

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO PENAL DEL FUTURO¹

Lorenzo Morillas Cueva

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. *Introducción*
- II. *Movimientos ideológicos y derecho penal*
- III. *Función del derecho penal moderno*
 1. *Función de protección*
 2. *Función de prevención*
- IV. *Algunas previsiones de futuro*
 1. *Permanencia del Derecho Penal*
 2. *Globalización y Derecho Penal. La tutela de los Derechos Humanos.*
 3. *Del riesgo del expansionismo al Derecho Penal simbólico*
 4. *Otras fórmulas de actuación*
 5. *Conclusión final*

He querido seleccionar para cubrir el objetivo con que este artículo es escrito, un tema de carácter general y de reflexión personal, que incide en la esencia

¹ A lo mejor un día el Derecho Penal se muestra innecesario para la resolución de los conflictos sociales más graves, precisamente porque estos no existan, suprimidos por grandes dosis de solidaridad, de igualdad y de libertad. Mientras tanto, y me temo que por mucho tiempo, es imprescindible conseguir un Derecho punitivo verdadero protector de todos los Derechos Humanos, y una educación y compromiso entre los ciudadanos que hagan inviable la destrucción gratuita, aberrante e incomprensible de bienes jurídicos del más alto nivel, entre ellos la vida. Para que los hombres y mujeres, buenos, justos y comprometidos puedan aportar toda su sabiduría y bondad a una sociedad más libre y más equitativa; y que ello lo puedan hacer sin temor, en paz. A **Luis Portero**, compañero y amigo.

Este artículo está publicado en versión papel en el volumen colectivo: *Los Derechos Humanos. Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Publicaciones de la Universidad de Granada, 2001.

misma de los mecanismos de control con los que el Estado Democrático se dota para hacer frente a sus posibles perturbaciones, de su alcance y de sus límites. No es un estudio de la represión del Estado, sino que es, al menos quiere ser, un análisis de futuro, de libertad, de Derechos Humanos, de comportamientos ciudadanos, de, también hay que decirlo, autodefensa social frente a la intolerancia, la violencia, la manipulación y la desigualdad.

I. Introducción

Han sido bastantes los autores que en los últimos años han escrito y al mismo tiempo polemizado sobre el futuro mediato e inmediato del Derecho Penal². Las interrogantes de las que se derivan múltiples respuestas son variadas. La más inmediata por su propia esencia es la de la hipotética crisis del denominado Derecho Penal moderno. La propia pregunta tiene en sí misma diversas coordenadas que muestran los niveles en los que el analista se puede mover. Es obvio que la más intensa es la dirigida a cuestionar todo el Derecho punitivo actual, pero cabe jerarquizar esas disfuncionalidades que conducen de lo particular a lo general. Por ejemplo, ¿es el sistema como tal el que está en debate o su concepto más tradicional?, ¿son acaso sus anquilosadas y en muchos casos caducas formas de reacción?, ¿es su restringido ámbito territorial de aplicación desfasado en un contexto económico, social y cultural cada vez más globalizado, cada vez más internacionalizado?, ¿es su depauperado mecanismo estructural frente al avance de las nuevas tecnologías?, ¿es su, a veces, desproporcionada utilización ocultadora de determinadas realidades ignominiosas para el Estado democrático y de Derecho? Estas y otras preguntas llevan necesariamente a la auténtica cuestión de fondo, que no es otra que la del futuro del Derecho Penal, cuál es y cuál será en la sociedades del siglo recién comenzado y de los venideros. ¿Tiene realmente futuro el Derecho Penal?, y, en caso afirmativo ¿cuál es ese futuro?.

La verdad es que no es sencillo hablar de futuro y menos en una materia condicionada por numerosos factores que por su intensidad y autonomía pueden desequilibrar cualquier prognosis que el intérprete considere que está capacitado para realizar. La propia evolución de la Ciencia Penal es una buena muestra de ello. También las intensas transformaciones, que a veces de manera inesperada, se producen en el ámbito social y político y que inciden de manera exigente en el orden punitivo.

Todo ello afecta, posiblemente de forma más sensible, al ámbito de las ciencias sociales y muy especialmente a la jurídica. Roxin lo manifiesta con claridad

² Vid., por todos: Roxin, Claus. El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo, en "Dogmática Penal y Política Criminal", Lima, 1998, págs, 434 y ss.

al exponer como aquéllas y éste –el Derecho Penal- se mueven en campos más difíciles de pronosticar que los de las ciencias naturales pues los avances en éstas se evidencian de manera lineal, uno sobre la base del otro; mientras que el desarrollo social se produce de manera dialéctica puesto que las posiciones y las contraposiciones varían³. En este mismo sentido se manifiesta Mantovani al afirmar que “sobre múltiples perfiles la historia del Derecho Penal no es sino un particular aspecto de la historia de la humanidad en su devenir de cursos y decursos, de evoluciones y de involuciones”⁴.

Bastantes son, desgraciadamente, los ejemplos que de esto último cabría poner en relación a avatares políticos que engendran regímenes que suponen una clara regresión no sólo histórica sino también para el progreso del Derecho Penal: Alemania nazi, régimen soviético, dictaduras modernas, sistema de los talibán, etc. Un ejemplo más concreto, puede ser el de los delitos contra la Humanidad, todavía vergonzosamente actualizados en determinadas zonas de nuestro planeta, y que aparecen y vuelven a aparecer como una moderna y sangrienta plaga de la que no somos capaces de liberarnos.

En cualquier caso, lo que queda perfectamente nítido es la dificultad de hacer de profetas sobre el caminar del Derecho Penal del futuro. Pero lógicamente existen las suficientes claves para configurar un proyecto jurídico-ideológico que pueda servir para, al menos, esbozar una respuesta mínimamente coherente, desde la lógica perspectiva del que la suscribe. Uno de los puntos de información de mayor interés entiendo que es la propia evolución político-criminal por la que han caminado los soportes y las críticas al Derecho punitivo.

II. Movimientos ideológicos y derecho penal

Ninguna parcela del Ordenamiento jurídico es más sensible a las variaciones ideológicas que el Derecho Penal. Como ya ha sido apuntado, la influencia de los cambios políticos en las leyes punitivas es evidente con una simple ojeada por fugaz que sea a la historia de los pueblos. El derecho de castigar expresa, en gran medida, la ideología y, en consecuencia, las convicciones o falta de convicciones jurídicas de una determinada sociedad. Como ha escrito Carbonell Mateu, el Derecho Penal se presenta como un instrumento al servicio de la política criminal y ésta es una parte de la política general del Estado, lo que convierte a aquél en un instrumento político⁵.

³ *Ibid.*, pág. 437.

⁴ Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale*, P.G. 4ª ed., Padova, 2001, pág. XXXVII.

⁵ Carbonell Mateu, Juan Carlos. Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal y la banalización de la legalidad, en “Revista de Ciencias Penales”, Vol 3, 2000, págs 15-16.

El Derecho Penal moderno de corte occidental que nace como hijo de la época de las Luces, con un acentuado planteamiento liberal y asentado en la ideología de los más sobresalientes ilustrados y reformadores, supone un intento de frenar los vicios que las leyes penales presentaban en el siglo XVIII. Impulsado por las ideas de Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Servan, Jean Paul Marat, se estructura con las aportaciones de Bentham, Filangieri, Feuerbach, Romagnosi, y toma con la denominada Escuela Clásica una determinante proyección liberal. Con Jiménez de Asúa haré referencia a los principios que caracterizan este derecho: En primer término, el concepto de libertad; en segundo, la igualdad, y en tercero, el principio de fraternidad. “El Código Penal francés de 1791 establece el principio de legalidad que es la esencia de la libertad (...). El concepto rígido de los delitos en especie que surge en ese mismo Código Penal francés que hace que aparezcan las infracciones objetivamente determinadas sin atenuantes individuales; es la igualdad. Y por último la benignidad de las penas que culmina con las Escuelas penales de 1830 no supone otra cosa que la fraternidad; es decir el legalismo del Derecho Penal, el concepto del tipo y el de la suavidad de los castigos, conforman el Derecho Penal liberal”⁶.

Toda la evolución posterior desemboca en un mayoritario convencimiento de que la sociedad tiene la facultad de reprimir ciertas conductas atentatorias contra su propia estabilidad e incluso existencia. Desde semejante perspectiva, los medios de reacción del Derecho Penal se proyectan como una necesidad de defensa social sin la que no sería posible mantener el orden público, tal y como lo asumen esas sociedades. Ello deriva en que en cada situación histórica el grupo humano asociado entre sí concrete una serie de condiciones valiosas, en forma de bienes jurídicos, que son tenidas como fundamentales para su propia defensa. Se muestra, entonces, el derecho como un determinado orden, un concreto sistema de relaciones sociales a defender y a proteger.

Sucede, no obstante, que esta concepción pura y simple del Derecho punitivo se ha visto sacudida por agresiones de diversa índole que dejan preocupantes sombras entre las aristas de los viejos formalismos del derecho liberal. Unas veces han sido confrontaciones científicas acaudillados por la escuela positiva y sus posteriores derivaciones; otras, político-ideológicas.

En relación con estas últimas, es dentro de sus propios cimientos donde el Derecho Penal liberal comenzó a ser atacado. La libertad y la igualdad se muestran condicionadas. La igualdad no llega a niveles de optimización porque la estructura económica, devoradora cuando no disimuladora de principios, lo ha

⁶ Jiménez de Asúa, Luis. Libertad y Derecho Penal. El Criminologista. Tomo IV (2ª ed.), Buenos Aires, 1951, págs. 135-136.

hecho inviable. No basta con fórmulas teóricas de garantías individuales, pues, como ya escribió Jiménez de Asúa, es difícil que sea libre quién es desigual económicamente.

Otras veces, la negación o la puesta en radical cuestión del Derecho Penal liberal se manifiesta, desde un sentido totalmente contrario al anterior, con el auge de regímenes totalitarios. Los más tristemente relevantes de este siglo – Alemania nazi, Italia fascista, Rusia soviética- demuestran las expresiones de un Derecho Penal autoritario cercenador de las mínimas garantías ciudadanas y que hacen de la represión penal –de la pena- un instrumento político, en manos del Estado, al servicio de su régimen y de sus intereses, generalmente bastardos, de clase o de raza. Ciertamente han existido y existen otras dictaduras, otras formas de violencia colectiva, otras maneras de genocidios físicos, biológicos o culturales, otras artimañas explotadoras; pero no es necesario profundizar en ellas porque carecen de originalidad y no son sino continuidad de viejos métodos de engaño prepotente y de violencia⁷.

A pesar del intenso daño que para el progreso del Derecho Penal han supuesto las vías totalitaria indicadas, acaso su mayor y mejor competidor no viene de la mano de la fuerza y de la destrucción de las dictaduras, sino, como es lógico, de otro frente más serio y poderoso, más consistente y permanente: el mundo, el amplio firmamento, de las ideas. Desde esta perspectiva es necesario mostrar a nivel esquemático, para poder llegar a una comprensión racionalizada de presente y a una prognosis planificada de futuro, las diversas opciones que han planteado postulados esencialmente contrarios al propio *ius puniendi*, las que han rechazado su formulación actual con la idea de una ruptura que alcance otro tipo de organización social y económica y, en consecuencia, otro modelo de derecho, y las que sin querer variar la esencia del Derecho punitivo optan por introducir nuevas premisas, otros fundamentos que cambien totalmente su envoltura.

La más absoluta negación del Derecho Penal, del derecho en general y de la propia sociedad, viene determinada por los tradicionales anarquistas puros o históricos. Para ellos, la sociedad se debe de estructurar sin autoridad alguna, sin más relaciones normativas que la educación de la propia personalidad y de la solidaridad innata y espontánea, en un sistema de producción colectivista-comunista. El Estado será abolido y el derecho liquidado.

Esta tesis originariamente defendida por Bakunin, entre otros, resalta la supresión del Estado como instrumento de control y la consolidación de una sociedad donde no exista, ante todo, autoridad alguna –autoridad en el sentido tradicional-;

⁷ Vid., con más detenimiento: Morillas Cueva, Lorenzo. Derecho Penal e Ideología, en “Derecho y Economía en la Sociedad Española actual”, Granada, 1978, págs. 37 y ss.

pues la autoridad, según Bakunin, equivale al Estado, es equiparable al mal absoluto. Cesa por tanto, la autoridad de la mayoría sobre la minoría –se supone que también de la minoría sobre la mayoría-, cada comunidad, cada individuo son autónomos. Más en línea con el tema que nos ocupa, el rechazo concreto del Derecho de castigar estatal, se sitúa Bruno Wille al estimar superfluo todo castigo, porque el hombre nace bueno y sin las coacciones de la sociedad no llegaría a delinquir, e incluso si el delito se produce no debe de intervenir con sanciones tasadas, sino permitir la natural reacción que produzca el atentado⁸. De manera parecida se han expresado Melato, Emilio Girardin y Luis Molinari, de entre los muchos autores que en esta concepción ideológica se han ocupado del tema⁹.

Aunque, por motivos obvios, el comunismo ruso se alejó sensiblemente de las tesis abolicionistas y generó un entramado punitivo muy acorde con sus pretensiones estructurales, los teóricos marxistas se posicionan con frecuencia en actitudes de aproximación a la abolición cercanas, aunque desde otros niveles de pensamiento, a los planteamientos anarquistas¹⁰. En la línea de separación entre las ideas comunistas y anarquistas es de destacar, a título exclusivamente de muestra, las opiniones críticas que Engels sostiene en 1872 en carta a T.Cuno, con una clara oposición a los planteamientos de Bakunin. Mientras que para Engels el poder del Estado no es más que una organización adoptada por las clases dominantes para proteger sus privilegios sociales; para Bakunin, como ha sido dicho, el Estado es el creador del capital y el capitalista posee su capital únicamente por obra y gracia del Estado, con lo que al acabar con él se finaliza asimismo con el capitalismo. En definitiva, Engels sostiene lo contrario: “acabad con el capital, que es la concentración de todos los medios de producción en manos de unos pocos, y el Estado se derrumbará por sí sólo. La diferencia entre los dos puntos de vista es fundamental: la abolición del capital es precisamente la revolución social e implica un cambio en todo el modo de producción. Pero como para Bakunin el Estado representa el mal principal, no se puede hacer nada que pueda mantener la existencia del Estado, tanto si es una república, como una monarquía o cualquier otra forma de Estado”¹¹.

⁸ Valórese hasta donde pueden llegar éstas a mi entender muy ingenuas afirmaciones. La reacción natural, a veces puede ir mucho más lejos y ser más vengativa que la reglada. Ciertamente también que las referidas tesis están dirigidas a una sociedad muy distinta a la actual.

⁹ *Vid.*, citas y texto más desarrollado: Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, tomo II, 3ª ed., Buenos Aires, 1964, pág. 20.

¹⁰ Nuevamente se comprueba la dificultad de concretar una teoría, abstractamente interesante, en una práctica ordenada y pragmática que desborda las ideas iniciales para mostrar la cruda realidad que desvaloriza a niveles de destrucción a aquélla.

¹¹ Engels, Federico. Engels a T. Cuno, en “Marx-Engels. Obras escogidas”, tomo II, Madrid, 1975, pág. 498.

En el orden de nuestro interés, el punto inicial de la teoría marxista es el entendimiento del Derecho punitivo como la defensa de una clase, de la clase dominante, en definitiva, de la clase burguesa y del capitalismo. Esta afirmación de que la ley es tan solo instrumento de clase se encuentra desde el principio en los fundadores del marxismo científico. A la luz de estos principios, el crimen es el producto de las condiciones económicas competitivas y de la explotación económica, que llegará gradualmente a desaparecer en una estructura socialista de la sociedad. No ignoran, sin embargo, las dificultades de estos planteamientos, y en esta línea se apresuran a dibujar alternativas para las posibles acusaciones de utopía que pasan por aceptar que incluso en la sociedad comunista, aunque no haya nadie a quien reprimir en el sentido de “clase”, habrá algunos individuos que cometan excesos, a los que habrá que sancionar; pero para ello no hace falta ninguna máquina especial de represión, sino que será el mismo pueblo el que lo hará con la misma sencillez y facilidad con que un grupo cualquiera de personas civilizadas, incluso en la sociedad capitalista, separa a los que están peleando o impide que se maltrate a una mujer¹².

¹² *Vid.*, en inicio: Marx, Carlos-Engels, Federico. El manifiesto comunista. Ed. Ayuso, Madrid, 1974, pags. 84 yss. Engels, Friedrich. Lage der arbeitenden Klasse in England, en Marx-Engels. Werke, Band 2, Berlín 1970, págs. 229 y ss. Lenin, en su libro Estado y revolución, suaviza un poco el planteamiento en su aproximación práctica tal como se enuncia en el final de la cita. En este nivel de reflexión se mueven Stucka y Pashukannis, aunque situando una doble variable temporal y de compromiso ideológico en el sentido de destacar que originariamente el marxismo no formuló una nueva filosofía del derecho o una nueva concepción sino que proporcionó el material y el método para ello. Hasta la revolución –afirma Stucka (considerado por algunos como el fundador burgués del llamado socialismo jurídico)– nuestros marxistas se limitaron, frente a la concepción burguesa, o sea jurídica, del mundo, de las relaciones interindividuales, a afectar una indiferencia olímpica sin darse cuenta de las antiguallas ideológicas burguesas que llevaban en la cabeza. Permanecieron a la espera de la extinción del derecho burgués y de toda clase de derecho sin comprender que, de la misma manera que tenía que haber también un particular tipo de Estado de transición, tendría que haber también un particular tipo de derecho: el derecho del sistema soviético. Al mismo tiempo en la ‘ciencia del Derecho’ continuaron tranquilamente los razonamientos sobre el Derecho ‘general’ (o sea burgués) y el derecho ‘soviético’ (obviamente, un derecho ‘anti-naturalista’): únicamente se añadió un poco de colorete marxista”. Stucka, P.J. La función revolucionaria del Derecho y del Estado, Barcelona, 1969, pág. 199. El propio Stucka, en una clara asunción del papel del Derecho Penal lo acepta como el derecho que tiene por contenido las normas jurídicas mediante las cuales el sistema de relaciones sociales de una determinada sociedad de clase es protegido de las violaciones (delitos) con medidas de lo que se denomina defensa social. Desde esta perspectiva añade que la concepción marxista del mundo “no admite penas teológicas ni venganzas personales o de clase como las que conoció en el pasado esta rama del derecho. También es extraño a ese Derecho Penal el humanitarismo de tipo burgués, que inventó segregaciones y formas refinadas de aflicción y de tortura en nombre del ‘amor de los hombres’. Entre las finalidades atribuidas a la medida de defensa social –retribución venganza, reeducación y enmienda, en su significado trivial pequeño burgués y filisteo– solamente sobrevive la de readaptación del ‘delincuente’ a la nueva vida social y la influencia ‘psicológica’ sobre él y sobre los demás: cuando no consigue alcanzar estas finalidades se procederá a su aislamiento. Por tanto, la medida de defensa social deberá ser ‘racional’ y estar falta de todo elemento aflictivo, y no debe de causar al delincuente sufrimiento inútiles y superfluos. Con la desaparición de las

La idea del Derecho Penal soviético de transición fue desarrollada hasta llegar a ser un derecho de culminación totalitaria en la época staliniana que llevó la inherente exigencia de mayor docilidad a los juristas en defensa de la legalidad de la opresión para construir un derecho subordinado a los intereses del poder. Vischinsky cumplió este papel, alejándose de los postulados más puros para entender el derecho como el conjunto de las reglas de conducta que expresa la voluntad de la clase dominante, legislativamente establecida, así como sus costumbres y reglas de convivencia sancionadas por el poder estatal, cuya aplicación está garantizada por la fuerza coercitiva del Estado a fin de tutelar, sancionar y desarrollar las relaciones sociales y los ordenamientos ventajosos y convenientes a la clase social dominante¹³. Ahí llegó en una parodia de sus motivaciones y raíces iniciales y ahí se quedó en su propia destrucción.

La tesis lejana y para muchos utópica de la desaparición del Estado y del Derecho –y en consecuencia del propio Derecho Penal– ha sido contestada desde innumerables frentes, incluso desde posiciones relativamente cercanas a las de sus defensores. Centrados, por razones obvias, en el aspecto puramente criminal de la cuestión, hay que referirse, remontándose en el tiempo a principio de siglo, a Zerboglio y Navarro de Palencia, que se maifestan con claridad sobre el contenido racional del derecho en el socialismo. El primero de ellos advierte que “el socialismo que, en virtud de su organización no exigirá de sus asociados más esfuerzo que el preciso para obtener lo necesario a la vida y distribuirá el trabajo entre ellos conforme a sus particulares apetitos, garantizando la existencia de los trabajadores, implica un máximum de libertad efectiva, consistente en la probabilidad de que todo individuo haga cuanto quiera sin sanción punitiva de la miseria ni temor al mañana, siempre que los derechos de los demás sean respetados”¹⁴. Pero –se pregunta Navarro de Palencia– ¿cómo proceder cuando estos derechos de los demás no merezcan a cualquiera de los miembros del Estado socialista el respeto debido?¹⁵.

El mismo Zerboglio afirma que “aunque el socialismo no estimule muchas de nuestras perversas inclinaciones, y aunque impida por la ley de adaptación al medio el desarrollo de ciertas cualidades egoístas, contrarias al bienestar general, no podrá convertir al mundo, por arte mágico, en una especie de paraíso terre-

condiciones en las que una determinada conducta o un determinado sujeto que la ha seguido muestra ser peligroso para un ordenamiento determinado, la medida de defensa social debe de ser eliminada”. Stucka, P.J. La función revolucionaria...cit, pág, 217.

¹³ *Id.*, sobre este tema y sobre estos autores, con mayor amplitud: Conde, Remigio. Sociedad, Estado y Derecho en la Filosofía Marxista, Madrid, 1968, pág, 165.

¹⁴ Zerboglio, A. El socialismo y sus objeciones más comunes, Madrid, 1904, pág, 67.

¹⁵ Navarro de Palencia, Alvaro. Socialismo y Derecho Criminal, Madrid, 1919, pág, 80.

nal”¹⁶. Navarro de Palencia reitera esta postura al escribir que “en efecto, aun suponiendo como cierto que la organización socialista dulcifique grandemente las costumbres con la desaparición de un nutrido índice de estímulos para el mal, la posibilidad más o menos numerosa y remota de algunos casos de repugnancia o negación de tales derechos es y será siempre una realidad que la observación y la ciencia no pueden negar sin incurrir en ceguera o en absurdo”¹⁷.

Estas apreciaciones realizadas en los albores del siglo XX, se asentaron en las ideas que previamente había desarrollado con gran lucidez Enrico Ferri –para algunos el apóstol del socialismo penal- y que pueden ser resumidas con sus propias palabras de la siguiente manera: “Decir que con el socialismo desaparecerán todas las formas de delito, es una afirmación que deriva de una generosa idealidad sentimental, pero que no se funda en la rigurosa observación crítica”¹⁸.

En definitiva, las opciones de estos autores y de muchos otros que con posterioridad han tratado el tema desde parecida perspectiva se siguen planteando sobre el imperante derecho de clase y la inutilidad del Derecho Penal tradicional vigente mientras no se supere el Estado capitalista y se alcance otro tipo de organización social. Hasta aquí, casi lo mismo de las premisas iniciales; sin embargo, la diferencia, fundamental para los objetivos de este trabajo, es que ahora no se espera que el delito, y en consecuencia el Derecho Penal, desaparezca de la faz de la tierra allí donde el socialismo -comunismo esté implantado sino que se transformará e irá decreciendo el crimen.

Toda esta evolución que va desde los más fuertes parámetros negadores y aboliciones del derecho en general y del Derecho Penal en particular hasta las hipótesis más suaves del reformismo punitivo, se desencadena al hilo del desarrollo de las propias ideas y de las realidades que a veces dañan y perturban gravemente a aquéllas, y que llevan a otras actitudes más realistas y más acordes con los conceptos modernos de Estado y de Derecho. En este sentido se mueven la mayoría de los pensadores del socialismo moderno, entendido como ideología intermedia entre el capitalismo burgués y el comunismo utópico, y que requiere la estructura del Estado y el servicio del derecho. La configuración del medio – con todos lo que ha significado la caída del muro de Berlín y el fracaso del sistema soviético- y las enseñanzas de las coordenadas históricas parecen alejar el fin del perecimiento del derecho y del Estado o, al menos, lo idealiza. Entre la realidad del derecho que ha sido o es en los países rígidamente capitalistas y el débil derecho del comunismo en el poder surge una forma de socialismo abocada

¹⁶ Zerboglio, A. El socialismo...cit, pág, 184.

¹⁷ Navarro de Palencia, Alvaro. Socialismo...cit., pág, 80.

¹⁸ Para un más completo desarrollo de estas ideas, *vid.*, Ferri, Enrico. Socialismo e Criminalità, Torino, 1883, pág, 51.

necesariamente a combinar los principios liberales más tradicionales por fundamentales con las exigencias sociales básicas que responden, o deben de responder, a la voluntad del pueblo soberano.

Acaso una de las fórmulas de mayor interés para explicar y defender esta moderna conjunción socialismo-derecho, que se ha ido completando a través de la más reciente historia de las ideas políticas y jurídicas, sea la utilizada por Elías Díaz: “Un Estado –democrático y de Derecho- que exige ser construido sobre una organización económica y ideológica de carácter socialista como forma más correcta de llegar a la realización de una auténtica democracia (...). Lo importante entonces es que el binomio democracia-socialismo se institucionalice en un Estado de Derecho, es decir, que la realización de la democracia y el socialismo se lleve a cabo respetando las exigencias fundamentales del Estado de Derecho: imperio de la ley; ley como expresión de la voluntad general; división de poderes y legalidad de la Administración como mecanismos jurídicos antitotalitarios; y, finalmente, respeto, garantía y realización material de los derechos y libertades fundamentales”¹⁹.

Las diversas alternativas ideológicas que afectan a la supervivencia o, bien, a la elaboración del Derecho Penal se manifiestan en España con particularidades propias, posiblemente menos intensas que en otros países. Ciertamente es que tanto en los Códigos penales como en la doctrina las diferentes concepciones sientan huella según las circunstancias históricas. Las ideas anarquistas conciliadoras y, sobre todo, las socialistas, llegan a algunos de nuestros más relevantes escritores. Por ejemplo, Dorado Montero se deja influenciar en un principio por ciertos presupuestos de naturaleza ácrata para tomar luego otros rumbos, aunque sin dejar nunca de manifestar su repudio por el castigo en su sentido más tradicional. Por otro lado, el gran maestro Jiménez de Asúa en línea con el anterior, defiende el “mañana socialista” donde “el derecho protector de los criminales” primero y el completo reemplazo del Derecho Penal por la Criminología, después, será –según el autor en cita- el resultado de la instalación de un verdadero socialismo en el mundo²⁰. Después y en la actualidad muchos de nuestros más destacados

¹⁹ Díaz, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática, 9ª ed, Madrid, 1998, pág. 177.

²⁰ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado...cit., Tomo II, pág. 313. Con ser sumamente interesantes las aportaciones tanto de Jiménez de Asúa como de Dorado Montero no se han visto coronadas por el éxito, aunque han servido de gran fuerza impulsora para el desarrollo de la Ciencia Penal. Dorado Montero, puente de referencia entre el correccionalismo y el positivismo intentó la transformación de los esquemas básicos del Derecho Penal clásico –*vid.*, esencialmente : Dorado Montero, Pedro, El Derecho protector de los criminales, Madrid, 1996. El mismo: Bases para un nuevo Derecho Penal, Barcelona, s/f.-. Parecido sucede con Jiménez de Asúa, que a pesar de sus planteamientos de utopía socialista se deja influenciar por los más preclaros dogmáticos como von Liszt, Beling, Max Ernesto Mayer y Mezger, en línea él mismo con el aspecto más científico-formal y filosófico de la Ciencia jurídico-penal. *Vid.*, con mayor amplitud: Morillas Cueva, Lorenzo. Metodología y Ciencia Penal, 2ª ed., Granada, 1991, págs 106 a 113 y 238-239.

penalistas han buscado construir un Derecho Penal adecuado a una sociedad en profundo y continuado cambio. De todas formas, el movimiento codificador y, en menor medida, la doctrina han oscilado dentro de unas coordenadas ideológicas relativamente fijas y movidas por los vaivenes históricos, en ocasiones fuertes sacudidas, impulsados por un mayor o menor nivel de libertad y de compromiso democrático, pero sin defender planteamientos radicalizados de oposición abolicionista al *ius puniendi*. Espejo de todo ello es la propia evolución de la legislación penal y las circunstancias socio-políticas que en ella concurren.

Y en este punto se sitúa la valoración actual de esa realidad que es el Derecho Penal. No se está en la dicotomía Estado capitalista burgués - Estado socialista, sino en la dinámica del Estado social y democrático de Derecho que acepta como derivación electoral las ideas y premisas de las diferentes ideologías conservadoras o socialistas pero sobre la base y sustento de los principios básicos de dicho Estado, democráticamente aceptado. Igualmente sucede con el Derecho Penal que no está adscrito a una u otra concepción ideológica, como hemos visto se pretendía hasta muy recientemente, sino asentado sobre los principios fundamentales que derivan de la Constitución, que lógicamente también es ideología, aunque combinación de ideologías. Con estas premisas el Derecho punitivo es mayoritariamente aceptado; por algunos como “una amarga necesidad”, pero asumido en su presencia social como protector de bienes jurídicos esenciales para la convivencia social. Entonces lo importante en los planteamientos doctrinales no es, en este momento, la propia existencia del Derecho Penal, sino su configuración, su estructura, su contenido, su función, su forma de ser estudiado. Por ello se habla –algunos de los conceptos que ahora sólo enumeramos serán valorados más adelante con cierto detenimiento- de un Derecho Penal de reglas, de un Derecho Penal de principios, de un Derecho Penal simbólico, de un Derecho Penal mínimo, de un Derecho Penal para la globalización; planteamientos que miran más hacia el futuro que hacia un pasado en que bastantes de sus supuestos, que parecieron claves, están enterrados con la exclusiva pretensión de ser revividos por el análisis histórico como mecanismo interpretativo para el estudio del presente y para la predicción del futuro.

III. Función del derecho penal moderno

Muchas son, como ha podido comprobarse, las claves a la hora de delimitar con cierta precisión los contornos del Derecho Penal actual, para algunos fortalecido por su esencia constitucional y por el bastión del Estado social y democrático de Derecho, para otros en permanente crisis de contenidos y

objetivos. En cualquier caso es imposible y asimismo poco deseable afrontar en un trabajo de estas características hipótesis que por sí solas requieren una extrema profundización teórica y dogmática. Consecuentemente me voy a limitar, que no es poco, a intentar precisar la función que estimamos cumple el actual Derecho punitivo, porque, además, de ella se derivan bastantes de las otras opciones.

Ha sido criterio tradicional en la doctrina estimar que la misión fundamental del Derecho Penal consiste en asegurar las condiciones de existencia de la sociedad, a fin de garantizar los caracteres principales e indispensables de la vida en comunidad²¹. Algunos autores se oponen al exclusivismo de esta función que reduciría el Derecho Penal al papel de gendarme, con la sola tarea de mantener el orden público. En dicha línea, Antolisei le añadió también una misión organizadora y propulsora, en una nueva concepción en la que además de tutor del orden público es y quiere ser maestro y educador del pueblo²². Welzel, por su parte atribuyó una doble función al Derecho Penal: una de protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético-sociales, dirigida a ciudadanos capaces de vínculos permanentes con la comunidad, es decir, aptos para una relación ético-social, y una función preventiva referida a hombre refractarios en un amplio margen de vinculación a normas ético-sociales, como son los delincuentes por estado.²³

Otros identifican la función del Derecho Penal con la función de sus medios, la pena y la medida de seguridad. A este respecto las funciones atribuidas mayoritariamente al Derecho Penal de la pena son la realización de la Justicia (retribución, protección de la sociedad, ya a través de la prevención general o de la prevención especial, o la combinación de los criterios anteriores por medio de las teorías mixtas); en cuanto a la función asignada al Derecho Penal de la medida de seguridad es la prevención especial²⁴. Más recientemente cierto sector doctrinal señala igualmente una doble función: protectora y motivadora. Según este criterio, la norma penal actúa protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, en los individuos que se abstengan de dañar esas condiciones elementales. Protección y motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal²⁵.

²¹ *Vid.*, en este sentido: Rocco, Arturo. *L'oggetto del reato*, Torino, 1913, pág. 444.

²² Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, P.G., 7ª ed, Milano, 1975, págs. 3-4.

²³ Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*, 2ª ed., castellana de la 11ª alemana. Trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Santiago de Chile, 1976, pág.11.

²⁴ *Vid.*, entre otros: Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio. *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Madrid, 1981, págs. 256 y ss.

²⁵ Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al Derecho Penal Español*, Barcelona, 1975, págs 47 y ss.

La teorías expuestas son sólo un pequeño ejemplo de las diversas alternativas que la doctrina ofrece para explicar la misión del Derecho Penal. Sin embargo, de ellas y de las omitidas se pueden sacar dos conclusiones que responde al sentir mayoritario: el Derecho Penal tiene una doble función de protección y de prevención. Las variantes se producen con frecuencia en las diversas consideraciones y significados de estas hipótesis, aunque en la mayoría de las ocasiones no son sino simples enmascaramientos terminológicos sin apenas diferencias de fondo.

1. *Función de protección*

Existe cierta unanimidad en admitir como función esencial del Derecho Penal, la función protectora. Las discusiones aparecen cuando hay que clarificar el contenido de semejante afirmación. Para nosotros la función protectora que con primacía debe de cumplir el Derecho Penal se refiere al amparo de bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad. Se ha dicho que en la sociedad actual el derecho en general tiene como misión prevalente la defensa de intereses que, una vez asumidos por el Ordenamiento jurídico, se denominan bienes jurídicos. En consecuencia, los intereses sociales o individuales son muchos, los bienes jurídicos sólo aquello tomados por el derecho para su defensa. En este contexto, el Derecho Penal cumple una función de protección de los bienes jurídicos más vitales para el mantenimiento de la convivencia social; bienes jurídicos que se manifiestan, pues, como valores esenciales del individuo y de la sociedad (vida, salud, integridad física, libertad, honor, salud pública, etc.). Este planteamiento es contrario, por ejemplo, al propuesto por Welzel. El orden jurídico no crea el interés, lo crea las propias necesidades sociales²⁶.

2. *Función de prevención*

De lo anterior cabe deducir que la función esencial del Derecho Penal gira en torno a la protección de bienes jurídicos²⁷. Sin embargo, esta idea se aleja del hecho punible cometido y del bien jurídico lesionado, pues para éste el Derecho

²⁶ *Vid.*, con mayor amplitud: Morillas Cueva, Lorenzo. Notas sobre la función del Derecho Penal en el Estado Democrático y de Derecho, en "Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández- Albor, Santiago de Compostela, 1989, págs, 512-513.

²⁷ Jakobs se muestra en parte crítico con la teoría de la protección de bienes jurídicos como legitimación material del Derecho Penal, aunque reconoce, alejándose de Amelung, que a pesar de los defectos de partida, que según su opinión presenta, "no es mejor rechazar rotundamente esta doctrina y determinar siempre el delito por medio de la dañosidad social del comportamiento, sin intermediación de un bien jurídico". Jakobs, Günther. Derecho Penal, P.G., 2ª ed., corregida. Madrid, 1997, pág. 57.

Penal llega demasiado tarde. Por ello, es admisible el criterio de Kaufmann de que la protección de bienes jurídicos mira al futuro, al comportamiento del delincuente o de otras personas que todavía no han delinquido²⁸. En semejante sentido el Derecho Penal es eminentemente preventivo. El Derecho Penal de la prevención, dice Naucke, es el Derecho Penal racional y moderno²⁹.

Pero esta combinación fundamentadora hay que desarrollarla desde opciones diferenciadas de las welzelianas, pues no se trata de una yuxtaposición entre ambas donde lo ético social se presenta como principal sobre lo preventivo, obligado éste por la carencias de aquél, sino de reconocer la misión protectora de bienes jurídicos como básica y la preventiva como la adecuada por operativa para conseguir aquélla. Se quiere afirmar con esto que la función preventiva es el “modus operandi” que el Derecho Penal tiene para cumplir la misión de protección. Aquí se empieza a identificar la función del Derecho Penal con la función de la pena y de la medida de seguridad.

El Derecho Penal en su configuración conceptual exige –y esto hay que asumirlo con cualquier perspectiva- la presencia de un mal desde el momento en que al hecho antijurídico se le une una sanción para su autor; ya la pura censura, señala Kaufmann, que implica el pronunciamiento de la condena supone infringir un mal³⁰. El contenido de este mal, generalmente concretado en una privación o restricción de derechos recibe distintos nombre según la hipótesis desde la cual se plantee. Así, retribución, aflicción, expiación, compensación, reacción, enmienda, reeducación, etc. Para Jescheck se trata de la función represiva del Derecho Penal mediante la cual se pone de manifiesto que en la imposición de la pena adecuada a la infracción jurídica se halla la constatación visible de ser inquebrantable ese orden jurídico de cuya existencia depende en último lugar el orden social y de que la sentencia judicial expresa inequívocamente, tanto para el autor como para la colectividad, que el Derecho se impone, aunque a veces sea con retraso, y que por ello cabe contar con que lo mismo sucederá en el futuro³¹.

Se utilice la nomenclatura que se quiera utilizar, lo que parece aceptable, sin entrar de lleno en las teorías de las consecuencias jurídicas, es que la pretensión

²⁸ Kaufmann, Armin. La misión del Derecho Penal, en “La reforma del Derecho Penal”, Bellaterra, 1981, pág. 10.

²⁹ Naucke, Wolfgang. Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona, en “Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati”, Bologna, 1980, pág. 40. Sobre la afirmación citada, Naucke añade que existe un vasto consenso en la legislación, en la jurisprudencia y en la ciencia del derecho en muchos países de Europa.

³⁰ Kaufmann, Armin. La misión...cit, pág. 11.

³¹ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, P.G., 4ª, ed, corregida y ampliada, Granada, 1993, págs. 3-4. En su planteamiento, Jescheck reconoce como misión del Derecho Penal la protección de la convivencia humana en la comunidad, que cumple con una función represiva y con una función preventiva.. *Ibd.*, págs. 1 y ss.

más primaria del Derecho Penal es la de reaccionar con un mal frente a la comisión de una conducta estimada delictiva, como medio de protección, en cualesquiera de sus variantes, de la sociedad. Esto se puede llevar a cabo, simplemente con la idea de compensar con una pena justa el mal cometido por el delincuente o con la de evitar a través de su incidencia en el sujeto agente o en la generalidad de la comunidad que en el futuro se conculquen otra vez los bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico-penal. Esta última es la vía más lógica para lograr la misión básica que el Derecho Penal persigue.

En consecuencia, el dilema comúnmente suscitado entre prevención o retribución no es del todo correcto. Cualquier sanción jurídica desfavorable, también las de contenido aflictivo o retributivo, tiene en primer lugar una función preventiva sin la cual carecería de razón. Como dice Pagliaro, el contenido de la sanción no depende entonces de la función racional del derecho que es la prevención sino de la ideología en la que el Ordenamiento jurídico se apoya³². Se llega de esta manera a que, a veces, es necesaria, que no deseable, para determinados hechos y para ciertos autores, una sanción en el sentido tradicional que no tiene que ser del contenido expresado por los planteamientos retribucionistas sino entendida como un mal preciso para producir los efectos intimidatorios que la prevención general exige, en la línea en la que, por ejemplo, la concibe Luzón Peña³³; en otros momentos, por el contrario, la sanción habrá de tener carácter eminentemente reeducativo.

El ámbito jurídico-penal de la prevención se determina fundamentalmente en torno a la prevención general y a la prevención especial *post-delictual*. Sin embargo, junto a ella se manifiesta cada vez con mayor fuerza la prevención social que incide en las más variadas instituciones de la vida comunitaria con la finalidad de evitar las causas sociales que propician las realidades delictivas. Para Pagliaro se asiste en la actualidad, al menos a nivel de enunciado programático, a un cambio de acento de la prevención general a la prevención especial, de la prevención *post-delictum* hacia la prevención *ante delictum*, de la prevención jurídica hacia la prevención social³⁴. Si ello no es del todo exacto, sí lo es el loable intento de buscar alternativas y nuevas fórmulas al sistema tradicional. En todo caso, en la esfera de actuación del Derecho Penal, en su propio fundamento y función, la referencia es a la prevención general en sus tres modos de orientación cultural, creación de hábito y presión motivadora, o en sus formas de

³² Pagliaro, Antonio. *Aspetti giuridici della prevenzione*, en "L'Indice Penale", 1976, pag. 25.

³³ *Vid.*, Luzón Peña, Diego Manuel. *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pág. 25.

³⁴ Pagliaro, Antonio. *Aspetti...cit*, pág. 6.

prevención general positiva y prevención general negativa, y a la prevención especial.

La relación entre una y otra puede aparecer, en ocasiones, con una cierta tensión dialéctica, que alumbra hipótesis de incompatibilidad entre sí. Es frecuente y bondadoso en los autores que se han ocupado del tema aconsejar la armonización, en la medida de lo posible, de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial. Ya en su momento Antón Oneca señaló que las dos son irreconciliables cuando se toma la especial como reeducación con procedimientos blandos que hacen la pena amena y atractiva (lo que pocas veces se habrá logrado si es que se ha conseguido alguna vez) o la general se identifica con el terror; pero si se desechan ambas tendencias, es fácil la armonía en la mayor parte de los problemas concretos³⁵. Si no tan sencillo como concluye Antón Oneca, sí es cierto que la cuestión demanda un acercamiento conceptual que evite profundas e inconvenientes disfuncionalidades. De cualquier forma cuando el conflicto es establecido se muestra como una bipolarización entre el derecho y la tendencia de la sociedad a proteger sus intereses más vitales, por un lado, y la exigencia de la persona, aunque ésta sea delincuente, a ser tratada como tal persona y a no ser marginada de la sociedad donde vive, por otro. La cuestión no es fácil de resolver en una sociedad en la que, como bien señala Muñoz Conde, su propia injusticia genera fallos estructurales causantes en muchas ocasiones de la delincuencia. El dilema, en cita del mencionado autor, se resuelve casi siempre a favor de la prevención general, no sólo porque la sociedad es más fuerte que el individuo sino también porque el Derecho Penal, como todos los sistemas de control social, está al servicio de la protección de intereses sociales y todas sus instituciones procuran cumplir esa función³⁶.

En definitiva, y como conclusión final de este epígrafe, quiero reafirmar el criterio inicial de que la función básica del Derecho Penal es la protección de la comunidad social mediante la específica protección de los bienes jurídicos seleccionados por el legislador penal. Labor que se lleva a cabo por medio de la segunda función que racionaliza la actuación punitiva y que es la de prevención, ya sea a través de la prevención general ya de la especial, momento en el que se puede identificar esta función del Derecho Penal con la de la pena y de la medida de seguridad, como vías de reacción de aquél.

³⁵ *Vid.*, Antón Oneca, José. La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena, Salamanca, 1944, pág. 99.

³⁶ Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal y control social, Jerez, 1985, págs. 124-125. A favor de la preferencia de la prevención general sobre la especial se decanta, por ejemplo, Luzón Peña. *Vid.*, Luzón Peña, Diego-Manuel. *Medición...cit.*, pág. 61. En contra, es decir a favor de la especial, Roxin. *Vid.*, Roxin, Claus. *Derecho Penal, P.G.*, Tomo I, Madrid, 1997, págs 96-97.

IV. Algunas previsiones de futuro

Analizadas y contestadas las primeras interrogantes, al menos en una sintética aproximación a sus características esenciales tanto en su vertiente ideológica como en relación a la específica función del Derecho Penal, cumple ahora avanzar hacia la pregunta esencial que fundamenta este trabajo, la del futuro del Derecho Penal. Todas las claves que hasta el momento han sido detectadas en los epígrafes anteriores conducen hacia una clara realidad, la de su supervivencia; pero junto a esta apreciación genérica hay que añadir otras premisas que delimiten nuestra concepción futurista. Este ha de ser el objetivo final de este estudio.

1. *Permanencia del Derecho Penal*

Como ya he afirmado con anterioridad, el futuro del Derecho Penal es el de su propia permanencia, el de su necesidad social para precisamente proteger los valores fundamentales de la sociedad. Ciertamente que quisiera que mi respuesta fuera otra, que pudiera mover la utopía de la abolición de cualquier modo de represión ciudadana hacia una realidad coherente, porque ello significaría que habría otra sociedad, otra forma de vivir, otros parámetros de solidaridad, de igualdad y de respeto mutuo. Pero no es así, tampoco, desgraciadamente, será así en el futuro. Las predicciones que durante siglos se han hecho desde las distintas posiciones ideológicas analizadas han fracasado puntualmente, en ocasiones por sus propios errores. Roxin lo afirma con rotundidad, “no será posible una supresión del Derecho Penal, el Derecho Penal todavía existirá dentro de cien años”³⁷.

En consecuencia, a pesar de la imagen de subordinación ideológica del Derecho Penal a la política, parece esencial y necesaria su supervivencia. No han de inducir a error las posturas idealista de la desaparición del Estado y de Derecho, cada vez menos defendidas. En cualquier tipo de Estado, el Derecho Penal es inevitable; y para el Derecho Penal moderno y de futuro el sustento del Estado democrático y de Derecho es una coordenada absolutamente imprescindible. Posiblemente el Derecho Penal mediato será un derecho distinto, diferente en muchas de sus coordenadas, pero estable en sus presupuestos básicos. Nuevamente parece llevar razón Roxin cuando afirma que “los cambios sociales de los próximos cien años influirán en las formas de aparición de la criminalidad pero no cambiarán en nada su existencia y con ello tampoco la necesidad del Derecho Penal”³⁸.

³⁷ Roxin, Claus. El desarrollo...cit., pág. 440.

³⁸ *Ibid.*, pág. 443.

2. Globalización y Derecho Penal. La tutela de los Derechos Humanos.

Una de las cuestiones que ha de presentarse con mayor intensidad en el Derecho Penal del futuro es el de su mundialización o, al menos, el de su relación con el acelerado movimiento económico de la globalización y su incidencia en el respeto a los derechos humanos desde una perspectiva de compromiso mundial.

Semejante hipótesis encuentra determinadas dificultades que hacen difícil su caminar e incluso cuestionan su propio fundamento. La concepción general de la globalización, su relación con el ámbito del Derecho Penal, -un derecho acosumbrado y asentado en fuertes raíces de soberanía nacional-, la desigualdad social y económica que ha de afrontar una hipótesis de estas características, son algunos de los datos a tener en cuenta para llegar a una conclusión definitiva.

Escribir sobre globalización es sumamente complejo y todavía más si se quiere encuadrar en un estudio de estas características. Es un fenómeno relativamente nuevo, que está sin concluir, en continuo proceso de transformación, poco homogéneo y que incide de manera desigual en factores tales como la economía, la cultura, la política, el derecho, etc. Por todo ello su concreción conceptual no es pacífica. Mercado Pacheco distingue dos bloques distantes en la comprensión del término: para unos, globalización es ante todo globalización de la economía y de las tecnologías, una fase de expansión generalizada de la economía de mercado a todos los países y a todas las regiones del mundo, la tendencia es hacia la economía “mundial”, la industria “mundial”, las comunicaciones “mundiales”, el mercado “mundial”, la democracia “mundial” y el derecho “mundial”, en una aproximación optimista entre globalización y desarrollo como partes de un mismo proceso; para otros, en una versión más pesimista, significa, ante todo, globalización “triádica”, esto es, concentración en torno a tres polos o áreas de los beneficios de dicho proceso, que produce acumulación y que amplía la brecha diferenciadora entre pobres y ricos, entre las sociedades en el Norte y la marginalización absoluta del Sur³⁹.

En cualquier caso parece, como apuntan algunos autores, que la globalidad, se presente con la dimensión que se presente, se torna irrevisable. En este sentido Beck da ocho razones a tener en cuenta: a) El ensanchamiento del campo geográfico y la creciente densidad del intercambio internacional, así como el carácter global de la red de mercados financieros y del poder cada vez mayor de las multinacionales; b) la revolución permanente en el terreno de la información y las tecnologías de la comunicación; c) la exigencia, universalmente aceptada,

³⁹ Mercado Pacheco, Pedro. Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización, en “Mundialización económica y crisis político-jurídica”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 1995, pág. 103.

de respetar los derechos humanos; d) las corrientes icónicas de las industrias globales de la cultura; e) la política mundial posinternacional y policéntrica; f) el problema de la pobreza global; g) el problema de los daños y atentados ecológicos globales; h) el problema de los conflictos transculturales en un lugar concreto⁴⁰. Sobre estas coordenadas, para el autor en cita el proceso de globalización radica y radicará en la “ramificación, densidad y estabilidad de sus recíprocas redes de relaciones regionales-globales empíricamente comprobables y de su autodefinición de los medios de comunicación, así como de los espacios sociales y de las citadas corrientes icónicas en los planos cultural, político, militar y económico”⁴¹.

Y ante todo esto ¿qué será del Derecho Penal?. En principio, es de prever que la globalización como fenómeno esencialmente económico derive también hacia la mundialización de determinadas manifestaciones delictivas –como pueden ser a título de ejemplo, la delincuencia organizada en general y el terrorismo en particular- que requieran de respuestas transnacionales. Se produce, en definitiva, una globalización del crimen y una globalización de las respuestas frente al crimen⁴². Sin embargo, esto no es tan sencillo. Y no lo es por los riesgos que presenta, por las especiales características ya señaladas del Derecho Penal y por la propia estructura social. Semejante proceso se ve sometido a relevantes incidencias que pueden agotar sus pretensiones más radicales. Como bien apunta Terradillos Basoco la globalización difícilmente permitirá hablar de una política criminal unitaria, al menos coherente y justa. La actuación político-criminal frente a la explotación de menores, frente a los atentados medioambientales, frente a la explotación de personas, frente a la conculcación de las libertades básicas, no ha de ser igual en los países más desarrollados que en los más pobres⁴³. Incluso dentro de la Unión Europea se detectan dificultades graves, a pesar de la mayor homogeneidad de los países miembros, para conseguir un Derecho Penal comunitario, que avanza con excesiva lentitud más sobre la cooperación que sobre la unificación; opción esta última que presenta problemas a los que todavía no se les han encontrado soluciones definitivas.

Acaso un ejemplo del pensamiento jurídico-penal donde se pueden asentar muchas de las objeciones que limitan esta posición de futuro, sea la de Roxin cuando afirma que “no creo que en las próximas décadas un Código Penal

⁴⁰ Beck, Ulrich. ¿Qué es la globalización?, Barcelona, 1998, págs. 29-30.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 31.

⁴² *Vid.*, con mayor extensión: Terradillos Basoco, Juan. El Derecho Penal de la Globalización: luces y sombras, en “Transformaciones del Derecho en la mundialización”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 187 y ss.

⁴³ Terradillos Basoco, Juan. El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal, separata de la “Revista de Derecho Social”, nº 9, 2000, pág. 27.

europeo reemplace a los ordenamientos jurídicos-criminales nacionales. Probablemente ello no sucederá siquiera dentro de cien años, pues si bien la idea del estado nacional no podrá asentarse en el ámbito militar y económico, sí lo hará con respecto a la organización de la cultura y de la sociedad. Un estado central europeo con una legislación totalmente unitaria no es un objetivo digno de ser perseguido. Pues el Derecho y precisamente el Derecho Penal es un producto del desarrollo cultural de los Estados por separado. La interrupción de este desarrollo y la imposición a los países europeos de una regulación unitaria por la vía administrativa, descuidando sus tradiciones jurídicas, no son realizables ni tampoco serán correctas. Luego, parto de que el Estado europeo federal, que alguna vez será creado preservará la autonomía cultural y con ello también los Códigos penales de cada uno de los países'⁴⁴.

Las argumentaciones del maestro alemán, dirigidas más hacia la adaptación de los ordenamientos nacionales que a la unificación, ponen de manifiesto una determinada forma de concebir el Derecho Penal y la globalización que abocan a una compleja separación entre lo económico y lo jurídico, que puede llevar a la indeseable subordinación de éste a la fortaleza de las coordenadas mundializadas de la economía. Por ello parece más razonable de futuro tratar, al menos en Europa, de conseguir de manera escalonada y progresiva una protección penal coordinada y colectiva de aquellos bienes fundamentales para el desarrollo comunitario y para las libertades y derechos de todos los ciudadanos, superando los estrictos marcos económicos, para conseguir de esta forma un Derecho Penal de carácter internacional y en el caso de la Unión Europea un Derecho Penal propio que haga frente de manera coherente a las nuevas formas de criminalidad que han de surgir de la expansión globalizadora, lo que no quiere decir que no se atiendan a las peculiaridades concreta de los diversos Estados, si es ésta la fórmula política que se mantiene; pero, en todo caso, parece razonable, por no decir ineludible, que un mercado único requiera un derecho uniforme'⁴⁵

Una de las cuestiones de especial relevancia en torno a la incidencia de la globalización en la esfera jurídico-penal es la de la protección de los derechos humanos. Son muchos los autores que ponen de manifiesto un cierto escepticismo de que la globalización lleve directamente a una mejor y mayor tutela de dichos derechos. Farias advierte que la universalización y la realización de los derechos humanos viven hoy una situación paradójica, cuanto más afirmados son, más negados resultan; dado que se caracterizan por reivindicar lo no-establecido, al ofrecer un sentido para los defensores de la dignidad del hombre

⁴⁴ Roxin, Claus. El desarrollo...cit., pág. 446.

⁴⁵ *Vid.*, con mayor amplitud: Terradillos Basoco, Juan. Política y Derecho Penal en Europa, en Revista Penal, nº 3, págs. 61 y ss. Mercado Pacheco, Pedro. Transformaciones...cit., págs. 11 y ss.

libre y emancipado, los derechos humanos se presentan ante el siglo XXI como un simple interrogante, en ningún caso, como una certeza⁴⁶.

Interrogante que se incrementa en su contacto con el Derecho Penal. La mundialización de la economía ha de llevar a una mundialización también de la tutela de los derechos humanos. Este es el aspecto positivo de la cuestión: la más fácil puesta en marcha de mecanismos de control que consoliden más intensamente dicha protección en la lucha contra los crímenes destructores de los citados derechos. Pero no puede quedar ahí la referencia, existe un lado negativo del problema. Como escribe Terradillos Basoco⁴⁷, si el mercado mundial propuesto por la globalización no es la panacea de la igualdad, la política criminal de los derechos humanos tampoco parece sentirse incómoda en esa situación, en la que se pueden marcar unos intereses que afectan a los derechos humanos y que privilegia el sistema penal de la globalización y otros a los cuales posterga. Se llega de este modo a una dicotomía expansionismo -desregulación que precisa ser concretada.

3. *Del riesgo del expansionismo al Derecho Penal simbólico*

La última de las afirmaciones nos introduce en otro tema de gran importancia para el futuro del Derecho Penal. La globalización política y, sobre todo, económica puede llevar a una contradicción extrema: por un lado, los afanes expansionistas de un Derecho Penal al servicio de los intereses de las nuevas fórmulas del mercado; por otro, en sentido absolutamente distinto, un proceso de vaciado de los contenidos de las normas punitivas.

El primero de los casos supone que para atender a los programas políticos y económicos derivados de la globalización se use al Derecho Penal más allá de su función primaria protectora de bienes jurídicos esenciales con ruptura de las garantías inherentes al Estado social y Democrático de Derecho, que aboque a una criminalización excesiva de determinadas conductas y a un irreflexivo aumento de las consecuencias jurídicas derivadas del delito.

El segundo, por el contrario, manifiesta la incidencia globalizadora en la despenalización de conductas. Se trata, en relación fundamentalmente con las políticas económicas, de dotar al Derecho Penal de una mera función simbólica que trasciende el propio principio de intervención mínima del Derecho punitivo para situarse en coordenadas de inhibición que llevan a una evidente e interesada desregulación penal.

⁴⁶ Faria, José Eduardo. Democracia y Gobernabilidad: los Derechos Humanos a la luz de la Globalización económica, en "Mundialización económica"...cit., pág. 100.

⁴⁷ Terradillos Basoco, Juan. Transformaciones...cit, págs. 214-216.

Combinaciones, en principio, contradictorias pero que analizadas en profundidad manifiestan criterios coherentes, aunque discutibles, con los contenidos globalizadores. Doble orientación político-criminal del Derecho Penal de la globalización: a) absentismo en áreas de libre mercado; b) rígida intervención, cuando lo requiera la tranquilidad del citado mercado⁴⁸.

Semejante tendencia ha de ser reconducida. El Derecho Penal del futuro que afronte esta situación debe de continuar siendo un derecho basado en el principio de intervención mínima, sin caer en un excesivo simbolismo, pero al mismo tiempo ha de afrontar la criminalización de nuevas formas de delincuencia, siempre bajo la cobertura del absoluto respeto a los principios delimitadores del moderno Derecho Penal, entre los que lógicamente se encuentra el carácter de *ultima ratio*. Penalización-despenalización, más de ésta que de aquélla, son las pautas que han de configurar el devenir del Derecho punitivo en su aproximación a los aspectos más positivos de la globalización, y en su rechazo a los más negativos.

4. Otras fórmulas de actuación

Uno de los factores que más han incidido para que determinados autores hablen de crisis del Derecho Penal es el de la propia crisis de la legitimación política de la pena. La amarga necesidad de su existencia y su carácter de *extrema ratio de la ultima ratio* no diluyen estos problemas. Pienso que en el futuro habrá que seguir utilizando sus contenidos pero desde dimensiones distintas. En general las penas serán menos severas, de más corta duración -a pesar de la rigorista tendencia actual hacia la que parece orientada, por ejemplo, la Unión Europea, que quiero entender como coyuntural-, se buscarán y encontrarán otras penas y medidas de seguridad, otras consecuencias del delito, se emplearán, para determinados delitos, alternativas basadas más que en lo coercitivo en la libre voluntad de propio delincuente, se profundizará en los sustitutivos penales con opciones beneficiosas para el individuo que ha delinquido y para la propia sociedad⁴⁹.

Junto a ello la lucha contra el crimen se ha de realizar, como presupuesto previo a la actuación punitiva, a través de cambios importantes en otros campos, tales, como el de la economía, la cultura o la educación. En este sentido, es de asumir la tesis de Beristain Ipiña que plantea cómo el Derecho Penal del futuro, más que de sanciones o de consecuencias jurídicas del delito, tratará de otras respuestas a la criminalidad, o de soluciones a los problemas delincuenciales, o de controles

⁴⁸ Vid., con mayor profundidad: Terradillos Basoco, Juan. El Estado...cit., pág. 30.

⁴⁹ Vid., en esta línea: Roxin, Claus. El desarrollo...cit, págs, 450 y ss.

sociales, o de derechos de los delincuentes y de las víctimas. Las sanciones no desaparecerán pero el penalista, el magistrado, y el criminólogo se preocuparán de las sanciones menos que actualmente. En cambio, se ocuparán más de formular regulaciones de los conflictos; regulaciones poco desvalorizantes, poco estigmatizadoras de la persona pero que tiendan fundamentalmente a reestructurar la sociedad, a disminuir las exageradas desigualdades económicas, las irritantes injusticias sociales, los abusos políticos, más que a reeducar o reinserir al delincuente⁵⁰.

5. Conclusión final

El discurso mantenido hasta el momento me lleva consecuentemente a un modelo futurista del Derecho Penal, con ciertos y necesarios anclajes del presente. Hay que partir de descartar definitivamente cualquier tipo de forma totalitaria de elaboración del Derecho Penal. La propia configuración de los Estados, de las organizaciones supranacionales de ahora y del futuro propician una prognosis de continuidad del fundamento del Derecho punitivo en las principios y libertades de la estructuras democráticas, sociales y de Derecho. Un Derecho Penal protector de bienes jurídicos esenciales para la protección de la sociedad; un Derecho Penal, con carácter de *ultima ratio* y de *extrema ratio de la ultima ratio*, para sus penas, especialmente para la pena privativa de libertad; un Derecho Penal equilibrado entre lo que se ha venido en denominar “huída hacia el Derecho Penal” y “Derecho Penal simbólico”, en sus versiones más restrictivas; un Derecho Penal que posibilite auténticas respuestas internacionales frente a las conductas que conculquen de forma grave los derechos humanos de todos los ciudadanos; un Derecho Penal que deje absoluta preferencia a otras reacciones sociales frente a la delincuencia. En definitiva, un Derecho para la igualdad y para la libertad. Este es el Derecho Penal del futuro, o, al menos, es **mi** Derecho Penal de nuestro futuro.

Fecha de publicación en RECPC: 22 de abril de 2002.

⁵⁰ Beristain, Antonio. Crisis del Derecho represivo, Madrid 1977, pág. 244.