

ISSN 2238-1678

REVISTA DE CRIMINOLOGIA E CIÊNCIAS PENITENCIÁRIAS

Programa de Estudos em Criminologia e Ciências Penitenciárias
PROCRIM

São Paulo – Ano 3 – Número 02 – Junho / Julho / Agosto – 2013

ACTUALES TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL: DEL GARANTISMO AL MODERNO DERECHO PENAL

FRANCISCO MUÑOZ CONDE¹



ACTUALES TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL: DEL GARANTISMO AL MODERNO DERECHO PENAL

Francisco Muñoz Conde¹

¹ Catedrático de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. España.

Introducción., I. Derecho Penal Clásico o Modelo Garantista., II. Las Nuevas Tendencias del Derecho Penal o “Moderno Derecho Penal”, II. I. Derecho Penal del Enemigo., II. II. La Expansión del Derecho Penal., EXCURSO: El Efecto Multiplicador de los Medios de Comunicación y su Repercusión en la Política-criminal Contemporánea., Bibliografía.

“A mi me preocupa, que incluso para un sector de la criminalidad, se pueda renunciar al garantismo...”

Introducción.

Veamos, sabemos y así lo ha señalado el profesor MUÑOZ CONDE¹ que el derecho penal esta caracterizado por ser primordialmente la culminación de todo un sistema jurídico, que es dirigido a la protección de intereses y derechos fundamentales,² para el individuo

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *“Protección de Bienes Jurídicos como Limite Constitucional al Derecho Penal”*, Quintero Olivares y Morales Prats (Coords.). El Nuevo Derecho Penal Español Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Editorial Aranzadi, Madrid, 2001, p. 561.

² *Ibidem.*

(individuales)³ y para la sociedad en su conjunto (colectivos),⁴ a esta protección de intereses y derechos fundamentales la teoría del bien jurídico los ha convertido en bienes jurídicos, otorgándoles la máxima protección,⁵ pero por supuesto en la medida en que éstos a través de su proceso de normativización, son reelaborados en función de las necesidades específicas de cada época y región.⁶

En la actualidad hay diversas reflexiones en el derecho penal, que señalan la vaguedad en el concepto mismo del bien jurídico y la manipulación de la que puede ser utilizado éste; su esencia, sabemos, deriva de la protección que el mismo legislador es quien se la otorga, es decir, el concepto normativo de bien jurídico penalmente protegido es una creación artificial propiamente dicho, que puede ser reelaborado, manipulado y pervertido en sus elementos esenciales.⁷

De la discusión que existe respecto de que bienes jurídicos pueden o deben ser los penalmente protegidos, es de donde partiremos, en razón de que como mas adelante lo desarrollaremos,⁸ es una de las tesis que se manejan como punto de partida respecto de los conceptos y formas de aparición del moderno derecho penal,⁹ entendiendo que éste se esta alejando del ideal del clásico derecho penal y así de sus ideas de certeza y subsidiariedad,¹⁰ ya que estas nuevas tendencias por un lado, para algunas es posible y factible la creación de nuevos intereses o bienes jurídicos (expansionismo o en algunos casos intensificación) y para otro sector de la dogmática, sin embargo, ya no es necesaria la concepción propia del bien

³ Ibídem.

⁴ Ibídem.

⁵ Ibídem.

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 60.

⁷ Ibídem.

⁸ *Infra* capítulo II, p. 5.

⁹ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 16.

jurídico, sino, mas bien, la vigencia de la norma, asegurando con esto la estabilidad de la misma.¹¹

Es imposible pues, ocultarnos o sustraernos de las tendencias actuales del derecho penal, haremos especialmente énfasis en las mas importantes, por ser las que están marcando las pautas y directrices en lo que al legislar sobre derecho penal respecta, empezando con el llamado derecho penal del enemigo¹² del profesor JAKOBS, y por supuesto, de la llamada expansión del derecho penal¹³ del profesor SILVA SÁNCHEZ, como apartado final, pretendemos otorgar un pequeño excurso, en el que hacemos hincapié en el verdadero poder del los medios de comunicación y su efecto multiplicador en la política criminal y por supuesto en los lineamientos y pasos que debe seguir el derecho penal, por aquellos que se encargan de su elaboración.

Sentado lo anterior, es dable aclarar, que el objetivo de la presente, no supone mas que una postura, de lo que nuestro conocimiento le pueda otorgar a tan contemporánea temática, sin pretender, desde luego, abundar en concreciones de carácter históricas que nos distraerían del verdadero objetivo de la presente investigación, y sin pretender también excusarme del corto espacio, por lo que advertimos, que seguramente, la temática aquí tratada podría ser desarrollada con mayor contenido.

I. Derecho Penal Clásico o Modelo Garantista.

¹⁰ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 18.

¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 69.

¹² JAKOBS, Günther, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, en JAKOBS, Günther – CANCIO MELÍA, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.

Conocido con diferentes denominaciones,¹⁴ con sus orígenes en acontecimientos sociales tan importantes como la Revolución Francesa, tiene al principio de legalidad¹⁵ como uno de sus primeros pilares; limitando el poder del Estado en su sentido más duro y estricto, garantizando, que este, no pueda actuar ilimitadamente en perjuicio de sus gobernados.¹⁶

El garantismo lo podríamos clasificar y caracterizar por ser un derecho penal demasiado formal y con cierta rigidez en su actuar, es decir, autolimitado en su esencia, la concepción clásica del garantismo es que ciertamente es un modelo violento de represión, pero también un instrumento de garantía de la libertad ciudadana, y como tal es indispensable para asegurar la convivencia; lo que no quiere decir que sea autónomo, sino un eslabón de la cadena; como ultima ratio para la solución de los problemas sociales.¹⁷

Recordemos que ya desde los años 70's el profesor ROXIN,¹⁸ veía ya la necesidad de incluir en la elaboración de la dogmática de la teoría del delito finalidades político-criminales; por otro lado en los 80's la escuela de Frankfurt,¹⁹ advertía los problemas que presuponía una política criminal, que quisiera resolver los problemas del derecho, que no son propios del derecho penal, con el derecho penal; situación, que desde luego presupone, un peligro para las garantías y derechos del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, al carácter de ultima ratio y al principio de intervención mínima del derecho penal.

¹⁴ Derecho penal clásico, modelo garantista, derecho penal mínimo, garantismo, etc.

¹⁵ Principio constitucional por el cual los órganos de gobierno no pueden actuar mas allá de lo que la Constitución y la ley les permiten. En la materia penal, este principio equivale a una garantía individual del acusado, consistente en la necesidad de la existencia de una ley previa al castigo. Este principio se expresa de la siguiente manera: *Nullum crimen nulla poena sine lege*, significando que no hay delito ni pena sin que antes lo determine así la ley penal.

¹⁶ Criterios sostenidos por el profesor MUÑOZ CONDE, en una entrevista concedida el día 24 de septiembre de 2005, en Sao Paulo, Brasil.

¹⁷ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto*, op. cit., p. 21.

¹⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General, T.I., Fundamento de la Estructura de la Teoría del Delito*, Trad. De Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conilledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

¹⁹ Cuyos principales representantes son HASSEMER, NAUCKE y LÜNDERSSEN.

Las críticas al garantismo parecen no acabar, el profesor DÍEZ RÍPOLLÉS²⁰ y su modelo “bienestarista”²¹ del derecho penal, señala que este “...modelo ya no nos da las claves parapara interpretar los recientes cambios politicocriminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal...”.²² Éste, señala como pecado original del garantismo al inmovilismo y lo ejemplifica en tres aspectos torales:²³

1. El desprecio a todo lo que suponga abandonar sus principios.
2. El principio de intervención mínima como la principal base del garantismo.
3. La correcta interpretación de las leyes como directriz de la correcta aplicación de las leyes.

Al respecto, me gustaría evocar la cita que se incluye al iniciar el presente trabajo “...A mi me preocupa que incluso para un sector de la criminalidad, se pueda renunciar al garantismo...”,²⁴ es decir, no nos asustan los planteamientos novedosos, con el objetivo de seguir garantizando la convivencia o el bienestar social; al fin, esos son ideales del derecho penal clásico, lo que verdaderamente preocupa, es que ante la carrera por alcanzar dichas creaciones estructurales o “novedosas teorías”, violentemos principios fundamentales o los reduzcamos a su mínima expresión, que legitimemos o autoricemos al Estado para con el pretexto de garantizar la “seguridad ciudadana”, pueda violar las garantías individuales de sus gobernados, eso si verdaderamente preocupa y es lo que a toda costa debemos tratar de impedir, los que bajo los principios de un derecho penal clásico, nos empezamos a desarrollar académica y profesionalmente.

²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 06-03, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.

²¹ Este modelo se basa en la utilización de técnicas de dialogo, basándose en un derecho penal pragmático y liberal.

²² DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana*, op. cit. p. 3.

²³ *Ibíd*em, p. 22

²⁴ Criterios sostenidos por el profesor MUÑOZ CONDE, en una entrevista concedida el día 24 de septiembre de 2005, en Sao Paulo, Brasil.

Por otro lado, el profesor PORTILLA CONTRERAS²⁵ sostiene que el argumento del profesor DÍEZ RÍPOLLÉS, utiliza una técnica sin principios ni ideas, utilizando el pragmatismo y olvidándose la utilización de los principios del derecho penal clásico.

Es así, que podemos ver al garantismo como una instancia de transformación social, siempre y cuando contemos con la garantía del aparato político, es decir, la garantía de los poderes públicos de una fidelidad y garantía social permanente.²⁶

II. Las Nuevas Tendencias del Derecho Penal o “Moderno Derecho Penal”.

Antes de pretender dar una postura concreta, empezaremos dando por sentada -como lo hemos venido comentando- ya una evidente existencia de lo que podríamos denominar un “moderno derecho penal”,²⁷ es decir, aquel derecho penal que tanto a nivel de pensamiento como en su actuar práctico, ha criterio del profesor HASSEMER, presenta las siguientes características:

- Prescinde de los conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica;
- Se basa en una metodología empírica orientada a las consecuencias;
- Es más favorable, por tanto una concepción teórica preventiva que retributiva;
- Intenta vincular al legislador penal y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos.

Es decir, el moderno derecho penal en su esencia, en muchas ocasiones resulta ser más penalizador que despenalizador, podríamos decir que se identifica por que en éste

²⁵ Transcrito de la ponencia ofrecida por el doctor Guillermo PORTILLA CONTRERAS, dentro del doctorado “Problemas Actuales del Derecho Penal y la Criminología” Bienio 2004/2005, el día 13 de marzo de 2006, en Sevilla, España.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, 2ª Edición, Madrid, 1997.

²⁷ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 16.

derecho penal, abundan los delitos de peligro abstracto, las normas penales en blanco,²⁸ se tutela una extensa protección a bienes jurídicos de carácter colectivo; que en la concepción supraindividualista del bien jurídico, los valores colectivos supeditan cualquier otro, situación que se traduce en un debilitamiento respecto de los principios y garantías rectores del derecho penal clásico, legitimado a su vez, en un criterio positivo de decisiones criminalizadoras.

Este nuevo derecho penal muchas veces tan “manoseado” por intereses diversos a la misma particularidad del derecho penal clásico o garantista, -pero que sin duda este derecho penal, tiene una favorable aceptación social, sobre todo de los políticos y los medios de comunicación- que busca la prevalencia del principio de intervención mínima o ultima ratio, a este respecto HASSEMER²⁹ ve en el “moderno derecho penal”, un obstáculo para poder llevar a cabo un efectivo control de la actual problemática social, a la estrecha vinculación a los férreos principios del poder punitivo del Estado, desarrollado por la teoría clásica del derecho penal, precisamente como limite a una política criminal demasiado pragmática, que pretende solucionar los problemas utilizando el derecho penal, pero utilizándolo como prima y no como ultima ratio, es decir, no es oculto que la mayoría de los Estados democráticos de derecho atraviesan por problemas de diversa índole, a saber, sociales, políticos y económicos; a los que por supuesto podríamos atribuirles diversas causas, pero también es cierto, que no todas esas causas, deben y pueden buscarse una solución en el derecho penal, pero ante la posible ineficacia por parte del sistema –por no llamarla ineptitud- buscan la solución, como también sucede con habitualidad, en el derecho penal, transformando así en derecho penal lo que no es derecho penal, o mas bien en ocasiones no debería serlo, tomando como motivo –o justificante- de intervención penal que todos podemos ser victimas, por tanto, el motivo de

²⁸ Al decir del profesor MUÑOZ CONDE, son aquellas que hacen referencias continuas a normas de carácter extra penal.

²⁹ HASSEMER, Winfred y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal y a la Criminología*, Valencia, 1989. p. 103.

intervención penal es la ya referida “seguridad de todos en general”, no la posible lesión de un bien jurídico en particular.

Variadas son las políticas o sistemas justificadores de esa llamada “seguridad nacional” o “seguridad ciudadana” que emplean diversos Estados: del derecho penal del enemigo³⁰ y de la expansión del derecho penal³¹ ya tan presentes estas, y de manera clara, en las diversas legislaciones internacionales, eso si, hasta ahora con una escasa eficacia en cuanto a prevención general y con un claro rechazo de las diversas cortes internacionales a las medidas criminalizadoras modernas.

II. I. El Derecho Penal del Enemigo.

“La lucha contra la delincuencia habitual supone un exacto conocimiento de la misma. Hoy no disponemos de él. Se trata sólo del eslabón, ciertamente del más importante y peligroso, de esta cadena de patologías sociales, que solemos denominar con el nombre genérico de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos géneros, alcohólicos, maleantes y gente del submundo en el sentido más amplio, degenerados anímica y corporalmente. Todos ellos constituyen el ejército de enemigos³² principales del orden social, entre los que los delincuentes habituales constituyen el Estado mayor”.

Franz VON LISZT³³

Después de leer esa frase del Profesor VON LISZT, imaginemos un sistema de derecho, en el que el hombre no goce de los derechos fundamentales, y que sus bienes jurídicos

³⁰ Infra, capítulo II.I. p. 11.

³¹ Infra, capítulo II.II. p. 16.

³² El significado literal del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para la palabra enemigo es el siguiente: enemigo, ga. (Del lat. *inimicus*). 1. adj. contrario (|| que se muestra completamente diferente). (N. del A).

³³ Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, p. 167. Citado en MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo, Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacional Socialismo*, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª. Edición. Valencia, 2002, p. 171.

individuales y colectivos estén expuestos y a disposición en todo momento a la arbitrariedad del poder punitivo del Estado, o más bien, de los sujetos que en esos momentos lo detentan.

Evidentemente, la historia nos ha demostrado que el derecho penal, puede ser usado de manera “excepcional”, sobre todo en los regimenes totalitarios,³⁴ lo novedoso es que recientemente –refiriéndome, quizás mas los últimos tres lustros-, han acontecido sucesos,³⁵ que permiten hablar y que demuestran claramente la “vigencia o justificación” de dicho derecho penal “excepcional”, conocido como derecho penal del enemigo, en algunos Estados, esta propensión, sabemos, es real, es evidente y sin duda parece cada vez mas latente en nuestra sociedad, tal realidad ha dado pie a aplicar también ya por parte de los Estados democráticos de derecho, una política-criminal mas dura, y por ende y sin lugar a dudas, como ya anteriormente lo hemos venido reiterando, violatoria a los principios básicos y reguladores del derecho penal clásico,³⁶ luego entonces, quebrantadora de garantías y derechos Constitucionales fundamentales, justificando tales quebrantamientos en garantizar la vigencia (estabilidad) de las normas, ya que –supuestamente, para dicho sistema- son estas las que aseguran que las personas actúen respecto de su rol en la sociedad, así, aquella persona que realiza un comportamiento prohibido, deja el rol social que le pertenece, abandonando (la exclusión como prima consecuencia) las expectativas que se tienen de él, dichas expectativas vendrían siendo, de acuerdo a esta corriente, lo primario o mas importante y no propiamente la conducta que lesiona el bien jurídico protegido por la norma penal, lo que justifica que dicho “enemigo” no sea merecedor de las garantías que el derecho penal consagra a su favor.

³⁴ Supra, cita 33.

³⁵ New York, EEUU (11 de septiembre de 2001.), Bali, Indonesia (diciembre de 2003.) Madrid, España (11 de marzo de 2004.), Beslan, Rusia (11 de septiembre de 2004.), Londres, Inglaterra (7 de julio de 2005).

³⁶ Principio de legalidad, principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad, de intervención mínima y las garantías del imputado en los procesos como el principio de presunción de inocencia, de un debido proceso, tutela judicial, por citar los mas importantes.

Hablar de esta tendencia, obviamente es hablar de derecho penal del enemigo,³⁷ y es hablar del profesor Günther JAKOBS,³⁸ como su principal representante, quien ha principios del mes de octubre de 1999, en Berlín, Alemania, en el congreso “La Ciencia Penal ante los Retos del Futuro”³⁹ exponía ya sus ideas, que a la postre se iban a desarrollar mas explicativamente,⁴⁰ aunque poco propositiva, respecto de las consecuencias finales de dichos planteamientos.⁴¹ Clasificando como enemigos:

*“... El enemigo es un individuo que, no solo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya en el antiguo delincuente habitual ‘peligroso’ según el §20 del Código Penal alemán) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el trafico de drogas o el ya antiguo ‘complot de asesinato’), es decir, cualquier caso de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por lo tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento...”*⁴²

³⁷ Básicamente, este derecho penal del enemigo propugna por un derecho represivo excepcional y menoscabado de garantías, para aquellas formas de delincuencia que van desde la delincuencia que bien podríamos denominar organizada, hasta la delincuencia clásica, es decir, desde el terrorista o narcotraficante a gran escala, hasta el delincuente callejero, solo por tratarse de individuos que bajo su propia voluntad han decidido autoexcluirse de los valores y las formas de normativización social.

³⁸ Quien al frente de la escuela de Bonn, ha desarrollado sus teorías funcionalistas. Infra este mismo capítulo p. 13.

³⁹ JAKOBS, Günther, *La Ciencia Penal ante los Retos del Futuro*, en ESER, Albin – HASSEMER, Winfried – BURKHARDT, Björn, *La Ciencia del Derecho Penal ante el cambio de Milenio*, Trad. De Teresa MANZO, Francisco MUÑOZ CONDE (Coord.), Valencia, 2004. p. 59

⁴⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, en JAKOBS, Günther – CANCIO MELÍA, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

⁴¹ Ya lo ha dicho el profesor MUÑOZ CONDE: “Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se puedan derivar –y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica-“. Cita de cita numero 3 en MUÑOZ CONDE, Francisco, *De Nuevo Sobre el “Derecho Penal del Enemigo”*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005. p. 28.

⁴² JAKOBS, Günther, *La Ciencia Penal ante los Retos del Futuro*, op. cit. p. 59.

Lo a dicho ya el profesor MUÑOZ CONDE,⁴³ que para un sector de la dogmática jurídico-penal esta adaptación de sus conceptos básicos a las nuevas necesidades político-criminales ha sido la consecuencia inevitable de un planteamiento funcionalista del derecho penal, en el que éste no es más que un subsistema de imputación dentro del conjunto global del sistema social global,⁴⁴ a cuyo equilibrio debe contribuir restableciendo y robusteciendo con la sanción penal del que ha infringido una norma penal la confianza de los demás ciudadanos fieles al derecho.

Es preocupante pues, que las ideas o sistema funcionalista del profesor JAKOBS, comienza a dar ya claras muestras de estarse aplicando en Estados “Democráticos” de derecho, que como se ha venido señalando, es usado cada vez mas por los gobernantes de diversos países, para atacar los altos índices de delincuencia y legitimizar esta violencia, lo que si es un error, es que se pretende por parte de éstos, solventar carencias en política social y económica, con derecho penal, y no cualquier derecho penal, sino con uno parecido a aquel que se refería en la época de nacionalsocialismo el profesor Edmund MEZGER,⁴⁵ quien desde luego aceptaba ya existencia de dos derechos penales, uno para el ciudadano normal –con vigencia de los principios básicos del derecho penal-, y otro para los ciudadanos “especiales” - con la legitimada reducción de garantías- a favor de un idealismo.

La medula de dichas ideas, es que dan la impresión de referirse al derecho penal de autor,⁴⁶ es decir, esta nueva tendencia parece ir dirigida mas a determinados sujetos (no personas) que a los hechos que estos pudiesen realizar, lo que sin duda, nos evoca

⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *De Nuevo Sobre el “Derecho Penal del Enemigo”*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005. p. 15.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *De Nuevo Sobre el “Derecho Penal del Enemigo”*, p. 15.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo, Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacional Socialismo*, op. cit. pp. 139 y ss.

⁴⁶ En su ponencia el Doctor Thomas Vormbaum, dentro del doctorado “Problemas Actuales del Derecho Penal y la Criminología” Bienio 2004/2005, el día 13 de marzo de 2006, en Sevilla, España, sostiene que “...La idea de protección de bienes jurídicos ha conservado un aspecto de la idea de la protección de derecho: su punto de partida es el hecho. Cuando el derecho penal comienza sus reflexiones no en el hecho, sino en el autor, aparece el Derecho penal del enemigo. ...”

inmediatamente al proyecto de Ley de Extraños a la Comunidad⁴⁷ del régimen nazista, que es sin duda, ya un proyecto del que claramente podríamos estar hablando de un derecho penal del enemigo, si se adoptan los criterios ahora replanteados por el profesor JAKOBS.⁴⁸

En conclusión y a modo de sugerencia, me gustaría terminar aplicando la fórmula de que si la historia nos sirve para conocer el pasado, comprender el presente y con ello prevenir el futuro, deberíamos insistir, tomando en consideración esta fórmula, por observar detenidamente el lapso de existencia del régimen nazista, comprender las graves violaciones de derechos fundamentales de los seres humanos y con el evidente fracaso de este régimen, prevenir que en el futuro se pudiesen volver a presentar tales circunstancias, ya lo hemos comentado anteriormente, no nos asustamos de que se quiera mejorar la situación social que en diversos países se ha estado presentando, pero ojo, comentamos que dicha mejoría no debe ser a cualquier precio, no busquemos solucionar con derecho penal aquello que es ajeno al derecho penal.

II. II. La Expansión del Derecho Penal.

El discurso del profesor SILVA SÁNCHEZ,⁴⁹ descansa, a nuestro criterio, en que en la actualidad nuestra sociedad se encuentra identificada por una serie de dificultades, que podríamos decir en el pasado no existían (o en el caso de algunas no tenían la importancia o trascendencia actual), como lo son delincuencia económica, delincuencia organizada, problemas de medio ambiente, etc.; Que al parecer del profesor SILVA SÁNCHEZ, difícil sería combatirlos bajo el esquema del clásico derecho penal; pero no obstante, se exige combatirlos con imperiosa premura, en tal virtud, y desde este punto de vista para algunos juristas, resulta

⁴⁷ El proyecto de Ley de Extraños a la Comunidad para el presente estudio revela una gran importancia histórico-jurídica, en virtud de ser evidentemente, uno de los principales documentos históricos que podrían estarse refiriendo ya claramente a un derecho penal del enemigo.

⁴⁸ JAKOBS, Günther, *La Ciencia Penal ante los Retos del Futuro*, op. cit. p. 59.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, op. cit.

justificada la creación de un nuevo o moderno derecho penal, como lo hemos venido señalando.

Así mismo, el profesor SILVA SÁNCHEZ,⁵⁰ distingue al derecho penal como un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes,⁵¹ a partir de este criterio, justifica a que la expansión del derecho penal obedezca, de algún modo, “a la aparición de nuevos bienes jurídicos –de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes-, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal”,⁵² y el mismo, ve como probables causas de existencia de estos nuevos intereses para el derecho penal, las siguientes:

- La conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían o al menos no con la misma incidencia (ejem. Instituciones económicas del crédito o la inversión).
- El deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días comienzan a manifestarse como bienes escasos, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les daba (ejem. Medio ambiente).
- El incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas (ejem. Patrimonio histórico).

Diversos resultan ser los debates al respecto de la tan nombrada expansión del derecho penal, por una lado, la excesiva propensión expansiva del moderno derecho penal el cual busca la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y se aleja de la protección exclusiva de bienes jurídicos individuales o personales;⁵³ Por otro lado, se considera que este expansionismo penal limita el ámbito de libertad del individuo, rompiendo como

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*, p. 25.

⁵³ Así lo da a entender el propio autor, *infra* pp. 16.

anteriormente advertimos, el principio de intervención mínima del derecho penal. Además de que esta tendencia evidentemente esta substituyendo al principio de bien jurídico por el de proporcionalidad, buscando con ello una evidente auto legitimación.

Por último, trataremos de sistematizar las populares tres velocidades del expansionismo del derecho penal, es así que el profesor SILVA SÁNCHEZ,⁵⁴ entiende que:

La primera velocidad seria aquella en la que se apliquen penas y medidas de seguridad, respetando a ultranza las garantías del individuo (derecho penal clásico⁵⁵);

La segunda seria aquella en la que no habría pena privativa de la libertad, sino mas bien, habría sanciones que consistirían en multa (derecho penal de intervención) y, por ultimo;

La tercera, se contempla la flexibilización de las garantías(derecho penal del enemigo⁵⁶);

A nuestro criterio, cualquier flexibilización de las garantías consagradas en todo estado de derecho, presupone una alteración al mismo, luego entonces, se estaría socavando el estado mismo de derecho, circunstancia, en la que insistimos, no compartimos.

EXCURSO: El Efecto Multiplicador de los Medios de Comunicación y su repercusión en la política - criminal contemporánea.

El presente excursu, lo voy a centrar en la incidencia que un modo u otro los medios de comunicación están causando en la política-criminal que actualmente se viene desarrollando, estos medios de comunicación, sabemos, tienen fines primordialmente informativos –hasta ahí vamos bien-, pero además, hay fines económicos e ideológicos, y ante la obligación de subsistir y alcanzar dichos fines -para ellos es esencial captar lectores en el caso de los medios escritos y audiencia en el caso de los visuales- en muchas ocasiones, de cierta manera, los medios de comunicación ha criterio del profesor ZAFFARONI,⁵⁷ ponen de manifiesto

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Supra* Capítulo I., p. 5

⁵⁶ *Supra* subcapítulo II.I., p. 11

⁵⁷ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *“La creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia”*, Teorías Actuales en Derecho Penal, Editorial AD-Hoc, Buenos Aires, 1998. p. 616.

circunstancias determinadas, elevando muchas veces la alarma social, con la repuesta de los operadores políticos de tratar de normalizar dicha situación sin resolver el problema, utilizando el derecho penal para agravar las penas y sanciones, como elementos tranquilizadores para la sociedad ante tales acontecimientos, que dicho sea de paso, van siempre desproporcionadas a la gravedad del hecho típico en si. Valga un ejemplo de la profesora GARCÍA ARAN,⁵⁸ “...el mismo delito cometido los días de navidad o del mes de agosto tienen repercusiones sociales diferentes, en el mes de agosto los periodistas que no tienen nada que poner en la prensa pueden generar una considerable alarma social , respecto de un delito que a lo mejor se produce el día de la invasión de Irak pasa absolutamente desapercibido...” , es decir, que dos conductas iguales que podrían tener diferente sanción, en función de la alarma social causada por los medios de comunicación, es castigada desproporcionalmente, violando entonces, principios tales como el de proporcionalidad de las penas, por señalar uno de los mas afectados directamente por esta política - criminal oportunista,⁵⁹ que sin embargo, no se puede negar, goza con la aprobación generalizada -o por lo menos en su mayoría- de la sociedad, (visión aportada por los medios de comunicación) este hecho o situación es tremendamente repetitivo en las sociedades “modernas”.

Existe además, un complemento de la formula planteada con anterioridad, aquella que es utilizada por los medios de comunicación y los operadores políticos en tiempo de elecciones,⁶⁰ me explico, muchas veces, estas personas con el objetivo de ganar electores, se sirven de la alarma social causada por los medios de comunicación estableciendo criterios desproporcionados para tranquilizar el miedo social causado, pero con conocimiento en muchas ocasiones, que con tal o cual política - criminal no se esta terminando con el problema,

⁵⁸ Trascrito de la clase ofrecida por la doctora Mercedes GARCÍA ARAN dentro del doctorado “Problemas Actuales del Derecho Penal y la Criminología” Bienio 2004/2005, el día 31 de enero de 2006, en Sevilla, España.

⁵⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana*, op. cit. p. 25.

⁶⁰ Algunos lo suelen denominar derecho penal electorero.

pero muchas veces si consiguen ganar los votos de los sectores, que influenciados por la alarma social causada por los medios y que los hace sentirse probables victimas, aunado a su propuesta de “solución”, es fácilmente factible conseguirlos.

Bibliografía.

- ANITUA, Gabriel y BERGALLI, Roberto, Necesidad de Conocer el Pasado para Enfrentarse al Futuro. Un Relato a partir de una Polémica del Presente, en Revista Penal 13, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán, Nuevo Sistema de Derecho Penal, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José L., El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 06-03, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José L., De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate desenfocado, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 07-01, <http://criminet.ugr.es/recpc/067/recpc07-01.pdf>.
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Ed. Trotta, 2ª Edición, Madrid, 1997.
- GRACIA MARTIN, Luis, Consideraciones Críticas Sobre al Actualmente Denominado Derecho Penal del Enemigo, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 07-02, <http://criminet.ugr.es/recpc/067/recpc07-02.pdf>.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, La Responsabilidad por el Producto, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- JAKOBS, Günther, La Ciencia Penal ante los Retos del Futuro, en ESER, ALBIN – HASSEMER, WINFRIED – BURKHARDT, BJÖRN, La Ciencia del Derecho Penal ante el cambio de Milenio, Trad. De Teresa MANZO, Francisco MUÑOZ CONDE (Coord.), Valencia, 2004.
- JAKOBS, Günther, Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo, en JAKOBS, Günther – CANCIO MELÍA, Manuel, Derecho Penal del Enemigo, Civitas, Madrid, 2003.
- JAKOBS, Gunther, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación Objetiva, Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Protección de Bienes Jurídicos como Limite Constitucional al Derecho Penal”, Quintero Olivares y Morales Prats (Coords.). El Nuevo Derecho Penal Español Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Editorial Aranzadi, Madrid, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo, Estudios en el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2003.

- MUÑOZ CONDE, Francisco, De Nuevo Sobre el “Derecho Penal del Enemigo”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “De la Tolerancia Cero al Derecho Penal del Enemigo”, Instituto Centro Americano de Estudios Penales, Nicaragua, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, T.I., Fundamento de la Estructura de la Teoría del Delito, Trad. De Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conilledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, Civitas, Madrid, 2001.
- WITKER, Jorge, La Investigación Jurídica, Editorial Mcgraw-Hill, México, 1995.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, “La creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia”, Teorías Actuales en Derecho Penal, Editorial AD-Hoc, Buenos Aires, 1998.