

EL FUTURO DEL DERECHO PENAL

Prof. Dr. Nicola Mazzacuva

Universidad de Bologna

Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo.  
Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha (Estudios; 91),  
Cuenca, 2003

<http://www.cienciaspenales.net>

# EL FUTURO DEL DERECHO PENAL

**Prof. Dr. Nicola Mazzacuva**  
*Universidad de Bologna*

## RELACIÓN\*

1. La cuestión que, llegados a este punto, propone el Convenio, (¿tiene un futuro el Derecho penal?) es ciertamente comprometedor, pero parece fácilmente resoluble, teniendo en cuenta, precisamente, la actual situación. La respuesta ha de ser sin duda alguna positiva: el sistema penal (sea en su parte sustancial, sea en su fase aplicativa), goza de óptima salud, y por lo tanto, tiene ciertamente un futuro asegurado.

Es fácil, de hecho, comprobar como el Derecho penal ha llegado a ser ilimitado: la legislación ha sido incrementada tanto en el Derecho penal «central», como en el ámbito del Derecho penal «accesorio». Cada fenómeno sobre el cual se forma, o a decir verdad, viene simplemente inducida una apreciable alarma social, llega a ser inmediatamente (fácilmente) objeto de renovada atención penal: sea reformulando las «viejas» disposiciones de un Derecho penal entendido como demasiado «tradicional», sea aumentando de forma desmesurada el número de los supuestos de hecho incriminadores de cada sector, sea –en fin– creando nuevas figuras delictivas habitualmente útiles únicamente sobre el plano simbólico.

Bajo esta última perspectiva, se puede delinear una articulación del llamado «Derecho penal simbólico»: el incremento normativo que se viene a determinar resulta, en algunos casos, en efecto solamente instrumental y demagógico, no siendo las nuevas disposiciones ni destinadas a una efectiva aplicación, ni en grado de desarrollar alguna real función general-preventiva; en otras hipótesis el Derecho penal simbólico permanece sustraído (a priori) a cualquier concreta posibilidad de aplicación, pero no puede negarse que éste no despliega al menos una cierta eficacia disuasiva.

La ausencia de limitación normativa no es, tampoco, sustancialmente respondida por parte de la elaboración doctrinal. Esta resulta, muy a menudo, titubeante e impotente, cuando no incluso, en un cierto sentido, «elitista» y

---

\* Trad., RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Ángel. UCLM.

utópica en algunas tomas de posición. Termina, de esta manera, por prevalecer el impulso dogmático hacia una «sistemación» (ni siquiera demasiado crítica) del *novum* legislativo que el irrefrenable desarrollo del Derecho penal continuamente prospecta. Es, por lo demás, una inevitable consecuencia de toda intervención normativa, la obra de exégesis divulgativa de las nuevas disposiciones: obra que, hoy, produce resultados verdaderamente firmes, sobre el plano también de la (sola) difusión, a través de los modernos instrumentos de comunicación (mediante papel y/o soporte informático) resultados que determinan (también éstos) una inevitable «sedimentación» de la normativa introducida.

2. La actual situación del Derecho Penal viene eficazmente ilustrada (NAUCKE) en tesis que resulta oportuno presentar ante nuestra atención en su esencial formulación.

- a) Ninguna real oposición ha sido ejercitada frente a un Derecho penal «sin confines».

La corporación de los penalistas ha encontrado, al fin, una solución pragmática que erigida en «victoriosa»: la dilatación del Derecho penal sustancial ha tenido como resultado su «reducción» mediante el cierre de los procesos penales sin sentencia. Tal obra de «reducción» ha sido completada con gran profesionalidad: «los penalistas han visto rápidamente que ésta construcción ampliaba sus competencias, su esfera de poder» (así NAUCKE).

Se puede presumir de estas observaciones la vitalidad, también en el momento aplicativo, del gigantesco sistema penal creado: el «no proceso» –su simple inicio «sin (posibilidad de) definición» o lo que es lo mismo, el así llamado «pacto» de la pena– representa aun así un desarrollo operativo de la inserción del Derecho penal sustancial. Y ello por no hablar de las fases procedimentales, de tipo cautelares, que inciden sobre bienes (libertad personal y patrimonio) tradicional punto de aversión de todo sistema sancionatorio.

No me parece, en definitiva, del todo convincente aquella reflexión que, aún señalando la incontrolada expansión de las normas incriminadoras parece quedar, después, como «tranquilizada» por una aseverada incapacidad del proceso a producir efectivos resultados.

- b) Se puede fácilmente hacer notar incluso un difundido consenso (en el ámbito de los penalistas, de los parlamentarios y –con mayor evidencia– propiamente en el ámbito de los penalistas-parlamentarios) hacia *el Derecho penal ilimitado*. En cualquier caso, el legislador resulta absolutamente impermeable a cualquier crítica: la producción de Derecho penal y de cualquier otro derecho coercitivo, entendida como prueba de «presencia» y «activismo» político, es buscada con decisión.

- c) En el ámbito del Derecho penal ilimitado conviene prospectar válidas alternativas a la pena (no sólo aquella detentiva). Resarcimiento del daño, transacciones de distinto tipo entre autor y sujeto pasivo del delito en el ámbito del Derecho penal común (delitos contra el patrimonio, pero también –por ejemplo– contra la integridad física, el honor) o lo que es lo mismo en el ámbito del Derecho penal «artificial» (por ejemplo delitos tributarios) constituyen, precisamente, las bases para el «futuro» de un Derecho penal que permanece sí, ilimitado, pero aún así siempre presto a retraerse.
- d) La carrera del Derecho penal no puede ser frenada por la «dogmática clásica», ni por la llamada a los tradicionales fundamentos del Estado de derecho. El ejercicio dogmático no es ciertamente limitativo del Derecho penal, sino que ese es verdaderamente fundamental para justificar y para sistematizar la ampliación de su objeto. La llamada a los tradicionales fundamentos del Estado de derecho (que aún así podrían tener todavía una cierta eficacia reductiva) no resulta suficientemente sólida en un momento en el cual las impelentes exigencias de la práctica pasan por encima de cualquier obstáculo «intelectual» o «de principio».
- e) Las doctrinas Penales dominantes reconocen, de forma más o menos abierta, en el instrumento penal un «medio para alcanzar el fin». El Derecho penal moderno ya no tiene independencia teórica: éste depende de la política.

Y en mi opinión se trata, además, no de la «política» en el sentido (ilustrado) como el complejo de las opciones fundamentales para un ordenamiento que aspire a proponerse como modelo universalmente aceptado, sino de aquella ordinaria y cotidiana «política» que prospecta, cada vez mas frecuentemente, soluciones de bajo relieve. Puede así ocurrir (pienso propiamente en la experiencia italiana) que una política criminal (represiva) «de derechas» sea sostenida por fuerzas políticas de izquierdas y que una política criminal (respetuosa de las garantías fundamentales) «de izquierdas» sea patrocinada, por razones contingentes, por fuerzas políticas «de derechas». O mejor dicho –queriendo propiamente detenerme en la ejemplificación– puede ocurrir que el posicionamiento político conservador se incline por una política criminal «de derechas» y que el contrapuesto posicionamiento ideal se desplace hasta llegar a proponer una orientación punitiva todavía más rigurosa (todavía más «de derechas»)

El Derecho Penal llega a ser, así, un dúctil instrumento de propaganda (solamente) electoral recurrente en los cada vez más frecuentes periodos de las concretas – locales y nacionales– competiciones electorales.

3. Una tal elaboración como tesis de partida sobre el actual estado del Derecho penal parece respaldada, por otro lado, por aquellas investigaciones (empíricas, criminológicas) sobre la efectividad de la reacción punitiva.

Se habla, por ejemplo, de «un Derecho penal de los hechos» de una «criminalidad penada» haciendo referencia a los delitos efectivamente objeto de punición. A partir de la población carcelaria (que según las estadísticas, estaría, por ejemplo, en Italia representada en un 80% por extracomunitarios y tóxico-dependientes) es posible remontarse fácilmente a cuales son los delitos realmente perseguidos. Se trata –como se observa– prevalentemente de delitos «depredatorios» y de atentados contra la propiedad (en estos incluidos los delitos conexos a la venta de drogas duras).

Este reconocimiento vendría ya realizado (constituyendo, precisamente, una suerte de Derecho penal «futuro») con el «Derecho penal mínimo»; aquel de los hechos realmente penados: pocos y seleccionados tipos de autor, pocas tipologías criminales.

Por tanto, lo ilimitado del restante Derecho Penal –un verdadero y propio ejercicio de figuras criminales difundidas en los «libros» del sistema Penal– no debería preocupar mucho más, asumiendo casi exclusivamente un significado simbólico y censorio: tal (ilimitada) parte del Derecho penal representaría solamente el derecho de los no penados, o lo que es lo mismo, de quien tan sólo ocasionalmente viene seleccionado como chivo expiatorio.

Viene sancionado (en «los libros») el hecho, pero no se procede a punir a un autor que no tiene necesidad de ser neutralizado con la sanción criminal. En consecuencia, la inflación penalística expresada tanto por las normas contenidas en el código, como por el sistema penal complementario, evidencia solamente un Derecho penal «virtual» llevado a censurar los hechos (pero no a punir a los autores), mientras el núcleo central del Derecho penal –aquel de la cárcel o de la pena realmente ejecutada– no podría en verdad ser ulteriormente más «mínimo» respecto a aquel en realidad operante, resultando ilusorio pretender que el sistema carcelario pueda reclutar nunca una clientela diversa de aquella actual.

4. La individuación de un *Kernstrafrecht* emergente de las prácticas aplicativas no dibuja tampoco, sin embargo, un convincente futuro minimalista de un Derecho penal actualmente sin confines.

Ante todo, precisamente, porque la permanencia «legislativa» (y sobre todo el continuo crecimiento –aunque sólo sea por motivos político-simbólicos–) de una desafortada serie de figuras criminales no constituye en modo alguno un dato irrelevante. Cada delito previsto en el ordenamiento, aunque no conduzca a la atribución de una pena, determina, en cualquier caso, una serie de consecuencias (baste pensar en aquellas procesales) de tipo «sancionatorio», de estigmatización en el plano también simplemente «civil»: consecuencias, es decir, que inciden sin duda sobre la dignidad de la persona.

No existe, así, solamente un *Kernstrafrecht*, sino que la difusa penalización provoca (o corre el riesgo de provocar), en cualquier caso, precisamente una general «limitación» de los derechos personales (ejercicio de actividad de empresa; de profesión; de trabajo dependiente público y privado) tanto más peligrosa y más amplia cuanto más largo es el espectro de operatividad del Derecho penal. A ello debe añadirse la perdurante imposibilidad (para el «conveniente» y casi «impuesto» recurso a ritos alternativos) de encontrar en la dimensión procesal el remedio para la *deminutio* consiguiente a la mera pretensión acusatoria, difícilmente sometible a una real verificación en su sede natural (el proceso, precisamente).

Por otro lado, la nuclearización de un *Kernstrafrecht* en los términos apenas descritos genera una evidente insatisfacción por la notable naturaleza «clasista» del Derecho penal que, así, vendría a desvelarse abiertamente.

Tal insatisfacción parece generar un renovado empuje hacia el Derecho penal. Si aquel efectivamente aplicado se dirige a las clases «subalternas», es justo –y conforme «al principio de igualdad»– requerir y actuar un tratamiento punitivo (propriadamente mediante el empleo de la pena detentiva) también hacia los autores pertenecientes a las clases dominantes. Se trata de una variante «noble» de la actual politización del Derecho penal: ello representaría uno de los remedios político-sociales a las perdurantes desigualdades, destinadas pese a todo a acentuarse en la fase económica de la «globalización».

No me parece demasiado convincente esta llamada a posibles finalidades «democráticas» del Derecho penal.

Si el sistema punitivo (con el pertrecho de las actuales, e insatisfactorias, sanciones) produce resultados insatisfactorios, resulta oportuno intervenir lo antes posible sobre tales resultados para anularlos o, cuanto menos, para limitarlos y no operar ya en el sentido de la extensión de unas medidas en vía de eliminación o bien de sustitución. Por otro lado, en la sociedad que mantiene o produce desigualdad resulta preciso, necesariamente, el tomar en consideración los diversos bienes jurídicos (libertad personal; aquellos conexos al ejercicio de una actividad empresarial o bien de una profesión o bien al desarrollo de una actividad laboral pública o privada, etcétera) de los cuales el autor eventualmente disponga y sobre los cuales puede eficazmente incidir (también) el Derecho penal.

En modo que sea posible adecuar la intervención punitiva a tales (diversos) bienes, sin asignar a la intervención penal malas entendidas finalidades de «mutación» del orden político-social (democráticamente) constituido.

5. Pese a que la actual situación no consienta, ciertamente, el conceder reales posibilidades de éxito al proyecto de racionalización y de limitación del Derecho penal, se precisa, necesariamente, operar en esta dirección. Se trata de una tarea fundamental, sobre el plano político-cultural, a la cual la ciencia penal europea no puede sustraerse.

Es necesario, sobre todo, comunicarse y no alzar barreras precisamente en el ámbito de la reflexión más abierta y avanzada. El encuentro y la dialéctica entre las distintas escuelas (nacionales) debe liberar los impulsos hacia la proyectación en común y no crear obstáculos sobre tal (posible) vía.

Considero que le corresponde precisamente a la cultura penal europea el crear las condiciones para un trabajo similar a aquel del *Alternativ Entwurf* de la experiencia alemana: que lleve, precisamente, a la «codificación» de principios penales universalmente aceptados y a la individuación de la «verdadera» parte especial del derecho criminal.

Es tiempo, por parte precisamente de la ciencia penal más avanzada, de demostrar la validez de las respectivas propuestas y de trazar (para los otros; para el legislador nacional o supranacional) un recorrido «obligado» de referencia.

Que se profundice, en este sentido, el debate ya puesto en marcha. ¿Es necesario, efectivamente, que el Derecho penal del futuro se ocupe en hipótesis –y con particular atención– de los hechos ilícitos que se enraizan en el *mundo político y de los negocios*, de los *atentados al medio ambiente*, de los *delitos económicos y tributarios* (MARINUCCI-DOLCINI), o bien es posible cultivar la contrapuesta perspectiva «reduccionista» (HASSEMER; BARATTA, FERRAIOLI) orientada, por ejemplo, al «Derecho penal mínimo», al contextual potenciamiento del *Ordnungswidrigkeitenrecht* y a la creación de un derecho de la intervención (*Interventionsrecht*)?

¿Se debe hacer referencia, en el ámbito penal, sólo a los bienes jurídicos «fundamentales» cuya «lesión se concreta en una ofensa en daño de otras personas de carne y hueso» o bien el Derecho penal debe ofrecer tutela también a otros intereses de natura colectiva con la previsión de delitos (sin una singular víctima pero) caracterizados por una «victimización de masa»?

En el ámbito de un debate de tal importancia se precisa, ciertamente, sin embargo, el liberarse de los condicionamientos derivados de un Derecho penal (en cuanto «político», hasta ahora necesariamente) «nacional» para operar –hoy– en una perspectiva menos angosta y vinculante. La referencia a los principios fundamentales de garantía y de libertad (por cuanto pueda sonar como paradójico –observaba Von Listz– que el Código penal debe constituir la *Carta Magna* del reo) debería ser hoy reforzada en el ámbito de una dimensión (también) territorialmente prolongada del Derecho penal. La reflexión dogmática, por naturaleza propia «abstracta» y de «principio», podría constituir en este punto la base para la definición de un «mínimo común denominador» de un moderno Derecho penal (verdadera *extrema ratio*) universalmente aceptable precisamente por sus contenidos, inmediatamente individuables en cuanto generalmente (y constantemente) apreciados; por sus técnicas de tutela aceptadas en cuanto entendidas, sin duda, como com-

patibles con la peculiaridad del ilícito criminal; por la tipología sancionadora atenta a la dignidad de la persona también en referencia a los aspectos de control social y de mera retribución.

El capítulo relativo al «futuro» del Derecho penal debería necesariamente considerar los (posibles) nuevos sectores de intervención, las (posibles) nuevas penalizaciones: se trata, sin duda, de una «laguna» de mi relación, pero el inquietante fenómeno de la ilimitada extensión del sistema punitivo me aconseja precisamente el no señalar nuevos territorios destinados a una inmediata ocupación.