

LA CRISIS DEL DERECHO PENAL*

CARLOS KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER

Ministro de la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema de Chile

SUMARIO: Desarrollo de las ideas del autor sobre el estado actual y futuro del Derecho Penal, desde un punto de vista crítico, basado en un concepto clásico de Derecho Penal.

PALABRAS CLAVE: Crisis - siglo XXI - Derecho Penal clásico - Derecho Penal moderno

En el Derecho Penal surgido de la Ilustración aparece como misión esencial el cumplimiento de una finalidad garantística, se trata de poner coto a la arbitrariedad del poder absoluto y establecer desde bases de legitimidad democrática, los presupuestos formales y materiales de la injerencia del ordenamiento punitivo en la vida social. La doble función del Derecho Penal –protectora preventiva y garantística– ha sido reconocida cada vez más ampliamente por la doctrina contemporánea. El gran defensor del Derecho Penal mínimo, Luigi Ferrajoli, sostiene que la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos, no tutela solamente a la persona ofendida por el delito, del mismo modo protege al infractor de las reacciones sociales informales, públicas o privadas. En esta perspectiva, la pena mínima necesaria, única proclamada como legítima por la Declaración de los Derechos y Deberes del hombre y del ciudadano, no es únicamente un medio, es ella misma un fin, el de la minimización de la reacción violenta contra el delito. Viene al caso recordar que von Liszt denominó al Derecho Penal la Carta Magna del delincuente.

En y con el sistema penal llamado clásico, de nítidas bases y precisos límites normativos –por ejemplo, el principio de legalidad– han laborado todas las generaciones de penalistas –incluidas las de quienes lo han atacado– sobre todo, desde comienzos del siglo XX, con la difusión de la teoría del delito de Beling, perfeccionada posteriormente por tantas brillantes figuras de nuestra ciencia, que sin duda influyeron en el surgimiento y desarrollo del Derecho Penal chileno, que en pocos años ha tenido que lamentar la pérdida de destacados maestros.

Sin perjuicio que los afanes irreales de las tendencias abolicionistas del derecho penal –caracterizadas por Ferrajoli como utopía regresiva– han fracasado hasta ahora, no cabe duda que la nave del *ius puniendi* se abre paso hace tiempo

*Clase Inaugural del Magíster en Derecho Penal de la Universidad Finis Terrae, dictada el 9 de mayo de 2014.

en un mar embravecido, agitado por fuertes vientos indiciarios de tormenta, que han sido impulsados y soplan desde el propio Derecho Penal. El concepto crisis ha encontrado hace ya varias décadas un sitio destacado en el lenguaje penal y político criminal y aplicado al irrenunciable sistema normativo de control social formal, es fuente, por una parte, de profundas inquietudes y crecientes dudas sobre lo existente y, por la otra, de diversas propuestas orientadas a la creación de un Derecho Penal que se distancie notoriamente del “bueno, viejo y decente Derecho Penal liberal” y que acaso termine por desplazarlo totalmente.

La afirmación de que el Derecho Penal se halla en crisis se ha convertido desde hace ya varias décadas en un auténtico lugar común, por ello, es frecuente que los autores que se refieren al Derecho Penal o a la Política Criminal contemporáneos, comiencen abordando los motivos, la concreta configuración de la referida crisis y sus consecuencias.

La crisis ha sido calificada por Silva Sánchez como un estado connatural al Derecho Penal, en cuanto conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego inmanente al Derecho Penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho. El mismo autor estima que es inevitable que la institucionalidad, a través de la cual se canalizan las pretensiones punitivas de la sociedad, no alcance nunca una cómoda estabilidad, sino que se mantenga permanentemente en una situación provisional. En su prólogo a la edición española del libro “La insostenible situación del Derecho Penal”, que contiene valiosos aportes de profesores del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Frankfurt, publicado el año 2000, descriptores de la decepción de la ciudadanía ante el Derecho Penal de nuestro tiempo, el tratadista español señala que la coyuntura en la que se mueve el Derecho Penal en los últimos diez años es una de las más graves, pues compromete los rasgos definitorios de su propia identidad. En efecto, no se trata de la convicción de que es preciso someter a constante análisis el ejercicio del *ius puniendi* para resolver sobre sus posibles limitaciones, lo que ha constituido la idea rectora de la comprensión del Derecho Penal ilustrado por parte de los penalistas. Al contrario, se trata precisamente de una crisis derivada de la tensión expansiva a que se está sometiendo al Derecho Penal para que éste se encuentre supuestamente en condiciones de afrontar con éxito y de forma expeditiva la misión de lucha contra una criminalidad cuyo aumento en cantidad y dañosidad se denuncia.

Para algunos, el Derecho Penal se hallaría en una crisis de crecimiento, a la espera de su afianzamiento como instrumento social eficiente. Sin embargo, en tanto ello no se produzca, su situación sería insostenible por su inadaptación al actual estado de desarrollo socioeconómico, insostenible por su idealismo ingenuo, anclado en el liberalismo, insostenible, por su arcaísmo, su formalismo, su lentitud, sus irritantes limitaciones prácticas. Así, la insostenible situación del Derecho Penal constituiría precisamente la consecuencia esencial del proceso de modernización fragmentaria y contradictoria que ha de experimentar el sistema punitivo en esa

maduración supuestamente necesaria para su adaptación a las exigencias de las sociedades modernas.

Esta situación crítica de nuestra disciplina, que tiene caracteres de permanencia, revela que –como apunta Quintero Olivares– en la historia del Derecho Penal y de la imagen de los temas diversos que con él se relacionan, es cierto que nunca ha habido un momento de plenitud positiva, sino que, en el mejor de los casos, el sistema penal se ha considerado más o menos eficaz y más o menos respetable, calificación que de paso se otorga a los que lo aplican y enseñan. Esto se puede resumir en una idea simple: para un penalista la insatisfacción ha de ser su estado de ánimo natural. Las razones son múltiples, por lo que puede señalarse como explicación última la de que el problema penal pertenece a la vez al Derecho Penal, a la Filosofía del Derecho, a la Filosofía general, a la Sociología, a la Política.

Gossel afirmó hace ya varios años que a primera vista el Derecho Penal se presenta como un edificio dogmático perfectamente homogéneo y ordenado. Fundado a comienzos del S. XX por Beling, actualmente, gracias a la contribución de extraordinarios arquitectos del derecho, parece estar cerca de su culminación. No obstante, la apariencia de perfección proporciona una imagen falsa. A pesar de que durante largo tiempo nos hemos sentido cómodos en este edificio dogmático, la realidad es que él contiene un gran número de importantes problemas que requieren ser solucionados y en relación a ellos han fracasado los esfuerzos de la dogmática. Entre estos problemas, aún pendientes de solución satisfactoria, pueden citarse la culpabilidad –entendida como reprochabilidad normativa por una decisión libre contra el derecho– los delitos de omisión impropia, el error de prohibición, la anticipación de la tutela penal, los delitos de peligro abstracto, las sanciones penales a las personas jurídicas. Pero las grietas que debilitan la estructura del edificio dogmático clásico, no se detienen en la mera superficie de determinados temas puntuales, que podrían ser resueltos con mayor o menor esfuerzo por una doctrina no autoritaria y respetuosa de la discrepancia. Se tiene la impresión –inquietante por cierto– de que son los propios cimientos del edificio penal los que amenazan ceder y provocar ruina.

Quintero Olivares ha escrito un libro con el título “¿A dónde va el Derecho Penal? Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles”. Polaino Navarrete ha formulado la interrogante “¿Más Derecho Penal?”, al escribir sobre la controvertida legitimación del Derecho Penal en las sociedades modernas. Quien les habla ha contribuido al Libro Homenaje al Profesor Eduardo Novoa Monreal con un trabajo cuyo título es “Política Criminal: ¿Quo Vadis?”. Claus Roxin ha intitulado un artículo suyo, aparecido en la publicación española Poder Judicial, “¿Tiene futuro el Derecho Penal?” y, advirtiendo que tal pregunta está plenamente justificada, señala que en ningún caso es tan cierta una respuesta afirmativa como en otros órdenes culturales, pues ciertamente el Derecho Penal es una institución social muy importante, que asegura la paz en el seno del Estado y una mínima

justa distribución de bienes. Así proporciona al individuo el presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad que pertenece a lo esencial de un Estado social de derecho. El maestro germano puntualiza que, a la inversa de lo que ocurre en otras tendencias culturales, como la literatura, el arte o la música y también en numerosas ciencias, como la arqueología y la medicina, que portan su valor en sí mismas y apenas necesitan de justificación alguna, de tal forma que todo el mundo apostaría por su futuro, esto es distinto en el Derecho Penal, no todo el mundo apostaría por su futuro; incluso, quienes le desean y profetizan un largo futuro deberán reconocer siempre que la justicia penal es quizás, en cierta medida, un mal necesario y por ello requerible, pero en todo caso es un mal. Muchos ciudadanos, no siempre culpables, se ven sometidos a medidas de persecución extremadamente graves, social y psíquicamente, la estigmatización de los condenados reduce a re-clasificaciones y marginaciones sociales, que no pueden ser deseadas en un Estado social de derecho que tienda a la integración y a la evitación de la discriminación. Tal parece que el sistema penal, a pesar de ser una institución social muy importante, por emplear para la obtención de sus fines un instrumento que es, en esencia, un mal que lesiona bienes jurídicos fundamentales de otros –una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como los hombres (así describe a la pena el Proyecto Alternativo Alemán de 1966)– y provoca muchos sufrimientos, necesita obtener permanentemente una justificación de su intervención coactiva en la vida social, tanto en el presente como en el futuro. Este carácter de mal, propio de la pena, no desaparece por mucho que procuremos limitar y contener el *ius puniendi* estatal, caracterizándolo como fragmentario y subsidiario, sometiéndolo al imperio de principios cardinales como intervención penal mínima, *extrema ratio*, lesividad, proporcionalidad, subsidiariedad, culpabilidad. La legislación contemporánea suele hacer tabla rasa de estos postulados limitativos del poder penal del Estado, cuando, por ejemplo, sanciona en nuestro Código el hurto falta frustrado, haciendo excepción a la razonable declaración del artículo 9º del Código Penal o cuando castiga como consumado un delito cuya ejecución no ha alcanzado esa etapa.

De estas caracterizaciones del instrumento penal deduce Roxin que podría ser preferible para la sociedad que los resultados atribuibles al sistema penal se pudiesen lograr de una forma pactada socialmente y menos afflictiva para el individuo. El Derecho Penal se presenta entonces como una institución necesaria y por ello establecida históricamente en una sociedad poco desarrollada, pero una institución que se ha de superar, que gozaría de un largo pasado, pero ya no tendría ningún gran futuro. Al respecto tengamos presente que en la primera mitad del S. XX Radbruch auguraba que la evolución del Derecho Penal superaría un día al Derecho Penal y llevaría a un derecho preventivo y corrector, que sería mejor, también más inteligente y más humano que el Derecho Penal.

Hace más de tres décadas, el connotado penalista español Enrique Gimbernat presentó a la consideración de sus pares la siguiente interrogante: ¿Tiene un fu-

turo la dogmática jurídico-penal? como corolario de su tesis que postuló el total abandono de la culpabilidad como fundamento y medida de la pena y su reemplazo por consideraciones eminentemente preventistas.

El discurso del Derecho Penal clásico o liberal surgido en el S. XIX y en y con el cual todos los asistentes nos hemos educado en distintos momentos, viene siendo criticado ácidamente —e incluso despreciado— desde la década de 1960. Lo que comenzó como la crisis de la culpabilidad, conocida también como el adiós a Kant y Hegel, y que cuestionó esa categoría entendida como reprochabilidad por el acto típico y antijurídico que el agente tuvo la chance de no ejecutar, actuando de manera distinta y ajustada a derecho, se ha desarrollado y proyectado con singular fuerza, sobrepasando el debate en torno a dicho tema específico. La crisis, esto es, una situación dificultosa o complicada, por cuanto se duda de su continuación, modificación o cese, se irradia al Derecho Penal en sí mismo, en cuanto medio formal del control social estatal situándose en el centro neurálgico de una nueva y mucho más compleja controversia, que llama a revisar y, eventualmente, rediseñar íntegramente las fundaciones y estructuras del cómodo edificio dogmático aludido por Gossel y a guarnecerlo con otro mobiliario dogmático, que a su vez habrá de influir en las decisiones político-criminales.

La tensión entre el Derecho Penal clásico —el “bueno, viejo y decente Derecho Penal liberal”— y el denominado Derecho Penal nuevo, necesario para enfrentar los conflictos penales de la sociedad del riesgo, es una realidad indesmentible. El Derecho Penal de la sociedad del riesgo o Derecho Penal de la seguridad, destinado a operar en la moderna sociedad posindustrial —caracterizada por el incremento de riesgos tecnológicos cuyos actores son seres humanos— se vincula a las acuciantes necesidades de seguridad requeridas por las complejas relaciones individuo-Estado que caracterizan al colectivo social de nuestro tiempo y cuya satisfacción sólo pareciera ser factible a través de la tutela penal, ojalá lo más anticipada posible y que para ser eficiente resulta indispensable que se distancie de los formalismos y las ataduras garantistas clásicas y sea más flexible, menos rígido, menos formalista. Hay que obtener resultados que demuestren a la ciudadanía, a través de los medios de comunicación, la eficiencia del sistema penal, esto es, su aptitud o idoneidad para asegurarle tranquilidad y seguridad, control y derrota del delito y de los delincuentes.

El Derecho Penal moderno, en cuanto modelo punitivo distinto del clásico o liberal, aparece como un triunfo generado por la tensión entre dos demandas frecuentemente contrapuestas, de utilizar, por una parte, el Derecho Penal como instrumento principal para evitar el mayor número posible de comportamientos indeseables gravemente perturbadores y, por otro lado, atribuirle el carácter de intervención estatal subsidiaria y de *última ratio*, confrontación que no sólo no encuentra un punto de equilibrio ampliamente consensuado, sino que se intensifica y, de manera especial, resulta cada vez más difícil esperar su conciliación

en el seno de las tendencias político-criminales y legislativas, que caracterizan la actual evolución del Derecho Penal con un principio limitativo tan fundamental y defendido con especial vigor, como el de intervención penal mínima, que se halla enfrentado a supuestas necesidades de reinterpretación, vinculadas a la opción contrapuesta, Derecho Penal máximo.

Hemos escrito sobre sociedad del riesgo y Derecho Penal *ad hoc*, conceptos sociológico-jurídicos que se unen para dar partida de nacimiento a una estrategia penal y político-criminal que pueda brindar un tratamiento adecuado a las conductas criminosas surgidas en este nuevo escenario de actuación del control social formal estatal, cual es la sociedad del riesgo, en la que según Ulrich Beck, sociólogo alemán, se desenvuelve actualmente la vida del hombre y en la que los peligros decididos y producidos socialmente exceden los límites de la seguridad. Junto a ello la demanda de control de los riesgos no se plantea aisladamente sino en forma masiva. En la sociedad actual se producen dos importantes efectos entrelazados –por un lado, el aumento y la dispersión de las opciones y, por otro, el crecimiento y propagación de los peligros.

Silva Sánchez describe muy claramente en su obra *La Expansión del Derecho Penal*, las características de la sociedad actual. Por un lado, la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad, teniendo este extraordinario avance de la técnica directas repercusiones en un incremento del bienestar individual. De otro lado, están las repercusiones negativas de ese gran desarrollo, entre las que resaltan los riesgos de procedencia humana, que amenazan relevantes bienes jurídicos, ya no sólo en la forma de las clásicas agresiones individuales. En otras palabras, lo que gravita es el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos están expuestos provengan precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos, riesgos para el medio ambiente o para los consumidores o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etc. Frente a estos riesgos los afectados actuales y potenciales demandan masivamente un control efectivo y palpable de las amenazas a que los ciudadanos están expuestos, control cuya realización se pretende asignar –y ya se ha conseguido– a un Derecho Penal caracterizado como expansivo, cuyas principales connotaciones son una tendencia claramente dominante de introducir nuevos tipos penales, así como de agravar los existentes, reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho Procesal Penal; creación de nuevos bienes jurídico-penales, anticipación de la tutela penal, excesiva utilización de los delitos de peligro abstracto, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía.

La huida selectiva hacia el Derecho Penal se aprecia, p. ej., en la Exposición de Motivos del Código Español de 1995, que alude a la existencia de una antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela

en una sociedad cada vez más compleja, antinomia que ha llevado al legislador a dar acogida a nuevas formas de delincuencia y a incrementar en general las penas imponibles a los delitos ya existentes.

Como señala Blanca Mendoza Buergo, no se trata sólo de la ampliación cualitativa que lleva a definir nuevos comportamientos penalmente relevantes o del aumento puramente cuantitativo de la reacción punitiva, sino de un desarrollo que se produce en un contexto más amplio en el que destacan distintos rasgos que tienen en común su carácter expansivo y una inclinación a la anticipación de la intervención penal, auspiciada por demandas crecientes de seguridad, cuya satisfacción se cree poder obtener —únicamente— a través de una más amplia y más intensa protección penal y de la consecución por estos medios, de mayor eficiencia en la respuesta penal. En síntesis, se trata de obtener más intervención del Derecho Penal en la forma más precoz y anticipada posible, como único camino idóneo para alcanzar la ansiada eficacia penal, garantizadora, a su vez, de la igualmente anhelada seguridad ciudadana. Se trata, entonces, de tener más Derecho Penal para lograr un mejor Derecho Penal, lo que naturalmente no sólo incide negativamente en lo sustantivo, sino también en lo adjetivo, en el ámbito de los derechos del individuo frente al *ius puniendi* en movimiento a través de los mecanismos de imputación.

Los aspectos más claramente definitorios de la sociedad del riesgo y directamente influyentes en la recepción por el sistema penal de ese modelo sociológico y su adaptación al mismo, han sido desarrollados con detalle por varios autores en el último tiempo, destacando entre esos aspectos la creciente sensación de inseguridad subjetiva que experimentan los miembros de la sociedad de los riesgos, aun cuando objetivamente vivan en general en condiciones de seguridad y con independencia de la existencia de tales peligros.

La última característica indicada posee una especial y directa vinculación con los requerimientos de un nuevo Derecho Penal —el Derecho Penal de la seguridad— para una sociedad nueva, la post-industrial, plagada de riesgos provenientes, no de fuerzas naturales, sino del obrar humano, que paradójicamente tiene por fin la obtención de mejores condiciones de vida.

El tema de la inseguridad como contrapartida de la seguridad, en cuanto elementos componentes y caracterizadores de la sociedad moderna, juega un rol muy significativo entre los fundamentos de las crecientes demandas de expansión penal.

Beck afirma que mientras el ideal de la sociedad industrial era conseguir la igualdad, por el contrario, en la sociedad de riesgos el ideal es obtener la seguridad. El binomio riesgo-inseguridad y, por tanto, la aversión social al riesgo, con la consiguiente aspiración a la seguridad, hace que los individuos reclamen de manera creciente al Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad. Silva Sánchez, refiriéndose a la sensación social de inseguridad, apunta que nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la inseguridad o la sociedad del miedo, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de

la era posindustrial es la sensación general de inseguridad. La vivencia subjetiva de los riesgos –señala el reputado penalista hispano– es claramente superior a la propia existencia de los mismos, pudiendo afirmarse –de otro modo– que existe una elevadísima sensibilidad al riesgo.

Al respecto, Prittwitz, siguiendo el aserto del sociólogo Xaver Kaufmann, apunta que si bien es cierto que los hombres nunca habían vivido tan bien y tan seguros como ahora, la verdad es que el miedo y la inseguridad se han constituido en el tema del siglo XX. Al decir de Julio Maier, las nuevas brisas que empezaron a soplar a fines del S. XX, se han enfatizado en el S. XXI cada vez con mayor vigor, al punto que la brisa se transformó en viento y luego en tormenta de modo que las previsiones legales discordantes con los conceptos propios del Estado de Derecho –neo punitivistas– cobraron no sólo permanencia sino que ocuparon un ámbito superior.

La interrogante de si cabe hablar propiamente de y proponer un Derecho Penal para la sociedad del riesgo, ya ha sido respondida afirmativamente por numerosos autores, entendiendo que la sociedad contemporánea, dominada por el temor social a los peligros, tiene una necesidad elemental de minimizar la inseguridad y esta necesidad se traduce en la tendencia a contener, con las armas del Derecho Penal, la formación de peligros no consentidos en una etapa muy temprana de su desarrollo, excluyendo ya en fases anticipadas, determinados comportamientos que podrían ser iniciadores de peligros.

Para un sector de penalistas, la recepción del modelo de la sociedad del riesgo en el ámbito jurídico, trae consigo la tarea de dilucidar el modo en el que el Derecho Penal podría abordar las transformaciones y nuevos problemas que tal modelo social implicaría, en cuanto exigencias planteadas al Estado, titular del *ius puniendi*. La idea que debe ser examinada es la de si el Derecho Penal puede ser un medio necesario y adecuado para contrarrestar –en el carácter de un Derecho Penal distinto del clásico o liberal– cuyo certificado de nacimiento está representado, según indica Maier, por aquel pequeño libro de Beccaria sobre los delitos y las penas, los nuevos riesgos individuales y colectivos.

Los defensores del Derecho Penal de la sociedad del riesgo sostienen que el concepto de sociedad del riesgo podría servir como clave para el entendimiento de un Derecho Penal que se ha encargado del tratamiento de peligros e inseguridades subjetivas. Se ha dicho que el Derecho Penal del riesgo es una creación conceptual crítica, con la que se designaría una forma de desarrollo y un conjunto de modificaciones estructurales a través de las cuales el Derecho Penal se ha adaptado al fenómeno de la sociedad del riesgo. Este nuevo Derecho Penal aparece como un orden jurídico creado específicamente por las exigencias del nuevo modelo de convivencia social, que le imponen apartarse de ciertos principios clásicos y relativizar las garantías derivadas de ellos. En realidad, el punto crucial no es tanto la razón del surgimiento del Derecho Penal de la seguridad, sino, más bien, cuales son las

consecuencias que para el propio Derecho Penal liberal y sus bases fundacionales conlleva una orientación desde y hacia los riesgos y hasta qué punto las transformaciones pueden originar una auténtica crisis en el Derecho Penal y la Política Criminal. Herzog llama la atención sobre ello advirtiendo que los riesgos del Derecho Penal del riesgo para la función de garantía del Derecho Penal son inmensos. La pretensión de atribuirle al Derecho Penal un nuevo rol como medio prominente del control global y el aseguramiento del futuro –lo que escapa ciertamente a su misión en la sociedad organizada– coadyuva ciertamente a la crisis anunciada, ya que la dimensión de los riesgos a controlar refuerza el recurso creciente al Derecho Penal y encubre dudas sobre la efectividad y legitimidad del empleo del mismo, que se va despojando paulatinamente de su carácter de *extrema ratio*.

La expansión del Derecho Penal –que ha sido abordada con precisión por Silva Sánchez en su pequeño gran libro– como instrumento que supuestamente llevaría a una mejor y más eficaz protección en la sociedad de los riesgos, es advertida por varios autores como una tendencia autoritaria en el sistema penal, en relación al refugio que selectivamente busca la sociedad posindustrial en un sistema penal que, al ser más “eficiente”, otorgue seguridad a una mayoría social que se identifica con la víctima del delito y cuyo tema prioritario es el temor y la inseguridad. Las evidencias de estas nuevas orientaciones legislativas, exigidas, además, por otros fenómenos directamente ligados, como la globalización, la integración supranacional, el cumplimiento de obligaciones emanadas de pactos internacionales vinculantes, etc., nos son exhibidas con mucha claridad por un importante sector de la doctrina.

Las demandas de un “Derecho Penal moderno” que al Estado dirige la globalización son fundamentalmente prácticas, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad y este modo de intervención normativa en la vida social supone un alejamiento más o menos intenso de los postulados limitativos clásicos, conformantes del Derecho Penal liberal que ha imperado en Occidente por más de dos siglos. Parece estar extendida la impresión de que no se dispone de ninguna otra alternativa de protección jurídica que no sea el ordenamiento penal, ajustado a la gravedad atribuida al fenómeno que se pretende dominar.

En esta perspectiva se sitúa la reflexión de Kindhäuser: si el Derecho Penal es el instrumento más drástico de control y no se acude a él en busca de la solución, ¿qué o quién puede entonces garantizar seguridad frente al comportamiento no deseado?

El enfrentamiento con medios eficaces de los nuevos delitos surgidos de la globalización impulsa con gran fuerza, como denuncia Silva Sánchez, la tendencia hacia una demolición del edificio conceptual de la teoría del delito así como del constituido por las garantías formales y materiales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal.

El tratamiento de estos ilícitos –como, por ejemplo, la criminalidad organizada transnacional y el tráfico ilegal de estupefacientes– requiere, según la opinión dominante en Europa de una correlativa estrategia penal y político-criminal glo-

balizada, con principios menos rígidos, más laxos que los clásicos, cuyo respeto irrestricto obstaculiza la satisfacción de objetivos eminentemente prácticos. Las formalidades y los procedimientos –protegidos con énfasis por el Derecho Penal liberal– son criticados por problemáticos y se cuestiona a los principios fundamentales, limitativos del *ius puniendi* estatal, que –como recuerda la doctrina– durante los últimos siglos han representado precisamente su quintaesencia, principios que en nuestro medio han sido caracterizados como principios cardinales por el profesor de Rivacoba y Rivacoba, para hacer notar la significación capital de ellos para el derecho punitivo y sobre todo, para conservar viva y hacer efectiva la noción de fundamentos en que se asiente y sobre los cuales se eleve el Derecho Penal. La de quicio que le de firmeza y a cuyo alrededor gire, y la de pilares o columnas que lo mantengan y contengan en su ser y su perfil, guardándole de deformaciones y desviaciones o, en su caso, separándole de ellas celosamente.

Yacobucci se refiere a los principios materiales o configuradores que le dan inteligibilidad al Derecho Penal, entendiendo por tales principios aquellos que están en el fundamento del Derecho Penal contemporáneo, gozan de cierta evidencia vinculada con bienes, fines y valores, pues son estos los que dan sentido y legitimación al razonamiento jurídico penal. De allí que, según el caso, los principios penales aparecen como causa, como fuente o como espíritu informador del sistema, brindándole un determinado sentido o significación política. De estos principios configuradores o materiales deriva una progresiva determinación histórica y cultural, verificable, por ejemplo, en los principios fundamentales del Derecho Penal como los de legalidad y culpabilidad y en los principios derivados como los de última ratio, proporcionalidad, subsidiariedad, intervención mínima.

Martos Núñez nos habla de principios barreras y los define como aquellos presupuestos técnico-jurídicos que configuran la naturaleza, características, fundamentos, aplicación y ejecución del Derecho Penal. En concepto del mismo autor constituyen los pilares sobre los que descansan las instituciones jurídico-penales, los delitos, las faltas, las penas y las medidas de seguridad, así como los criterios que inspiran las exigencias político-criminales.

Los pilares, las columnas que han mantenido y contenido al Derecho Penal –principios materiales, fundamentales y derivados– se tambalean, se ven sacudidos como consecuencia de los crecientes embates provenientes de las demandas socio-políticas de construcción de un nuevo Derecho Penal, menos garantista, más flexible, menos atado a límites y restricciones normativas destinadas a reconocerle legitimidad y otorgarle autoridad, menos protector “*della libertà umana cosí esterna come interna*” (Carrara), por todo ello, claramente contrapuesto al Derecho Penal liberal. Silva Sánchez caracteriza esta situación, señalando que desde la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, a las reglas del debido proceso y la jurisdiccionalidad, pasando por la totalidad de los conceptos de la teoría del

delito, el conjunto de principios y garantías del Derecho Penal se contemplan como sutilezas que se oponen a una solución real de los problemas.

En la sociedad del S. XXI –afirma el autor español López Barja de Quiroga– no es posible funcionar con un Derecho Penal anclado en el Estado liberal y la sociedad industrial, justificando esta proclama con el hecho de que sin duda la sociedad posmoderna es distinta de la sociedad industrial.

El desprecio de los principios clásicos limitadores del *ius puniendi* estatal responde claramente a la supuesta constatación de la ineficiencia de tales barreras, a su carácter de impedimentos u obstáculos para la consecución de un ordenamiento penal eficaz en la lucha contra las modernas formas de criminalidad, que esté en condiciones de otorgar la seguridad objetiva y subjetiva que la comunidad exige al Estado, demandándole un mayor y más intenso control primordialmente penal, llamamiento frente al cual el legislador no puede permanecer indiferente.

La idea básica –nos explica Barja de Quiroga– es ajustar el Derecho Penal a las necesidades sociales desde una óptica comunicativa, elaborar un concepto de culpabilidad que pueda abarcar tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, superar, abandonándola, la teoría del bien jurídico y elaborar postulados a normativistas que tengan en cuenta la funcionalidad del sistema. Se trata de un Derecho Penal que posea una mayor fuerza social, que se encuentre allí donde la nueva sociedad lo exige y con la flexibilidad suficiente para adaptarse y ser eficaz. El Derecho Penal del futuro es el Derecho de la sociedad actual, no del pasado, los instrumentos a utilizar, por consiguiente han de ser y son diferentes.

Pero, no se trata de una mera innovación instrumental, de los medios puestos al servicio del Derecho Penal para alcanzar su fin de proteger los bienes jurídicos individuales y colectivos cuya integridad es indispensable para la convivencia social, sino de una tendencia –denominada por algunos “colectivista”– cuyo eje principal es el peligro creado, no ya la lesión de un bien jurídico que va mucho más allá, que busca construir un Derecho Penal ad-hoc, capaz de adaptarse flexiblemente a la sociedad de los riesgos, cuya meta es la seguridad y la solución eficiente de los problemas que esa sociedad genera. Un botón de muestra lo constituye la nueva concepción del dolo, como puro conocimiento del riesgo generado con la acción antijurídica, habiéndose abandonado el elemento volitivo. Creo que todos los presentes hemos definido al dolo como conocer y querer los hechos constitutivos del tipo objetivo. Bueno, de acuerdo con esta nueva concepción, que no ha logrado prender mayormente en nuestra dogmática, el dolo es actuar conociendo el peligro generado con su acción para la realización del tipo objetivo. Se priva de esta manera al dolo de su rasgo más característico –el querer– situando su núcleo en la conciencia del alcance de la propia conducta, provocando –como apunta el maestro Politoff– no sólo graves confusiones en la teoría del dolo y de la culpa, sino –lo que es más grave aún– conduciendo a una insoportable exacerbación del Derecho Penal.

Es conveniente recordar lo que expone otro recordado penalista chileno, el Profesor Juan Bustos, en su magnífica obra *El Delito Culposo*, en la cual sostiene

que la estructura del llamado dolo eventual es la estructura del delito culposo, y que los esfuerzos de la dogmática por asimilar la estructura del dolo eventual al dolo han sido infructuosos. El dolo es conocer y querer la realización típica, luego requiere de un elemento cognoscitivo respecto de la realización y de un aspecto volitivo de realización, por eso se habla de un querer en realización.

Ante la innegable confrontación actual que se trenza –cada día con mayor vigor– entre un Derecho Penal clásico o liberal y un Derecho Penal nuevo o moderno, hay numerosos *juspenalistas* que auguran la imposibilidad de volver al viejo derecho penal surgido a fines del S. XIX frente a los fenómenos que se han ido constatando y que redundan en una progresiva expansión del Derecho Penal.

Nuestro colega Guzmán Dálbora advierte preocupado que incluso entre respetables penalistas se oyen voces que elevan la objeción de que las transformaciones de todo orden propias de la época que gusta de llamarse a sí misma como la del fin de todas las épocas, harían utópico e infructuoso un regreso a ese cercano pretérito del que por tantos conceptos somos hijos y deudores. En suma, que ya habría expirado la hora del viejo edificio del Derecho Penal liberal.

Las bases y, sobre todo, los objetivos –explícitos e implícitos– eminentemente prácticos del Derecho Penal de la seguridad –dan lugar a un orden jurídico que posea una mayor fuerza social, que se encuentre allí donde la sociedad lo exige y con la flexibilidad suficiente para adaptarse y ser eficaz– demuestran una propuesta coexistencia de dos modelos de Derecho Penal, configurándose lo que se ha denominado el Derecho Penal de dos velocidades. El Derecho Penal liberal, cercado por los principios clásicos limitadores es aceptado y mantenido para enfrentar la criminalidad cotidiana, los delitos que siempre han acompañado la existencia de la persona, con independencia de las etapas del desarrollo de las sociedades, como el hurto, el robo, el homicidio, la violación, etc. pero es rechazado, tanto por su carácter de recurso extremo y subsidiario, como por su excesivo formalismo, caracteres que lo hacen inoperante como instrumento eficaz para hacer frente con éxito a las nuevas formas de criminalidad surgidas en la sociedad posindustrial. Como expresa Kunz, incrementos claros de la eficiencia en el control sólo se pueden alcanzar mediante un enérgico Derecho Penal especial de la puesta en peligro, que corre el riesgo de desbordarse por los ámbitos de la criminalidad tradicional y generar un cambio esencial de modelo, desde el Derecho Penal del ciudadano al Derecho Penal del enemigo. Esta terminología nos hace recordar el censurable discurso penal de la exclusión, difundido por Gunther Jakobs y sus seguidores, que propone esa rechazable dicotomización al interior del orden jurídico.

La alternativa de admitir dos sectores diferentes dentro del Derecho Penal es rechazable como opción, aunque con ello se busque conservar y respetar plenamente en uno de ellos los principios que dan legitimidad al sistema y en el otro, más ágil y flexible, más laxo, encontrar la respuesta estatal que en términos de eficacia requiere la ciudadanía insegura frente a determinada clase de delitos. Como el

Derecho Penal está constituido todo él por los delitos y las penas y las conductas descritas y penadas le pertenecen, cada vez que se incrimina un comportamiento típicamente adecuado, se lo inserta en el Derecho Penal sustantivo, que actúa a través del Derecho Penal adjetivo y deben respetarse y aplicarse principios, reglas y categorías, sea cual sea la naturaleza y gravedad del hecho y sea cual sea la entidad de la pena.

Muñoz Conde nos señala que los principios limitativos representan un patrimonio común –en cuanto sistema equitativo que ampare nuestros derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y las arbitrariedades– una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Pienso que es tarea de todos los que se interesan por el Derecho Penal velar por la protección de ese patrimonio común y evitar su despojo.