



*Perspectivas del Derecho penal futuro*¹

Winfried Hassemer

*Catedrático de Derecho penal de la
Universidad J.W. Goethe de Frankfurt.
Magistrado del Tribunal Constitucional
alemán*

I. Punto de partida

Toda prospección, y en particular la que explore la evolución futura del Derecho penal, tiene que asentarse sobre los puntos de partida que definen la situación actual y a partir de los cuales se desarrolla el porvenir. Por otra parte, estas bases de partida reúnen dos cualidades: son tan claras en su contenido como generalizables en cuanto a su validez internacional.

1. COINCIDENCIAS EN EL ÁMBITO EUROPEO

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

Aun centrándome en la evolución en Alemania, observo que a *grosso modo* puede extenderse el análisis al resto de la Europa continental y occidental. De todo ello me ocupo a continuación.

2. DERECHO PENAL MATERIAL

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

Las reformas en el Derecho penal material no se centran en la Parte General, sino en la Parte Especial, y no comportan la disminución del peso ni

el repliegue del Derecho penal. Todo lo contrario, agravan las prescripciones y amenazas penales existentes, prolongando el Derecho penal a otros espacios, que de este modo se extiende simultáneamente a los ámbitos tradicionales y a otros nuevos (salvo excepciones, como quizás en el Derecho penal del aborto, sometido a límites constitucionales especiales que lo hacen residual y ajeno al Derecho penal *moderno*).

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

La moderna política criminal se aparta de las formas de tipificación de conductas y determinación de bienes jurídicos propias del Derecho penal tradicional. Su forma delictiva característica es el delito de peligro abstracto (como el fraude de subvenciones) y el bien jurídico normalmente objeto de protección es un bien jurídico universal vagamente configurado (como la salud pública en el Derecho penal de estupefacientes). De este modo, la determinación del injusto en la ley penal se diluye, aumentando y flexibilizando sus potencialidades de aplicación. Por contra, disminuyen las posibilidades de defensa y también de crítica de los excesos del legislador.

3. DERECHO PROCESAL PENAL

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

1. Traducción de ENRIQUE ANARTE BORRALLO, de la Universidad de Huelva. Agradezco al profesor Don FRANCISCO MUÑOZ CONDE que haya tenido la amabilidad de orientarme en la traducción. Pese a tratarse de un "Abstract", he intentado en lo posible una construcción más coloquial (nota del traductor).

bien la efectividad de la lucha contra el delito y la reducción de los costes del sistema de justicia penal.

Tres cuestiones merecen especial consideración:

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

Estas formas de intervención modifican la instrucción tradicional en dos aspectos básicos: por necesidades técnicas, pero también con premeditación normativa y ampliación analógica, afectan no sólo al sospechoso, sino también al *tercero* no implicado. De esta forma, pierde justificación la sospecha criminal como presupuesto clásico de la medida restrictiva, pero también su capacidad limitadora de la intervención. Para su completa eficacia, estas formas de intervención, deben ser secretas, organizadas a espaldas del afectado y sin su conocimiento actual. Con ello, se le hurtan oportunidades de afrontar la situación y de defenderse jurídicamente, al tiempo que se deja fuera de juego al principio "nemo tenetur seipsum prodere".

b) La desformalización afecta a las formas de intervención en numerosos procesos penales –sobre todo en los más graves–. Los macroprocesos por delitos económicos o por narcotráfico apenas concluyen mediante juicio oral y sentencia, sino con acuerdos previos con alguno de los inculpados a cambio de determinadas prestaciones por su parte. Esta práctica descarga los procesos, amplía las posibilidades de terminación y de condena, pero lesiona derechos fundamentales del Derecho procesal tradicional.

c) Igualmente se han desformalizado las fronteras entre el Derecho procesal penal y el Derecho de policía, así como entre el proceso penal y los *servicios secretos*. Estas fronteras resultan molestas ante las exigencias impuestas por una guerra total frente a la criminalidad con actuaciones que cada vez se inician antes ("profilácticas"). Por otro lado, se legitima a la Policía para utilizar con fines preventivos datos que son propios de la averiguación del delito con finalidades represivas. Por su parte, respecto de la criminalidad más grave, el proceso penal se sirve de datos obtenidos con métodos propios de los servicios secretos. En estas condiciones se elimina la "separación de poderes" entre las autoridades instructoras y la Administración policial y se abre la puerta al fantasma de una "policía secreta".

4. CLIMA POLÍTICO-CRIMINAL

Sin este "clima" tan protector y asistencial, el moderno Derecho penal no se desarrollaría con tanta fuerza, homogeneidad y aceptación. Así es, tal clima favorece el Derecho penal como instru-

mento eficaz para afrontar los modernos problemas que van desde las agresiones al medio ambiente a la drogadicción, pasando por el abuso del sistema social. A la vista de los grandes problemas que amenazan la sociedad, en el actual discurso político el Derecho penal no vale tendencialmente como *ultima*, sino como *prima* o incluso como *sola ratio*.

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

Se suelen tener esperanzas (no satisfechas ulteriormente) en la posibilidad de controlar los problemas (ahora, por ejemplo, los abusos sexuales de niños o la violencia neonazi) con duras penas. Al tiempo, existe la predisposición a organizar el Derecho penal incondicionadamente como medio de "eficacia" simbólica (por ejemplo, ahora, ante la corrupción o ante las violencias familiares). La diferencia entre las dos actitudes radica sólo en la perspectiva adoptada, no en lo que se refiere a la confianza depositada en el Derecho penal.

5. TEORÍAS DE LA PENA

La discusión sobre los fines de la pena se sintetiza en Alemania actualmente en el lema de la "prevención general positiva", cuyo significado concreto lo dejamos aquí abierto. Para nuestro contexto, es sólo una tendencia de significación que caracteriza unitariamente todas las variantes de esta teoría: el abandono de una consideración meramente empírica de la prevención directa. En esta tendencia se ponen en contacto las concepciones dominantes acerca de la pena con el clima político general que, como se dijo, favorece la visión del Derecho penal como medio para solucionar los grandes problemas sociales (*supra* I.4)

Las teorías de la prevención general positiva ya no sitúan el efecto buscado de la amenaza penal y de la ejecución penal en la intimidación ("negativa") de los sujetos con inclinación a delinquir, sino en la estabilización ("positiva") a largo plazo de la confianza de todos los ciudadanos en la inviolabilidad del orden jurídico penal. Con esta versión, la teoría de la pena elude (completamente, o al menos en gran parte) la verificación empírica en cuanto a la efectiva capacidad preventiva que puede esperarse de la pena. Ahora bien, apenas cabe engañarse acerca de si "realmente" son alcanzados los objetivos mencionados de estabilización de la confianza normativa específicamente mediante la amenaza y la ejecución de la pena.

En suma, puesto que las teorías de la prevención general positiva siguen aferradas a la idea de que la pena es útil preventivamente, pese a este déficit de operatividad, son compatibles con el cli-

ma de confianza ciega en el poder de eficacia del Derecho penal como instrumento de solución de los problemas.

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

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

A continuación menciono solamente aquellos elementos que la reciente evolución (*supra* I) pone en cuestión particularmente. No son en modo alguno los únicos que el Derecho penal debe preservar si quiere atender las exigencias del Estado de Derecho, pero sí los más actuales.

1. DEMANDA DE SOLUCIÓN DE PROBLEMAS *VERSUS* MANTENIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS

En general se piensa que cuanto menos orientado esté el sistema de Derecho penal por los principios tradicionales *ceteris paribus* mayor es la presión para solucionar los problemas planteados. En el sistema de un Derecho de la intervención (*Eingriffsrecht*), y ante todo el Derecho penal lo es, las garantías del Estado de Derecho normalmente han desempeñado la función de condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos, minimizarlas y controlarlas. En este contexto, el principio central es la *proporcionalidad* de las intervenciones, que por lo tanto deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo, así como razonables en cada caso.

La subordinación de la intervención a unas reglas externas al ataque mismo, la minimización de su intensidad dentro de las posibilidades y exigencias y la aptitud de control de la intromisión, se encuentran en una relación de tensión básica con la intensidad del ataque y su efectividad (a corto plazo). Estos límites y obstáculos son cada vez menos evidentes en el actual clima políticocriminal (*supra* I.4). En general, para el Derecho penal futuro, se trata entonces de hacer viable la orientación al mantenimiento de los principios garantistas: no sólo para el "sistema" y el "Estado de Derecho", sino sobre todo para las personas que viven en ese sistema.

2. PARTICULARIDADES

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

dad. Este principio aparece especialmente amenazado en un sistema penal que persigue objetivos preventivos y que por tanto está particularmente interesado en alcanzar consecuencias beneficiosas mediante presión y golpes de efecto –no sólo entre los afectados *sino* también ante la opinión pública conformada por los medios–.

En todo caso, mientras el Derecho penal imponga la privación de libertad (como prisión preventiva o como pena), la *imputación individual* del injusto y de la culpabilidad es un elemento irrenunciable de un Derecho penal propio del Estado de Derecho. Ahora bien, no cabe generalizarla, pues lo contrario sería flagrantemente injusto. Pese a todo, en ámbitos donde las competencias decisorias son muy complejas, como ocurre en la economía, ya se recomienda ciertamente la imputación colectiva, porque en tales situaciones sería el único criterio manejable. Esta recomendación trasciende al Derecho penal.

El principio fundamental del proceso penal en el Estado de Derecho es el *proceso justo* –un principio muy versátil en sus significaciones y consecuencias–. Bajo las condiciones de partida dadas (*supra* I), en un sistema penal futuro este principio aboga para que el inculcado no se convierta en el objeto del proceso. Las nuevas formas de injerencia (*supra* I.3) son el primer paso de un modelo procesal en el que son sacrificadas una parte de las garantías del imputado, que constituyen un presupuesto indispensable para una activa y responsable participación en el proceso penal. Así, el derecho a una defensa eficaz y el derecho a no declarar, son conquistas del Estado de Derecho referidas al proceso penal que en el futuro pueden verse abocadas al fracaso bajo las exigencias de adaptación.

III. Consecuencias y posibilidades de solución

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

1. MODOS DE ABORDAR EL PROBLEMA

En la República Federal de Alemania los partidarios de un Derecho penal respetuoso con el Estado de Derecho adoptan tradicionalmente una actitud defensiva y negativa frente a las exageradas exigencias políticocriminales de incrementar la eficiencia preventiva del Derecho penal, aun a

costa de las garantías del Estado de Derecho: las rechazan con buenos argumentos, pero al final infructuosamente (y entonces esperan la siguiente propuesta movida por la eficiencia, ante la cual se comportarán del mismo modo).

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

2. ALTERNATIVAS AL DERECHO PENAL

Estos planteamientos permiten abordar nuevas perspectivas materiales. No basta mantener en adelante el Derecho penal teóricamente "puro", sino que en términos político-criminales es necesario más bien una actitud diseñada positivamente (*supra* III.1). Corresponde por ello también a los penalistas teóricos elaborar alternativas al Derecho penal. En este ámbito, con el término "penalistas" abarco un amplio círculo, al que pertenecen también los criminólogos y los expertos en ejecución penal.

No cabe esperar que en un futuro inmediato disminuya la demanda de solución de problemas sobre el Derecho penal. Al contrario, tanto la percepción social de los grandes problemas como las expectativas en el Derecho penal (*supra* I) parecen extraordinariamente sólidas y con futuro. No es, pues, una actitud razonable desde un punto de vista teórico ni práctico considerarlas "irracionales" o "exageradas" y conformarse. Una política criminal racional no consiste en estigmatizar como tal la irracionalidad social y entonces ignorarla, sino en transformarla en racionalidad.

Por lo tanto, deben elaborarse aquellas alternativas al Derecho penal que son más apropiadas que él para responder efectiva y preventivamente a los problemas que más adelante puedan plantearse. La elaboración de alternativas al Derecho penal presupone de antemano simultanear tareas adicionales.

De un lado, la ciencia del Derecho penal (incluida la Criminología) debe conocer con precisión las *posibilidades de solución de problemas* que tiene el sistema de Derecho penal, marcando las fronteras de tales posibilidades. La defensa frente a exigencias desmesuradas e injustificadas por parte de la Política Criminal comienza con un análisis exacto de las capacidades del sistema de Derecho penal.

Y, de otro, la ciencia del Derecho penal (comprendiendo también a la Criminología) debe fundamentar si el Derecho penal tiene un *potencial simbólico* y, en su caso, qué posibilidades cabe

asignarle en tal sentido. Este discurso acaba de comenzar y, basándose en la experiencia, sugiere que la amenaza penal y la ejecución también tienen efectos simbólicos. Asimismo, pone encima de la mesa el problema de las relaciones (de los fines simbólicos e instrumentales en el Derecho penal) que empírica y normativamente pueden atribuírsele.

3. DERECHO DE INTERVENCIÓN (*Interventionsrecht*)

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

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

Para el penalista el desarrollo de un Derecho de intervención presupone que se pueden determinar con mayor precisión los límites de su disciplina y comenzar efectivamente la cooperación con su entorno. De ahí resultará a largo plazo un Derecho penal descargado de aquellas tareas que no puede llevar a cabo.

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

4. DERECHO PENAL BÁSICO (*KERNSTRAFRECHT*)

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

Este Derecho penal básico no está limitado a bienes jurídicos individuales como la vida, la li-

bertad, la salud, el honor o el patrimonio. Como ya es tradición en el Derecho penal, están incluidos también aquellos bienes jurídicos universales que en última instancia realizan los intereses de los ciudadanos, en tanto que sin su protección no pueden vivir con otros en sociedad: la autenticidad de la moneda, la seguridad de las centrales nucleares o el funcionamiento del sistema administrativo. Pero quedaría al margen la tarea propia de un especialista de garantizar la integridad de la subvención o la salud pública.

5. INTERNACIONALIZACIÓN

La europeización del Derecho penal ha comenzado en muchos ámbitos y progresará más en cuanto el penalista, como ha ocurrido hasta ahora, se ponga al corriente. Se impulsarán y favorecerán así nuevas experiencias y formas de pensar. Sin embargo, en el Derecho penal el factor local pesa mucho en todas partes y está muy bien asentado. Ahora bien, con el proceso de europeización la ciencia penal tiene la oportunidad de estudiar estas circunstancias y quizá minimizarlas.

No obstante, me parece más importante desarrollar, por lo menos parcialmente, un "Derecho penal internacional" que no sólo traslade las prohibiciones materiales de las agresiones a los derechos humanos al Derecho penal vigente, sino que además implante –tanto teóricamente como en la práctica– las condiciones procesales para la persecución de tales agresiones. Estas posibilidades se llegan a realizar actualmente, por lo que cabe pronosticar que el sistema de Derecho penal las desarrollará en adelante más intensamente

que hasta ahora. Los penalistas deben comprometerse radicalmente con este proceso.

6. ORIENTACIÓN A LA VÍCTIMA

El Derecho penal europeo y continental se orienta hacia el autor. Esto comienza históricamente –como acto genuinamente estatal– con la neutralización de la víctima en el proceso de control del delito. Y se refleja incluso en nuestra construcción de los fines de la pena, en la que la víctima sólo aparece recientemente y de forma marginal. Hay muchas razones que explican esta situación, y de ellas la mayoría son estables, por lo que sobrevivirán en el Derecho penal futuro.

Sin embargo, se vislumbra que en el futuro el Derecho penal tendrá en cuenta a la víctima: hay mecanismos legales que fortalecen su derecho de intervención en el proceso penal, la reparación es un aspecto moderno y atractivo de la teoría de la pena, de la determinación de la pena y en la praxis de la conclusión de los procesos penales. Incluso en la opinión pública la víctima, como interesado político-criminal, pide la palabra cada vez con más energía.

Por su parte, la teoría del Derecho penal y la teoría de la pena deben acercar la víctima al núcleo de su concepto. Y deben preocuparse de impedir que la tensión (bi)polar entre la posición jurídica del autor y de la víctima pueda conducir a un callejón sin salida, en el que a uno sólo se le puede dar lo que al otro se le ha quitado previamente. En fin, deben desarrollar la idea de que con la víctima se coloca en el plan de la Política Criminal no sólo a la persona afectada: sino a todos nosotros. ●