

El derecho penal *ad hoc*

Martha Cristina Daniels Rodríguez*

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2^a ed. revisada y ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, 167 p.

La visión de Silva Sánchez está perfectamente definida en el título de su obra. Sostiene que el derecho penal se está expandiendo y que esta expansión responde a decisiones de política criminal, inducidas por las nuevas características del mundo globalizado. Estas características obligan a los países a re-evaluar la importancia de proteger por la vía penal ciertos bienes jurídicos, cuya escasez era difícil imaginar en el pasado, y pone como ejemplo el medio ambiente.

La expansión, de acuerdo al autor, se da en dos vertientes: por un lado el endurecimiento de penas (particularmente de las que implican privación de libertad) y, por el otro, la incorporación en el catálogo penal de conductas diferentes. Esto en un afán de tutela, como dije, de lo que parecieran ser nuevos bienes jurídicos.

En su obra, el autor explica la manera en que diversos factores, tanto sociales, como jurídicos y políticos, inciden en la respuesta que el derecho penal ha dado a la percepción de inseguridad por parte del ciudadano. Nos recuerda que vivimos en una sociedad del riesgo y que asumimos ciertas contingencias como tolerables a cambio de los avances científicos y tecnológicos de nuestra época; sin embargo, este riesgo aceptable tiene un límite y es entonces cuando aparece el derecho penal, como respuesta al exceso de lo que se considera razonable.

Se cuestiona el hecho de que la expansión se dé en derecho penal, toda vez que, para responder a estos riesgos, lo lógico sería una expansión del derecho de

* Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. Becaria CONACYT 180669 para estudios de doctorado.

policía y no necesariamente del derecho penal. Considera a los medios de comunicación parcialmente responsables de esta percepción continua de exposición a un daño.

El libro está escrito de manera clara, amena y sistemática, aunque ciertamente se enfoca a lectores familiarizados con el derecho penal y la política criminal, ya que se requieren ciertos conocimientos previos para entender algunos de sus planteamientos. Utiliza un lenguaje especializado en gran parte de su texto.

Nos habla de un derecho penal de la globalización, que evitaría la existencia de “paraísos jurídico-penales”; sin embargo, él mismo acepta que este derecho se enfrenta a una serie de barreras que impiden su existencia: dificultades constitucionales y el ejercicio del *ius puniendi* (a nivel legislativo y jurisdiccional) exclusivo de cada nación. Por lo tanto, él se pronuncia por la aceptación y aplicación de tratados internacionales, intentando que sean lo más homogéneos posible.

Silva Sánchez hace una crítica a la explicación funcionalista del derecho penal, tanto de Roxin como de Jakobs, argumentando, del primero, la imposibilidad de tener reglas claras en la determinación de los bienes jurídicos que requieren de tutela penal, llegando a la conclusión de que se trata de bienes arbitrariamente seleccionados.

Al funcionalismo extremo, postulado por Jakobs, le hace la misma crítica, no ya en relación a la dificultad de determinar los bienes que deben estar sujetos a protección jurídica, sino a la misma dificultad de determinar las situaciones que debieran estar previstas en las leyes penales; es decir, bajo qué parámetros es viable definir la inclusión o no de ciertas conductas que harán que esa ley se convierta obligatoria y, por lo tanto, que deba ser vigilado su cumplimiento y sancionada su vulneración.

Silva Sánchez incluye en su texto la referencia a “dos velocidades” del derecho penal. La primera se refiere a las características del derecho penal tradicional, en el que se sancionan conductas individuales cuya responsabilidad puede ser objetivamente imputada; se trata de un derecho penal garantista que protege, en última instancia, bienes jurídicos considerados importantes.

La segunda velocidad se refiere a un derecho penal menos liberal en donde los principios tradiciones tienen que irse modificando y adaptando a las nuevas formas de criminalidad. La posibilidad de que las personas jurídicas colectivas

puedan delinquir es sólo uno de los ejemplos que el autor menciona con relación al cambio de necesidades que el derecho penal debe enfrentar.

Finalmente, Silva Sánchez se pregunta sobre la posibilidad de una tercera velocidad en el derecho penal, que plasmaría lo que Zaffaroni menciona como un derecho penal del enemigo. Bajo esta visión, se aplicarían (y, de hecho, el autor sostiene que se aplican en la actualidad) dos derechos penales: uno para ciudadanos (con todas las garantías que esto supone) y otro para los que se consideran enemigos (para los nuevos tipos de criminalidad organizada). En este sentido, se sancionaría no únicamente la comisión de un delito, sino su mera posibilidad; ya no se estaría castigando el hecho, sino al autor.

El catedrático justifica la existencia de un derecho penal del enemigo, siempre y cuando éste aplique sólo sanciones que no impliquen la privación de libertad. Esto, personalmente, lo considero como una utilización inútil del derecho penal; es decir, para qué incluir en los códigos penales conductas que podrían ser ubicadas (porque la sanción sería la misma) en catálogos administrativos, fiscales o de otra índole, que no involucren al derecho penal.

Silva Sánchez prevé esta objeción y nos indica que la relevancia de incluir estas conductas en leyes penales, aunque la sanción no sea de privación de libertad, es el estigma que esto supone. Él considera que la sanción ética que conlleva el seguir un procedimiento ante tribunales penales, contribuye al castigo del sujeto y, por eso, defiende la postura de utilizar la vía penal para sancionar conductas que atenten contra la economía o el medio ambiente, por ejemplo, cuando la pena no sea corporal.

Debemos recordar que el contexto del que habla el autor es otro; quizá en Europa, particularmente en España, el estigma de una sanción penal influya en el comportamiento de sus ciudadanos; sin embargo, considero que en México, para algunas personas, lo que sería más importante es la sanción y no la vía a través de la cual ésta se aplique; es decir, podríamos preferir una multa de 100 pesos determinada por un juez penal, a una multa de 1000 pesos establecida por una autoridad administrativa.

Aunque comparto la mayor parte de las ideas plasmadas en el texto, no coincido con el autor en lo que se refiere la flexibilización de principios de derecho penal, para que pueda ser utilizado en la sanción de conductas derivadas del proceso globalizador.

Lo anterior porque estaríamos hablando de varios derechos penales, dependiendo del autor y de las circunstancias especiales del caso. No niego que las nuevas tecnologías y las nuevas posibilidades de criminalidad exigen respuestas por parte del derecho. Lo que no me convence es que estas respuestas deban darse bajo el paradigma del derecho liberal garantista. Ahora que, si se van a cambiar las reglas tradicionales bajo las cuales ha funcionado el derecho penal, éstas deberían modificarse para todos los delitos en igualdad de circunstancias de los autores; de otro modo, deberíamos encontrar mecanismos que permitan sancionar, de manera diversa al derecho penal, conductas que, si bien, vulneran bienes jurídicos, no pueden ser sancionadas penalmente sin vulnerar principios garantistas.

Resumiendo: considero preferible acogerse a los principios tradicionales del derecho penal utilizando otro mecanismo legal para sancionar conductas derivadas de las nuevas posibilidades tecnológicas y de comunicaciones, que considerar la existencia de un derecho penal *ad hoc* para cada situación, tomando en cuenta, además, que su aplicación está expuesta a la valoración de los juzgadores, lo que le exige tener reglas definidas, consistentes y lo más completas posible.