



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACION
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

“POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL SIMBOLICO”

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

HERRERA TENORIO JEINER BLADIMIR

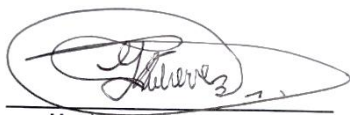
ASESOR:

DR. JOSE DONALD GUTIERREZ VEGA

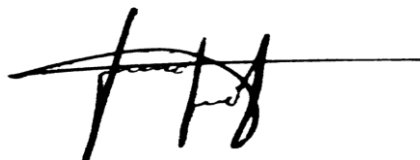
CHICLAYO-PERÚ 2020

TESIS:

“POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL SIMBOLICO”



Dr. Jose Donald Gutierrez Vega
ASESOR



Bach. Herrera Tenorio Jeiner Bladimir
BACHILLER

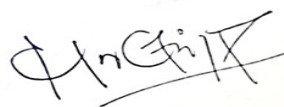
APROBADO POR EL JURADO:



Mg. Javier Soriano Diaz Diaz
SECRETARIO



Dr. Enrique Rodas Ramirez
PRESIDENTE



Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico
VOCAL

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

INTRODUCCIÓN

INDICE TEMATICO

CAPÍTULO I

MARCO METODOLOGICO

- 1. REALIDAD PROBLEMÁTICA**
- 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**
- 3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**
- 4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO**
- 5. OBJETIVOS**
- 6. HIPÓTESIS**
- 7. VARIABLES**

8. METODOLOGÍA

9. METODO DE INVESTIGACION

10. TIPO DE INVESTIGACION

CAPITULO II
MARCO TEORICO
SOCIEDAD Y SEGURIDAD

- 2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS**
- 2.2. ACERCA DE LA INSEGURIDAD Y EL MIEDO AL DELITO**
- 2.3. LA INSEGURIDAD EN LAS SOCIEDADES POSTINDUSTRIALES**
- 2.4. EL MODERNO MODELO DE SEGURIDAD**
- 2.5. LA PAZ SOCIAL**
- 2.6. LA SIEMPRE PRESENTE VIOLENCIA SOCIAL**

CAPITULO III
DERECHO Y POLITICA

3.1. LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

3.2. PODER PUNITIVO Y LIBERTAD

3.3. MODELO PUNITIVO

3.4. LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL MARCO DE UN ESTADO DE DERECHO

3.4.1. DEFINICION DE PÒLITICA CRIMINAL

3.4.2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN UN

ESTADO DE DERECHO

3.5. CONFIGURACION DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO

3.6. LA CO-RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD EN LA PRODUCCION DELICTIVA

3.7. PENA O CONTROL: UNA REFLEXIÓN SOBRE EL CASTIGO ESTATAL

3.8. NO MÁS PENA, SINO CONTROL

CAPITULO IV
EL DERECHO PENAL MODERNO

- 4.1. SURGIMIENTO DEL DERECHO PENAL MODERNO**
- 4.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL MODERNO**
- 4.3. LA EFICACIA DEL DERECHO PENAL MODERNO**
- 4.4 NOVEDADES EN EL DERECHO PENAL MODERNO**
 - 4.5. LAS LLAMADAS *VELOCIDADES* DEL DERECHO PENAL**
 - 4.6. EL MODERNO DERECHO PENAL Y LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.**
 - 4.6.1. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA**
 - 4.6.2. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA EN LA ACTUALIDAD**
 - 4.6.3. LA SUBSIDIARIEDAD DEL DERECHO PENAL**
 - 4.6.4. EL CARÁCTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO PENAL**
 - 4.7. ESPECTROS DE CRECIMIENTO DEL DERECHO PENAL**
 - 4.8. LA INFLACIÓN DE TIPOS PENALES**
 - 4.9. EL DERECHO PENAL DE AUTOR EN EL ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO**

CAPITULO V

LAS NUEVAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO PENAL

5.1. CRISIS DEL DERECHO PENAL TRADICIONAL ANTE EL APARECIMIENTO DE

NUEVOS FENÓMENOS

5.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL MODERNO Y SUS CRÍTICAS

5.3. RELATIVIZACIÓN DE LAS CRÍTICAS DIRIGIDAS A LA “EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL”

5.4. EL PUNITIVISMO

5.4.1. LAS POLÍTICAS CRIMINALES EN LOS PAÍSES OCCIDENTALES EN LOS

FINALES DEL SIGLO XX Y COMIENZOS DEL XXI

5.4.2. ALGUNOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LAS REFORMAS PENALES DE

LOS ÚLTIMOS TIEMPOS

5.4.3. EL "NUEVO" PUNITIVISMO

5.5. NUESTRA POSICION SOBRE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

5.5.1. EL MODERNO DERECHO PENAL ENTRE MÁXIMOS Y MÍNIMOS

5.5.2. ALGUNOS EJEMPLOS DE MODERNIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

CAPÍTULO VI

DERECHO PENAL SIMBÓLICO

6.1. ORIGEN HISTORICO

6.2. CONDICIONES QUE FAVORECEN SU EXISTENCIA

6.3. CONCEPTOS EN LA DOCTRINA

6.4. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL

6.4.1. FUNCION ETICO-SOCIAL Y PROMOCIONAL DEL DERECHO PENAL

6.4.2. FUNCION IDEOLOGICA DEL DERECHO PENAL

.4.3. FUNCION SIMBOLICA DEL DERECHO PENAL

CONCLUSIONES RECOMENDACIONES BIBLIOGRAFIA LINKOGRAFIA

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi persona por ser fruto de esfuerzo y dedicación, a algo que nunca pensé hacer, que será mi propia motivación para superarme cada día más y ser mejor.

AGRADECIMIENTO

En principio a nuestro señor Jesucristo, esa fe fiel de esperanza y paz que nos empuja a nuestros objetivos en la vida.

A una familia en particular, por darme esa oportunidad ese apoyo, sin lo cual ese sueño no se hubiese realizado.

A mi alma mater universidad particular de Chiclayo, y a sus docentes, por guiarnos a descubrir el saber.

RESUMEN

Mi presente plan de trabajo de investigación enfocado desde varios puntos de visto políticos, legales, criminológicos y en principal un análisis de una política criminal y del derecho penal simbólico, caracterizada cada vez más criminalizadora y populista, ello quiere decir que un gobierno le hace encargo a un sistema legal muy paternalista y represivo en una sociedad muy sensible, con una gran influencia de los medios de comunicación formando la idea de una sociedad necesitada de un Estado muy intervencionista en el ámbito legal.

Lo que se pretende es desnudar las principales causas de un fenómeno explosivo en determinados lugares, tiempos, para la creación de un nuevo y exigente un “derecho penal moderno” dentro de una sociedad posindustrial que también hace demostrar los grandes defectos y pésimas readaptaciones de un derecho penal importado, y como que en la actualidad ese mismo no han venido dando sus mejores frutos de ese esperado cambio, pero no cabe duda que ahora un sector de la doctrina habla de una nueva conquista de un nuevo surgimiento denominado “velocidades” de un derecho penal, que no necesariamente corresponde a un derecho penal en un Estado de Derecho.

INTRODUCCION

El Derecho Penal es la rama del Derecho que tiene mayor importancia en un ordenamiento jurídico, puesto que es la única que puede garantizar que exista coerción social, y por lo mismo, es la única rama que garantiza que la sociedad no perezca y mantenga la esencia de los principios que motivan su propia existencia. El Derecho Penal, necesita cambios. En los últimos tiempos como los de ahora combativos ya de forma directa con la criminalidad, de una manera muy necesaria y yendo al extremo de una forma de sobrevivencia, en una lucha de una sociedad muy expuesta y abatida por el alto índice de criminalidad y que tenemos un Derecho Penal alejado de ese intervencionismo, que debe ocuparse de enfrentar a una criminalidad mejor evolucionada. Hoy en día esa es el objetivo, claro está de una difícil tarea de esta ciencia penal.

El Derecho Penal nace como una manifestación de la política criminal, que es una ciencia académica fascinante y que dará la estructura a esta obra. Lamentablemente el Derecho Penal ha vivido siempre épocas de “populismo Penal”, estrategia utilizada por la clase política para ganar escaños, y que lo único que ha conseguido es un auge, imparable, del hoy conocido Derecho Penal Simbólico, placebo social, falsedad absoluta, abuso del Derecho, y consecuencia de que hoy la percepción de inseguridad no coincida con la criminalidad real, y peor aún, responsable directo de que el Estado empiece a basar su supervivencia en ficciones imposibles, no en el Derecho Penal, motivo por el cual, lo que podría dejar de existir, tal y como hoy la conocemos, es la sociedad armónica, y por lo mismo, la sociedad tal cual la concebimos.

Por eso en esta obra estudiaremos al Derecho Penal Simbólico y su incidencia en lo falso, lo absurdo, lo improbable y en la desestabilización de la seguridad. La política criminal, es el puente que trata de unir entre un derecho penal alejado, divorciado de la criminología, para dar un nuevo análisis es necesario hacer uso de esta ciencia, esa respuesta oculta poca conocida es más la justa y necesaria, para el aplacamiento más efectivo y neutralización el alto porcentaje de criminalidad. Entonces, eso quiere decir que es el propio Estado el que debería utilizar mecanismo al vertido por esta ciencia criminológica y así poder enfrentar más real al delito. El ius puniendi, no le basta su llegada es demasiado tarde para

contrarrestar la criminalidad, antes que estos comportamientos anti-comunitarios no se puedan solucionar con otros métodos o instituciones formales.

En otro sentido, podemos definir a la política criminal como la ciencia empírica basada en un método de la observación y la practica debidamente corroborada y sustentada en hechos reales, aportando que los actos humanos contrarios a rol social debidamente adecuado serian objeto de análisis para una posible prevención antes de ser perseguidos por el Derecho Penal.

Mi objetivo de este trabajo es llegar a demostrar que un Derecho penal, solo de por sí no podría hacer mucho más que solo reprimir con penas muy severas sin llegar a un objetivo, y lo que yo pretendo es reforzar en etapas previas a su intervención punitiva, frente a este fenómeno social muy comunitario a ser tratado con fórmalas muy propias de nuestra realidad.

CAPITULO I

MARCO METODOLOGICO

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

Necesitamos es un Derecho Penal, pero uno que sea justo y necesario, que para el nuestro es un desafío latente, para que enfrente y responde con una mayor efectividad en las exigencias de una sociedad como la nuestra y sin perder esa esencia propia ni de principios y rasgos culturales de un Estado social y democrático de Derecho. En nuestro medio es muy ajena a una política criminal razonable a utilizado un Derecho penal desproporcional al enfrentarse con el delito quebrantando principios, ese modelo debe ser superado con políticas de prevención del delito y reemplazándolas o flexibilizándolas.

El propósito de manera urgente es resolver una seria de conceptos, definiciones que no se llegaron a cuajar en nuestro sistema, si solo hacemos memoria de un derecho importado de normas o reglamentos altamente cuestionados, la multiplicación de leyes en el sentido de frenar la “creciente” criminalidad, es una suma más de dificultades adaptativas al sistema penal tradicional que no garantizo la “tranquilidad” pública. Los discursos políticos sobre erradicar el delito una mezcla abusiva de política con derecho que son propuestas sin la más mínima intención de aplacar el delito si no tan solo con la intención de sumas votos y hacer creer al elector que si es posible eliminar el delito son respuestas para complacer nuestra sociedad.

Ahora bien, es evidente el desborde de la alta delincuencia habitual que es uno de los grandes y principales problemas de inseguridad, en las últimas modificaciones legales se puede apreciar la forma como el Estado hace frente es como el endurecimiento de un Derecho Penal como solución a ello (resultado final no es más que solo violencia por más violencia), un sistema altamente muy intervencionista solo llegaría hacerlo muy simbólico. Mediante la criminalización se pretender crear a través de la apariencia de efectividad una serie de efectos, entre ellos: reafirmación de valores; reivindicación política: re-estabilización de la seguridad. De otro (el ideológico), a través de la efectiva instrumentalidad reforzar una determinada forma de comportarse en concordancia a ciertos roles sociales.

Con el fenómeno socio-político de la dictación de una ley, adicionalmente, se obtiene una ganancia política. El electorado se aúna y apoya esta política criminal y a los políticos que la fomentan, se crea la falsa ilusión de que se está haciendo algo, la falsa apariencia de que la efectividad de la ley sirve para prevenir la comisión de más delitos, manteniéndose con ello el apoyo incondicional de los ciudadanos a los representantes.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La seguridad ciudadana en los últimos tiempos se ha convertido en una escasa demanda social, y como consecuencia de ello un punto de partida para priorizar en la agenda del gobierno de turno. Por tanto, el Estado está obligado a garantizar la seguridad y la tranquilidad de sus ciudadanos, siendo por ello invertir más en seguridad ciudadana es prioridad del propio Gobierno como también de los demás poderes públicos.

Demostrando así que la libertad y seguridad es garantía del Estado de proteger mediando la intervención directa de las instituciones formales y también incentivando la intervención privada, para defender con firmeza los valores personales de esa manera se fortalece el Estado de Derecho con más eficacia.

El sentir de la ciudadanía es de un Estado imposibilitado de poder afrontar el delito, y menos a uno de generar una sensación de seguridad porque no responde adecuadamente la demanda de seguridad ciudadana, que en definitiva solo encargándole el trabajo al Derecho Penal no les basta.

No cabe la que es la de menor coste social y más cómoda, pero no es la indicada, puesto que para comenzar llega demasiado tarde. La idea principal debe estar enfocada a como poder prevenir con las variadas formas de intervención antes del delito como lo es la educación, trabajo, familia, etc. Que demuestra una clara referencia en el fenómeno delictivo.

El derecho penal puede describirse desde sus funciones como un derecho instrumental, esto es, un derecho enfocado a la producción de determinadas consecuencias empíricas, o como un derecho simbólico, esto es, un derecho enfocado a crear una apariencia de realidad. De ahí que para definirlo se recurra a la comparación entre funciones instrumentales o reales, y funciones simbólicas o aparentes.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿identificando uno de tantos factores de inseguridad es la creciente criminalidad y, ante este fenómeno el Estado prefiere una política criminal de endurecimiento del sistema penal que, implica la idea de un Estado preocupado por el combate de la delincuencia?

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

1.4.1. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La presente investigación se justifica, porque temas tan polémicos como los que se derivan de la política criminal para enfrentar a la criminalidad, pues esta última representa un desafío de política pública más importante en las sociedades contemporáneas. Consecuentemente no todos los temas de debate de la agenda política han motivado atención de estudios y también preocupación a la vez en una sociedad pos-industrial el cómo enfrentar al fenómeno criminal de la comunidad. Al parecer nos encontramos adormecidos creyendo en una “sensación de inseguridad”. Por ello será necesario exponer sintéticamente las distintas tendencias que se han producido durante el siglo XIX, referentes al derecho penal y a la política criminal como criterio legitimador del sistema penal.

1.4.2. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

La criminalidad ha dado lugar a una expansión del Derecho penal, pero no a un Derecho penal de la seguridad. En este contexto nada tiene de extraño que arraigue la percepción de la delincuencia como un peligro, como una amenaza y que en el sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana ocupe un lugar destacado.

En el fondo político la nunca suficiente propuesta de creación de normas jurídico-penales, a la media de la ocasión o tiempos (Derecho Penal simbólico), vinculada a un intervencionismo ilimitado, que la dura represión es sin duda alguna esa barita mágica de disminuir o solucionar la criminalidad, generándose, así, las penas de larga duración y la creación de nuevos delitos o en lo peor estirando delitos ya existentes. Se observará al derecho penal desde una óptica lo suficientemente amplia como para captarla adecuadamente, tomando en consideración no sólo aspectos dogmáticos sino también políticos y sociológicos.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

DEMOSTRAR que el derecho penal simbólico, como fenómeno del derecho penal moderno, es un riesgo creciente en la llamada sociedad del riesgo, donde los peligros para los bienes jurídicos son teóricamente exponencialmente mayores que antes.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

ANALIZAR: en que consiste el derecho penal simbólico, determinándose las condiciones que lo favorecen y, cuáles son sus elementos.

DEMOSTRAR: que la política criminal que aplica el Estado aparenta un combate efectivo de la criminalidad.

CONSIDERAR: que las reformas penales no han logrado que la comunidad peruana goce de un ambiente de seguridad.

DEMOSTRAR: que un derecho penal simbólico, es un derecho enfocado a crear una apariencia de realidad.

1.6. HIPÓTESIS

En el Perú el incremento de la criminalidad constituye uno de los principales factores de la inseguridad; entonces el Estado para hacer frente a este fenómeno aplica una política criminal paternalista que el derecho penal lo puede hacer todo, aparentando ser un Estado preocupado por combatir la delincuencia y proteger los bienes jurídicos.

1.7. VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE

La criminalidad como fenómeno social.

VARIABLE DEPENDIENTE

La política criminal y derecho penal simbólico.

1.8. METODO DE INVESTIGACION

1.8.1. MÉTODO

Consiste en proponer la investigación sobre la base de la observación de hechos particulares en este caso la norma, para interpretar dichos enunciados y determinar los aspectos en cuestión.

1.8.2. TIPO DE INVESTIGACION

INVESTIGACION DESCRIPTIVA – EXPLICATIVA

Identificado las características del problema, sus debilidades y comparaciones de estudio, para explicarlo desde un punto racional y al mismo tiempo darle solución a la hipótesis propuesta en este problema.

CAPITULO II

SOCIEDAD Y SEGURIDAD

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.2.1 EN EL MUNDO

La seguridad ciudadana es uno de los temas principales puesto que nos afecta a todos de manera permanente y cada vez de forma más gravosa. En ese sentido BINDER (2000) *ha manifestado que la inseguridad ciudadana tiene componentes objetivos y subjetivos. Así, uno de los componentes de la dimensión objetiva es el grado de desarrollo de diversas formas de criminalidad, mientras que el subjetivo es la percepción sobre la posibilidad o riesgo de ser víctima de un delito (en particular los vinculados al robo o a las agresiones).*

Sin embargo, en el plano objetivo existen, además, otras variables para tener en cuenta como la vulnerabilidad social, las agresiones no delictivas, la falta de vínculos familiares de contención, la incertidumbre real frente al futuro, entre otros. Por consiguiente, existen dos caminos que conlleva a la inseguridad ciudadana la victimización (objetiva) siendo aquella que se puede medir por las estadísticas teniendo como consecuencia un resultado y la percepción (subjetiva) la cual difiere de la realidad e implica que una política criminal debe estar orientada a fortalecer tanto la parte objetiva como subjetiva.

La política criminal se entiende como un sistema en el cual se vinculan objetivos, estrategias, decisiones de los distintos organismos públicos y de gobierno que tienen como finalidad la prevención y control de los distintos problemas criminales que la sociedad puede afrontar en un determinado momento, sin embargo; estas políticas criminales deben ser modernas y además tomarse en cuenta en ámbitos como: global, institucional, estatal, personal; detectándose las causas de la criminalidad y además teniendo en cuenta los futuros riesgos.

De todo ello se advierte que, si bien la criminalidad es una parte del problema de la inseguridad ciudadana, este fenómeno es mucho más complejo que ello, por lo que las políticas de Estado que deben hacerle frente no solo deben limitarse a la política criminal, sino que además considerar otros aspectos, pues una política de seguridad es mucho más amplia

La función específica que radica en la política criminal es delinear los planes de Acción que el Estado, a través de sus distintos órganos de control extrapenal o penal, debe realizar para producir cambios en los distintos niveles y dinámicas de la criminalidad con la finalidad de evitar que afecte sus programas y metas del desarrollo social en el logro de los objetivos de los proyectos nacionales.

La Política Criminal es entendida desde dos perspectivas. En primer lugar, se distingue una Política Criminal empírica o práctica, constituida por el conjunto de acciones ordenadas y dirigidas a la lucha contra el delito y, en segundo lugar, se presenta una Política Criminal teórica, conformada por el conjunto de principios que regulan las acciones propias de la Política Criminal de corte empírico.

La realidad internacional y nacional ponen de manifiesto un fortalecimiento político y una exitosa asimilación psicosocial, de que el derecho penal debe ser considerado como un remedio necesario que pueden aplicar los distintos estados frente a la criminalidad y cualquier conflicto social que se asocie a ella. No obstante, MAQUEDA ABREU, señala que *la investigación criminológica hace mucho ha demostrado que el endurecimiento del sistema penal no reduce las tasas de criminalidad ni garantiza de una mejor manera la seguridad de las personas* ([Maqueda, 2003. p. 315](#)).

Roxin (2000) considera que “debe entenderse por política criminal no sólo la elección de las sanciones más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según la Constitución y el Código Penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad. Los elementos limitadores de la potestad punitiva del Estado, como el principio *nullum crimen* o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho.” ([Roxin, 2000. p.58](#)).

En conclusión, la solución al problema de criminalidad no va a tener solución a cabalidad, sin embargo, en una sociedad moderna como la nuestra se debe buscar un punto de equilibrio que provisionalmente sea satisfactorio, entre una prevención especial y prevención general, entre el individuo y la sociedad buscando la eficacia de los distintos instrumentos jurídicos sancionatorio siempre salvaguardando la dignidad y libertad de las personas.

2.2.2. EN EL PAÍS

Nuestro tema de investigación ha merecido la atención de la doctrina nacional, y de las principales instituciones públicas y, así tenemos que: La Defensoría del Pueblo ha señalado que la seguridad ciudadana no constituye en sí misma un derecho de naturaleza constitucional o legal, pero si un bien jurídico protegido, en tanto conjunto de acciones destinadas a preservar otros valores jurídicamente tutelados por nuestro ordenamiento, además de los derechos constitucionales a la vida, a la integridad y a la propiedad, entre otros, como la tranquilidad pública o la paz social, el uso pacífico de los espacios y vías públicas, etc.

En la experiencia reciente de nuestro país la recurrencia al giro punitivo parece ser una constante histórica que se remota hasta los primeros años de la vigencia del Código Penal de 1991, a la formulación e implementación de medidas y de leyes orientadas a criminalizar. Como respuesta esencial contra la inseguridad ciudadana, fue una expresión más del proceso contra reforma punitiva que siguió a la ruptura del sistema democrático del 05 de abril de 1992, siendo desde aquel entonces que se ha ido afirmando a lo largo del tiempo transcurrido como prototipo de los programas y estrategias que han diseñado los distintos gobiernos nacionales.

Primero, la aplicación del giro punitivo en nuestro país intento justificarse políticamente en la necesidad de controlar al terrorismo y el tráfico ilegal de drogas. Posteriormente, el legislador tomo en cuenta la agresividad precoz por parte de la delincuencia violenta, así como la inserción silenciosa de nuevas manifestaciones de criminalidad organizada a través de delitos de lavado de activos, corrupción del sistema o minería ilegal.

Luego, en un corto tiempo con la influencia de los medios de comunicación masivos, el giro punitivo de las políticas públicas contra la inseguridad ciudadana, logro expandirse en los diferentes estratos de la población nacional, como una opción necesaria, prioritaria y eficiente de prevenir y controlar la delincuencia, siendo un claro ejemplo la creación de la Ley N° 30076 de reforma contra la inseguridad ciudadana.

Sin embargo, entidades como la Defensoría del pueblo señalan que la seguridad ciudadana no constituye en sí misma un derecho que sea de naturaleza constitucional o legal, pero si un bien jurídico protegido, en tanto cuenta con un conjunto de acciones destinadas a preservar otros valores jurídicamente tutelados por nuestro ordenamiento que estos sin están regulados constitucionalmente como son derecho a la vida, integridad, propiedad, tranquilidad pública, Paz social, uso pacífico de espacio y vías públicas.

En esta misma línea el Tribunal Constitucional considera que la seguridad ciudadana está referida al conjunto de acciones que están orientadas a salvaguardar el derecho a la vida comunitaria en un entorno de paz, tranquilidad y orden, consolidando una situación de convivencia con de normal desarrollo, es decir; preservando cualquier peligro u amenaza de los derechos o bienes esenciales de la vida comunitaria. Como afirma en un reciente informe IDL (2015): *“la seguridad ciudadana es, entonces, un problema complejo que abarca las diversas condiciones sociales, económicas, culturales y políticas en las que vivimos. Pero, además es un problema de múltiples dimensiones: por un lado, la dimensión fáctica, vinculada a los hechos medibles y cuantificables; y por el otro, la dimensión subjetiva, relacionada con nuestras percepciones miedos y preferencias, las mismas que están separadas, puesto que juntas determinan la realidad de la dimensión”*.

2.2. ACERCA DE LA INSEGURIDAD Y EL MIEDO AL DELITO

En una sociedad moderna como la nuestra en la medida que su desarrollo sea progresivo el riesgo ira en aumento, siendo así que a mayor riesgo hay mayor peligro, a mayor peligro hay mayor inseguridad y a mayor inseguridad mayor es el miedo por lo que es necesario neutralizar dicho estigma social.

La disolución de la solidaridad social por parte del estado al ciudadano hace que este se sienta desprotegido invitando a la población a tomar sus propias iniciativas (justicia por mano propia), los errores cometidos en política de seguridad también conllevan al miedo afectado la conciencia social y haciendo que los ciudadanos se sientan víctimas potenciales, la no existencia de una relación objetiva entre el desarrollo factico y real de la criminalidad y el miedo generalizado.

A partir de la idea que la sociedad está integrada por sujetos que infringen las leyes de agravios de otras personas, el miedo de ser víctima de un delito es mucho mayor. Esta visión de la inseguridad se convierte en un elemento de dominación y control social, siendo necesario abordar en materia político criminal y social. Entonces el miedo generalizado deriva de una insuficiente seguridad, de la ausencia de certeza o de la desprotección" [\(Alcacer, 2003\)](#).

Las experiencias políticas en los estados que han sido debilitados, en la lucha contra los delitos se vuelve indispensable que estos sean legitimados, demostrando que estas irrupciones conducen a regímenes autoritarios y policíacos, que conservan las formas extrínsecas aparentes de la democracia, pero al mismo tiempo habilitan las políticas *de mercado*, el espionaje y la persecución interna.

2.3. LA INSEGURIDAD EN LAS SOCIEDADES POSTINDUSTRIALES

Vivir en una sociedad moderna o postindustrial conlleva a una serie de problemas que radican en los distintos riesgos que atemorizan todo el tiempo. Hay muchos lugares en los que uno puede sentirse angustiado por el peligro de nuestra moderna civilización. Actualmente, se tiene como características en una sociedad, como la nuestra, una objetiva inseguridad ([Bacigalupo,1990](#)). En la sociedad postindustrial las personas están cada vez más sujetas a riesgos que hasta el momento eran totalmente desconocidos, debido al gran avance tecnológico y fenómeno de la globalización.

Por la influencia de los medios de comunicación se produce una maximización de la idea de seguridad en la vida de los ciudadanos, puesto que informan de los distintos crímenes agudizando la sensación de inseguridad, conllevando a que el ciudadano de identifique con las víctimas de los delitos y además sienta temor de vivir en carne propia.

En algunas ocasiones el tema de seguridad es manejado con propósitos políticos y electorales en las que proponen soluciones de distintas formas para el conflicto social, por ejemplo a través de una mayor utilización del derecho penal, bien sea creando nuevos delitos o sobre criminalizando o neocriminalizando las consecuencias de los ya existentes, mejorando a los instrumentos con los que cuentan los gobiernos locales y regionales, otorgando una mayor importancia y respeto a la Policía Nacional del Perú.

La globalización ejerce un papel fundamental en la sociedad postindustrial, puesto que, a pesar de ser un fenómeno reciente, además que es uno de los principales generadores de riesgo por los mismos avances que trae consigo. Sin embargo, paralelamente la globalización también creó nuevos riesgos y transformó algunos ya existentes dotándoles de una dimensión jamás imaginable.

Todo lo anterior es una realidad generalizada de peligro para la humanidad, cuyas causas y efectos solamente pueden ser entendidos globalmente; esta situación demuestra que problemas y riesgos trae una moderna civilización bajo el esquema riesgo-seguridad.

2.4. EL MODERNO MODELO DE SEGURIDAD

En la realidad social que vivimos los medios de comunicación son uno de los principales influyentes en la percepción que tiene la ciudadanía en cuanto a la inseguridad, como consecuencia generan una preocupación en la población puesto que cualquiera puede ser víctima de algún delito sin importar la clase social, raza, sexo u característica específica. Es por ello; que el tema de seguridad debe ser prioritario para los diferentes entes estatales en la búsqueda de mecanismos de respuestas a los diferentes riesgos y amenazas que los integrantes de una sociedad están expuestos, creando un ambiente pacífico para la convivencia de la ciudadanía para que así puedan desarrollarse en un ámbito de tranquilidad y paz.

Frente a ello el Estado recurre al derecho penal por carecer de otros medios más leves como ultima ratio del sistema, consolidándose como una consecuencia activa que responde a un paradigma sociológico y cultural que se construye en torno a la inseguridad ciudadana. Aun con la recurrencia al derecho penal no ha sido suficiente para contener la gran ola de inseguridad.

Teniendo en cuenta *“Este sistema propone medidas, tal como la inocuización de los delincuentes, que resultan reveladoras de los extremos a los que puede llegar la supuesta lógica de la seguridad colectiva, al restringir derechos y garantías individuales y estigmatizar el delincuente”* ([Barata, 2004](#)). Por tanto, la aplicación del derecho penal no es el simple resultado de las decisiones que los gobiernos aplican para controlar a una población indisciplinada, inclinada a cometer delitos; son más bien el resultado de los factores económicos, culturales y sociales que se vinculan de forma estrecha a los cambios que se producen a nivel global.

La nueva perspectiva tiene como finalidad la eliminación de la peligrosidad de los delincuentes pues el derecho penal es visto como el remedio. Este nuevo o moderno modelo de seguridad planteado, representa un gran retroceso en materia de derecho penal, pues significa el retorno del movimiento de defensa social, cuyo nacimiento tiene lugar a finales del siglo XIX ([Beck,1998](#)). Sin embargo; se hace evidente que el simple discurso crítico o los esfuerzos de las agencias penales, así como las políticas improvisadas y simbólicas, no es el camino que nos llevara a disminuir la criminalidad organizada y violenta que enfrenta en país.

Puesto que, para solucionar dicho problema se necesita un componente científico que investigue y haga entender cuáles son las verdaderas causas y además ayude a formular las alternativas más idóneas para la recuperación de la seguridad Ciudadana, puesto que las estadísticas de criminalidad y las encuestas de victimización mantienen un crecimiento sostenido a pesar de las penas han sido incrementadas considerablemente.

En este contexto desde la teoría penal y criminológica se formulan recomendaciones de orden estratégico (mejor información para plantear una política criminal preventiva) o táctico (mejor aplicación de la política criminal represiva), así se promoverá el uso racional del poder punitivo que las mismas contienen.

2.5. LA PAZ SOCIAL

La palabra paz deriva del vocablo "virtud que pone en el ánimo tranquilidad y sosiego", "pública tranquilidad y quietud de los Estados, en contraposición a la guerra" o "concordia y buena correspondencia de unos con otros", a partir de dicha posición sociológica y colectiva el termino paz es entendido como la ausencia de cualquier conflicto.

El desarrollo conceptual de Paz Social en líneas anteriores pone de manifiesto que estado de las cosas se debe conservar en un mínimo de condiciones que haga posible el libre desarrollo de la personalidad de cada ciudadano, promueva el respeto a los derechos, valores, libertades. respecto de estos y comunidades que la integran. Es por ello, que se deduce que el derecho penal no favorece a la paz social y que las consecuencias jurídicas derivadas del delito responden a una falsa y escondida legitimidad para mantener vigente un determinado orden social injusto. En el siglo XVIII la ley penal fue utilizada brutalmente como mecanismo de opresión y sometimiento por parte del señor Feudal hacia los Vasallos. De otra parte, los interés políticos y religiosos utilizaron al derecho penal como instrumentos la realización de sus fines políticos y religiosos, hasta tal punto que gran parte de la ciencia criminal proviene de aquella época turbia y oscura ([Berdugo, 1995](#)).

A partir de la teoría de **Rousseau** en su libro contrato social se entiende que el ius punendi de la comunidad busca su fundamento la propia sociedad. En el estado natural los individuos pierden su libertad puesto que no existe reglas o leyes que sancionen a las consecuencias de las acciones que los seres humanos realicen conllevando a un ambiente de inseguridad. Es por ello, que los integrantes de una sociedad deciden poner límites para asegurar su libertad real dejando de lado la libertad natural, conllevando a que realice un pacto en donde los ciudadanos dejan su libertad natural quedando sometidos a una voluntad superior que es la del estado en la medida que este último asegure de la forma más eficaz el cumplimiento de los derechos y deberes.

Sin la existencia de una Ley que sancione las conductas dañosas no puede existir seguridad y un desarrollo ilimitado de la libertad, es por ello; que surge comonecesidad la imposición de una sanción por parte del derecho penal quedando reflejado en un doble aspecto:

a) la sustracción de la libertad era componente esencial de una de las cláusulas del contrato social, para los ciudadanos que libremente habían decidido formar parte de una sociedad organizada, siendo por ello que con mayor razón se podía poner una privación por parte de la entidad estatal a estos otros ciudadanos que infrinjan dicho pacto.

B) el castigo era indispensable para mantener la vigencia del pacto social, pues las conductas contrarias a sus disposiciones más elementales necesitaban ser reprimidas para evitar que el resto de los ciudadanos sintiese el deseo de dejar libre sus instintos tomando la justicia por mano propia.

El derecho criminal sanciona a los comportamientos más inadmisibles en la búsqueda de una convivencia tranquila imponiendo consecuencias jurídicas severas (penas privativas de libertad, limitativa de derechos, multas, etc.), las mismas que tienen que ser proporcionale a la entidad de la infracción cometida.

El gobierno tiene como fin la protección de los valores fundamentales de lasociedad por lo cual siempre mediante mecanismos busca evitar que estos sean vulnerados. Cuando el ente estatal agota todos los medios de la vía administrativa recurre al derecho penal en la búsqueda de la protección de las personas del ius puniendi, castigar y sancionar. El derecho penal es una forma del control social por loque debe considerarse como un elemento de reinserción que a su vez va añadiendo principios limitadores que van acorde con las nuevas necesidades de legitimización.

2.7. LA SIEMPRE PRESENTE VIOLENCIA SOCIAL

La violencia social es una etapa que emerge en todos los ámbitos de la vida diaria, sin embargo, en ocasiones parece que se ha naturalizado. Siendo así que, a partir del tercer milenio, la criminalidad violenta y organizada ha trascendido su tradicional connotación criminológica y criminalística, adquiriendo la connotación internacional de una grave amenaza para la seguridad de los Estados y Mundo Contemporáneo.

Esta percepción exagerada o no, real o aparente, ha generado efectos característicos y paulatinos, como el surgimiento de nuevos estilos de gobierno que procuran integrar siempre las políticas públicas de la naturaleza social o económica, con la que corresponde a la prevención y control del delito. Justificándose siempre a partir de la necesidad de acciones y medidas complementarias de indispensable contenido penal.

En la sociedad tenemos la delincuencia común y la delincuencia organizada teniendo esta última como fuente a la primera. La delincuencia común afecta a un mayor número de personas, pero el miedo que genera es menor (robos, hurtos, cogoteos). La delincuencia organizada es mucho más severa por lo que genera mayor miedo (sicariatos, homicidios, extorción).

Los medios de comunicación de alguna u otra forma otorgan importancia al ejercicio de la violencia informando con frecuencia de los sucesos delictivos ocurridos, lo que en el derecho se conoce como bien jurídico protegido puesto que recae sobre él un interés personal; por tanto, la base de las conminaciones penales es consecuencia de un acuerdo social normativo en la que interviene el sentimiento de amenaza por parte de la población, es por ello que la posibilidad de politizar la violencia debe ser mayor.

Que la violencia, el riesgo y la amenaza se hayan convertido en los fenómenos centrales de la percepción social, tiene importantes e inevitables consecuencias en la actitud que adopta la sociedad ante la violencia. Para reducir el nivel de delincuencia debe trabajarse con inteligencia identificando los patrones de los delincuentes, rutas delictivas, unidades y equipos especializados, frecuencia de delitos, incidencias.

CAPITULO III

DERECHO Y POLITICA

3.1. LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

“La función punitiva del Estado democrático de derecho se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente” [\(Maurach, 1994, pp. 5-6\).](#)

“La potestad punitiva del Estado, Históricamente, proviene de la Revolución Francesa y el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, que originó la idea que, el poder del Estado está controlado y limitado. Esta función está fundamentada por la Constitución Política, y en ella se encuentra su justificación política” [\(Mir, 1976, p. 114.\)](#)

“El Estado al ejercer su poder punitivo lo hace de acuerdo con determinados límites que se expresan en forma de principios, la mayoría de los cuales, tienen nivel constitucional. Por tanto, el Estado cuando promulga y aplica determinadas normas penales, tiene que mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas” [\(Bustos, 2004, p. 546\)](#)

“todos son igualmente importantes en la configuración de un derecho penal respetuoso con la dignidad y libertad humanas, meta y límite del Estado social y democrático de Derecho y, por tanto, de todo su ordenamiento jurídico” [\(Muñoz, 2002, p. 70\).](#)

3.2. PODER PUNITIVO Y LIBERTAD

El desarrollo de la política penal del Estado adquiere hoy una complejidad que quizás resultaba impensable en los tiempos de FRANZ VON LISZT, lo que a su vez hace que se demande nuevas definiciones, pero también la consideración de que lograr seguridad a costa de las conquistas que la humanidad alcanzó durante el siglo XVIII y que fueron producto del pensamiento político de la filosofía de la Ilustración importa un retroceso en términos de libertad que no puede enorgullecer a ninguna sociedad.

Normalmente cuando se requiere de un derecho penal más punitivo y de mayor eficacia suele ocultarse lo que un modelo de Estado estaría logrando, incrementar la intervención punitiva y solo se podría lograr ese éxito violando derechos de la libertad individual, un Estado preocupado por garantizar la seguridad pone en tela de juicio el recorte de la libertad. Una característica de un claro endurecimiento penal.

En los últimos tiempos se puede apreciar a un Estado de espaldas a una necesidad pública dejada en manos de un parlamento populista lleno de intereses ocasionales, esa gran tarea que desde siempre se ha mantenido oculta y que es muy necesaria la intervención del Estado de brindar seguridad ciudadana que se ve amenazada con los cambios sociales, económicos, culturales, que soy de gran interés.

3.3. MODELO PUNITIVO

“El modelo punitivo (pena), que de suyo es violento, se ejerce por medio del sistema penal y cuya creación, aplicación y ejecución comporta un ejercicio real del poder punitivo” ([MARTÍNEZ, 1991, p. 2](#)). El poder punitivo no se tiene se ejerce.

“el poder punitivo crea esa noción llamada delito, la cual habrá de generar inseguridad en las personas y él mismo se muestra, y lo muestran, como el medio más eficaz para prevenir y controlar lo que ha originado: el delito, se presenta, así como un círculo vicioso donde lo único con existencia real es el ejercicio del poder punitivo. Lo expuesto en precedencia, no quiere significar que se deba renunciar al derecho penal, correctamente entendido, sino que se debe proceder a su replanteamiento” ([Zaffaroni, 2005](#)).

3.4. LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL MARCO DE UN ESTADO DE DERECHO

En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada política criminal o, más precisamente, política penal, pues del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo, con lo cual el tema del enemigo de la sociedad pasó a primer plano de discusión.

En los últimos tiempos la política criminal en la que nuestro sistema está viviendo se a transformado de una manera muy notoria y mas en el derecho penal utilizando un modelo altamente punitivo, la cual casi sin resultados positivos, esa extralimitación del poder punitivo en la identificación de un enemigo es un tema de amplia discusión.

3.4.1. DEFINICION DE PÒLITICA CRIMINAL

En ese sentido ALBERTO BINDER sostiene que “el conjunto de instituciones que habitualmente llamamos Penales (penales, procesales, penitenciarias, entre otras) no pueden, en modo alguno, ser analizadas de una forma independiente porque en su funcionamiento real actúan estrechamente interrelacionados” ([Binder, 1999, pp. 27](#)).

“En ese sentido se considera sistema integral del derecho penal no sólo el derecho penal sustantivo y el derecho de la determinación de la pena, sino también al derecho procesal penal como auténtico campo de aplicación de los dos anteriores, pues el derecho sustantivo sólo puede acercarse a la realidad por medio de un proceso y las modificaciones que éste comporta y también juntamente con los, anteriores- el subsistema penitenciario” ([Reaño, 2004](#)).

3.4.2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN UN ESTADO DE DERECHO

“La política criminal fundada en el castigo sin contar con los límites que le impone el Estado democrático deja de ser una política criminal preventiva, para convertirse en una de carácter represiva” ([Zuñiga, 2001, p. 40](#)).

“ciudadano, de tal forma que tanto las obligaciones como las libertades, los márgenes de imputación y las garantías mismas, han de ser determinadas al amparo de un procedimiento en condiciones de igualdad, claro ejemplo de ello está representado en el contrato social” ([Alcácer, 1998](#)).

La fuerza de un derecho penal y procesal penal también se debe por la influencia de un político criminal aparecido de una sociedad sensible por el delito y ello es tomada por el legislador de turno para materializarla en una propuesta legislativa aparentemente nueva y preventiva para las futuras apariciones de los acontecimientos delictivos, un enfrentamiento legal al latente crecimiento antisocial de inseguridad.

Lo que hace la política criminal en su método no es eliminar tipos penales ni por asomo disminuir o atenuar penas si no todo lo contrario nuevos delitos penas más graves a ya existentes.

Esta política criminal no está orientada a los bienes jurídicos clásicos (vida, salud, libertad, etc.), por el contrario, ha bienes jurídicos universales que son materializados de un método legislativo abstracto con finalidades de poder sustentar la importancia de dichos valores jurídicos, entre ellos podemos dar por mención algunos como el medio ambiente, el mercado de capitales, la informática, la salud pública, etc.

Es por ello la abundancia de tipos penales abstractos intentado dar una posible protección a través de este método de punibilidad, y es muy fácil de identificar si advertimos cuando el legislador pinta a los delitos de peligro como una necesaria intervención donde es un difícil determinar la afectación al bien jurídico para poder dar paso a la intervención del derecho penal. En resumen, un derecho penal moderno no debería ser su misión de represión y control alejándose de los principios.

3.5. CONFIGURACION DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO

“Teniendo en cuenta que el hombre como tal es un ser libre y coexistencial, se hace necesario que el derecho y el derecho penal en particular, se configure a partir del reconocimiento de éste como persona responsable, constituyéndose en el polo superior del que pende toda teoría jurídica a la vez de ser la nota diferencial del derecho, como algo distinto a un mero ejercicio de fuerza o poder, es decir, si se quiere reconocer a aquél como un orden que se impone en virtud de su carácter obligatorio, y no como uno que se impone por medio de meros actos de coacción de un poder superior” [\(Welzel, 1970, p. 323\).](#)

“Debe respetarse el substrato ontológico de la persona responsable y que dicho substrato no puede estar constituido por nada más que por el hombre individual empírico, el cual presenta ciertas propiedades y estructuras ónticas previas, que necesariamente ha de ser respetada por el derecho, la cual viene representada por la dignidad humana, la misma que evidentemente, no es producto de ninguna construcción normativa, sino que se entiende como algo de lo que es portador en sí mismo todo hombre por el mero hecho de su existencia” [\(Gracia, 2005, p. 415\).](#)

Cabe destacar la presencia del principio jurídico-político del Estado democrático de derecho, el mismo que debe entenderse en un sentido primordialmente material, en donde el derecho tenga como finalidad la defensa, garantía y protección de las exigencias morales que se expresan a través de los derechos.

Los mismos que demandan la observancia de un valor elemental, en un sistema democrático, como es la tolerancia, la cual unida al valor de persona, conllevan al respeto de todas las posibles identidades personales y de todos los correspondientes puntos de vista, así como todas las posturas asumidas con respecto al estado, la sociedad y el mismo ordenamiento jurídico; por lo cual por más que en un sistema político democrático exista un acuerdo unánime para deshacerse o neutralizar a ciertas personas que han lesionado bienes jurídicos valiosos, precisamente existe esa limitación de dicha cláusula constitucional, para no legitimar dicha actuación.

En resumen, consideramos que una política criminal humanista, respetuosa de la dignidad de la persona humana y, considera al delito como un problema social y humano ha de comprender que este como problema social no puede erradicarse, sino que solo se puede aspirar a controlarlo. “Así mismo una política criminal humana, inteligente y realista debe buscar no la eliminación o extirpación del delito, sino que, aprendiendo a convivir con él y a soportar sus efectos, debe dirigir su lucha a remover las causas que los promuevan, además de someterlo al control social formal y al aparato de justicia penal” [\(García, 1999, p. 100\).](#)

Por tanto, el derecho Penal propio del Estado de derecho debe asumir “una función de reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos irracionales posibles. Si el derecho penal no logra que el poder jurídico asuma esta función, lamentablemente habrá fracasado y con él habrá caído el Estado de derecho. En tal sentido el derecho penal es un apéndice indispensable del derecho constitucional del Estado de derecho, que siempre se halla en tensión dialéctica con el Estado de policía” [\(Zaffaroni, 2006, p.168\).](#)

3.6. LA CO-RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD EN LA PRODUCCION DELICTIVA

Es sin duda imposible pedirle a una sociedad moderna que se auto garantice su seguridad cuando de alguna medida es la misma sociedad es quien la motiva a la producción delictiva, la realidad social nos muestra un mundo de mucha interacción humana ambienta en esos pasajes de peligro social en la cual es lo más común donde mas se desarrolla la actividad criminal.

“Al delito no debemos considerarlo como un fenómeno exclusivamente individual o como un acto aislado fruto de la libertad o como pura infracción normativa tampoco debe ser visto como una patología, enfermedad, lacra o epidemia social o como un cuerpo extraño a erradicar de la sociedad en cuanto sólo produce daños y altera la paz social. Una visión de esta índole no sólo contradice y se opone a los criterios científicos y criminológicos imperantes en la actualidad, sino que supone una visión ingenua del hombre y de su dignidad” [\(Castillo, 2002, p. 341\).](#)

Lo ideal es haber reconocido a un problema endémico como el delito permanente inacabable en todo el transcurso de tiempo, así como el tiempo transcurre el delito camia junto con él, inesperadamente, se nos ocurre adoptar medidas aplicables a una realidad compleja y nos empujan a creer que, si es posible erradicarlo, no se trata de separarlo de la sociedad, si no que forma parte de esta misma. En consecuencia, el delito ya es una consecuencia por la misma razón de esa interacción humana (Estado e individuo) que determina por una seria de factores personales, sociales.

3.7. PENA O CONTROL: UNA REFLEXIÓN SOBRE EL CASTIGO ESTATAL

“Si bien las prácticas punitivas del Estado que sitúan a ciertos transgresores en la esfera del no-derecho, que funcionan, en tal sentido, desde la ilegalidad, el discurso de la dogmática penal ha pretendido, a pesar de ello, justificarlas desde la racionalidad. Sin embargo, declarada la falsedad de la pretendida resocialización dentro del espacio de la cárcel, es decir, el fracaso del poder disciplinar de la prisión” [\(Foucault, 2002\)](#),

Este sistema penal demuestra su implacable e inhumana intervención frente a los posibles riesgos, denominados los delitos de peligro abstracto, los cuales los ciudadanos son los individuos no tratables, peligros es decir un derecho penal de seguridad para una sociedad ingobernable y violenta. Nuestra realidad nos muestra cada día una sociedad de sujetos muy peligrosos que mucho mal causan a una población insegura como muestra de un abandono de un Estado totalmente ajeno a esa realidad latente por la alta peligrosidad.

En esa misma línea, los centros penitenciarios no son más lugares de aglutinamiento de humanos peligros, cuyas etiquetas los identifican como un mal social. *“Lo que menos importa aquí es el daño inmediato que el damnificado ha causado... el delincuente es ante todo... alguien que ha quebrantado, frente a la totalidad, el contrato, la palabra con respecto a todos los bienes y comodidades de la vida común... La cólera... de la comunidad, le devuelve al estado salvaje y sin ley, del que hasta ahora estaba protegido: lo expulsa [descargándoles] sobre él toda suerte de hostilidad [y crueldad].*

La ‘pena’ es, en este nivel de las costumbres, sencillamente la copia, el mimos [reproducción] del comportamiento normal frente al enemigo odiado, desarmado, sojuzgado, el cual ha perdido... todo derecho y protección”. Estas apreciaciones fueron de FRIEDRICH NIETZSCHE fueron escritas en 1887 y, aún mantienen su vigencia.

3.8. NO MÁS PENA, SINO CONTROL

Más que hablar de un sistema penal represivo, sería mejor denominarlo sistema de control, en el fondo no es más que controlar o mantener una sociedad tratable sin pretender manipular un sistema no adecuado para la prevención de bienes jurídicos como lo es el derecho penal, el castigo es un daño no es la medida más adecuada.

La fórmula mágica es la siguiente: daño-delito-castigo/pena-disciplina /reeducación/reinserción social. Este es un discurso que no se corresponde con la realidad del suministro del castigo, desde lo que denuncia FRIEDRICH NIETZSCHE hasta lo que legitima GUNTHER JAKOBS. Frente a tal realidad, la pena es injustificable desde un discurso que pretenda adjudicarle otros fines diferentes a los eminentemente segregativos de poblaciones en riesgo –función política de control y custodia.

Toda justificación se referiría a otra cosa, ajena al sistema y escapando de su real función. Las sociedades disciplinadas han cedido su lugar a las de control, nada volverá a ser lo de antes, y menos desde los discursos legitimantes. La sociedad ha cambiado, y junto con ella la función de las instituciones punitivas del Estado ([Gunther,2000](#)).

El juez penal no debería de dictar medidas de sancionables si no medidas de control tales la desproporción reforzada con la prisión preventiva un castigo anticipado muy polémico en la sociedad actualidad cuya importancia mediática se le genera día a día, por lo que la pena capital a dejado de ser tan importante como lo es la prisión preventiva y tan importancia a generado por la prolongación de duración y esa popularidad acogida por la complacencia de la población, como una satisfacción más efectiva que la pena privativa de la libertad.

CAPITULO IV

EL DERECHO PENAL MODERNO

JESUS MARIA SILVA SÁNCHEZ sostiene que: "La corriente dogmática que hoy es denominada funcionalista o teleológica no es más que el producto de la acentuación de los aspectos teleológicos valorativos ya presentes en la concepción dominante. No cabe, por tanto, concluir que nos hallamos ante algo absolutamente nuevo que, además, amenaza con destruir los logros de un siglo de dogmática penal moderna. Por el contrario, la moderna doctrina teleológico funcionalista enlaza con la tradición metodológica del neokantismo y con quienes, a lo largo de los decenios de predominio intelectual del finalismo, mantuvieron consideraciones teleológico-valorativas como elemento integrante del método dogmático". ([Silva,2001](#)).

4.1. SURGIMIENTO DEL DERECHO PENAL MODERNO

Con la llegada de la modernidad es un factor determinante para la producción de una necesaria ciencia penal y el Estado no asido ajeno a ello. Surgen situaciones nuevas que dieron lugar a una implementación hasta entonces moderna. Bienes jurídicos universales que claman una garantía de protección penal, como la economía el medio ambiente la salud, cuya protección lo es a través de los tipos penales de peligro abstracto.

Así, el legislador captura esa necesidad social que aparenta ser muy necesaria y se ofrece como el salvador de esos bienes en un principio no protegidos por el Estado y en mayor énfasis se enfoca en la parte especial de los códigos penales, creando nuevas disipaciones legales o dotándolas como de mayor peligrosidad de los ya existentes. La consecuencia es que "en conjunto, el derecho penal de los últimos años ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso algunas garantías específicas del Estado de derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas" ([Hassmer,1984](#))

Parase ser que el sistema jurídico clásico vigente no está encontrando esa satisfacción en garantizar la protección de los valores más elementales del ser humano o no parece ser el instrumento mas idóneo para ser frente a una sociedad más moderna, ese motivo seria que demuestra un apuro por un cambio de un nuevo moderno sistema represivo.

Pero ese clamor popular se ha convertido en peligro por una razón formal si el derecho penal es para castigar ahora un derecho penal moderno más intervencionista significaría problemas de aplicación y vulneración de derechos constitucional con los es el derecho de la libertad, con penas graves y arbitrarias así quebrantando principios propios de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Quienes describen al “nuevo derecho penal considera que el mundo del derecho no es inerte ni estacionario, ni tiene una existencia coercitiva propia porque no es producto de un trabajo de laboratorio, sino que el derecho es variable y dinámico impuesto por factores extrínsecos de carácter social, político, económico y cultural que van a condicionar la vigencia de un ordenamiento jurídico determinado.” ([Luis, 2005](#)).

Los juristas más próximos a la Escuela de Frankfurt, como de los que los integran como es el caso de HASSEMER, ALBRECHT y HERZOG, se identifican con una indiferencia y criticado desde su posición del llamado “moderno derecho penal” y, en ese sentido habría una mayor posibilidad de retornar al “viejo y buen derecho penal liberal” motivando a que si ya en el clásico derecho se protegen los mismos de un aparente modero y más arbitrario derecho penal (Por ejemplo; la propiedad, vida, salud, etc.). Entre quienes asumen una posición intermedia, tenemos, principalmente a SILVA SÁNCHEZ, quien niega que toda manifestación extensiva sea nociva per se, sino solo los desbordamientos de la pena privativa de la libertad. Sostiene que “El problema no es tanto la expansión del derecho penal en general, sino específicamente la expansión de la pena privativa de la libertad”, agregando que “es esta ultima la que debe ser realmente contenida” ([Silva, 2005, p.152](#)).

4.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL MODERNO

La disputa de bienes jurídicos, esto sucede en cualquier parte del mundo, que la población necesita que sus bienes estén garantizados por el Estado, de otra parte, encontramos al delincuente solicitando que también él es importante para una sociedad y que necesita que sus derechos que no sean vulnerados de una manera muy desmedida con el pago de su libertad frente a cuál quiere bien infringido por este. En ese sentido el delincuente también tiene derecho hacer respetado por el Estado para así poder reintegrar a la sociedad.

Parece ser que el derecho penal moderno destruye ese equilibrio de una sola sociedad cubierta de valores y un sistema moderno no puede dejar de pasar por alto ese desequilibrio de bienes jurídicos. Actualmente en una sociedad más moderna debería ya existir políticas no criminales mas resarcitorias tanto para los bienes jurídicos como para cubrir esa pérdida de libertad, para no conducir a las clásicas prácticas de una represión desmedida y infractora de derechos humanos. En un Estado de derecho no podría de ninguna manera romper las bases legales con un intervencionismo punitivo

El derecho es una valoración y compensación para determinadas tiempos y épocas y detrás del grupo de presión que influyen en la creación de determinadas disposiciones legales para la ocasión "el derecho penal del medio ambiente se convierte así en una especie de academia popular para educar al auditorio en los cuidados que necesita la naturaleza. Para estas teorías no plantea problema alguno que el éxito de este aprendizaje deba alcanzarse, no sólo gracias a la aplicación instrumental del derecho penal, sino también a costa de utilizar como ejemplo a aquéllos que, por regla general, sólo han cometido delitos de bagatela".

Desde mi punto de vista considero que el derecho penal es solo una cortina un encargo que se le hacen pero que no cumple o es una cortina que detrás los actores solo simulan una actuación mas no una intervención preventiva y que es totalmente ajeno al principio de protección, una vez más el derecho penal siempre llega demasiado tarde “El derecho penal es un medio de control social, es decir, cumple una función primordial en cuanto ordenamiento que protege la paz y las condiciones sociales indispensables para el ser humano en la convivencia en sociedad” ([García, 2000, p. 86](#)).

De ese modo “el derecho penal es un subsistema más dentro del sistema de control social, que utiliza los mismos instrumentos de las otras formas de control social en la definición y corrección de la conducta desviada, como la norma, la sanción y el proceso, más allá de perseguir los mismos fines de aseguramiento del orden social” ([Hassemer, 1989, p. 115](#)).

En resumen, el derecho penal de la actualidad es utilizado por políticos de turno que solo pretenden llevar a sus votantes. El derecho penal desde mi perspectiva debía estar alejado de la política, pero sobre todo de los malos políticos que utilizan esta ciencia para dar paso o solución a sus intereses llevándolo por el camino equivocado como lo es la prevención del delito que no le corresponde ni lo está diseñado para ello.

4.3. LA EFICACIA DEL DERECHO PENAL MODERNO

Los medios jurídicos penales no siempre son los mejores para dar solución a problemas endémicos, en mi suponer existen denominaciones de términos a los posibles cambios de sistemas represivos ni uno ni otro serán más eficaces si no reforzamos otro tipo de orientaciones sociales, culturales, económicas, familia, etc. La experiencia de viejos códigos extremeños nunca fueron los mejores en prevención al delito solo fueron cambiando de denominación como mejor mediada al tiempo.

Por otro lado, debemos recordar que para una buena prevención o un buen derecho penal es necesario tomar en cuenta los costos sociales y de mantense, a mayor costo para el estado mejor resultado para en prevención. En el actual sistema no es muy evidente ese factor de costo, ni mucho menos está diseñado para alimentarlo de un determinado presupuesto en prevención.

4.4 NOVEDADES EN EL DERECHO PENAL MODERNO

Muchas de las novedades en un derecho penal moderno en sobre todo en relación con la expansión. Y más sobre todo es notorio en la parte especial del derecho penal, abarcando sobre todo en la implementación de los más novedosos tipos penales, pero ya existentes en la misma ley, o como se conoce el estiramiento de normas penales, no podemos dejar de mencionar la extensión de las penas en delitos de poca monta.

Los valores que pretende proteger el moderno derecho penal siempre están enfocados en bienes de carácter universal y contradiciendo al derecho penal clásico con los bienes jurídicos individuales. En ese mismo sentido es casi imposible llegar a determinar el nivel de daño los delitos de peligro abstracto en la cual caería en una ayuda de protección de bienes jurídicos estéril.

En este sentido señala MARIA ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ: la mayoría de “los nuevos delitos de peligro abstracto son figuras orientadas a la tutela de bienes jurídicos de carácter supraindividual - colectivos o universales -, como la

salud o la seguridad públicas, fenómeno que se sitúa también en el contexto de la denominada 'sociedad de riesgo'. Precisamente el carácter difuso e impreciso del objeto de tutela y la consecuente dificultad de comprobar la lesión o el peligro en estos bienes jurídicos de difícil aprehensión contribuye decididamente a la construcción de figuras de peligro abstracto”

De acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, "la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo 'delito de lesión de bienes individuales' al modelo 'delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales' ([Silva, 2004](#))

Es decir, entre el hecho y el resultado daño esa causalidad de la acción es innecesaria su reproducción, que la conducta solo está determinada a la producción no más al daño causado de la víctima menos a la reparación de esta, entonces hay una víctima invisible por el mismo dolo irreproducible.

La reducción de la penalidad podría también acarrear consecuencia un Estado desprotegido de normas y que sería el camino más fácil para la posible deliberación de la actividad delictiva, un Estado que no responde frente a los hechos delictivos es un Estado inactivo, es por ellos que con urgencia es necesario la intervención de ramas auxiliares del derecho penal más efectivas diseñadas para el control del delito

También es otra parte que llama la atención en un moderno derecho penal esos cambios de función y finalidad, así como ese carácter faceterio y de ultima ratio, que no tomaría en cuenta los delitos de mayor repercusión social de esos que siempre en un principio se ocupó de los delitos mas graves, y no en delitos de bagatela, por lo cual cambiara su sentido de ser quebrantando principios básicos del derecho penal.

Todos estos cambios pondrían en riesgo la administración de justicia por la incorrecta interpretación de leyes contradictorias en la determinación del caso en particular, dando lugar a una función de ahora visto de un derecho penal moderno con una función simbólica.

4.5. LAS LLAMADAS VELOCIDADES DEL DERECHO PENAL

En lo vivido en una sociedad ya posindustrial ha exigido de una manera muy enfática la llamada intervención de un nuevo derecho penal moderno con dejando atrás el clásico que no estaría ahora cubriendo todas las expectativas de una sociedad globalizada industrial. Por lo que pone en mesa de debate lo que algunos autores denominan el derecho penal de dos velocidades, esta misma visión plantea la creación o implementación de dos derechos penales y procesales como conquista del liberalismo y que se adaptarían de una manera mucho mejor en un Estado Social y Democrático de Derecho. Con novedades como por ejemplo penas pecuniarias y restrictivas de la libertad y con sanciones menos gravosas.

Y el segundo lugar, con una perspectiva de posturas más garantista manteniendo los principios y los mecanismos menos dañinos en su intervención penal y el segundo derecho penal con sanciones más graves para delitos de alta peligrosidad. los delitos regulados por ese "segundo derecho penal", tenían sanciones más gravosas, es decir, pena privativa de libertad ([Silva, 2005](#)).

Los que se está cuestionando es la existencia de una tercera velocidad del derecho penal caracterizada por "una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales", Esta tercera vía, así, guardaría relación con el llamado "derecho penal de enemigos", difundido por JAKOBS. Esa rigurosidad de intervenciones representa posibilidades altamente cambios estructurales de un Estado en su ámbito de lucha contra el delito, es decir, caracterizaría una especie de "Derecho de guerra" para los casos de emergencia ([Jakobs, 2000](#))

Dentro de esa propuesta por este autor JESUS MARIA SILVA SÁNCHEZ, considerar “la validez del derecho penal de velocidades es una afrenta a los fundamentos del Estado de derecho”, principalmente, la tercera velocidad es la que más visiblemente quiebra el principio de igualdad, porque utiliza el derecho penal para sancionar personas, y no hechos. Esto representaría, ciertamente, “la vuelta al derecho penal de autor, y, a través de él la pena está vinculada a su personalidad” ([Roxin, p. 177](#)).

4.6. EL MODERNO DERECHO PENAL Y LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.

4.6.1. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

La parición del de mínima intervención calzan con el nacimiento del modelo liberalismo, en la mitad del siglo XVIII en Francia y en el Reino Unido dando realce sobre todo en la “reivindicación de un importante espacio de libertad en el ámbito personal, religioso, literario, económico, etc.; un espacio mucho más amplio de lo que los filósofos del pasado (aun los más ilustrados, como Spinoza o Locke) consideraban razonable”.

“Los ideales del liberalismo son totalmente explicables, debido al momento histórico, marcado por la concentración de poderes ilimitados exclusivamente en las manos del monarca. En el campo del derecho penal, imperaban leyes penales rígidas, que eran aplicadas en los más distintos aspectos de la vida social. Consecuentemente, las penas tenían un carácter severo, que abarcaban los destierros, fuertes penas pecuniarias y corporales, incluso la pena de muerte. Finalmente, el derecho penal era utilizado como forma de coaccionar a las personas a la obediencia al soberano.

No sólo el derecho penal, sino también el procedimiento penal era severo, señalado, de entre otras características, por la inquisitorialidad, presunción de culpabilidad, desigualdad entre las partes, por la utilización de un sistema de pruebas elástico, que permitía la constatación de cualquier afirmación contra el reo, con poquísimos recursos de defensa” ([Beccaria, pp. 25-31](#)).

Por tal, el liberalismo apareció resaltando la libertad como principal forma de inspiración cuando llega a su fin es a partir de la Revolución Francesa donde llega a su fin de esa concepción opuesta al Estado absoluto donde sus ideas dieron muestra de sus ideales de libertad, su ideología basada en la soberbia popular, la voluntad del rey, la separación de poderes y la defensa de la libertad.

La mayor expresión de los ideales del liberalismo en el derecho penal es CESARE BONESSANA MARQUEZ DE BECCARIA, quien con su obra titulada “*De los delitos y de las penas*”, lanza los fundamentos de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo, que sustentaron las proposiciones doctrinales presentadas más tarde, y que llegan hasta nuestros días.

Este modelo de ideología pensado por BECCARIA pretende consolidar garantías que pretendas limitar el poder punitivo del Estado, que en esa época era la pretensión de la sociedad, limitar el poder punitivo con tarea principal en los tiempos de ahora es tarea del Estado a través de la igualdad de derechos. Uno de los principales mecanismos de que nos ofrecía BECCARIA es mecanismos de intervención mínima como un límite del sistema penal y en la que defiende su obra sobre la reducción de las leyes penales y las mínimas necesarias.

“Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, por hablar según todos cálculos de los bienes y de los males de la vida. Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan nacer, sino crear otros nuevos: es definir caprichosamente la virtud y el vicio, que nos han sido predicados como eternos e inmutables”. ([Beccaria, p.180](#)).

Por lo antes ya expuesto, es posible afirmar que "en BECCARIA encontramos la primera expresión de lo que hoy llamamos 'principio de mínima intervención' del derecho penal". ([Asúa, 2002, p. 24](#)).

4.6.2. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA EN LA ACTUALIDAD

Este principio de intervención mínima se considera como una garantía de limitación a la intervención punitiva del derecho penal y que en un estado de derecho se ha mantenido de una manera muy desapercibida. Se supone que "el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes" ([Muñoz, 2002, p. 72](#)).

Partiendo del principio de intervención mínima es posible ver el carácter de subsidiariedad, de ultima ratio y de fragmentariedad del derecho penal todos esos principios constituyen límites de la intervención del derecho penal, y ello reflejaría para mantener un modelo de estado que no vulnera garantía como la libertad de los ciudadanos. Por lo tanto, la intervención mínima forma parte de la herencia del liberalismo, y hasta hoy debe ser considerada como uno de los parámetros del legislador, para la elaboración y mantenimiento de un sistema penal justo y coherente con los fines del actual Estado democrático de derecho.

4.6.3. LA SUBSIDIARIEDAD DEL DERECHO PENAL

El principio de subsidiariedad queda enunciado a partir de concebir al derecho conformado por diversas disciplinas preventivas (Derecho civil, derecho administrativo, etc.) tendientes a neutralizar comportamientos contrarios al derecho, y que sólo cuando todas estas disciplinas fracasen en la solución del conflicto, sólo allí puede invocarse al derecho penal para que intervenga.

El derecho penal viene a criminalizar un comportamiento que ya se juzgaba disvalioso por otras ramas del derecho, al atribuirse tal disvaliosidad respecto al derecho como tronco principal, sin que por ello el derecho penal se expoliese de su facultad de brindar una tutela específica a los bienes jurídicos por medios también específicos.

La subsidiariedad consiste en recurrir al derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir, "cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho" ([Prittwitz, p. 431](#)). De entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, al derecho penal le incumbe la función de atribuir las sanciones más gravosas, porque hay un grave ataque de bienes jurídicos tutelados penalmente. Por ello, el derecho penal debe ser considerado como la última ratio del sistema.

4.6.4. EL CARÁCTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO PENAL

Procede de KARL BINDING la afirmación de que el derecho penal tiene carácter fragmentario. La protección de la sociedad justifica la actuación del derecho penal en un Estado social. Esta protección es expresada a través de la tutela por el derecho penal de bienes jurídicos (principio de protección de bienes jurídicos), que son los intereses sociales que merecen la protección penal debido a su importancia ([Mir, 2003](#)).

Por lo tanto, si una ley penal no protege un bien jurídico, hay infracción del principio de intervención mínima, acarreando la nulidad de esa norma, porque resultaría arbitraria. Sin embargo, no toda lesión a un bien jurídico debe ser reprochada por el derecho penal.

Se impone la presencia de dos elementos para que el derecho penal actúe: que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a este sea violenta, por ejemplo, el patrimonio está ampliamente protegido en el código penal, pero no todo ataque a este bien jurídico tiene una respuesta penal. No está penalizado, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato, el no pago de una deuda. Por lo tanto, para justificar la intervención penal es necesario un plus: la existencia del desvalor de acción y del desvalor de resultado.

4.7. ESPECTROS DE CRECIMIENTO DEL DERECHO PENAL

Desde finales de los años setenta en Alemania y finales de los ochenta y principios de los noventa en España, la legislación penal ha experimentado un extraordinario crecimiento cualitativo y cuantitativo, que desde entonces no puede observarse una detención, ni menos aún, un retroceso del trazado del perímetro de lo penalmente prohibido, sino que, por el contrario, tiende a ir en franco crecimiento. Este fenómeno, en su configuración político-criminal, puede explicarse, tanto en la ampliación del ámbito de lo prohibido, como el endurecimiento de las penas (punitivismo) y la internacionalización del derecho penal.

4.8. LA INFLACIÓN DE TIPOS PENALES

Pareciera encontrar el legislador latinoamericano en el dictado de enunciados legales la mágica solución a los inconvenientes. Así es como aparecen nuevos tipos penales manifestación clara de la expansión, del mismo modo en que se endurecen las penas, buscando alcanzar finalidades trascendentales por esta senda.

Esta tendencia a la inflación penal no escapa de ser una improvisación, una simple coyuntura que termina por eludir el problema. El legislador demuestra encontrar en el derecho penal una herramienta seductora, en cuanto a los bajos costos que reporta y su aparente eficacia. Sin embargo, pareciera olvidarse que el quid de la cuestión estriba en atacar las causas del delito en primer orden y sólo luego recostarse sobre el derecho penal. Se llega así a una situación en la que el Derecho penal termina por cumplir el rol de «tapadera» de los déficits de las demás disciplinas preventivas del ordenamiento jurídico.

Siendo una de las características de la sociedad actual la de configurarse como una sociedad de riesgo (Risikogesellschaft) en la que como tal y debido a la proliferación de nuevos riesgos y de dificultosas vías para contenerlos, la sociedad en su conjunto se halla terriblemente sensibilizada ante toda manifestación portadora de riesgo.

Mucho tiene que ver en ello la labor de los medios de comunicación social, dado que su inclinación a sobredimensionar el espectro disvalioso de hechos delictivos, agregado a los cuestionamientos reposados sobre las fuentes de información, logran que el temor entre los interactuantes sociales se propague y adhiera con absoluta firmeza. Ello desde luego que moviliza a la opinión pública, la que hace presente su reclamo pro-seguridad hasta el hartazgo, convirtiéndola en un bien jurídico en sí mismo.

La sociedad reclama seguridad, y con ello se hace clara la demanda más reiterada durante los últimos años por la ciudadanía de los más diversos países. Pero es ante estos reclamos que el Estado evidencia sus dificultades para atenderla. Sus

respuestas padecen de una alineación de realismo, creyendo ver al derecho penal como panacea de todos los males sociales, seguramente emparentado a su innegable valor simbólico. Así el derecho penal se acomoda a sus pretensiones, reporta bajos costos y crea la quimérica imagen de un Estado eficaz, preocupado en atender los reclamos más acuciantes de la población. Visto de este modo, el derecho penal pasa a ser, ciertamente, una eficaz herramienta demagógica, y que alimenta la idea de política, más asociada a la idea de improvisación populista que como el arte de darse un gobierno.

4.9. EL DERECHO PENAL DE AUTOR EN EL ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO

El derecho Penal de autor no es de recibo en un Estado democrático de derecho, por sus consecuencias nefastas y porque implica, además:

1) “La destrucción de las garantías formales y materiales derivadas del principio de legalidad, el cual descansa en la prohibición de conductas humanas, en donde no interesa una forma de ser o una personalidad adquirida o aprehendida. Si el tipo de injusto desvaloriza y prohíbe las acciones humanas, la culpabilidad cuya configuración depende del injusto, debe tener una misma base y no puede reparar en la personalidad del autor” [\(Castillo, 2002, pp. 428\).](#)

2) Se incurriría en un autoritarismo político peligroso y abusivo, conforme lo demuestra la historia; debido a que el estado tendría una carta en blanco para hurgar en la intimidad del sujeto, en su vida personal combatiendo, por ejemplo, de manera selectiva a los opositores de un régimen político por cualquier disidencia ideológica. Así el derecho penal sería un instrumento implacable del poder, para todo aquel que reclame o demuestre su descontento, se lo juzgaría por su personalidad, con lo cual se atentaría contra las bases democráticas y contra el pluralismo que todo sistema jurídico debe albergar, pues no habría mayor inconveniente para que el estado, apelando a un derecho penal de autor, busque imponer un tipo de ideología, una moral social o un comportamiento ético que lo único que hace es responder a los intereses del gobierno de turno [\(Castillo, pp. 428\).](#)

3) Las conductas típicas dejarían de tener relevancia para el derecho penal apareciendo más bien un catálogo de personalidades o caracteres que se consideren nocivos y ese mismo catálogo podría ser deshecho y cambiado por otro según los intereses políticos y económicos existentes ([Zaffaroni, 2006, pp. 169-170](#)).

4) Este tipo de medidas son inadecuadas e ineficaces para disminuir el nivel de criminalidad, tal como lo demuestra la experiencia en el campo criminológico. Consideramos que no habría mayores progresos en cuanto a la prevención de futuros delitos, debido a que en ciertos estratos sociales, por lo general los marginados y de escasos recursos económicos- las penas severas ya no logran intimidarlos, por la sencilla razón de que han internalizado la delincuencia como forma de vida y como único medio para sobrevivir a los cuales se les van a sumar las nuevas generaciones que por los mismos factores de la exclusión, pobreza, ignorancia e influencia del medio en que desarrollan la personalidad terminan siendo arrastrados por el delito, siendo los casos más emblemáticos los delitos contra el patrimonio como el hurto y el robo siendo los signos más evidente de un país pobre, una sociedad muy desigual y un estado ineficiente.

CAPITULO V

LAS NUEVAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO PENAL

5.1. CRISIS DEL DERECHO PENAL TRADICIONAL ANTE EL APARECIMIENTO DE NUEVOS FENÓMENOS

El derecho penal es un producto de la evolución de la sociedad es parte de la historia contable es cambiante evoluciona, así como la misma sociedad, si proceso de mutación es tan igual como los mismos cambios de la sociedad actual llámeme los moderna, si eso es así, pero tampoco significa estar al acecho para hacer un desuso del sistema penal, ello da a entender que el legislador siempre aprovecha la ocasión más oportuna en su monto para cambiar o adecuar a los real en un determinado tiempo, para la construcción de un derecho penal simbólico a la medida de las exigencias sociales.

Por otro lado, el denominado estado de cosas es donde el Estado intervine para determinar una selección de acciones y mediante normas llegar a determinar su limitación de producción. Y la interrogante que se nos ocurre es ¿Cuándo una acción es de carácter altamente dañosa para un estado de cosas? ¿Qué tan merecedor de protección son esos valores jurídicos? Entonces mi respuesta esta justamente enfoca al a un diagnostico descriptivo en saber que el solo hecho de prohibir conductas “acciones” no es de mucho esfuerzo y que demande gastos para el Estado, si no que no cuesta nada, es mucho mas rentable el prohibir que antes prevenir.

De ahí que se hable de la crisis en la que ha entrado el Derecho penal, y de la dogmática en especial. En efecto, **JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ**, al sostener que “la globalización económica y la integración supranacional son dos factores multiplicadores del fenómeno expansivo del Derecho penal”, así como el constituido por las garantías formales y materiales del Derecho penal y del Derecho procesal penal. ([Jesús, 2006](#)).

En llamado Derecho penal moderno lo que se pretende es reforzar ideas legislativas en la parte escila donde es lo que genera más popularidad y aparenta un estado de que de esta haciendo algo por mejorar. Como señala **GRACIA MARTÍN**, “no hay código que en los últimos años no haya aumentado el catálogo de delitos, con nuevos tipos penales, nuevas leyes especiales, y una fuerte agravación de las penas”.

En cuanto al Derecho de fondo. Según **DONNA**, la idea que existe detrás es que “debe haber dos formas de Derecho penal: uno, que se refiere a los delitos tradicionales: homicidio, hurto, estafas, robo, en el cual se deben mantener las garantías mínimas, y otro, que se refiere a los delitos que hacen a bienes jurídicos generales. Es en este ámbito en donde las garantías sufren una fuerte disminución: los delitos económicos, el Derecho penal de drogas, el lavado de dinero, los delitos de medio ambiente y el terrorismo son algunos de los campos de este novedoso sistema” ([Donna, 2006](#)).

La implantación de este nuevo derecho penal moderno también tiene muchas críticas y también aprobaciones, pero son más las criticables debido a que no cuajan en un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho. Y los que se pretende a un es garantizar esos principios de inspiración del propio derecho penal como los son los de mínima intervención y de ultima ratio, y lo si se pudiera insertar o en una medida de mejorar este nuevo derecho es crear o implantar un derecho adicional dirigido a proteger otros bienes menos importantes, pero de poca monta sin llegar a menoscabar el modelo del derecho penal enfocado a la represión racional y no arbitraria sopesando la libertad del individuo.

5.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL MODERNO Y SUS CRÍTICAS

Según **HASSEMER**, el Derecho penal moderno presenta tres características propias que reflejan el contexto actual: “la protección de bienes jurídicos, la prevención y la orientación a las consecuencias” ([Hassemer,1993](#)). En ese sentido proteger bienes jurídicos es sinónimo de penalización de conductas que menoscaben dichos bienes, en la medida que tan graves lo sean será la dosificación de la penalidad.

Para **MUÑOZ CONDE**, todos los sistemas penales del mundo es función de alguna medida reprimir conductas que infrinjan valores jurídicos como función principal, por ello no significa que otras diferente como instancias inferiores de menor represión penal no puedan hacer nada. Por el contrario, esa protección es repartida en todo el sistema legal y que en última instancia como lo dice “sólo debe intervenir cuando se hayan agotado otros medios de protección, dado que el concepto de bien jurídico se concibió originariamente más como límite que como legitimación de la intervención del Derecho penal” ([Muñoz,1996](#)).

En esta misma línea así es como lo determina **CÓRDOBA RODA** al sostener que “la ciencia penal como expresión cultural proclama desde decenios el principio conforme el cual sólo debe recurrirse al Derecho penal en los casos en los que el mismo sea absolutamente necesario para la protección de bienes jurídicos frente a los ataques más intensos de los que pueden ser objeto” los más claros ejemplos son los bienes jurídicos de carácter abstractos que no se define muy bien la gravedad del daño producido, en los delitos de peligro o culposos los resultados son oscuros llegar a demostrar la conducta que no sería altamente peligrosa ([Córdoba,1996](#)).

Tenido en cuenta a **HASSEMER** Se ha enfocado a describir algunos pasajes dentro de su criterio puede determinar que la “La población de las sociedades occidentales se encuentra frente a grandes riesgos, como graves abusos, destrucción del ambiente a nivel internacional, riesgos monetarios, colapso económico, criminalidad organizada, corrupción, terrorismo. Los grandes riesgos se caracterizan por no ser dominables, por ser devastadores cuando se concretan, por ser vagos, opacos, en fin, por no ser tangibles, dado que son más una sombra que un objeto” ([Hassemer,1996](#)).

Si bien es cierto que el derecho penal criminaliza conductas después de haber advertido el alto porcentaje de aquejo social y vacíos, como o son los delitos de peligro abstracto, que si bien son importantes pero no necesarios para la represión penal, quizá si le dotamos de otro trato mas adecuado y menos represor podríamos no quebrantar el fin del derecho penal, en la misma medida de advertir la des tipificación de disposiciones legales ya establecidas para hacer más efectivo aun sistema poco confiable en su función.

Si pretendemos implementar un nuevo sistema moderno y eficaz frente al fracaso del derecho penal clásico, tendríamos que preñador en exigir una tendencia de reducir derechos del delincuente, con la única finalidad de solo llegar a satisfacer o luchar con la alta criminalidad, eso significaría mayor número de delitos, mayores penas, porque no habría hasta ahora otra forma más efectiva y menos gravosa de luchar contra la criminalidad.

Así, "cada vez más el fin parece justificar los medios". Ya **BARATTA** manifestaba que toda esta discusión parecía establecerse entre dos modelos de Derecho penal liberal clásico y el derecho penal de prevención el sí creado bajo una necesidad de un Estado que pretende darle a la sociedad una tranquilidad común evitando los males daños y dejando de lado al derecho penal clásico. Dos modos y estrategias de intervención distintos de comprender criterios de intervención punitiva que son utilizados a la medida del tiempo.

Si la prevención cumple un papel muy importe en la sociedad, pero creemos o estamos convencidos que no es tarea única de un derecho penal si así lo queremos llamar moderno, más creernos estar de acuerdo con otros ámbitos de competencia sonde si es necesario la intervención de otras ramas auxiliares menos gravosos para la libertad y más eficaces en su ejecución.

En un Estado necesitado por aplacar las necesidades políticas es necesario tomarlo con un nuevo sistema de intervención, así como lo denomina el "Derecho penal simbólico, o sea, que no se neutralizan los riesgos, sino que 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 ideologías" ([Zaffaroni,1998](#)).

La intervención del derecho penal moderno siempre será objeto de crítica por la alta incertidumbre de si es más eficaz o solo es eficaz en dar esa sensación de tranquilidad aparente, a través de una alta tipificación de conductas que en la mediada de su judicialización no conllevan a una debida condena si no por el contrario a una inseguridad de injusticia, y de terminar contando con un derecho penal que genera inseguridad y debilidad en su actuación represora, solo llegando a cumplir con la finalidad simbólica.

Un control social se podría llevar a cabo por otro medios no formales y formales, creando espacios de difusión y educación a través de programas de apoyo social, de la mano con el Estado, la familia con institución básica, educación en valores (escuelas, colegios, universidades), programas de apoyo social, trabajo en proyectos familiares, asociaciones privadas, la Iglesia; las instituciones públicas, los organismos gubernamentales, etc.

5.3. RELATIVIZACIÓN DE LAS CRÍTICAS DIRIGIDAS A LA “EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL”

Los cuestionamientos de las características del nuevo Derecho penal pueden ser resumidas de la siguiente manera: en este sentido, alertamos que se estaría desbordando el abandono de la esencia del derecho penal clásico esto quiere decir se está produciendo una alteración de la intervención mínima y de ultima ratio, y es muestra del alejamiento de las garantías principales del derecho penal.

En ese mismo sentido los bienes jurídicos como la vida, la libertad, la integridad física, etc. Se queden en un segundo plano de su protección y que otros bienes jurídicos no menos importantes, pero si innecesarios para esta rama del sistema penal han proliferado nuevas expectativas de intercesión punitiva.

Es posible demostrar qué existe una innecesaria intervención del derecho penal por que existe otras instancias menos gravosas en su represión y más contundentes en su resultado, es por ello que manifestamos una preocupación frente a la muy elevada carga punitiva desproporcional. Por otro lado, se toma en cuenta que la aparición del derecho penal moderno no es otra cosa que un derecho penal simbólico, que crea la falsa creencia de una debida protección de valores jurídicos,

pero no es efectiva, solo lo que hace es una expansión de creación de conductas nuevas o agravar las penas.

Hoy por hoy, no es necesario la implementación de nuevas figuras penales que al parece si parece si más necesario la eliminación de tipos penales inaplicables, que queso suman más conductas que en la práctica no llegan a condenarse por la falta de objetividad y unificación de criterios y jurisprudenciales. El punto clave seria es como aplicar el derecho panal en nuestro modelo de derecho penal, si el legislador pretende combatir como castigo cuando en la realidad no es el derecho penal el mejor ejemplo de aplacar este mal endémico si no es más bien como el legislador el gran problema que utilizar mas violencia por violencia.

5.4. EL PUNITIVISMO

5.4.1. LAS POLÍTICAS CRIMINALES EN LOS PAÍSES OCCIDENTALES EN LOS FINALES DEL SIGLO XX Y COMIENZOS DEL XXI

Desde, aproximadamente, finales de los años 80 y comienzos de los 90 del pasado siglo, las legislaciones penales de la mayoría de los países occidentales están experimentando una serie de transformaciones, vertiginosas en el ritmo y, aparentemente, muy profundas en cuanto a los principios sobre los que parecen inspirarse, que han hecho que las doctrinas penal, penológica y criminológica, hayan centrado su atención en tratar, de describir sus rasgos fundamentales, y adivinar cuál es el modelo de política criminal y la ideología o la filosofía que, sobre el delito, la pena, el delincuente y la víctima, sustenta todas esas modificaciones.

Los estudios comparados manifiestas el desconcierto de las políticas criminales desmedidas que se han adoptado en los últimos tiempos y que ello a influido en los países como los americanos, con una tendencia de endurecer un derecho penal que son muy modernos que los europeos y que estos se ven en una obligación de estar a la moda de sus tendencias modernas, pero de diferente realidad.

los países occidentales en los finales del siglo XX y comienzos del XXI, porque existía la convicción de que la evolución del Derecho penal, desde los finales de la II Guerra Mundial, había tomado el rumbo de la racionalidad y la definitiva humanización. En sociedades modernas e igualitarias, que están organizadas políticamente con sistemas democráticos avanzados y consolidados, se está produciendo un “Derecho penal de características muy regresivas, más propio de sociedades más primitivas y menos igualitarias y democráticas” [\(Silva,1992\)](#).

Si las políticas penales del exterior son dice ladas con alto nivel de represión y que como no es novedad son de gran influencia en nuestros sistemas menos desarrollados, debería ser tarea oficial de la doctrina, dogmática y emprender sugerencias de las mejores alternativas para racionalizar nuestro derecho penal, al ofrecer nuevas alternativas de intervención ajustadas a nuestra realidad y más confiables en su resultado, y por otro lado en el ámbito de judicial los jueces dictar sugerencias algunas propuestas para dar lugar a una aplicación diferente y mas racional dentro de su efectividad de las normas penales, con tendencias de una política criminal diseñada y ajustada a nuestra realidad.

5.4.2. ALGUNOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LAS REFORMAS PENALES DE LOS ÚLTIMOS TIEMPOS

No puede ser posible que los pensamientos ideológicos o religiosos puedan ser determinantes para influenciar en la creación de un derecho penal puro, de modo que la regla general debería ser que el derecho penal debería estar apartado de las influencias sociales, de modo que no tendíamos que lidiar con grupos sociales con criterios diferentes a una posición que es muy objetiva y no ser construida bajo la creencia conservadora.

Podremos encontrar, con carácter general, “sanciones en las que su orientación preventivo-general es preponderante, ya sea haciendo hincapié en el componente intimidatorio, ya lo sea en la vocación integradora, que, a su vez, conviven con otras en las que lo que prevalece es la orientación preventivo-especial, ora se inspire ésta en el modelo terapéutico o rehabilitador, ora en la intimidación individual, ora en la inocuización” ([García, 2001, pp. 39-40](#))

Lo que ha permitido afirmar a algún autor, sin equivocarse, que en los veinte años que transcurren desde la instauración de la Democracia hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el sistema de penas heredado del franquismo mantuvo su estructura básica y, el nuevo texto punitivo, "por más que en su exposición de motivos se postula como reformador total del hasta entonces vigente sistema de penas a fin de alcanzar los objetivos de resocialización constitucionalmente prescritos, lleva a cabo en términos materiales una moderada renovación del sistema de pena" ([Silva,1998](#)).

5.4.3. EL "NUEVO" PUNITIVISMO

La policía criminal utilizada de la mayoría de los países desarrollados en los años 80 de pasado siglo dio un giro punitivo importante que olvidaron las tendencias altamente antagónicas que ha puesto fin a una supuesta "era de indulgencia" y que en esto últimos tiempos están dedicados sus teorías directamente enfocadas al delito, la justificación de los cambios se basaba en la insatisfacción de una inseguridad de la avanzada inseguridad.

En España llama la atención este autor, **SILVA SÁNCHEZ**, ha hablado de la "*expansión del Derecho penal*", que se llega a manifestar en base a unos signos que hacer determinar un cambio de los sistemas en general en la simple creación de figuras delictivas que hasta donde se puede ver es una creación de un riesgo de caen en el absurdo de solo crear y no aplicar, en la aparición de un derecho penal e inútil y que no es efectivo en su función ([Silva, pp. 20-21](#)).

De Igual manera, otro autor salta a la vista proponiendo y enfatizando sobre el problema envuelto en derecho penal el autor español cuyo pensamiento ha ejercido notable influencia, **DÍEZ RIPOLLÉS**, a la hora de describir el modelo político-criminal imperante, tampoco ha dudado en calificar como uno de sus rasgos característicos el de la "*revalorización del componente aflictivo de la pena*", aunque, eso sí, frente a la delincuencia tradicional ([Torradillos2004, pp. 219](#)).

Lo importante en esta manifestación es atabes de "la introducción de penas de privación de libertad cuya duración práctica se acerca... a la reclusión por vida", a través del "notable endurecimiento del régimen penitenciario mediante el establecimiento de condiciones más estrictas de acceso al régimen de cumplimiento en tercer grado o a la libertad condicional" e, igualmente, mediante "el renacimiento de las penas infamantes como es el caso de la publicación de listas de maltratadores o delincuentes sexuales" o "el aseguramiento de una efectiva persecución de determinados delincuentes mediante el compromiso del ejercicio de la acción popular por órganos del poder ejecutivo de las comunidades autónomas". Todo ello, además, acompañado, de la recuperación de "las penas cortas prisión de tres meses en

adelante", de "la supresión del arresto de fin de semana" y del incremento de "la duración de las penas largas de prisión" ([Asúa, 2006, p. 245](#)).

El incremento en la frecuencia, incluso, consecuencia de la rutina, con la que se utiliza la prisión como un instrumento para gestionar la inseguridad social, porque, cada vez más, el estado confía en la policía y en las instituciones penales para contener los desórdenes producidos por el desempleo masivo, por la imposición de salarios laborales precarios y por el hundimiento de la protección social.

Es una verdad que solo el derecho penal se enfoca a castigar sin haber tomado en cuenta cuestiones de fondo que fundamentan la aparición del delito y como esta se inserta en la sociedad cada vez más informal, daremos en cuenta que no es solo utilizar este instrumento que no es otra cosa que generar violencia por más violencia.

5.5. NUESTRA POSICION SOBRE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

La modernización del derecho penal son etiquetas que se van adoptando, así como lo hay en otros modelos de derecho de máxima intervención, derecho policial, derecho del enemigo, etc. Entonces lo que se etiqueta en la práctica es muy cuestionada por la razón que no se ha demostrado resultados a un mas contundentes y confiables, pero si son mas extremistas y hasta riesgosos en su aplicación.

Lo más que se busca es una atemorización en la población de una novedad no antes vista o aplicada, que pretende innovar nuevos cambios que parece ser solo un experimento que hasta ahora no es masivo no solo es una tendencia temeraria.

“El concepto de modernización se refiere a una gavilla de procesos acumulativos y que se refuerzan mutuamente a la formación de capital y a la movilización de recursos; al desarrollo de las fuerzas productivas y al incremento de la productividad del trabajo; a la implantación de poderes políticos centralizados y al desarrollo de identidades nacionales; a la difusión de los derechos de participación política, de las formas de vida urbana y de la educación formal; a la secularización de valores y normas”

En conclusión, modernidad – y lo que se entienda por modernización – supone cambio en los distintos aspectos que conforman la vida del hombre como de modo enunciativo lo refería Habermas, de manera que modernidad supondrá evolución. El Derecho Penal tampoco puede estar muy alejado de los cambios o llámemelos modernidad, pero sí con la justa y necesaria medida, en una “*sociedad de riesgos*”, ello partiendo de la premisa que, como lo refiere **Miguel Polaino Navarrete** al citar a **Günther Jakobs**, entre Derecho y Sociedad existe una mutua interdependencia en tanto y en cuanto el “Derecho es parte de la Sociedad” y, en tanto tal, ha de satisfacer las necesidades y resolver los más graves problemas sociales planteados; claro está que sin perder de vista que la sociedad está compuesta por hombres y esa debe ser la inspiración del Derecho en general.

Siguiendo a Carlos Caro quien cita a Lau, coincido en que las sociedades de riesgo son “aquellas donde la realidad inevitablemente se percibe y se estructura a nivel cognitivo como una constante tensión o controversias entre seguridad y riesgo” [Caro pp. 195 – 208](#).

También teniendo en cuenta los cambios que hacer producir los efectos de actualizar el derecho penal de renovarse, tiene que “modernizarse”. La modernización del Derecho Penal presupone la modernización de los bienes jurídicos. [\(Bramont, p. 92\)](#).

Determinar los límites del derecho penal son barreras que se han sentido muy desapercibida y es por ende el desborde de algunas muchas conductas que no vienen al caso de ser merecedoras de ser reguladas y solo responde de un apetito de popularidad. Lo enseña **Juan Carlos Carbonell** implica que sólo deba recurrirse a éste para castigar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad. Esta idea de fragmentariedad que a su vez se conjuga íntimamente con lo que representa mínima intervención y ultima ratio, involucra los siguientes razonamientos: 1) que no cualquier bien jurídico podrá ser objeto de tutela por el Derecho Penal sino sólo aquellos más relevantes, es decir aquellos que el legislador escoja para tal o cual sociedad y, 2) que no cualquier ataque es sancionado por el Derecho Penal, sino aquellos más intolerables (más reprochables).

La necesidad de pena se fundamenta en la línea de qué tipo de conductas son seleccionadas para ser reprimidas y si esas conductas son merecedoras de criminalizar por el hecho de haber afectado un bien jurídico. Hay que entender que el concepto de necesidad de pena, para decidir si una conducta se penaliza o no, estando expuesta a criterios de “razonabilidad, congruencia y lógico”, ello aleja al Derecho Penal de cualquier señalamiento de arbitrariedad o inseguridad.

Muy por el contrario, en la sociedad de hoy (sociedad de riesgos), como lo expone acertadamente **López Barja de Quiroga**, para poder dar alcance a la tan ansiada seguridad, la cual nos hablaba **Beccaria**. Dicho sea de paso, el concepto de “necesidad” también nos lleva despenalizar conductas que no tienen razón de ser por no causar daño y carecer de bien jurídico tutelado en sentido material, por más que políticamente sean convenientes o adecuadas; hablo de lo que se conoce como “*delitos sin víctima*”.

5.5.1. EL MODERNO DERECHO PENAL ENTRE MÁXIMOS Y MÍNIMOS

El Derecho Penal moderno fluctúa entre máximos y mínimos que deben ser ajustados de cara a los fines ansiados. Una de las críticas que se dirigen al Derecho Penal moderno es que, ante los nuevos retos de la sociedad y en observancia al fenómeno claramente expansivo por el cual atraviesa, se ha convertido en una herramienta de excesos como lo que ocurre con el llamado “Derecho Penal del enemigo” que, constituye más bien una las degeneraciones de esta modernidad.

Derecho Penal del enemigo, como lo entiende Zaffaroni, más que “una cuestión de ciencia penal nos remite a una cuestión de política que adopta determinado régimen en pro de la seguridad ciudadana que ciertamente mina los pilares del tan venido a menos Estado de Derecho” ([Zaffaroni, 2004](#)).

Este Derecho Penal del enemigo se caracteriza por la presencia de tipos de peligro abstracto y vulneración de derechos fundamentales, con claras miras de acabar con un enemigo invisible a quien se trata de sospechoso dando cuenta de un Derecho Penal preventivo. Este enemigo invisible que todos sabemos de quien se trata, pero nadie quiere decirlo (inmigrantes, por ejemplo), finalmente es un individuo con derechos y obligaciones que el Estado no puede soslayar mediante el uso de un Derecho Penal abusivo al cual dicho sea de paso degenera y termina por malograr.

En este Derecho Penal del enemigo, los tipos penales de peligro abstracto, la resucitación de la habitualidad o la reincidencia y, en suma, la vulneración de los derechos fundamentales que son producto de la imaginación de algunos paladines de la seguridad ciudadana, dejan de lado el equilibrio con la también importante seguridad jurídica y el Estado de Derecho, equivocando el derrotero de la modernización del Derecho Penal, por lo que convengo en sostener que se trata de degeneraciones o desviaciones.

Sobre el movimiento minimalista del Derecho Penal, Miguel Polaino, sostiene que, como parte del cuestionamiento de ese movimiento es que “el Derecho Penal al ser violencia no es el medio más adecuado para solucionar los conflictos sociales que representan fundamentalmente también violencia”, razón por la cual el Derecho Penal debe replegarse al punto de desaparecer, y sentencia el jurista español citando a Gustav Radbruch, no. ([Polaino, p. 214](#)). Aquí es donde cobran vigencia propuestas como las de Hassemer referente al llamado derecho de intervención, que, si bien no tiende a la eliminación del Derecho Penal, maneja el concepto de eslabón intermedio entre éste y el Derecho Administrativo, con el cual se tejen muchas confusiones cabe acotar.

5.5.2. ALGUNOS EJEMPLOS DE MODERNIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

En este espacio abordare algunas concepciones muy criticables, pero a la vez objeto de estudio y otras que son muchas dejare pasar por más importantes. Si el derecho penal trataría posiciones como las que a continuación abordare alguno de ellos tomado que Tampoco abordaré la eliminación de algunos delitos. Algunos ejemplos: Las exhibiciones y publicaciones obscenas (artículo 183).

El Derecho Penal y la Moral.

Claro está que el derecho penal debería estar alejado de la moral y sin ser ambicioso lo debería de estar de la política también, un derecho penal moderno no necesita de influencias a unas pasadas de moda como lo es la religión la moral la ética un sistema educado a la modernidad estará mejor visto si estuviera alejado de concepciones como las mencionadas. La tipificación contenida en el artículo 183, con claro contenido moralista en el que el Derecho Penal no debe intervenir y que más bien debe remitir a otras ramas como el Derecho Administrativo.

El tráfico ilícito de drogas. Los delitos sin víctimas.

Creer que la libertad también es cuestionada para ser tomada muy en cuenta para en base a ella poder determinar una conducta como la de tráfico ilícito de drogas, es muestra de un Estado muy paternalista en la intervención de libertades muy íntimas encontrando el sustento el derecho a la salud de cada individuo, decir que el bien jurídico protegido es la salud pública como lo hace el Código Penal peruano es una falacia, si el hombre es libre de su propio riesgo de su propia auto destrucción o prosperidad.

CAPÍTULO VI

DERECHO PENAL SIMBÓLICO

6.1. ORIGEN HISTORICO

En la década de los 80 se menciona por primera vez la función simbólica del derecho penal. Ahora “lo que se observa con desmayo es la facilidad con que los grupos progresistas recurren al derecho penal. Grupos de derechos humanos, de antirracistas, de ecologistas de trabajadores, reclamaban la introducción de nuevos delitos y mayores penas” ([Larrauri, 1991. p. 217](#)).

Ejemplo de lo anterior son los movimientos feministas, para quienes “el Estado debe legislar, para invertir la simbología ya existente en la sociedad respecto del poder omnipotente del marido sobre la mujer” ([Larrauri, 1991, p. 220](#)).

Estos grupos no están interesados directamente en el castigo sino en que se produzcan ciertos efectos simbólicos. Es decir, su interés no reside en lograr una modificación de la realidad directamente a través de la ley, sino que pretenden con la discusión y publicación del asunto, que la opinión pública perciba que existe un problema “Lo que se pretende es la declaración pública de que estos comportamientos son socialmente intolerables” ([Larrauri, 1991, p. 220](#)). El recurso al derecho penal simbólico parece ser la única alternativa de los débiles frente a los poderosos.

6.2. CONDICIONES QUE FAVORECEN SU EXISTENCIA

Sociológicamente, presupuesto del derecho penal simbólico son las demandas de criminalización. Este fenómeno no es un asunto reducible al ámbito jurídico, también es un fenómeno sociopolítico, una expresión jurídica de un momento sociopolítico. Es precisamente en este contexto en que se discute sobre la eficacia del sistema penal cuando se muestra sus carencias desde el punto de vista de su legitimidad.

De la configuración del Estado y de las garantías que este protege, es cuando al sistema se le imputa ineffectividad, por la ilegitimidad de los medios empleados. Pues se vulnerarían garantías por razones en las que no puede participar un Estado de derecho moderno. Lo anterior es aún más crítico en un contexto en que la opinión pública demanda resultados, sobre todo en momentos de campañas electorales por que las demandas tienden a no estar basadas en hechos empíricamente demostrables, o que en todo caso son susceptibles de ser manejados por los medios de comunicación.

Existe hoy una tendencia a atribuir al derecho penal una capacidad mágica para resolver problemas que en verdad no está capacitado para resolver. Sin embargo, los políticos tranquilizan a su electorado prometiendo dictar leyes penales cada vez más duras con el argumento de que “se está haciendo algo”, sabiendo que esta no es la forma apropiada de tratar la mayoría de los conflictos que se le encargan al derecho penal. Nos quedamos tranquilos con la pirotecnia que vemos durante el ciclo de elecciones generales y municipales que se llevan a cabo cada cinco años.

John Lea y Jock Young, reconocen que el derecho penal es una herramienta con la que los débiles pueden hacer algo, reconociendo que el delito refleja “el desmoronamiento de la solidaridad humana; representa la ruptura palpable del orden social, o el individualismo rampante de una guerra hobbesiana de todos contra todos. El delito constituye un poderoso símbolo del egoísmo antisocial que se filtra en la totalidad del comportamiento y de los valores del capitalismo” ([Lea, 2001., p. 89](#)).

El delito, es algo más que un problema individual “El delito es la punta del iceberg. Es un problema real en sí mismo, pero es también un símbolo de un problema mucho mayor; y son los débiles los que más sufren” ([Lea, 2001, p. 89](#)).

Se desplazan las posturas críticas que antes proponían una disminución del uso del derecho penal, y se van acercando a las tendencias conservadoras de “Law and Order” que siempre habían pretendido más derecho penal. Como lo señala Angela Davis: “Los verdaderos delincuentes en esta sociedad no son todas esas personas que pueblan las cárceles a lo largo y a lo ancho del Estado, sino todos aquellos que han robado a la sociedad la riqueza de este mundo” ([Lea, 2001, p. 97](#)).

El delito, por lo tanto, no causa en general un número tan elevado de muertes como el que producen los accidentes de tránsito o en el hogar, aunque al hacer comparaciones, debieran tenerse en cuenta la medida en que determinado fenómeno es esperable para las personas” ([Lea, 2001, p. 86](#))

Tamar Pitch sostiene que se ha descuidado lo “relacionado con las demandas de criminalización; las circunstancias y las modalidades en las que los problemas y conflictos sociales devienen identificados como materias dignas de una respuesta penal” ([Pitch, 2003, p. 125](#))

El profesor italiano afirma que existe una tendencia cada vez más intensa en utilizar el lenguaje y los elementos de la justicia penal para articular demandas sociales.

El proceso de criminalización no sólo implica que una conducta esté amenazada con pena “Demandar la criminalización de un acto implica...problematizarlo de un modo particular: si la solución a un problema es parte del problema, la respuesta criminalizante forma parte de la caracterización del problema a que es aplicada” ([Pitch, 2003, p. 130](#))

Para Pitch, tres objetivos se encuentran interconectados al usarse la herramienta penal: “1 a disminución de la extensión del problema 2 la asunción simbólica del problema como un mal universalmente reconocido 3el cambio de las actitudes y modelos culturales dominantes relacionados con el problema.” ([Pitch, 2003, p. 135](#)).

Quizás deberíamos reconocer que las modernas demandas que sobre la seguridad se plantean en el derecho penal del riesgo, no sea más que el reflejo de las modernas sociedades industriales que “generan riesgos que comprometen la continuidad de la propia sociedad.” ([Pitch, 2003, p. 135](#)).

El derecho pasa a ser una política de control de los límites del riesgo, es un derecho preventivo que trata de anticiparse a la producción de estos peligros “la seguridad se ha independizado como necesidad, hasta el punto de que incluso se habla de ella en la opinión pública. La seguridad se convierte en un concepto simbólico” ([Albrecht, 2000, p. 473](#)).

Considera Albrecht, que las demandas actuales de criminalización no sólo provienen de los sectores conservadores de la población “Las reformas de la criminalización son apreciadas en todos los campos políticos en tanto que medio de reafirmación simbólica de valores. También aquellos movimientos políticamente alternativos o anti-estatales que en sus inicios mostraban poca confianza en el estado y en la ley figuran hoy entre los propagandistas del derecho penal y entre los productores activos de leyes” ([Albrecht, 2000, p. 474](#)).

Para Hassemer el derecho penal de hoy está pasando “de la vinculación a los principios valorativos a una tecnología social, y paulatinamente se va convirtiendo en un instrumento político” ([Albrecht, 2000, p. 48](#)). Esto se refleja en los cambios que se están produciendo en el derecho penal material, en el cual se observa un creciente interés por “combatir con toda celeridad y urgencia los problemas más ampliamente difundidos por los medios de comunicación y que por eso, son sentidos por la opinión pública como más amenazantes: criminalidad económica y financiera, delito ecológico, delincuencia informática, terrorismo, drogas, pornografía, exportación de mercancías peligrosas” ([Hassemer, 1999, p. 9](#)).

Hassemer, afirma, que “el derecho penal cumple una función estabilizadora de las condiciones del contrato social, es el derecho que castiga y, por tanto, pretende evitar las lesiones de la libertad. Paradójicamente el moderno derecho penal rompe con esta tradición, en la medida que la consume. Las tendencias que caracterizaron el derecho penal clásico son las mismas que caracterizaron el derecho penal de hoy; pero, el desvincularse del contexto en que surgieron y trasladarse a otro diferente, han hecho que el moderno derecho penal de hoy apenas guarde relación con el viejo derecho penal clásico” ([Hassemer, 1999, p. 9](#)).

derecho penal va expandiéndose, asumiendo nuevas funciones que podrían caracterizarse más como funciones encubiertas que como declaradas. Sanz, dice “La insuficiencia del Código Penal para responder por sí mismo a los retos incluso de la propia Política Criminal, si es que alguna vez ha existido en España (quitando la época de Jiménez de Asúa) algo que merezca este nombre, contrasta con la cada vez más acentuada tendencia a hacer responsable al Derecho Penal de todo lo que sucede y de lo que deja de suceder. En cierto modo, hay un retorno social generalizado a la creencia en fórmulas mágicas para enfrentarse a la realidad, en ídolos reales o inventados en los que se confía para resolver los problemas. Pues bien, una de estas supersticiones, y de las más conspicuas, es la que hace referencia al Derecho Penal” ([Hassemer, 1999, pp. 18 y 19](#)).

6.3. CONCEPTOS EN LA DOCTRINA

Para Terradillos Basoco es opinión unánime en la doctrina que el derecho penal debe orientarse a la prevención. No obstante que las investigaciones en el plano empírico hayan demostrado su relativo fracaso, nos empuja ineludiblemente y respecto del sistema penal a la “reflexión sobre sus fines latentes u ocultos, a la reflexión sobre sus funciones materiales y no ideológicas, Debemos analizar, en consecuencia, en qué medida la criminalización responde a la finalidad de tutelares bienes jurídicos, como continuamente proclama el poder, o si, por el contrario, busca objetivos distintos” ([Sanz, 1995](#)).

Terradillos, considera que esta apariencia de efectividad está “destinada a acallar una demanda social, y exonera al estado, que recurrió a fáciles medidas de política criminal, de acometer programas más amplios de política social” ([Terradillos, 1995, p.9](#)).

Según García-Pablos el derecho penal simbólico consiste en “el efecto psicológico que la prohibición genera en la mente de los políticos, del legislador y de los electores (autocomplacencia y satisfacción, en los primeros; confianza, tranquilidad, en estos últimos), y nada tiene que ver con la pretendida defensa de los bienes jurídicos” ([Terradillo, 1995, p. 11](#)).

Se produce en la opinión pública la impresión de un legislador atento, aunque no exista en verdad un efecto preventivo demostrable. Para Baratta las leyes de carácter simbólico están unidas a una determinada teoría de la pena, la prevención general positiva, la que tiende a motivar a los ciudadanos a comportarse de una manera fiel al derecho.

Concluye que “La teoría de la prevención general positiva es entonces una teoría de la función simbólica del derecho penal, en el sentido de que las funciones indicadas tienen que ver directamente con la expresión de los valores asumidos por el ordenamiento y la confirmación de la validez de las normas, confirmación simbólica y no empírica, por ser Independiente de a cantidad de infracciones y de su reducción” ([García, 1996, p. 120](#)).

La protección de los bienes jurídicos no sería la finalidad primordial de las normas penales inspiradas bajo el prisma de la teoría de la prevención general positiva, el derecho penal consistiría entonces no tanto “un instrumento de imposición de la moral dominante, sino más bien un medio eficaz de representación (simbólica) de ésta” ([Baratta, 1995, p. 52](#)).

Según Melossi, el derecho penal realiza dos funciones sociales, una función instrumental, y una función simbólica. Por la primera entiende “el conjunto de fines manifiestos y por así decir tradicionales de la pena: la prevención especial y general de delitos futuros y la defensa de la sociedad mediante la incapacitación de los criminales más peligrosos” ([Melossi, 1995, p. 579](#)).

Por la segunda entiende “los mensajes simbólicos que lanzan mediante el instrumento penal, más o menos voluntariamente, quienes controlan las esferas altas del proceso de criminalización” ([Melossi, 1995, p. 57](#)). La función simbólica es claramente diferenciable de la función instrumental, respecto de la cual empíricamente se ha demostrado que existen grandes dudas acerca de su eficacia preventiva.

Para Bustos, la función simbólica tiene un efecto positivo y uno negativo. Lo simbólico consiste en “la reafirmación del estado en sus valores, esto es, la protección de bienes jurídicos” ([Bustos, 1995, p. 101](#)).

José Luís Díez Ripollés, considera que el denominador común “a todas las concepciones sobre lo que sea el derecho penal simbólico residiría en el predominio que se produce en éste de los efectos simbólicos sobre los efectos instrumentales. Pero más allá de esta coincidencia, es fácil apreciar dos enfoques distintos, que en ocasiones se entrecruzan, los cuales enfatizan aspectos distintos” ([José, 2005](#)).

Para unos lo relevante es “el mantenimiento de la intervención penal pese a que ya no son alcanzables los efectos instrumentales, pero se simula o se parte de la ilusión de que, si lo son, para así persistir en la consecución de los efectos simbólicos.”, pasa de esta manera a primer plano el elemento de engaño consistente en que se aparenta perseguir unos fines determinados, pero cuando en verdad los fines efectivamente perseguidos son otros.

Para otros lo relevante es “la desnaturalización de la intervención penal que conlleva, dada la falta de legitimación de todos o la mayor parte de los efectos simbólicos. De ahí que centre la atención el protagonismo de tales efectos simbólicos en la correspondiente intervención penal.”

Salazar, Pablo, citando a Zaffaroni explica que “no se puede pasar por alto lo que dice ZAFFARONI en su último tratado: todas las normas penales tienen una cierta dosis de derecho penal simbólico, pero en algunos casos extremos, la finalidad perseguida por la norma penal es incluso reconocida como inalcanzable. “A través de la simbolización del derecho penal, los bienes jurídicos colectivos son explotados no para neutralizar los riesgos, sino para hacer creer a la gente que dichos riesgos ya no existen”. Éste no resulta un escollo fácil de superar para quienes aprueban la protección de bienes jurídicos colectivos, aun cuando de antemano ya se vislumbre la importancia de tutelar o intentarlo, al menos- estos entes colectivos. Es irracional llenar los boletines oficiales con amenazas de sanciones penales para disfrutar de tranquilidad, pensando que ya con eso es suficiente, y hemos logrado el objetivo que nos proponíamos con la prohibición” ([Salazar, 2005](#)).

6.4. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL

La pregunta es acerca de cuáles son las principales funciones del sistema represivo derecho penal, ellas las deslizaremos en algún los puntos siguientes.

6.4.1. FUNCION ETICO-SOCIAL Y PROMOCIONAL DEL DERECHO PENAL

Las normas penales por el sólo hecho de su publicación realizan una labor informativa, pues dan cuenta a la sociedad de los bienes que se consideran fundamentales y por ello necesitados de protección. Paralelamente a esta labor informativa se encuentra una formativa “Si hay algo que no parece posible negar, esto es que, en el plano de la realidad (fáctico), ejerce sobre la sociedad una función ético-social, que también se ha dado en llamar” ([Sánchez, 1996, p. 112](#)).

Tenido en cuenta a lo que sostuvo Welzel, la misión del derecho penal consiste en la tutela de los valores fundamentales de la sociedad “Welzel fundamenta su tesis, ontológicamente, en la conexión del derecho penal con los valores elementales y básicos de la ética-social; sistemáticamente, en la distinción entre desvalor de la acción y desvalor del resultado, con clara primacía del primero.

García-Pablos de Molina, sostiene que: “Al derecho penal incumbe exclusivamente la protección de bienes jurídicos, no la moralización de sus ciudadanos ni la mejora ética de la sociedad, que interesa a otras instancias” ([García, 2000, p. 125](#)).

En una Estado social y democrática de Derecho la finalidad legítima del Estado es alejar el derecho de la moral. A propósito de lo anterior García-Pablos advierte “¡Nada más peligroso, por otra parte, que confundir las fronteras del derecho y la moral, pretendiendo que el primero se convierta en reclamo de actitudes de adhesión y fidelidad!”, ([García, 2000, p. 125](#)).

6.4.2. FUNCION IDEOLOGICA DEL DERECHO PENAL

El Derecho penal es construido a partir de momentos asociados a pensamientos ideologizados ello fue de alguna medida determinantes para formar un carácter histórico e ideológico.

Los factores que influyen en una decisión política criminal acerca de que es lo que debe ser protegido por el legislador, detectándose “La presencia de una carga ideológica-política ha estado presente desde siempre en los sistemas penales de los países capitalistas, donde criterios políticos privilegiaron la propiedad sobre bienes que deberían ser considerados de mayor rango, como la libertad. El discurso político fomenta la “dificultad de criminalizar policial, fiscal y judicialmente ciertos hechos delictivos funcionales para el sistema de producción y distribución de riquezas y poder, por contraste con la fácil criminalización, en esos mismos ámbitos, de los hechos disfuncionales para el propio sistema” ([Salazar, 2005](#)). Considero que la función simbólica es deslindable de la función ideológica, ambas funciones son susceptibles de ser separadas.

6.4.3. FUNCION SIMBOLICA DEL DERECHO PENAL

Para Baratta la función simbólica está unida a una determinada concepción de la pena, la prevención general positiva. El otro hecho a tenerse en cuenta, es aquel “por el cual tales tipos penales nuevos se parecen cada vez más en su forma, a las normas de intervención de la administración pública, alejándose de los requisitos clásicos de la ley (abstracción y generalidad). Las normas penales se transforman de esta manera en un instrumento de administración de situaciones particulares, de riesgos excepcionales; en otras palabras, en un instrumento de respuesta contingente y puntual a emergencias concretas. Al mismo tiempo se expande la esfera de competencia decisional y discrecional de la magistratura; las decisiones judiciales tienden a asumir un carácter pragmático y político similar al de las leyes” ([Baratta, p. 44](#)).

El derecho penal funciona de manera cada vez más autónoma al tratar de responder a problemas sociales que no puede solucionar, el problema se enmascara con ese místico halo de que “todo lo puede”.

Para José Luís Díez Ripollés la potenciación del derecho penal simbólico como herramienta político criminal está en relación con los cambios sociales a los cuales no se puede cerrar los ojos “Entre ellas cabe citar el creciente protagonismo de los medios de comunicación social en un doble sentido: en primer lugar, en cuanto foro en el que desde un principio se desenvuelve la discusión pública sobre los problemas sociales más relevantes, sin que tal discusión llegue mediada por un previo debate entre los especialistas, que por lo general se produce de modo simultáneo. En segundo lugar, por la progresiva conformación de los medios como uno de los más significativos agentes del control social en las sociedades modernas, al haber demostrado sobradamente su capacidad para generalizar la asunción de puntos de vista y de actitudes” ([Díez, 2005](#)).

Para Luzón Peña “debe rechazarse en efecto la utilización simbólica de las normas penales con finalidad exclusivamente simbólica por las mismas razones acabadas de apuntar: porque a la larga será ineficaz, incluso contraproducente, para la función protectora de bienes jurídicos a través de la prevención general de delitos (en su faceta de intimidación general, pero también en la de reafirmación del Derecho y confianza de los ciudadanos en el mismo, que presupone la efectiva aplicación de éste); e igualmente será ineficaz y contraproducente desde la perspectiva de la retribución -para las concepciones que la aceptan junto con la prevención- a efectos de dar al delito una respuesta justa y de restablecimiento del Derecho si en definitiva tales normas no se aplican o sólo lo hacen de un modo totalmente insuficiente” ([Luzón, p. 134](#)).

pues en estos casos no se van a cumplir las funciones que legitiman el recurso al derecho penal. En los casos que se crea fundadamente que la ley tendrá una aplicación simbólica quizás sería mejor hacer uso de medios extrapenales para intentar resolver los conflictos.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - El ius puniendi es el Derecho punitivo del Estado, es decir la facultad de castigar a los ciudadanos con la finalidad de conseguir seguridad y certeza. La protección de bienes jurídicos, precisamente porque el Derecho Penal por su naturaleza es represivo, y sanciona hechos pasados que efectivamente lesionaron un bien jurídico protegido.

SEGUNDA. – Para algo servirá algo que cuesta mucho, el solo hecho de crear normas de carácter penal no cuesta nada cero costos económicos, cuyo efecto es solo complacer y mediatizar un éxito popular solo es una creación de un derecho penal simbólico, quebrantando principios básicos como la mínima intervención y ultima ratio del derecho penal clásico.

TERCERA. – En una sociedad moderna como algunos los denominan una sociedad de riesgo el Derecho Penal moderno se ha visto como una alternativa de solución al conflicto social interno, por otro lado, no podemos de dejar de mencionar que el Estado se ha visto alejado de causas que criminológicamente son causas de evitar este mal endémico, como lo es la familia, educación, empleo, pobreza, etc. El derecho penal moderno, etc. no son, si no más que denominaciones simbólicas sin ningún efecto preventivo o disuasorio del delito.

CUARTA. – Seguridad y prevención mediante el derecho penal, el derecho a la seguridad debería ser como el derecho a la vida y el Estado no lo garantiza, en la política criminal que se viene adoptando para lograr fines preventivos de la seguridad ciudadana, no son otra cosa que una política de endurecimiento atreves de la creación de nuevas figuras delictivas y incremento de las penas dique como efecto disuasorio.

RECOMENDACIONES

PRIMERA. - La prevención cuesta la verdadera se entiende y es entendería cuando el Estado hace uso de políticas de prevención previo análisis, echando mano a la criminología y ramas auxiliares para ser utilizadas por el Estado, porque finalmente el puente “política criminal” esta muy alegada de la criminología que no es utilizado estas recomendaciones y materializarlas en el derecho penal.

SEGUNDO. - la politización de la ley penal como un pecado capital que en los tiempos de ahora rompe las garantías constitucionales, el uso irracional del derecho penal, hasta donde pretendo es en materia penal las disipaciones legales deberían ser revisada por una comisión de entendidos en la materia, una comisión creada por el parlamento congresal y así ser un filtro para garantizar el atropello o el uso y desuso del derecho penal clásico.

TERCERO. - Procurar reducir los delitos, bajar el nivel de punibilidad, reducir penas desproporcionadas con la afectación del bien jurídico y promover medidas alternativas de solución mas efectiva como los principios de oportunidad, terminación anticipada, etc. Para ser efectivas estas mediadas en necesario la intervención activa del Estado incentivando la educación, trabajo, familia, es decir fortalecer las instituciones no formales de una sociedad desigual.

BIBLIOGRAFIA

1. Albrec ht, Peter, Alexis. (2000). El derecho penal en la intervención de la política populista, en “La insostenible situación del derecho penal”, Editorial Comares.
2. MAQUEDA ABREU, citada por FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, p. 315.
3. ROXIN, Claus. La evolución de la Política criminal, el derecho penal y procesal penal. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000, p, 58.
4. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal, en Estudios de Derecho Penal, Lima, 2000, pp. 189-190.
5. Alcacer Guirao. Rafael. (2003). Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?
6. Acale Sanchez, María. (2000). El tipo de injusto en los delitos de mera actividad.
Granada. Editorial Comares.
7. Bacigalupo, Enrique. (1990). Principios de derecho penal, parte general, (2º Ed).
8. Baratta, Alessandro. (1995). Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica, en “Pena y Estado”. Editorial Jurídica Cono Sur.
9. Barata, Alessandro. (2004). Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal.
10. Beck, Ulrich. (1998). La sociedad del riesgo. Editorial Paidos.
11. Berdugo Gomez De La Torre, Ignacio. (1995). Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española, en “Pena y Estado”. España. Editorial Jurídica Cono Sur.
12. Bergalli, Roberto. (2003). Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio jurídicas, en

- “Sistema penal y problemas sociales”. Editorial Tirant Lo Blanch.
- 13.- Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. (1986). en “Doctrina Penal”.
- España. Editorial Depalma.
14. Borja Jimenez, Emiliano. (1998). “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del derecho penal, en Tomo LI, MCMXCVIII, enero/diciembre.
15. Bonetto, Luis. (2002). Derecho penal y Constitución, en Derecho penal. Parte general, Libro de estudio, (coord. Carlos LASCANO), Córdoba.
16. Bottke, Wilfried. (1997). La actual discusión sobre la finalidad de la pena, en
- “Política criminal y nuevo derecho penal” (Libro homenaje a Klaus Roxin), Editorial Bosch.
17. Bustos Ramírez, Juan. (2004). Obras completas, Tomo I, Derecho Penal Parte General. Editorial Ara.
18. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente, en “Pena y Estado”. (1995). Editorial Jurídica. Cono Sur.
19. Bustos Ramírez, Juan. (1997). Lecciones de Derecho Penal. Madrid. Volumen I. Trotta.
20. Bustos Ramírez, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE. Hernán. (2004). Nuevo sistema de Derecho Penal. Madrid: Trotta.
21. Córdoba Roda, Juan. (1996). Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima. (La Ley, n. 3.)
22. Christle, Nils. (1988) Los límites del dolor, Editorial Fondo de Cultura Económica.
23. Curí Urzúa, Enrique. (2005). Derecho Penal Parte General, Editorial Universidad Católica de Chile.
24. Edwards, Susan. (1995). Función simbólica del derecho penal: violencia doméstica, en “Pena y Estado”. Editorial Jurídica Cono Sur.
25. Ferrajoli, Luigi. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta.
26. El derecho penal mínimo. (1995). “Prevención y Garantías”, Editorial Jurídica.
27. Foucault, Michael. (2002). Vigilar y castigar. Editorial Siglo veintiuno.

28. Freundt, Georg. (2004). Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal. En: WOLTER, Jürgen, y FREUNDT, Georg (eds). El sistema integral del Derecho penal, Delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid/Barcelona.
29. Garcia-Pablo De Molina, Antonio: (1988) Manual de Criminología, Editorial. Espasa Calpe.
30. Gunther, Klaus. (2000) De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho penal?, en “La insostenible situación del derecho penal”. Editorial. Comares.
31. Hassmer, Winfried. (1984). Fundamentos del derecho penal. Editorial. Bosch.
32. Lineamientos de una teoría personal del Bien jurídico. (1989) “Doctrina Penal” año
12. Editorial. Depalma.
33. Persona, mundo y responsabilidad. (1999). (Bases para una teoría de la imputación en derecho penal). Editorial Temis.
34. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. (1995) “Pena y Estado”, Editorial Jurídica Cono Sur.
35. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz, en “Crítica al derecho penal de hoy”, Editorial Ad-Hoc, año 2003
36. HIRSCH, Hans Joachim: Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico, en “Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología”, Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia, año 2000.
37. Taylor, P. Walton y J.Young: (1990). La nueva criminología, Editorial. Amorrortu.
38. Jakobs, Gunther: (2000). Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, Editorial Civitas.
39. Sobre la génesis de la obligación jurídica. (2000). Seminario de derecho penal, Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral)
40. Sobre la teoría de la pena. (1998). “Cuadernos de conferencias y artículos N.º 16”.

Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia.

41. Derecho Penal del enemigo. (2003). Editorial Civitas.
42. Jakobs, Günther. Derecho penal. Parte general (trad. CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), (2ª Ed). Madrid.
43. Jeschk, Hans Heinrich. (1981). Tratado de derecho penal, Parte General, (Volumen 1), Editorial Bosch.
44. Larrauri, Elena: (1991). La herencia de la criminología crítica, Editorial Siglo Veintiuno.
45. Lea, John y Young, Jock: (2001). ¿Qué hacer con la ley y el orden?, Editorial Del Puerto.
46. López Borja de Quiroga, Jacobo: El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos, en “Revista del poder judicial” (España), Nº 48, tercera época, Editorial Consejo General del Poder Judicial, año 1997.
47. Luzón Peña, Diego-Manuel. (2000). En Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética, en “Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología” (Congreso internacional de la facultad de la U.N.E.D.), Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.
48. Maraczipf.(1994). Derecho penal. Parte general, t. I, Astrea, Bs.As.
49. Melossi, Darío. (1995). “Ideología y Derecho Penal: ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica o nuevas ideologías subalternas?”, en “Pena y Estado”, Editorial Jurídica Cono Sur.
50. Mir Puig, Santiago. (2003). Introducción a las bases del derecho penal. Editorial B de F.
51. Mir Puig. Santiago. (2000). Introducción a las bases del derecho penal, Bosch, Barcelona.
52. Muller-Tuckfeld, Jens Christian. Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente, en “La insostenible situación del derecho penal”. Editorial Comares.
53. Muños, Jesús Antonio. (1995) Derecho e impunidad, en “Pena y Estado”. Editorial Jurídica Cono Sur.

54. Muños Conde/García Aran. (2002). Derecho penal, parte general. (5° Ed). Tirant lo Blanch, Valencia.
55. Muños conde, Francisco. (2004). La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. (3ª edición). Valencia.
56. Muños Conde, Francisco y Hassemer, Winfried. (1989). Introducción a la criminología y al derecho penal.
57. Pitch, Tamar. (2003) Responsabilidades limitadas. Editorial Ad-Hoc.
58. Roxin, Klaus. (1997). Derecho Penal, Parte General, tomo 1, "Fundamentos. La estructura de la teoría del delito". Editorial Civitas.
59. Transformación de la teoría de los fines de la pena. (2001). "Nuevas formulaciones a las ciencias penales", Editorial. Marcos Lerner Editora Córdoba.
60. Silva Sánchez, Jesús María. (2001). La expansión del derecho penal. Editorial. Civitas.
61. Diego, Portales. (2000). Política Criminal y Persona. Aproximación al derecho penal contemporáneo, en "Introducción al sistema. Editorial Ad-Hoc.
62. Torradillo Basoco, Juan. (1995). Función simbólica y objeto de protección del derecho penal, en "Pena y Estado". Editorial Jurídica Cono Sur.
63. Zaffaroni, Eugenio Raúl: (1998). La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, en "Teoría actuales en el derecho penal", Congreso internacional de derecho penal argentino, Editorial Ad-Hoc.
64. Bergalli, Roberto: (2005) "¿De cuál derecho y de qué control social se habla?"
[Http://www.ub.es/penal/control.htm](http://www.ub.es/penal/control.htm) visto con fecha martes 12/abril/2005.
65. Bergalli, Roberto: (2005). "La eficiencia del sistema penal. Identificación ideológica e Instrumentalización política"
66. Cancio Meliá, Manuel: (2005). "¿Derecho penal del enemigo?"
67. Donna, Edgardo Alberto: (2005). "¿Es posible el derecho penal liberal?"
68. Ferrajoli, Luigi. (2005). "Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales"
69. Hefendhel, Roland: (2005). "Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?"

70. Lara Chagoyán, Roberto:(2005). “sobre la función promocional del derecho”
71. Larrauri, Elena. (2005). “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”
72. Liszt, Franz Von: (2005). “La idea de fin en el derecho penal”
73. Morrillas Cueva, Lorenzo: (2005). “Reflexiones sobre el derecho penal del futuro”
74. Larrauri, Elena: “La herencia de la criminología crítica”, Editorial Siglo Veintiuno, año 1991. p. 217.
75. Larrauri, Elena, “La herencia de la criminología crítica” ob. cit., p. 220.
76. Larrauri, Elena, “La herencia de la criminología crítica” ob. cit., p. 220.
77. Lea, John y Young, Jock: “¿Qué hacer con la ley y el orden?”, Editorial Del Puerto, año 2001., p. 89.
78. Lea, John y Young, Jock, “¿Qué hacer con la ley y el orden?”, ob. cit., p. 89.
79. Lea, John y Young, Jock, “¿Qué hacer con la ley y el orden?”, ob. cit., p. 97.
80. Lea, John y Young, Jock en “¿Qué hacer con la ley y el orden?”, p. 86.
81. Pitch, Tamar: “Responsabilidades limitadas”, Editorial Ad-Hoc, año 2003, p. 125.
82. Pitch, Tamar, “Responsabilidades limitadas”, ob. cit., p. 130.
83. Pitch, Tamar, “Responsabilidades limitadas”, ob. cit., p. 135.
84. Albrecht, Peter-Alexis, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, ob. cit., p. 473.
85. Albrecht, Peter-Alexis, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, ob. cit., p. 474.
86. Albrecht, Peter-Alexis, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, ob. cit., p. 479.
87. Albrecht, Peter-Alexis, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, ob. cit., p. 480.
88. Hassemer, Winfried: “Persona, mundo y responsabilidad (Bases para una teoría de la imputación en derecho penal)”, Editorial Temis, año 1999. p. 9.

89. Hassemer, Winfried, "Persona, mundo y responsabilidad, ob. cit., p. 9.
90. Hassemer, Winfried, "Persona, mundo y responsabilidad, ob. cit., pp. 18 y 19.
91. Sanz Barquín, Jesús: "El Código Penal de 1995, cinco años después"
92. Terradillos Basoco, Juan: "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", en "Pena y Estado", Editorial Jurídica Cono Sur, año 1995, p.9.
93. Terradillos Basoco, Juan, "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", ob. cit., p. 11.
94. García-Pablos de Molina, Antonio, "Introducción al derecho penal", en "Introducción al sistema penal", Editorial Universidad Diego Portales, año 1996, p. 120.
95. Baratta, Alessandro: "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en "Pena y Estado", Editorial Jurídica Cono Sur, año 1995, p. 52.
96. Baratta, Alessandro, Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal:

una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", ob. cit., p. 52.
97. Melossi, Dario: "Ideología y Derecho Penal: ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica o nuevas ideologías subalternas?", en "Pena y Estado", Editorial Jurídica Cono Sur, año 1995, p. 57.
98. Melossi, Dario, "Ideología y Derecho Penal, ob. cit., p. 57.
99. Bustos Ramírez, Juan, "Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente", en "Pena y Estado", Editorial Jurídica Cono Sur, año 1995.
100. José Luís Diez Ripollez, "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena"
101. Salazar, Pablo: - "El problema del bien jurídico es el problema de los fines del derecho penal"
102. Sánchez Silva, Jesús María, en "Aproximación al derecho penal contemporáneo", en "Introducción al sistema penal"

103. García-Pablos de Molina, Antonio, "Introducción al derecho penal", ob. cit., p. 125.
104. García-Pablos de Molina, Antonio, "Introducción al derecho penal", ob. cit., p. 125.
105. Salazar, Pablo: "El problema del bien jurídico es el problema de los fines del derecho penal" ,20 05.
106. Baratta, Alessandro, en "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", ob. cit., p. 44.
107. Díez Ripollez, José Luís, ob. cit.
108. Luzón Peña, Diego-Manuel, "Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética", ob. cit., p. 134.