

LA PREVENCIÓN PENAL ANTICIPATIVA. UN PARADIGMA COMPLEJO
DEL NUEVO DERECHO PENAL
Anticipatory Criminal Prevention. A Complex Paradigm of the
New Criminal Law

JOSÉ GUILLERMO MOYA VALDIVIESO¹
Universidad Carlos III de Madrid, España

Resumen

El presente artículo analiza, a breves rasgos, los problemas actuales de la implementación de la prevención penal anticipativa. Esta teoría se basa en el adelantamiento de la barrera punitiva a situaciones que carecen de un *factum* sujeto de reproche penal o de lesividad. Lo que se pretende sancionar, a través de una prevención general negativa basada en el principio de precaución, es la amenaza de ejecutar determinadas actividades que socialmente se categorizan como peligrosas. La prevención penal anticipativa cambia el ámbito de actuación penal, convirtiéndolo en un derecho penal prospectivo. Por lo tanto, no se acopla a los principios rectores del derecho penal dentro de un estado liberal de derecho. Los problemas se evidencian tanto en materia sustantiva como procesal y sus consecuencias van en detrimento de los derechos fundamentales de los ciudadanos y del principio general de última ratio de la actuación penal.

Palabras clave

Prevención penal anticipada, Peligrosidad, Prevención General Negativa, Seguridad como fundamento de la prevención anticipada, Derecho penal de acto, Derecho penal de autor.

Abstract

This article analyzes the current problems of the implementation of Anticipative Criminal Prevention. This is a strong example of the advancement of the punitive barrier to situations that lack a *factum* subject to criminal reproach or harmfulness. What is intended to be sanctioned is, through a general negative prevention, the threat of carrying out certain activities that are socially categorized as dangerous. Anticipatory criminal prevention is not coupled with the guiding principles of criminal law. The problems are evident both in substantive and procedural matters and their consequences are detrimental to the fundamental rights of citizens and the general principle of the last ratio of criminal proceedings.

Keywords

Anticipated Prevention, Dangerousness, Negative General Prevention, Security as the Basis of Anticipated Prevention, Offender-Based Criminal, Offense-Based Criminal.

¹ Magister de Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Carlos III de Madrid. Doctorando por la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado Magna Cum Laudem por la Universidad San Francisco de Quito. Miembro del área de Derecho Público del Estudio Jurídico Sperber & Álvarez Law Firm. Correo Electrónico: jose49moya@gmail.com;



1. Introducción

El derecho penal, como cualquier otra rama de la ciencia jurídica, se encuentra actualmente en constante evolución. Las nuevas tecnologías que permiten el almacenamiento generalizado de datos, la globalización y el reconocimiento del concepto de “sociedad de riesgo” (Beck, 1998), toman relevancia y generan un cambio radical en los principios reconocidos y respetados del derecho penal clásico (Beccaria, 2015). Estos siguen vigentes, y constituyen los límites del poder coercitivo del Estado. Sin embargo, no se los puede armonizar ni acoplar en su totalidad a las nuevas exigencias y necesidades que requiere una sociedad, cuya principal amenaza es la existencia constante de diversos riesgos que afectan nuestra coexistencia social.

Por estos motivos, la sociedad cada vez requiere y exige a los organismos estatales, la imposición de nuevas medidas que pretendan otorgar más seguridad a sus ciudadanos. De esta manera, se permite un mayor intervencionismo estatal en la actividad social. Esto conlleva a que se “sacrificase el principio *in dubio pro libertate*, por el mucho más restrictivo y problemático de *in dubio pro securitate*, dando lugar a que se puedan dar restricciones de la libertad y sanciones carentes de cualquier posible fundamento o legitimación material” (Galán, 2015, p. 77).

El motivo del presente ensayo es analizar brevemente la intervención penal anticipativa, eje principal dentro del nuevo modelo del derecho penal. En primer lugar, se estudiará como el principio de precaución permitió la expansión desmesurada de la actuación jurídico penal. En segundo lugar, se analizará la incompatibilidad material entre la prevención penal anticipativa y los principios rectores del derecho penal clásico.

2. El principio de precaución, origen de la “Prevención Penal Anticipativa”

En primer lugar, el principio de precaución se fundamenta en el control estatal de cualquier tipo de peligrosidad social² o conductas de riesgo previas al cometimiento de algún delito. Su evidencia se sostiene a través de la tipificación y aumento de nuevos tipos penales de riesgo abstracto o indeterminados. Estos se fundamentan en la vigencia de bienes jurídicos colectivos que deben ser protegidos por parte del Estado. Es decir, el principio de precaución obliga directamente al Estado a intervenir en las posibles situaciones riesgosas o peligrosas que suceden en cualquier sociedad. En su inicio, este principio se ancló directamente con la realidad científica, la cual debía brindar mayor certeza para su implementación. La certeza debía implantarse específicamente en el adelantamiento de la barrera punitiva de las conductas riesgosas que atenten contra el medioambiente o a la salud pública. En síntesis,

el principio de precaución lo que determina es que el derecho podrá intervenir limitando la libertad de los ciudadanos, estableciendo restricciones, prohibiciones e incluso previendo sanciones, en relación con aquellas conductas respecto de las cuales exista sospecha o indicios de que pueden dar lugar a la producción de resultados catastróficos o irreversibles [...], por más que exista incertidumbre científica sobre la realidad de dicho riesgo y su extensión. (Galán, 2015, p. 77)

² Con la finalidad de que el lector pueda comprender de mejor manera, se esclarece que el concepto de peligrosidad es amplio, no obstante, en el presente ensayo únicamente se tratará la peligrosidad previa al cometimiento de un hecho delictivo y basada en la peligrosidad social. Por lo que, no se deberá entender la peligrosidad vinculada a las medidas de seguridad que se aplican sobre todo a reos con alto riesgo de reincidencia o de conducta violenta.

Es evidente que el margen de actuación de la seguridad técnica en estas materias es autónomo, es decir, la precaución depende de la materia en la cual se quiere implementar. No obstante, el problema surgió al forzar a cualquier Estado, a través de una obligación internacional³ o a través de un requerimiento social⁴, a utilizar métodos menos técnicos para la defensa de los ciudadanos a través del uso del derecho penal o de policía y sin un marco individual de acción. Esto sucede principalmente en materia de terrorismo (Erhard, 2009, p. 42) como uno de los principales ejemplos. El concepto de peligrosidad, a través del principio de precaución, toma relieve y permite sancionar conductas típicas sin la necesidad de un hecho fáctico riesgoso o reprochable penalmente. La evolución del concepto enunciado por Erhard reside que actualmente la prevención penal anticipativa, que comenzó con el terrorismo, se ha ampliado a otros frentes de actuación dentro de la política criminal, como lo es el cibercrimen, los delitos sexuales, el lavado de activos, entre otros.

En todos estos casos concurre una fundamentación parecida del concepto de peligrosidad, tipos, que al igual que el terrorismo, motivan la barrera anticipada de actuación punitiva en el mismo principio de precaución y basándose en su peligrosidad social. Como se evidencia, el concepto de precaución ya no se encuentra anclado a un análisis técnico de riesgos como sucedía en su inicio, sino se amplía de forma desmesurada a los nuevos conceptos de peligrosidad social (Alonso, 2016, p. 71).

En virtud de lo expuesto, la política criminal de la comunidad europea e inclusive mundial⁵ se embarca en una clara tendencia en “trasformar el principio de precaución, originario en el Derecho ambiental de la UE, en un principio general del Derecho de la UE e incluso dotándole de estatus constitucional” (Kaarlo, 2013, p. 16). La principal consecuencia de esta afirmación se evidencia en la tipificación de conductas preventivas, que ya no se fundamentan en impedir una lesión basada en una situación de riesgo (ej. delitos de peligro abstracto, inclusive indeterminados), sino tipifican conductas cuyo fin es “evitar la situación misma de riesgo interviniendo ante los factores que la puedan producir” (López, 2018, p. 101). De este modo, el principio de precaución, fundamento de la prevención penal anticipativa, se contrapone de forma directa con los principios sustantivos como procesales clásicos del derecho penal de acto. Esta contraposición ocurre principalmente con los principios de mínima intervención penal, culpabilidad, lesividad, legalidad, igualdad, defensa, contradicción, presunción de inocencia y valoración probatoria o *in dubio pro reo*.

3. Problemas principales de la vigencia de la prevención penal anticipada

En primer lugar, es oportuno y vital entender el alcance que brinda este nuevo concepto y el cambio radical que genera dentro de nuestro derecho penal. Actualmente, “ya no se trata, únicamente, de reaccionar frente al delito cometido, sino antes de eso, impedir su comisión, anudando al sistema de justicia criminal una función de carácter anticipativo, que hasta ahora

³ El autor considera que la nueva implementación de la prevención anticipada tiene fundamento y motivación en las obligaciones internacionales aceptadas por los estados en ejercicio de su soberanía. Diversos instrumentos internacionales imponen a los Estados parte tipificar sanciones de forma anticipativa. En materia de delitos sexuales y cibercriminalidad, ver “Convenio sobre la cibercriminalidad”, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. En materia de terrorismo, se puede observar la DIRECTIVA vigente n.o. (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa. En América, Convención Interamericana contra el Terrorismo.

⁴ Nota aclarativa. Ver. Díez Ripollés, J. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, ISSN-e 1695-0194, N.º. 7.

⁵ El autor considera que existe estrecha vinculación entre la tipificación de conductas de forma anticipada y la propagación de convenios internacionales que tratan sobre la seguridad, las cuales obligan a los Estados parte a tipificar conductas de forma anticipada.

le ha sido ajena” (Campo, 2022). La prevención penal anticipada, cambia sustancialmente el ámbito de actuación penal, de ser reactivo, a ser prospectivo. En virtud de lo expuesto, los problemas suceden en ambos ámbitos del derecho, tanto sustantivo como adjetivo.

Consecuentemente, parecería que la actual tendencia de la política criminal reconoce la vigencia del derecho penal de autor y no de acto. Los actos humanos son esencialmente subjetivos, es decir, no son predecibles. Empero, la categorización misma del ser humano a través de la sincronización analítica de datos, sí puede ser estudiada desde un punto de vista objetivo y preventivo. Dicho de otra manera, los datos no pueden prevenir qué conducta peligrosa puede el individuo realizar, pero sí puede analizar si la esencia misma del individuo es probablemente peligrosa. Esta situación alienta la sanción de conductas preparatorias o, inclusive, meros hechos individuales que carecen de cualquier fundamento de lesividad dentro del derecho penal sustantivo. Mientras que, en el aspecto procesal, se permite el control y vigilancia constante por parte del Estado hacia sus ciudadanos a través del uso e implementación de las nuevas tecnologías. En resumen, la prevención penal anticipativa elimina la necesidad del *factum* de reproche penal como mecanismo de reacción, violando de este modo la mínima intervención penal. De la misma manera, podrían generarse situaciones arbitrarias por parte del Estado, ya que la desconfianza de algunos juristas aumenta “frente a todo intento legislativo de actuar frente a ‘peligros’, pues pocos frenos al poder estatal son tan efectivos como la exigencia de un “hecho” como presupuesto mínimo para la intervención estatal” (Ziffer, 2006, p. 630).

3.1. La inminente vuelta del Derecho Penal de Autor. Problema principal dentro del aspecto sustantivo.

Uno de los principales problemas dentro del derecho penal sustantivo se sitúa en la promulgación de tipos penales, cuya conducta punible es un hecho no exteriorizado ni materializado *ex ante*, pero que existe probabilidad de materialización del resultado riesgoso de forma *ex post*. Se podría incluso afirmar que la pena se fundamenta en el propio pensamiento “riesgoso o peligroso” del individuo y su posible materialización futura, mas no en el aspecto lesivo de la acción cometida y peor aún en su resultado. En otras palabras, se estaría imputando penalmente los pensamientos y la peligrosidad futura de que esta se concrete en la realidad. La tipificación de estos supuestos se fundamenta en el concepto de peligrosidad criminal, el cual “hace referencia a la valoración *ex ante* de que la conducta del individuo considerado peligroso, que pueda constituir una acción delictiva” (Alonso, 2016, p. 15).

Cada vez se crean nuevas obligaciones internacionales que imponen a los Estados parte la tipificación de conductas previas al mismo riesgo dentro de su ordenamiento jurídico interno. Inclusive, hay supuestos en los cuales lo que se pretende punir es efectivamente el pensamiento “peligroso” del sujeto activo. El autoadoctrinamiento terrorista es un ejemplo claro de esta afirmación, el cual se encuentra tipificado en el artículo 575 del Código Penal Español. En materia de delitos sexuales y ciberdelincuencia, se consta con un supuesto internacional que claramente pretende sancionar el pensamiento peligroso y se aleja sustancialmente del hecho lesivo. A pesar de que el Ecuador no ha ratificado el Convenio de Budapest sobre esta materia, el supuesto analizado ya se encuentra tipificado a través de la última reforma del COIP⁶. El artículo 9 numeral 2 del Convenio de Budapest establece textualmente lo siguiente:

⁶ Art. 103. Código Orgánico Integral Penal. Suplemento del Registro Oficial No. 180, 10 de Febrero 2014

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos: a) La producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático; b) la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático; c) la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático, d) la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos. [...] 2. A los efectos del anterior apartado 1, por «pornografía infantil» se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de: (...) b) *una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita*; (las cursivas me pertenecen).

Claramente, lo que se pretende sancionar es meramente un pensamiento peligroso, al no existir un bien jurídico protegido. Es más, en el supuesto en mención ni siquiera concurre un menor. Lo que sí es evidente es la necesidad de tipificar una conducta que manifiesta una clara peligrosidad social y reproche de un determinado pensamiento, mismo que todavía no se ha materializado. Únicamente tendría sustento jurídico penal si se entiende que el bien jurídico protegido es colectivo y proviene de las diversas formas de explotación sexual, lo cual en mi opinión sería forzar de manera inadecuada el alcance del tipo.

Del mismo modo, el expansionismo injustificado de la prevención penal anticipativa genera otro problema dentro del aspecto sustantivo que se vuelve a plasmar en el reconocimiento del derecho penal de autor. Al no existir claros lineamientos ni límites sobre las conductas sujetas de reproche penal en las cuales se podría aplicar la prevención penal anticipativa, esta se expande a cualquier tipo sustantivo, inclusive la delincuencia más clásica.

Nos movemos en el campo de la delincuencia más tradicional, la que afecta a bienes jurídicos individuales básicos, como la vida e integridad personal, la libertad o la libertad sexual. Parece claro que en este grupo de conductas ya se han perdido con nitidez las referencias al original concepto de expansión, a aquel que pretendía atender a las nuevas formas de criminalidad inherentes a la sociedad tecnológica y mundializada. Se trata, ni más ni menos, que de intensificar intervenciones penales en el núcleo de la delincuencia clásica. [...] Y eso ha arrumbado buena parte de las certezas precedentes: las reacciones penales ya no le intimidan suficientemente, la resocialización no funciona con tales individuos, sólo la inocuización, el aislamiento, de tales personas ofrece perspectivas de éxito. (Díez Ripollés, 2005, p. 219)

Las consecuencias son evidentes; la actuación penal pasa de ser reactiva a ser preventiva. La peligrosidad como fundamento de la sanción se basa en un criterio e hipótesis futura. Parece que el juicio de peligrosidad: o bien se trata de la cuestión de cómo habrá de conducirse el individuo si el Estado no interviene, o bien, en el caso de la resocialización, de cuáles habrán de ser los efectos de la injerencia estatal sobre la conducta futura del afectado. De esta forma, la prevención penal anticipada se convierte en un mecanismo de educación ciudadana. Lo cual contraviene con los conceptos básicos del estado liberal. Como bien lo afirma Ziffer, “el ordenamiento jurídico no está llamado a educar mejores ciudadanos por medio de la coacción” (Ziffer, 2006, p. 640).

En síntesis, la 114 prevención penal anticipativa, en virtud de su origen en el principio de precaución, permite sancionar los pensamientos de los ciudadanos. La pena se fundamenta en un mecanismo de prevención general negativa, que solo pretende amenazar determinados actos que no son aceptados por la sociedad a través de la actuación penal. De

esta manera, la actual política criminal, a través de la prevención penal anticipada, vuelve a recrear y fundamentar un aspecto de la escuela positivista, el perfil lombrosiano. Esta afirmación es alarmante para un sector de la doctrina, especialmente los seguidores de la escuela finalista, que se inclina a defender el derecho penal clásico y liberal dentro del estado de derecho. Las similitudes entre la nueva concepción del perfil lombrosiano y la anterior son evidentes. La principal recae en la facultad de no diferenciar el dolo requerido, ya que ni siquiera importa de forma sustancial el hecho, sino la prevención de algún hecho futuro que afecte la seguridad ciudadana. Muñoz acertadamente concluye:

se pueda llegar a castigar por la vía penal a quienes, sin actuar con un dolo siquiera eventual de lesionar y sin llegar a producir la lesión que podrían haber llegado a ocasionar, decidan por su propia voluntad realizar la conducta precautoriamente prohibida, pese a saber que con ello darían lugar a la aparición del riesgo no permitido que el legislador penal quería impedir que se llegase siquiera a generar. (Galán Muñoz, 2015, p. 123).

El actual perfil lombrosiano ya no se fundamenta en las personas de color, de pómulos predominantes, etc., sino en las personas cuyo pensamiento y mínima actuación, sin la necesidad de que la misma genere un hecho lesivo y se exteriorice, sea contraria a los pronósticos de seguridad socialmente aceptados. La necesidad del castigo se sitúa, “no tanto en la acción ilícita individual del reo (culpabilidad por el acto aislado), como en las características del sujeto que, desde una perspectiva conjunta y más o menos permanente, lo identifican como peligroso (culpabilidad de autor)” (Jiménez, 2017, p. 33).

3.2. La incompatibilidad entre los principios procesales clásicos y el nuevo modelo de derecho penal preventivo

Al existir una armonización entre el derecho penal sustantivo y adjetivo, los problemas se concretan en ambos campos de la actuación penal. La necesidad de cambiar el derecho penal, de ser meramente reactivo a ser prospectivo, genera que exista una flexibilización abrupta de los derechos procesales clásicos y de los mecanismos de persecución penal. Esta flexibilización claramente se evidencia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, colegialmente conocida como LECRIM. En ella se establecen algunos supuestos en los cuales no es necesaria la autorización judicial previa para la intercepción de comunicaciones escritas (artículo 579 numeral 3) telefónicas o telemáticas (artículo 588 Ter inciso d.) o para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (artículo 588 sexies inciso c.). Este tratamiento procesal diferenciado, el mismo que afecta directamente los derechos fundamentales del investigado y al principio de igualdad ante la ley, depende sustancialmente de la categoría delictiva que cometa. Lo mismo sucede en el derecho penal ecuatoriano a través del Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, la norma crea una nueva diferenciación dependiendo del móvil utilizado dentro de un supuesto concreto. En otras palabras, no solo se fija de la conducta típica investigada (art. 476), sino inclusive de la diferencia el medio circunstancial empleado donde se quiere llevar una determinada actividad investigativa. Un ejemplo evidente sucede en los artículos 478 y 479 del COIP.

La vigencia de estos tipos penales y el tratamiento diferenciado en su investigación se orientan claramente a prevenir los riesgos futuros. Los juicios de peligrosidad se convierten en pronósticos esencialmente presumibles por parte de los agentes de control⁷ y sus datos,

⁷ Ejemplo. Art. 479 Código Orgánico Integral Penal. Suplemento del Registro Oficial No. 180, 10 de Febrero 2014.

proviene de la “ingente cantidad de información de la que hoy disponemos con mucha anterioridad, ofrece la exactitud y fiabilidad necesarias para afirmar que ya es un conocimiento suficiente para justificar la sanción (Gonzalez, 2017, p. 101)”. Siguiendo con esta misma línea argumentativa, uno de los principales referentes de la peligrosidad, Casabona de forma acertada afirma:

Al estar orientada la peligrosidad hacia el futuro, su apreciación implica un juicio naturalístico (es decir, no ético, moral o de valor), un cálculo de probabilidad, que se concreta a continuación en una prognosis. El juicio de peligrosidad se desenvuelve en dos momentos, derivados de su propia definición: la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso (el diagnóstico de peligrosidad), por un lado, y la comprobación de la relación entre dicha cualidad y el futuro criminal del sujeto (prognosis criminal). (1986, p. 30)

El principal problema de los juicios o presunciones de peligrosidad es su elevado margen de error y falta de neutralidad. Al inicio de la intervención penal anticipada, cuando la ciencia era utilizada para pronosticar el riesgo en materia ambiental o de seguridad pública, ya existía debate sobre el uso de estos. La doctrina especializada sobre la materia concluye de forma correcta que los estudios científicos obligatoriamente parten de una posición no neutral.

Los estudios científicos siempre parten de hipótesis y análisis que presuponen que el investigador adopte una determinada postura o enfoque respecto del objeto de su análisis, lo que, en muchas ocasiones, lleva a que estudios independientes, plenamente solventes y en modo alguno tendenciosos, lleguen a conclusiones completamente contradictorias a la hora de analizar y responder a las mismas cuestiones. (Galán, 2015, p. 89)

Si estas críticas ocurren con ciencias naturales, la situación es sumamente más problemática en las ciencias sociales, donde existe por definición un mayor margen de incertidumbre. Esta se evidencia con el mismo significado del propio concepto de peligrosidad. Según la Recomendación CM/Rec(2014) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa define al delincuente peligroso de la siguiente forma.

Un delincuente peligroso es una persona que ha sido condenada por un delito sexual muy grave, o con violencia contra las personas también muy grave, y que presenta una alta probabilidad de volver a cometer nuevas infracciones sexuales o con violencia contra las personas muy graves.

Como bien lo expone la recomendación en mención, la peligrosidad se basa en un análisis de probabilidad futura que se amplía incluso a los supuestos en donde no se ha declarado una condena. Quién analiza esta peligrosidad, normalmente, es la misma autoridad que tiene la competencia investigativa. Es decir, no solo existe un grado elevado de incertidumbre al tratar una probabilidad futura, sino también, quien emite el juicio de probabilidad sobre una determinada peligrosidad es el mismo órgano o persona que ejerce la facultad investigativa o la acción penal, afectando su imparcialidad. En el caso de Ecuador la imparcialidad es más visible, ya que en virtud del artículo 479 del COIP, inclusive una simple presunción emitida por la misma autoridad de la existencia de un delito ya autoriza la implementación de la medida investigativa. Al respecto, es importante manifestar que estos niveles de precisión carecen sustancialmente de un resultado adecuado. Sobre este punto, la doctrina concluye:

Las técnicas de prevención de riesgo en los temas de violencia no tienen un nivel satisfactorio de precisión en la predicción. Existen varias razones, [...] no se tienen en consideración las tasas básicas de agresión y que consisten en la probabilidad de que un suceso ocurra en una muestra en concreto. (Francia, 2016, p. 282)

Adicionalmente, a esta ya difícil situación se le suma que “en la actualidad no es posible hacer predicciones que vayan a ser exactas respecto a comportamientos futuros, por lo que únicamente se puede trabajar en términos probabilísticos de mayor o menor medida” (Francia, 2016, p. 282). Por estos motivos, es evidente que “la futura peligrosidad de un individuo es muy difícil o imposible de predecir: [...] que los instrumentos que se utilizan, tan apenas nos proporcionan una seguridad mayor de un 50% de probabilidades de acertar” (Francia, 2016, p. 295). Por ende, diversas asociaciones, incluyendo la prestigiosa American Psychiatric Association “tiene como postura oficial que no se puede confiar en las predicciones sobre peligrosidad” (Francia, 2016, p. 295).

Por consiguiente, el cambio radical en materia sustantiva de derecho penal de acto a derecho penal de autor, no solo se configura en la tipificación de nuevas conductas penales, sino que se manifiesta principalmente en el derecho procesal, ya que este permite “suspender excepcionalmente algunos derechos constitucionales básicos de los que gozan el resto de los sospechosos, acusados o procesados, como el ‘habeas corpus’, la inviolabilidad del domicilio, el secreto en las comunicaciones privadas, etcétera” (Jiménez, 2017, p. 60).

Inclusive, esta situación ocurre cuando la norma ordena un control posterior o anterior de la medida por parte del órgano judicial, ya que el fundamento de actuación proviene efectivamente de la norma sustantiva. Por lo que, “a pesar del control judicial, parlamentario y político a que están sometidas estas actuaciones, se han producido innumerables abusos en las fases de detención, interrogatorio, prisión preventiva, juicio y régimen penitenciario” (Jiménez, 2017, p. 60).

Sobre este punto, específicamente en materia de terrorismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a través de la sentencia de 13 de septiembre de 2016, asunto Ibrahim y otros c. Reino Unido párrafo 269 declara que los principales derechos procesales, como el acceso a la defensa técnica, o la prohibición de autoincriminación mediante métodos de coacción, no tienen un carácter absoluto de protección.

Sin embargo, el derecho a no auto incriminarse no es absoluto. El grado de coacción aplicado será incompatible con el artículo 6 cuando destruya la esencia misma del privilegio contra la autoincriminación. Pero no toda compulsión directa destruirá la esencia misma del privilegio contra la autoincriminación y, por lo tanto, conducirá a una violación del Artículo 6. Lo que es crucial en este contexto es el uso que se le da a las pruebas obtenidas bajo coacción en el curso del juicio penal.

A pesar de la costumbre jurisprudencial generalizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la situación cambia en América Latina. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala párrafo 94, defiende que el uso del concepto de peligrosidad no solo tiene un alcance en materia penal, dentro de su vertiente procesal o sustantiva. Su fundamento es más profundo y de mayor gravedad al responder a una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido. De esta forma sustituye el Derecho Penal de acto o, de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el

Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía. Por estas razones, el tribunal de forma correcta concluye:

La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobre ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos.

4. Conclusiones

De lo expuesto, se concluye que la prevención penal anticipada, la cual se basa en la peligrosidad del individuo y sin condena previa, permite un cambio radical del concepto y finalidad del derecho penal. El nuevo modelo del derecho penal pretende arrogarse nuevas funciones preventivas ajenas a los componentes reactivos de la actuación penal. De esta manera, esta nueva concepción del derecho penal “desmonta sin contemplaciones el derecho penal garantista” (Díez-Ripollés, 2005, p. 230), lo cual se evidencia todos los días por parte de las actuaciones de los miembros de seguridad del estado.

En materia adjetiva se evidencia claramente el mayor intervencionismo estatal a través de la “facilitación de controles corporales, de intervención de comunicaciones [...] sin control judicial o con laxos controles, uso generalizado de agentes encubiertos, prolongación de los períodos de incomunicación, restricciones del derecho a no declarar contra sí mismo, limitaciones del derecho de defensa” (Díez-Ripollés, 2005, p. 230).

Mientras que, en materia sustantiva, la creación de este nuevo modelo genera y demuestra la vigencia del Derecho Penal de Autor, concepto que parecía haberse superado dentro de la dogmática penal. Como en la escuela positivista, el actual perfil lombrosiano ya no radica, en mi opinión, en características únicamente físicas del agente, sino también en aspectos ideológicos o de pensamiento. De forma alarmante el derecho penal parece abandonar la primacía de la libertad como máxima limitación y garantía contra del totalitarismo y arbitrariedad estatal, con fundamento en la supuesta seguridad basada en el principio de precaución (Robles Planas, 2007, p. 18). Parece que la libertad individual se cohíbe y pierde terreno ante una visión comunitarista de la sociedad, la cual impone, incluso con medidas coercitivas, una especie de educación a sus ciudadanos. Lo cual, de forma recelosa, podría abrir “una vía hacia la uniformidad social y autoritarismo” (Díez-Ripollés, 2005, p. 236).

Reflexiono que es vital entender el actual fenómeno criminal y poder encontrar límites en su actuación. Nos encontramos en un derecho penal híbrido y sin un rumbo fijo (Gonzalez, 2017, p. 91-101), el cual no pretende abandonar los principios rectores antiguos de la parte sustantiva como adjetiva. No obstante, considero que la tipificación de nuevas conductas basadas en la anticipación preventiva con fundamento en cuestiones de peligrosidad, características del autor, más la imposibilidad concertar los principios procesales y los mecanismos de investigación de estas conductas delictivas, generan de forma automática la imposibilidad de armonizar el derecho penal clásico con la prevención penal anticipativa. Esta última genera que la responsabilidad penal radique en hechos futuros y que se fundamente en características propias del agente mas no en hechos.

Es evidente que la prevención anticipada tiene fundamento en el funcionalismo radical propuesto por Jakobs y seguido al inicio por su discípulo Cancio. Ambos afirman “quien (...) pena por hechos futuros, ya no tiene razón alguna para dejar impunes los pensamientos” (Cancio Meliá & Silva Sánchez, 2008, p. 41), y esto es justamente lo que pretende el nuevo paradigma del derecho penal. La pena ya no asusta, ni rehabilita en una sociedad amenazada por el riesgo. A simple vista la prevención penal anticipativa sitúa a la precaución como eje de la actuación estatal, dejando de lado la mínima intervención, pilar del derecho penal clásico. Por ende, defendiendo a totalidad la postura de Robles Planas quien sostiene:

La seguridad total no la puede ofrecer ningún Derecho penal del mundo (...) No puede reclamarse para uno mismo la libertad frente a controles y vigilancias de todo tipo, hablar de igualdad de todos los ciudadanos y a la vez esperar que se omitan conductas que pueden reprimirse con ayuda del Derecho penal mediante la permanente vigilancia. Quien quiere libertad debe estar dispuesto a pagar también el precio que va a ella unido de un Derecho penal sólo limitadamente eficiente (Robles Planas, 2007, p. 18).

Las dudas y preguntas siguen en el aire, tal vez la solución es crear una vertiente paralela del derecho penal, con sus propios principios procesales como sustantivos. Otros creen que lo mejor es volver al derecho penal clásico y delegar estas nuevas competencias de precaución a los órganos competentes dentro de un estado de derecho ajenos al derecho penal. Lo que sí es evidente es que estamos ante un paradigma sustancialmente nuevo y requiere encontrar y esclarecer cuáles son los principios, derechos y límites de la prevención penal anticipativa.

Referencias bibliográficas

- Alonso., S. (2016). Derecho Penal Preventivo y Peligrosista. *Revista de Ciencias Jurídicas No. 139.*, 57-88.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los Delitos y las Penas*. Madrid: UC3M.
- Campo, C. J. (febrero, 10 de 2022). *Función social del ius puniendi: La transformación del Derecho Penal a partir de las nuevas realidades sociales*. (Discurso Principal) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Española Madrid. España.
- Cancio Meliá, . M., & Silva Sánchez, J. M. (2008). *Delitos de Organización*. Editorial B de f.
- Díez Ripollés, J. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología, ISSN-e 1695-0194, No. 7*, 198-248.
- Erhard., D. (2009). Prevención y Libertad. Sobre el Orden de la Libertad. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. ISSN 0008-7750. No. 43*, 39-57.
- Francia, M. M. (2016). La peligrosidad criminal y las técnicas de prevención de riesgos. Especial referencia a la delincuencia sexual peligrosa. *Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales Fascículo 1*, 59-88.
- Galán Muñoz, A. (2015). La problemática utilización del principio de precaución como referente de la política criminal del moderno derecho penal. ¿Hacia un derecho penal del miedo a lo desconocido o hacia uno realmente preventivo? *En Revista de estudios de la justicia. ISSN 0718-4735. No. 22.*, 69-117.
- Gonzalez Cussac, J. L. (2017). Apuntes de un Derecho penal híbrido. . In J. J. Coord. por Jesús María Silva Sánchez, & Santiago Mir Puig (hom.), *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (pp. 91-101). Montevideo: B d F.
- Jiménez, E. B. (2017). Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización: pro-

yecciones en el ámbito del terrorismo. *Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales Fascículo 1*, 27-71.

- Juan José López Ortega, J. M. (2018). Prevenir y evitar: consideraciones en torno a un modelo de intervención penal anticipativa. In N. S.-M. Carmen Juanatey Dorado (dir.), *Derechos del condenado y necesidad de pena* (pp. 89-116). Aranzandi Thomson Reuters.
- Kaarlo., T. (2013). Ultima Ratio as a constitutional principle. *Onate Socio-Legal series, V. 3. ISSN: 2079-5971* .
- Robles Planas, R. (2007). “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad. *Revista Para El Análisis Del Derecho No 4*, 1-25.
- Romeo Casabona, C. (1886). *Peligrosidad y derecho penal preventivo*. Bosch, Casa Editorial S.A.
- Ulrich., B. (1998). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Ediciones Paidós.
- Ziffer, P. S. (2006). La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez. *La Ley, suplemento de Derecho Constitucional*.

Convenciones tratados y conferencias

- Consejo de Europa y demás países signatarios. (2001). *Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Convenio de Budapest*. el 23 de noviembre de 2001.
- Consejo de Europa (2014). Recomendación CM/Rec No. 3. Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa de 19 de febrero de 2014. Obtenida en <https://rm.coe.int/168070ee50>

Sentencias

- Corte IDH (2005). *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 20 de Junio de 2005.
- TEDH (2016). Asunto Ibrahim y otros c. Reino Unido. Sentencia de 13 de septiembre de 2016