

Tema 4 Tendencias actuales en la ciencia penal

Tendencias actuales en la ciencia penal

Sitio: [OpenCourseWare - Universidad de Cádiz](#)
Curso: Introducción al Derecho Penal
Libro: Tema 4 Tendencias actuales en la ciencia penal
Imprimido por: Invitado
Fecha: martes, 20 de diciembre de 2011, 09:04

Tabla de contenidos

[EL ABOLICIONISMO](#)

[EL DERECHO PENAL MÍNIMO](#)

[EL FUNCIONALISMO](#)

[GLOBALIZACIÓN Y SISTEMA PENAL](#)

EL ABOLICIONISMO

Frente a la justificación de la necesidad del Derecho [penal](#), hay que tener en cuenta aquellas otras posturas que están por la abolición del Derecho [penal](#), las doctrinas abolicionistas. El abolicionismo va mucho más allá de la mera reforma del Derecho [penal](#), preconizando la total desaparición del sistema [penal](#), al considerar que no es posible encontrar justificación alguna a su mantenimiento.

Para las tesis abolicionistas el sistema [penal](#) no resuelve los problemas de la criminalidad; estigmatiza a aquellos que caen en la maquinaria [penal](#), y se apropia del conflicto sin dejar lugar a soluciones pacíficas. En consecuencia, la corriente abolicionista pretende abolir la totalidad del sistema de justicia criminal; es decir, los conceptos por él contruidos, las estructuras de poder con las que opera y el Derecho [penal](#) que legitima. Para sustituir el sistema [penal](#) se propone un sistema de arreglo de conflictos con las siguientes características:

- a) La reconstrucción del delito. El delito no tiene realidad ontológica: es una construcción, un producto, un mito. Lo que el sistema [penal](#) define como delictivo son simplemente conflictos o situaciones problemáticas, comportamientos no deseables, pero no por ello actos que tengan que erradicarse, sino sólo tratarse con instrumentos diferentes a lo [penales](#).
- b) La utilización de nuevos conceptos: en lugar de delito y delincuente se utilizan concepto tales como situaciones-problemas y protagonistas o implicados en un conflicto.
- c) La elaboración de un sistema de justicia comunitaria, basado en el modelo de justicia civil-compensatoria, y dirigida a la reconciliación de los implicados en el conflicto.

Críticas a las posturas abolicionistas:

- a) El abolicionismo no presenta alternativas reales y eficaces al Derecho [penal](#). La justicia comunitaria que propone es propia de sociedades primitivas o preindustriales, incompatible con el grado de desarrollo y complejidad alcanzado por las sociedades modernas. Además, la justicia comunitaria puede terminar convirtiéndose -como la experiencia ya lo ha demostrado- en un control mucho más represivo que el estatal y más violatorio de los derechos humanos. La modalidad compensatoria, por su parte, no es aplicable a un importante número de delitos, dejando desamparada en estos casos a la víctima, y excluyendo cualquier juicio de responsabilidad sobre las estructuras sociales. Por último, su propuesta de sustituir la justicia [penal](#) por una justicia civil sólo conseguiría trasladar el problema a otro subsistema del control social, perdiéndose las importantes ventajas que el Derecho [penal](#) representa frente a otros sistemas: distanciamiento entre autor y víctima, que evita la venganza privada; e igualdad de armas en el proceso.
- b) Desde el momento en que no admiten la necesidad del Derecho [penal](#), no contribuyen en nada a la elaboración de un [Derecho penal garantista](#), pues como afirma FERRAJOLI estas doctrinas eluden todas las cuestiones más específicas de la justificación y de la deslegitimación del Derecho [penal](#), menospreciando cualquier enfoque garantista, confundiendo en un rechazo único modelos [penales](#) autoritarios y modelos [penales](#) liberales, y no ofreciendo por consiguiente contribución alguna a la solución de los difíciles problemas relativos a la limitación y al control del poder punitivo.

EL DERECHO PENAL MÍNIMO

Nacida durante los años sesenta y setenta en el contexto italiano, la teoría del garantismo [penal](#) trata de introducir, junto a las exigencias formales, nuevas exigencias materiales, que permitan conciliar el [principio](#) preventivo-general de protección de la sociedad mediante la disuasión de los delincuentes, con los [principios](#) de proporcionalidad y humanidad, por un lado, y de resocialización, por el otro. A pesar de que muchos de los postulados abolicionistas son, a su vez, compartidos por los defensores de un modelo garantista, éstos –a diferencia de aquéllos- entienden que el Derecho [penal](#), si bien ha fracasado en la mayoría de los fines que le han sido asignados, todavía puede servir para cumplir un fin primordial: la minimización de la violencia en la sociedad, “previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas o en otras posibles reacciones informales”.

Precisamente, el reconocimiento de esta doble finalidad preventiva –[prevención](#) de los delitos y de las [penas](#) arbitrarias- es la que vendría a legitimar la necesidad política del Derecho [penal](#) como instrumento de tutela de aquellos bienes que no está justificado lesionar con delitos ni con castigos. Como dice FERRAJOLI, “un sistema [penal](#) –puede decirse- está justificado únicamente si la suma de las violencias -delitos, venganzas y punitivas arbitrarias- que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las [penas](#) para ellos conminadas”.

A partir de estas premisas, el garantismo propone un modelo de Derecho [penal](#) autolimitado en virtud de tres ideas fundamentales. Su humanización, basada en la tajante consideración de la [pena](#) como un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de [penas](#); su configuración como un Derecho [penal](#) mínimo; y su desconexión de las exigencias éticas, que lleva a que sus contenidos se prevean en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de las vigentes concepciones sociales de los bienes a proteger y el sistema de responsabilidad a respetar.

Ahora bien, no toda propuesta garantista –entendiendo por tal aquélla en la que las garantías político-criminales se traen a primer plano- implica, como pretende FERRAJOLI, una legitimación del Derecho [penal](#) en base a consideraciones estrictamente utilitaristas. Para FERRAJOLI el utilitarismo [penal](#) tradicional es, al excluir los castigos inútiles basados en razones morales, la base para construir cualquier doctrina racional de justificación [penal](#) y también para poner límites al poder de castigar. A su juicio, sólo el “utilitarismo [penal](#) reformado” -entendido como “la máxima satisfacción para la mayoría, con el riesgo de mínimas garantías para la minoría”- permite legitimar el Derecho [penal](#) limitando su intervención. Al girar la fundamentación ligada a la utilidad en torno a los fines de la [pena](#), los [principios](#) garantistas cumplen en la construcción del autor italiano una misión puramente negativa. Tales garantías, como subraya DÍEZ RIPOLLÉS, son formulables únicamente en sentido negativo, de forma que bajo los postulados de un Derecho [penal](#) mínimo no se puede, por ejemplo, identificar un sistema de prohibiciones positivo legítimo. El reto consiste, pues, en colocar junto a la teoría de los fines de la [pena](#), en el mismo plano y con el mismo rango, a los [principios](#) garantistas, para que de ese modo dejen de ser meros límites para convertirse en [principios](#) fundadores tan originarios como la teoría de la [pena](#). Y ello sólo se consigue conciliando las ideas de utilidad y validez.

Como medio de control social, el Derecho [penal](#) cumple su función mediante la evitación de los daños o riesgos más graves para bienes fundamentales para la convivencia. El Derecho [penal](#) obtiene, pues, su legitimación, en la medida en que se convierta en instrumento para la salvaguarda de una serie de bienes –que son los bienes jurídicos en cuanto presupuestos básicos de la convivencia social- que no se deben lesionar ni con la realización del delito ni con la intervención

punitiva. En un Estado democrático, la aludida función de protección de bienes jurídicos ha de traducirse en la protección o tutela de los bienes jurídicos de “todos los ciudadanos”, con independencia del lugar que ocupen en el sistema social, y con independencia, también, de que sean potenciales delincuentes o potenciales víctimas.

Así entendida, la función de protección de bienes jurídicos no se realiza únicamente con la [prevención](#) de los delitos. Junto a ello, el Derecho [penal](#) debe asumir otra función preventiva, ahora de signo negativo, cual es la [prevención](#) de la propia violencia punitiva del Estado manifestada en las [penas](#) arbitrarias o desproporcionadas.

Los fines de protección y los fines garantistas no son, pues, finalidades contrapuestas. Y, en consecuencia, los [principios](#) que fundamentan y legitiman al Derecho [penal](#) no pueden ser clasificados en función de si sirven al fin de protección o al fin garantístico. Los [principios](#) informadores del Derecho [penal](#) nacen, como subraya DÍEZ RIPOLLÉS, no de la separación entre utilidad y validez, sino precisamente de su intersección.

EL FUNCIONALISMO

De entre las corrientes funcionalistas que surgen a partir de los años “sesenta” es de destacar, en cuanto supone una nueva manera de fundamentar el sistema [penal](#), el modelo funcionalista de Derecho [penal](#) propuesto en Alemania por JAKOBS. La aplicación de la teoría sistémico-funcionalista al Derecho [penal](#) ha afectado a los tres planos en los que se desarrolla el discurso [penal](#): 1) en el plano técnico jurídico, referido a la dogmática del delito, mediante la radical [normativización](#) de los criterios de [imputación](#); 2) en el plano político criminal, relativo al objeto y a la finalidad de la tutela [penal](#); 3) y en el plano ideológico, concerniente a la fundamentación y a la legitimación del sistema [penal](#).

a) La vigencia de la [norma](#) como función del Derecho [penal](#).

Siguiendo los postulados de la sociología de sistemas de LUHMANN -en la que el Derecho se concibe como un subsistema orientado a la estabilización del sistema social, de orientación de las acciones y de estabilización de las expectativas-, el centro de atención se desplaza a la “confianza institucional”. En este sistema la función de las [normas](#) -en tanto estabilización de expectativas-, es independiente de su contenido. De ahí se deriva que la violación de la [norma](#) sea siempre socialmente disfuncional, pero no tanto porque resulten lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino por cuanto es puesta en discusión la validez misma de la [norma](#), y con la confianza institucional garantizada por la misma.

Desde esta perspectiva, el Derecho [penal](#) aparece como un subsistema dirigido a garantizar la confianza institucional mediante el restablecimiento de la vigencia de la [norma](#) cuestionada por el delito. En este sentido afirma JAKOBS que la tarea del Derecho [penal](#) no puede consistir en impedir la lesión de bienes jurídicos. Su función es más bien, reafirmar la vigencia de la [norma](#), debiendo equipararse a tal efecto vigencia y reconocimiento. Consecuente con esta nueva función del Derecho [penal](#), el [principio](#) del delito como lesión de bienes jurídicos es reemplazado por el [principio](#) del delito como expresión simbólica de infidelidad al ordenamiento jurídico. Y la idea de [prevención](#) general y especial es sustituida por la del “ejercicio del reconocimiento y fidelidad a la [norma](#)”.

b) El restablecimiento de la confianza institucional como fundamento y legitimación del sistema [penal](#).

De acuerdo con lo anterior, el fundamento del Derecho [penal](#) no ha de buscarse ya en la tutela de bienes jurídicos, sino, ante todo, en la función simbólica del ordenamiento [normativo](#), entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua. La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la [norma](#) en su confianza, y en esta medida la [pena](#) tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la [norma](#).

Desde esta perspectiva, el delito deja de ser la puesta en peligro de un bien jurídico para pasar a ser una amenaza a la integridad y a la estabilidad social, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho. También la [pena](#) aparece, a su vez, como una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito cuya función es el restablecimiento de la confianza institucional violada por el delito.

Críticas de las posturas funcionalistas:

En primer lugar, la teoría sistémica-funcionalista incurre en la denominada falacia [normativista](#), al pretender derivar de las funciones que efectivamente cumple el Derecho [penal](#) (ser), los fines justificadores del mismo (deber ser). Así, acreditan como fines o modelos a seguir lo que sólo son funciones o efectos realizados de hecho.

A su vez, la funcionalización de todo Derecho [penal](#) con relación a un sistema social ideal –del que

se desconocen sus características concretas, y lo que es más importante, su grado de violencia- sólo es capaz de proporcionar una justificación apriorística y abstracta del Derecho [penal](#). Y en la medida en que por ello es compatible con cualquier modelo de [política criminal](#), no permite mantener una actitud crítica frente a la arbitrariedad, los excesos y los errores.

Como afirma MUÑOZ CONDE, “la teoría sistémica representa una descripción aséptica y tecnocrática del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración, y mucho menos, una crítica del sistema mismo. Esta legitimación tecnocrática del funcionamiento del sistema punitivo resulta coherente, como afirma BARATTA, con la concepción del individuo como portador de la respuesta simbólica, y no como destinatario y fin de una política de reinserción social.

Lo abstracto e indeterminado del fin asignado al Derecho [penal](#) –estabilización de la [norma](#)– además de imposibilitar justificaciones –y lo que es más importante– deslegitimaciones parciales y/o de sistemas concretos, conduce, en opinión de SCHÜNEMANN, a un sistema cerrado en el que inevitablemente se produce una argumentación tautológica o circular en la que se pierde cualquier oportunidad de establecer límites a la intervención [penal](#).

Por último, y desde los criterios que han de regir una teoría justificacionista del Derecho [penal](#), quizá la crítica más contundente haya de ir dirigida al hecho de que sólo tome en consideración los eventuales efectos positivos que del ejercicio de la función [penal](#) puedan derivarse para la integración social y el restablecimiento de la confianza institucional. Y así, al desconocer –o despreciar– los altos costes sociales y gravísimos efectos que, sobre la integración social y la confianza en las instituciones, de hecho tiene el Derecho [penal](#), olvida que el coste social de las [penas](#) y más en general de los medios de [prevención](#) de los delitos, puede ser superior al coste mismo de las violencias que trata de prevenir. Y en ese caso, el sistema [penal](#) que se pretende justificar queda deslegitimado.

GLOBALIZACIÓN Y SISTEMA PENAL

La globalización, y más concretamente la idea de un mercado global, es el eje sobre el que gira todo un nuevo orden social en el que la política mundial es un mero instrumento a favor de los poderes económicos. Es el propio orden social y económico, con su incapacidad para establecer los necesarios equilibrios políticos y sociales y de prestar la atención debida a los nuevos problemas globales, el que contribuye a la creación de un vacío de poder democrático favorecedor de situaciones de exclusión, y por supuesto, de la aparición de actividades ilegales en el ámbito de la economía. Las mafias y los negocios ilegales internacionales se están convirtiendo en verdaderos poderes económicos.

El carácter primordialmente económico y organizado de la criminalidad de la globalización, y la asignación al Derecho [penal](#) de cometidos fundamentalmente prácticos, en el sentido de una mayor eficacia, en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional podría amenazar, como advierte SILVA SÁNCHEZ, con una expansión del Derecho [penal](#) acompañada de la consecuente flexibilización de las categorías y relativización de los [principios](#). Ante la amenaza que la expansión del Derecho [penal](#) supone para las garantías consolidadas en nuestros sistemas [penales](#), HASSEMER propone en Alemania una redistribución formal de lo ilícito mediante la institución de un nuevo ordenamiento sancionador, al que denomina “Derecho de intervención”.

En la ciencia [penal](#) española, y en una línea muy similar a la seguida por el profesor alemán, SILVA SÁNCHEZ plantea la posibilidad de un Derecho [penal](#) -de segunda velocidad- aplicable a los delitos económicos y de riesgo. Se trataría, como el propio autor expone, de un Derecho [penal](#) más alejado del núcleo de lo criminal caracterizado por la imposición de [penas](#) más próximas a las sanciones administrativas y la flexibilización de los criterios de [imputación](#) y de las garantías político-criminales.

No obstante, el Derecho [penal](#) ha de ser uno en todo conforme con las exigencias del Estado de Derecho; conformidad que, como advierte GRACIA MARTÍN, “se realiza en un grado tan absoluto que la misma no admite excepciones ni una mínima relativización.

Pero, para el Derecho [penal](#), el fenómeno de la globalización no significa solamente la necesidad de hacer frente a un nuevo tipo de delincuencia organizada. Tomar en su conjunto las relaciones Derecho [penal](#)-globalización supone, asimismo, analizar otros fenómenos que también se producen en las esferas cultural y jurídica de las sociedades, y que si bien son parciales, forman parte o son consecuencia de la misma globalización.

Por una parte, la instauración de un “mercado mundial”, con el redimensionamiento de los poderes que ello ha supuesto, implica que el panorama sociológico existente en muchos países desarrollados sea un panorama de gran complejidad que presenta no pocas contradicciones. El sistema de la competencia global tiene efectos sociales que no son precisamente de homogeneidad sino de heterogeneidad, esto es, de multiplicaciones de las divisiones sociales, de zonas integradas que generan situaciones de hegemonía social y económica, zonas de vulnerabilidad que no generan ninguna hegemonía económica y social y zonas de exclusión que generan estigmatización económica y social.

La globalización, lejos de constituir una palanca de ampliación de estrategias [penales](#) de aplicación igualitaria, consagra la desigualdad, sobre todo como efecto de procesos de desregulación cuya consecuencia fundamental es la impunidad del poderoso en entornos débiles. Acorde con este nuevo orden social, en las importantes reformas del Derecho [penal](#) que se han llevado a cabo en nuestro país cabe destacar el reconocimiento de la responsabilidad [penal](#) de las personas jurídicas, que hasta la reforma de la [ley](#) 5/2010 sólo cabía imponerles unas consecuencias jurídicas pero accesorias a un delito cometido por una persona física, y a criterio judicial.

Por otra, determina la incapacidad del sistema [penal](#) para controlar las nuevas relaciones sociales. Frente a ello, el Estado criminaliza los conflictos sociales y organiza el sistema [penal](#) en torno a la exclusión y a la punición, hasta el punto de crear alarma social para convertirse así en fuente de consenso en torno a las instituciones, previniendo de este modo cualquier eventual disenso político.

La situación anteriormente descrita incide a su vez en la función que, como mecanismo de control social, está desempeñando *de facto* el Derecho [penal](#). Conlleva la deslegitimación del Derecho [penal](#), y la reivindicación de su función simbólica.

Así, frente a la finalidad legítima del Derecho [penal](#) consistente en la protección de bienes jurídicos (función instrumental), se viene imponiendo el reconocimiento de que el Derecho [penal](#) cumple, *de facto*, una función simbólica. Se dice que el Derecho [penal](#) desempeña una función simbólica cuando su utilización tiene como principal –y a veces único- efecto el de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, dirigidos en última instancia a sugerir una eficacia estatal en la resolución de los conflictos que no es tal en la realidad. En cuanto que la legislación simbólica no se oponga al logro de la función instrumental propia del Derecho [penal](#), no plantea mayor problema. Las objeciones se plantean, sin embargo, cuando se intenta legitimar el Derecho [penal](#) desde su función simbólica –confundiéndose fines y funciones, ser y deber ser-; o, cuando los efectos simbólicos, afectan negativamente a la tutela real de los bienes jurídicos.

Cuando, además, se utiliza deliberadamente el Derecho [penal](#) para producir un mero efecto simbólico en la opinión pública y no para proteger con eficacia los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, la función del Derecho [penal](#), como dice GARCIA-PABLOS “se pervierte”. Se introducen disposiciones excepcionales, a sabiendas de su inútil o imposible cumplimiento, y, a medio plazo desacredita al propio ordenamiento, minando el poder intimidatorio de sus prohibiciones. El déficit de tutela real de bienes jurídicos es compensado por la creación, en la ciudadanía, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: las [normas](#) continúan siendo violadas, la sensación de inseguridad crece, y todo ello termina justificando un mayor, y sobre todo, innecesario rigor punitivo.