

# SOCIEDAD DEL RIESGO Y DERECHO PENAL AD-HOC

CARLOS KUNSEMÜLLER L.\*

1. EL DENOMINADO por Lüderssen “viejo, bueno y decente Derecho Penal liberal”<sup>1</sup> ha venido experimentando desde hace varias décadas una “crisis”, esto es, una “situación dificultosa o complicada, por cuanto se duda de su continuación, modificación o cese”. El connotado penalista alemán Claus Roxin se ha preguntado: ¿tiene futuro el Derecho Penal?<sup>2</sup>, señalando que esta pregunta está justificada, y 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. Recuerda el maestro germano que, a la inversa de lo que ocurre en otras tendencias culturales y ciencias, no todo el mundo apostararía por el futuro del Derecho Penal; 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. De esta constatación podría deducirse que sería preferible para la sociedad que los resultados atribuibles al sistema penal se pudieran lograr de una forma pactada socialmente y menos aflictiva 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”. Estas ideas no tienen el carácter de meras opiniones aisladas, sino que cuentan ya con un larga tradición en el ámbito penal, como lo demuestra el pensamiento de Radbruch, quien, en la primera mitad del siglo XX, 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”<sup>3</sup>. Karl Heinz Gössel señaló que a primera vista el Derecho Penal se presenta como un edificio dogmático perfectamente homogéneo y ordenado. Fundado a comienzos del siglo veinte por Beling, actualmente, gracias a la contribución de extraordinarios arquitectos del Derecho parece estar cerca de su culminación. No obstante, la apariencia de perfección da una imagen falsa. A pesar de que durante largos años nos hemos sentido cómodos en este edificio dogmático, la realidad es que el contiene un gran número de importantes problemas que requieren ser solucionados y en relación a ellos han fracasado

\*Profesor de Derecho Penal, Facultad de Derecho USS.

<sup>1</sup>Cit. por Silva Sánchez, en *La expansión del Derecho Penal*, Edit. Civitas, 1999, p. 117.

<sup>2</sup>¿Tiene futuro el Derecho penal?, en *Poder Judicial*, N.º 49, pp. 373 y ss.

<sup>3</sup>Idem.

do los esfuerzos de la dogmática. Entre estos tópicos aún no resueltos en forma satisfactoria, figurarían la culpabilidad, los delitos de omisión, el error de Derecho, la anticipación de la tutela penal, los delitos de peligro abstracto<sup>4</sup>. Pero la crítica al Derecho Penal y las dudas sobre su futuro como ordenamiento regulador de comportamiento social, han ido mucho más lejos, no se han detenido en la superficie de determinados temas puntuales. Hace más de tres décadas, el prestigiado penalista español Enrique Gimbernat Ordeig presentó a la consideración de sus pares la siguiente interrogante: “¿Tiene un futuro 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 remplazo por consideraciones eminentemente preventistas<sup>5</sup>.”

Lo que comenzó como la “crisis de la culpabilidad”, conocida también como “el adiós a Kant y Hegel”, proyecta en el hecho algo mucho más profundo y perturbador que el remplazo de la culpabilidad, entendida como “reprochabilidad”, en cuanto fundamento y límite de la sanción penal, tal cual ha sido definida hace más de un siglo por el “Derecho Penal clásico” o “Derecho Penal liberal”. La “crisis”, esto es, “la situación difícil o complicada en que se halla la culpabilidad, por cuanto se duda de su continuación, modificación o cese”,<sup>6</sup> no es ya sólo la de la culpabilidad, como categoría normativa y político-criminal-fundante y limitativa de la pena— sino que se irradia al Derecho Penal en sí mismo, en cuanto instrumento o medio del control social estatal. El discurso del Derecho Penal es apreciado por las nuevas tendencias como irracional, falso e incoherente. Desde la década de los sesenta la “crisis” del Derecho Penal, diseñado en sus basamentos y estructura por Bebing, que tuvo su primer punto de apoyo o primera bandera en el intenso cuestionamiento de la culpabilidad entendida como “reprochabilidad”, ha avanzado con singular fuerza y empuje, sobrepasando el debate en torno de dicho tema específico o sectorial, para situarse en el centro neurálgico de una nueva y compleja controversia, que lleva a reexaminar y, eventualmente, a reformular las estructuras básicas del edificio dogmático aludido por Gössel.

Actualmente presenciamos una disputa que se aprecia más fuerte cada día, entre el denominado Derecho Penal clásico o Derecho Penal liberal y el “nuevo Derecho Penal”, inherente a la moderna sociedad post-industrial, denominado por algunos “el Derecho Penal de la sociedad del riesgo” o “el Derecho Penal de la seguridad”, denominaciones con las que se busca vincularlo 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. 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 medio de evitar el mayor número posible de comportamientos indeseables gravemente perturbadores y, por otro lado, atribuirle el carácter de intervención subsidiaria y de “última ratio”, confrontación que no sólo no encuentra un punto de equilibrio ampliamente reconocido, 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 evolu-

<sup>4</sup>La obtención del Derecho Penal (Strafrechtsgewinnung), traducción de José Domínguez.

<sup>5</sup>Gimbernat, *Estudios de Derecho Penal*, 1ª edic., 1976.

<sup>6</sup>Kunsemüller, *Culpabilidad y pena*. Edit. Idea, de Chile, 2001, p. 89.

ción del Derecho Penal<sup>7</sup>. Un principio limitativo tan fundamental como el de “intervención penal mínima” se halla enfrentado a supuestas necesidades de “reinterpretación”, vinculadas a la opción contrapuesta (“Derecho Penal máximo”).

2. El sociólogo alemán Ulrich Beck –cuya obra ha tenido una enorme difusión– utilizó el concepto de *Risikogesellschaft*, cuya traducción es *sociedad del riesgo* o *sociedad de riesgos*, para caracterizar el modelo social postindustrial en que se desenvuelve actualmente la vida del hombre<sup>8</sup>. Esta sociedad surge, en palabras de Beck, cuando los peligros decididos y producidos socialmente exceden los límites de la seguridad. Junto a ello, la demanda de control del riesgo no se plantea aisladamente sino de 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 la propagación de los riesgos<sup>9</sup>.

Silva Sánchez establece como 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 consecuencias negativas de ese inmenso desarrollo, entre las que interesa resaltar la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural. “En otras palabras, el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos 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, etcétera<sup>10</sup>. Esta configuración sociológica de la vida en común origina el fenómeno de “la expansión del Derecho Penal”, cuyas principales connotaciones son: una tendencia legislativa 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”, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía. Silva Sánchez opina que la “expansión” es una característica innegable del Código español de 1995, lo que permite inferir que “la tópica huida (selectiva) al Derecho Penal no es sólo cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hace poco carecía<sup>11</sup>. En la Exposición de Motivos del cuerpo legal aludido se alude a la existencia de una “antinomía entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja”, antinomía que ha llevado al legislador a dar prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser; lo más relevante es, como precisa Silva Sánchez, la acogida de nuevas figuras penales y el incremento general de las penas imponibles a delitos ya existentes<sup>12</sup>.

<sup>7</sup>Mendoza Bucayo, Blanca, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, 2001, Introducción, p. 21.

<sup>8</sup>Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere moderne*, Frankfurt, 1986.

<sup>9</sup>Idem.

<sup>10</sup>Silva Sánchez, *op. cit.* 1, pp. 17 y ss.

<sup>11</sup>Idem.

<sup>12</sup>Ibidem.

Como señala Blanca Mendoza, “no se trata tan 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”<sup>13</sup>. Se trata, en síntesis, de tener más Derecho Penal en la forma más anticipada posible, como única vía de lograr la ansiada “eficacia penal”.

Entre los aspectos más definitorios de la sociedad del riesgo<sup>14</sup>, la profesora Mendoza Buergo destaca los siguientes:

A. El cambio en el potencial de los peligros actuales en relación con los de épocas pasadas; la sociedad actual se caracteriza por la existencia de riesgos que, a diferencia de los peligros que amenazan con desastres naturales o plagas de otras épocas, son “artificiales”, en el sentido que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de éste. La causa u origen de estos riesgos se ve en la decisión y la actuación de individuos o instituciones. Estos riesgos no son sólo de una magnitud creciente frente a peligros naturales, sino que son de “grandes dimensiones”, es decir, amenazan a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas, e incluso amenazan la existencia de la humanidad como tal, ya que, al tratarse de grandes riesgos tecnológicos, ligados a la explotación y manejo de energía nuclear, de productos químicos, de recursos alimenticios, de riesgos ecológicos o de los que pueda llevar consigo la tecnología genética, suponen posibilidades de autodestrucción colectiva. En esta realidad surge otra faceta propia de la sociedad actual, cual es la de la “globalización” de muchos de los fenómenos que en ella tienen lugar.

B. La complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad es el segundo elemento caracterizador de la “sociedad del riesgo”, en cuanto la responsabilidad se ramifica o distribuye cada vez más a través de procesos en los que contribuyen muchas personas, a veces integrados en un sistema de división del trabajo, pero otras sin relación entre ellos. Esta interrelación o interacción de distintos procesos, con diversos grados de intervención humana y la complejidad de los mismos, es de tal convergadura que ha llegado a hablarse a este respecto de una “irresponsabilidad organizada”, en el sentido que, cuanto más compleja y perfeccionada es una organización, más intercambiable resulta el individuo y menor su sensación de responsabilidad, al considerar éste que su contribución al conjunto es sumamente reducida.

C. Una creciente sensación de “inseguridad subjetiva” que experimentan los miembros de la sociedad del riesgo, aun cuando objetivamente vivan en especiales condiciones de seguridad y con independencia de la existencia de reales peligros<sup>14</sup>.

<sup>13</sup>Mendoza Buergo, *op. cit.* 5.

<sup>14</sup>Mendoza Buergo, *op. cit.*, pp. 25 y ss.



La última característica indicada tiene una especial y directa vinculación con los requerimientos de un “nuevo Derecho Penal” –“Derecho Penal de la seguridad”– para una sociedad “nueva”. 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 establece que, “mientras que el ideal de la sociedad industrial era conseguir la igualdad, por el contrario, en la sociedad de riesgos el ideal es obtener la seguridad”<sup>15</sup>. “El binomio riesgo-inseguridad y, por tanto, la aversión 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”<sup>16</sup>. Refiriéndose a la *sensación social de inseguridad*, Silva Sánchez 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 postindustrial es la sensación general de inseguridad”. La “vivencia subjetiva de los riesgos –señala el autor citado– es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos”, pudiendo afirmarse –de otro modo– que existe “una elevadísima sensibilidad al riesgo”<sup>17</sup>. 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, lo cierto es que el miedo y la inseguridad se han constituido en el tema del siglo veinte<sup>18</sup>. Borja de Quiroga contribuye a la explicación del tema, señalando que “los límites del riesgo permitido han cambiado y cambian con gran rapidez. Estamos en una sociedad del riesgo, en la que éste puede que no se determine de forma exacta a priori, pero se sabe que existe y que asume su propia necesidad. La sociedad actual vive en el riesgo”<sup>19</sup>.

3. Para un sector de penalistas, la recepción del modelo teórico de la sociedad del riesgo como escenario de actuación del control social estatal, trae consigo la específica tarea de dilucidar el modo en el que Derecho Penal podría abordar las transformaciones y nuevos problemas que tal modelo social implicaría, en cuanto exigencias o demandas planteadas al Estado. La idea que debe ser examinada es la de si el Derecho Penal puede ser un medio adecuado y, antes que esto, necesario para contrarrestar –en el carácter de un Derecho Penal distinto del clásico o liberal– los nuevos riesgos. Probablemente, la primera interrogante a formular sería si es posible hablar propiamente de un Derecho Penal de la sociedad del riesgo, la que algunos autores han contestado afirmativamente<sup>20</sup>.

Si la sociedad actual, dominada por el temor 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 determinadas clases de comportamientos que podrían ser iniciadores de peligros, el concepto de sociedad del riesgo podría servir –para ciertos autores– como clave para el entendimiento de

<sup>15</sup>Beck, *op. cit.* 6.

<sup>16</sup>Callies, NJW, 1989, p. 1338.

<sup>17</sup>Silva Sánchez, *op. cit.* 1, pp. 24-26.

<sup>18</sup>Prittwitz, Cornélius, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1993, p. 73.

<sup>19</sup>Lopez Barja de Quiroga, El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos, *Poder Judicial* N° 48, p. 294.

<sup>20</sup>vid. Hilgendorf, NSrZ, 1993, p. 12.

un Derecho Penal que se ha encargado del tratamiento de peligros e inseguridades subjetivas. Para Frehsee, 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<sup>21</sup>. O sea, este nuevo Derecho Penal es un orden jurídico creado específicamente por las exigencias del nuevo modelo social, que le imponen apartarse de los principios limitativos clásicos y relativizar las garantías derivadas de ellos. En realidad, el punto crucial no es tanto el porqué surge este Derecho Penal del riesgo, sino, más bien, cuáles son las consecuencias que para el propio Derecho Penal (clásico) conlleva una tal orientación desde y hacia los riesgos y hasta qué punto éstas pueden suponer una auténtica crisis para el Derecho Penal y la Política Criminal<sup>22</sup>. La pretensión de atribuirle al Derecho Penal un nuevo rol como medio prominente del control global (“Grosssteuerung”) contribuye ciertamente a la crisis mencionada, ya que la dimensión de los riesgos a controlar refuerza el recurso al Derecho Penal y encubre dudas sobre la efectividad y legitimidad del empleo del mismo<sup>23</sup>.

4. La “expansión del Derecho Penal” como instrumento que –supuestamente– llevaría a una mejor –“más eficaz”– protección en la sociedad de riesgo es advertida por varios autores como una tendencia autoritaria en el sistema penal, en relación al refugio que selectivamente busca la sociedad postindustrial en un Derecho 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 miedo y la inseguridad. Las evidencias de esta nueva orientación legislativa, exigida, además, por otros fenómenos directamente ligados, como la globalización y la integración supranacional, nos son mostradas con mucha claridad por los autores que recientemente se han ocupado de este tema y a quienes ya hemos citado anteriormente.

En nuestro medio científico, jóvenes penalistas han incursionado también en este complejo universo de “nuevos problemas”. Roberto Navarro Dolmestch se ha ocupado del tema “los desafíos del Derecho Penal frente a la globalización”, dando cuenta –después de haber explicado la globalización como un fenómeno principal, pero no excluyentemente, económico que se caracteriza por la creación a escala casi mundial de redes de intercambio– como nunca antes las habíamos conocido, sobre la base de una nueva comprensión de las dimensiones temporal y espacial- de tres características propias del “derecho penal de la globalización”: a) Una tendencia a la expansión; b) Una permanente flexibilización y c) Una necesidad de unificación. El autor fundamenta minuciosamente estas proposiciones<sup>24</sup>.

Especial consideración merece el acápite relativo a “el problema de los bienes jurídicos protegibles”, que el articulista vincula directamente a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal “como criterios de legitimación provisional”. A partir del supuesto de que “toda norma jurídica incriminadora surge por y para amparar

<sup>21</sup>Frehsee, *SeV*, 1991, p. 227.

<sup>22</sup>Pritzwitz, *Strafrecht*, pp. 28 y ss.; Mendoza Buerger, *op. cit.* 5, p. 35.

<sup>23</sup>Pritzwitz, *Strafrecht*, pp. 28 y ss.

<sup>24</sup>Navarro Dolmestch, *Los desafíos del derecho penal frente a la globalización: XIV Congreso Latinoamericano VI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología*, U. de Valparaíso, Documentos, pp. 275 y ss.

algo”, esto es, intereses necesitados de protección jurídica, Navarro concluye que precisamente esa protección de intereses puede distorsionar la función garantista del bien jurídico-penal en un Derecho Penal de la globalización, desde que los nuevos intereses sociales protegibles pueden adoptar la forma de intereses difusos, colectivos, de protección penal anticipada (delitos de peligro abstracto) o que no respondan a las aspiraciones proteccionistas de la colectividad (imposición de protección de intereses individuales), llevando de este modo a “un creciente desprestigio del Derecho Penal”<sup>25</sup>.

Directamente vinculada a ese peligro de desprestigio del Derecho Penal se halla la lúcida argumentación de Félix Herzog, catedrático de la Universidad Humboldt, de Berlín: “Los riesgos del Derecho Penal del riesgo para la función de garantía del Derecho Penal son inmensos”<sup>26</sup>.

Este tratadista recomienda, por una parte, dejar de lado el Derecho Penal del riesgo, pero no olvidar los riesgos de nuestra sociedad y, por la otra, reflexionar acerca de las alternativas de control social y regulación más allá del Derecho Penal, protegiendo a este ordenamiento como “última ratio” del control social.

Los riesgos del Derecho Penal del riesgo están en relación directamente proporcional a las demandas que de amparo penal máximo –pronto y eficaz– se formulan en la llamada sociedad del miedo, apuntando a un Derecho Penal “más eficiente”, visto como único instrumento apto para ejecutar una pedagogía político-social, como mecanismo de socialización del individuo, de civilización a través de más y más Derecho Penal, con transformación de la última ratio en prima ratio, del Derecho Penal mínimo en Derecho Penal máximo, y priorización de la ley penal como “Magna Charta” de la víctima, por encima de la clásica del delincuente.

5. Sin perjuicio de las consideraciones básicamente sociológico-jurídicas que hemos resumido anteriormente, ha cobrado especial fuerza el predicamento de que el tratamiento de los nuevos delitos surgidos de la globalización económica, en especial la criminalidad organizada transnacional, requiere, según la opinión dominante en Alemania y también en otros países europeos, de una correlativa estrategia penal y político-criminal “globalizada”, 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 gran énfasis por el Derecho clásico o liberal– son despreciados por “problemáticos”, y se cuestiona a los principios fundamentales del Derecho Penal que “durante los últimos siglos han representado precisamente su quintaesencia”<sup>27</sup>, principios que en nuestro medio han sido caracterizados como *principios cardinales*, 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 asienta y sobre los cuales se eleve el Derecho Penal, la de quicio que le dé 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

<sup>25</sup>Navarro Dolmestch, *id.*

<sup>26</sup>Herzog, Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo, *Revista Penal* N° 4, pp. 54 y ss.

<sup>27</sup>Silva Sánchez, *op. cit.* 1.

celosamente<sup>28</sup>. Muñoz Conde nos señala que estos 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<sup>29</sup>. Particularmente clarificadora nos parece la definición que de estos “principios-barreras” da Martos Núñez: “Son aquellos presupuestos técnico-jurídicos que configuran la naturaleza, características, fundamentos, aplicación y ejecución del Derecho Penal”. Añade el mismo autor que “constituyen, por tanto, 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”<sup>30</sup>.

Incluso entre respetables penalistas —advierte preocupado Guzmán Dálbora— 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<sup>31</sup>. En la sociedad del siglo XXI —afirma 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 postmoderna es distinta de la sociedad industrial<sup>32</sup>.

Los pilares, las columnas que han de mantener y contener al Derecho Penal —principios constitucionales del Derecho Penal— se tambalean, se ven sacudidos, debido a los crecientes embates provenientes de las demandas socio-políticas de un nuevo Derecho Penal, menos garantista, más flexible, menos atado a límites y restricciones destinados a otorgarle legitimidad y autoridad, menos protector “della libertà umana cosi esterna, come interna”<sup>33</sup>; por todo ello, claramente contrapuesto, por ende, al Derecho Penal liberal. “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”<sup>34</sup>.

El desprecio a los principios y garantías clásicas del *ius puniendi* responde claramente a la supuesta constatación de la ineficiencia de tales formalidades, a su carácter de impedimentos u obstáculos para la consecución de un ordenamiento penal “eficaz”, 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, requerimiento frente al cual el legislador no puede permanecer indiferente. “La idea básica 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

<sup>28</sup>Manuel de Riva-coha y Riva-coha, Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal. *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, año 2, N.º 1, pp. 133 y ss.

<sup>29</sup>Muñoz Conde, *Derecho Penal*, Parte General, 2ª edición, p. 69.

<sup>30</sup>Martos Núñez, Principios penales. En *La Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Scix, T. XX, 1993, pp. 503-537.

<sup>31</sup>Guzmán Dálbora, Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la ‘doctrina’ de la seguridad ciudadana. *Gaceta Jurídica* N.º 265, pp. 7 y ss.

<sup>32</sup>López Barja de Quiroga, op. y p. cit.

<sup>33</sup>Carrara, *Programma del corso di Diritto criminale*, Parte generale 1859, Prolegomeni.

<sup>34</sup>Silva Sánchez, op. cit. I, pp. 55-56.



personas jurídicas, superar abandonando la teoría del bien jurídico y elaborar postulados normativistas que tengan en cuenta la funcionalidad del sistema<sup>35</sup>. 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”<sup>36</sup>. 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 ejecutivos puestos al servicio del Derecho Penal, sino de una tendencia –denominada por algunos “colectivista”, cuyo eje principal es el peligro, no ya la lesión del bien jurídico<sup>37</sup>– 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 solucionar los problemas que ella genera. Un botón de muestra lo constituye la concepción del dolo como puro conocimiento del peligro generado con la acción, habiéndose abandonado el elemento volitivo. “Así pues, el dolo es actuar conociendo el peligro generado con su acción para la realización del tipo objetivo”<sup>38</sup>. Se priva de este modo al dolo de su “rasgo más característico”, situando su núcleo en la conciencia del alcance de la propia conducta<sup>39</sup>, provocando no sólo graves confusiones en la teoría del dolo y la culpa, sino –lo que es más grave aún– conduciendo a “una insoportable exacerbación del Derecho Penal”<sup>40</sup>.

6. A propósito de la necesidad de estrechar los nexos entre el Derecho Penal y las ciencias empíricas, procurando alcanzar el “punto de encuentro” entre la Criminología y la Política Criminal, como requisito fundamental para el traspaso exitoso del saber experimental a las decisiones jurídico políticas –“Derecho Penal orientado a las consecuencias”– se destaca la irrenunciabilidad de los principios jurídicos garantistas que son producto de la evolución del pensamiento penal y que se encuentran oportunamente consagrados en la Ley Fundamental. La referencia a valores que el ordenamiento jurídico penal demanda se halla así normativamente estructurada en los Estados democráticos occidentales, debiendo pasar las estrategias político-criminales necesariamente por el filtro de la garantía de esos derechos superiores, sin que este criterio de justicia pueda quedar suplantado en aras de una supuesta eficacia comprobada empíricamente. Dándole un sentido nuevo –“actual”– a la vieja afirmación de Von Liszt, “el Derecho Penal es la barrera infranqueable de la Política Criminal”, se la enuncia del modo siguiente: “La dimensión valorativa de la Política Criminal es la barrera infranqueable de su dimensión utilitarista o pragmática”<sup>41</sup>.

El olvido de estas premisas, irrenunciables por fundamentales e inherentes al Estado de Derecho democrático, se ve claramente ejemplificado a través de la emergente línea político-criminal que ha dado a luz al denominado Derecho Penal moderno. Como ha advertido con razón Paliero, estamos en presencia de una “Política Criminal bipolar”, en

<sup>35</sup>López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 297.

<sup>36</sup>Idem.

<sup>37</sup>López Barja de Quiroga, *op. cit.*, pp. 295 y ss.

<sup>38</sup>Idem.

<sup>39</sup>Polittoff, *Derecho Penal*, T. 1., p. 470.

<sup>40</sup>Bockelmann, cit. por Polittoff, *op. cit.*, p. 471.

<sup>41</sup>García Rivas, *El poder punitivo en el estado democrático*. Colección Estudios, U. Castilla La Mancha, 1996, p. 105.

cuyo “polo negativo” se sitúan las garantías conquistadas con esfuerzo a lo largo de más de un siglo, mientras que en el “polo positivo” aparecen las decisiones sobre criminalización de conductas en el terreno de la efectividad, con el riesgo constante de provocar un cortocircuito en el desarrollo de dicha bipolaridad: la legislación penal simbólica<sup>42</sup>.

El Derecho Penal moderno, cuya tendencia hacia lo simbólico es denunciada, se origina en dos causas principales, constituidas, respectivamente, por una “función” y una “obligación”. La función es la de “guía o dirección colectiva” (“Steuerungsfunktion”) y la obligación es la de dar respuesta a la violencia social, que provoca la temida inseguridad colectiva. Algunos autores denuncian la existencia de un “claro proceso de dramatización y politización”, que acarrea la sustitución del Derecho Penal concebido como la Magna Charta del delincuente por el Derecho Penal entendido como la Magna Charta del ciudadano<sup>43</sup>, sistema que necesita estar dotado de un arsenal de medios efectivos para luchar contra el delito y reprimir la violencia. El delincuente tiende a convertirse en un enemigo y el Derecho Penal en un “Derecho Penal para enemigos”<sup>44</sup>. Sobre este mismo preocupante viraje político-criminal, se ha expresado que el modelo público de Derecho Penal se encuentra probablemente llegando al límite de su eficacia preventivo-integradora –lo que constituye su reto– y es necesario que así esté siempre, para conseguir aproximarse al ideal de reducción máxima de la violencia social global<sup>44</sup>. Esta eficacia sólo sería posible de lograr, en la medida que el sistema penal se mantenga público, formalizado, en la medida que el Poder Judicial mantenga una distancia respecto a las tensiones sociales, en tanto se respete un conjunto de principios generales que lo mantengan alejado de una aplicación arbitraria de las normas, “en la medida que el Derecho Penal sea un Derecho Penal de ciudadanos (“Bürgerstrafrecht”) y no un Derecho Penal de enemigos (“Feindstrafrecht”)<sup>45</sup>. Si se opera en la dirección contraria, el mantenimiento de esa eficacia –“virtud, actividad, fuerza y poder para obrar”– preventiva del sistema irá requiriendo respuestas cada vez más severas. “La evolución de los acontecimientos nos está conduciendo de modo decidido a esto segundo”<sup>46</sup>.

7. La “expansión” o “extensión” del Derecho Penal” –propuesta como decisión político-criminal para y por la sociedad del riesgo– es un fenómeno que se presenta –sin perjuicio de lo ya dicho anteriormente– indisolublemente atado a la globalización y la integración supranacional, en cuanto caracteres propios de las sociedades post-industriales, los cuales, al incidir en la exigencia de una reacción jurídico-penal “dura” frente a una delincuencia nueva, impulsan con gran fuerza 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<sup>47</sup>. A juicio de Silva Sánchez, “el Derecho Penal de la globalización, de la integración supranacional, será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías político-

<sup>42</sup>Pallero, Metodología de lege ferenda; per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio, RIDPP 1992, p. 52º s.

<sup>43</sup>García Rivas, *op. cit.*, p. 106.

<sup>44</sup>Silva Sánchez, *op. cit.* 1, pp. 57-58.

<sup>45</sup>Silva Sánchez, *op. cit.* 1, pp. 57-58.

<sup>46</sup>Silva Sánchez, *op. cit.* 1, p. 58.

<sup>47</sup>Silva Sánchez, *op. cit.* 1, p. 63.

criminales, sustantivas y procesales. En este punto, por tanto, el Derecho Penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción<sup>48</sup>. Las demandas que al Derecho Penal dirige la globalización son fundamentalmente prácticas, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad y este modo de intervención supone un alejamiento más o menos intenso de los postulados limitativos clásicos, conformantes del Derecho Penal liberal que ha regido en Occidente por más de dos siglos<sup>49</sup>. Parece estar extendida la impresión de que no se dispone de ninguna otra alternativa de protección jurídica que no sea el orden penal, ajustada a la gravedad que se atribuye al fenómeno que se pretende dominar. En esta misma 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?"<sup>50</sup>. Uno de los rasgos de la legislación moderna –destacado por Silva Sánchez– es el creciente recurso a instrumentos jurídico-penales. No sería erróneo estimar que aquí se conjugan dos factores diversos, pero ambos relacionados con la noción de eficiencia. Por un lado, el Derecho Penal es, en comparación con los mecanismos jurídico-administrativos, de un costo muy inferior. Por otro lado, sus efectos sociales sobre la opinión pública pueden ser, al menos, a corto o mediano plazo, superiores incluso a los de tales mecanismos alternativos, con lo que en principio parece un instrumento especialmente idóneo para lograr la confianza de la población en el funcionamiento del sistema jurídico (prevención general de integración). No obstante, a juicio del penalista citado, esta eficiencia del llamado "Derecho Penal moderno" es tan sólo aparente, incidiendo únicamente en el ámbito psicológico-social de los sentimientos de inseguridad. En otras palabras, transformándose en un mecanismo puramente simbólico y abandonando el terreno de lo instrumental. De este modo, si bien es efectivo que un Derecho eficiente seguramente será siempre funcional, "no está tan claro que un Derecho funcional precise ser realmente, sino sólo aparentemente, eficiente"<sup>51</sup>.

Las actuales demandas de seguridad –que significan básicamente más Derecho Penal más duro– son claramente interpretadas por varios autores como fuente creadora de un Derecho Penal mágico, de un Derecho Penal simbólico, de un Derecho Penal reactivo, entendido éste último como un derecho transitorio y efectista, que busca dar la ilusión general de verdadera solución a los requerimientos de seguridad y justicia imperantes –y dominantes– en la colectividad. Como señala Fernando Tocora, se trata de un "ilusionismo penal", encaminado a superar una situación al borde del colapso o de crisis efectiva. Este movimiento actúa más que nada en el mundo de la imagen o de la apariencia, que persigue, sobre todo, dar la ilusión de acción para calmar los espíritus, contener la ira y la indignación social<sup>52</sup>.

Partiendo de la premisa de que el balance que puede hacerse de la eficacia del instrumento penal en aquellas áreas donde se producen las mayores presiones de criminalización

<sup>48</sup>Silva Sánchez, *op. cit.* 1, p. 64.

<sup>49</sup>Klein.

<sup>50</sup>Kindhäuser, *Universitas*, 1992, p. 229.

<sup>51</sup>Silva Sánchez, *Eficiencia y Derecho Penal*, ADPCP T. XLIX, N° 1, 1996, pp. 119-120.

<sup>52</sup>Tocora, Fernando, *Política criminal contemporánea*, Temis 1997, pp. 17 y ss.

e intervención penal—drogas, medio ambiente, criminalidad económica— no es positivo, lo que es reconocido incluso por los partidarios de la expansión penal, pudiendo hablarse ciertamente de una “crisis de efectividad” en estos terrenos, es factible, en la medida que se sume otra evidente crisis, la de legitimidad, plantear el fracaso del “Derecho Penal del control global”<sup>53</sup>. Directamente ligado a esta situación catastrófica, se halla el ya mencionado efecto simbólico que tendría la mayor parte de la respuesta penal en este ámbito. Este efecto es entendido, según hemos advertido, como instrumento para obtener una seguridad (aparente), es decir, presentar una “aparente solución” del problema por parte del legislador, “que promete efectividad pero no la consigue”<sup>54</sup>. Se trataría, entonces, de un ordenamiento penal no dirigido primordialmente a la protección real de los bienes jurídicos fundamentales, sino a lograr—más bien— resultados políticos de mayor espectro— como los de satisfacer una necesidad de intervención y de respuesta penal. En opinión de Hassemer, este fenómeno sería una manifestación de la crisis por la que atraviesa una política criminal orientada sólo a las consecuencias, que transforma al Derecho Penal en un instrumento político en el que a través de delitos de peligro abstracto se amparan intereses jurídicos universales difusos. Este sería, de acuerdo a su percepción, el paradigma que se corresponde con la imagen de la sociedad del riesgo y la inseguridad global que la caracteriza<sup>55</sup>. Dicho en otros términos, se induce a adoptar una política criminal “simbólica”, que propone un Derecho Penal con efectos simbólicos en sentido negativo, en el que predominan las funciones latentes sobre las manifiestas, en el que el “déficit de ejecución” se trata de cubrir con una falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad<sup>56</sup>. En forma muy precisa lo ha enunciado Blanca Mendoza: “la intervención penal no aporta lo que promete”<sup>57</sup>.

8. Las bases y, sobre todo, los objetivos (explícitos e implícitos, confesados y no confesados) eminentemente prácticos, del nuevo Derecho Penal de la seguridad demuestran claramente una (propuesta) co-existencia de dos clases de ordenamientos punitivos, de dos modelos de Derecho Penal, uno liberal-garantista, otro menos garantista, más flexible y, por sobre todo, más eficiente. Se viene configurando lo que de modo gráfico puede expresarse como “Derecho Penal de dos velocidades”. El Derecho Penal clásico—garantista y cercado por los principios básicos limitadores— es aceptado y mantenido para el enfrentamiento de la criminalidad cotidiana, tradicional, como el hurto, el robo, el homicidio, la violación etc.; pero es rechazado, por inoperante, tanto por su carácter mínimo, de recurso extremo y subsidiario, como por su excesiva formalidad, en cuanto instrumento eficaz de lucha utilizable frente a los delitos de la criminalidad organizada, el tráfico internacional de personas o de drogas, la explotación de la pornografía infantil, los delitos contra el medio ambiente, etc. “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

<sup>53</sup>Pittwitz, *Strafrecht*, pp. 28 y ss.; Mendoza Buergo, *op. cit.*, p. 35.

<sup>54</sup>Mendoza Buergo, *op. cit.*, p. 55.

<sup>55</sup>Hassemer, *Pena y Estado*, Nº 1, 1991, p. 36.

<sup>56</sup>Idem, p. 30; Viel, *Seelman, KritV*, 1992, pp. 461 y ss.

<sup>57</sup>Mendoza Buergo, *op. cit.*, p. 57.



penal del enemigo<sup>58</sup>. Específicamente, con respecto al ambiente como objeto jurídico protegido, se ha dicho que “la tutela penal del ambiente constituye hoy no sólo un difícil desafío para el legislador y un arduo esfuerzo para la reflexión científica, sino también y antes que todo una especie de paradoja. De hecho, mientras de un lado se va intensificando la conciencia de la exigencia de una eficaz salvaguardia de los recursos ambientales y de la irrecuperabilidad de cada retraso o de cada compromiso al respecto, se consolida, de otro lado, la idea de una fuerte tensión existente entre los principios fundamentales del Derecho penal clásico y las técnicas de tutela penal del ambiente”<sup>59</sup>.

La reflexión jurídico-penal tiene, por primera vez, como objeto esencial de estudio delitos claramente diversos del paradigma clásico (el homicidio o la delincuencia patrimonial tradicional). Se trata ahora de una nueva categoría de delitos, criminológicamente denominados como “crimes of the powerful”, cuya elaboración dogmática se halla aún pendiente y cuya regulación legal está insuficientemente asentada. Todo esto redundará en una configuración de estos nuevos delitos sobre bases claramente diversas de las configurativas del Derecho Penal clásico (de la criminalidad pasional o de los “crimes of the powerless”)<sup>60</sup>.

La posibilidad de permitir dos sectores diferentes dentro del propio Derecho Penal es rechazada hasta ahora –al menos entre nosotros– como una opción aceptable, aunque con ello se busque conservar y respetar plenamente en uno de ellos los principios garantistas de la legitimidad del sistema y, en el otro, más ágil y flexible, más laxo, encontrar la respuesta adaptada que cada vez más y con mayor fuerza requiere la sociedad insegura. Esta desformalización y flexibilización de los nuevos ámbitos penales ofrece el serio peligro de contagiarse a todo el sistema jurídico-penal, arrastrando también hacia este ámbito –nuevo– al sector nuclear de los delitos graves sancionados con penas privativas de libertad. En otras palabras, cabría prever la tentación de desformalizar y flexibilizar todo el orden penal en su conjunto, sin mayores distinciones entre delitos “clásicos” y delitos “nuevos”.

Acertadamente nos recuerda Blanca Mendoza que “el Derecho Penal es todo él en su conjunto Derecho Penal. Por tautológica y evidente que pueda parecer tal afirmación, lo cierto es que incriminar un comportamiento supone ya insertarlo en la rama que ocupa la cúspide de las posibles reacciones punitivas y eso, por sí solo, obliga ya a adoptar en todo caso las máximas garantías y a exigir las reglas de imputación que se estiman adecuadas y necesarias según el sistema. Es la cualidad de la sanción penal lo que determina el establecimiento y el respeto a ciertas reglas, categorías y principios, sea cual sea la gravedad de los hechos sancionados, y sea cual sea la entidad de la pena”<sup>61</sup>.

Resulta sin duda objetable la distinción entre un Derecho Penal de primera clase y uno de segunda clase, éste último, de naturaleza y características inciertas o poco definidas, carentes de certeza, donde el hecho puede ser imputado al autor siguiendo tal vez reglas menos exigentes y garantistas, “máxime si se tiene en cuenta que al final puede

<sup>58</sup>Kanz, cit. por Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*, p. 42.

<sup>59</sup>Palazzo, Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia, *Revista Penal* N° 4, julio 1999, p. 68.

<sup>60</sup>Silva Sánchez, *op. cit.* 1, p. 66.

<sup>61</sup>Mendoza Buergo, *op. cit.*, p. 184.

acabar entrando por la puerta de atrás en el sector de la pena de prisión, a través del arresto sustitutivo por impago de una pena de multa<sup>62</sup>.

9. Hemos dado a entender en líneas anteriores la convicción existente en ciertos sectores de que la lucha contra la delincuencia de la globalización requiere, además de un nuevo Derecho Penal, de una nueva Política Criminal, distinta de la Política Criminal que, junto a la dogmática clásica, ha recorrido desde los tiempos de Von Liszt hasta hoy, un largo camino, flanqueado por los principios fundamentales, limitativos del *ius puniendi*, aseguradores de esenciales e irrenunciables garantías individuales frente al poder penal estatal. El paradigma del Derecho Penal clásico es —como indica Silva Sánchez— el homicidio de un autor individual, no siendo aventurado sostener que la mayor parte de las garantías clásicas del Derecho Penal adquieren su fundamento en esta constatación. El Derecho Penal de la globalización halla su paradigma en el delito económico organizado, tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la denominada “macrocriminalidad”: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada, tráfico de armas, mujeres o niños<sup>63</sup>.

Los basamentos fundamentales que sirven de cimiento y faro orientador a una “política criminal de la sociedad del riesgo” representan un asunto muy polémico, desde que en esta cuestión debe partirse de la convicción de que este modelo de sociedad supone o trae consigo determinadas consecuencias que hacen aparecer ciertos caracteres o manifestaciones propias de una “específica política criminal” y, ulteriormente, también un “específico Derecho Penal “de tal sociedad”<sup>64</sup>. Tal política criminal se caracterizaría muy claramente por una tendencia al Derecho Penal preventivo, con un marcado adelantamiento de la tutela penal, lo que conlleva, por una parte, un frecuente recurso a la tipificación de delitos de peligro —primordialmente de peligro abstracto—, así como la configuración de “nuevos bienes jurídicos universales”, de vago contenido, por otra. Como ha señalado Prittowitz, la diferencia más importante entre el viejo y el nuevo Derecho Penal reside en que el nuevo Derecho Penal del control global protege más bienes y distintos bienes y, además, los protege antes, es decir, en un ámbito previo a la lesión o daño del bien jurídico. Por otra parte, tal orientación preventista involucraría una flexibilización de los presupuestos clásicos de imputación objetivos y subjetivos, así como de principios garantistas propios del Derecho Penal inmanente a un Estado de Derecho<sup>65</sup>.

Por lo tanto, la orientación de la política criminal de los años recientes tendría un fundamento y un sentido más criminalizador que despenalizador, más *prima ratio* que *extrema ratio*, propone un Derecho Penal claramente principal en vez de subsidiario.

La expansión o la acentuación de la tutela penal a nuevos ámbitos, como la regulación en materia de recursos naturales, territorio y medio ambiente, ordenación de la economía, salud pública y seguridad colectiva, protección de los consumidores, biotecnología, etc., y la intensificación de la intervención penal en otros terrenos más tradicionales —como terrorismo, paz pública— supone una creciente criminalización de conductas que se añaden a los tipos conformantes del Derecho Penal clásico nuclear, sin que se

<sup>62</sup>Idem.

<sup>63</sup>Silva Sánchez, *op. cit.* 1, pp. 85-86.

<sup>64</sup>Mendoza Buergo, *op. cit.* 5, p. 44.

<sup>65</sup>Rodríguez Mourullo, Prólogo de la obra *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo* (Blanca Mendoza Buergo), p. 16.

cuenta con un contrapeso significativo de descriminalización en otros sectores<sup>66</sup>. Más allá de la constatación –por cierto preocupante– de esta tendencia expansiva del Derecho Penal, se ha señalado que tal ampliación a ámbitos con peculiaridades específicas involucra importantes cambios en los conflictos y problemas que se someten a la resolución del orden penal y, por tanto, una transformación sustancial de las demandas a las que debe hacerse frente y de los problemas que surgen para resolverlas. Se llama la atención sobre el hecho que los nuevos ámbitos que por su contraposición al llamado Derecho Penal clásico pertenecen a lo que se denomina “moderno Derecho Penal”, plantean problemas tan nuevos o tan complejos que no pueden enfrentarse y resolverse satisfactoriamente con los medios y soluciones del “viejo modelo”<sup>67</sup>. En este sentido –siguiendo a Hassemer– la conclusión sería que las crecientes y difusas demandas preventivas de una política criminal dirigida a controlar el riesgo no pueden ser satisfechas a través de un Derecho Penal liberal, que estaría más bien orientado al pasado, que está dotado de un arsenal de medios limitados y que, como instrumento preventivo, ha de ser prudente<sup>68</sup>. El mismo autor añade que en este contexto no resulta extraño que la moderna política criminal y los déficits en la aplicación se hayan convertido en hermanos, p. ej., en terrenos como el tráfico de estupefacientes, el Derecho Penal medioambiental o la lucha contra el terrorismo<sup>68a</sup>. En esta línea de pensamiento, Stratenwerth sostiene que en general el Derecho Penal debe experimentar un radical proceso de revisión y, se podría decir, de modernización, para afrontar la necesidad de “seguridad del futuro”, como sucede ejemplarmente en materia ambiental<sup>69</sup>. Deberíamos resignarnos –postula Palazzo– “a un Derecho Penal intervencionista y preventivo, impuesto por las modernas sociedades del riesgo, que encuentran en la materia ambiental su campo de elección”<sup>70</sup>.

10. Hemos dado a conocer en otra publicación nuestra adhesión al “bueno, viejo y decente Derecho Penal liberal”, ceñido estrictamente a los principios y resguardos de garantía, destinado a proteger al ciudadano del poder coactivo estatal, rechazando, por ende, cualquiera tendencia autoritaria en el sistema penal<sup>71</sup>. No puede verse en el Derecho Penal –porque no es su función en la sociedad– un mecanismo de aseguramiento del futuro (“Zukunftssicherung”).

Compartimos el escepticismo de Herzog, en cuanto a la –supuesta– idoneidad del Derecho Penal del riesgo para crear mayor paz social. Este ordenamiento penal nuevo –simbólico– tan sólo alimenta ilusiones sobre las funciones sociales de orden del Derecho Penal, lo que se ve agravado con su tendencia al totalitarismo<sup>72</sup>.

En nuestra región americana, Zaffaroni ha recordado el “origen” antiliberal “del Derecho Penal del riesgo, al cual se pretende legitimar ahora, aduciendo que cuando la sociedad se alarma es necesario hacer leyes penales, como se hizo siempre que se invocó una emergencia, sólo que ahora en relación a los riesgos”<sup>73</sup>. En opinión del destacado

<sup>66</sup>Mendoza Buergo, *op. cit.*, pp. 47-48.

<sup>67</sup>Muñoz Conde, *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Casabó*, Vol. II, Valencia, 1997, p. 530.

<sup>68</sup>Hassemer, *Pena y Estado*, N° 1, 1991, p. 35.

<sup>68a</sup>Idem.

<sup>69</sup>Stratenwerth, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?* En ZStW, 1993, p. 679.

<sup>70</sup>Palazzo, *op. cit.*, p. 71.

<sup>71</sup>Künsmüller, *Culpabilidad y pena*, Edit. Jurídica de Chile, 2001, p. 267.

<sup>72</sup>Herzog, *op. cit.*, p. 57.

<sup>73</sup>Zaffaroni, *Derecho Penal*, Parte general, 2ª edición, Cap. I, pp. 3 y ss.

profesor transandino, la teoría que legitima el derecho penal del riesgo desemboca en un “estado preventista, “que ahoga al estado de derecho”, no teniendo este derecho otra eficacia que la de calmar a la opinión pública, esto es, un efecto puramente simbólico, con lo cual se termina en un “derecho penal de riesgo simbólico”, los riesgos no se neutralizan, se le hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, más claramente, se miente dando lugar a un Derecho Penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideología<sup>74</sup>.

El hecho por demás evidente de que la sociedad actual no es ya la sociedad del coche o de la radio, ¿puede considerarse como un motivo tan poderoso que determine una verdadera obcecación por construir un Derecho Penal autoritario cuyas principales banderas de lucha son las leyes penales en blanco y una excesiva anticipación de la intervención penal, y para cuyos fines de aseguramiento del futuro la causalidad, la culpabilidad y la autoría son categorías que “ya no sirven”<sup>75</sup>.

Los partidarios del nuevo Derecho Penal que la nueva dogmática y la nueva política criminal habrían de elaborar, “al hilo de las tendencias colectivistas”, señalan que debe conseguir mantener una situación de equilibrio, “que permita que el uso del derecho penal no resulte aterrador”<sup>76</sup>. Este perfil del nuevo ordenamiento se vincula al empleo generalizado de los delitos de peligro abstracto, respecto de los cuales se advierte, por una parte, que no se pretende una legitimación indiscriminada de ellos, y por la otra se sentencia que la evolución hacia los delitos de peligro abstracto es una evolución sin regreso.

Esos mismos partidarios señalan que el no ajustar el Derecho Penal a estas nuevas exigencias implica la pérdida de la relevancia social que el Derecho Penal ha de poseer; al respecto podemos apuntar que tal ajuste, requerido con tanto vigor, conlleva el peligro concreto de la pérdida de la relevancia del hombre, del individuo, a cuya noción se halla subordinada la de Derecho<sup>77</sup>, lo que implica algo bastante más serio y preocupante que una grieta en el viejo edificio del “bueno y decente Derecho Penal liberal”.

11. Como uno de los rasgos más definitorios del Derecho Penal moderno destaca la anticipación de la tutela penal. En los momentos actuales y, desde hace no más de diez años, el movimiento legislativo penal muestra una marcada inclinación hacia una expansión punitiva mediante, entre otros caminos, el adelantamiento de la misma con respecto a lo que tradicionalmente se considera el núcleo del Derecho Penal clásico, esto es, la lesión de un bien jurídico penalmente protegido. Este proceso arrastra en su decidido curso evidentes conflictos con principios básicos o fundamentales del Derecho Penal, como el de ofensividad o lesividad (exclusiva protección de bienes jurídicos), intervención mínima, subsidiariedad, culpabilidad. La preocupación por los problemas de legitimación de esta nueva línea político-criminal se manifiesta a través de varios trabajos monográficos aparecidos recientemente en la literatura penal alemana, cuyos autores han acuñado el término “Vorfeldkriminalisierung” (criminalización en el ámbito previo) para referirse a este fenómeno. La determinación de qué se entiende por “anticipación de la tutela penal” resulta –como hace ver Sánchez García de Paz– altamente problemática, pues, como

<sup>74</sup>Idem.

<sup>75</sup>López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 293.

<sup>76</sup>López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 302.

<sup>77</sup>De Rivacoba y Rivacoba, *op. cit.*, p. 148.



prius lógico, requiere clarificar previamente el objeto de referencia del concepto. En otras palabras, cuál debe ser el núcleo de la intervención penal respecto del cual cabe hablar de un ámbito previo. Esta cuestión enlaza con el fundamento y límite del ius puniendi, que es, en definitiva, la pregunta fundamental de nuestra disciplina<sup>78</sup>.

Tiene razón Beck al señalar que la noción de “criminalización en el ámbito previo” sólo resulta comprensible cuando se ha dado un punto de referencia: primero ha de saberse qué es “ámbito” (Feld), como objeto de criminalización, para luego designar cuál es el “ámbito previo” (Vorfeld)<sup>79</sup>.

Para la doctrina todavía dominante –al menos en nuestro país– la protección de bienes jurídicos constituye el fin último del Derecho Penal, declaración ésta que ha de ser complementada con la concreción del tipo de conductas frente a las cuales deben ampararse los bienes jurídicos mediante las penas. El “núcleo básico” del Derecho Penal ha estado tradicionalmente constituido por lo que se considera “el injusto originario”, esto es, las conductas a cuya sanción se dirige de modo prioritario el instrumento sancionador; el “ámbito previo”, en cambio, estará configurado por los comportamientos que no reúnen las características de los anteriores por desarrollarse en un estadio más distante del objeto jurídico y cuya criminalización, por tanto, sólo podría ser regulada de modo excepcional, y además precisaría de una “justificación ad hoc”.

Las conductas de lesión y puesta en peligro concreta del bien jurídico han constituido, en la tradición penal “clásica” o “liberal”, el injusto originario, el “núcleo” básico del Derecho Punitivo. Por consecuencia, toda otra alternativa de aproximación –menos cercana, más distante– al bien jurídico protegido (p.ej., conductas de peligro abstracto, actos preparatorios, etc.) conformará el “ámbito previo”, el “Vorfeld”. Las tendencias favorables a la anticipación de la tutela penal entran en violenta contradicción con las bases legitimantes –“clásicas”– de la intervención penal, conforme a las cuales el Derecho Penal está orientado al amparo de bienes jurídicos frente a las conductas que los lesionan o ponen en peligro concreto; en otros términos, no es suficiente el mero desvalor de acción, debe agregarse el desvalor de resultado, representado por el deterioro o el concreto peligro para el bien jurídico. Como lo ha dicho con su acostumbrada precisión Winfried Hassemer, refiriéndose al concepto de bien jurídico, fundamentado y formulado por Von Feuerbach como arma contra una concepción moralizante del Derecho Penal, “para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos”<sup>80</sup>.

La teoría subjetiva de la tentativa y la punición de la tentativa inidónea constituyen expresiones claramente definitorias de la nueva tendencia hacia un Derecho Penal “nuevo” o “moderno”, que busca distanciarse de los parámetros limitativos del Derecho Penal “clásico” o “liberal”, procurando hacerse eco de las mayores demandas socio-políticas de criminalización, a fin de obtener resultados eminentemente prácticos, en términos de reducción estadísticamente demostrable del ámbito delictivo. Para la “teoría subjetiva” de la tentativa, el fundamento de la punibilidad de la tentativa reside en la voluntad

<sup>78</sup>María Isabel Sánchez García de Paz, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, U. de Valladolid, 1999, pp. 15 y ss.

<sup>79</sup>Beck, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, Berlin, 1992, p. 21.

<sup>80</sup>Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch Casa Editorial, 1984, pp. 36 y ss.

manifestada contraria al Derecho, esto es, en el desvalor subjetivo de la acción. Sus consecuencias político-criminales son la ampliación del ámbito de la tentativa punible a costa del propio de los actos preparatorios, la equiparación de la pena entre tentativa y consumación, así como la punibilidad de la tentativa inidónea. Quienes defienden una concepción subjetiva pura del injusto patrocinan una teoría subjetiva pura de la tentativa, destacando, entre los autores más modernos, Zielinski, con su obra *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (traducción de M.A. Sancinetti, Bs. Aires, 1990). El injusto se constituye, de acuerdo a esta interpretación, de modo absolutamente exclusivo, por el desvalor subjetivo de acción, “siendo relegado el resultado –en sentido jurídico, como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico– al papel de simple condición objetiva de punibilidad”<sup>81</sup>. Para Zielinski, la norma jurídica es prioritariamente una norma subjetiva de determinación con la que el Estado pretende vincular la voluntad de los destinatarios de la ley, motivándolos al comportamiento social valioso, esto es, el que refleja fidelidad al Derecho. El orden jurídico no se restringe a valorar el comportamiento humano externamente manifestado, sino que procura motivar a la conducta socialmente valiosa y disuadir al ciudadano del comportamiento antisocial. El “desvalor de acción” está constituido claramente por el “desvalor de la intención”, “comete el ilícito quien efectúa la acción contraria al deber, todo el ilícito está realizado cuando la tentativa está acabada... la columna vertebral de la acción ilícita es la voluntad de conformación final, su intención da sentido a la acción”<sup>82</sup>. Para esta concepción subjetiva del injusto, la tentativa inidónea –incluyendo la irreal– pasa a ser “el prototipo del injusto”<sup>83</sup>, se convierte en el injusto originario. Si lo decisivo, “lo neurálgico”, es la resolución contraria a Derecho, que traduce una “enemistad” con el ordenamiento jurídico, los actos externos no tienen más función que una meramente informativa, constituyen “un dato”, no fundante del injusto. Cabe recordar que la teoría finalista de Welzel reivindicó con su aparición en la literatura jurídico-penal alemana, una concepción subjetiva de la tentativa. En todo caso, como advierte Silva Sánchez, esta corriente de opinión no sólo no ha encontrado una acogida significativa en el seno de la doctrina alemana, sino que en ésta y, sobre todo, en el extranjero (v. gr. Italia y España), se ha convertido en el prototipo de lo inaceptable<sup>84</sup>. En Chile no ha generado hasta ahora mayor adhesión una noción predominantemente subjetiva del injusto, requiriéndose en la tentativa “la idoneidad” de los actos ejecutivos que inician la realización del delito. Si bien este requisito no está expresamente formulado en el texto legal, se desprende de la definición de tentativa (art. 7 Código Penal) como “principio de ejecución” de un delito, ya que no puede afirmarse que ha dado comienzo a la concreción del tipo –“por hechos directos”– quien ejecuta actos que jamás podrían llegar, por inidóneos, a producir el resultado legalmente descrito; la conducta debe representar un real peligro de daño para el bien jurídico tutelado, cuya afectación no se logra; de otro modo, no será punible como tentativa.

<sup>81</sup>Sánchez García de Paz, *op. cit.*, p. 21.

<sup>82</sup>Zielinski, Diehert, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, traducc. de Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, 1990, p. 243.

<sup>83</sup>Sánchez García de Paz, *op. cit.*, p. 21.

<sup>84</sup>Silva Sánchez, Introducción, *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales, Estudios en honor del Prof. Claus Roxin*, Madrid 1991, p. 17.

Para una teoría objetiva de la tentativa la impunidad absoluta del delito imposible (tentativa absolutamente inidónea) es un principio fundamental, partiendo de la base que toda tentativa exige, con arreglo al dogma “nulla poena sine lege”, un peligro de realización del tipo legal, lo que significa, a su vez, un peligro para el interés jurídicamente protegido, requisito que está ausente en actos inidóneos para realizar el tipo. En la dogmática chilena predomina el rechazo a la punibilidad del delito imposible o tentativa absolutamente inidónea<sup>85</sup>. Es importante recordar que ya el comentarista Alejandro Fuenzalida expresó en su importante obra editada a fines del s. XIX, después de suministrar claros ejemplos de inidoneidad absoluta de los hechos, que “la intención en estos casos ha sido cometer un delito, pero en ninguno puede decirse que hay un principio de ejecución; porque esta idea supone la posibilidad de alcanzar un objeto por los medios empleados, o porque, como dice Rossi, no puede comenzarse lo imposible”<sup>86</sup>.

Para Fitchberry, no puede afirmarse que ha comenzado a ejecutar una acción penada por la ley –cualquiera que sea su intención– quien realiza actos que jamás podrán llegar a producir el resultado previsto en el tipo; pone como ejemplos el disparar sobre un cadáver, la maniobra abortiva sobre mujer no embarazada<sup>87</sup>. En opinión de Novoa Monreal, el delito imposible no merece sanción, puesto que la absoluta inidoneidad de la acción o de los medios empleados se contraponen con la exigencia de “hechos directos” contenida en el artículo 7º del Código<sup>88</sup>. El profesor Garrido Montt excluye la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea o delito imposible, puesto que desde el comienzo de la acción queda descartada toda posibilidad de consumación del hecho. Los medios empleados por el agente son totalmente ineptos para lograr la consumación del delito (pretender hacer abortar con una infusión de té) o el bien objeto de la agresión es inexistente en la realidad (intentar dar muerte a una persona ya fallecida). Se trata de un caso de atipicidad y, por ende, no punible, conforme al artículo 7º del Código Penal, porque los actos en que consiste esta tentativa nunca pueden catalogarse de “hechos directos”<sup>89</sup>. En concepto de Juan Bustos, la incriminación de la tentativa absolutamente inidónea implica una sensible lesión al principio de lesividad u ofensividad<sup>90</sup>. Sergio Politoff objeta las teorías “subjetivistas” (representadas entre nosotros por Cury), por estar vinculadas a una rechazable función formadora de la moralidad que se ha querido asignar al Derecho Penal en la protección de los valores ético-sociales. Estos criterios, propios de ideologías autoritarias –con directa influencia política en la práctica del Derecho Penal– son incompatibles con un Estado democrático de Derecho. No puede verse en el Estado una institución para el fomento de una determinada concepción de la moralidad, ello es contrario a la libertad de opinión y realización personal<sup>91</sup>. Enrique Cury, reconociendo que la punibilidad de la tentativa inidónea es un punto de vista minoritario, la sustenta, en cuanto partidario de la corriente subjetivista. “Debe ser sancionada toda actualización de la voluntad que signifique la iniciación o ejecución parcial de la forma de conducta prohibida por el tipo de injusto si, atendidas las circunstancias cognoscibles para

<sup>85</sup>Politoff, *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración*, Edit. Jurídica de Chile, 1999, p. 133.

<sup>86</sup>Fuenzalida, *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno*, Lima 1883, T. I, p. 21.

<sup>87</sup>Fitchberry, *Derecho Penal*, T. II, 3ª edición, 1998, p. 62.

<sup>88</sup>Novoa M., *Curso de Derecho Penal chileno, Parte General*, T. II, p. 151.

<sup>89</sup>Garrido Montt, *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Edit. Jurídica de Chile, 1992, p. 290.

<sup>90</sup>Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal*, Barcelona, 1989, p. 279.

<sup>91</sup>Politoff, *op. cit.* 47, p. 139 y ss.

un observador razonable, es capaz de disminuir el respeto del grupo social por los valores elementales de acción, o de quebrantar su confianza en el sistema de protección que se les ha otorgado. El punto de partida, en consecuencia, coincide con el de la teoría del disvalor de acción. En principio, toda ejecución incompleta y dolosa del hecho típico es tentativa punible, porque constituye una infracción al sistema elemental de valores de conducta<sup>92</sup>. Después de indicar como requisito primordial que “la voluntad de consumir se haya actualizado realizando una parte cualquiera de la descripción contenida en el tipo, esto es, que se haya principiado la ejecución”, agrega que “además la acción interrumpida debe ser capaz de crear en el observador razonable, en el ciudadano común, la “impresión” de que su ejecución dañó o puso en peligro el sistema de valores fundamentales”. Agrega que “la causación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico –esto es, el disvalor de resultado– sólo tiene una importancia secundaria... (ya que) como dice Welzel la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético social y sólo “por inclusión” la protección de los bienes jurídicos particulares<sup>93</sup>. Refiriéndose, en particular, a la tentativa inidónea, cuya punibilidad defiende, en concordancia con la teoría subjetiva, Cury señala que “... el disvalor de acción se expresa en cualquier principio de ejecución de un hecho típico, aunque el autor emplee medios incapaces de ocasionar el resultado o dirija el ataque contra un objetivo inexistente<sup>94</sup>”.

En nuestra opinión, la doctrina de Cury se vincula muy directamente con la “teoría de la alarma o impresión”, que, según indica Sánchez García de Paz, es la “dominante en la doctrina alemana, partiendo de la definición de tentativa del artículo 22 del vigente Código alemán<sup>95</sup>”. Dicho precepto establece que “intenta un hecho penal quien de acuerdo con su representación del hecho se pone inmediatamente a la realización del tipo”. Según expone Jescheck, “para evitar el desbordamiento de la tentativa conforme a la teoría subjetiva se introdujo contra el parecer de los defensores del subjetivismo ‘puro’, el factor ‘principio de ejecución’ (‘ponerse directamente a la realización del supuesto de hecho’)<sup>96</sup>”. Tomando como punto de partida la teoría subjetiva de la tentativa, de acuerdo con la cual el fundamento de la pena es la voluntad antijurídica, “el propósito criminal manifestado”, la limita con elementos objetivos. La resolución de delinquir ha de manifestarse en actos exteriores que produzcan una “conmoción” o “alarma” en la colectividad. Este criterio implica la punición de la tentativa imposible, pero no la de la tentativa “irreal” o “supersticiosa”, porque no desestabiliza la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico<sup>97</sup>. En su exposición Cury acota que “el riesgo general” ha de ser enjuiciado “ex ante” desde el punto de vista de un observador razonable, teniendo en cuenta todas las circunstancias que en el momento de actuar eran conocidas o cognoscibles para el autor. Cuando, con arreglo a este criterio, el observador tiene “la impresión” de que el sistema de valores elementales de acto fue o pudo ser dañado, la tentativa es punible. Esto ocurrirá siempre que el atentado parezca capaz de crear en los

<sup>92</sup>Cury Urzúa, *Tentativa y delito frustrado*, Edit Jurídica de Chile, 1977, p. 173 y ss.

<sup>93</sup>Idem.

<sup>94</sup>Ibidem.

<sup>95</sup>Sánchez García de Paz, *op. cit.*, p. 22.

<sup>96</sup>Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 4ª edición, traducción de Matznaners Samaniego, Granada, 1993, p. 465.

<sup>97</sup>Sánchez García de Paz, *op. cit.* 39, p. 23.



ciudadanos un sentimiento de inseguridad o una actitud de desprecio hacia los valores fundamentales de acción. Por supuesto, no es necesario que esto haya ocurrido realmente; basta con que pudiera ocurrir<sup>98</sup>.

En nuestro concepto, calificar el mero desvalor de voluntad como núcleo del Derecho Penal, es una decisión que trasciende, con mucho, el tema del adelantamiento de la punibilidad, en cuanto instrumento político-criminal y toca –con particular intensidad y efectos– a la propia base ideológica de configuración y legitimación del sistema penal y a los fines asignados al mismo. El “moderno” Derecho Penal presenta, en opinión de Politoff, “aspectos inquietantes”, fruto de su tendencia a anticipar lo más posible la intervención del Estado, haciendo retroceder la imputación a etapas anteriores al principio de ejecución, creando tipos legales de carácter puramente preparatorio y, a través del paradigma del “desvalor de acto”, escudriñar en el ánimo de las personas, reduciendo a un lugar generalmente secundario la significación del resultado del hecho punible. El autor citado desarrolla en la obra de que proviene esta cita, “un esfuerzo por destacar la función de garantía de los criterios objetivos en materia de actos preparatorios y tentativa punible, subyacentes en nuestro viejo Código y en otros del mismo origen liberal<sup>99</sup>”.

Son pocos los casos en que los tribunales nacionales se han pronunciado sobre el tema de la tentativa inidónea, pero en ellos han excluido invariablemente su punibilidad. P. ej., se ha resuelto que comete tentativa inidónea por inidoneidad absoluta del objeto y es, por tanto, absuelto, quien creyendo cumplir el encargo de llevar cocaína a un reo privado de libertad, llevaba un polvo inocuo (SCS, 13.09.95, Gaceta Jurídica N° 183, p.100); imposibilidad de cometer el delito de aborto, si las acciones se llevaron a cabo cuando el feto ya estaba muerto (SCA Santiago, 1963, RDJ, T LX, 2ª parte, secc. 4ª, p. 77); en una sentencia dictada por la Iltrma. Corte de Apelaciones de San Miguel hemos fundamentado una decisión absolutoria por “tentativa imposible” de homicidio, en un concepto objetivo de tentativa, procurando recoger una determinada posición dogmática sobre el punto. En el considerando Sexto de dicho fallo se declara que “la sola manifestación o exteriorización de un propósito delictivo, que no pone en peligro ni lesiona un bien jurídico protegido por el Derecho Penal queda fuera del ámbito de lo punible. Se ha de castigar lo que el sujeto hace u omite hacer, no lo que es, derecho penal de acto, no derecho penal de autor”. (Gaceta Jurídica N° 245, p. 184).

<sup>98</sup>Cury Urrúa, *op. cit.*, p. 173 y ss.

<sup>99</sup>Politoff, *op. cit.* 47, Prólogo, p. 11.

