



LA PUNICIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO

ABSTRACTO

por Patricia Sánchez*

“Tus enim semper quaerendum est aequabile, neque enim aliter ius appellandum esset”

(En el Derecho se ha de buscar siempre la equidad, pues de otro modo, no sería Derecho).

Cicerón

1. Aproximación histórica

Quizá los doctrinarios alemanes de la década del sesenta no habrían podido imaginar la magnitud de lo que escribían en relación a los delitos de peligro. Sin embargo, esto se ha extendido como una mancha de aceite, convirtiéndose en el “hijo predilecto” de los legisladores en el mundo occidental.

Basta echar una ojeada a la legislación sancionada estos años y a la última reforma penal de nuestro país, para constatar el importantísimo incremento de la presencia de delitos de peligro en ámbitos como el tráfico automovilístico, la salud pública, el medio ambiente, las condiciones de seguridad en el trabajo, el derecho penal económico, delitos que responden a la creciente necesidad de adelantar las barreras de protección del derecho penal a estadios previos a la producción del resultado, para hacerla efectiva.

Claro que ni la existencia ni el concepto de los delitos de peligro son una creación legislativa, basada en la dogmática contemporánea. Hechos punibles como incendios, inundaciones o abandono de niños se incorporaron a los primeros códigos penales y ya Stübel los configuró como una categoría separada de los delitos de lesión, aunque recién será a partir de la obra de Binding cuando adquieran entidad propia.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, se trataban de tipos mixtos de peligro y lesión, y su presencia era insignificante tanto en los cuerpos legales como para la dogmática causalista vigente en nuestra anterior legislación penal, aferrada a los dogmas del resultado, como fundamento ineludible de la antijuricidad. No obstante, al inicio de los planteamientos de la concepción psicológica de la culpabilidad, es donde se pone en relieve que la esencia de la antijuricidad

* Egresada de la UNA (2002), Cuadro de Honor, Posgrado en Didáctica Universitaria. Maestrando de la Maestría en Ciencias Penales de la UNA, participó de varios cursos y seminarios de Ciencias Penales y Criminología en el país y en el extranjero. Funcionaria del Ministerio público con cargo de Relatora Fiscal en el Gabinete Judicial Penal.



de las acciones imprudentes no radican en el resultado, sino en la propia actuación peligrosa y en la voluntad de poner en peligro, presente implícitamente en su realización, considerándose a los delitos imprudentes como delitos de peligro dolosos.

En la segunda mitad de este siglo, especialmente a partir de los años sesenta, ante la creciente peligrosidad de la vida en esta ‘sociedad del riesgo’, comienza a demandarse al derecho penal un adelantamiento de la protección al bien jurídico, al no esperar la producción de un resultado efectivo, sino el castigo a las acciones peligrosas por sí mismas, desvinculándose de esta manera de un resultado lesivo, y presenta un desarrollo inimaginado de la mano de los dogmáticos post-finalistas.

2. Introducción

De cierta manera, la punición de la tentativa ya constituía un adelantamiento de la protección penal, pero con la limitación subjetiva derivada de la exigencia del dolo que anhela el resultado, y esta protección llegó a sentirse insuficiente en los nuevos ámbitos de riesgo, originados por los avances industriales, científicos y tecnológicos, ámbitos en los que la necesidad de progreso y normal interacción social impone ciertos márgenes de riesgo permitido, pero también la estricta observancia de sus límites (tráfico automotor, salud pública, medio ambiente, manipulación o transporte de sustancias peligrosas, seguridad en el trabajo, etc.) que constituirían “riesgos jurídicamente desaprobados”.

Pese a su enorme importancia práctica y creciente implantación en el derecho positivo, en respuesta a esas demandas sociales de seguridad ante los nuevos ámbitos de riesgo creados por los avances y complejidad desarrollados en la sociedad contemporánea, los delitos de peligro siguen siendo en buena medida, como lo dijo Schüneman, “hijastros de la dogmática penal”, aunque ahora diga que se han convertido en “hijos predilectos” de la ciencia penal”.

Tomando como punto de partida estas referencias doctrinarias, se plantea la siguiente interrogante: ¿podría un sistema penal, de carácter liberal y protector de bienes jurídicos, castigar conductas que no producen lesiones efectivas a tales bienes?

3. Conceptualización

Primeramente, se debe fijar los conceptos que servirán de referencia para desarrollar las ideas a exponerse en el presente trabajo.



Al querer analizar este tipo de delitos, se debe señalar primeramente que el delito de peligro es el que crea una mera posibilidad o probabilidad de una lesión a un bien jurídico. Este a su vez, puede presentarse de dos formas: delitos de peligro concreto y de peligro **abstracto**.

El **delito de peligro abstracto** suele definirse por los autores, como una forma de regulación penal en la que no se incluye entre los elementos constitutivos del tipo un resultado real de lesión del bien jurídico que protege. Este concepto puede resultar en puridad inexacto, pero es útil a los efectos del presente trabajo.

Este modo de legislar presenta varias objeciones de un amplio sector doctrinario, basadas en que el tipo penal está formulado de manera tal que prohíben acciones que no quebrantan ningún objeto protegido por la norma, o al menos, no lo hace de modo relevante, contraponiéndose de esta manera al principio de lesividad.

Uno de los problemas que presentan los delitos de peligro, es con el resultado, ya que para su configuración, la conducta humana no necesariamente debe producir una variación en la realidad circundante, sino que basta con realizar un comportamiento definido como “peligroso” por la legislación

José María Rodríguez Devesa sostiene que el delito de peligro comporta la creación de una situación tal, que es probable que ese resultado lesivo se produzca, por lo que entonces el juez no entra a valorar si esa “peligrosidad” podría o no ocasionar un daño¹.

Ahora bien, nuestro Código Penal, en sus tres primeros artículos, consagra como principios rectores de punición, los de legalidad, reprochabilidad y proporcionalidad, y el de prevención.

Art. 1 Principio de Legalidad. Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.

Art. 2 Principios de reprochabilidad y de proporcionalidad. 1º No habrá pena sin reprochabilidad. 2º La gravedad de la pena no podrá exceder los límites de la gravedad del reproche penal. 3º No se ordenará una medida sin que el autor haya realizado, al menos, un hecho antijurídico. Las medidas de seguridad deberán guardar proporción con: 1.ª

1. José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, Delitos de Lesión y delitos de peligro, en Derecho penal español, Dykinson, Madrid 1994, p. 427 ss.



gravedad del hecho o de los hechos que el autor haya realizado, 2. la gravedad del hecho o de los hechos que el autor, según las circunstancias, previsiblemente realizará; y, 3. el grado de posibilidad con que este hecho o estos hechos se realizarán.

Art. 3 Principio de Prevención. Las sanciones penales tendrán por objeto la readap-tación de los condenados y la protección de la sociedad”.

Este último principio observado, corresponde a la redacción ya modificada por Ley 3440/08 “Modificación del Código Penal”, y es la que habilita la introducción de tipos penales de peligro, al establecer como finalidad de las sanciones penales, la “protección social”.

Originalmente, el principio de prevención plasmado en el artículo 3) de nuestro Código Penal fue concebido de la siguiente manera: *“Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir”*. La modificación introducida corresponde textualmente a lo que reza el artículo 20 de la Constitución Nacional, que establece el fundamento de la punición en la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad.

Sin embargo, el Dr. Wolfgang Schöne, al hacer referencia al principio de prevención, dice:

“La formulación del principio en artículo 3 CP modifica ligeramente el texto constitucional: ‘Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir’. Sin embargo, las diferencias no señalan un cambio de contenido, sino solo mejoran la eficacia de la reglamentación...” (...) *“En segundo lugar, no se habla más de la protección de la sociedad, sino de los bienes jurídicos. Esto tampoco diluye la voluntad de la Constitución, pues si se protegen todos los bienes jurídicos, también queda salva y sana la sociedad. El motivo de la modificación es uno doble: primero, evitar una ideologización del concepto ‘sociedad’ con efectos prácticos indeseables, y segundo, concretar el objeto de la protección mediante un vínculo directo con los valores que la Constitución misma define con gran lujo de detalles. Esta vinculación corresponde directamente con la sistemática de la Parte Especial del Código que parte de los distintos bienes jurídicos y facilita la interpretación de los textos legales...”*².

4. Los bienes jurídicos

Conforme a nuestra Carta Magna y los principios rectores del derecho penal actual, en Paraguay rige un sistema jurídico que tutela legalmente los bienes, en par-

2. Prof. Wolfgang Schöne, La Ley 1160/97 - Código Penal de la República del Paraguay. Universidad del Norte – Asunción – Paraguay. www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_08.pdf. Las negritas del extracto corresponden al autor del presente trabajo.



ricular los de carácter constitucional y más aún los que interesan a las personas. La cuestión es que actualmente, sobre el sistema penal pesa una carga de ilegitimidad político-constitucional del ordenamiento penal positivo. Nuestro sistema penal, como tantos otros, desde hace muchos años ha sufrido una creciente crisis inflacionista.

Esta crisis se ha manifestado en una expansión de cantidad de bienes jurídicos penalmente tutelados. Por un lado, a través del incremento (expresión de una concepción autoritaria del Estado) de delitos sin daño, tales como los que ofenden entidades abstractas como la personalidad del Estado, la familia, la moral pública, la memoria de un difunto, etc.; por el otro, a través del aumento in-controlado de los delitos de naturaleza contravencional, provocado por la incapacidad del Estado de intervenir con sanciones administrativas, con frecuencia consistentes en infracciones de poca monta o en meros ilícitos de desobediencia (delitos ambientales, contravenciones en el tránsito, etc.)

Asimismo, ha habido una extensión en el campo de la tipificación de los bienes tutelados, a través del uso de términos vagos, imprecisos o peor aún valorativos, que derogan la estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales, permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial: piénsese, para dar solo un ejemplo, en la redacción de las conductas descriptas en la Ley 4024/10 que castiga los hechos punibles de terrorismo, asociación terrorista y financiamiento del terrorismo.

Además, se tiene cada vez más difundida la anticipación de la tutela de los bienes, mediante la configuración de los delitos de peligro abstracto o presunto; distinguido por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien; con un reflejo inmediato sobre la taxatividad de la acción que se desvanece en figuras abiertas o indeterminadas del tipo de los “actos preparatorios” o “dirigidos a” o “idóneos para poner en peligro” o similares, sin contar con la persistencia aún en nuestro ordenamiento de residuos de legislación pre-moderna, como las previsiones de delitos consistentes en hechos dirigidos contra uno mismo, desde la ebriedad al uso de estupefacientes.

El resultado de semejante inflación, afectada por las distintas leyes de penalización promulgadas en estos años, así como la última reforma que no significó otra cosa que aumento de los marcos penales, es puramente la banalización del concepto de “bien penal” como premisa de orientación de las opciones penales. Una innumerable cantidad de bienes jurídicos, equivale, en efecto, a la falta total de valor asociado a la idea del bien como límite axiológico del Derecho Penal y señala la sobrecarga de causas que pesan una vez más sobre nuestra justicia penal.



El análisis de los bienes, valores o privilegios legalmente tutelados constituye por otra parte, una importancia no sólo científica sino también política, formando el presupuesto de toda valoración crítica del Derecho vigente y de toda consiguiente perspectiva de reforma.

Si como escribió Ihering, “la tarifa de la pena mide el valor de los bienes sociales” y que “poniendo en un lado los bienes sociales y en el otro las penas se obtiene la escala de valores de una sociedad”, resulta difícil negar el carácter abundante, antiliberal, irracional y tendencialmente clasista de la escala de los bienes tutelados por nuestro derecho penal y el escaso valor que éste asocia a la libertad personal, privada por virtud de penas detentivas³, aun por infracciones levísimas, y es fácil reconocer el contraste entre esta escala de valores y la sugerida por nuestra Constitución, que, en cambio, confiere el primer rango a la libertad personal y la dignidad de la persona.

5. Teorías

El bien jurídico, al decir del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, es un concepto totalmente necesario del cual no se puede prescindir, cuando se habla de la legitimación de las prohibiciones.

La esencia de los bienes jurídicos radica en la disponibilidad de los sujetos con respecto a los objetos (patrimonio, libertad, etc.) y no en los objetos mismos, ya que somos nosotros los que hacemos uso de nuestra salud, de nuestra libertad, de nuestro patrimonio, de nuestro honor, etc., y justamente lo que nos ofende es la interferencia de un tercero en esa posibilidad de disposición en donde nadie debe interponerse.

Según una opinión casi unánime, el derecho penal sirve para la ‘protección’ de bienes jurídicos. Bajo este término, se debe entender a las características de personas, cosas o instituciones, que son objeto de valoración jurídica, ya que si bien los bienes jurídicos están tutelados por todas las ramas del derecho, lo que ley penal hace es seleccionar algunas conductas que la lesionan, que las configura en el ‘tipo’.

Estos bienes se vuelven penalmente relevantes cuando su protección pasa al ámbito del derecho penal.

3. “Las funciones de tutela del Derecho Penal no son satisfechas por las penas sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos, al menos en parte, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se acoja el paradigma general preventivo de la función de las penas”. Ferriaioli, Luigi, Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales.



Volviendo a nuestro sistema penal, son bienes jurídicos la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad, etc., y todas aquellas que representan nuestra identidad jurídica como sociedad estructurada de una manera concreta (CN: estado social de derecho-liberal- democrática).

Ahora bien, ¿cómo puede legitimarse la norma sancionadora de una conducta no lesiva para un bien jurídico?

La legitimación de los delitos de peligro, la encontramos en varios autores alemanes que se adscriben a la corriente teórica del funcionalismo y que sirvieron de fundamento para que el dogmático Günther Jakobs, acuñara la terminología “Derecho Penal del Enemigo”, allá por el año 1985, en un congreso celebrado en Frankfurt en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la ‘Criminalización en el estadio previo a una lesión’, y perfeccionado en su ensayo ‘Derecho penal del ciudadano y derecho penal del Enemigo’, del año 2003. Esta doctrina amerita un capítulo aparte para su mejor comprensión.

Sin salirnos del tema, para Jakobs, la sanción penal se justifica en función a la “inocuidad” del peligro, puesto que el sujeto activo de la conducta es concebido como ‘fuente de peligro’, observado desde la protección de los bienes jurídicos.

En este sistema, la finalidad de la norma no constituye precisamente la protección de bienes jurídicos, como se propugnaba en nuestros principios rectores, sino la mera vigencia del sistema. No se trata aquí del castigo de un hecho penalmente relevante, sino de la eliminación preventiva de la fuente de peligro que constituye la persona así definida como peligrosa. Para ejemplificar la cuestión, el asesinato de una persona le interesaría al derecho penal por constituir un hecho de inseguridad social y de peligro, y no como la desaparición de una vida que es necesario preservar⁴. Y esto, definitivamente, no sería legítimo.

6. La “Sociedad del Riesgo”

En el año 1986, Ulrich Beck publicó un libro titulado “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”, en donde desarrolló la tesis de la realidad de la sociedad actual que se pone a sí misma en peligro mediante el mercado de la comunicación.

El autor sugiere una ruptura en el proceso histórico de la modernización a partir del accidente en la central atómica de Chernobyl, en Ucrania. Luego

4. Karolina Viquez, Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro? Polit. Crim. N° 3, 2007, A2, p. 4 [<http://www.politicacriminal.cl>].



de ese evento, la percepción acerca de los riesgos sufrió una notable transformación. Gran parte de la experiencia de Beck en trabajo de campo se encuentra vinculada al estudio de la familia (Beck, 1985). El autor comprende que las vinculaciones (lazos) familiares están cambiando como producto de la posmodernidad. La desvinculación personal se encuentra asociada a un proceso de individuación –que es irreversible– cuyas consecuencias se ven en la educación y en el trabajo (Beck, 1983).

El accidente nuclear de Chernobyl no sólo conmocionó al mundo, sino que permitió a Beck interrelacionar sus trabajos anteriores con respecto a la disgregación social (una tradición iniciada tiempo atrás por la sociología clásica) con aspectos referidos a la seguridad.

En breve resumen, la tesis de la ‘sociedad de riesgo’ señala que la sociedad del primer tercio del siglo XXI, es una sociedad sumida en incertidumbre, lleva implícita una etiqueta de “amenazada”. En este primer tercio de siglo, lo que prima es sobre todo, la carga negativa de ausencia de referencia y al mismo tiempo, una nueva percepción del riesgo se presenta como colectiva y catastrófica, ajena a las posibilidades del sujeto.

Ahora bien, ante la radicalización de esos riesgos y la generalización de las amenazas, se produce inevitablemente un estado de alarma o de angustia social.

En la sociedad de riesgo globalizada, los riesgos lejanos y ajenos se sienten, se perciben y se viven como propios, por lo que los ciudadanos presionan por medidas legislativas como respuesta a evitar los riesgos que son observados en otras latitudes.

Básicamente, la preocupación de Beck está ligada a la ética del medio ambiente y a la degradación constante de los desechos tóxicos producto del capitalismo industrial. Según su posición inicial, esta nueva forma de concebir la modernidad obliga a las sociedades a unirse en vistas de un “riesgo” que la mayoría de las veces excede las posibilidades individuales y se presenta como externo.

Sumado a todo esto, debe mencionarse la ausencia de capacidad normativa y de anomia social. Nuestra política e instrumentos normativos que resguardan nuestros derechos, se tornan insuficientes ante la irrupción de las amenazas de otras regiones, fenómeno que define a nuestra sociedad como vulnerable en los cimientos de nuestra noción básica de seguridad. Todos estamos amenazados simplemente por el hecho de existir y nuestra capacidad de prever y responder a esa amenaza es prácticamente nula.



La sociedad de riesgo entonces, adquiere una forma política: el Estado de la seguridad. En este Estado, la producción normativa y los mecanismos de decisión también tienden a reestructurarse a fin de brindar una respuesta conforme a la demanda de la sociedad, y el principal instrumento utilizado por el legislador no es otro que el Derecho Penal.

7. Aproximación al derecho penal del enemigo

El contenido central de la doctrina de Günther Jakobs, que no es otra cosa que la juridización del funcionalismo sistémico social ideado por los sociólogos Talcott Parsons y Robert Merton, se resume brevemente a continuación.

La regulación del sistema penal de un Estado frente a determinados individuos debería presentar en nuestras sociedades, a juicio de Jakobs, una doble dimensión: un derecho penal ordinario, o “derecho penal del ciudadano”, el cual se aplica a los ciudadanos que viven acorde a las normas del Estado de derecho, y una regulación “técnica” del ejercicio sistemático de la violencia estatal dirigida a la neutralización del peligro que representan para la sociedad ciertos individuos, que son etiquetados como ‘enemigos’, que se caracterizan por haber abandonado el derecho en forma permanente, y ya no ofrecen garantías sobre su conducta personal. Es decir, por un criterio ‘eficientista’, se adoptan medios para inocular a sujetos que son fuentes de peligro.

Por consiguiente, la represión penal estatal defendida por la doctrina del “derecho penal del enemigo”, surge por antonomasia del “derecho penal del ciudadano”, ya que no es, según Jakobs, una verdadera regulación jurídica, sino una mera reglamentación “técnica” cuyo objetivo es combatir con eficacia y eliminar ciertos tipos de riesgos existentes en nuestras sociedades, es decir, eliminar los riesgos creados por determinados individuos peligrosos. Según Jakobs, “derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo” deben mantenerse como dos ámbitos separados, sin contaminaciones mutuas.

Entonces, para el poder penal del Estado no todos los ciudadanos son personas, sino que se dividen entre “las personas y los enemigos”.

“El derecho penal del enemigo pena la conducta de un sujeto peligroso en etapas previas a la lesión, con el fin de proteger a la sociedad en su conjunto, y esto quiebra la relación lógica tradicional entre pena y culpabilidad”, dice. Sin embargo, aclara que con este análisis, no hace otra cosa que describir la realidad, ya que el supuesto derecho penal ideal, para el cual todos somos iguales, contra-dice las medidas que los Estados adoptan con los sujetos altamente peligrosos.



8. La legitimación de la pena en los delitos de peligro

Como se estuvo diciendo, la doctrina moderna tiende a distinguir *la lesión del objeto material de la protección de la lesión del bien jurídico protegido*. Esta última es requerida por todos los delitos, aún los de simple actividad, con lo cual, en tal sentido, todos serían delitos de resultado.

Pero no todos requieren la lesión del objeto material del delito, en la cual está implicada *la lesión del bien jurídico*; estos son los *delitos de lesión o de resultado* propiamente dicho, y serían los únicos en los que se plantean los problemas de causalidad, ya que el tipo se agota en la realización de una acción que, si bien debe ser lesiva de un bien jurídico, no necesita producir resultado material o peligro alguno.

La crisis que genera la aceptación de los delitos de peligro abstracto, empieza en el punto en que el peligro siempre tiene que ser valorado *ex ante*, pues, una vez realizada la conducta, desaparece la incertidumbre que la misma noción de peligro genera y, por tanto, el juez ya no lo puede juzgar *ex post*, mejor dicho, cuando lo hace ya no juzga un peligro, sino que se pasa a presumir *juris tamtum* el peligro constituido por la conducta hasta que no se pruebe lo contrario (esto produce una inversión de la carga de la prueba, según el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni).

Esta situación respondería a que parte de la doctrina excluye la tipicidad del delito de peligro abstracto cuando se acredita la imposibilidad del surgimiento del peligro. En principio, en los delitos de peligro abstracto, basta probar la realización de la conducta descrita en el tipo, por lo cual se desconocería el principio *nullum crimen sine iniuria* (principio de lesividad).

En el contexto del funcionalismo, en su versión normativista radical, la función de la pena es el mantenimiento de la vigencia de la norma como modelo de conducta a seguir, para lograr una convivencia pacífica. La pena no consiste en la retribución mal por mal.

Entonces, la finalidad del derecho penal es garantizar el mantenimiento de las normas de una sociedad, que se tienen por esenciales y se establecen en tipos penales, que es contraria al principio de protección de bienes jurídicos establecido en nuestro Código Penal. Y el fundamento de la pena es la desobediencia a dicha norma en los delitos de peligro.

“El concepto de vigencia de la norma desempeña su potencial explicativo en varios ámbitos diversos, entre los que pueden destacarse: el objeto de protección jurídico penal (la



propia estabilidad de la norma versus bien jurídico), al respecto subjetivo (persona versus individuo) y el método científico del sistema del derecho penal (análisis funcional versus análisis sistémico). De cada uno de los aspectos se derivan consecuencias dogmáticas de subido valor”⁵.

9. Enfoque criminológico

Cuando se efectúan líneas político-criminales desconectadas de la cuestión de fondo, cual es el contexto social, parecería que el interés en castigar tal o cual conducta sería el de mantener el *statu quo* más que mejorarlo, lo que denotarí­a la falta de objetivos claros y de medios apropiados a tal fin.

Si el Estado, desvirtuando sus fines, emplea la violencia primaria, como lo es en la violación de derechos fundamentales, injusticia social, carencias en los servicios de salud, y otros, así como cuando en el terreno penal se crean delitos sobre los bienes jurídicos difusos, sin existencia de víctima bien definida, donde se tiende a criminalizar conductas socialmente toleradas, se inundan los códigos de figuras de peligro abstracto, de tipos penales parcialmente en blanco y abiertos, etc., queda deslegitimado el Estado para emplear la punición y, más aún, para regir la justicia.

Se puede afirmar que en estos momentos, la política criminal está ofreciendo soluciones meramente formales a problemas reales, que se plasman en leyes y reformas de leyes y que carecen de verdadero contenido, sin dar respuestas válidas a los problemas sociales que dan lugar a no pocas conductas violatorias de la norma.

Al sistema penal se le dan cada vez más conflictos para resolver, transformándolo paulatinamente en el receptáculo de las emergencias y construyendo así una estructura punitiva *ad hoc*, totalmente contraria al minimalismo, ya que aún cuando la urgencia desaparezca, la norma quedará en vigencia hasta convertir al garantismo penal en la excepción y al derecho penal de máxima intervención en la regla, ya que si existe un marcado reclamo doctrinario (mayoritariamente regional) por la instauración definitiva de un derecho penal de mínima intervención, es porque le preexiste otro de máxima intervención en la regla.

En la década de 1960 y de la mano del desarrollo teórico en la sociología general, la criminología sociológica no podía seguir preguntándose por las *causas del delito* sin reparar en el poder punitivo. Esto fue lo que generó un *cambio de paradigma* en la discusión criminológica, por incorporar al poder punitivo estatal, y

5. Véase Polaino – Orts “Vigencia de la norma” pág. 63.



es lo que se conoce como la *criminología de la reacción social*, o *criminología crítica*, y que sirvió de base para nuevos estudios y planteamientos sobre el fenómeno de la criminalidad.

En este contexto teórico, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni bautiza una nueva criminología llamándola “criminología mediática”, y dice: “La prisionización de unos ladrones tontos y unos psicópatas aislados es lo que legitima nuestro sometimiento a incontables y crecientes medidas de control que incluso pedimos y aceptamos complacidos, movidos por el miedo manipulado como ‘governan-ce’”. Las crónicas rojas y amarillas manipulan la realidad de lo real, como si toda la sociedad estuviera amenazada solo por la delincuencia o ataques terroristas.

*“Este tipo de criminología, paranoiza el miedo, lo patologiza, lo convierte en pánico moral... En el siglo XX, el saldo de las guerras fue de 40 millones de muertos. El de los genocidios, los ‘daños colaterales’, el hambre, la miseria, las enfermedades curables no atendidas, la discriminación racial, la xenofobia, las migraciones forzadas y otras maneras de la masacre masiva o ‘por goteo’, ascendió a 100 millones. Son los muertos del día a día...”*⁶.

La prudencia en el ejercicio del poder punitivo es la única solución a esta realidad.

En la actualidad, con el avance de los medios masivos de comunicación, la criminología ya no puede agotarse en las cátedras, sino que además debe ser construida por aquellos, ya que sostienen un discurso mundial con versiones regionalizadas, todas ellas condicionantes de reacciones políticas traducidas en leyes y acciones.

Si bien siguen reciclándose las explicaciones y legitimación del castigo estatal, queda claro que la criminología antecede largamente al derecho penal. El derecho penal moderno supone acotar la pena al estricto grado de la reprochabilidad del agente, siendo legítima aquella sanción que fuere útil y justa, ergo, si no se dan estos presupuestos, la pena sería ilegítima.

Los modelos empleados como tratamiento del delincuente se han circuns-crito a aquellas personas que integran la criminalidad conocida y, generalmente, reclusas en instituciones penitenciarias, de donde un gran porcentaje de inter-nos, una vez en libertad, vuelven a ser encarcelados en corto tiempo, lo que ha originado un cuestionamiento sobre la verdadera eficacia y validez de la priva-ción de libertad.

6. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos*, Ed. Ediar, 2011.



Esto constituye un desafío a la penología, al derecho penal y a la criminología, no obstante, el reduccionismo penal, mediante la descriminalización de conductas (hasta insólitas podría decirse), el abatimiento de penas, la revisión del reproche desde la culpabilidad y el merecimiento de pena, son opciones reales e ideales para obtener la racionalización del castigo carcelario.

Por otro lado, la verdadera criminalidad (o criminalidad oculta) es tan tremendamente superior a la conocida, que ningún tratamiento de socialización y educación dentro de la pena, con o sin reclusión, podrá ser percibido por la sociedad como exitoso, en la medida que ese porcentaje no disminuya. La cifra de criminalidad que efectivamente ingresa al sistema penal no supera el 10% de la realidad. Si todos los delitos fueran denunciados, el Ministerio Público y los juzgados, las comisarías y las cárceles colapsarían, hasta desbordar todo el sistema de justicia penal.

10. Conclusión

El debate doctrinario en cuanto a la legitimidad de la punición de conductas que no producen una lesión efectiva a bienes jurídicos protegidos, es un tópico instalado en la dogmática penal actual, como consecuencia de la vorágine de acontecimientos actuales, como ser los fenómenos naturales, los ataques terroristas, las crisis económicas de otros continentes, el tráfico de drogas y de armas, entre otros.

En nuestra opinión, se podría justificar la punibilidad del estado previo a la lesión de un bien jurídico (peligrosidad) en los delitos ambientales, por las características de irreversibilidad que posee el daño efectivo a la naturaleza, sin embargo, fieles al minimalismo penal, se deberían fortalecer los resortes administrativos de control de las actividades potencialmente dañinas al medio ambiente, y así evitar caer en el fantoche penal que lo resuelve todo.

Por otro lado, y en general, es necesario y urge la definición de una política criminal sensata, coherente y ajustada a derecho, que se concrete en el marco de una política social fraterna, solidaria y equitativa, en donde son atendidas las necesidades de desempleo, pobreza, carencia de vivienda, falta de educación y de asistencia en la salud, de capacitación, la indiferencia y discriminación hacia los marginados, la implementación de medios institucionales válidos para alcanzar estos objetivos y así reducir la presión de una sociedad estresada por la “sensación de inseguridad” exacerbada por los medios amarillistas de comunicación.



Actualmente, la evolución del derecho ha dado lugar a un sistema penal garantista, que vela por las libertades individuales y que respeta la dignidad de la persona por su sola condición de ser humano, sin embargo, con teorías socio-lógicas juridizadas de la mano de grandes dogmáticos del derecho penal cuya influencia es innegable, con el denominado “Derecho Penal del Enemigo”, el cual, sustenta su teoría en la aplicación de un “no-derecho”.



Bibliografía

- Carl Christoph Stübel, “System des allgemeinen Peinlichen Rechts”, T.II, Sommerschen Buchhandlung, Leipzig, 1795.-
- Karl Binding, “Die Normen und ihre Übertretung, Tomo I”, 2ª Edición. Reimpresión 1965. IV, 1919, 203 y n. 5.-
- José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, Delitos de Lesión y delitos de peligro, en Derecho penal español, Dykinson, Madrid 1994.-
- Prof. Wolfgang Schöne, La Ley 1160/97 - Código Penal de la República del Paraguay. Universidad del Norte – Asunción – Paraguay.
- Prof. Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Año 2000.-
- Karolina Viquez, Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro? Polit. Crim. N° 3, 2007, A2, p. 4 [<http://www.politicacriminal.cl>].
- Miguel Polaino Orts, “Vigencia de la norma: el Potencial de Sentido de un Concepto. El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs. México D.F. (México). Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., México D.F. (México). 2007.-
- Teresa Rodríguez Montañés, “Delitos de Peligro, dolo e imprudencia”. Ru-binzal –Culzoni, Editores, Buenos Aires. Año 2004.-
- Alejandro Aponte C. ¿Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano? Editorial Temis. Bogotá – Colombia. Año 2005.
- Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar; “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Editorial Ediar. 2ª Edición. Buenos Aires. 2006.-
- Eugenio Raúl Zaffaroni, “La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar”, Ed. Ediar, 1ª Edición. Buenos Aires. Año 2011.-
- Eugenio Raúl Zaffaroni, “La Cuestión Criminal”. Editorial Planeta. 3ª Edición. Buenos Aires. Abril de 2012.-
- Germán Aller, “El derecho penal en Peligro”. Editorial Bijupa. Asunción. Año 1998.-

