

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 - 8.º - 28013 Madrid

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 5.000 ptas. Extranjero, 5.400 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.980 ptas. Extranjero: 2.400 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

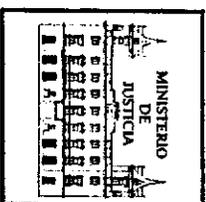
Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Gran Vía, 76 - 8.º; teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

TOMO XLV
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMXXII

2. Las reglas de imputabilidad y exigibilidad se explican a partir de condiciones comunicativas: el delincente es incompetente o se expresa sólo en una situación alternativa que no se puede generalizar.
3. Las alteraciones volitivas no eximen de responsabilidad, puesto que el Derecho no puede fundamentar la necesidad de que se quite su observancia.
4. Las alteraciones cognitivas (del tipo no dirigidas) eximen de responsabilidad porque se puede probar la necesidad de una base cognitiva correcta; ello afecta tanto al conocimiento del tipo como al conocimiento del injusto.
5. La interpretación funcional del aspecto subjetivo se refiere en lo esencial a la aplicación actual fáctica del Derecho vigente. La objeción de que con este planteamiento no sería posible limitar de alguna forma la pena no es, por tanto, correcta.

Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno (*)

Profesor WINFRIED HASSEMER

Frankfurt am Main

A. INTRODUCCION

La razón de esta conferencia y la fuente de muchos pensamientos que en ella se expresan son las discusiones que se han desarrollado de forma conjunta con el resto de profesores de Derecho Penal de la Universidad de Frankfurt. Me apoyo fundamentalmente en tres publicaciones: en la Habilitación de mi asistente Félix Herzog (1), en mi breve estudio acerca de la prevención (2) y en un artículo acerca del carácter simbólico del Derecho Penal (3).

Quiero enunciar claramente desde el principio el contenido de esta conferencia. En mi opinión hoy se observa en el Derecho Penal un fenómeno que Adorno y Horkheimer denominaron la «Dialéctica de la Ilustración» (4). El fenómeno que observamos en el Derecho Penal se podría denominar la «Dialéctica de la Modernidad», y con ello se expresaría que el Derecho Penal se ha desarrollado hasta un punto en el cual se ha transformado en algo contraproducente, anacrónico.

Bajo la expresión Derecho Penal «moderno» (5) abarco las siguientes características y procesos: la doctrina y la práctica penal:

— Se aleja de los conceptos metafísicos y se adscribe a una metodología empírica.

— Plasma su orientación hacia lo empírico especialmente con el concepto de orientación a las consecuencias.

(*) Conferencia realizada en la UAB (marzo, 1991). Traducción de Elena Larrauri. Revisada por Monika Maiercke.

(1) Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*; en prensa.

(2) «Prävention im Strafrecht», en *Juristische Schulung*, 1987, 257. ff.

(3) «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, p. 553. Traducción al castellano en *Pena y Estado*, n.º 0.

(4) Horkheimer/Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, 1968.

(5) Más extensamente en B.III.3.

— En consecuencia, favorece conceptos más bien basados en la prevención que en la retribución.

— Intenta vincular al legislador y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos.

Este desarrollo de la moderna doctrina penal y política criminal era oportuno y necesario en contra de una doctrina y práctica penal que se había divorciado de la realidad amparándose en la certeza del derecho natural y en la abstracción dogmática. La crítica a la práctica penal en función de sus consecuencias, la obligación de perseguir fines con la pena, los cuales pueden ser comprobados y denunciados, la obligación del legislador penal de concentrarse en bienes jurídicos, han conducido a una humanización y a un mejor control de la actuación penal. En mi opinión, este desarrollo ha finalizado, la modernización amenaza con producir el efecto contrario. Pienso que ha llegado el momento en que debe volver a compaginarse el desarrollo del moderno Derecho Penal con los tradicionales principios morales.

En esta conferencia quiero desarrollar dos aspectos. Intentaré realizar un análisis del Derecho Penal moderno (B) y anunciaré unas posibles alternativas (C) para estudiar qué opciones son posibles hoy ante la reforma del Derecho Penal (en particular de la Parte Especial). Mis reflexiones se sitúan en una línea específica entre los fundamentos de la Parte General y de la Parte Especial. El Derecho Penal moderno se reafirma, como pronto veremos, sobre todo en la Parte Especial de los Códigos Penales, de este terreno salen, en consecuencia, los ejemplos que propondré discutir. Los criterios para enjuiciar estos ejemplos y para fundamentar una política criminal a largo plazo son criterios proporcionados por el fundamento del Derecho Penal y por los principios de la Parte General.

B. CONCEPTO Y MANIFESTACIONES DEL DERECHO PENAL MODERNO

Para lo que podríamos denominar Derecho Penal «moderno» existen innumerables ejemplos. El Derecho Penal «moderno» se muestra en ámbitos especiales, en los cuales se realiza a través de funciones específicas, instrumentos específicos, pero también con problemas y costes específicos. Desarrollaré estos rasgos seguidamente (B-III) con más precisión. Se observan en el Derecho Penal alemán y, previsiblemente, en las reformas de las partes especiales de los Códigos Penales de otros países. En mayor o menor grado se producen en todos los códigos penales de los países desarrollados.

Antes de entrar a exponer el tema quisiera enunciar mi análisis y posición en tres tesis iniciales. Intentaré desarrollar estas tres tesis, las

1) El Derecho Penal «clásico» tenía un núcleo ideal. A este núcleo pertenecen los principios liberales de taxatividad y subsidiariedad del Derecho Penal, así como los delitos de lesión como tipo delictivo normal.

2) De este núcleo ideal se aleja el Derecho Penal moderno a velocidad creciente.

3) Este desarrollo conlleva problemas específicos para el Derecho Penal.

1. Características del Derecho Penal clásico

Cuando hablo de «clásico» quiero decir que el objeto que se describe forma parte de la tradición política de la Ilustración. «Clásico» no se agota en el Derecho Penal, ni en ningún ámbito, en un período preciso o en un número determinado de objetos; «clásico» es también un ideal, un objetivo en base al cual puede evaluarse la dirección adoptada, los pasos que van en una falsa dirección y cuantos pasos hay que avanzar antes de crear haber alcanzado el objetivo. En términos de tiempo real o de objetos reales lo clásico, como cualquier realización de algo típico, está históricamente desfigurado y ensuciado.

De acuerdo a esta comprensión el Derecho Penal clásico surge de la muerte del derecho natural. Es indiferente si el derecho natural era inexistente o irreconocible o incompleto de contenido: como fuente de mandatos y prohibiciones penales después de la crítica de conocimiento del idealismo alemán, no fue ulteriormente considerado. El modelo político de esta filosofía no era la deducción del ordenamiento jurídico de principios jurídicos más elevados, sino el vínculo a un ordenamiento jurídico de los que participan en él: el contrato social.

Tampoco el contrato social es un acontecimiento real, es más bien la condición que posibilitó el derecho tras el fin del derecho natural. A través de éste renunciaban, aquellos que han decidido vivir juntos, a una parcela de su libertad y consiguen con ello una garantía de libertad para todos. Proporcionalidad y reciprocidad de la renuncia a la libertad son rasgos del contrato social: sin esta igualdad la balanza de la democracia en el contrato favorecería la dominación de unos sobre otros. El contrato social, ilustrativo teóricamente y normativamente obligado como fundamento del derecho, es vulnerable en la vida cotidiana. Los límites a la renuncia de la libertad deben estar por ello marcados con gran precisión y seguridad.

Por esta razón los modelos elaborados del contrato social están contruidos de forma no sólo horizontal, sino también vertical, y pueden servir para proporcionar al Derecho Penal su fundamento y misión.

La dimensión vertical del contrato social sirve a la seguridad de la horizontal que representa la renuncia a la libertad. Se le puede llamar

Gobierno o Estado y con ello registrar que se trata de una institución derivada y no de una institución existente por derecho propio.

Se justifica por su cometido permitir la existencia de los participantes en el contrato social en una situación en la cual los límites de la renuncia de la libertad deben ser respetados por todos. No es, por consiguiente, una funcionalización del individuo por el Estado, sino del Estado por el individuo. El Derecho Penal adopta como función precisamente la estabilización de los vínculos derivados del contrato social; es el derecho de las lesiones a la libertad y de sus consecuencias.

En este marco pueden observarse tres consecuencias para el derecho penal:

1) Sólo puede ser un hecho típico la lesión de la libertad asegurada por el contrato social. El bien jurídico tiene una función sistemática, como criterio negativo para una criminalización legítima: sin bien jurídico no hay injusto penal.

2) Los límites de la renuncia de la libertad social deben ser absolutamente precisos e impenetrables. Se debe renunciar a ulteriores restricciones o intervenciones del ejecutivo bajo todas las circunstancias. Los límites de esta renuncia tampoco pueden residir en la interpretación de un tercero. De aquí extrae el sentido el positivismo legal y pueden entenderse principios contemporáneos, como la prohibición de analogía; el principio de taxatividad adquiere pleno significado.

3) El Estado es una institución derivada de los ciudadanos y se debe funcionalizar su poder en aras de los derechos de los ciudadanos. El contrato social no tolera ningún poder que no sea derivado y ninguna usurpación. Precisamente por ello el poder del Estado debe ser en el Derecho Penal, donde más claramente se muestra, limitado y vinculado a los derechos del individuo. Con ello se comprenden principios penales como *in dubio pro reo*, el derecho a la tutela judicial, a la defensa, a no declarar, y principios fundamentales, como proporcionalidad y subsidiariedad.

Para la doctrina clásica el Derecho Penal es un instrumento de la libertad ciudadana. Debe controlarse, no independizarse. No es ningún *passerpartout*, sino el último medio (*ultima ratio*) para solucionar problemas sociales.

II. La dialéctica de la Modernidad

El Derecho Penal moderno rompe con esta tradición en la medida en que la «consuma». Las tendencias que han servido para describir el Derecho Penal clásico describen también su forma moderna, sólo que estas características se han separado de su contexto, tienen un ámbito distinto y no se enfrentan a los antiguos adversarios. De esta forma el

Derecho Penal moderno es efectivamente en últimas una institución distinta del Derecho Penal clásico.

Para aclarar ello quisiera describir los tres rasgos fundamentales del Derecho Penal actual y mostrar en dos ejemplos como el Derecho Penal moderno ha sobrepasado el Derecho Penal clásico. Conjuntamente con una «desmetafísica» del pensamiento penal existen tres características: protección de bienes jurídicos, prevención y orientación a las consecuencias (A).

La protección de bienes jurídicos se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización. Lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador de que no podía crear delitos donde no existiera un bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas. Con ello se cambia de forma subrepticia el principio de protección de bienes jurídicos.

Como ejemplos pueden servir la decisión del Tribunal Constitucional de no ampliar la despenalización del aborto con el argumento de que existe un bien jurídico que debe ser protegido y castigar por ello las interrupciones de embarazo (6). En este contexto surge también la exigencia de que el legislador penal debe ser consecuente y castigar la «violación en el matrimonio» no sólo como un delito de coacciones, sino como un delito contra la libertad sexual.

El principio de protección de bienes jurídicos ha conducido a una demanda de criminalización.

La prevención, lo cual era un objetivo colateral del Derecho Penal clásico, se ha transformado en el paradigma dominante. Con esta tendencia es difícil asegurar los principios de proporcionalidad e igualdad. Un ejemplo es la legislación acerca de las drogas, la cual, si bien por un lado renuncia a la pena para los que estén dispuestos y sean aptos de tratamiento terapéutico con el objetivo de resocializarlos, por otro lado eleva la pena a los traficantes con el fin de intimidarlos. También en el ámbito del terrorismo aparece el Derecho Penal dominado por el fin preventivo: aumento de penas, ampliación de medios y procesos que pueden ser usados contra los terroristas, introducción de «estímulos punitivos».

El fin parece justificar los medios cada vez más.

También la orientación a las consecuencias, que en el Derecho Penal clásico sólo era un criterio adicional para justificar una adecuada legislación se ha convertido en el objetivo predominante del Derecho Penal moderno. Margina la proporcionalidad y la retribución del injusto de la política penal.

(6) BVerfGE, 39, 1 (p. 46): crítico con las demandas de criminalización Müller-Dietz, «Zur Problematik verfassungsgerechtl. Pönalisierungsgedote», en Jung/Müller-Dietz (Hrsg.), § 218, 1983, S. 77 ff.; W. Hassemer, AK StGB, 1990, Vorbem. § 1, Rdn. 199.

Los indicadores de este desarrollo son las exigencias actuales (como, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente, o en las exigencias feministas de promulgar legislación antidiscriminatoria), de que el Derecho Penal sirva como medio educador: para sensibilizar a la gente. Aquí ya no se discute si el recurso al Derecho Penal es «adecuado» o «justo» —en tanto se consiga el objetivo de que la población adquiriera conciencia de la necesidad de respetar el medio ambiente o de castigar la violencia contra las mujeres. En este contexto, la tendencia a utilizar el Derecho Penal no como último sino como *sola o prima ratio* para solucionar los conflictos sociales es otro ejemplo de la orientación a las consecuencias. Para solucionar los «grandes problemas sociales» (7), pero también en casos puntuales, como la construcción de una fábrica de productos tóxicos en África con ayuda alemana, se apela en primer lugar al Derecho Penal.

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*). Estas expectativas de solucionar los problemas que se esperan del Derecho acaban explotando: visto de esta forma, el Derecho Penal, cuando menos respecto a las expectativas, es «nuevo».

III. Lo nuevo en el Derecho Penal moderno

A pesar de que el Derecho Penal moderno no hace otra cosa que «consumar» los criterios del Derecho Penal clásico de la Ilustración, pueden nombrarse algunos rasgos que caracterizan el Derecho Penal moderno.

1. Ámbitos

El Derecho Penal moderno realiza reformas en determinados ámbitos en tanto que ignora totalmente otros.

«Política criminal» en Alemania significa desde hace diez años — las excepciones confirman, como siempre, la regla — criminalización y descriminalización (8). Los ámbitos en los cuales el legislador alega una «necesidad de respuesta» (*Handlungsbedarf*) no son ni la parte

(7) Kratzsch, *Vertikalensteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, bes. S. 220 ff., 253 ff.

(8) Véase nota 3: Dencker, «Gefährlichkeitsvermutung statt Taatschuld? - Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung», en *Strafverteidiger*, 1988, 262 ff.

general ni el Derecho Penal procesal. El sistema de penas y medidas no está en el centro de los intereses político-criminales actuales. El legislador no propicia avances sistemáticos o conceptuales. El ámbito principal donde se produce la renovación del Derecho Penal es en la parte especial, ya sea en el Código Penal o en las leyes penales complementarias. Las reformas no consisten en una descriminalización, sino en una ampliación o incorporación de nuevos tipos penales. Los ámbitos principales en los cuales se produce esta ampliación son: medio ambiente, Derecho Penal económico, protección de datos, drogas, impuestos y comercio exterior.

Estos cambios son apoyados con «reformas» del Derecho Penal procesal. Tampoco en el Derecho Penal procesal se presta atención a aspectos necesitados de reforma, como la prisión provisional (9); de lo que se trata es de apresurar y facilitar el proceso a la par que de aumentar la seriedad de los medios utilizados en la instrucción del caso (10).

Total: el Derecho Penal está actualmente ampliando su capacidad y para ello necesita desprenderse del lastre liberal, el cual resulta molesto en el cumplimiento de su nueva tarea.

2. Instrumentos

Los instrumentos, de los cuales se sirve el Derecho Penal, se utilizan para ampliar esta capacidad expansiva del Derecho Penal.

Los ámbitos en los cuales se concentra el Derecho Penal moderno tienen que ver con el individuo sólo de forma mediata. De forma inmediata se refieren a instituciones o al Estado. El principio de protección de bienes jurídicos deviene en el Derecho Penal moderno la protección de instituciones.

A ello se corresponde que estos bienes jurídicos, a los cuales se trata de proteger, no son individuales sino colectivos. Adicionalmente, el legislador formula estos bienes jurídicos de forma especialmente vaga y amplia (protección de la salud pública, protección de la función de subvención, 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. Los bienes jurídicos, que el Derecho Penal moderno entiende que pueden legitimar una intervención penal,

(9) «Arbeitskreis Strafprozessreform», *Die Untersuchungshaft. Gesetzentwurf mit Begründung*, 1983; respecto de la situación en Derecho Penal procesal, Scheiber und Wassermann, *Sammelband Gesamtreform des Strafverfahrens*, 1987.

(10) W. Hassemer, «Thesen zu informeller Selbstbestimmung und Strafverfahren», en *Strafverteidiger*, 1988, 267 f.; más extensamente, Krauß, «Sicherheitsstaat und Strafverteidigung», en *Strafverteidiger*, 1989, 315 ff.

ya no discriminan; apenas se percibe la conducta humana, la cual, con la ayuda del principio de protección de bienes jurídicos, debiera ser descriminalizada.

El segundo instrumento del Derecho Penal moderno, el cual 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 alligerada.

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.

Un artículo como, por ejemplo el referido a la estafa, el cual diferencia diversos tipos penales, proporciona al juez una información acerca de la *ratio legis*, pero un artículo como, por ejemplo, el fraude de subvenciones, en el cual sólo se indica la actividad castigada, deja al juez penal solo. La consecuencia es un debilitamiento de los criterios de interpretación legales en favor de la jurisprudencia.

Los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto como instrumentos del Derecho Penal moderno comportan aún un problema ulterior, el cual no debiera ser subvalorado. 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 absoluto de ella. Ya no se exige ninguna lesión. El injusto a menudo no es más que el resultado de una evaluación pericial.

Debiera pensarse si la precisión o claridad del injusto no es —también a los ojos de la población— un criterio del Derecho Penal como ámbito específico del ordenamiento jurídico.

3. Funciones

No puede ignorarse que esta renovación de objetos e instrumentos también cambia las funciones del Derecho Penal. Algunos de estos cambios son manifiestos.

La nueva criminalización de la Parte Especial del Código Penal alemán y de las leyes penales complementarias comportan una ampliación significativa y disminuyen con ello el significado de un Derecho Penal mínimo (*Kernstrafrecht*). El Derecho Penal tiende a reaccionar menos a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos y se convierte paulatinamente en un instrumento de política interior. Con ello también pierden tendencialmente su puesto en el ordenamiento jurídico y se acerca a las funciones del derecho civil o del derecho administrativo.

Unido a ello existe la tendencia ya avisada de que el legislador utilice este instrumento menos como última que como primera o sola *ratio*, y, en contra del principio de subsidiariedad, lo utilice en todas las ocasiones en que con ello prevea una ganancia política. Esta novedad está unida a la nueva función, de orientación a las consecuencias y su persecución a través del Derecho Penal.

Las características clásicas de la reacción penal, igualdad y proporcionalidad, quedan en un segundo plano. En vez de responder a un injusto por medio de respuestas adecuadas y justas se trata sólo de prevenir futuros injustos o de contener los grandes problemas sociales futuros.

Hablando sin ambages, en Derecho Penal ya no se trata fundamentalmente de una respuesta adecuada a un hecho pasado, sino del dominio del futuro.

Las estructuras teóricas y prácticas del Derecho Penal se desarrollan más bien de acuerdo a modelos empíricos que normativos.

4. Problemas

Los nuevos ámbitos, instrumentos y funciones traen consigo nuevos problemas. Se pueden agrupar los problemas del Derecho Penal moderno bajo dos perspectivas, las cuales están finitamente vinculadas: el peligro de que el Derecho Penal moderno sólo pueda ejecutarse de forma deficiente y la expectativa de que se retrotraiga a funciones simbólicas. En el ínterin está aceptado que los ámbitos principales del Derecho Penal moderno están afectados de «déficit procesales» (*Prozessdefizienzen*). Se descubre que una gran parte del proceso se atasca en el estadio de instrucción; que el juez penal no aplica la pena en toda su extensión; que la cifra oscura es extraordinariamente grande; que se procesa a los «falsos» culpables en tanto que los «verdaderos» permanecen en la oscuridad. «Déficit procesales» significa no sólo que las leyes penales no pueden funcionar como debieran, sino además que comportan consecuencias desiguales e injustas. La posición que se adopte respecto de los «déficit procesales» depende de la opinión que se sustente acerca de los motivos que los producen.

Esta es actualmente la situación en Alemania. La mayoría es de la opinión que estos déficit procesales provienen de una infrutilización del instrumental penal; exigen por ello que se fortalezcan estos instrumentos y que se radicalice su utilización: más de lo mismo (*more of the same*) (11). Otros —entre los que me cuento (12)— entienden que los déficit procesales son un problema estructural, el cual la utilización intensiva de los instrumentos penales no puede solucionar. Esta sólo agudizar. Desde esta perspectiva, los déficit procesales son sólo una muestra de que el Derecho Penal ha entrado en unos ámbitos, se le ha provisto de unos instrumentos y se le ha dotado de unas funciones que le son extrañas y que esta rareza es fundamental e insuperable. A través de los déficit procesales se descubren los defectos normativos del Derecho Penal.

Los déficit procesales, los cuales son explicados como un problema cuantitativo y superable, deben conducir a la larga a que el Derecho Penal se limite a *funciones simbólicas* y que pierda sus funciones reales (13). La mezcla explosiva de las crecientes demandas sociales de «dar una respuesta», junto con la creencia extendida en la eficacia de los medios penales, conjuntamente con el déficit observado en la aplicación de estos medios, implican el peligro de que el Derecho Penal se reduzca al engaño de que realmente puede solucionar estos problemas. El Derecho Penal simbólico a corto plazo mitiga, a largo plazo destruye.

5. Costes

Un Derecho Penal moderno comporta unos costes. Los sufragamos acudiendo a la reserva de nuestros principios liberales:

Los costes de los delitos: de peligro abstracto son evidentes y ya explicados: la disminución de los requisitos de punibilidad son al mismo tiempo una disminución de las posibilidades de defensa y supeditan el juez al legislador.

También se puede observar en el Derecho Penal moderno la difuminación de los criterios dogmáticos que habían distinguido de forma precisa entre criterios de imputación objetiva y subjetiva y habían permitido unos criterios racionales y controlables. Así, las diferencias entre autoría y participación, tentativa y consumación o dolo e imprudencia, que el Derecho Penal tradicional había determinado, han perdido su

significado primordial en el Derecho Penal moderno, donde se trata de «traficantes» o «ejecutores».

La consecuencia es que el campo de decisión del juez penal, cuya comprobación a través de criterios dogmáticos es cada vez menos posible, deviene más incontrolable.

Fundamentalmente, en el Derecho Penal del medio ambiente y en el Derecho Penal económico se reconoce actualmente (14) que los presupuestos de imputación del Derecho Penal pueden constituir un obstáculo a una política criminal eficaz. Se trata de que la imputación individual, como la que requiere el Derecho Penal tradicional, pueda impedir la utilización de los medios penales (ésta era, por cierto desde siempre, su tarea). Consecuentemente surge la exigencia de que en determinados ámbitos del derecho las sutilezas de la imputación individual deben disminuirse.

En el mismo contexto deben mencionarse las tendencias de aumentar el marco penal y de ampliar el injusto (por ejemplo, en el Derecho Penal ecológico a través del principio de accesoriadad administrativa que requiere en primer lugar que las autoridades administrativas establezcan donde se inicia el injusto penal).

Todo ello conduce, en últimas, a una pérdida de los tradicionales presupuestos de imputación, de la que el Derecho Penal no puede salir airoso.

En el Derecho Penal moderno también el principio de taxatividad (art. 103 II GG, 1 StGB) está en el punto de mira. Una criminalización lo más precisa posible, como corresponde a un Derecho Penal liberal, tiene —ésta es su tarea— que impedir la criminalización excesivamente amplia y generalizada. Esta no es la tendencia que sigue el Derecho Penal moderno. El Derecho Penal moderno se quiere flexible y generalizado para poder dar una respuesta a los continuos problemas sociales surgientes. El principio de taxatividad es enemigo de un Derecho Penal flexible, abierto al futuro y capaz de reaccionar ante situaciones cambiantes. Ello no requiere, sin embargo, que el legislador introduzca términos imprecisos, basta con que utilice unos términos tan flexibles y amplios que puedan ser utilizados en todas las ocasiones.

A los costes que implica un Derecho Penal moderno pertenecen también, en mi opinión (15), la corrupción del proceso penal que observamos en la actualidad (16) y sobre cuya superación reflexionamos.

(14) Rengier, «Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltschutz», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, 2506 ff.

(15) «Pacta sunt servanda - auch im Strafprozeß?», en *Juristische Schulung*, 1989, 890 ff.

(16) Las 58.ª Jornadas de Derecho Penal Alemán discutieron el tema «Acuerdos en

(11) Heine/Meinberg, *Gutachten D zum 57. Deutschen Juristentag*, 1988, Heine, *Verwaltungsakzessorientiert des Umweltschutzrechts*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, 2425 ff.

(12) *Neue Kriminalpolitik*, 1989, 47, 49.

(13) Extensamente, Monika Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989.

Si un problema central del Derecho Penal moderno es la creciente brecha, cuantitativa y cualitativa, entre la capacidad real del derecho y del sistema penal y, por otro lado, las expectativas de solucionar los problemas recurriendo a él, es de esperar que—empezando por la praxis—ofrezca soluciones que contribuyan a aumentar dicha capacidad. Estas deberán ser fundamentalmente vías procesales.

Un proceso penal respetuoso de todos los principios jurídicos cuesta tiempo y dinero. Precisamente en los ámbitos que hemos señalado como característicos del Derecho Penal moderno (B.III.1) existe lo que llamamos «negociación (*deal*) en el proceso». Ello probablemente no es ninguna casualidad. Son precisamente los ámbitos a los cuales el Derecho Penal moderno ha abierto su capacidad, y en los cuales no se puede proseguir con los principios tradicionales procesales. Por consiguiente habrá que limar los principios procesales penales para que sea posible la realización del Derecho Penal material.

En últimas, el Derecho Penal material y el Derecho Penal procesal están unidos funcionalmente. Un proceso penal auténticamente respetuoso con los principios jurídicos sólo es posible si también el Derecho Penal material es auténticamente respetuoso. Criminalización a gran escala en el Derecho Penal también debe conducir a un derecho procesal regulado también a gran escala. «Actuar con justicia» (17) no es, por consiguiente, un problema exclusivo del Derecho Penal procesal, sino también del Derecho Penal material.

C. ALTERNATIVAS

Las opiniones, ante los problemas que aquejan al Derecho Penal moderno, residen en el terreno del proceso penal, de la justicia constitucional y del Derecho Penal material. Los presento en su forma pura, aun cuando, lógicamente, en la práctica puede reflexionarse acerca de posibles combinaciones.

I. Derecho Penal procesal

El Derecho Penal moderno ha reaccionado a su aumento de capacidad en el Derecho Penal material, dando entrada al principio de oportunidad (153 y ss., StPO), y permitiendo su aplicación en numerosos ámbitos. Sin este principio fundamentalmente, probablemente sería impensable una resolución de los casos planteados por el Derecho Penal material. Pero los problemas de esta forma de proceder son cono-

cidos; se realiza por medio de las falsas instancias, sin publicidad, con criterios no comprobables y probablemente desiguales.

Se puede pensar en una reducción aun mayor de los principios jurídicos en el proceso, especialmente respecto a la tramitación o respecto de las pruebas a instancia de parte.

También la posibilidad de otorgar validez a los acuerdos entre las partes se ofrece como un medio procesal ajustado a un Derecho Penal moderno.

Lo que comparten todos estos instrumentos es que chocan con los principios liberales procesales. Por ello en mi opinión no son una opción en sentido verdadero, sino más bien una resignación impuesta por las necesidades del Derecho Penal moderno.

II. Jurisprudencia constitucional penal

Lo mismo puede decirse de la posibilidad, propuesta por el Tribunal Constitucional, de acortar y abaratar el proceso penal.

Se ha propuesto (18) como alternativa al proceso basado en el principio de oportunidad del artículo 153 ff. StPO, realizar una parte del proceso en forma sumaria y no pública.

Se puede pensar en degradar competencias o en reducir las: del juzgado a la fiscalía, de éste a la policía. Se puede pensar en limitar de alguna forma los recursos de apelación, de revisión y de amparo: tan poco éstas son en verdad opciones, serían más bien reformas contra nuestros principios jurídicos.

III. Derecho Penal material

En el Derecho Penal material existen dos posibles vías, las cuales pueden ser equivalentes desde el punto de vista funcional, las cuales deben, no obstante, juzgarse en base a nuestros principios jurídicos liberales.

1. Soluciones abstractas

La vía para igualar la capacidad de solucionar el Derecho Penal y las expectativas con el recurso al Derecho Penal procesal se produce en los ordenamientos penales de la Europa del Este. Allí se exige como requisito previo el «peligro para la sociedad», como medio de limitar el

(18) «Alternativentwurf Novelle zur Strafprozessordnung», *Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung*, 1980.

número de casos que acceden al proceso penal. Que ello es una medida graduable y flexible para regular la capacidad es indiscutible.

Por otro lado está claro que una regla de esta especie concede un considerable ámbito de decisión al sistema judicial penal (ésta es precisamente su función). En mi opinión, sin embargo, tropieza con los mismos escollos que los vistos para las opciones respecto al Derecho Penal procesal y la justicia constitucional (C.I., II). Este instrumento es demasiado impreciso y puede convertirse en la «regla general» (19): muchos comportamientos pueden verdaderamente subsumirse en la letra de la Ley; pero serán tratados (¿realmente de forma igual y justa?) de forma dispar por el sistema de justicia penal. Esta es una práctica normativa intolerable: el principio de taxatividad exige que el legislador penal describa de la forma más precisa posible qué formas de comportamiento quiere ver castigadas y cómo.

2. Soluciones concretas

En mi opinión, la mejor solución para los problemas que aquejan al Derecho Penal moderno reside en retirar parcialmente su carácter de moderno.

Ello significa, en primer lugar, una reducción del Código Penal a su núcleo mínimo (*Kernstrafrecht*), cuyas fronteras debieran naturalmente discutirse en cada caso concreto.

Seguramente pertenecen a este Derecho Penal el conjunto de lesiones a los bienes jurídicos individuales tradicionales, y pertenecen también casos de grave peligro como, por ejemplo, el § 306 y ss. del Código Penal alemán; la formación de asociaciones delictivas y el peligro para el Estado son ejemplos de los tipos de peligro que un Derecho Penal debe contener.

Naturalmente, el Derecho Penal no puede actualmente renunciar a los bienes jurídicos colectivos. Defiendo que éstos debieran ser descritos de la forma más precisa posible y que éstos debieran ser funcionalizados en atención a los bienes jurídicos individuales (20).

De mayor importancia es que el Derecho Penal se despoje de problemáticas que han entrado en época reciente. El derecho de las contravenciones, el derecho civil, el derecho administrativo, pero también el merecido y el propio cuidado de la víctima (21) son ámbitos a los cuales se

podrían desplazar muchos de los problemas que han sido asumidos por el Derecho Penal y que harían mejor quedándose fuera (22).

El problema de esta opción es, naturalmente, si pueden invertirse o frenarse las tendencias del Derecho Penal moderno. En este sentido no soy pesimista. Precisamente en un tiempo en el que se trata más bien de la sociedad que del individuo, de problemas que de injustos, de eficacia más que de normatividad, las tradiciones normativas y personales del Derecho Penal podrían ser una orientación de gran ayuda.

(19) Lüderssen, *Kriminalogie*, 1984, Randnummern 622 ff.

(20) W. Hassemer, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en Schöller/Philippis (Hrsg.), *Jensets des Funktionalismus*, 1989, S. 85 ff.

(21) La protección de la víctima en el marco del principio de protección de bienes jurídicos puede verse en R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, 1981, S. 19 ff., 32 ff.

(22) Lüderssen, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, 1989, S. 37 ff.