia, ante la cual se comportarán del mismo modo).

Esta actitud es errónea, pues un Derecho penal conforme con el Estado de Derecho no es ningún castillo al que sea preciso defender sino un modelo de conducta teórico-práctico del control formal sobre los comportamientos desviados, que continuamente se debe renovar teóricamente, incorporando aquellas circunstancias generales y político-jurídicas que cambian socialmente. No se demanda la defensa, sino el ataque (Hassemer, 1993).

Alternativas al Derecho penal

Estos planteamientos permiten abordar nuevas perspectivas materiales. No basta mantener en adelante el Derecho penal teóricamente "puro", sino que en términos político-criminales, es necesario más bien una actitud diseñada positivamente. Corresponde por ello también a los penalistas teóricos elaborar alternativas al Derecho penal. En este ámbito, con el término "penalistas" abarca un amplio círculo, al que pertenecen también los criminólogos y los expertos en ejecución penal.

No cabe esperar que en un futuro inmediato disminuya la demanda de solución de problemas sobre el Derecho penal. Al contrario, tanto la percepción social de los grandes problemas como las expectativas en el Derecho penal parecen extraordinariamente sólidas y con futuro.

Una política criminal racional no consiste en estigmatizar como tal la irracionalidad social y entonces ignorarla, sino en transformarla en racionalidad.

Por lo tanto, deben elaborarse aquellas alternativas al Derecho penal que son más apropiadas que él para responder efectiva y preventivamente a los problemas que más adelante puedan plantearse.

La elaboración de alternativas al Derecho penal presupone de antemano simultanear tareas adicionales.

De un lado, la ciencia del Derecho penal (incluida la Criminología) debe conocer con precisión las posibilidades de solución de problemas que tiene el sistema de Derecho penal, marcando las fronteras de tales posibilidades.

La defensa, frente a exigencias desmesuradas e injustificadas por parte de la Política Criminal, comienza con un análisis exacto de las capacidades del sistema de Derecho penal. Y, de otro, la ciencia del Derecho penal (comprendiendo también a la Criminología) debe fundamentar si el Derecho penal tiene un potencial simbólico y, en su caso, qué posibilidades cabe costa de las garantías del Estado de Derecho: las rechazan con buenos argumentos, pero al final infructuosamente (y entonces esperan la siguiente propuesta movida por la eficiencia, ante la cual se comportarán del mismo modo) (Hassemer, 1993).

Derecho de intervención

Bajo esta expresión quedan comprendidos aquellos instrumentos que pueden responder mejor que el Derecho penal a la demanda actual y futura de solución de problemas. Estos instrumentos están aún en gestación y han de ser desarrollados, incluso teóricamente.

En cualquier caso, deben tener las siguientes propiedades: aptitud para solucionar el problema antes de que se produzcan los daños (capacidad de prevención); disponibilidad no sólo sobre los medios de actuación o su uso, sino también sobre los de control y dirección; cooperación de demarcaciones hasta ahora bastante separadas: Derecho administrativo, infracciones administrativas, Derecho de responsabilidad por daños derivados de hechos ilícitos, Derecho sanitario, Derecho de medicamentos, Derecho fiscal, Derecho del trabajo, cuyas garantías son aplicables a las posibilidades de actuación derivadas de este Derecho de intervención.

Para el penalista, el desarrollo de un Derecho de intervención presupone que se pueden determinar con mayor precisión los límites de su disciplina y comenzar efectivamente la cooperación con su

entorno. De ahí, resultará a largo plazo un Derecho penal descargado de aquellas tareas que no puede llevar a cabo.

Buenos ejemplos para la racionalidad de un Derecho de intervención son todos los aspectos que integran los grandes problemas modernos, como la corrupción, la drogadicción, la fabricación de productos peligrosos, el auto encubrimiento organizado, la prevención de la violencia y la criminalidad de niños y jóvenes (Hassemer, 1993).

Derecho Penal Básico

En la medida en que se logre desarrollar un Derecho de intervención, podremos liberar al Derecho penal en el futuro de expectativas de prevención que no puede cumplir y que a la larga lo arruinan. Entonces, podrá concentrarse en aquello que se compagine con los elementos que le son propios y que resultan irrenunciables a largo plazo.

Este Derecho penal básico no está limitado a bienes jurídicos individuales como la vida, la libertad, la salud, el honor o el patrimonio. Como ya es tradición en el Derecho penal, están incluidos también aquellos bienes jurídicos universales que en última instancia realizan los intereses de los ciudadanos, en tanto que sin su protección no pueden vivir con otros en sociedad: la autenticidad de la moneda, la seguridad de las centrales nucleares o el funcionamiento del sistema administrativo.

Pero quedaría al margen la tarea propia de un especialista de garantizar la integridad de la subvención o la salud pública (Hassemer, 1993).

Internacionalización

La europeización del Derecho penal ha comenzado en muchos ámbitos y progresará más en cuanto el penalista, como ha ocurrido hasta ahora, se ponga al corriente. Se impulsarán y favorecerán así nuevas experiencias y formas de pensar: Sin embargo, en el Derecho penal el factor local pesa mucho en todas partes y está muy bien asentado.

Ahora bien, con el proceso de europeización la ciencia penal tiene la oportunidad de estudiar estas circunstancias y quizá minimizarlas.

No obstante, parece más importante desarrollar, por lo menos parcialmente, un "Derecho penal internacional" que no sólo traslade las prohibiciones materiales de las agresiones a los derechos humanos al Derecho penal vigente, sino que además implante -tanto teóricamente como en la práctica- las condiciones procesales para la persecución de tales agresiones (Hassemer, 1993).

Orientación a la víctima

El Derecho penal europeo y continental se orienta hacia el autor. Esto comienza históricamente -como acto genuinamente estatal- con la neutralización de la víctima en el proceso de control del delito. Y se refleja incluso en nuestra construcción de los fines de la pena, en la que la víctima sólo aparece recientemente y de forma marginal.

Hay muchas razones que explican esta situación, y la mayoría son estables, por lo que sobrevivirán en el Derecho penal futuro.

Por su parte, la teoría del Derecho penal y la teoría de la pena deben acercar la víctima al núcleo de su concepto. Y deben preocuparse de impedir que la tensión bipolar entre la posición jurídica del autor y de la víctima pueda conducir a un callejón sin salida, en el que a uno sólo se le puede dar lo que al otro se le ha quitado previamente (Hassemer, 1993).

Conclusiones

En la sociedad moderna nos encontramos con delitos que no forman parte del Derecho penal clásico, se encuentra ante desafíos que exigen inmediata respuesta. Nos encontramos ante crímenes organizados y criminales sangrientos con poder.

Para hacer frente a esta demanda el Derecho penal prescribe nuevas sanciones, agrava las prescripciones, prolongándolo a otros espacios que deberían ser más bien administrativos, cuyas faltas deberían ser sancionados como meras infracciones.

Por tanto, el Derecho penal moderno tiene configuraciones positivas como las penas diferenciadas para los delincuentes altamente peligrosos, la teoría de la prevención general positiva que ya no ya no sitúan el efecto buscado de la amenaza penal y de la ejecución penal en la intimidación ("negativa") de los sujetos con inclinación a delinquir, sino en la estabilización ("positiva") a largo plazo de la confianza de todos los ciudadanos en la inviolabilidad del orden jurídico penal.

Sin embargo, es evidente que debe establecer demarcaciones precisas y no adentrarse a tipificar hechos que no competen a su objeto.

A su vez, no basta mantener en adelante el Derecho penal teóricamente "puro", sino que mediante la aplicación de una política criminal eficaz deben instaurarse, de manera práctica, los nuevos conceptos y normas conforme a la exigencia social.

Referencias

- Beck, U. (2009), *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (trad. Navarro, Jiménez y Borrás), Barcelona, España: Paidós.
- Cancio Meliá, M. y Gómez-Jara Díez, C. (2009), *Derecho penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I y II, Buenos Aires, Argentina: Edisofer-Euros-B de F.
- Gómez Colomer, J.L. (2008), La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir. Revista electrónica *Derecho Penal*. Friburgo, Suiza: Université de Fribourg.
- Hassemer, W. (1993), Crisis y características del Derecho penal moderno. *Revista Actualidad Penal*, Núm. 43, pp. 635 - 641.
- Hassemer, W. y Burkhardt, B. (2004), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio* (trad. coord. por Muñoz Conde), Valencia, España: Tirant lo Blanch.