

ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL, SEGURIDAD CIUDADANA Y DELINCUENCIA COMÚN O COTIDIANA*

Anticipation of the criminal protection, community safety and common crimes

*Francisco Maldonado Fuentes***

Resumen: La expansión e intensificación del derecho penal, asociada comúnmente a su caracterización moderna, se ha reflejado de manera preferente en reacciones frente a los riesgos y la inseguridad que produce la delincuencia común o cotidiana, ámbito que en mayor medida ha recibido el impacto de esta modalidad de configuración de las instituciones penales, en lugar de dirigirse a los riesgos masivos, tecnológicos y globales que lo originan. Da forma, en síntesis, a un derecho basado en la lógica de la excepción a partir de definiciones “de autor”, a partir de la sensación de inseguridad aplicada a lo cotidiano, generando como principal efecto una merma en la potencialidad de la interacción normativa que supone el derecho penal. Frente a ello, y asumiendo las actitudes que en general ha adoptado la doctrina frente a estos caracteres postmodernos, la actitud más aconsejable pareciera potenciar la idea de repensar los contenidos básicos que le dan forma.

Palabras clave: Delitos de peligro – expansión del derecho penal – derecho penal de excepción – delincuencia común.

Abstract: The expansion and intensification of criminal law, commonly associated with its modern characterization, are reflected preferably in reactions to risks and insecurity that produces the common or everyday crime area that has been hit by this method further configuration of penal institutions, instead of going to mass, technological and global risks that originate. Shapes, in short, a law based on the logic of exception from the offender-based criminal law from the feeling of insecurity applied to everyday life, generating main effect a reduction in the potential for regulatory interaction posed by criminal law. Unfortunately and assuming attitudes in general has adopted the doctrine against these

* El presente texto constituye una versión de la ponencia presentada en la mesa referida a “*Anticipaciones punitivas: el Derecho Penal moderno y la seguridad ciudadana*” desarrollada en el marco del II Congreso estudiantil de Derecho penal el 1 de octubre de 2013, organizado por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. A dicha versión se le han agregado algunas notas y citas tendientes a contextualizar las afirmaciones sostenidas en el texto. El texto corresponde a una adaptación del trabajo titulado “Derecho penal excepcional y delincuencia cotidiana. Reflexiones sobre la extensión y alcances de los nuevos modelos de legislación penal”, incluido en el texto “*Delito, pena y proceso. Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*”, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Edit. Jurídica de Chile, 2008, pp. 41 a 96.

** Abogado. Doctor en Derecho. Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Profesor e Investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de esa misma casa de estudios; correo electrónico: fmaldonado@utalca.cl

postmodern characters, the most advisable posture seems to highlight the main idea of rethinking the basic contents that shape.

Key Words: Endangerment crimes – expansion of criminal law – outstanding criminal law – common crimes.

1. Ideas preliminares

La noción de la *anticipación punitiva* excede con creces el campo de la caracterización, papel y trascendencia que en la actualidad asumen los denominados delitos de peligro o, en su caso, la mayor rigidización e intensificación que ha experimentado el tratamiento asignado a las etapas incompletas de ejecución de determinados delitos. También excede al ámbito del denominado derecho penal moderno.

Tras la mayoría de dichas expresiones, de uso creciente en la actualidad, subyace la pretensión de que el sistema penal modifique sustancialmente las tradicionales formas como pretende intervenir para la consecución de sus fines, con miras a que brinde efectos tributarios de la idea de seguridad. En síntesis, se pretende que la intervención penal alcance estándares directos de prevención efectiva o real del delito. Dicha pretensión es evidente tras las razones que en la mayoría de los casos concurren a la aprobación de un delito de peligro, a la fijación de formas comisivas de un delito denominado de emprendimiento o a la consagración de espaciales o particulares instancias de sanción de actos ejecutivos previos a la consumación. Pero desde este punto de vista también se puede predicar de un desproporcionado tratamiento penológico, en cuanto vaya motivado por la pretensión de evitar la comisión de futuros delitos.

Bajo este contexto la promesa que subyace tras la formalización de expectativas que representa la consagración legal de un injusto típico o si se prefiere, en términos más tradicionales, a la amenaza latente que dicho hito legislativo introduce para motivar el comportamiento de los ciudadanos, pasa más bien a cumplir el simple papel de dar forma a un requisito habilitante para la intervención mediante pena, confiándose en ello la totalidad de las expectativas de efectividad del sistema. En síntesis no se buscan efectos trascendentes en la interacción que la dictación de una norma ofrece y comunica, sino la mera constatación de un motivo para una reacción caracterizada en torno a sus funciones materialmente inhabilitantes para el desempeño social de los individuos.

Parece más o menos evidente que en la actualidad tampoco se pretende la obtención de efectos sobre la autonomía de quien ha sido considerado culpable tras la dictación de la condena y su ejecución, con miras a la obtención de efectos futuros posteriores al cumplimiento de la condena. Así se obvian o desechan por completo los tradicionales efectos ligados a la idea de reinserción o los que pueden esperarse (como en los clásicos) de la conciencia de la autorresponsabilidad, siendo reemplazados por efectos materiales que de una u otra forma se encuentran

asociados a la idea de que debemos anular la personalidad social del infractor para evitar que delinca en el futuro.

El delito y la pena se acercan con ello, a nivel material, a los contenidos que en su tiempo propusiere la escuela moderna para reemplazar al sistema clásico de reacciones penales. La declaratoria de culpabilidad no es más que una evidencia de un actuar contrario a las normas y con ello un indicativo que permite afirmar la ausencia de credibilidad futura respecto de un comportamiento moral acorde a las prescripciones del derecho; la pena, en dicho contexto, no busca más que ser el reflejo material de dicha desconfianza. Tras ello el presupuesto de peligro es, en buena medida y en cuanto anticipación, un tipo de peligrosidad futura y la pena no es más que una forma de apartar al condenado de la comunidad.

El resultado más llamativo de este fenómeno, asociado a la expansión e intensificación del recurso penal, y que deriva de la caracterización moderna del derecho penal, se ha reflejado principalmente en una sustitución del riesgo masivo, tecnológico y global que lo origina, por un tratamiento particularmente intensivo de los riesgos y la inseguridad que produce la llamada delincuencia común o cotidiana, siendo el ámbito que en mayor medida da cuenta del impacto y recepción de esta moderna caracterización de las instituciones penales. Tras ello reina, en particular, la idea de que el derecho penal ofrece, debe ofrecer y puede ofrecer seguridad efectiva y real, anticipándose a la lesión de los intereses del ciudadano.

2. Caracterización (general y particular) del fenómeno

En la actualidad suele constituir una constante el caracterizar a la sociedad contemporánea basándose en parámetros referidos a la tecnologización y la globalización, factores que inciden de manera determinante en la forma y modalidades que asume la interacción individual. Estas características posibilitan un aumento en las potencialidades humanas de producción y control de riesgos, fruto de lo cual se ha consolidado paulatinamente, con Beck, el conceptualizarla como una “sociedad del riesgo”.¹ Los caracteres de este modelo de interacción y desarrollo han generado, como es natural, necesidades de adaptación y redefinición de la organización social, afectando a las herramientas e instituciones sociales dispuestas para dicho fin, incluyendo las de control.²

¹ Vid. BECK (2002). Además de esta característica se consideran como elementos definitorios adicionales el que la sociedad contemporánea corresponda a una sociedad “tecnológica”, “del conocimiento” o “de la información”, aspectos que efectivamente constituyen prismas o expresiones propias del modelo actual de relaciones sociales adicionales a los ya expresados.

² Con ello el advenimiento del siglo XXI se presenta en términos similares a las décadas que precedieron y sucedieron a la “revolución industrial” caracterizadas en su momento por una alta necesidad de normas e instituciones sociales que, en ese entonces, asumieron preferentemente carácter asistencial. De ahí que también se la denomine como sociedad posindustrial (por todos Vid. SILVA (2001), insinuando un paralelismo o comparación que da cuenta tanto de espacios

Destaca en ello un constante requerimiento por mayor regulación, dirigido a normar lo que aparecen como nuevos ámbitos o realidades sociales, dinámica que alcanza a las normas coactivas y fundamentalmente a aquellas que revisten carácter sancionatorio y penal (en tanto expresión máxima del control).

Al resultado de este proceso de reconfiguración del modelo de legislación penal se lo identificó de manera uniforme hasta hace algunos años con el concepto de “moderno derecho penal”,³ denominación que buscaba separarlo del derecho penal nuclear tradicional plasmado preferentemente en la codificación decimonónica.⁴ Este “moderno derecho penal” acaparó asimismo una amplia ocupación de parte de los juristas, desarrollándose un fuerte proceso de debate frente a sus caracteres, sus efectos expansivos o de intensificación y sobre las cuestiones de legitimidad.⁵

Ahora bien, a estas alturas se puede apreciar con nitidez que las características concretas de estos modelos de intervención penal se han desarrollado por medio de múltiples ámbitos y niveles, excediendo con mucho las perspectivas que concede el “moderno derecho penal” al que nos hemos referido. En primer lugar podemos mencionar otra constelación de conductas que desde siempre han sido relevantes para el legislador penal, pero cuyos caracteres actuales permiten asumir que representan riesgos de afectación sistémica, global o estructural, asociadas por ejemplo al terrorismo y la corrupción internacional, entre muchas otras. Constituyen expresiones que de manera particular buscan proteger a una sociedad “en riesgo” desde discursos “de emergencia” o excepcionalidad.⁶ En

comunes como de diferencias. Existen sin embargo planteamientos que afirman la carencia de elementos distintivos entre la sociedad industrial y la época actual (posindustrial), entendiendo que en ambos momentos concurren riesgos similares. Incluso KUHLEN realiza esta afirmación basándose en entender que la vida actual es, en lo esencial, más segura que cualquier época precedente (citado en MENDOZA (2001), pp. 37 y 38). En el mismo sentido SCHUNEMANN (1996), p. 198. Por su parte SILVA (2001), pp. 42 y ss., asume que existe una diferencia estructural en la caracterización que asume el individuo en una y otra época, mutando desde una posición de “emprendedor” hacia un demandante o “sujeto pasivo”.

³ Vid. sobre ello GRACIA (2003), p. 41, nota 23.

⁴ De esta forma se suele describir como “*moderno derecho penal*” a aquel modelo de control penal, con características propias y reconocidas, que deriva de las nuevas realidades y modalidades de relación que propone la sociedad contemporánea. Dicha denominación expresa un ejercicio de contraste con el modelo característico precedente construido básicamente sobre las ideas del pensamiento liberal ilustrado, que, de esta forma, y por lo mismo, pasa a denominarse “*clásico*” (Vid. HASSEMER (1999), pp. 42 y ss.), evidenciando un estado de quiebre o crisis que en la actualidad se diagnostica respecto de los postulados básicos del derecho penal liberal.

⁵ Para un buen resumen Vid. GÓMEZ (2004), pp. 59 y ss.; Asimismo, MENDOZA (2001), pp. 62 a 64 y 93.

⁶ Vid. DIEZ (2005), pp. 9 y 15 y ss. Para Paredes Castañón (en PAREDES (2003), pp. 115, 118 y, en especial, p. 119) estas realidades ameritan un tratamiento diverso del que es propio al moderno

estos casos las necesidades de anticipación se justifican desde una perspectiva utilitaria en escala, con base en la insuficiencia del derecho penal tradicional. Por otro lado es claro que el legislador penal manifiesta una especial predilección por el tratamiento de la ilicitud sexual, violenta, común o habitual, generando incidencias concretas semejantes e incluso más incisivas no obstante referirse a ámbitos que en modo alguno pueden ser considerados como característicos de la sociedad “moderna” o contemporánea.

Lo palpable de esta realidad (patentada bajo “slogans” referidos a la “seguridad ciudadana”, “seguridad global” o “guerra contra las drogas”) hace que resulte extraña la modesta atención brindada hasta hace poco por los juristas a su respecto, sobre todo considerando la gran atención que se concedió a las muestras del llamado “moderno derecho penal”. Recién a partir de las similitudes evidenciadas entre el modelo de “derecho penal de enemigos” expuesto por Jakobs, y el tratamiento que se concede a la ilicitud violenta, sexual o patrimonial de carácter habitual o común, pareciera haberle tocado el turno a este último ámbito.⁷

Si se observa, además, son precisamente estos ámbitos los que concentran el mayor número de iniciativas de prevención del delito alternativas al derecho penal en materias referidas a medidas de control administrativo y policial; de reformas asociadas al proceso penal (que favorecen la eficacia de la persecución y la acreditación procesal) como también de aquellas destinadas a rigidizar el régimen de la ejecución de sanciones y medidas de control posdelictivas.⁸ Se puede advertir además, a partir de las estadísticas judiciales y penitenciarias que es dicho ámbito el que presenta el mayor nivel comparativo de efectos concretos en el sistema en términos de denuncia y condena.⁹

La amplitud de las dimensiones del fenómeno incide también en el campo de sus destinatarios, pues a la ya objetable “huida hacia el derecho penal”, que desconoce la necesaria subsidiariedad que debe caracterizar a este recurso, se suma una verdadera “huida del derecho penal” en favor de otras herramientas e

derecho penal, en tanto asume constituyen realidades diversas que a su vez cuentan con fundamentos propios.

⁷ Al respecto Vid., por ejemplo, el desarrollo expuesto por SILVA (2005), pp. 567 a 588.

⁸ Cabe constatar como la mayor “expansión” (entendida como “intensificación” o aumento del control penal, en todo sentido) la experimentan ilícitos de común y tradicional tratamiento, tanto por el impacto cualitativo de las modificaciones introducidas a su respecto, como por su representación cuantitativa y porcentual dentro del total de los ilícitos que llegan a conocimiento del sistema. Vid. DIEZ (2004), p. 6; WACQUANT (2000), pp. 79 y ss.

⁹ Ello puede apreciarse en cualquier análisis estadístico del ingreso de causas al sistema de enjuiciamiento, de las condenas dictadas o de la población carcelaria. Al respecto Ver las estadísticas oficiales que publica el Gobierno en http://www.seguridadpublica.gov.cl/ano_2013.html. A ello se suma el que los niveles de control preventivo cotidiano muestran escasa aplicación respecto de delitos “de nueva generación” o propios del “moderno derecho penal” de la “sociedad del riesgo”, aplicándose masiva y preferentemente en función a la prevención de la comisión de figuras típicas tradicionales.

institutos de control complementarios¹⁰. Con ello dichos efectos pasan a aplicarse a un mayor número de personas, excediendo, con creces, el campo de los condenados por la comisión de dichos delitos. A este respecto conviene tener en cuenta de manera especial que los destinatarios de las facultades preventivas y de acreditación excepcionales somos todos los ciudadanos, sin excepción.

En esta línea, por ejemplo, se ubica el uso en este caso de delitos de peligro o la consagración de regímenes especiales que buscan incrementar la sanción o lisa y llanamente anticipar la pena a esferas preliminares de la ejecución del delito, pues se trata de técnicas que solo buscan reducir las necesidades de acreditación o prueba de los hechos.

El resultado en este ámbito es el señalado al iniciar estas palabras: la alteración o distorsión en la orientación y naturaleza del sistema, mutando desde la sanción o la prevención a partir de la interacción hacia el control. Se asume por ello implícitamente que debe operar en mayor medida en función de sustentos tributarios de la idea de “peligrosidad personal” o, alternativamente, de “defensa social”.

Si bien lo dicho no para nada es novedoso, constituye un fenómeno que en la actualidad se vincula de forma artificial a los desarrollos que son propios de la modernidad, recurriéndose para ello a discursos “*de emergencia*” (como la “*tercera velocidad del derecho penal*” propuesta por Silva Sánchez¹¹ o el manoseado “*derecho penal del enemigo*” defendido por Jakobs)¹² bajo la efectiva pretensión de encontrar un sustrato de legitimidad.¹³

Más allá del riesgo evidente de perpetuidad, normalización o generalización de la “excepción”, propia de los discursos de emergencia¹⁴, hay que tener en cuenta que se trata de planteamientos que se soportan básicamente en la potencialidad lesiva de lo que se entiende constituyen nuevas amenazas de afectación de la estructura social, con lo cual se asume que es puesta en tela de juicio la vigencia o permanencia de esta misma. Por ello constituyen discursos preventivos, tributarios de la idea del riesgo, pero que, a diferencia del debate propio del moderno derecho penal, ubica dichas condiciones amenazantes en

¹⁰ A este respecto vale la pena recordar la tradicional y conocida cita de Radbruch que demanda “*algo mejor que el derecho penal*” en lugar de “*un mejor derecho penal*” (Vid. ZAFARONI/ALAGIA/SLOKAR (2002), p. 245). Ello supone no solo una aspiración de superar el limitado marco de efectos y los elevados costos personales y sociales que supone el uso del sistema penal que conocemos, sino también el que la alternativa de reemplazo deba ser mejor que aquel.

¹¹ Vid. SILVA (2001), pp. 163 y ss.

¹² Vid. JAKOBS (2004), pp. 53 y ss.

¹³ A nuestro juicio dichos conceptos exceden el plano de la mera descripción constituyendo tesis de sustento o justificación. Se aprecia con nitidez en el caso de SILVA (2001), pp. 163 y ss. En un sentido similar MUÑOZ (2005), p. 70.

¹⁴ En este sentido SILVA (2001), p. 167 (específicamente en referencia al derecho penal del enemigo o *de tercera velocidad*); FARALDO (2004), p. 315; FERRAJOLI (1995), pp. 820 a 828.

dirección atentatoria de la propia estructura social de manera directa y no de bienes o intereses particulares o pertenecientes a un colectivo indeterminado y difuso. De esta forma no se trata solamente de un discurso propio de los caracteres de la “*sociedad del riesgo*” –en cuanto generadora de condiciones de permanente inestabilidad de los individuos–, sino que se trata más bien de un discurso propio de una sociedad considerada “*en riesgo*”, afectada, puesta en peligro o, en definitiva, amenazada, en un nivel estructural.¹⁵

Si consideramos este contexto se puede advertir fácilmente cómo dentro de las propuestas legislativas dirigidas a la delincuencia patrimonial común habitual, y particularmente en los discursos públicos de justificación que las sustentan, se asume a un “autor” cuyo comportamiento evidencia una actitud consciente de permanente revelación contra el sistema y contra las normas básicas de convivencia, asimilándose al prototipo descrito en las fórmulas de la excepción a partir de razonamientos generados en torno a los desafíos de la modernidad.¹⁶ Ello queda de manifiesto en las habituales referencias directas al autor que inspira el tratamiento y la justificación político-criminal de dichas propuestas, dirigidas “*al pedófilo*”, “*al terrorista*”, “*al traficante*” y “*al ladrón*”.¹⁷ Se trata entonces de cómo enfrentar a aquellos que presentan una actitud decidida a apartarse “del contrato” y respecto de los cuales no puede por ello esperarse que cumplan con las expectativas normativas vigentes. Estos caracteres son precisamente los que llevan a asumir que dicha calificación es perfectamente atribuible a todos quienes desarrollan una cotidiana, permanente o reiterada actividad delictiva, haciendo irrelevante la naturaleza del delito de que se trate o su propia entidad. En dichas propuestas el daño social del delito es entonces diverso a aquel que ofrece su individualidad, por el nexo que ofrece con un presupuesto de inseguridad general.

Tras lo dicho subyace una asociación evidente entre determinados hechos delictivos, la presencia de una carrera delictiva –o al menos su inicio, lo que a estos efectos es irrelevante– y una supuesta peligrosidad atribuida a quien lo ejecuta, fundada en un presunto pronóstico de reiteración.¹⁸ De ahí que en algunos casos baste la sola ejecución de un delito para llegar a afirmar o al menos a actuar como se tratara de un “delincuente habitual”, como sucede paradigmáticamente en el campo de la criminalidad asociada a comportamientos sexuales. Incluso más, en dichos casos basta la aplicación de una medida policial o procesal que vincule a una persona a su eventual comisión (como una detención o acusación formal) para llegar a asumir que es necesario actuar como si se tratara de un condenado en plena ejecución de una irreversible “carrera delictual”.

¹⁵ Por todos, Vid., SILVA (2001), p. 163.

¹⁶ Vid. DIEZ (2005), p. 20; GRACIA (2005), p. 7.

¹⁷ Vid. DIEZ (2005), p. 21.

¹⁸ Vid. GRACIA (2005), p. 6.

3. Consideraciones críticas

Ahora bien, si asumimos la incorporación de la delincuencia patrimonial común habitual a los ámbitos propios de las regulaciones de emergencia, queda en evidencia que la excepcionalidad atribuida al modelo pierde todo sustento, considerando el volumen porcentual de casos que en concreto representan dichos ilícitos dentro del total, lo que a su vez potencia las razones vinculadas a desestabilización. A este respecto basta revisar el cúmulo de afirmaciones que observan y califican como “fenómeno” a los caracteres actuales de la delincuencia patrimonial común o cotidiana, la delincuencia sexual o vinculada a drogas y que asumen una peligrosidad social inherente al “delincuente habitual” para apreciar cómo se la considera de manera generalizada como una realidad que demanda una especial preocupación, todo ello bajo el argumento de la “inseguridad ciudadana” que produce su existencia y la masividad de su ejecución.

Esta noción ofrece un nexo evidente con la sensación de inseguridad que caracteriza al desarrollo de las relaciones sociales en la actualidad, expresión adicional de la interacción en la llamada sociedad del riesgo.¹⁹ La percepción de la exposición latente a los nuevos riesgos de la modernidad, incide en una creciente sensación de exposición que se aparta en forma creciente de su real ocurrencia.²⁰ A ello contribuye el desarrollo científico y tecnológico en cuanto posibilita mayores eventos y ámbitos de riesgo, más allá de que genere al mismo tiempo y en forma paradójica una mayor potencialidad para su control. Dicha dicotomía se comunica a los individuos ampliando sus expectativas de control y transmitiéndole al mismo tiempo una permanente tensión y sensación de exposición derivada de lo que asume son mayores probabilidades de ser objeto de un evento dañoso. Sobre esta base se solidifica la idea de que la previsión, prevención y en definitiva el control de los riesgos es posible, lo que se traduce en una creciente demanda por medidas que consigan dicho efecto, debiendo responderse por su incumplimiento, con base en la sola frustración de la expectativa de control. Basta tener en cuenta que hoy se responde penalmente hasta de los terremotos.

Esta caracterización provoca la necesidad de determinar quien asumirá el costo de la prevención en una lógica de distribución que si bien tiende a ser potenciada en los modelos de relación social en la actualidad, no necesariamente resulta aplicable a todos los ámbitos del desarrollo e interacción. Aplicado al sistema penal conlleva necesariamente un abandono de toda pretensión de reintegración o resocialización, potencia la inocuización (como medio efectivo de control de riesgos del potencial reincidente) y pone en serios aprietos a las funciones que sirve el principio de culpabilidad, en tanto hace más funcional el

¹⁹ Vid. MENDOZA (2001), p. 30; SILVA (2001), p. 37. Asimismo, SOTO (2005), p. 38, especialmente contundente en el Gráfico N°4 que establece la relación entre “delincuencia” y “percepción ciudadana”.

²⁰ Vid. MENDOZA (2001), p. 30; SILVA (2001), p. 37.

argumento de peligrosidad como mecanismo de distribución, pues el referente apunta a la prevención efectiva.²¹

La falta de consideración de elementos o circunstancias que preexisten a la ejecución delictiva o dañosa y que en cierta medida pueden contribuir o incidir en su ocurrencia desde perspectivas diversas a los ámbitos propios de una imputación individual, como asimismo la supresión del caso fortuito como argumento explicativo que institucionaliza una frustración y su reemplazo por una expansión de los ámbitos de la imputación o aseguramiento de las responsabilidades, son consecuencias directas de aquello.²²

Ahora bien, parece claro que la sensación de inseguridad descrita escasamente se puede asociar a los nuevos riesgos propios de la pos-modernidad.²³ La mayoría de las personas no experimentan una sensación de inestabilidad o exposición frente a riesgos nucleares, ecológicos, monetarios, económicos o informáticos, o al menos no canalizan formal o expresamente sus pretensiones de seguridad hacia el control de dichos ámbitos. Ello no quiere decir que la percepción de su existencia no genere una base de inestabilidad que es percibida o racionalizada en forma global y que motiva la necesidad de contrapesar o neutralizar sus efectos canalizando el miedo y la inseguridad hacia aquello que tenemos “a mano”. La sensación generalizada de exposición –y por ello de descontrol– se asocia o vincula de manera sensible a lo que entendemos constituyen nuestras condiciones básicas normales y habituales de desarrollo, que son precisamente aquellas que se pueden ver afectadas –en una medida evidentemente menos relevante– por la ilicitud común, en una transposición de conceptos relativamente artificial.²⁴

De hecho, las dimensiones de emergencia del fenómeno, que subyacen a dicha transposición, son igualmente irreales. Si bien es posible demostrar que la criminalidad común o cotidiana experimenta un sostenido aumento en las últimas décadas, no parece que se trate de índices de crecimiento que permitan sostener una calificación semejante como fenómeno o como emergencia. Por último, es igualmente irreal la pretensión de control o seguridad real, constituyendo una expectativa cuya frustración es un hecho. Con ello la aplicación de la pena no confirma la vigencia de la norma, sino que evidencia el fracaso de la pretensión implícita que subyace a la misma, toda vez que el mensaje más nítido que ofrece es que su vigencia, una vez más, se ha quebrantado. Tanto el delito, como la condena y la propia ejecución de la pena, dan cuenta de ello.

²¹ Vid. DIEZ (2005), pp. 17 y 18.

²² *Ibid*, p. 17.

²³ *Ibid*, p. 17.

²⁴ *Ibid*, p. 10.

De ahí que la conjunción de expectativa y su frustración decante naturalmente en un cíclico y paulatino incremento en la demanda por seguridad, bajo el entendido –erróneo– de que, a su respecto, el control es posible. No debe extrañar por ello que este ámbito haya sido hasta el momento el más modificado por las políticas legislativas, el más intensificado o expandido, y, adicionalmente, basándose en sus modalidades propias de aparición social, el más aplicado. En poco más de 15 años, en Chile, de la mano de la delincuencia tradicional común o habitual se ha multiplicado en un 400% el número de personas condenadas privadas de libertad. Este dato, creo, habla por sí solo.

4. Efectos

El resultado descrito es la consecuencia directa de los caracteres del modelo: un fuerte y sostenido incremento en el control penal material que aporta la pena en la aplicación de sus funciones innegables de contención directa, esto es, en la neutralización. No obstante, estimo que las mayores complejidades del fenómeno no radican ahí, sino un resultado implícito que es más preocupante: la pérdida de sentido y efectos de contención que ofrece el sistema en su interacción normativa.

La falta de confianza en la expectativa que ofrece la norma la experimentan todos sus destinatarios, incluyendo aquel que se enfrenta a la decisión de delinquir. No es extraño por ello que la sociedad tienda a reaccionar favoreciendo instancias de autotutela que incluso pueden llegar a ser violentas, asumidas como un derecho frente a la inexplicable ineficacia del sistema de control formal.

Frente a ello las alternativas son, hasta el momento, relativamente, pobres. Por un lado está la actitud de asumir que es un problema asociado a la irracionalidad legislativa y de la política lo que, más allá de ser cierto, no es más que una constatación. En paralelo se ubican quienes asumen las tareas de la interpretación dogmática en forma cerrada, como una tarea propia del jurista que tiene como límite el tenor de la ley (*“Ya que la ley está, hay que darle un sentido y carece de relevancia discutir acerca de su génesis o sobre su racionalidad”*). La principal tarea del dogmático apunta, en esencia, a ofrecer criterios y contenidos que permitan una interpretación y aplicación de las normas jurídicas basada en criterios racionales, criterios que aporten, en definitiva, esta misma racionalidad al sistema de intervención penal. En la actualidad es la propia realidad la que parece obligar al dogmático a salir de su hábitat natural, en defensa de la integridad de sus herramientas, con base en su pertenencia a un sistema de legitimación.

A este respecto sabemos ya que frente al moderno derecho penal un primer sector se manifestó abiertamente crítico a partir de dichas orientaciones, proponiendo mantener las bases del sistema penal liberal como único modelo de

legitimación, posición atribuida a la llamada “escuela de Frankfurt”.²⁵ Desde dicha trinchera se plantea una férrea oposición a toda configuración de las herramientas penales que no dé cuenta del cumplimiento o satisfacción de sus presupuestos, expresados tradicionalmente en los denominados “principios limitativos del derecho penal”.²⁶⁻²⁷ En el otro extremo (mayoritario) se ha tendido a justificar este movimiento expansivo basándose en los caracteres propios de la sociedad contemporánea, asumiendo, como consecuencia, la necesidad de adaptar los criterios tradicionales del liberalismo clásico a dichas exigencias.²⁸ Desde este punto de vista se sostiene la compatibilidad de las

²⁵ Vid. SILVA (2000). En relación con la literatura española Vid. DIEZ (2005), p. 9, nota 12.

²⁶ Sobre principios Vid. por todos MIR (2002), pp. 107 y ss.

²⁷ Cabe comentar que a nuestro juicio el ejercicio que proponen estas nuevas realidades del modelo se extiende mucho más allá del hecho de detectar cuales de los principios clásicos de legitimación del *ius puniendi* se ven afectados o se vulneran y en qué forma, pues ello simplifica con mucho los caracteres de su formulación. De hecho, resulta interesante apreciar cómo muchas de las fórmulas utilizadas en este nuevo modelo no constituyen más que precisiones terminológicas de institutos preexistentes, aceptados o criticados, a veces en forma liviana por su menor relevancia, presencia e incidencia histórica concreta. Pareciera entonces que se trata más bien de un problema referido a las dimensiones que asumen dichos institutos o técnicas o a la masificación en su uso, evidenciando con su creciente existencia real un fuerte contraste entre la política legislativa y el desarrollo dogmático y político criminal de los juristas. Por lo demás, hay que tener presente que la defensa de dichos principios y la consecuente ilegitimidad que pudiera afirmarse a partir de ellos respecto de alguna decisión legislativa necesariamente debiera contar con una vía de impugnación clara, que permita afirmar que constituyen algo más que meras aportaciones referenciales, doctrinales o de principio, lo que exige niveles concretos de reconocimiento constitucional y jurisprudencial. En caso contrario no constituirían más que aspiraciones indiciarias de lo deseable, distantes con mucho de la realidad del sistema penal, de la dogmática del derecho penal que asume dichos caracteres como objeto de estudio y de la política criminal que los promueve, no siendo para nadie una sorpresa el que las orientaciones actuales se inclinan abiertamente en una dirección del todo opuesta al reconocimiento y respeto de principios de legitimidad de carácter limitativo. De hecho se reprocha críticamente a los promotores de su defensa el perseguir una aspiración definida en términos ideales, constitutiva de un referente que sirvió de motor e ideario casi romántico que no resulta posible alcanzar en términos absolutos. Sobre ello Vid. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (2002), p. 111. Por ello se señala que dichos principios reflejan más bien un destino al cual remitirse y no una base alcanzada o lograda. Vid. sobre todo ello, en relación con la defensa desarrollada por la llamada escuela de Frankfurt, SCHÜNEMANN (2002), p. 53. De ahí que lo relevante pareciera ser abrir la discusión al planteamiento de la razonabilidad o exigibilidad de dichos principios en el ámbito de las definiciones político-criminales, a partir de sus aciertos y desaciertos históricos. Si ello pasa por una redefinición de sus contenidos, siempre en el contexto y marco de los objetivos antes señalados, no nos parece por sí objetable, y es por ello que consideramos insuficiente cualquier análisis que se limite a un ejercicio de contraste entre las nuevas realidades propias del llamado “*moderno derecho penal*” y la base literal que subyace a la formulación tradicional y original de los ya citados principios.

²⁸ Para un listado de adherentes en la literatura española Vid. DIEZ (2005), p. 8, nota 11. Cabe destacar que esta última postura también ha sido defendida basándose en entender que los caracteres del sistema actual vienen a constituir una especie de equiparación social de las condiciones de aplicación históricas del sistema penal liberal, cuya construcción clásica se orienta a comportamientos definidos como intolerables desde las ópticas de la burguesía ilustrada liberal,

exigencias de legitimidad del sistema con aquellas que demanda la sociedad actual, mediando para ello la redefinición del contenido y perspectivas de los tradicionales principios limitativos.²⁹

Esta última perspectiva parece también avalada por los caracteres de desarrollo de dichos principios de legitimación, acostumbrados a operar en un nivel meramente conceptual y de forma poco exigida. Ello se demuestra si reconocemos que tenemos bastante poca claridad acerca de lo que es el bien jurídico, cuándo se produce la lesividad; cuál es el nivel de certeza que ofrece la legalidad y cuál es siquiera el contenido material y la función que cumple la exigencia de culpabilidad. Estas herramientas parecen por ello inocentes, genéricas y hasta ilusas, frente a la potencia que detenta el discurso preventivo basándose en caracteres arraigados y propios de nuestra comunidad. Su realidad, por lo demás, tampoco puede desconocerse.

La tarea es por ello clara a mi juicio y resulta ineludible para el jurista que ha escogido este ámbito para su desarrollo profesional. En ese sentido se inscribe, por ejemplo, el esfuerzo ofrecido por el profesor Kindhauser en torno a la lesividad de cara a justificar un injusto propio para los delitos de peligro³⁰ y lo mismo puede decirse de otras aportaciones recientes.

En ello es clave el papel que cumple la idea de culpabilidad en cuanto se trata del dispositivo encargado de determinar cuándo la responsabilidad es individual y cuándo los efectos del delito deben ser soportados por la comunidad.³¹ Y también recibe dicha prioridad la necesaria profundización de los contenidos de legitimación de carácter consecuencialista, en cuanto detentan una potencialidad mayor para limitar el mero recurso a la utilidad que los referidos a valores o principios fundados en su mérito. Estos, en un contexto abierto a la ponderación,

destinada a las clases bajas o más desposeídas. Desde esta perspectiva, la defensa de los caracteres del “*moderno derecho penal*” busca superar el estado de cosas generado por el sistema clásico, asumiendo que este se encuentra orientado a la lucha contra situaciones individuales y marginales propias del contexto de actuación de las clases desfavorecidas (Vid. BARATTA (1993), pp. 169 y ss.). Por ello se asume que las nuevas formas de criminalidad no hacen más que poner al día al sistema respecto de los actos de “*los poderosos*”, que ahora pasarían a ser penalizados, asumiendo que los caracteres de este “*moderno derecho penal*” permitirían subsumir las conductas intolerables propias de las clases medias y altas, arribando a niveles de mayor justicia o igualdad. Sobre ello Vid. SCHÜNEMANN (2002); SILVA (2002), pp. 68 y 72; FARALDO (2004), pp. 306 y 313; GRACIA (2003), pp. 69, 161 a 164 y especialmente, p. 166). De ahí que incluso se critiquen propuestas como las “*dos velocidades*” de Silva Sánchez o el “*derecho de intervención*” de Hassemer, en tanto se estima que no harían más que garantizar la exclusiva aplicación de penas pecuniarias para los delitos de los poderosos. Al respecto Vid. DIEZ (2005), pp. 6, 7, 24, 25 y 29; del mismo, (2004), p. 7; SILVA (2001), pp. 163 y ss.

²⁹ Vid. GÓMEZ (2004), p. 68 y 69.

³⁰ Vid. KINDHÄUSER (2009).

³¹ Al respecto Vid. MUÑOZ/GARCÍA (2002), pp. 53,54, 58. En el mismo sentido ROXIN (1986), p. 686. A nivel más general, MALDONADO (2011), pp. 387-447.

se encuentran siempre expuestos a sacrificar sus contenidos y límites, si ello parece necesario y razonable, escenario que impacta ineludiblemente y de forma negativa en sus potencialidades.³²

³² Al respecto Vid., MALDONADO (2011), p. 410.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ BARATTA, Alessandro (1993): *Criminología Crítica y crítica del derecho penal*, trad. Álvaro Bunster (Edit. Siglo XXI, México).
- ❖ BECK, Ulrich (2002): *La sociedad del Riesgo Global*, (Edit. Siglo XXI, Madrid).
____ (1998) “*La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*” (Edit. Paidós, Barcelona).
- ❖ DIEZ Ripolles, José Luis (2005): “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en RECPC 07-01, 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.
____ (2004) “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en RECPC 06-03, 2004, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>
- ❖ FARALDO Cabana, Patricia (2004): “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La ley Orgánica 7/2003, de 30 de Junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO Cabana (Dir.), BRANDARIZ García / PUENTE Alba (Coords.): *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización* (Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia).
- ❖ FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Edit. Trotta, Madrid).
- ❖ GOMEZ Martín, Víctor (2004): “Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo”, en MIR PUIG, S. / CORCOY Bidasolo, M. (Dir.), GOMEZ Martín, V (Coord.): *La Política Criminal en Europa* (Edit. Atelier, Barcelona).
- ❖ GRACIA Martín, Luis (2005): “Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado <derecho penal del enemigo>” en RECPC 07-02, págs. 11 y ss. [<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>].
____ (2003) *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia* (Edit. Tirant lo Blanch, Valencia).
- ❖ HASSEMER, Winfried (1999): “Viejo y Nuevo Derecho Penal” en, del mismo, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, trad. Muñoz Conde/Díaz Pita (Edit. Tirant lo Blanch, Valencia).
- ❖ JAKOBS, Günther (2004), “La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente” en ESER, HASSEMER y BURKHARDT: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (trad. MUÑOZ Conde, Et al.) (Edit. Tirant lo Blanch, Valencia).
- ❖ KINDHÄUSER, Urs (2009): “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho Penal”, en InDret 1/2009.
- ❖ MALDONADO Fuentes, Francisco (2011): “¿Se puede justificar la aplicación copulativa de penas y medidas de seguridad? Estado actual de las posiciones doctrinales que buscan dicho objetivo”, en *Revista política criminal* Vol 6, N°12 (Diciembre 2011) pp. 387-447 [http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A5.pdf].
- ❖ MENDOZA Buergo, Blanca (2001): *El derecho penal en la Sociedad del Riesgo* (Edit. Civitas, Madrid).
- ❖ MIR Puig, Santiago (2002): *Derecho Penal. Parte General* (Edit. Reppertor, 6° Edición, Barcelona).
- ❖ MUÑOZ conde, Francisco (2005): *De nuevo sobre “el derecho penal del enemigo”* (Edit. Hammurabi, Buenos Aires).
____ (2002) “Conversaciones” por BARQUIN Sanz/OLMEDO Cardenete, en RECPC 04-c2 [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-c2.html].
- ❖ MUÑOZ Conde, Francisco/GARCIA Aran, Mercedes (2002): *Derecho Penal. Parte General*, 5° edición (Edit. Tirant lo Blanch, Valencia).
- ❖ PAREDES Castañón, José Manuel (2003): “Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas”, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional* (Edit. Legis. N° 4, Bogotá).
- ❖ ROXIN, Claus (1986): “Que queda de la culpabilidad en Derecho penal”, *Cuadernos de Política criminal* N° 30.
- ❖ SCHÜNEMANN, Bernd (2002): “Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿un cambio de paradigma como exigencia moral?” en, del mismo, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio* (Edit. Tecnos, Madrid).

- _____ (1996) “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, Vol. 1º, 1996, pp. 187 a 217.
- ❖ SILVA Sánchez, Jesús María (2005) “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión”, en VVAA, *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía* (Edit. Legis, Bogotá), pp. 567 a 588.
 - _____ (2002) *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (Edit. J.M. Bosch Editor, Reimpresión, Barcelona).
 - _____ (2001) *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª Edición (Edit. Civitas, Barcelona).
 - _____ (2000) “Prólogo a la edición española”, en VVAA *La insostenible situación del derecho penal* (Edit. Comares, Granada).
 - ❖ SOTO Navarro, Susana (2005): “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *RECPC* N° 7 [<http://criminet.ugr.es/recpc>].
 - ❖ WACQUANT, Loïc (2000): *Las Cárcels de la Miseria* (Edit. Alianza, Madrid).
 - ❖ ZAFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro (2002): *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. (Edit. Ediar, Buenos Aires).