

**«Saber Penal» y «Realidad Social»
sobre la tríada «Academia», «Justicia» y «Sociedad»:¹**

Podría iniciar esta intervención ofreciendo sendas nociones de «saber penal» y «realidad social», pero ocurre que ambas ideas son indefinibles sino no se las contextualiza en un tiempo y espacio determinado.

Esa relatividad de la cual adolecen lejos de inutilizarlas desde la perspectiva científica, las torna – a mi juicio – aún más atractivas.

Pretendo ubicarme en la intersección de ambas categorías para señalar que la conjunción “y” que une el título no logra confundir dichos tópicos, como así tampoco disimular la delgada línea divisoria existente entre ellos que denominaré «sistema/entorno»², advirtiendo que ello es sólo un modo de «observación»³.

Cualquiera que sea el extremo de dicho binomio en que se ubique el observador, se podrá apreciar esta «diferencia»⁴, y en virtud de ella tendrá que reconocer que las «relaciones/comunicaciones» son muchas veces tensas y paradójales entre «saber penal» y «realidad social», y atraviesan las interpenetraciones entre «Academia», «Justicia» y «Sociedad»⁵.

¹ Leandro Damián Ríos. Profesor de Derecho Penal – Parte General de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (F.C.J.S. – U.N.L.). Becario de la Red Latinoamericana y Europea Alfa y del Grupo Coimbra.

²«Sistema»: conjunto de elementos que interactúan entre sí y que, al hacerlo, se diferencian mediante límites de un entorno con el que se comunican.

«Entorno» (también “medio” o “ambiente”, umwelt, environment): El sistema tiene límites, el entorno no. El sistema por tanto puede ser delimitado o definido, el entorno no. El entorno sólo se puede definir desde cada sistema y para cada sistema. Cada sistema tiene un entorno y sólo un entorno. No puede haber dos sistemas diferentes con el mismo entorno.

³«Observación»: acto de distinguir para la creación de información. O el tratamiento de la información como información sobre la base de un esquema de diferenciación. La observación no implica una diferencia sujeto/objeto, esto es, un observador. Tampoco es preciso distinguir entre observación interna y externa porque el concepto de observación presupone el de autoobservación.

⁴«Diferencia»: una categoría es diferencial cuando no puede ser definida sin recurrir a su opuesto. Así por ejemplo, la cara de una moneda con relación a la cruz. Diferencia y distinción son términos sinónimos, aunque el segundo parece ser más psíquico y el primero parece más objetivo. Así, de una moneda que fuese igual por ambos lados diríamos que no diferencia cara de cruz, pero de una persona que no pudiera apreciar la diferencia entre cara y cruz diríamos que no distingue cara de cruz.

⁵«Sociedad»: el sistema social que incluyese todas las comunicaciones dotadas de sentido. Si hay comunicación hay sociedad. No hay comunicaciones fuera de los sistemas sociales. Por lo tanto, una de dos, o la sociedad es un sistema cerrado que no intercambia nada con su entorno, o la sociedad no es un sistema, sino que simplemente hay sistemas sociales. Una catástrofe, un huracán, un naufragio, un accidente de tráfico son sucesos que acaecen en tiempo físico-real, esto es, en el entorno. Y se convierten en problemas sociales (y socialmente gestionables) si y sólo si los agentes de la sociedad

Así también, es imposible ignorar la relación de bi – condicionalidad entre lo que acontece en el seno del «sistema penal» y aquello que se verifica en lo que acordemos mentar con la expresión «realidad social».

Coloquialmente se afirma que “*la ciencia hace avanzar a la humanidad*”, simplificando la idea consistente en que el conocimiento científico – a través de las aplicaciones que permite la técnica – incide en el propio devenir histórico. Al mismo tiempo ello también se puede constatar de modo exactamente inverso, pues las conocidas demandas sociales (como procesos históricos) han repercutido en el centro del «saber justificado», de modo que ningún dato que se verifique en el ámbito del «saber penal» y/o de la «realidad social» será inocuo en referencia a las relaciones entre dichas nociones.

La «contingencia» del «saber penal» y de la «realidad social»

El alcance de la validación del «saber penal» ha sido diversa desde la aparición de aquello que entendemos por Derecho penal liberal (Europa – siglo XVIII), no obstante la constante «preocupación utilitaria o utilitarista» impuesta por la «realidad social». Y ello fundamentalmente porque las nociones de «saber penal» y de «realidad social» han variado considerablemente.

He aquí un primer dato común de los «conceptos»⁶ entre los cuales oscila esta reflexión, pues ambos son esencialmente «contingentes»⁷, es decir: han sido y pueden ser siempre de otro modo.

Hruschka respecto del objeto de estudio del Derecho penal sostiene que: “...*el objeto del saber jurídico cambia sin cesar. Mejor dicho: no sólo es que cambie el conocimiento de dicho objeto o la perspectiva desde la que lo contemplamos, sino que el objeto mismo del saber jurídico debe modificarse, porque más o menos imperceptiblemente cambian los sistemas político y social que producen el objeto del saber jurídico. Se percibe cómo conceptos diferentes se hallan desordenados, se borran entre sí, y cómo se borran sus fronteras. El concepto se encuentra en total disolución, a pesar de que se recurra sin cesar a la expresión «sistema»*”⁸.

(comunidad científica, medios de comunicación, asociaciones ecologistas, etcétera) lo perciben, lo formulan, lo observan, lo definen... en una palabra lo comunican.

⁶«Concepto»: aquello observado mediante una diferencia. Los conceptos son siempre construcciones de un observador, no preexisten a la observación. En esto se parecen a los objetos. Pero a diferencia de éstos los conceptos alejan al observador de lo observado.

⁷«Contingente»: posibilidad de ser de otro modo.

⁸Hruschka, Joachim: “Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teorías de la imputación”, edición a cargo de Pablo Sánchez – Ostiz, Editorial Thomson – Aranzadi. Primera edición 2005. Artículo: ¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico – penal? (pág. 252 a 275). Traducción

Respecto del «saber penal» sabemos que tuvo, tiene y tendrá tantos objetos de estudio como pensadores capitales consideremos, y cada programa metodológico enarbolado por las diferentes líneas teóricas (escuelas) presupone una determinada concepción de la «realidad social», probablemente porque detrás de cada una de ellas también asomen distintas concepciones ius filosóficas⁹.

Un somero recorrido sobre las distintas líneas teóricas más destacadas en el «saber penal» permite advertir las diferencias epistemológicas en cuanto al objeto y método de estudio de la Ciencia del derecho penal.

Así la denominada “Escuela Clásica” (Carrara – Beccaria) que desarrolló sus ideas en Europa central durante el siglo XVIII y 1era. mitad siglo XIX, se sirvió de un concepto idealista de delito, concibiéndolo como puro ente ideal sin existencia empírica, y al mismo accedió utilizando el método racionalista – abstracto – deductivo. Todo ello con la convicción puesta en la «razón» como instrumento idóneo para desentrañar el sentido del Derecho positivo.

A su turno, el denominado “Positivismo Biologista” (Lombroso, Garófalo y Ferri) que tuvo su apogeo 2da. mitad siglo XIX y principios del siglo XX, ubicó al «Delincuente» como objeto de pesquisa, desplazando así el «hecho punible» al que le otorgó el estatus de mero síntoma de la peligrosidad. Tomando prestado el discurso médico evolucionista (Darwin, Spencer), y bajo una concepción deterministas – causalista, se pretendió imitar el exitoso método de las ciencias de la naturaleza (método: material – concreto – inductivo), haciendo de la observación empírica la actitud científica prototípica del jurista penal. Ello a su vez coincidía con el concepto empírico de delito (delito como fenómeno empírico), y con el uso de la pena como un instrumento de incidencia en la realidad externa – cada vez más sustituida por medidas de seguridad –, ambas dirigidas a la Defensa Social.

La otra manifestación del Positivismo, que fue etiquetado con el mote de “jurídico o concepción clásica” (Rocco, Binding y von Litz), sostuvo que el objeto de estudio de la dogmática era el Derecho Positivo (la ley como dogma), afirmando que: “*el Derecho positivo es lo que es y no el que debe ser*”. Así concibió la «realidad social» como un cúmulo de relaciones causales desde una visión mecanicista, aplicó un método puramente lógico formal – inductivo, y creyó que el movimiento codificador era la manera de abandonar definitivamente las especulaciones metafísicas.

Dicho método lógico formal – inductivo no fue desmontado por el movimiento del Neokantismo en el Derecho penal (Radbruch, Frank, Rickert, Lask – Escuela Sudoccidental Alemana (Escuela de Baden)), sino que solamente se procuró la introducción de consideraciones axiológicas y materiales (dimensión valorativa de lo jurídico). Por ello el denominado «Causalismo valorativo» (al menos buena cantidad de sus exponentes) continuó consagrando como objeto de estudio al Derecho positivo. No obstante ello al considerar que el Derecho Penal era realidad referida y condicionada a valores dominantes en una cultura concreta, y en la combinación de sus presupuestos metodológicos (subjetivismo epistemológico y relativismo valorativo), podemos considerar incipientemente el surgimiento de ideas actualmente defendidas respecto a las relaciones entre «saber penal» y «realidad social», revisando el duro juicio que sobre esta escuela formuló Welzel, en el sentido de que sólo se trataba de una teoría complementaria del Causalismo naturalístico.

El “Finalismo”, de raíz fenomenológica (Hussler) y ontologicista (Hartmann), vió en las estructuras lógico objetivas, supranacionales, suprapositivas, aquello que debía reconocerse como objeto de estudio del «saber penal», y para ello se apoyó en el método deductivo – abstracto, defendiendo un

de «Kann und sollte die Stracfrechswissenschaft systematisch sein», Juristenzeitung 1985, pp. 1 – 10, conferencia (Hamburgo 11.12.1984) a la que Hruschka fue invitado por la Jochim Jungius – Gesellschaft der Wissenschaften e. V. Hamburgo, pág. 254.

⁹Mir Puig, Santiago: “Introducción a las bases del derecho penal”, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2ª Edición.

objetivismo epistemológico exactamente opuesto a sus contemporáneos. Welzel sostuvo que la «realidad» ya tenía incorporada la dimensión de sentido, y esa dimensión era ontológica, previa, no construida, dispuesta a ser descubierta por el científico.

Una versión extrema del Finalismo, lo que se suele denominar “Subjetivismo” (Armin Kaufmann, Struensee, Zielinski), sostuvo que el objeto del «saber penal» es el propio esclarecimiento de la relación entre la estructura del ser y el plano valorativo de las normas jurídico – penales (Kaufmann). Se consideraba que lo esencial del injusto era el disvalor de la conducta y de ese modo se orientó el estudio del Derecho penal a «realidades internas o individuales», llegándose a una desvinculación con la «realidad externa o social». Prueba de ello era la punición de las tentativas supersticiosas o irreales que propugnaba Kaufmann.

Una fase de transición que se suele mentar con la denominación de “Post – finalismo”, evidenció una pérdida de coherencia sistemática en el seno del «saber penal». Esta etapa errática por momentos, estuvo signada por referencias teleológicas diversas, tendencias con distinta intensidad a la normativización de los conceptos jurídicos penales, y la pura tópica de soluciones ad – hoc.

Son quizás las corrientes “Funcionalistas o Preventivistas”, quienes proponen de nuevo re – vincular «saber penal» con «realidad social», concediéndoles a tales conceptos alcances bien distintos a los repasados.

Las tesis teleológicas – funcionalistas, ya sean aquellas de cuño consecuencialistas (Roxin) o sistémicas (Jakobs), persiguen un modelo con mayor potencia explicativa de la «realidad social», racionalizándola y posibilitando así una doble función dogmática: igualdad y seguridad jurídica.

En estas nuevas relaciones propuestas entre el Derecho Penal como «saber científico» y la «realidad social» como red de comunicaciones, se procura alcanzar una síntesis entre el finalismo y el pensamiento valorativo – teleológico quebrando la «falacia naturalista» (dato común entre el Causalismo y el Finalismo), aún a riesgo de caer en la «falacia normativista».

Ello sea quizás una de las principales metas de los sistemas abiertos y la moderada normativización de las categorías teóricas que propugna Roxin, persiguiendo “soluciones” dogmáticamente correctas bajo el test de lo político – criminalmente satisfactorio.

La reprogramación del sistema dogmático al servicio de las valoraciones de la Política criminal, se muestra como un ajustado ejemplo de lo afirmado.

Es que en su preocupación eminentemente práctica Roxin diseña esquemas teóricos de modo tópico (a veces con escasa cohesión interna) que satisfagan exigencias fundamentales tales como: orden conceptual; referencia a la «realidad social» y fundamentalmente orientación a finalidades político – criminales.

La versión radical (Jakobs), ostentando quizás una preocupación de tinte más metodológica, ensaya una re – fundamentación normativa de la teoría del delito y del método dogmático en general, haciendo depender todo el esquema conceptual de lo que se considere misión del Derecho penal. En el caso de Jakobs, el Derecho Penal se orienta exclusivamente a la prevención – general (ejercicio en la fidelidad al Derecho), reavivando no solo la discusión acerca de la Teoría de las Normas, sino también la Teoría de la Pena.

Esto puede lucir desconcertante para quien se inicia en el estudio del Derecho (penal), y de hecho era una de las razones por las cuales Thomas Kuhn se negaba a utilizar su expresión «paradigma» en el ámbito de las Ciencias Sociales, dado que justificaba su mezquindad en el desacuerdo básico y fundacional que la comunidad científica mantiene respecto del objeto y el método de su labor. Es por ello que no podemos – en el estricto sentido Kuhneano de la palabra – sostener la existencia de concretos «paradigmas» en la ciencia del derecho penal, en razón de la ausencia de

toda coincidencia elemental y primaria sobre el objeto y el método de esta clase de conocimiento.

Sin embargo, este eterno debate que afecta a la identidad propia del «sistema penal» y en particular al «saber penal», no debe escrutarse como un defecto del mismo, sino por el contrario debe relevarse como una excelente estrategia de «adaptación»¹⁰ a su «entorno» (o lo que es lo mismo «realidad social»).

El Derecho penal, se presenta atravesado por consideraciones políticas, económicas, culturales, ideológicas y morales entre otras, y estos cruzamientos inciden en la configuración de lo que aparenta cumplir la función de “objeto de estudio” del Derecho penal.

Se puede afirmar que el «saber penal» reconocerá tantos “objetos de estudio” como exigencias desde su «entorno» sean cursados por la «realidad social» o lo que es su sinónimo (política, más economía, más cultura, más ideología, más moral, más ecología como crisis civilizatoria, etc.).

Cada oportunidad en que el «saber penal» desenvainó un determinado método y se alineó detrás de un “objeto de estudio”, el «entorno» le estaba imponiendo los límites exactos de su quehacer. Pero a la vez, también el «saber penal» entendido como «sistema» estaba performando y alterando su «entorno» (función preformativa del Derecho). Un buen ejemplo de lo afirmado es la discusión acerca del bien jurídico como estructura de legitimidad del Derecho penal, (desde la propiedad como prototipo del bien jurídico hasta el diseño de los bienes jurídicos colectivos que parecen pulular en las actuales legislaciones).

Ser concientes de esas complejas relaciones y determinaciones («bi – condicionales»), es un primer paso para desmontar visiones reproductoras de

¹⁰«Adecuación» o «Adaptación»: (adaptation) en sus orígenes científicos, la noción designaba sólo la relación sistema/entorno. Más tarde, en la historia de la biología y, en especial, con el desarrollo del paradigma evolucionista, se admitió que el sistema no tenía una relación tan simple con su entorno, sino que tenía que adaptarse a su entorno para sobrevivir, para lograr su propia duración. Y pronto se añadió a este pensamiento el inverso: también era posible que el entorno se adaptase al sistema y que contribuyera a la evolución del sistema.

hegemonía, y el efecto emancipatorio del estudio de esta «complejidad»¹¹ no debe ser menospreciado¹².

El Derecho en general y el Derecho penal en particular, ha satisfecho – tarde o temprano – las demandas impuestas por la «realidad social», pero a la vez influyó en el alcance de las mismas reconduciéndolas muchas veces en términos de racionalidad. Y es precisamente esa reconducción racional de las exigencias del «entorno» la tarea que debe cumplir el «saber penal». El proyecto de reforma de Código Penal es un ejemplo de este intento de reprogramación de las demandas sociales, en términos de intervención mínima.

La «autorreferencia» del «sistema penal»:

En términos de la «Teoría de los sistemas», es posible aseverar que el «saber penal» (dogmática) es sólo una de las operaciones internas «autorreferentes»¹³ del «sistema jurídico penal» que predica o habla de otras operaciones internas (legislación y jurisprudencia), y con ello contribuye a la auto – delimitación de su «entorno»; pero dicha diferenciación también conlleva el «riesgo» de petrificar los límites del «sistema» permitiendo una «autorregulación»¹⁴ a su propia e interna «complejidad», anquilosándose consecuentemente en sus relaciones con el «entorno».

¹¹«Complejidad»: un hecho es complejo si contiene una cantidad tal de elementos que haga imposible ponerlos en relación recíproca, salvo por selección. De otra forma, se dice que un sistema es complejo cuando alcanza un nivel de organización tal que resulta imposible que todos sus elementos interactúen a la vez. La teoría de la complejidad no trabaja con la categoría diferencial sistema/entorno, sino con la de elemento/relación. Por ejemplo, si explicamos una casa a partir de sus habitaciones, estaremos empleando la óptica de la diferenciación funcional, pero también podremos explicar la misma casa como un conjunto de materiales, vigas, ladrillos, etcétera, y entonces estaremos usando la teoría de la complejidad.

¹²Cárcova, Carlos María: “Las teorías jurídicas post positivistas”, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, pág. 30

¹³«Autorreferencia»: un sistema es autorreferente cuando es capaz de hablar de sí mismo, esto es, cuando en su interior hay operaciones que se refieren a otras operaciones del sistema y, con esto, a ellas mismas. La pura autorreferencia que no toma la “vía del espejo”, va a acabar en una tautología. Las operaciones reales y los sistemas reales del mundo real dependen de una “explicación” o de una detautologización de esta tautología, porque sólo así pueden comprender que ellos mismos en un entorno real son posibles sólo si se ponen límites a sí mismos, es decir, que sólo son posibles y duran de modo autolimitado, no a discreción.

¹⁴«Autorregulación»: es la adecuación del sistema a su propia complejidad. Los sistemas complejos, si quieren durar no sólo tienen que adaptarse a su entorno (esto sería adecuación), sino que también tienen que hacerlo a su propia complejidad. Cada sistema tiene, por lo tanto, problemas de

En otros términos: en la misma medida que el «saber penal» se vincule con elementos de la «realidad social» (externos) distintos a la legislación y jurisprudencia (internos), será capaz de «adaptarse» y seguir siendo convocado y utilizado por el «sistema social»¹⁵, de un modo más o menos similar a como hoy lo concebimos. Si la estrategia, por el contrario es la autorregulación (adaptación a su propia complejidad interna) y la consecuente refracción de las demandas provenientes de la «realidad social», el Derecho penal transformado en una “pieza de museo” será desplazado por otros mecanismos de resolución de conflictos (Economía)

La preocupación utilitarista

Inevitablemente la «preocupación utilitarista» acecha entre las bambalinas del escenario científico, cualquiera que sea el ámbito del saber en que se desarrolle la actividad humana.

La constante pregunta *¿para qué nos sirve la investigación científica?* se rehúsa a ser soslayada, y son pocas las oportunidades donde alguien está dispuesto a contestarla idílicamente con la desenfadada respuesta: *“nos sirve sólo para saber”*.

Pareciera que el «saber científico» de modo periódico – y hasta sumiso – debe *“rendir cuentas”* acerca de las razones que motivan y justifican su quehacer, concretamente debe revalidarse – una y otra vez – bajo parámetros de utilidad pragmática.

En el caso del Derecho penal, cuyo estatuto científico propio reconozco, esta «preocupación utilitarista» se verifica en el permanente contraste del «sistema penal» con la denominada «realidad social». En otros términos, las razones que avalan la generación del «saber penal» se vinculan – casi con exclusividad – con su capacidad

adecuación a su entorno y también problemas de adecuación a su propia complejidad (autorregulación). El objetivo de todo sistema es el equilibrio entre problemas de autorregulación y problemas de adecuación. Una inclinación excesiva hacia los primeros petrifica los límites, puede garantizar la duración, pero impide la evolución. Una inclinación excesiva hacia fuera debilita los límites, acelera la evolución pero el sistema se arriesga a la extinción.

¹⁵«Sistema social»: un sistema social se realiza siempre que se da una conexión de comunicación, y se delimita respecto a un entorno a través de una limitación de las comunicaciones oportunas. Los sistemas sociales no consisten por tanto en hombres y tampoco en acciones, sino en comunicaciones.

descriptiva y explicativa del devenir de los sucesos históricos más drásticos que acontecen en una sociedad determinada en el tiempo y en el espacio.

En la medida que la teoría jurídico – penal sea apta para reducir la «complejidad» característica de dichos hechos sociales, estará a salvo – transitoriamente al menos – de la indagación pragmática formulada en la conocida pregunta *¿para qué sirve estudiar Derecho penal?*.

Es que toda teorización tiene por función reducir la «complejidad», y el desarrollo minucioso de la propia teoría del hecho punible es un buen ejemplo de ello.

Esta “obligación” que pesa sobre el «saber penal» y de la cual no creo que pueda y deba sustraerse, tiene que ser claramente diferenciada de las expectativas de “solución mágica” de diversos conflictos sociales que su «entorno» (en especial: el poder económico a través de los medios de comunicación) le cargan a la ciencia del Derecho penal.

Sabido es que del Derecho penal se esperan “milagros”, y las inevitables defraudaciones parecen socavar la confianza sobre la «utilidad» del estudio del derecho penal.

A ello debe sumársele la tendencia intrasistemática que denomino «omnipotencia del Derecho penal», que no es otra cosa que la ilusión que pesa sobre éste (como «saber científico») manifestada en su vocación a acrecentar sus niveles de intervención en los más variados problemas intersubjetivos. En otras palabras: las exigencias del «entorno» muchas veces se ve correspondida por las distintas funciones internas del «sistema», tales como la «dogmática»; la «legislación» y la «jurisprudencia», evidenciando así que en los distintos momentos del Derecho penal (ya sea legislativo, judicial o de crítica), se verifica una sinergia expansionista que opera de modo bi – condicional («relación de bi – condicionalidad»). La problemática de la Sociedad de Riesgos ofrece muchos ejemplos de lo afirmado.

Las paradojas entre «saber penal» y «realidad social»

Constituye un lugar común criticar la excesiva minuciosidad que puede alcanzar la teoría del delito como una de las construcciones principales del «saber penal». En

este sentido se le ha objetado ser “*un juego de relojería*”, y que dicha exacerbación la vuelve inútil por excesivo detalle al momento de su aplicación práctica.

No obstante ello, si se echa una mirada a la práctica forense, se advertirá que la expresión “*cuestiones de hecho y prueba*” utilizada en los procesos a modo de *latiguillo*, suele vedar el análisis dogmático disminuyendo sensiblemente el contenido teórico de las argumentaciones en los juicios penales.

Por otra parte el «saber penal» posee construcciones teóricas que exhiben un alto potencial explicativo si se lo compara con aquello que acontece en otros ámbitos del Derecho (ej. teoría de los contratos, teoría de los actos administrativos, etc.). Sin embargo – y en esto reside la paradoja – quizás sea en su dimensión práctica el sector del quehacer jurídico más refractario a la argumentación sistemática, olvidando la utilización de herramientas labradas en un determinado nivel de abstracción, en pos de “soluciones” o “recursos” de escasa elaboración teórica.

Dicho desacople debe provocar la reflexión acerca de las relaciones entre «saber penal» y «realidad social», pero no solamente a los fines de responder a la «indagación utilitarista», sino antes bien para comprobar si es precisamente esta escasa “aplicación – relación” entre la teoría y la práctica lo que resulta insatisfactorio en la resolución de los conflictos inter – subjetivos que al Derecho penal se le encomienda administrar.

Las resistencias político – criminales («garantista» «de resignación» «modernista» y «sistémicas»)

Podría imitar una prédica común y romántica, reiterando la necesidad de desmitificar los poderes del Derecho penal (en el sentido que todo lo puede solucionar), y rechazar in limine así las demandas de criminalización que de modo incesante la configuración social le cursa al «saber penal». Pero ello es una estrategia inocua y hasta funcional con el remanido recurso político y económico, de utilizar al derecho penal como un lacayo de sus intereses.

Esta postura tradicional (resistencia garantista o tradicional), ostenta serias limitaciones para reconducir las demandas sociales actuales, y con sus apáticas

respuestas retroalimenta un efecto expansivo exactamente contrario a las finalidades que persigue.

Una segunda alternativa, ha sido una resignación de determinados ámbitos, cediéndoselos al derecho administrativo sancionador, al derecho de intervención (Hassemer) o inaugurando un derecho penal de segunda velocidad¹⁶ (Silva Sánchez). No es segura la fijación de los límites exactos entre estos dos ámbitos, y nada hace suponer que en un futuro cercano no sea necesario continuar acentuando la resignación, hasta la desaparición del derecho penal nuclear.

En tercer lugar podemos invocar a la posición que admite indiscriminadamente (y a veces de manera acritica) las exigencias externas de la «realidad social», y bajo el pretexto de la modernización permite el copamiento parasitario de discursos reaccionarios y la resucitación de un derecho penal peligrosista (modelo penal de la seguridad ciudadana).

Díez Ripollés, sin recurrir a la teoría de los sistemas, advierte claramente que: *“el modelo penal de la seguridad ciudadana se está sirviendo de componentes legitimatorios que tienen su origen en un debate político – criminal de signo opuesto, aquél que propugna la modernización del derecho penal con su expansión a nuevos sectores propios de la sociedad del riesgo”*¹⁷.

Entiende el citado autor que se ha comenzado a sustituirse el *“hasta hace poco indiscutido modelo penal garantista”* por el *“modelo penal de la seguridad ciudadana”*¹⁸. Propone como estrategia el desarrollo de un modelo penal alternativo (modelo penal bienestarista), que supere en términos pragmáticos y ético – político al modelo penal de la seguridad ciudadana, y que sea al mismo tiempo eficaz en la aproximación a la delincuencia desde sus causas personales y sociales, insertando

¹⁶Silva Sánchez, Jesús María en su clásica obra “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”. Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Jesús María Silva Sánchez, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2ª Edición, año 2006, pág. 178.

¹⁷Díez Ripollés, José Luís, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate mal enfocado”. RECPC 07 – 01(2005) <http://criminet.urg.es/recpc> ISSN 1695 – 0194.

¹⁸Idem.

mecanismos sociales de prevención de la criminalidad en el marco de las intervenciones propias del Estado social de bienestar, preservando así las garantías¹⁹. Para ello, y como presupuesto inaplazable, afirma que es necesario confeccionar un ajustado diagnóstico²⁰, acerca de lo que acontece tanto en la política criminal, como en la dogmática y de los agentes sociales que están impulsando el discurso de la seguridad²¹. En definitiva, el objetivo del trabajo de Díez Ripollés consiste en cuestionar los presupuestos analíticos y las estrategias de intervención del discurso doctrinal que está consolidando el nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana.

Una cuarta alternativa – que pretende superar aquellas descritas – es admitir la recalibración adecuada e integral del «sistema» del Derecho penal en referencia con el Estado Constitucional de Derecho entendiéndola como la mejor estrategia de supervivencia²². Y para ello es necesario recordar que el «sistema» no fue siempre el mismo, y nada hace suponer que deba serlo.

Esta “*apertura*” hacia las exigencias de la «realidad social» no necesariamente debe ser sumisa ni tampoco indiscriminada, pero implica animarse a reconsiderar selectivamente²³ el exacto alcance del cúmulo de Principios y reglas que el «saber penal» ha recitado los últimos 250 años.

No existe ninguna razón que imposibilite concebir un mejor y más satisfactorio Principio de legalidad o Principio de culpabilidad, y si a esta propuesta se la quiere

¹⁹Idem, con amplias referencias a un anterior trabajo de Díez Ripollés, titulado: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. RECPC 06 – 03(2004) <http://criminet.urg.es/recpc>.

²⁰Idem. Denunciando las escasas aportaciones del pensamiento garantista convencional, que atrapado en actitudes principialistas, viene realizando frente a los nuevos problemas y necesidades sociales.

²¹El Catedrático de la Universidad de Málaga, carga contra la corrientes doctrinales tales como la propuesta del “Derecho penal del enemigo” (Jakobs); “Derecho penal de tercera velocidad” (Silva Sánchez); una reconstrucción del “Derecho de la peligrosidad”, que – a su criterio – han optado por una contemporización con las nuevas propuestas ligadas al modelo de la seguridad ciudadana, a las que están comenzando a dotar de la cobertura ideológica necesaria para su acreditación científico – social.

²²En similar sentido, Pérez Barberá, Gabriel en su artículo: “Teoría Social de Sistemas y Derecho Penal de Mínima Intervención”, Revista de Derecho Penal – Delitos de Peligro II, 2008 – 1, Editorial Rubinzal – Culzoni, pág. 136 y siguientes.

²³«Selección»: toda operación en virtud de la cual un sistema reduce su complejidad, diferenciando entre sus elementos y los elementos del entorno. La selección implica contingencia y la contingencia implica riesgo. El concepto de selección no tiene ningún elemento psíquico-humano. Los sistemas vivos, los sociales, e incluso los mecánicos, diseñan sus estrategias de selección, sin que en ningún momento intervenga la voluntad humana.

calificar de ilusa o ingenua, recuerdo que el “buen y viejo derecho penal liberal” (gutes altes liberales Strafrecht) nunca existió a pesar de los románticos que lo evocan²⁴.

A modo de conclusión:

- 1) «Saber penal» y «realidad social» son «conceptos», y como tales ambos son siempre construcciones del observador que no preexisten a la observación.
- 2) La diferenciación entre «saber penal» y «realidad social», es ante todo un modo o prisma de observación científica a los fines de poder advertir las relaciones/comunicaciones entre dichos «conceptos» y el modo en que estos atraviesan la tríada «Academia», «Justicia» y «Sociedad».
- 3) Ambos «conceptos» son esencialmente «contingentes», es decir: han sido y pueden ser siempre de otro modo. En dicha compleja variabilidad genética de los «conceptos» debe trabajar el científico del «saber penal».
- 4) El «saber penal» reconocerá tantos “*objetos de estudio*” como exigencias desde su «entorno» sean cursados por la «realidad social». Pero contemporáneamente la «realidad social» también es performada por el «saber penal».
- 5) La relación de «bi – condicionalidad» verificada entre el «saber penal» y la «realidad social» permite sostener que la tarea que le incumbe a aquel es la reconducción en términos racionales de las exigencias impuestas por aquella.
- 6) Se constata también la «función paradójal» del Derecho Penal, ya que al propio tiempo que acoge las demandas cursadas desde la «realidad social», puede sistematizarlas racionalmente (intervención mínima) desmontando visiones reproductoras de hegemonía mediante el tratamiento igualitario y predecible suministrado por Teorías del Delito y de la Pena correctas.
- 7) El desacople verificable entre la teoría de los claustros y la práctica de los tribunales debe provocar la reflexión acerca de las relaciones entre «saber penal» y «realidad social», y en particular sobre la capacidad de resolución de los conflictos

²⁴Silva Sánchez, Jesús María en “La Expansión del Derecho Penal...”, pág. 165

inter – subjetivos que al Derecho penal se le encomienda administrar (crisis de prestación o rendimiento).

8) El derecho penal como «sistema» se encuentra tensionado entre dos tendencias opuestas: la «autorregulación» a su complejidad interna y la consecuente petrificación de sus límites (resistencia garantista) y la «adaptación» hacia su «entorno» a riesgo del desvanecimiento de sus límites y su confusión con el mismo (estrategias de resignación y resistencia modernista). En dicha puja es posible alcanzar un adecuado equilibrio como mejor estrategia de supervivencia, a condición de que se recalibren satisfactoriamente los Principios y reglas del «sistema penal».