

## **Prof. Dr. Sergio Moccia**

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Nápoles Federico II, Italia. Socio de la FICP.

### **~El rol de la dogmática penal ante la transformación de la política criminal y del Derecho penal~**

1. El clima cultural posmoderno se caracteriza por el abandono de los grandes proyectos para el hombre, elaborados a partir de la época de la iluminación. Sin embargo, si el proyecto de protección de los derechos humanos se impuso como proceso histórico, los límites a estos en un Estado de Derecho deben todavía describirse con extremo rigor. Esto implica la pretensión de un sistema de justicia criminal que, en relación con la definición de las condiciones para su aplicación, deberá dedicar especial atención al respeto de los principios fundamentales basados normativamente: cualquier desviación de estos es, en términos políticos, un retroceso de la democracia misma, independientemente de la presencia de emergencias reales o presuntas.

El Estado democrático debe limitarse a garantizar las condiciones óptimas para el desarrollo de la personalidad de los individuos y para la convivencia en libertad; de la misma forma, el propósito del Derecho penal es asegurar la vida individual y social, pero no tomar cualquier de los medios considerados adecuados a esta finalidad. Ahora, en cambio, estamos siendo testigos de una remezcla perturbadora de ideas y valores rectores, con un rápido crecimiento de fundamentalismos superficiales, que no llevan lejos.

Si, de hecho, una orientación 'posmoderna' pide controles penales más 'flexibles', más 'dinámicos', también con el propósito de una 'simplificación' procesal, los principios penales del Estado de Derecho acaban por ser sacrificados. En esencia, las necesidades de la posmodernidad, con el fin del historicismo, dieron como resultado la pérdida de la idea de la fundación, que ha llevado a la adopción, para la comprensión e interpretación de la realidad, de 'cánones débiles', con la apelación, en la experiencia giuspenalistica, a la lógica, miope, de inmediatez. Pero esta no se adapta a la "fuerza", a la sustancia de los

derechos fundamentales, que normalmente se discuten cuando se trata del control penal.

En este asunto, por lo tanto, se necesitan reglas "fuertes", fundamentos, sistemas, principios y, por lo tanto, dogmática.

2. Parece necesario retomar y desarrollar las implicaciones de una concepción del sistema penal orientada a la defensa de los derechos fundamentales, y esto se realiza a través de una reflexión sobre la relación entre el Derecho y la política.

Pero, comencemos desde lejos, con un tipo de investigación "moderna" que analiza los fundamentos, los principios, la historia, el sistema, la "complejidad" de las cosas, que sin duda cabe "reducir", pero no esconder, de lo contrario no vamos muy lejos.

El Derecho es política: en el ordenamiento jurídico se formalizan opciones políticas. Otra cosa es el uso político del Derecho.

La influencia de la política y/o su reconocimiento dentro de sectores individuales parece ser muy diversificada. Como es bien sabido, es muy fuerte en el campo del Derecho penal. De hecho, las opciones fundamentales de la política criminal están inmediatamente influenciadas por el enfoque sociopolítico en general.

En cuanto a la selección de los tipos de delito, se debe destacar que estos se ubican, básicamente, para proteger aquellos valores básicos que, a través de la acción de integración del sistema de evaluación del Derecho, se han convertido en bienes jurídicos y pueden, por lo tanto, ser defendidos a través de la predisposición de tipos penales. Estos deben ser caracterizados, desde el punto de vista formal, por claridad, reconocibilidad, "rareza", así como por predeterminación con respecto al hecho.

Desde otro punto de vista, con respecto al significado o el propósito de las sanciones penales, el vínculo con la opción de política básica es igualmente inmediato. De hecho, en las relaciones de Derecho penal el sujeto se involucra,

normalmente, en los aspectos fundamentales de su ser: la libertad y, por lo tanto, la personalidad. Obviamente, se trata de intervenciones en el ámbito de los derechos fundamentales del individuo que son bastante diferentes entre sí, como lo demuestra la amplia gama de teorías penales elaboradas en el curso de la historia, así como las configuraciones concretas de ejecución llevadas a cabo.

Un argumento similar se aplica a las formas de prueba del crimen: la estructura y la función del juicio penal reflejan con absoluta fidelidad la calidad política de la relación entre el individuo y la autoridad en un contexto sociopolítico determinado.

Y, de manera más general, es posible afirmar que en las relaciones de Derecho penal, se mide con precisión milimétrica el nivel cualitativo de la protección de la libertad individual y la personalidad en una determinada estructura de estado, en un momento histórico particular.

Y, de hecho, como se impone la protección de los derechos del individuo, los límites a estos identificables deben ser delineados con extremo rigor. En efecto, la búsqueda de un conjunto de reglas confiable, comprensible y complejo y el privilegio de las perspectivas subjetivas en la definición de los títulos de responsabilidad, en una palabra, el sistema de garantía que marca, o debería, el sistema penal, es una consecuencia directa del hecho de que aquél sistema, en principio, está orientado para afectar, incluso en un grado considerable, los derechos de la libertad y la personalidad individual que, por definición, se colocan a la máxima altura de los valores que sustentan el pacto social en una democracia.

Y por eso en una democracia se exige un sistema de justicia criminal que, en relación con la definición de las condiciones para su implementación, tanto en la fase general y abstracta - las normas legislativas - tanto en el paso individual y específica - el juicio y, posiblemente, la ejecución de la sanción - dedique especial atención al respeto de los principios fundamentales.

Por otra parte, a resultados no satisfactorios conduce un método técnico-jurídico exasperado, que termina para dar cabida, más o menos conscientemente,

à opciones no liberales, en la medida en que no implica la posibilidad para el intérprete de investigar para elaborar argumentos de tipo axiológico, que miren a cuestionar la validez y / o legitimidad de los aspectos individuales del sistema.

Esto ha permitido la consolidación de aquèl carácter casi esotérico que ha marcado, hasta no hace muchos años, una parte no insignificante de la doctrina penal; que, de hecho, totalmente indiferente al significado y propósito de los principios fundamentales y sin ninguna consideración de las relaciones existenciales reales, concibió su tarea sólo en el dominio de tipo tecnicista y en la redacción conceptualista de la materia del Derecho.

Otra cuestión es la relativa a una elaboración dogmática que mira a elaborar reglas generales y abstractas, a 'organizar' el material legislativo, teniendo también en cuenta los parámetros 'metatecnicistas', como razonabilidad, conformidad a los fines y otros; siempre que, por supuesto, las reglas estén redactadas, desde un punto de vista estructural y de contenido, de modo tal que permitan el mismo procedimiento de generalización y abstracción confiables. Y en este sentido, es posible afirmar que la dogmática sirve para llevar a cabo, desde el punto de vista del Derecho penal, el principio de igualdad sub especies proporción: de hecho, las distinciones sutiles, que, por ejemplo, se llevan a cabo entre los actos preparatorios, tentativa, desistimiento, retiro activo, arrepentimiento posterior al delito se utilizan para excluir o activar la intervención penal y, dentro de una opción de activación de intervención, para graduar la sanción.

En cualquier caso, desde cuando el reconocimiento de la fuerte interacción entre la política criminal y la dogmática ha llevado a la superación de una sistemática meramente lógica y formal para llegar a una de corte teleológico, orientada a principios normativamente deducidos de política criminal, el objeto de la ciencia del Derecho penal se ha expandido mucho más allá de la habitual dimensión dogmática-metódica-sistemática, hasta el punto de comprender legítimamente la política criminal y la legislación, en el sentido de la ciencia y la técnica legislativa.

Entonces, al término dogmática se han conferido a veces significados diferentes, que no aparecen correctamente atribuidos: la dogmática debería ser vista como la disciplina que se ocupa del Derecho positivo y considera las reglas como dogmas, como un objeto privilegiado y un dato irrenunciable de la elaboración conceptual. La dogmática cumple una instancia esencial de síntesis y inteligibilidad: se ubica en una etapa de abstracción intermedia entre la norma y el caso concreto, con el fin del reconocimiento de las características más relevantes de cada elemento, y, al delimitar el alcance de las posibles alternativas, ofrece un modelo confiable de toma de decisiones, que respete la necesidad de uniformidad y, por lo tanto, de igualdad y razonabilidad. De esta forma, ella impide creaciones interpretativas libres, lo que también contribuye a conferir racionalidad en la imposición de sanciones.

Por lo tanto, queda claro que a las decisiones de política criminal que derivan de las opciones normativas fundamentales - a veces consagradas en las Constituciones - se debe dar un papel central en la construcción del sistema y la interpretación de la norma; si, de hecho, la protección de los derechos humanos se impone como un proceso histórico irreversible, los límites que puede soportar en un Estado social de Derecho deben ser delineados con extremo rigor y claridad.

Una puerta de resultados insatisfactorios, en cambio, es un dogmatismo de tipo tecnocrático, que termina por dar cabida a opciones más o menos conscientemente no liberales, en el momento en el que proporciona una justificación teórica para la expulsión de la teoría de los sistemas de justicia criminal de cuestiones de política criminal, cuya caracterización fuerte en el sentido axiológico-material, no es muy armonizable con la pureza abstracta de las categorías exquisitamente dogmáticas-técnicas.

El sistema de Derecho penal, orientado axiológicamente a los principios fundamentales de garantía, tiende, por lo tanto, a llegar a una arquitectura normativa cercana a la realidad, caracterizada por un orden y claridad conceptual. Una estrecha vinculación entre las normas jurídicas y la realidad social es, de

hecho, la premisa para la construcción de un sistema que aspira a expresar una lógica que pueda ser agarrada por los destinatarios y, consecuentemente, búsque perspectivas de practicidad.

De todo esto se desprende que la comprensión tanto del sistema en su conjunto, como de las instituciones individuales, pasa, en primer lugar, a través de la cuidadosa consideración de los principios subyacentes. Esto significa, en otras palabras, que a objetivos de coherencia sistemática - que a su vez no es otra cosa que el espía de la legitimidad y funcionalidad del sistema - la corrección o eliminación de soluciones aporéticas pasa necesariamente a través de operaciones rigurosas de verificación o falsificación de las mismas en relación con las opciones fundamentales involucradas. A partir de la posible incompatibilidad, con respecto a las opciones fundamentales, de las opciones individuales del legislador, será la tarea del intérprete - doctrina y jurisprudencia - informar del error y, por lo tanto, la falta de coherencia en el plano teleológico interno y / o falta de compleción de una solución: nunca, por supuesto, buscar perspectivas antitéticas à los principios subyacentes.

De esta premisa se deduce que en la formulación de conceptos y en la práctica hermenéutica se tendrá que mirar a la unidad del ordenamiento, teniendo cuidado no sólo de dominar la materia desde una visión puramente tecnicista y / o interna a una sola norma, sino de captar las relaciones normativas intrasistemáticas de valor y la viabilidad de las interacciones con otros sistemas de control social. En particular, debe tratarse de opciones que sean una expresión de los principios del Estado de social de Derecho; y esto, en pocas palabras, significa, en concreto, el empeño a hacer efectivas las garantías sustanciales y formales, en combinación entre ellas.

3. Los principios fundamentales a los que nos referimos, que surgen de la tradición del Estado de Derecho y el Estado de bienestar, se establecen para proteger tanto los derechos fundamentales de la persona, que el interés público en la defensa social. Su conformación axiológica y funcional, en la actualidad, no siempre parece caracterizar la actividad normativa y la práctica jurisprudencial; y

también en el plano doctrinal la posición ampliamente unificada en la defensa de las garantías fundamentales comenzó a desmoronarse bajo el impacto de la doctrina aberrante del Derecho penal del enemigo y sus variantes, más o menos, indignas de un ordenamiento jurídico civilizado.

En un Estado social de Derecho, o mejor, en democracia estamos obligados a enfrentar formas serias de delincuencia en el respeto de los principios de legalidad, precisión, personalidad de la responsabilidad criminal; proporción y razonabilidad; subsidiariedad; ofensividad y materialidad; protección de la dignidad humana; así como de los principios de 'naturalidad' del juez; presunción de inocencia; inviolabilidad de los derechos de defensa; sujeción a la ley; obligación de expresar los motivos; legalidad de la acción penal; formación de la prueba en contradictorio.

En cuanto a los fines de la pena, la legislación y la práctica judicial debe estar orientada a la función de integración social, incluyendo los aspectos positivos de la prevención especial y general en conjunción con los principios de la proporción y la razonabilidad, la subsidiariedad y la protección de la dignidad.

En referencia a la esencial función preventiva de la herramienta penal, se imponen, con respecto a las técnicas de legislación, soluciones caracterizadas por la claridad, la sencillez, la coordinación funcional de los textos que, por otro lado, también son relevantes en relación con la protección de la libertad individual y de la eficiencia del control.

Bajo el perfil axiológico sustancial, hay que considerar, por último, también la coherencia del sistema: esta, más allá de las perspectivas significativas de orden epistemológico formal, expresa, como ya se ha mencionado, un aspecto considerable para garantizar y agregar consentimientos.

Los principios y reglas que se muestran esquemáticamente ofrecen los criterios para definir los límites naturales de los derechos fundamentales en lo que respecta a la necesidad de controlar los hechos socialmente perjudiciales. Es en relación con ellos que deben evaluarse los rasgos de la involución que implicaron la legislación y la práctica.

La plena conciencia de la dimensión funcional que debe reconocerse a los principios que se mostraron brevemente, no sólo en la investigación y reconstrucción doctrinal, sino también y sobre todo en la legislación y en la aplicación por parte de la jurisprudencia, hace claro el papel instrumental del Derecho penal; este instrumento muy delicado de poder revela claramente su dimensión política, persiguiendo objetivos que reflejan inmediatamente los objetivos reales que el Estado logra o tiene la intención de lograr.

En esta perspectiva, la intervención penal se justifica en la medida en que es capaz de armonizar su necesidad para el bien de la sociedad con el Derecho, también para asegurar, del individuo al respeto de su autonomía y dignidad: él, por lo tanto, nunca se podrá considerar como un medio para la realización de los propósitos de los demás. De esta manera la persona cumple las obligaciones de responsabilidad que derivan de la comisión de la infracción, en el interés de la sociedad a la que pertenece, sin degradar de 'persona a objeto'.

En el procedimiento penal, de este orden de ideas derivan consecuencias fundamentales: en primer lugar, la ilegitimidad de técnicas de acusación fundadas sobre teoremas y no sobre elementos probatorios; además, solo aquellas declaraciones que son una expresión real de libre voluntad individual son admisibles dentro del proceso penal. Esto conduce a la ilegitimidad absoluta de la utilización de medios insidiosos, que tienden a forzar la misma: cada extorsión de declaraciones no espontáneas es equivalente, en términos de cumplimiento de los principios, al uso de medios ilícitos tales como amenazas o violencia, incluso si todo esto puede ser objetivamente, de alguna manera, útil para la satisfacción inmediata del interés público. Y la misma asunción de la evidencia tendrá que ser caracterizada por el adversario, público, entre la acusación y la defensa, ante un tercer juez. La búsqueda de 'consenso' o 'legitimidad' al exterior de la institución judicial crea distorsiones de sus objetivos, con daños graves para los derechos individuales y una administración apropiada y eficiente de la justicia.

Desde el punto de vista de las funciones de la pena, son practicables sólo eso aquellas intervenciones que, al centrarse en la perspectiva del respeto de los

derechos fundamentales –y en primer lugar la dignidad humana– también de los autores de delitos, traten de ofrecer posibilidades reales de reinserción social o, en todo caso, de garantizar la no (más) des-socialización del sujeto. La alternativa sería un retorno a la Edad Media de la política criminal: la retribución. Esta teoría ya ha cometido demasiados fracasos como para poder volver a aceptarla en un ordenamiento jurídico.

4. El requisito de que una condena debe basarse en hechos reales y no en sospechas y / o presunciones, es sostenible solo en relación con reglas que, desde el punto de vista del contenido y el objeto de la prohibición, representan conductas orientadas hacia la realización de eventos y no 'vaguedades socio-antropológicas' o, peor aún, meras violaciones formales, lejanas de la realidad.

El paso decisivo del legislador hacia un Derecho penal globalizante y "omnívora" expresa la señal más evidente de la crisis, tan grave como poco percibida, de una cultura penal de la legalidad, formal y de contenido; y, francamente, preocupa el hecho de que, al mismo tiempo, se encuentra una actitud extraña en la doctrina, que no parece darse cuenta de cómo se va a perder esta cultura.

Las leyes penales ahora, con demasiada frecuencia, simplemente se convierten en 'reglas escritas', con un contenido aleatorio, no funcional para el respeto de las reglas de abstracción y generalización requeridas por la elaboración dommática. Sin embargo, ellas están relacionadas incluso con un severo castigo, pero del contenido de la prohibición no surge una justificación bien fundamentada para aquel tratamiento sancionador. Y esto, además de ser caracterizado por una clara irrazonabilidad, hace que sea completamente improbable que se haga una reconstrucción sistemática coherente de los nuevos 'productos' normativos.

Lo mismo se aplica a los tipos emergenciales de recompensa *extra ordinem*. De hecho, los esfuerzos conceptuales para definir, por ejemplo, los límites entre la desistencia (no punible) y la retirada activa (punible) de la tentativa - puente dorado, retorno a la legalidad, falta de tipicidad, etc. - pierden totalmente el

significado, si se extiende la 'regla' según la cual cualquier *post factum* valorable positivamente, quizás por lo demás - si no exclusivamente - en términos de utilidad procesal, puede llevar hasta a la no punibilidad.

Este es el espía, quizás más evidente, de cómo se puede perder la misma dogmática, no entendida, repetimos, en el sentido de un mero ejercicio técnico, sino como una estratificación de las herencias de una tradición de civilización centenaria; con ella termina disolviendo una parte no secundaria de las garantías. A este respecto, es significativo que comencemos a preguntarnos si un Derecho penal adecuado a las "nuevas necesidades" de intervención todavía necesita una parte general: esta última, no por casualidad, debería considerarse la expresión más significativa y densa de valor civil de la elaboración dogmática-sistemática.

Como se sabe, la reconstrucción en términos generales y abstractos de los elementos del delito viene de lejos, desde la experiencia de los llamados Prácticos: del hecho - y los arquetipos pueden considerarse homicidium, furtum, crimen laesae majestatis - se abstraían elementos como la conducta y el resultado; se elaboraban criterios de imputación objetiva, principalmente de naturaleza causal, pero a veces también de carácter normativo; y también criterios de imputación subjetiva, que normalmente estaban representados por los elementos del dolo; a veces el reproche se extendía a la ligereza de la conducta, en términos de imprudencia; había, además, el universo heterogéneo del *versari in re illicita*, la imputación preintencional, que, sin embargo, tenía que ser considerada, al menos en teoría, la excepción a la regla del dolo.

Bueno, me parece que incluso en relación con los fenómenos socialmente nocivos 'postmodernos' -piénsese sólo en sofisticadas agresiones medioambientales, con sus graves implicaciones para la vida y la integridad personal, o formas letales de terrorismo- tal como sucedió por su pre-modernos antepasados, si se construyen reglas que no describan meros pensamientos, roles, formas de ser, sino verdaderos hechos, se puede abstraer una conducta, un resultado, un título de imputación objetiva, un desvalor personal y, por lo tanto,

confiar la verificación procesal del hecho concreto a parámetros probatorios de probada eficacia en su extrema simplicidad.

También con respecto a eventuales nuevos bienes jurídicos a proteger, en muchos casos, en lugar de la consideración de emergentes objetividades jurídicas, se trata en realidad sólo de identificar diferentes técnicas agresivas, tal vez más complejas, pero siempre de 'confiables' bienes jurídicos tradicionales.

Y con esto no creo de caer en una ontología fuera de lugar, sino de llamar la atención sobre τόποι de comprobada validez, a través de los cuales basar una estructura fiable del delito: con ellos tendrá que seguir tratando, si no quiere abandonar la tierra de las garantías.

Por lo tanto, si la fenomenología de eventuales hechos 'nuevos' está vinculada con el momento histórico concreto, sin embargo, en el plan dogmático de la teoría del delito, eso no cambia la conformación estructural en comparación con los tipos originarios.

De hecho, si es que los fenómenos de malestar social, que se quiere considerar desde el punto de vista del Derecho penal, se puedan reducir a hechos y se describan como tales, los que pueden mutar son los términos de su tipificación, así como los parámetros de referencia para el régimen de sanciones. En este punto, el problema se hace exclusivamente político y –limitándonos al perfil objetivo del tipo– concierne el momento de la conducta con respecto al cual el legislador decide intervenir: de hecho, se puede intervenir antes de la misma conducta –con tipos 'preventivos' o 'de sospecha', según el esquema de las medidas de prevención–; después de la conducta, pero poco antes del evento –tipos de peligro concreto–; mucho antes del evento –tipos de peligro abstracto–; o después de la verificación del evento –tipos de daño–.

Pero todo esto, vale la pena repetir, no tiene nada que ver con la estructura del hecho: se trata de una opción política con respecto a los concretos medios de activación de la intervención penal. Con lo que también hay que decir que esta elección, en un marco de democracia, no es absoluta discreción del legislador; si este quiere permanecer dentro del Estado de Derecho, está limitado por márgenes

bien definidos de acción –que pertenecen a la estructura y a los contenidos de los delitos, así como a las sanciones– marcados por los principios fundamentales ya mencionados: ellos defienden garantías inalienables, formales y sustanciales, de la persona.

Entre los posibles modelos de norma penal, la tradición del Estado de Derecho favorece el que se esfuerza por expresar una regla de conducta fácilmente comprensible por las personas y fácilmente demostrable en cuanto a la prueba en juicio. Esto tiene lugar con un tipo penal basado en un resultado externo con respecto a la conducta, en el que se expresa la nocividad social del hecho.

Una vez que el evento ha sido claramente definido, la conducta típica emergerá en sus límites definidos y la situación subjetiva asumirá una nota clara de disvalor: previsión o previsibilidad y / o voluntad de daño o peligro. Este tipo de norma presenta el mérito de la claridad y la precisión, lo que facilita enormemente la posibilidad de recepción por parte de los afiliados; también en relación a su redacción, el lenguaje utilizado no se aleja demasiado de la realidad de las relaciones socio-individuales.

En cualquier caso, cuando la atención de la norma es incapaz de concentrarse en un resultado, derivado en su individualidad de un procedimiento lógico-dogmático de separación, por el que un hecho singular se toma en consideración de forma separada del complejo de los fenómenos y circunstancias históricas a las que se une en la realidad, sino que mira a condiciones generales o a expresiones universales, entonces no consiguen operar aquellas reglas de claridad, exactitud, precisión, orientados a la previsión de tipos bien definidos, a favor de expresiones 'flexibles' que se pueden aplicar a la mayor cantidad de situaciones posibles, incluso inesperadas. Así, se pierde el respeto de aquella regla de justicia elemental, según la cual la pena es el resultado de una conducta individual ilícita, renunciando, así, a la certeza de las expectativas personales – esencial en el Estado de Derecho– que lo posmoderno parece haber perdido, a pesar de sus muchas "certezas" radicales.

Esto ocurre, en particular, si se desea utilizar el control penal en la vanguardia como un instrumento de la política para limitar los riesgos – en materia económica, ambiental, de inmigración, etc. - incluso potenciales y abstractos, o de la política de la seguridad.

La espera de la eficiencia viene a ser reemplazada por un retroceso desde el punto de vista de las garantías formales, tanto procesales como sustanciales. Normas vagas, desde el punto de vista de la forma y el objeto, deberían servir a la justicia del caso individual y el ajuste del control al cambio de las interrelaciones y, más en general, de las situaciones personales. El problema es que esta mayor flexibilidad en la previsión de los hechos por parte del legislador, a menudo combinada con 'ajustes' represivos sobre el plan de las sanciones, no ha traído grandes resultados en cuanto al control de los fenómenos criminales: en los sectores de las drogas y de la economía, los resultados no son reconfortantes.

Se termina, así, por el abandono de la intervención penal al controproducente simbolismo de la 'política criminal - espectáculo': tal como está claramente entendido por Cesare BECCARIA, "toda ley que no está armada o que la naturaleza de las circunstancias hace que no exista no debe ser promulgada ... leyes tan injustas, despreciadas por los hombres, comunican su degradación a leyes aún más sanas".

De hecho, las condenas impuestas, dada la lógica individual de la imputación penal, a tasas de ilegalidad sin cambios, son sólo el testimonio de la mera selectividad del control y, al mismo tiempo, de su insuficiencia. Pero eso no significa renunciar a soluciones jurídicas: al contrario, a partir del mismo Derecho penal, en los términos y condiciones en que puede activarse de manera legítima y rentable en el Estado de Derecho, hay que utilizar los recursos ofrecidos por el Derecho civil y el Derecho administrativo, así como los instrumentos racionales de política social. En cualquier caso, la solución de problemas complejos de política social - como es bien conocido, o debería ser - no puede ser confiada en primer lugar al Derecho penal: la fuga superficial en el penal demuestra incompetencia y / o mala fe por parte de los gobernantes.

5. "El sistema de justicia criminal es un mal necesario, si excede los límites de la necesidad queda solamente el mal" (ROXIN, *Radius* 1966 III, 37), esta profunda verdad –que resume admirablemente las aspiraciones a un Derecho penal secular, liberal, mínimo, pero también racional y eficiente– representa de manera excelente una realidad, normativa y cultural, que ve en el respeto de los derechos humanos y de sus prerrogativas de autonomía y dignidad, en un marco de solidaridad, la realización de un común, elevado ideal de civilización y democracia.

De hecho, una legislación y una práctica inspiradas por un exceso de empirismo, expresivo de un pragmatismo (tecnicista) de tipo posmoderno, que no es atento al momento axiológico inspirado en la protección de los derechos fundamentales, trae consigo el doble riesgo de crear confusión desde el punto de vista del sistema, con el corolario bien conocido de la ineficiencia, y también de pasar por alto el aspecto esencial de las garantías, con un daño para los mismos derechos fundamentales: brillantes ejemplos se pueden extraer de la veleidosa legislación antiterrorista, o de las prácticas autoritarias en materia de libertad dentro del proceso.

Nos parece, por el contrario, que el territorio en el que todavía necesita realizar las demandas de la modernidad, es quizás justamente el de las relaciones jurídicas, con el compromiso de preservar los valores básicos, construir nuevos modelos de comportamiento, preparar nuevas formas y procedimientos para la intervención, sin renunciar a los logros axiológicos, como la fijación y la defensa solemne de los derechos humanos, a los que la civilización en su conjunto no puede renunciar. Este es el sector en el que debemos buscar el potencial y la experiencia positiva para recuperar y mantener desde el mundo moderno. Debemos pensar que muchas de las potencialidades de la experiencia "moderna", muchos de sus avances nunca se han implementado y, tal vez, ni siquiera se ha intentado realizarlos.

Por supuesto, en este momento parece difícil elaborar grandes proyectos - que, en el lenguaje común, no sin los rigores de tonos despectivos, casi parecen

como utopía - cuando la sociedad vive toda en el presente, carente de cualquier sentido de pasado y, lo que es aún más grave, del futuro. De esta manera, es el mismo "principio de esperanza" que se niega en la premisa; pero esto trae consigo una implicación inquietante: en fin, la acción del legislador se reduce a la búsqueda de un interés que, en su inmediatez absoluta, irremediabilmente termina en un mero interés del partido y, por lo tanto, de perfil muy bajo. Ahora estamos siendo testigos de un inquietante reordenamiento general de ideas-guías, de valores, con un rápido crecimiento de fundamentalismos superficiales que no llevan lejos.

A esto coincide la implosión de la crítica, que, por lo que pertenece a la experiencia juspenalística, es, de hecho, confiada a una incomprendida - y, a veces difícil de entender - actividad de la Academia, ciertamente no muy visible, ya que es cerrada, en la mayoría de los casos, en la separación de las ciudades universitarias. A todo esto hay que remediar: para empezar, tendremos que tratar de experimentar con formas simples de comunicación entre la ciencia jurídica y el legislador; de otro modo, por un lado, se corre el riesgo de caer en un solipsismo narcisista, por el otro -y las consecuencias son de una importancia completamente diferente, ya que involucran al legislador y, por lo tanto, a los ciudadanos- el riesgo es de caer aún más en una falta de profesionalidad de corte autoritario, a todo el daño de la misma democracia.

En la actualidad, se impone a la ciencia criminal la tarea de diseñar estrategias de control social legítimo, pero también la tarea de una verificación actualizada de la legislación penal, que pueda destacar la tensión en relación con las aspiraciones hacia una intervención penal mínima, capaz de conciliar, a través de la reducción del área penal, el respeto de las garantías individuales con la apertura a estrategias eficientes, extrapenales y extrajudiciales, de manejo de conflictos.

Si, por un lado, hay que compartir la idea de un conflicto social liberado de la hipoteca del panpenalismo, por otro lado, en la planificación de estrategias alternativas, no se debe perder de vista el problema de la confrontación con las

medidas normativas y las prácticas jurisprudenciales preocupantes por las razones del individuo: el riesgo es abandonar la realidad del ejercicio cotidiano del poder punitivo del estado a actos arbitrarios que, como son incompatibles con el respeto de las garantías individuales, abren la puerta al autoritarismo.

Y esto es lo que menos necesitamos para abordar los inquietantes problemas que la posmodernidad impone a nuestras vidas.

\* \* \* \* \*

