

DESPENALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN ¿TENDENCIAS CONTRARIAS?

Prof. Dra. Mercedes García Arán

Universidad Autónoma de Barcelona

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>

DESPENALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN: ¿TENDENCIAS CONTRARIAS?

Mercedes García Arán

Universidad Autónoma de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

En el constante proceso de revisión de los efectos del derecho penal y el consiguiente planteamiento de alternativas pueden desarrollarse varias líneas de argumentación. Pero si se pretende identificar los grandes rasgos del derecho penal actual respecto de los cuales se orienta el planteamiento de alternativas, pueden señalarse los siguientes: a) su contenido punitivo entendido como imposición de castigo que resuelve un conflicto planteado, básicamente, entre el Estado y el responsable del delito y b) la separación del responsable respecto de la sociedad y por tanto, su desocialización, en gran parte como consecuencia de lo anterior: planteado el conflicto entre responsable penal y Estado, se resuelve también entre ambos y, por tanto, al margen de la colectividad.

En ambas características pueden identificarse fácilmente dos de las grandes líneas del debate político criminal actual: la introducción de la víctima en el conflicto penal tradicionalmente planteado sólo con el Estado y la crisis –ya antigua– del pensamiento resocializador. Pero antes de seguir conviene recordar que la forma tradicional de entender el delito como un conflicto que enfrenta fundamentalmente al Estado con el responsable penal tiene determinadas consecuencias que inevitablemente se cuestionan cuando se cuestiona dicho punto de partida. Entre otras y por su relevancia para el razonamiento posterior, puede señalarse como primera consecuencia que lo que proporciona un límite basado en la idea de justicia, a la orientación preventiva del derecho penal es el concepto de gravedad del «hecho» como algo distinto del concepto de «perjuicio», en el que, por el contrario, se incluyen todos los efectos producidos sobre la víctima y que pertenece al ámbito de la responsabilidad civil. La segunda consecuencia del carácter público del conflicto penal es que el peso fundamental de la decisión sobre el castigo recae en el propio Estado, que ejerce la potestad punitiva mediante un proceso imperativo y, como regla general, indisponible para la víctima.

Las vías alternativas que dominan la discusión son las que tienen como común denominador la *reducción* de la intervención penal y por tanto, no constituyen alternativas absolutas al sistema penal. A grandes rasgos, pueden identificarse las siguientes: a) las propuestas despenalizadoras que suponen la reducción de los ilícitos penales y aplicación de otras sanciones distintas de las

penales o, más propiamente, la solución en el ámbito del derecho civil o el derecho administrativo; b) la previsión de alternativas a las penas tradicionales y, especialmente, a la de prisión, sin cuestionamiento de los ilícitos penales ni replanteamiento del carácter público del conflicto penal y c) la solución de determinados supuestos mediante la reparación a la víctima, sea como tercera vía junto a las penas clásicas y las medidas de seguridad, sea como pena en sentido estricto, que suponen un replanteamiento del conflicto penal y afectan a las consecuencias derivadas de su carácter fundamentalmente público.

El objeto central de estas páginas se sitúa en la línea despenalizadora y la línea favorecedora de la reparación a la víctima, así como en las posibles relaciones entre ellas. Renunciamos al tratamiento de las penas alternativas a la prisión que se sitúan en otro plano, esto es, el de la ampliación del catálogo de penas presidida por la idea básica de evitar los efectos y los costes económicos y sociales de la prisión, pero sin cuestionar la amplitud de los ilícitos penales ni el carácter fundamentalmente público de la respuesta penal.

En cambio, la comparación entre la línea despenalizadora y la reparación a la víctima permite plantear la relación entre el objetivo reduccionista de la intervención penal y la difuminación de los contornos del derecho penal en relación a otros sectores del ordenamiento en el siguiente sentido: cuando la legislación penal sigue una tendencia contraria a la despenalización e incrementa los ilícitos penales, ello suele conllevar una confusión de límites respecto del derecho civil o, al menos, la ampliación de instituciones de inspiración privada en el derecho penal, como se verá en el caso español. Teniendo en cuenta que la reparación a la víctima supone –como reconocen sus defensores– un replanteamiento de las fronteras entre el derecho penal y el derecho privado, cabe preguntarse si la opción reparadora como alternativa se corresponde también con una ampliación de la intervención penal, o, al menos, supone una tendencia que no favorece la reducción de la misma.

Sin embargo, las fronteras respecto del derecho privado no son el único problema que se plantea al analizar el estado actual de la propuesta despenalizadora. Estas consideraciones resultarían incompletas si no hicieramos referencia a otro fenómeno que, –éste con toda claridad– supone todo lo contrario a la despenalización. Me refiero al constante y evidente trasvase de ilícitos administrativos al ámbito del derecho penal, mediante el cual el legislador considera que no es suficiente con la intervención administrativa y formula una opción más duramente represiva.

Desde luego, en este caso las repercusiones estructurales son, en principio, menores que en las relaciones con el derecho privado. La respuesta administrativa es tan pública como la penal y suele admitirse que, en la mayoría de los casos, las diferencias entre ilícito penal e ilícito administrativo son puramente cuantitativas. Sin embargo, la oportunidad de tratar esta cuestión viene dada por las consecuencias que comporta y que son comunes a las de la línea

privatizadora, a saber: la importación de ilícitos administrativos desde el derecho penal supone, obviamente, su expansión en lugar de su reducción y, en segundo lugar, esa importación, al igual que ocurre con los ilícitos o los principios procedentes del derecho privado, supone un grado preocupante de *desformalización* de la intervención penal, provocado, probablemente, por esa pérdida de contornos claros a que me he referido y que serán analizados en lo que sigue.

En resumen, se trata de analizar : a) si, en el plano general, estamos ante una ampliación del derecho penal a costa del derecho privado y del derecho administrativo que conlleva la desformalización de la intervención penal y, b) si, en el plano concreto, las propuestas de reparación a la víctima como alternativa al derecho penal tradicional, se inscriben en esa tendencia antirreduccionista y desformalizadora de la intervención penal.

II. INCREMENTO DE ILÍCITOS PENALES Y DESFORMALIZACIÓN

La tímida tendencia despenalizadora iniciada en algunas reformas del Código penal español anterior se ha invertido claramente con la promulgación del actualmente vigente, que presenta unas fronteras menos nítidas respecto del derecho administrativo y el derecho privado.

Así, se ha producido una «administrativización» del Código con la incorporación de lo que antes eran ilícitos administrativos y una inflación de normas penales que no asegura *per se* una mayor eficacia en la protección de intereses, puesto que ésta es siempre más inmediata con la intervención del derecho administrativo. Ello ocurre especialmente en la protección penal de intereses colectivos (el mercado, los intereses de los consumidores, la ordenación del territorio o el urbanismo) que se presenta como propia de un derecho penal más intervencionista en ámbitos económicos y, por esta razón, vinculado a una concepción social del Estado. Sin embargo, curiosamente conduce a una retirada del derecho administrativo como instrumento más eficaz de intervención. En realidad, se trata de un discurso típicamente liberal: la Administración interviene menos y la protección de estos intereses se confía al mayor efecto preventivo general que, sin duda, poseen las normas penales y a la actuación de los Tribunales como órganos imparciales que actúan una vez se ha producido el conflicto, imponiendo una pena.

Esto no significa que la protección penal de tales intereses sea necesariamente criticable. El objeto de estas consideraciones es el confusionismo con que se produce tal intervención: frecuentemente se mantiene una duplicidad de normas sancionadoras –penales y administrativas– respecto de un mismo ilícito, lo que conduce a la inseguridad jurídica acerca de la aplicabilidad de cada una de ellas. En tal sentido, la aplicación de un derecho penal y un

derecho administrativo con fronteras escasamente delimitadas, tiene como último efecto una cierta desformalización de la intervención penal.

Los ejemplos que pueden citarse son numerosos, pero como expresión significativa pueden citarse los que se encuentran en la confluencia entre los delitos contra los derechos de los trabajadores y los ilícitos administrativos contenidos en la legislación laboral. Así, constituye delito el no facilitar los medios necesarios para la protección de la seguridad e higiene en el trabajo cuando ello ponga en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores y, además, suponga infracción de las normas de prevención de riesgos laborales (art. 316 CP). El problema es que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art. 47.16), a la que se remite el Código Penal, define como infracción administrativa todo incumplimiento que cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores. De esta forma, se delimita un ámbito del ilícito administrativo que coincide casi exactamente con el del delito y en el que resulta más que problemático acudir a criterios tradicionalmente utilizados por la doctrina para diferenciar una y otra intervención como son el carácter eminentemente formal de la infracción administrativa frente a la exigencia de un plus de puesta en peligro de bienes jurídicos que caracterizaría al delito.

Pero la cuestión que interesa destacar aquí es que si el ilícito penal y el administrativo no están claramente delimitados, la opción por una u otra vía sancionadora puede depender de avatares escasamente controlables, como son la apreciación de indicios de delito por parte de la autoridad administrativa, suficientes para trasladar el caso a la jurisdicción penal; apreciación que, en este caso, alcanza a realizar una difícil calificación provisional sobre si el riesgo generado es o no suficiente como para integrar la comisión de un delito.

Por otra parte, como se ha anunciado, también se produce la penalización de antiguos ilícitos civiles; por citar sólo algunos ejemplos: el impago de prestaciones acordadas en casos de separación o divorcio, algunos delitos contra la intimidad o antiguas infracciones de la legislación mercantil sobre sociedades anónimas que se incluyen entre los nuevos delitos societarios. Tampoco se cuestiona aquí la importancia de tales intereses como para merecer la protección penal. Lo que interesa destacar es que el legislador los ha seleccionado demostrando un escaso interés en su protección; en efecto, en los casos citados, es necesaria la denuncia de la persona agraviada para proceder a la persecución penal, es decir, ésta resulta disponible para la víctima. Asimismo, en los delitos contra la intimidad y la propia imagen, la disponibilidad de la víctima llega hasta la misma pena impuesta, que puede extinguirse por el perdón del agraviado.

La importación proveniente del derecho civil y mercantil provoca, al igual que en el caso del derecho administrativo, una intervención más difusa en términos de seguridad jurídica. Y no sólo porque junto a las nuevas normas penales subsisten las definidoras de ilícitos civiles, sino porque frecuentemen-

te el legislador penal deja absolutamente abierta la regla sobre las condiciones de perseguibilidad. Así, tanto en los delitos contra la propiedad industrial o intelectual (art. 287 CP) como en los delitos societarios (art. 296), tras exigirse denuncia del agraviado, se mantiene la intervención de oficio si la comisión del delito afecta a los «intereses generales», apreciación que, ya de por sí difusa, queda en manos del Ministerio Fiscal.

En suma, parece existir una relación entre el incremento de los ilícitos penales —contrario a la línea despenalizadora— y la pérdida de contornos del derecho penal en relación a otros sectores del ordenamiento que, en el caso del derecho privado se refleja, además, en la disponibilidad de la víctima sobre el proceso e incluso sobre la pena. Por otra parte, ello resulta lógico: si se incorporan ilícitos civiles o administrativos al Código penal, se abre la vía para incorporar también características procedentes de esas otras ramas del ordenamiento.

Y todo ello es, en definitiva, lo que termina por disminuir el carácter de intervención formalizada que posee el derecho penal. Por un lado, la existencia de campos comunes en los que coinciden la intervención penal y otras de diversa índole y, por otro, el hecho de que esos otros sectores del ordenamiento presentan características menos formalizadas que las del derecho penal.

A mi juicio, sería simplificador atribuir todos estos efectos a meros errores de técnica legislativa o a la desidia del legislador, pese a que en muchos casos ésta resulta evidente. Porque si la técnica tipificadora es difícil en estos casos —y por ello se aplica mal—, es porque se está expresando un fenómeno real de complicada traducción legislativa: la pretensión de que el derecho penal llegue a muchos ámbitos a los que antes no llegaba y que tienen sus propias reglas, sin renunciar, además a que las normas extrapenales sigan jugando su papel. Ello explica que en algunos delitos la persecución de oficio o previa denuncia privada dependa de algo tan confuso como los «intereses generales». En este sentido puede concluirse que estamos ante un proceso que incrementa la penalización, aunque sea de forma tímida, incompleta y contradictoria; pero, pese a tales limitaciones, palmariamente contrario a la opción reduccionista y formalizadora de la intervención penal.

III. LA REPARACIÓN A LA VÍCTIMA

Dentro de las tendencias revisionistas del actual derecho penal ha merecido especial atención la propuesta de mecanismos de mediación y reparación a la víctima como forma de evitar el recurso al proceso penal o la pena. El debate producido en torno a la propuesta de reparación a la víctima como «tercera vía» en el *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AE-WGM) ha provocado la aparición de argumentos favorables y contrarios sobradamente conocidos, así como las conclusiones críticas del *Deutscher Juristen Tag* de 1992.

a) Los límites entre el derecho público y el derecho privado

Aquí se pretende prestar especial atención a la consecuencia estructural de dicha propuesta, cual es la difuminación de los límites del derecho penal respecto del derecho privado. Debe recordarse que tanto detractores como partidarios de la reparación a la víctima como tercera vía coinciden en señalar el fenómeno; la diferencia estriba, por tanto, en que los defensores de la reparación lo admiten como algo asumible en los ordenamientos jurídicos actuales. De esta forma, se corre el riesgo de plantear la cuestión en términos de petición de principio: el mantenimiento de los límites estrictos del derecho penal se presenta como una opción irrenunciable para unos y relativizable para otros, lo que condiciona todas las argumentaciones posteriores. Por ello resulta aconsejable una reflexión más detenida sobre dicho fenómeno que supere la declaración de principios: ¿es asumible que el derecho penal pierda parte de sus características esenciales en favor de las del derecho privado?

Planteado en estos términos, el debate puede tomar en consideración las siguientes cuestiones:

1. La propuesta de reparación a la víctima no es un fenómeno aislado de tendencia privatizadora. En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto cómo la incorporación de ilícitos civiles al derecho penal va acompañada de la renuncia del Estado a la persecución de oficio, es decir, se incrimina pero se deja en manos privadas la perseguibilidad del delito. Por ello, la reparación a la víctima como reacción penal no puede contemplarse como una nota más o menos excepcional dentro de las coordenadas del derecho penal moderno sino que debe incribirse en una tendencia más general y profunda a la retirada parcial del Estado en la resolución de conflictos que, pese a todo, se siguen considerando de naturaleza penal y, por tanto, pública.

2. La necesidad de satisfacer económicamente a la víctima no basta para justificar que la reparación se incluya entre las reacciones penales. La mejora de los instrumentos propios de la responsabilidad civil e incluso la responsabilidad subsidiaria del Estado en mayor número de casos que los hoy admitidos pueden dar respuesta a la satisfacción económica sin cambios estructurales en la reacción punitiva. En este punto debe decirse que esa satisfacción económica a la víctima dentro del proceso penal no supone ninguna novedad para el sistema procesal español en el que, como es sabido, los perjudicados ejercen acciones civiles dirigidas al resarcimiento que se resuelve en la misma sentencia penal. Por ello, el discurso de la reparación económica tiene entre nosotros mucha menos fuerza que en otros países.

3. Puesto que mejorar económicamente a la víctima no es suficiente para defender la reparación dentro del sistema penal, ésta debe ser defendida también desde el cumplimiento de los fines clásicos del derecho penal. Así, se

afirma que la reparación contribuye al *restablecimiento del orden jurídico*, a través de la prevención general positiva y, por otra parte, también mejora la posición del autor del delito, porque produce efectos de prevención especial positiva menos desocializadores que las penas clásicas. Con ello se integra a la víctima en el conflicto penal intentando mejorar su posición y, al mismo tiempo, la del autor. Esta duplicidad de objetivos y la incorporación de la víctima a un conflicto tradicionalmente planteado exclusivamente entre el Estado y el autor es lo que realmente plantea los problemas y necesita de una justificación teórica que vaya más allá de las consideraciones económicas.

El cambio esencial que supone admitir un conflicto penal triangular (autor-Estado-víctima) provoca determinadas consecuencias que aquí sólo pueden ser apuntadas como tendencias y no como resultados inexorables. Me interesa especialmente insistir en esta última observación porque lo que se pretende en estas páginas es analizar las vías por las que discurre la evolución del derecho penal actual. Lo cierto es que las consecuencias de la propuesta reparadora pueden quedar a salvo de críticas si se presentan como fenómenos aislados justificables por su excepcionalidad o si se les atribuyen efectos no deseados que no se van a producir de forma inmediata. En cambio, pueden verse en su real dimensión si se inscriben en una inercia hacia una determinada evolución estructural del derecho penal.

Pues bien, la introducción de la víctima en el conflicto penal marca, al menos, las siguientes tendencias:

Para la posición de la *víctima*, supone reconocerle un especial ejercicio de la pretensión *punitiva* que alcanza hasta la disponibilidad sobre el proceso penal. Junto a la satisfacción económica, la víctima puede pretender o renunciar a que el autor ingrese en el proceso punitivo tradicional.

Para la posición del *autor*, su responsabilidad tiende a desplazarse del «hecho» al «perjuicio». Con ello se afecta a una de las características tradicionales del derecho penal actual que se han señalado al inicio y que sitúa el límite a la intervención preventiva en la proporcionalidad respecto del hecho.

Para la posición del *Estado*, aunque mantenga un cierto control sobre el proceso de mediación, renuncia a parte de su posición protagonista en el conflicto penal en beneficio del protagonismo de la víctima. Pero ello ocurre manteniendo la decisión político criminal de considerar como ilícitos penales supuestos a los que reconoce un grado de solución privada; es decir, mantiene la decisión incriminadora disminuyendo el control sobre su aplicación.

En el *proceso penal*, aparece de nuevo la tendencia a la *desformalización*. En la propuesta del AE-WGM, aquellos delitos de menor gravedad en los que se considera suficiente la reparación para el restablecimiento del orden jurídico concluyen su vida procesal con una resolución informal de la Fiscalía que evita el juicio. Ello reconduce a un tema clásico como el de hasta qué punto las

resoluciones informales conciliadoras y previas al juicio pueden suponer una compulsión al reconocimiento de la culpabilidad todavía no demostrada formalmente; al respecto podría alegarse que también en un procedimiento informal de reparación pueden establecerse garantías y límites que impidan la admisión forzada de la culpabilidad por parte del acusado, pero lo que no puede negarse es que, incluso en el mejor de los casos, éste renuncia a su derecho a que sea el propio Estado, representado por el Ministerio Fiscal, quien deba demostrar la culpabilidad ante un tribunal imparcial y que no haya intervenido en la investigación del delito.

Como resumen, puede decirse que la integración de la reparación a la víctima en el sistema penal tiende a cambiar las características y consecuencias clásicas de la intervención punitiva, sin cambiar el propio contenido punitivo de la misma; esto último se demuestra en el interés por mantener la reparación dentro del sistema penal, junto a las penas clásicas y por justificarla a partir de las teorías penales tradicionales como son las orientaciones preventivo especiales o la pretensión de que no se reduzca a la indemnización económica sino que alcance al restablecimiento del orden jurídico.

b) Ilícitos penales con intervención penal subsidiaria

A estas consideraciones sobre la desnaturalización de la intervención penal puede responderse con el principio de *subsidiariedad*, que informa el AE-WGM. Según dicho principio, la pena clásica se retira en favor de la reparación cuando ésta puede cumplir mejor con los objetivos del derecho penal, pero recupera su protagonismo cuando la reparación no resulta posible o suficiente.

En el principio de subsidiariedad se concentran los problemas derivados del cambio de sujetos del conflicto penal, es decir, derivados del ingreso de la víctima en el conflicto y con ella, de los principios propios de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el AE-WGM, asume esa relativa desnaturalización del problema penal, pero añade que la reparación no pretende la síntesis entre el derecho penal y el derecho privado sino la coincidencia parcial en grupos de casos que lo permitan, como son los delitos de menor gravedad, ámbito en el que opera el principio de subsidiariedad.

El problema se sitúa entonces en la coherencia de esa coincidencia parcial de soluciones jurídicas diferentes cuando se concentran relaciones jurídicas estructural y esencialmente diversas, en un único conflicto. El conflicto con el Estado y el conflicto con la víctima son situaciones distintas *inspiradas por principios distintos*. El principio de subsidiariedad parte de la base de que puede intentarse primero la solución de la reparación, dominada por criterios fundamentalmente de derecho privado, como es el predominio del concepto de perjuicio sobre el concepto de hecho punible, o la disponibilidad privada sobre

el proceso. Pero si fracasa la vía reparadora, recobra toda su fuerza la vía punitiva tradicional, en la que prevalecen principios opuestos. El problema de este planteamiento es que la aplicación de los principios propios del derecho penal basado en el conflicto público depende en gran medida de una decisión privada, cuando debería ser lo contrario: la aplicación de los principios propios del derecho penal debe ser la consecuencia de la decisión legislativa (y, por tanto, pública) de tipificar un hecho como ilícito penal.

Con ello llegamos a la última cuestión. Con el principio de subsidiariedad, el Estado reconocería que la relación entre autor y víctima se sitúa en primer plano y que, en principio, cabe renunciar a la pena; sólo subsidiariamente se replantea la relación entre el Estado y el autor. La pregunta que surge en este punto es la siguiente: si en la base existe un conflicto con la víctima frente al cual el Estado puede retirarse parcialmente, ¿está realmente justificada políticamente la tipificación *penal* de los ilícitos en los que se admite la primacía de la reparación a la víctima?

Responder a dicha cuestión nos reconduce al punto de partida de las alternativas al derecho penal, caracterizadas por el propósito de reducir su intervención. Si el Estado reconoce que frente a un conflicto entre autor y víctima, su intervención es sólo subsidiaria, está reconociendo en realidad que el conflicto entre autor y Estado es mínimo y, en todo caso, renunciable. La opción previa que cabe plantear es, por tanto, la despenalización del ilícito respecto del cual el Estado tiene sólo un interés secundario o *subsidiario*.

En esta línea, puede afirmarse que el carácter triangular de la relación jurídico penal (autor-víctima-Estado) y la consiguiente convivencia de principios de derecho público y derecho privado en el ámbito penal transcurre por una vía contraria a la alternativa despenalizadora que, en cambio, es la más claramente reduccionista del derecho penal. Si se admiten soluciones predominantemente privadas en el proceso penal es porque se admiten ilícitos penales que podrían tener una solución en el derecho privado. Como se recordará, ello coincide con la otra tendencia analizada en estas páginas cual es la penalización de antiguos ilícitos civiles perseguibles sólo si lo denuncia la víctima. Esta coincidencia permite afirmar que no se trata de «otra» tendencia, sino de la misma: la que evita o impide la reducción del derecho penal, al mismo tiempo que lo privatiza y lo desformaliza.

IV. CONCLUSIÓN

Como resumen del razonamiento mantenido hasta aquí puede formularse una conclusión que termina con una propuesta a la inversa: la convivencia de la decisión privada y la decisión pública en la intervención penal no sólo no

favorece su reducción sino que incluso, tiende a incrementarla; el incremento o la no reducción del derecho penal establecen un ámbito de punición «de baja intensidad», más ligero y menos inexorable, características todas ellas que legitiman la relajación de la seguridad jurídica y de la alta formalización propia del –y exigible al– derecho penal. Formulándolo a la inversa: la mejor política reduccionista del derecho penal debe conducir a una selección de ilícitos penales basada en la intervención mínima, pero radicalmente pública y garantísticamente formalizada.