

LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y SU POSIBLE INCOMPATIBILIDAD CON UN SISTEMA GARANTISTA.

Francisca Juárez Vasallo

RESUMEN

La cuestión sobre si la actual expansión del Derecho Penal responde a las expectativas de modernización que es razonable esperar o si, por el contrario, la expansión a que asistimos sólo tiene de moderno, de un lado, el hecho de sernos coetánea y, de otro, la renuncia a las garantías "clásicas", está abierta. Se acomete en este trabajo la tarea de encontrar los pros y contras de la modernización del derecho penal y se trata de responder a la cuestión de si ésta es compatible con un sistema garantista.

SUMMARY

The question as to whether the expansion of criminal law responds to the expectations of modernization that it is reasonable to expect or whether, on the contrary, this expansion only has the modern contemporary being an renounce the classic guarantees, is open. This paper seeks the pros and cons of modernizing criminal law and tries to answer the question of whether it is compatible with a guarantor system.

PALABRAS CLAVE: Modernización del derecho penal, garantías penales, expansión, última ratio, culpabilidad, prevención, delitos de peligro, política criminal.

KEYBOARDS: Modernization of criminal law, criminal guarantees, expansion, last ratio, guilt, prevention, crimes of danger, criminal policy.

I. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y LA REDUCCIÓN DE GARANTÍAS PENALES COMO CONSECUENCIA DE ÉSTA.

No es fácil ofrecer un concepto de lo que debe entenderse por modernización del derecho penal. Y no lo es porque el proceso de modernización del Derecho penal se identifica por dos notas acumulativas: de un lado, con la expansión del mismo (creación de nuevos tipos o ampliación de los ya existentes con el fin de abarcar nuevos riesgos y tutelar intereses que aparecen en escena como nuevos bienes jurídicos dignos de tutela penal); de otro, a ese "moderno" Derecho se le achaca la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios garantistas.

La llamada Escuela de Frankfurt, con HASSEMER a la cabeza, ya hablaba de "la imposible situación del Derecho penal". Este autor, junto con NAUCKE, LÜDERSSEN, ALBRECHT, o PRITTWITZ, entre otros, se han opuesto a la tendencia expansionista del Derecho penal más allá de sus límites clásicos por entender que ese fenómeno ha ido acompañado de una relajación de las garantías y, más específicamente, de una perversión del concepto de bien jurídico y de la idea de ofensividad, de la sustitución de la represión por la prevención con la consiguiente ampliación de los tipos de peligro y, en fin, por una absolutización de la idea de un Derecho penal orientado a las consecuencias, convirtiendo éste en símbolo, en instrumento de pedagogía social.

Decía HASSEMER¹ que *la tendencia a utilizar el Derecho Penal no como ultima ratio sino como sola o prima ratio para solucionar los conflictos sociales es otro ejemplo de la orientación a las consecuencias. Todo ello conduce a la "Dialéctica de la Modernidad", el Derecho Penal se ha convertido en un medio de arreglo de conflictos, el cual públicamente no se percibe distinto, por su aptitud y peligrosidad, de otros medios de solución de conflictos; el Derecho Penal, a pesar de sus severos instrumentos deviene una ley blanda (soft law).*"

Para la doctrina clásica, el Derecho Penal es un instrumento de la libertad ciudadana. El contrato social no tolera ningún poder que no sea derivado y ninguna usurpación. Precisamente por ello, debe ser en el Derecho Penal donde el poder del Estado más claramente se muestre limitado y vinculado a los derechos del individuo. Con ello se comprenden principios penales como *in dubio pro reo*, el derecho a la tutela

¹ HASSEMER, W. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. Conferencia realizada en la UAB (marzo, 1991) Traducción de Elena Larrauri, Revisada por Monika Mainicke. Pág. 12.

judicial, a la defensa, a no declarar, y principios fundamentales, como proporcionalidad y subsidiariedad.

Según HASSEMER, los ámbitos en los cuales se concentra el Derecho Penal moderno tienen que ver de forma inmediata con las instituciones o con el Estado. El principio de protección de bienes jurídicos tiende, en el Derecho Penal moderno, a la protección de las instituciones. Los bienes jurídicos a los que trata de proteger no son individuales sino colectivos. El legislador formula estos bienes jurídicos de forma especialmente vaga y amplia (protección de la salud pública, protección de la seguridad colectiva, del orden público, etc.). De esta forma el Derecho Penal se aleja en un doble sentido de sus tradiciones. En éstas se trataba de proteger bienes jurídicos individuales, los cuales debían ser formulados de la forma más precisa y concisa posible. El segundo instrumento del Derecho Penal moderno que sirve claramente a esta ampliación de la capacidad, es la forma delictiva de los tipos de peligro abstracto. Una sola ojeada a los códigos penales actuales muestra que los delitos de peligro abstracto son la forma delictiva que corresponde al Derecho Penal moderno. Los delitos de peligro concreto o de lesión parecen anticuados.

Es fácil comprender por qué el legislador adopta este camino. La forma de los delitos de peligro abstracto facilita enormemente la utilización del Derecho Penal. Si se renuncia a la comprobación de la lesión, ya no es necesario atender a la relación de causalidad. Lo único que debe mostrarse es la peligrosidad de la acción, peligrosidad que no depende de la comprobación del juez, sino que aparece como el motivo por el cual se criminalizó. La tarea del Juez resulta muy aligerada². Con la reducción de los requisitos para castigar (de los delitos de peligro abstracto respecto de los delitos de lesión) se reducen, naturalmente también, las posibilidades de defensa. Los presupuestos de la pena son restricciones a la punibilidad. Pero al mismo tiempo disminuyen también las pautas que el legislador da al juez para interpretar los tipos penales.

Por último, los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto como instrumentos del Derecho Penal moderno comportan un problema ulterior que no debiera ser infravalorado. Cuando en los ámbitos mencionados se trabaja con los referidos instrumentos penales, a largo plazo se diluye la claridad y la percepción del injusto. Los delitos del Derecho Penal moderno tienen una víctima lejana o carecen en

² HASSEMER, W. Opus cit. Pág. 8

absoluto de ella. Ya no se exige ninguna lesión. El injusto a menudo no es más que el resultado de una evaluación pericial.

En la doctrina española SILVA³ es, probablemente, el más célebre representante de la crítica a la expansión del derecho penal y su breve e interesante ensayo es ya un clásico en la materia. En él se empieza por constatar que dicho fenómeno expansivo se ha plasmado en una tendencia general -claramente dominante en las legislaciones penales- a la creación de nuevos tipos penales o a la agravación de los ya existentes, en el marco de la cual destacarían los siguientes aspectos particulares: creación de nuevos "bienes jurídico-penales", ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía. De este modo, la referida expansión se presenta -a su juicio- como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva). Entre las causas de la expansión se contaría en primer término la efectiva aparición de nuevos riesgos de procedencia humana (v. gr., para el medio ambiente, para los consumidores) en una sociedad de enorme complejidad, ante los cuales existe una generalizada sensación (subjetiva) de inseguridad en el ciudadano, potenciada por los medios de comunicación, que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo. A este factor vendrían a añadirse otros factores, característicos de la sociedad postindustrial del Estado del bienestar, como ante todo el dato de que dicha sociedad se configure como una sociedad de "clases pasivas", en la que se tiende progresivamente a una restricción de las esferas de actuación arriesgada y se forja una resistencia psicológica frente al caso fortuito; ello traería como consecuencias la eliminación de espacios de riesgo permitido y el consiguiente incremento de la apreciación de infracciones de deberes de cuidado, así como la propuesta de aumentar la tipificación de delitos de peligro. Hace este autor una propuesta posibilista: configurar el Derecho penal en torno a un modelo dual (o de dos velocidades): en el primer bloque o velocidad se incluirían los delitos conminados con pena privativa de libertad y, por ello, sometidos a un estricto régimen de imputación y con un sistema clásico de garantías; en el segundo bloque quedarían los sancionados

³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades Postindustriales*. Civitas, 1ª ed. Madrid, 1999.

con pena no privativa de libertad sujetos a un régimen de imputación y a unos principios flexibilizados, si bien SILVA insiste en que la sanción se imponga por una instancia judicial penal para que retenga cierto componente de estigmatización social y la capacidad comunicativa-simbólica de Derecho penal.

Otra de las acusaciones a la modernización del derecho penal se hace por autores que consideran que, en los últimos tiempos, se ha convertido a la víctima en el otro protagonista del derecho penal. Sin menospreciar la necesaria vinculación de ésta al proceso criminológico, se teme que las reivindicaciones de los grupos de víctimas destruyan los presupuestos básicos del Derecho Penal contemporáneo, al olvidar que el Derecho Penal es una parte del Derecho Público y, por tanto, no puede ser objeto de disposición por las personas afectadas por su aplicación. Ni el delincuente ni la víctima pueden decidir su ámbito de aplicación, ni modificar su contenido a su antojo. En este sentido se puede decir, por tanto, que el Derecho Penal moderno surge precisamente con la neutralización de la víctima puesto que a partir de un determinado momento histórico, el control del delito y la sanción del delincuente dejaron de ser una tarea de la víctima, para pasar a ser competencia del Estado. Dichas corrientes político criminales, se destacan por tener interés en que⁴: 1) “(...) la ampliación de la protección de la víctima se busca a costa de una restricción de las garantías y derechos del imputado en el proceso penal”; 2) “(...) se insiste en la prevención general intimidatoria, dejando a un lado la finalidad de reinserción social del delincuente, solicitando la prisión perpetua (...)”; 3) “paralelamente, en los medios de comunicación se desencadenan campañas de «*law and order*» y se solicita una mayor dureza en la actuación policial y una «tolerancia cero», incluso con delitos de escasa gravedad”; 4) “se amplían los tipos delictivos tradicionales a conductas periféricas o anteriores a la ejecución”; 5) un “(...) creciente protagonismo que se le da tanto en el ejercicio de la acción penal, como en la renuncia a la misma a través de acuerdos con el acusado, sancionados judicialmente”; y, 6) “(...) fomentar la ayuda y atención a la víctima por parte de las instituciones públicas (...) la indemnización y el resarcimiento del daño que le ha causado el delito (...)”, entre otras situaciones.

⁴ HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 149-150. En Cuadernos de Derecho Penal. Junio 2013.

Una orientación muy distinta es la defendida por GRACIA MARTÍN⁵, que se ha destacado por su vehemente defensa de la ampliación del Derecho penal a esferas antes inmunes por, según este autor, integrar el "sistema de acción ético-social reprobable de las clases dominantes". A juicio de GRACIA, lo que hay detrás del discurso crítico sobre la modernización es una pretensión incompatible con las exigencias éticas y políticas de nuestro tiempo, que obligan al Derecho penal a romper con el modelo anterior en un sentido material. Frente a lo que llama el "discurso de resistencia", defiende la modernización en un doble sentido: formal, esto es, dirigido a ámbitos nuevos y material, es decir, que represente una ruptura con el anterior modelo. Con gran exactitud, GRACIA⁶ divide los ámbitos de protección propios del Derecho penal moderno en las siguientes categorías, muchas de las cuales se entrecruzan: 1) El llamado Derecho penal del riesgo (energías peligrosas, informática, genética, fabricación o comercialización de productos peligrosos, etc...); 2) El nuevo Derecho penal económico y del medio ambiente; 3) Derecho penal de la empresa; 4) Criminalidad y Derecho penal de la globalización (trata de personas, órganos, redes de inmigración, fraudes en comercio internacional, blanqueo, etc.), 5) El Derecho penal de la Unión Europea, y 6) El llamado Derecho penal del enemigo.

Su definición material del Derecho penal moderno se refiere "al sistema de regulaciones jurídico penales que tienen por objeto la criminalización formal, de conformidad con el sistema de garantías políticas del Estado social y democrático de Derecho, del sistema de acción ético-socialmente reprochable de las clases sociales poderosas⁷"

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁸, también partidario de la modernización del derecho penal, pone de manifiesto, tanto en lo que se refiere a la gran criminalidad económica como cuando alude al delito ecológico, lo simplista que resulta la deslegitimación global de la intervención penal en estos ámbitos. Hay algunos -y no pocos- de estos ilícitos que tienen por méritos propios un puesto en el Derecho penal nuclear. Considera que las tradicionales tachas de falta de lesividad, de adelantamiento injustificado de la barrera de protección, de vulneración del principio de culpabilidad o

⁵ *¿Qué es modernización del Derecho penal?*, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERÁ, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Tecnos, Madrid, 2003, p. 349 y ss.

⁶ GRACIA MARTÍN, L. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 60 y ss.

⁷ GRACIA MARTÍN, L. *Prolegómenos*, op cit, p. 190 y 191.

⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en artículo Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (Especial referencia al ámbito económico), en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro-homenaje al profesor José Cerezo Mir*. Madrid. 1999

del principio de intervención mínima en pro del mensaje simbólico caen por su peso a poco que se piense en la imperiosa necesidad de tutelar nuestro ecosistema ante conductas que lo "puedan perjudicar gravemente" (art. 325 CP) o ante otras que, como tantas veces dijo TIEDEMANN, representan un abuso de instrumentos del tráfico económico moderno y son plenamente idóneas para desestabilizar gravemente el propio funcionamiento del sistema de economía de mercado o las funciones sociales que el Estado social tiene encomendadas. Frente a estas conductas, el hurto, la apropiación indebida de cosa perdida, el proxenetismo, las injurias, los ultrajes a la bandera, la falsificación de documentos privados y tantos otros delitos "clásicos" no resisten la comparación.

Este breve repaso de la polémica acerca de la expansión y la modernización del Derecho penal pretende poner de manifiesto que, incluso quienes sostienen discursos opuestos, admiten que el cambio de escenario exige un derecho penal distinto aunque se difiera en el modelo a seguir. La necesidad de que el Derecho penal abarque nuevos y/o distintos ámbitos de protección parece incuestionable. Del mismo modo no resulta discutible que muchos de esos nuevos ámbitos tienen una relevancia superior a la de algunos bienes jurídicos "clásicos" para considerarlos dignos de tutela penal, por lo que las críticas al hecho de que el Derecho penal se extienda a ese tipo de conductas no podrían fundamentarse en la falta de lesividad de las mismas o en una supuesta vulneración del principio de prohibición de exceso.

II. LA POSIBLE INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y UN SISTEMA PLENAMENTE GARANTISTA

Para abordar la respuesta a este interrogante debemos analizar, si bien brevemente, las últimas reformas penales españolas.

Como se observa, las líneas generales de la política criminal española de los últimos años se caracterizan por:

1. Asistimos a un proceso permanente de reformas sustantivas, que, en muchos casos, siguen tendencias opuestas, por lo que con toda propiedad puede decirse que se trata de un proceso de reformas y contrarreformas. Eso explica que el propio legislador se vea en la obligación de reconocer que uno de los motivos de la reforma operada en el CP (2010) son los "efectos de distorsión o incongruencia" generados por "los numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del texto de

1995" (seguridad vial, drogas o delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial son sólo los ejemplos más llamativos de esa política criminal contradictoria). También se justifican las reformas en las demandas sociales, de modo que los ciudadanos intervienen en una materia de Derecho Público. En la Ley 1/2015 se nos dice que *la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal. En general, se revisa el régimen de penas y su aplicación, se adoptan mejoras técnicas para ofrecer un sistema penal más ágil y coherente, y se introducen nuevas figuras delictivas o se adecuan los tipos penales ya existentes, con el fin de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia; del mismo modo se suprimen aquellas otras infracciones que, por su escasa gravedad, no merecen reproche penal. Gran parte de la reforma está también orientada a dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España. (...) siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido (...).*

2. La tónica imperante es la de agravar sistemáticamente las penas y crear nuevas figuras típicas.

3. Esa tendencia penalizadora y criminalizadora no parece apoyarse en informes criminológicos que aconsejen actuar en tal sentido o, a la inversa, o que acrediten *a posteriori* que el incremento del rigor penal ha tenido efectos positivos en la reducción de la criminalidad. Si es que esos estudios existen, desde luego no se hacen públicos y lo único constatable es que las estadísticas oficiales -de las que también habría que hablar- no ponen de manifiesto un aumento de la criminalidad relevante. Antes al contrario, la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al 2016, concluye diciendo que "...cabe señalar que el grupo de los delitos contra la vida desciende en un 10 % y el de los delitos contra la integridad física apenas se incrementa en un 3 %; (...) en los delitos contra la libertad sexual, la disminución es significativa en ambos grupos, de manera que los delitos con víctimas menores se reducen en un 30 %, mientras que contra los mayores baja en un 25 %. (...) Se constata en el año 2015 un descenso del 5 % en el total de calificaciones, descenso que en similares términos, del 4 %, se viene produciendo desde el año 2012 se consolidó el descenso del 4 %." En resumen: las reformas en buena medida sólo se explican como fruto de la instrumentalización del Derecho penal por el propio legislador y por los medios de

comunicación, además del cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por España.

4. La tendencia agravatoria de las penas alcanza su cénit con la incorporación en 2015 de la prisión permanente revisable, a la que algunos consideran inconstitucional por su contrariedad a la prohibición de penas inhumanas (artículo 15.1 CE), por la privación de libertad desproporcionada y ajena a criterios de culpabilidad (artículo 17.1 CE), por su contrariedad al mandato de determinación derivado del principio de legalidad penal (artículo 25.1 CE) y por su contrariedad al mandato de resocialización (artículo 25.2 CE). Lo cierto es que esta pena parece responder al sentimiento generado en la opinión pública tras la derogación de la denominada "doctrina Parot" que creó en la ciudadanía un sentimiento de impunidad y que ha llevado a la implantación de tal pena, constituyendo uno de los ejes centrales de la reforma.

5. A estos incrementos punitivos se suman otros que, aunque puedan parecer menores, suscitan problemas prácticos de envergadura (tipos que se solapan, concursos delictivos cercanos al *bis in idem*, conductas de contornos muy difusos, cambios en la penalidad que motivan ingentes revisiones de sentencias o alteraciones competenciales en las que nadie parece reparar, etc.).

6. Bien es verdad, sin embargo, que, pese a todo, en los últimos años se ha producido un avance, una toma de conciencia acerca de la importancia prioritaria que tiene la tutela penal de determinados intereses colectivos frente a conductas especialmente graves por el peligro cierto que representan para el medio ambiente, para los intereses de los consumidores, para el correcto funcionamiento de las instituciones responsables de atender las prestaciones del Estado social, etc. Es por ello que, a mi modo de ver, la valoración que merece la decisión político-criminal de penalizar algunas de estas conductas debe ser positiva, lo que, desgraciadamente, nada dice acerca de la eficacia de tal penalización para combatir los ataques de que son objeto. No obstante, la evidencia de que ni siquiera allí donde la expansión del Derecho penal está justificada podemos confiar en la eficacia del sistema, pues, en unos casos, la técnica de tipificación es defectuosa y en otros que no lo es carecemos de mecanismos adecuados para que el Derecho penal material cumpla realmente su función garantista.

Como conclusión podemos afirmar que:

El Derecho penal debe modernizarse, esto es, debe afrontar los retos de protección que le lanzan las fuentes de riesgo -real y efectivo- que caracterizan a la sociedad contemporánea. La existencia de nuevos ámbitos de protección o de nuevas modalidades de ataque a bienes jurídicos "clásicos" no pueden ser ignoradas por un Derecho penal comprometido con la tutela de los bienes jurídicos de la sociedad en que se inserta. En ese sentido estimo que la modernización del Derecho penal es un viaje sin retorno. Sentado lo anterior, el discurso acerca de la modernización debe centrarse en decidir cuáles son los ámbitos realmente dignos de protección penal, así como el modo de protegerlos. En cuanto a esto último, hay dos premisas que parecen irrenunciables: a) el abordaje de los mismos exige en muchos casos soluciones transnacionales y, por tanto, un Derecho penal europeo es, en determinadas materias, el mínimo imprescindible y *conditio sine qua non* de eficacia; b) la modernización del Derecho penal no puede dar paso a un Derecho penal sin las garantías y los principios que, más allá de su origen, hoy están constitucionalizados y constituyen un lugar común para cualquier penalista democrático.

BIBLIOGRAFÍA:

LIBROS

- 1.- GRACIA MARTIN, L. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- 2.- GRACIA MARTIN, L. ¿Qué es modernización del Derecho penal? La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Tecnos. Madrid, 2003.
- 2.- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (Especial referencia al ámbito económico), en La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro-homenaje al profesor José Cerezo Mir. Madrid. 1999
- 3.- SILVA SÁNCHEZ, J.M. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades Postindustriales. Cívitas. Madrid, 1999

ARTÍCULOS

- 1.- CUERDA ARNAU, M.L. La expansión del Derecho penal versus la eficacia del modelo de justicia. Cuadernos Digitales de Formación nº5. 2013.
- 2.- HASSEMER/MUÑOZ CONDE. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. En Cuadernos de Derecho Penal. Junio 2013.
- 3.- HASSEMER, W. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. Conferencia realizada en la UAB Marzo, 1991.
- 4.- QUINTERO OLIVARES, G. Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo. EDJ 128. 2007

