



Cuadernos de Investigación
ISSN 1692-0694. Medellín. Febrero de 2007. No. 53

**EL DEBATE SOBRE LA MODERNIZACIÓN
DEL DERECHO PENAL**
Materiales de investigación

Coordinadores

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Diana María Restrepo Rodríguez

Grupo de Investigación

Grupo de Estudios Penales (GEP)

La Universidad EAFIT aspira a ser reconocida nacional e internacionalmente por sus logros académicos e investigativos. Para ello desarrolla la capacidad intelectual de sus alumnos y profesores en todos los programas académicos, con la investigación como soporte básico.

-De la visión institucional-

Edición

Dirección de Investigación y Docencia
Universidad EAFIT
Medellín, Colombia

Director

Félix Londoño González

Los contenidos de este documento son responsabilidad de los autores.

Se autoriza la reproducción total o parcial de este material para fines educativos siempre y cuando se cite la fuente.

Serie Cuadernos de Investigación

Carrera 49 7 sur 50

Teléfono (574) 261 95 40

www.eafit.edu.co/investigacion/cuadernosdeinv.htm

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN

ABSTRACT

PALABRAS CLAVE

COORDINADORES

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

GRUPO DE INVESTIGACIÓN

I. PRESENTACIÓN

II. ¿“MODERNIZACIÓN” DEL DERECHO PENAL? COMENTARIOS A ALGUNAS PROPUESTAS

A. INTRODUCCIÓN

B. PROPUESTAS FRENTE A LA MODERNIZACIÓN

1. ¿Un “Derecho de intervención”? La propuesta de HASSEMER

2. ¿Derecho penal de velocidades? La propuesta de SILVA SÁNCHEZ

3. El dualismo lógica material y razón práctica (en especial, los planteamientos de SCHÜNEMANN).

4. El funcionalismo de JAKOBS.

C. CONCLUSIONES

III. RECENSIÓN DE TEXTOS RELEVANTES DENTRO DEL DEBATE DE LA “MODERNIZACIÓN”

A. SCHÜNEMANN, BERND, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana* – Susana Escobar Vélez

B. MOCCIA, SERGIO, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales” – Diana Restrepo Rodríguez

C. HASSEMER, WINFRIED, “Viejo y nuevo Derecho penal” – Diana Restrepo Rodríguez

D. MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo* - Sebastián Naranjo Serna

E. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (segunda edición) – Susana Escobar Vélez

F. GRACIA MARTÍN, LUIS, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia* – Juan Sebastián Ceballos Bedoya

G. JAKOBS, GÜNTHER y CANCIO MELIÀ, MANUEL, *Derecho penal del enemigo* – Juan Sebastián Ceballos Bedoya

H. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)” – Diana Restrepo Rodríguez

I. PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, “Sobre el concepto de Derecho penal del riesgo: algunas notas” – Rolly

Andrea García Téllez

- J. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA; FELIP I SABORIT, DAVID; ROBLES PLANAS, RICARDO y PASTOR MUÑOZ, NURIA, "La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura" – Diana Restrepo Rodríguez
- K. PRITTWITZ, CORNELIUS, "Sociedad del riesgo y Derecho penal" – Susana Escobar Vélez
- L. TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, "Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico" – Susana Escobar Vélez
- M. Díez RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado" – Diana Restrepo Rodríguez

IV. RECOPIACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

RESUMEN

Este trabajo presenta una serie de materiales que pretenden servir de apoyo a la investigación relacionada con la denominada “modernización” del Derecho penal, y el debate que tal cuestión ha suscitado. En la primera parte, se incluye un artículo que muestra algunas de las propuestas frente a la “modernización” del Derecho penal y el Derecho penal de la seguridad. En la segunda parte se encuentran reseñados trece textos de importancia para el tema. Finalmente, en la tercera parte se presenta una recopilación de la bibliografía más relevante, recogiendo especialmente aquella disponible en español.

ABSTRACT

This work presents a series of materials that are expected to serve as support to the research linked with the so called “modernization” of the criminal law, and the debate such a matter has aroused. In the first part, an article is included showing some of the proposals to the “modernization” of the criminal law and the security criminal law. In the second part, there are thirteen reviews relevant to the Topic. Finally, in the third part, there is a compilation on the most relevant books and works, especially those available in Spanish.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal, modernización, sociedad del riesgo, Derecho penal clásico, Derecho penal de tres velocidades, Derecho penal de la seguridad, Derecho de intervención.

COORDINADORES

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Profesor de Derecho Penal en la Universidad EAFIT

E-mail: jsotoma@eafit.edu.co

DIANA MARÍA RESTREPO RODRÍGUEZ

Abogada de la Universidad de Antioquia

E-mail: yahuaría@yahoo.es

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO: PRESUPUESTOS POLÍTICO CRIMINALES

Investigador principal: Juan Oberto Sotomayor Acosta

Auxiliares de investigación: Susana Escobar Vélez, Juan Sebastián Ceballos Bedoya, Ana Carolina Velásquez Zapata y Diana Restrepo Rodríguez.

Colaboradoras: Diana Patricia Arias Holguín y Rolly Andrea García Téllez.

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

DERECHO PENAL ECONÓMICO

GRUPO DE INVESTIGACIÓN

GRUPO DE ESTUDIOS PENALES [GEP] - UNIVERSIDAD EAFIT

Grupo reconocido por Colciencias – Categoría A

Director: Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta [jsotoma@eafit.edu.co]



Es generalizado, en gran parte debido a la opinión pública y los medios de comunicación, entender a la criminalidad como una amenaza frente a la cual el Derecho penal responde como un remedio. Esto de por sí ya necesitado de mayor reflexión, es todavía más preocupante si se tiene en cuenta que dentro de tal visión, el Derecho penal no es presentado como una alternativa, sino como la única y exclusiva fórmula para combatir la criminalidad, confiando además en que ésta es un fenómeno susceptible de ser eliminado por completo.

En Colombia, aunque no exclusivamente aquí, la política criminal se enfoca a los fenómenos que generan mayor alarma social, y se reduce a la política penal, olvidando que los efectos de la misma suelen ser simbólicos y no reales, y que ese no es el único mecanismo existente, sino que antes bien, debería ser siempre el último y para los casos más graves (como lo imponen los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad).

Adicionalmente, dentro del contexto latinoamericano en general, la diferencia entre Derecho y realidad no es algo coyuntural sino estructural, y además en niveles escandalosos. Esta situación se reproduce en el caso colombiano, al que se añaden básicamente tres particularidades: (a) Hay altísimos índices de violencia que se inscriben en una “confrontación interna de larga duración”¹, donde las causas iniciales se han combinado

con múltiples factores posteriores y con la normalidad de un país que continúa “funcionando”. (b) Al tiempo en que se desarrolla el mencionado conflicto, se presenta en Colombia un desarrollo económico por encima de la media latinoamericana. (c) Dentro del país, y a diferencia de lo que ocurre en países vecinos, hay estabilidad política o al menos continuidad en las instituciones, a pesar de importantes cuestionamientos en cuanto a la legitimidad de las mismas y los niveles de corrupción al interior del Estado.

De esta forma, el Derecho penal tiene un papel muy ambiguo que sigue la dinámica de la confrontación: por un lado, cumple una función negativa de aniquilamiento del enemigo²; por el otro, cumple una función positiva de acuerdo a la cual es instrumento de un proyecto de ciudadanía, donde el Derecho penal no es un “arma” de guerra sino de protección de los derechos del individuo. Esta ambivalencia del Derecho penal lo convierte en una herramienta demasiado peligrosa, por los riesgos siempre ciertos y latentes de manipulación política,

¹ Al respecto, PÉREZ TORO, W. F., “Guerra y delito en Colombia”, en *Estudios Políticos*, N° 16, Medellín, Universidad de Antioquia, 2000.

² Vid. ZAFFARONI, E. R. y otros, *Manual de Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar-Temis, 2005, pp. 10-12, 17. También, SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., “Garantismo y Derecho penal en Colombia”, en *Jueces para la Democracia*, N° 35, Madrid, 1999, p. 92.

pues en un contexto de guerra o confrontación interna siempre se tenderá a presentar como Derecho legítimo a su mera utilización como instrumento bélico.

En efecto, tal utilización se comprueba al examinar cómo el Derecho penal del enemigo, construcción que puede adscribirse al Derecho penal de la seguridad y que se introduce dentro del discurso “modernizador” del Derecho penal, es una figura que no es ajena a la realidad colombiana del poder punitivo, en donde con la “doctrina de la seguridad nacional”, y luego de la “seguridad ciudadana”, se ha presentado constantemente una normalización de las medidas de excepción, como las que desde el ámbito internacional propone el Derecho penal de enemigo, supuestamente para enfrentar de manera excepcional cierta criminalidad específica. Sin embargo, la experiencia Colombiana ha mostrado claramente que tales normativas terminan expandiéndose al tratamiento de la delincuencia común, y permaneciendo indefinidamente en el ordenamiento. Figuras supuestamente (y erróneamente) pensadas para la guerra, acaban aplicándose a toda la criminalidad, que responde a la selección del sistema punitivo que obedece a intereses ajenos a la protección de los derechos de los ciudadanos³.

Precisamente a asuntos como el del Derecho penal del enemigo, o el Derecho penal de la seguridad, concierne el debate acerca de la “modernización” del Derecho penal, sobre el cual se pretende, en este trabajo, presentar una serie de materiales de investigación. Así, la primera parte contiene un escrito de JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA que recoge las principales posturas de la doctrina en cuanto a la “modernización” del Derecho penal, y las

críticas que a las mismas se plantean; todo ello desde una visión que resalta la importancia de considerar los aspectos propios del contexto colombiano.

La segunda parte, coordinada por DIANA MARÍA RESTREPO RODRÍGUEZ, trae una serie de reseñas de algunos de los libros y artículos más importantes en cuanto a la “modernización” del Derecho penal. Son trece los textos a los que se alude, en un trabajo que ha sido realizado con la colaboración de profesores y estudiantes tanto de la Universidad EAFIT como de la Universidad de Antioquia, reunidos en torno al Grupo de Estudios Penales (GEP) de la Universidad EAFIT. El orden en que se reseñan las diferentes obras obedece a la época de publicación, desde textos del año 1996 hasta otros del año 2005. Si bien éstos no son los únicos escritos de importancia que se han realizado sobre el tema, fueron seleccionados por ser representativos de las diversas posturas que han generado el debate en cuanto a la aceptación o no, y en qué términos, de la “modernización” del Derecho penal, y los modelos que con ello se pueden generar.

La tercera y última parte, consiste en una recopilación bibliográfica de las obras que se refieren a la “modernización” del Derecho penal y a temas afines dentro de la literatura jurídica en lengua española, aludiendo sólo excepcionalmente a algunos escritos en italiano. Así, se cumple la pretensión de este cuaderno de investigación, publicado por la Dirección de Investigación y Docencia de la Universidad EAFIT, la cual es, como su nombre lo indica, brindar una serie de materiales de investigación sobre el debate en torno a la denominada “modernización” del Derecho penal.

³ Ampliamente al respecto, APONTE CARDONA, A., *Guerra y Derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2006, en especial, pp. 222 y ss.



II. ¿“MODERNIZACIÓN” DEL DERECHO PENAL? COMENTARIOS A ALGUNAS PROPUESTAS

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA*

A. INTRODUCCIÓN

En Colombia subsisten al tiempo tres sistemas penales: uno ordinario, uno paralelo (Derecho penal de emergencia), y otro subterráneo. A menudo, y esto no es algo nuevo, el sistema paralelo reduce al subterráneo, pero no eliminándolo sino incorporándolo a la “legalidad”⁴. Actualmente, el sistema paralelo ha ido colonizando todo el Derecho penal, ha incorporado parcialmente el subterráneo y ha tomado la forma del Derecho ordinario. Y todo esto puede explicarse por el uso que en el país se ha dado al Derecho penal como instrumento de guerra, pues dentro de la política contra-insurgente se ha convertido al delincuente político en delincuente común. Pero a la vez, está el hecho de que cuando se condena por delitos comunes, se piensa en la lucha contra el enemigo. Entonces, el resultado de esto no es sólo que se le quita estatus al enemigo, sino que a toda la delincuencia se le trata como enemigo, suprimiéndosele las garantías del Derecho penal ordinario.

Ante tal situación, la ciencia penal no puede cumplir un papel legitimador, y por ende no puede dedicarse a la

mera descripción de esa realidad, sino que debe asumir una actitud crítica, evitando caer en la falacia naturalista de confundir al Derecho que “es” con aquel que “debe ser”. En tal perspectiva se inscribe la propuesta del garantismo penal, dentro del marco de una Constitución Política que establece límites al poder, al garantizarle a los ciudadanos el respeto de ciertos derechos, también en el caso de que cometan delitos por los que sean juzgados, y evitando que se produzca una confusión entre el ser y el deber ser en el Derecho.

Es desde esta perspectiva que en este trabajo se presentarán algunas de las propuestas que la doctrina extranjera ha elaborado dentro del debate de la denominada “modernización del Derecho penal”, relacionada, aunque no necesariamente coincidente, con los fenómenos de la expansión del Derecho penal y del Derecho penal de la seguridad. Esta temática, de mayor desarrollo en el ámbito externo que en el nacional, influye sin embargo de manera significativa en las discusiones propias de la doctrina penal colombiana, propiciando un modelo de política criminal que no se corresponde con aquél que se deriva de la Constitución de 1991. De ahí la necesidad de tener claro el debate en torno a la “modernización” del Derecho penal, y considerar las diversas propuestas que se plantean al respecto, para luego, con las consideraciones indispensables en

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad EAFIT, Director de la Revista Nuevo Foro Penal y del Grupo de Estudios Penales de la Universidad EAFIT.

⁴ SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., “Garantismo y Derecho penal...”, p. 93.

cuanto a las diferencias que se presentan en realidades distintas, asumir posturas acertadas.

B. PROPUESTAS FRENTE A LA “MODERNIZACIÓN”

1. ¿Un “Derecho de intervención”? La propuesta de HASSEMER

Las alternativas que plantea HASSEMER a la modernización del Derecho penal, cobijan aspectos del Derecho procesal penal, en el que rechaza la aceptación del principio de oportunidad y la negociación de penas, así como también cuestiones relativas al derecho de organización de los tribunales, tales como el proceso abreviado, el recorte de la competencia judicial o la reducción de recursos⁵.

En el ámbito estrictamente sustantivo HASSEMER propone la eliminación de una parte de la “modernidad” del Derecho penal, por dos vías⁶:

Por una parte, reduciendo el Derecho penal a lo que denomina un *Derecho penal básico*, a partir de la protección no sólo de los denominados bienes jurídicos personales sino también de bienes jurídicos universales, pero siempre y cuando se reconozca que éstos se encuentran funcionalizados a los primeros y por tanto no pueden equipararse a ellos.

De otro lado, dado que la modernización puede acabar apoderándose del “Derecho penal clásico”, se requiere un “Derecho de intervención”, de carácter extrapenal pero con ciertas garantías propias del Derecho penal: “Este ‘derecho de intervención’ estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, con un nivel

de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos. Esta clase de derecho ‘moderno’ no solo sería mucho menos objetable desde el punto de vista normativo, sino también fácticamente más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas”⁷.

Muchas son las críticas que se han formulado a la propuesta de HASSEMER, entre las cuales, sin embargo, destacan las siguientes:

a) En primer término, la crítica más común tiene que ver con la teoría *personal* del bien jurídico⁸ de la que parte HASSEMER, la cual suele ser rechazada por un sector de la doctrina alegando su excesivo individualismo. En tal sentido las objeciones más duras provienen de SCHÜNEMANN, para quien “la teoría personal del bien jurídico ha caído en la trampa de esta sociedad postmoderna, ha tomado sus mundos ficticios y elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del Derecho Penal al despilfarro de los recursos de generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo fabricado industrialmente, despilfarro que en verdad cumple con el concepto primigenio de delito”⁹.

⁵ HASSEMER, W., “Viejo y nuevo Derecho penal”, en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 29-35.

⁶ *Ibid.*, pp. 32 y 33.

⁷ *Ibid.*, pp. 34 y 35.

⁸ HASSEMER, W., “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en *Doctrina Penal*, N^{os} 46/47, Buenos Aires, Depalma, 1989.

⁹ SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 25; en general, pp. 20-28. Esta crítica ha sido respondida por PRITZWITZ, C., “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U. Y NIETO MARTÍN, A., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 270-271, de la siguiente manera: “una doctrina monista y personal del bien jurídico reconoce absolutamente bienes jurídicos universales, y nada, salvo la retórica petulancia y combatividad de Schünemann, obliga a esta doctrina, en el conflicto entre ‘la más insensata veleidad del individuo egoísta’ y ‘las condiciones de vida de las futuras generaciones’, a tomar partido por la primera. Naturalmente puede y debe producirse

b) También es rechazada por algunos la radical oposición de HASSEMER a la proliferación de los delitos de peligro abstracto, pues, según se afirma¹⁰, ello necesariamente conduciría al fracaso de la protección de bienes jurídicos por el Derecho penal, al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna. Según SCHÜNEMANN, “es equivocado anatemizar de este modo por principio los delitos de peligro abstracto; ello resulta reaccionario, entre otras cosas, porque con ello se bloquea el necesario aporte de la ciencia del Derecho Penal a una legitimación tanto constructiva como crítica de los delitos de peligro abstracto, y con ello, el aporte a una actividad legisladora racional en este ámbito”¹¹.

c) Por su parte, para SILVA SÁNCHEZ la “vuelta” al Derecho penal liberal resulta hoy no sólo algo anacrónico sino ucrónico, puesto que “el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal

un debate serio acerca de si la funcionalización de los intereses de la colectividad son preferentes a los del individuo, o si por el contrario, la funcionalización de los intereses de la persona lo son a los de la sociedad. Pero en este punto Schünemann no ofrece ningún aporte argumental. Quien sostenga la posición mencionada en último lugar con la grandilocuencia de Schünemann, debe no sólo fundamentar teóricamente el abandono de una concepción estatal liberal, sino también exponer políticamente cómo puede evitarse el potencial de abuso que conlleva toda versión del lema: ‘¡Tu no eres nada, tu pueblo lo es todo!’”. Este punto de vista siempre ha estado claro para HASSEMER, quien ha entendido que “la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona... un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre”, HASSEMER, W., “Lineamientos...”, pp. 282-283; también, “Viejo y nuevo Derecho penal”, pp. 32-33.

¹⁰ Así, SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas...*, pp. 31-33.

¹¹ *Ibid.*, pp. 33 y 34. No obstante, como aclara MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, p. 117, “realmente esta corriente crítica no rechaza de plano ni la protección de bienes jurídicos supraindividuales ni la posibilidad de recurrir en algunos casos y con moderación a la tipificación de delitos de peligro abstracto. Se trata más, por tanto, de una crítica a la *ampliación excesiva* de la criminalización a través de estos dos instrumentos que de su rechazo frontal”.

reconstrucción se olvida la presencia de aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. La verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días”¹².

d) También se ha criticado, por poco precisa y falta de desarrollo, la propuesta de un “Derecho de intervención”, puesto que, según algunos, se trata de una propuesta que “elude afrontar las razones por las que se ha producido esa inflación penal así como buscar soluciones que, atendiéndolas, muestren la máxima racionalidad posible”¹³. Otros, además, no le encuentran lugar a ese “Derecho de intervención”, pues se precisa que “Un Derecho sancionatorio anclado entre el Derecho penal y el Derecho de las contravenciones de ningún modo puede quedar por debajo de las garantías existentes en las contravenciones; entre ellas se cuenta, particularmente, al igual que en el Derecho penal, la prueba de la concurrencia de todos los elementos del delito”¹⁴.

e) Por último, también es frecuente la crítica de que la diferenciación propuesta por HASSEMER es “ideológicamente ambigua”¹⁵, no sólo porque dichas posturas se reivindican desde posiciones ideológicas de muy diversa índole¹⁶, sino también porque se le acusa

¹² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 2001, p. 149.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, p. 150.

¹⁴ HIRSCH, H. J., “El Derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad”, en *Derecho penal. Obras completas*, tomo II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 78.

¹⁵ DONINI, M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 137.

¹⁶ Así, MARINUCCI, G. y DOLCINI, E., “Derecho penal “mínimo” y nuevas formas de criminalidad”, en *Revista de Derecho*

de olvidar que el Derecho penal clásico ha tenido la protección de la propiedad privada como eje, razón que explica “que los miembros de la clase baja, caracterizados en primera línea por su falta de bienes y, en todo caso, por sus bajos ingresos, suministren a la justicia penal práctica la clientela preferente, o, menos eufemísticamente formulado, de que tanto en la estadística criminal como también los establecimientos penitenciarios estén considerablemente representados”¹⁷.

Aunque no se trata aquí de profundizar y de responder a los cuestionamientos formulados a la Escuela de

Penal y Criminología, Nº 9, Madrid, UNED, 2002, pp. 813 y ss. En relación con este punto explica MENDOZA BUERGO, B., *Derecho penal...*, p. 178, que se critica a algunos de quienes rechazan el derecho penal del riesgo con el argumento de que “su rechazo a la intervención supuestamente desmesurada del Estado para conseguir mayores cotas de seguridad se basaría en *argumentos conservadores*, que combaten en general el excesivo intervencionismo del Estado social porque, supuestamente, paralizaría la libertad ciudadana. Tal crítica resulta equívoca y, en definitiva, rechazable. ...el excesivo intervencionismo penal del Estado para conseguir mayores cotas de seguridad se puede criticar, precisamente, no desde posiciones conservadoras que atacan al Estado social, sino desde las progresistas que apoyan la actividad estatal en lo social, pero no la criminalización excesiva con la excusa de procurar más seguridad. Más bien es conservadora la tesis que pretende mas seguridad a costa de menos libertades y menos garantías”.

¹⁷ SCHÜNEMANN, B., “Del derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”, en SCHÜNEMANN, B.: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 54. En igual dirección, GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 164-189; MARINUCCI, G. y DOLCINI, E., “Diritto penal ‘minimo’ e nuove forme di criminalità”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 3, Milano, 1999, pp. 813 y ss.; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 430; DONINI, M., *Il volto attuale...*, pp. 137-139; GORRIZ NÚÑEZ, E., “Posibilidades y límites del Derecho penal de dos velocidades”, en Terradillos Basoco, J. y Acale Sánchez, M. (Coords.), *Temas de Derecho penal económico*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 343 y 344.

Frankfurt o a los sectores críticos de la modernización del Derecho penal¹⁸, salta a la vista que algunas de las críticas formuladas a HASSEMER resultan por lo menos exageradas y en el fondo desvían la atención sobre el cuestionamiento más importante y al cual podrían reconducirse las diversas críticas que la perspectiva de Frankfurt formula a la modernización del Derecho penal, y que tiene la forma de pregunta (por cierto, aún no respondida de forma satisfactoria): ¿esta sociedad conmocionada necesita la intervención del Derecho penal?¹⁹.

Como lo destaca con toda claridad PRITTWITZ, el recurso al Derecho penal para enfrentar toda clase de riesgos sociales “debiera partir de una evaluación de la capacidad de rendimiento del Derecho penal de acuerdo con los cometidos que tradicionalmente se le han asignado; lo que no consiste en ningún caso en la repetición, a modo de conjuro, de las fórmulas a través de las que expresamos nuestros deseos en relación a las tareas que el Derecho penal cumple. Lo que diferencia a la incómoda pregunta que debe plantearse es que se trata de determinar ante qué tipo de problemas puede reaccionarse mediante el Derecho penal con más o menos buenos resultados”²⁰.

Pareciera, pues, que no se trata propiamente de renunciar a la protección de las condiciones de vida de las generaciones futuras, ni de justificar el Derecho penal como mecanismo de represión exclusivo de los comportamientos propios de los sectores más pobres de la población, y mucho menos de una vuelta a la sociedad del siglo XIX. Se trata de algo más elemental: de recordar

¹⁸ El interés por el momento es meramente descriptivo del debate, sin perjuicio de lo que de forma puntual se pueda decir más adelante al presentar las posiciones de SILVA SÁNCHEZ, SCHÜNEMANN y JAKOBS. Un análisis más amplio y profundo del debate se encuentra en MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal...*, pp. 155 y ss. y en PRITTWITZ, C., “Sociedad del riesgo y derecho penal”, pp. 259 y ss.

¹⁹ Así, PRITTWITZ, C., “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, p. 272.

²⁰ *Ibid.*, p. 273.

que el uso del Derecho penal, inclusive cuando se trata de alcanzar los fines más nobles y sinceros, presupone la previa demostración (es decir, más allá de las simples creencias personales) de la idoneidad y eficacia de los instrumentos penales para lograr dichas metas. Al menos mientras, como dice PRITTWITZ, se siga entendiendo que el *Derecho* (y no la pena), con toda su modestia, resulta el componente esencial de la expresión "*Derecho penal*"²¹.

Es en este sentido que resulta entonces plausible la reivindicación del Derecho penal *liberal*, razón por la cual desorienta bastante la crítica reseñada *supra*, en cuanto plantea la imposibilidad de una vuelta al "viejo y buen Derecho penal liberal"²². En realidad, no parece que la propuesta minimalista pueda entenderse orientada a demandar una vuelta a la legislación penal liberal del siglo XIX o a la sociedad de entonces. Se trata, por el contrario, de la reivindicación de un *modelo* de Derecho penal liberal, esto es, de un Derecho penal cuya legitimidad depende no de la mera consecución de determinados fines sino de la consecución de dichos fines de conformidad con ciertas reglas, de cuya observación, en consecuencia, depende la admisibilidad del recurso a la herramienta penal²³. Ahora bien, dado que no se puede desconocer que el Derecho penal moderno es también, en mayor o menor grado, producto de la intrínseca ambivalencia propia del modelo tradicional liberal²⁴, quizás la perspectiva quede más clara si se explica que lo de "liberal" lo que busca es caracterizar

un Derecho penal centralizado en el ser humano y por lo tanto entendido como garantía de su *libertad*. Por ello, a lo mejor entonces resulta preferible hablar de un *modelo garantista* de Derecho penal, para evitar los equívocos²⁵. Y es precisamente en cuanto *garantía* que hoy, como se dijo en otro lugar²⁶, no parece suficiente con acudir al maltrecho aparato conceptual del viejo "Derecho penal liberal" ni por lo tanto de privilegiar el "fetiche" tangible y "fácilmente visualizable de la ley positiva y del tenor literal como mejor garantía de la unidad y univocidad de las decisiones judiciales"²⁷.

No se debe pasar por alto que cuando BECCARIA sentenciaba que "Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores"²⁸, partía de un modelo ideal de legislación, elaborada conforme a los postulados de la ideología liberal, es decir, inspirada en "el espíritu de la moderación", para decirlo con las palabras de MONTESQUIEU²⁹. Una ley, por tanto, muy distinta a la que caracteriza la actual modernización del Derecho penal y el Derecho penal de emergencia. De ahí que un desarrollo coherente de los mismos planteamientos que

de los tipos, penas desproporcionadas, demandas irracionales de incriminación, delitos puramente formales, tipos en los que se difuminan diferencias que se suelen considerar básicas en cuanto a la forma de imputación) vienen realizándose desde siempre –muchas veces, con mayor motivo– a figuras propias del derecho penal más clásico". Claro que, siendo así, lo que de ello cabe deducir no es la ampliación sino por el contrario la restricción del derecho penal como mecanismo idóneo para enfrentar los nuevos riesgos; cfr. PRITTWITZ, C., "Sociedad del riesgo y derecho penal", pp. 268-279.

²¹ Así lo plantea PRITTWITZ, *Ibid.*, p. 287. En igual dirección, ZAFFARONI, E. R. y otros, *Derecho penal*, pp. 48-51; SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., "Garantismo y derecho penal...", p. 97.

²² Así SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, p. 149.

²³ En esta línea, MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal...*, p. 169.

²⁴ Tiene razón entonces PAREDES CASTAÑÓN, "Sobre el concepto de Derecho penal del riesgo: algunas notas", en *Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional*, N° 4, julio-septiembre, Bogotá, Legis, 2003, pp. 117 y 118, cuando considera necesario relativizar la distinción entre "derecho penal clásico" y "derecho penal del riesgo", pues "no debería olvidarse que varias de las críticas que se hacen a este último (pérdida de garantías probatorias, ineficacia preventiva, vaguedad de la redacción legal

²⁵ Equívocos que sin embargo no son nuevos ni siquiera en Colombia: cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J. O.: "¿Derecho penal liberal o derecho penal crítico en Colombia?", en *Francesco Carrara (homenaje en el centenario de su muerte)*, Bogotá, Temis, 1988, p. 258

²⁶ SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., "Garantismo y derecho penal...", p. 96.

²⁷ Así, OROZCO ABAD, I. y GÓMEZ ALBARELLO, J. G., *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, IEPRI - Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997, p. 101.

²⁸ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 1987, p. 6.

²⁹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1977, p. 371.

originaron la propuesta de BECCARIA, debe hoy llevar a entender que la ley se encuentra sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de Derecho establecido por la Constitución³⁰.

2. ¿Derecho penal de velocidades? La propuesta de SILVA SÁNCHEZ

Como se indicó atrás, SILVA SÁNCHEZ critica la propuesta de HASSEMER argumentando que el Derecho penal liberal nunca existió como tal³¹, destacando, además, que éste implica también una rígida protección del Estado y de ciertos principios de la organización social. Por ello, entiende que la rigidez de las garantías liberales no es más que el contrapeso necesario al rigor de las sanciones imponibles³².

Al mismo tiempo, entiende este autor que no se deben olvidar las características del Derecho penal moderno, las cuales son una realidad; en su opinión no basta con proponer que algunos aspectos pasen al Derecho administrativo sancionador, sin afrontar las razones por las que se ha producido la expansión y buscar soluciones que atendiendo a ellas, busquen la mayor racionalidad posible³³. De ahí que con algo más que “alguna resignación”³⁴ presente su propuesta como “más realista o, si se quiere, posibilista acerca de la medida en que, desde un Derecho penal con vocación racionalizadora, han de acogerse las demandas sociales de protección precisamente ‘penal’”³⁵.

En virtud de que entiende que se está frente a una realidad que no tiene vuelta atrás, propone un Derecho penal de “dos velocidades”³⁶, con base en los siguientes argumentos:

³⁰ Sobre el particular y sobre los fundamentos de un modelo garantista de derecho penal, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, p. 149.

³² *Ibid.*, p. 149.

³³ *Ibid.*, p. 150.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*, pp. 159-162.

a) En primer término, vinculando la dependencia de las garantías jurídico penales a la entidad de la sanción: “la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tiene una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología”³⁷. En tal sentido, los principios y la dogmática del delito como límites al poder estatal se justifican por el tipo de sanciones penales que acarrea: muerte, prisión, etc.

b) Por lo anterior, el problema no es tanto la expansión del Derecho penal sino de la pena privativa de la libertad, que es la que en realidad debe ser contenida³⁸.

c) De ahí la posibilidad de una *gradualidad* de las reglas de imputación atendiendo a la gravedad de las penas a imponer, dentro del propio Derecho penal: “el Derecho penal, dentro de su unidad sustancial, contiene dos grandes bloques de ilícitos. El primero, el de los conminados con penas de prisión. El segundo, el de los que se vinculan a otro género de sanciones. Sentado esto, no parece que exista razón alguna para que el Derecho penal de la pena de prisión deba alejarse del modelo liberal en cuanto a reglas de imputación y garantías político-criminales. La gran trascendencia de la sanción más bien abona la tesis contraria. Ahora bien, también es cierto, como se ha indicado, que la demanda social de protección a través del Derecho penal probablemente no se vería resuelta de un modo funcional con un Derecho penal reducido a su núcleo duro. La ordenada respuesta a la demanda punitiva debe, pues, seguramente resolverse a través de una ampliación del Derecho penal en orden a la protección de intereses que no pertenecían a su ámbito clásico de aplicación. A su vez, es más que probable que tal expansión flexibilice reglas de imputación y principios de garantía; pues, dada la naturaleza de los intereses objeto de protección, dicha tutela sería prácticamente imposible en el marco

³⁷ *Ibid.*, pp. 150 y 151.

³⁸ *Ibid.*, p. 152.

de reglas y principios clásicos. Todo ello no se cuestiona sustancialmente, siempre que tenga lugar en el marco general de lo necesario en términos de prevención de integración y de mantenimiento del máximo nivel de garantías posible en cada caso. Sí se pretende subrayar, en cambio, que *esa ampliación del Derecho penal –de la que se parte como dato constatado- no puede basar su requerida fuerza comunicativa en la imposición de penas de prisión*³⁹.

El hecho de que se trate también de Derecho penal y no de un Derecho administrativo o de intervención tendría como ventajas, en opinión de este autor, el mantenimiento de su dimensión sancionatoria, frente a las sanciones civiles que son de carácter reparador; de igual forma, su carácter *penal* implicaría que dicha sanción retuviera “los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólico-comunicativa propios del Derecho penal”⁴⁰; además, en comparación con el Derecho administrativo, habría mayor neutralidad respecto a la política e imparcialidad jurisdiccional.

Se rechaza así mismo la crítica de SCHÜNEMANN en el sentido de que la permanencia de la modernización en el ámbito administrativo (o de las penas no privativas de libertad) implica defender un Derecho penal de clases, pues se entiende que el problema no es de los sujetos sino de los hechos y de las consecuencias jurídicas que generan⁴¹.

Finalmente, a partir de la segunda edición de su obra, SILVA SÁNCHEZ plantea la posibilidad de admitir una tercera velocidad del Derecho penal, que sería aquella en la cual el Derecho penal de la cárcel concurriría con la flexibilización de las reglas de imputación, de los criterios procesales y de las garantías político-criminales⁴².

Advierte, en todo caso, que un Derecho penal de la tercera velocidad existe en lo referente al Derecho penal socio-económico. Y aunque en principio parece mostrarse de acuerdo en que el ámbito de tercera velocidad debería reconducirse a la primera o a la segunda velocidad, termina planteando que ante fenómenos como los de la “delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, (...) la criminalidad organizada y el terrorismo”, el Derecho penal de tercera velocidad es en estos “ámbitos *excepcionales* y por tiempo limitado, inevitable”⁴³. En definitiva, la tercera velocidad del Derecho penal coincidiría, y así lo reconoce el propio SILVA SÁNCHEZ⁴⁴, con lo que JAKOBS ha denominado *Derecho penal del enemigo*⁴⁵.

La propuesta de SILVA SÁNCHEZ se encuentra evidentemente cercana a la de HASSEMER (de la cual parte, según él mismo lo reconoce⁴⁶) y por ello en algunas ocasiones, aunque se admiten diferencias, suelen ser tratadas (y criticadas) de forma más o menos conjunta⁴⁷, dado que al fin de cuentas ambos proponen enfrentar la modernización interviniendo de forma diferenciada. No obstante, dichas propuestas parecen estar más lejos de lo que las apariencias indican. En primer término porque, al entender que “no hay vuelta atrás”, SILVA SÁNCHEZ acepta

³⁹ Ibid., pp. 158-159.

⁴⁰ Ibid., p. 162.

⁴¹ Ibid., p. 158.

⁴² Ibid., p. 163.

⁴³ Ibid., pp. 163 y 164.

⁴⁴ Ibid., p. 164.

⁴⁵ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, GÜNTHER y CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 19-56; igual, en *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996; ya antes, aunque por entonces en sentido crítico, en “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Civitas-UAM, 1997, pp. 293-324.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, pp. 153 y 154.

⁴⁷ Así, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna...”, p. 407; GORRIZ NÚÑEZ, E., “Posibilidades y límites...”, p. 341; GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos...*, pp. 127 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., “Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico”, en TERRADILLOS BASOCO, J. y ACALE SÁNCHEZ, M. (coords.), *Temas de Derecho penal económico*, Madrid, Trotta, 2004, p. 221.

de forma “resignada” –según sus propias palabras⁴⁸- la modernización del Derecho penal, y de hecho parte de la existencia de una demanda social de protección a través del Derecho penal que probablemente no se vería resuelta de un modo funcional con un Derecho penal reducido a su núcleo duro. En otras palabras, para este autor el Derecho penal (y no otro sector del ordenamiento jurídico) debe satisfacer las demandas de seguridad de la sociedad actual.

Por el contrario, HASSEMER descarta lo anterior, pues de las respuestas diferenciadas que él acepta, sólo una tiene un carácter estrictamente penal y, en cuanto tal, se encuentra sometida a todas las reglas y limitaciones propias de toda intervención penal; el denominado “Derecho de intervención”, aunque es posible que no se sepa a ciencia cierta qué clase de Derecho es, sí está claro que no es Derecho *penal*.

Es bien sabido que los males de la pena no se agotan en la privación de la libertad. El mero proceso penal puede tener efectos estigmatizantes tan altos como la pena misma, hasta el punto que pueden resultar intolerables si no van acompañados de las suficientes garantías de que no se producirá un mal mayor al que supuestamente se pretende evitar⁴⁹. Ello, por sí solo, resulta suficiente para rechazar un Derecho penal con menos garantías por el solo hecho de que la sanción no sea privativa de la libertad; aún más, si dichas propuestas nacen de una real preocupación por la degradación de las garantías del Derecho penal a consecuencia de la política criminal actual, resulta incoherente que se termine reivindicando un modelo garantista de “menor nivel”⁵⁰. Como bien ha dicho MENDOZA BUERGO, “El Derecho penal es todo él en

su conjunto Derecho penal. Por tautológica y evidente que pueda parecer tal afirmación, lo cierto es que incriminar un comportamiento supone ya insertarlo en la rama que ocupa la cúspide de las posibles reacciones punitivas y eso, por sí solo, obliga ya a adoptar en todo caso las máximas garantías y a exigir las reglas de imputación que se estiman adecuadas y necesarias según el sistema. Es la cualidad de sanción penal lo que determina el establecimiento y el respeto a ciertas reglas, categorías y principios, sea cual sea la gravedad de los hechos sancionados, y sea cual sea la entidad de la pena”⁵¹.

Las diferencias entre los modelos es valorativa, por lo que nada impediría una tercera⁵², cuarta o quinta velocidad, como de hecho lo demuestra la admisión posterior por el propio SILVA SÁNCHEZ del denominado “Derecho penal del enemigo” como una posible “tercera velocidad” caracterizada por la imposición de penas privativas de la libertad y flexibilización de los principios político criminales y las reglas de imputación. Admitida esta última posibilidad, la propuesta pierde cualquier pretensión limitadora y antes por el contrario, en ella el Derecho penal se termina amoldando a las diversas pretensiones punitivas existentes, sin oponer mayor resistencia.

Además, resulta del todo pertinente la preocupación que plantea TERRADILLOS BASOCO respecto de los criterios para determinar lo que pertenece a los diferentes modelos de Derecho penal que se proponen, pues por esta vía podría crearse, es cierto, una especie de inmunidad de los comportamientos de los más poderosos frente a las sanciones más graves del Derecho penal⁵³.

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, p. 162, quien no obstante reconoce al mismo tiempo la existencia de un espacio de “expansión razonable” (*Ibidem*).

⁴⁹ En tal dirección, LOPERA MESA, G. P., “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en *Jueces para la Democracia*, N° 53, Madrid, 2005, p. 51.

⁵⁰ Así lo denuncia TERRADILLOS BASOCO, J., “Globalización...”, p. 237.

⁵¹ MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal...*, p. 185.

⁵² Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., “Globalización...”, p. 237.

⁵³ *Ibid.*, p. 238. En igual dirección, SCHÜNEMANN, B., “Del derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”, en SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 54; GRACIA MARTÍN, LUIS, *Prolegómenos...*, pp. 164-189; MARINUCCI, G. y DOLCINI, E.,

Por otra parte, el punto de partida que conduce a SILVA SÁNCHEZ a proponer un Derecho penal de velocidades es en sí discutible. En efecto, parte de la “directa relación existente entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación”⁵⁴; y para, en desarrollo de tal perspectiva, justificar la existencia de un Derecho penal de menores garantías (esto es, de “segunda velocidad”), afirma que la reivindicación hoy del Derecho penal liberal como respuesta a la modernización o expansión del Derecho penal, olvida que “la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles”⁵⁵. Ello, sin embargo, debe matizarse, pues la idea de que el cúmulo de garantías propias del Derecho penal liberal surgió como contrapeso a la gravedad de las penas propias del Estado liberal (en especial la pena de muerte y la prisión), pasa por alto el hecho de que las propuestas de implementación de la pena de prisión se enmarcan dentro de una política más global de humanización del Derecho penal, centrado de forma muy particular en la lucha contra la pena de muerte y la tortura⁵⁶. Ya decía BECCARIA que el mayor freno de los delitos no está en la crueldad de las penas sino en su infalibilidad, la cual debería ir acompañada siempre de una “legislación suave”⁵⁷; luego, las propuestas liberales en materia penal (entre las cuales se podría tener en cuenta la instauración de la prisión como pena), lo que pretendían era una limitación del poder punitivo estatal y para ello proponían penas menos graves (no a la pena

de muerte o en todo caso no a su proliferación, y sí en cambio penas que en su momento eran vistas como menos graves, como podría ser la prisión) y garantías máximas frente a *toda* intervención punitiva estatal (y no sólo frente a la más grave).

Aún más, la disminución de la gravedad de las penas y la instauración de garantías del individuo frente al ejercicio del poder penal del Estado, fueron ideas comunes a las diferentes ideologías penales concurrentes en el Iluminismo penal (utilitarismo, humanitarismo y retribucionismo)⁵⁸; en efecto, la pena de muerte, por ejemplo, era rechazada bien por inútil desde el punto de vista preventivo, por inhumana o desproporcionada, o por las tres cosas a la vez⁵⁹. En tal contexto, se insiste, la aceptación de la prisión y otras penas como la servidumbre o la confiscación debe entenderse como un argumento en contra de las prácticas punitivas más relevantes del momento⁶⁰. Mas, en todo caso, la

“Diritto penal ‘minimo’ e nuove forme di criminalità”, pp. 813 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna...”, p. 430; DONINI, M., *Il volto attuale...*, pp. 137-139; GORRIZ NÚÑEZ, E., “Posibilidades y límites...”, pp. 343 y 344.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, p. 150.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 145.

⁵⁶ Así lo explican, entre otros, TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Milano, Il Mulino, 1976, pp. 383-392; PRIETO SANCHÍS, L., *La filosofía penal de la Ilustración*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 32-41; y AGUDELO BETANCUR, N., “Crítica y control del poder punitivo del Estado”, Estudio preliminar de BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 1987, pp. IX y ss.

⁵⁷ BECCARIA, C., *De los delitos...*, p. 47.

⁵⁸ Vid. TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 383-392.

⁵⁹ Así, por ejemplo, BECCARIA, C., *De los delitos...*, pp. 35-42. Como explica TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 462-478, la obra de BECCARIA constituye una síntesis de las diversas ideologías iluministas sobre la pena. Cabe destacar, por ejemplo, la confluencia en este mismo sentido del pensamiento nada utilitarista de CARRARA, quien sin embargo no sólo fue un crítico decidido de la pena de muerte y militante comprometido de la causa abolicionista [vid. FINZI, V., “Francesco Carrara y la campaña por la abolición de la pena de muerte”, en CARRARA, F.: *Programa de derecho criminal*, vol. 10, Apéndice, Bogotá, Temis, 1978, pp. 88-95] sino también el máximo exponente del derecho penal liberal; cfr. AGUDELO BETANCUR, N., *Grandes corrientes del Derecho penal: Escuela Clásica (El pensamiento jurídico penal de Francesco Carrara)*, 2ª edición, Bogotá, 1993, pp. 1-12 y 60-86.

⁶⁰ Por supuesto, la prisión es justificada por el discurso jurídico en la lucha por la humanización del derecho penal, porque se le contraponía a la pena de muerte. Pero su instauración como pena sólo se explica en virtud de cambios sociales y políticos más profundos, que tocan con la tecnología del poder. En palabras de FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI, 1981, p. 233, “La prisión, pieza esencial del arsenal punitivo, marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la ‘humanidad’. Pero también un momento importante en la historia de esos mecanismos disciplinarios que el nuevo poder de clase estaba desarrollando: aquel en que colonizan la institución judicial”.

propuesta no se encaminaba a justificar las exigentes garantías liberales sólo frente a la intervención punitiva más grave (para el momento, la pena de muerte); todo lo contrario: tales garantías se exigían frente a las únicas penas justificables, que eran las penas “suaves” (entre las cuales podría entenderse incluida la prisión).

Por consiguiente, las garantías son el “contrapeso” a la *pena*, y no a las penas más graves. Aún más, un desarrollo de la perspectiva liberal en la actualidad, debería más bien conducir a lo contrario de lo propuesto por SILVA SÁNCHEZ, esto es, a un Derecho penal sin penas privativas de la libertad (o por lo menos a una drástica reducción de las mismas) y a una maximización de los límites a dicha intervención punitiva⁶¹.

Para finalizar, quizás el aspecto más crítico de las propuestas de SILVA SÁNCHEZ tiene que ver con cierta tendencia a identificar el Derecho penal que surge como respuesta a los nuevos riesgos de la sociedad del riesgo y el Derecho penal de la seguridad ciudadana, sobre todo cuando se entiende la criminalidad de los excluidos como una “dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo”⁶², afirmación que bien podría propiciar la instrumentalización del discurso de la modernización por uno oculto de la seguridad ciudadana. Ya lo ha dicho Díez Ripollés: “Equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en

la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas. Su vinculación, más allá de que puedan ambas dar lugar a conductas delictivas, se sustenta únicamente en la amplitud semántica del término riesgo, pero no parece estar en condiciones de rendir frutos analíticos”⁶³.

3. El dualismo lógica material y razón práctica (en especial, los planteamientos de SCHÜNEMANN).

Un buen sector de la doctrina podría afirmarse que sostiene una concepción intermedia en torno al debate sobre la modernización del Derecho penal, en tanto considera posible una combinación entre utilitarismo y garantismo, entre lógica material y razón práctica. Las diferencias se presentan fundamentalmente a la hora de resolver los conflictos inherentes a toda concepción ecléctica, a partir de lo cual pueden diferenciarse dos tendencias⁶⁴: un sector de la doctrina que acepta, con ciertas limitaciones, la asunción de ciertos ámbitos del Derecho penal moderno (en especial los referidos a los “nuevos riesgos”), pero sobre la base del respeto, en lo esencial, a los principios y reglas tradicionales del Derecho penal. Ésta parece ser la posición, sin duda, de la gran mayoría de la doctrina penal actual; no obstante, también en este sector doctrinal, por supuesto, se pueden encontrar diferencias de matices importantes, por lo que resulta discutible que se pueda trazar una línea divisoria clara entre partidarios y no partidarios de la modernización, pues difícilmente puede encontrarse algún autor que en la actualidad no acepte algún grado de la misma. Más acertado resulta el análisis si lo que

⁶¹ Esta es la perspectiva que desarrolla FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, citado; en la misma orientación debe entenderse la propuesta de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª edición, Pamplona, Aranzadi, 2003, p. 206, de entender que el sistema de garantías penales cubre todo el ámbito del derecho sancionador del Estado, por tanto también el derecho administrativo sancionador: “si ahora el *ius puniendi* se expresa también –y a veces mayoritariamente– en otro ámbito sancionatorio no propiamente ‘penal’, en el sentido de otros injustos (administrativos) y otras sanciones (cualitativa y cuantitativamente distintas), debemos preocuparnos de las garantías y de los principios de atribución también en ese ámbito, porque sino estaríamos dejando en manos del Estado la potestad de intervenir en la vida y bienes de los ciudadanos de manera excesiva, con un mero ‘fraude de etiquetas’”.

⁶² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, p. 31.

⁶³ Díez Ripollés, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 07-01 (2005), p. 11.

⁶⁴ Cfr. MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal...*, pp. 119 y 120.

se tiene en cuenta es el grado de modernización que se está dispuesto a admitir, punto de vista desde el cual el sector que se comenta estaría conformado por quienes consideran inmodificable, en lo esencial, el sistema de principios y las reglas básicas de imputación de responsabilidad penal⁶⁵, y por ello mismo excluyen de forma expresa o tácita la plena funcionalización del Derecho penal a la satisfacción de las demandas de tutela y exigencias de seguridad que caracteriza al “Derecho penal moderno”.

Otro sector doctrinal va más allá y considera que la eficacia preventiva del Derecho penal debe conducir a la revisión de algunos de los principios y tradicionales reglas de imputación de la responsabilidad penal para adaptarlas a las nuevas realidades. En tal dirección, a diferencia de SILVA SÁNCHEZ y del propio HASSEMER, no sólo se considera plenamente legítima la intervención para hacer frente a los nuevos riesgos, sino inapropiado el recurso a un “Derecho de intervención” o de segunda velocidad, por cuanto ello podría disminuir la utilidad preventiva del Derecho penal. Tal es el caso de la postura de SCHÜNEMANN, la cual, valorada de forma global, hasta permitiría afirmar que conduce a la legitimación de la denominada modernización o expansión del Derecho penal⁶⁶.

Este autor crítica las posiciones de HASSEMER y de JAKOBS, en tanto las entiende como obstáculos a la modernización del Derecho penal: “Estamos ante dos callejones sin salida que cortan la ulterior evolución de la ciencia del Derecho penal: el individualismo de Frankfurt está abocado a exprimir en demasía un único principio, convirtiéndolo así, en vez de en un elemento positivo, en un obstáculo; el normativismo de JAKOBS, por su parte, necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia”⁶⁷.

SCHÜNEMANN parte del rechazo a la necesidad de acudir a la noción de Derecho penal del riesgo, pues considera su presupuesto, esto es, la denominada “sociedad del riesgo”, como una noción imprecisa y unilateral. Aún más, considera que “los riesgos vitales del individuo son hoy en día mucho menores que al comienzo de la Edad Moderna, en la que la vida era un constante riesgo, mientras que la dimensión específica de los grandes riesgos industriales aparece claramente ya también en el siglo XIX. Si se busca el rasgo característico dominante de la sociedad actual, en realidad ha de hablarse con mayor razón de una sociedad de despilfarro, de malgasto y de disipación, ya que el volumen de la puesta en peligro de recursos es esencialmente inferior al de la destrucción de recursos”⁶⁸. Pese a ello, de forma un tanto contradictoria⁶⁹, reconoce al mismo tiempo ciertas particularidades de la sociedad actual, que sin embargo coinciden con la caracterización de la sociedad del riesgo, cuales son: en primer término, la existencia de relaciones causales múltiples cuyo esclarecimiento en detalle es de todo punto de vista imposible con los métodos e instrumentos científico-naturales actuales a causa de su interrelación y de su compleja confluencia⁷⁰.

⁶⁵ Se han referido de manera expresa al tema, entre otros: HIRSCH, H. J., “El Derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad”, en *Derecho penal. Obras completas*, tomo II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 61 y ss.; MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal...*, pp. 118 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., “Globalización...”, p. 219-240; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna...”, p. 430; GORRIZ NÚÑEZ, E., “Posibilidades y límites...”, citado; DONINI, M., *Il volto attuale...*, pp. 137-139; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “Sobre el concepto...”, pp. 111-130; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Viejas y nuevas tendencias...”, p. 579-608.

⁶⁶ SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas...*, pp. 11 y ss. Tal punto de vista ha sido extremado en España por GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos...*, pp. 155 y ss. También se debe incluir en este sector de la doctrina a TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Barcelona, Ariel, 1985, pp. 9-20, dado el amplio reconocimiento que hace a los bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico y a su plena aceptación del recurso a la técnica de los delitos de peligro abstracto. Sobre este sector doctrinal,

incluyendo a otros autores, MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal...*, pp. 141-153.

⁶⁷ SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas...*, p. 14.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁶⁹ Tal como lo ha puesto de presente MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal...*, pp. 147-151.

⁷⁰ SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas...*, p. 31.

Y, en segundo lugar, la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada⁷¹.

Lo anterior, en opinión del autor alemán, debe influenciar la forma de operar del Derecho penal, pues si quiere seguir protegiendo bienes jurídicos teniendo en cuenta esta variación en las relaciones de intercambio sociales, habrá de cambiar el punto en el que ha de insertarse la “palanca preventiva” de las normas penales, de donde, según él, “el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas”⁷².

La postura de SCHÜNEMANN parte de una creencia absoluta en la funcionalidad instrumental del Derecho penal, que resulta desmentida por la realidad actual del propio sistema penal. Así mismo, pareciera desconocer que los desarrollos actuales del Derecho penal contrarios a los postulados del Estado de Derecho, han surgido precisamente de la contradicción inherente a la conjunción entre los criterios de utilidad y justicia. Por lo demás, se profundiza en la perspectiva del Estado de policía si, como destaca PRITTWITZ⁷³, se entiende que de la falta de idoneidad del Derecho penal de *lege lata* para regular determinados fenómenos se desprende como consecuencia inexorable que éste, como instrumento preventivo de control social, debe adaptarse al problema.

En otras palabras, se pierde de vista el principio de subsidiariedad, como queda puesto de manifiesto en los argumentos esgrimidos a favor de los delitos de peligro abstracto.

SCHÜNEMANN no responde la pregunta más importante, referida a qué tan cierto es que esta sociedad

conmocionada necesita la intervención del Derecho penal para evitar males tan graves como, por ejemplo, la desprotección de las generaciones futuras, pues toda demanda en tal sentido presupone que la amenaza que se pretende prevenir procede de comportamientos razonablemente evitables por el Derecho penal⁷⁴.

Como destaca PRITTWITZ⁷⁵, la legitimación de un Derecho penal del riesgo debería responder antes una serie de preguntas que en realidad ni se formulan, tales como: ¿Cuál es el problema? ¿Frente a ese problema puede esperarse algo del Derecho penal actual? ¿Podría conseguirse algo si se simplifica el Derecho penal? ¿En qué medida deben admitirse esos cambios sin desvirtuar las exigencias del Estado de Derecho?

Pero para responder a estos interrogantes –continúa PRITTWITZ⁷⁶- debería antes determinarse cuándo resulta aceptable conformarse con creencias y apreciaciones personales y en qué otros casos debe exigirse y con qué grado un saber empírico. La respuesta debería atender al contexto: el del marco de una comunicación social no organizada, del saber científico y de la actuación política. Sólo en el primero de ellos basta la creencia personal, pues nadie está obligado a fundamentar empíricamente sus convicciones. Pero para la ciencia no son suficientes las intuiciones, pues existen patrones para medir la corrección o admisibilidad de una afirmación. Y en la política, por lo menos las actuaciones estatales aparecen limitadas por un determinado nivel de racionalidad señalado en la Constitución⁷⁷.

Adicionalmente, dentro de esta postura de aceptación parcial de la “modernización” del Derecho penal que permite la revisión de algunos de los principios y reglas de imputación de la responsabilidad penal ante las nuevas

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

⁷³ PRITTWITZ, C., “Sociedad del riesgo y derecho penal”, p. 280.

⁷⁴ Ibid., p. 273.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid., pp. 274 y 275.

⁷⁷ Así, LOPERA MESA, G. P., “Principio de proporcionalidad...”, pp. 39 y ss.

realidades, subyacen otros peligros. Una muestra de esto puede verse al analizar la postura de GRACIA MARTÍN⁷⁸, quien habla de superar la protección exclusiva de los intereses de una clase social –en desmedro de las otras– que se presenta con el Derecho penal liberal. Este autor propone un Derecho penal que vincule igualmente a las clases poderosas, y que sería “moderno” en el sentido de implicar la aparición de nuevos factores, y de ser una ruptura con el modelo anterior.

El actual Derecho penal sería diferente al Derecho penal tradicional, pues incluiría el Derecho penal del riesgo, el económico y del medio ambiente, el de la empresa, el de la globalización, el Derecho penal de la Unión Europea y el Derecho penal del enemigo, en los cuales se produce un adelantamiento de las barreras de protección penal, se modifican las reglas de imputación, se criminalizan nuevos comportamientos. Por otro lado, este moderno Derecho penal rompería con el Derecho penal liberal – más no, en su opinión, con el Estado Social de Derecho– al presentar un “sistema de regulaciones jurídico penales que tienen por objeto la criminalización formal, de conformidad con el sistema de garantías políticas del estado social y democrático de derecho, del sistema de acción ético-socialmente reprochable de las clases poderosas”⁷⁹.

De esta manera, para GRACIA MARTÍN, el programa del Derecho penal liberal obedece a otros tiempos, y no responde a la lucha contra la criminalidad de los poderosos que requiere ser combatida con nuevos instrumentos, atendiendo a las garantías del Estado Social de Derecho que no serían las mismas garantías establecidas por el modelo anterior de Derecho penal, inscrito en un Estado Liberal de Derecho.

Al respecto, Díez RIPOLLÉS pone de presente el peligro que existe de que mediante la legitimación de tales extensiones del Derecho penal, como la propuesta

por GRACIA MARTÍN para los poderosos, se terminen legitimando propuestas securitarias (contrarias al Derecho penal garantista). Afirma que bajo la idea de la intervención en nuevos ámbitos, se encubre el hecho de que el contenido de sus proposiciones incide es, principalmente, en la delincuencia clásica⁸⁰. El Derecho penal de la seguridad extiende el discurso modernizador a ámbitos muy diferentes a los que le dieron origen, tratando de abarcar con la idea del “riesgo” a situaciones de criminalidad común; “...el modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo y, singularmente, de las propuestas que abogan por una modernización del Derecho penal. Este hecho, por muy reprochable y digno de lamentar que sea, condiciona inevitablemente el futuro del discurso modernizador, el cual no puede proseguir como si no hubiera pasado nada. De ahí que los justificados esfuerzos por introducir el Derecho penal en nuevos y novedosos sectores sociales necesitados de su intervención han de desarrollarse teniendo en cuenta, y previniendo, esa instrumentación por parte del discurso securitario de una serie de valoraciones y decisiones políticocriminales propias del argumentario modernizador”⁸¹.

4. El funcionalismo de JAKOBS

Aunque sin profundizar en los planteamientos de JAKOBS, resulta necesario mencionar la valoración de sus propuestas desde el punto de vista de la aceptación o rechazo de la actual modernización del Derecho penal. En tal dirección, como ya han expresado otros⁸², no resulta fácil precisar la posición de JAKOBS sobre el tema señalado, pues si bien su concepción supone una extrema funcionalización del Derecho penal y en tal sentido contiene no pocos rasgos compatibles con el ya comentado Derecho penal “moderno”⁸³, también

⁷⁸ GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos...*, pp. 127 y ss.

⁷⁹ GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos...*, pp. 190 y 191.

⁸⁰ Díez RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...”, pp. 9-33.

⁸¹ *Ibid.*, p. 31.

⁸² MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal...*, p. 132.

⁸³ Así parece entenderlo por ejemplo ALBRECHT, P. A., “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en INSTITUTO DE

es cierto que en algún momento se pronunció de forma bastante crítica frente a algunos aspectos propios del mismo, como es el caso de la anticipación de la tutela penal a través de la criminalización del estadio previo a la lesión del bien jurídico⁸⁴.

De otra parte, bien es sabido que en la concepción de JAKOBS la legitimación del Derecho penal se deriva “de su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquéllas de las que depende la propia configuración o identidad de la sociedad) frente a aquellas conductas que expresan un significado contrario a la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación en el contacto social”⁸⁵. Luego, como opina SILVA SÁNCHEZ⁸⁶, no puede descartarse del todo la posibilidad de compatibilizar una concepción funcional del Derecho penal, con una vocación restrictiva del mismo, al menos mientras se entienda que, en definitiva, el Derecho penal sólo debe proteger las expectativas esenciales de la sociedad, cuya desprotección generaría disfuncionalidades y no ser, por el contrario, el abanderado de la mayoría de las demandas sociales de intervención.

Por todo ello, no parece posible afirmar que el sistema de JAKOBS constituya, por sí mismo, un factor determinante de la expansión del Derecho penal actual. No obstante, tampoco se puede desconocer que mediante el funcionalismo de JAKOBS es posible llegar a la total

funcionalización del Derecho penal a las demandas de seguridad que sustentan la modernización del Derecho penal actual⁸⁷, pues mientras se las entienda extraídas exclusivamente de las funciones del sistema social, las categorías jurídico penales terminan adaptándose a cualquier política criminal. En consecuencia, en este punto parece tener razón SCHÜNEMANN cuando al comparar los planteamientos de JAKOBS con los de la Escuela de Frankfurt, concluye que mientras esta última “no quiere llevar a cabo una aportación constructiva a la modernización del Derecho Penal, sino que desea convertirse tan solo en un obstáculo para ésta, la aportación del pensamiento penal de JAKOBS consiste, en cierto modo, en la apertura de todas las compuertas a las meras decisiones que tácitamente se toma por él como presupuesto, y, con ello, en última instancia, en transigir”⁸⁸.

La vinculación de su teoría a una concepción restrictiva de la intervención penal no parece ser, por lo demás, la perspectiva asumida por del propio JAKOBS, como cabe apreciar, especialmente, de su concepción de la *seguridad* como un *derecho* cuyo aseguramiento puede ser exigido al Estado⁸⁹ y, sobre todo, en razón de los alcances que últimamente le ha dado al denominado Derecho penal del enemigo⁹⁰, lo cual lo sitúa en plena sintonía con una modernización en todos los niveles: del

CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, (edición española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, Comares, 2000, pp. 471-487.

⁸⁴ JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo...”, p. 293 y ss. Esto lo destaca también MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal...*, pp. 132 y 133.

⁸⁵ CANCIO MELIÁ, M., “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en MONTEALEGRE LYNETT, E. (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 112. Ver, en general, JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, pp. 9 y ss.

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, pp. 113 y 114. En igual sentido, CANCIO MELIÁ, M., “Dogmática y política criminal...”, pp. 112 y 113.

⁸⁷ En este sentido, MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal...*, pp. 132-138.

⁸⁸ SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas...*, p. 48.

⁸⁹ Cfr. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, p. 32, lo cual le lleva a acoger de forma generosa los delitos de peligro abstracto, toda vez que “A esta elevación de rango de la seguridad le corresponde una elevación de rango de los supuestos que la afectan negativamente” (pp. 32 y 33).

⁹⁰ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, pp. 21-56. Un análisis de la evolución del pensamiento de este autor en esta materia, destacando su transición de una perspectiva crítica a otra cada vez más justificativa, puede verse en PRITTWITZ, C., “Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del derecho penal?”, en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M., *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 107-119; y en APONTE, A. D., *¿Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad*, Bogotá, Temis, 2005, *passim*.

riesgo y la seguridad ciudadana. Aún más, el nivel de normativización del Derecho penal que propone este autor le permite llegar a una síntesis de ambas perspectivas sin renunciar al uso –al menos terminológico– de las categorías jurídicas tradicionales, dando entonces la apariencia de mantener unas reglas básicas de racionalidad del Derecho penal, que en realidad han sido despojadas de su contenido garantista⁹¹.

C. CONSIDERACIONES FINALES

No puede olvidarse que la intervención del Derecho penal, más allá de las alarmas generadas por riesgos reales o no, por temores mediatizados y por cambios en la sociedad, tiene que estar precedida tanto por la constatación de que las amenazas que se pretenden prevenir proceden de comportamientos razonablemente evitables por el Derecho penal, como por la consideración de los costos que el uso del poder punitivo causa a las libertades individuales; y que la ciencia y las agencias jurídicas tienen una función limitadora, la cual debe defenderse y no permitirse que sea ocultada cuando se les traslada un papel de lucha contra la criminalidad, de la “clase” que ésta sea.

El mantenimiento de las garantías y reglas de imputación propias del Derecho penal clásico no significa una vuelta al siglo XIX, ni la desprotección de los derechos de generaciones futuras, sino regresar a la idea del Derecho

penal liberal (centralizado en el ser humano y construido con el programa de menos penas y más garantías), que puede denominarse hoy, siendo las leyes y el contexto actual diferentes de aquellas de la Ilustración, como un Derecho penal garantista. Así, se respeta el postulado de que siendo el Derecho penal el instrumento más drástico que posee el Estado, éste debe encontrarse rodeado de las mayores garantías para los ciudadanos.

Ahora bien, la “modernización” del Derecho penal, al menos en Colombia, tiene lugar mediante la configuración de un Derecho penal de la seguridad. Es decir, si bien en nuestro país formalmente se recogen algunos de los rasgos del Derecho penal “moderno”, como se empezó a hacer con el Código Penal de 1980 y se consolidó con el Código Penal de 2000, por ejemplo al incluirse tipos penales con nuevos bienes jurídicos (delitos ambientales, manipulación genética, etc.), ello sólo es un manto ideológico. Tal modelo no se aplica realmente, pues no hay una política criminal que busque perseguir ese tipo de criminalidad, sino que, como siempre, el interés de persecución radica en el conflicto interno y en la delincuencia común. Por esto se concluye que en Colombia no hay modernización del Derecho penal pero sí un Derecho penal de la seguridad que se ha construido desde la modernización, aplicado a la delincuencia de siempre; un Derecho penal del enemigo donde, además, casi no hay ciudadanos.

⁹¹ También llama la atención sobre ello, DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo...”, p. 30.



III.

RECENSIÓN DE TEXTOS RELEVANTES DENTRO DEL DEBATE DE LA “MODERNIZACIÓN”*

SCHÜNEMANN, BERND, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, 63 págs.*

El autor introduce esta monografía con una breve alusión al estado de la ciencia jurídico-penal alemana de los años cincuenta, y más específicamente a las propuestas desarrolladas por THOMAS WÜRTEMBERGER; lo anterior, con el fin de trazar un paralelo entre éstas y las dos concepciones que marcan el camino de la más reciente evolución del Derecho penal: el individualismo de la Escuela de Frankfurt y el normativismo de JAKOBS. SCHÜNEMANN advierte que dedicará su atención a estas dos corrientes para fundamentar la tesis consistente en que ambas son “callejones sin salida” (p. 14) si no se relativizan sus pretensiones teóricas.

En un segundo momento, aborda el análisis de la primera de las concepciones mencionadas, esto es, del “individualismo monista de la Escuela de Frankfurt” (p. 15). Luego de señalar ciertas incorrecciones que -según él- están presentes en el pensamiento de algunos miembros de esta corriente, su estudio se enfoca en la llamada teoría personal del bien jurídico, defendida por HASSEMER y sus discípulos. De ella afirma que pretende

reducir la incontrolada expansión del Derecho penal, reconociendo como bien jurídico “...un interés humano necesitado de protección jurídico-penal” (p. 18); así -explica SCHÜNEMANN-, los bienes jurídicos individuales estarían en un primer plano, mientras que los bienes jurídicos universales se protegerían solo en función de los individuos.

El autor advierte -en una crítica que consideramos exagerada- que la concepción de HASSEMER es “demasiado estrecha” (p. 21), toda vez que la participación en el contrato social no puede restringirse a los individuos que viven en una determinada época, sino que debe incluirse a toda la humanidad y, por ende, también a las generaciones futuras. En consonancia con lo anterior, SCHÜNEMANN sostiene que el valor supremo es la supervivencia de la especie humana, y que dicho valor no es individual sino universal. Así mismo, y como segunda falla de la teoría personal del bien jurídico, entiende que ésta no toma en cuenta las diferentes posibilidades de lesión a bienes jurídicos, en función del estado de desarrollo de cada sociedad; en este sentido argumenta que antes de la revolución industrial y del fenómeno de superpoblación, los bienes jurídicos individuales podían ocupar el primer lugar en cuanto a protección, pero que lo mismo no puede decirse en el momento actual. Luego

* La coordinación de esta sección estuvo a cargo de Diana Restrepo Rodríguez (Abogada de la Universidad de Antioquia y Especialista en Derecho penal de la Universidad EAFIT); en la misma se reseñan algunos textos de importancia, habiendo sido analizados sólo aquellos publicados hasta mediados del año 2005.

de estas críticas, concluye que la teoría personal del bien jurídico "...tiene en mayor consideración a la más absurda apetencia del individuo egoísta que a las condiciones de vida de las generaciones futuras" (p. 22).

En este contexto, y después de dedicar una parte de su análisis a resaltar la importancia del Derecho penal del medio ambiente, y la necesidad de trabajar porque éste sea más eficiente e igualitario, el autor pasa a referirse a la crítica radical que la Escuela de Frankfurt dirige a la categoría del delito de peligro abstracto (p. 28), no sin antes realizar unas breves consideraciones en torno a la denominada "sociedad del riesgo". Esta última viene caracterizada, según él, por la existencia de múltiples relaciones causales y el reemplazo de "contextos de acción individuales" por "contextos de acción colectivos" (p. 31), lo que convierte en natural –en opinión de SCHÜNEMANN– el tránsito de los delitos de resultado a los delitos de peligro abstracto. Lo anterior lleva al autor a señalar que, al pretender reconducir al Derecho penal a los delitos de resultado, la Escuela de Frankfurt es reaccionaria, se está oponiendo a la modernización de aquél y a aceptar las condiciones de la sociedad actual. En contraposición a esta actitud, SCHÜNEMANN pretende realizar un aporte a la actividad legislatora en el ámbito de los delitos de peligro abstracto, y en este sentido esgrime cuatro propuestas: 1. Indagar dónde se encuentran "...los puntos de conexión colectivos en los que debe intervenir una protección eficaz de los bienes jurídicos" (p. 34); 2. Asegurar que esa modalidad de conducta no esté abarcada por el ámbito de libertad individual; 3. Tomar en cuenta el principio de determinación; 4. Establecer una conexión más estrecha al momento de examinar la proporcionalidad entre el injusto y la pena a imponer.

Una vez establecidos los anteriores criterios, el autor procede a analizar un último aspecto desarrollado por la Escuela de Frankfurt: la preocupación por la "desformalización" del procedimiento penal, y por su "conversión" en "mecanismo de policía en el Estado de seguridad" (p. 36). Una vez más, rechaza la postura de los autores de Frankfurt, con argumentos que en nuestro sentir son débiles y llegan a justificar el debilitamiento –o incluso supresión– de las garantías individuales en

pro de una supuesta efectividad en la persecución de la criminalidad organizada. Y decimos "supuesta" porque en todo el análisis presentado por el autor en la obra objeto de reseña, se obvia la pregunta por la necesidad de intervención penal y por la efectividad de la misma frente a los llamados "nuevos riesgos". Para finalizar sus reflexiones en torno al denominado individualismo monista de la Escuela de Frankfurt, el autor concluye que "...esta retirada a los siglos XVIII y XIX [...] no puede ofrecer perspectiva de futuro alguna y constituye un callejón sin salida que precisamente es incapaz de llevar a cabo la necesaria crítica a las tendencias legislativas dominantes en el momento actual..." (p. 42).

En un tercer momento de análisis, SCHÜNEMANN se detiene a evaluar algunos aspectos de la teoría "monista-normativista" de JAKOBS (p. 42). Como punto de referencia, parte de entender que JAKOBS libera a los conceptos básicos del Derecho penal, de cualquier componente descriptivo; así, por ejemplo, el contenido de la culpabilidad se obtendría únicamente del fin de prevención general. Esto ha llevado a JAKOBS a definir el concepto de autor como "sujeto de normas de imputación" (p. 45), lo que permitiría la aplicación del Derecho penal también a las personas jurídicas. SCHÜNEMANN destaca que "JAKOBS quiere extraer el contenido conceptual exclusivamente de las funciones del sistema social en cuestión" y por ende "su concepción del Derecho Penal se adapta a cualquier política criminal y puede, por tanto, asumir sin problema alguno cualquier modernización de este Derecho" (p. 46). A esta apreciación, creemos conveniente contraponer que, lejos de ser éste un aspecto positivo de la doctrina de JAKOBS, en cuanto adaptable a "cualquier modernización" del Derecho penal, parece que por dicha vía se llega a la legitimación –y no solo "adaptación"– de cualquier política criminal, con independencia de los fines que ésta persiga y las herramientas que utilice para su consecución. Posteriormente, SCHÜNEMANN reconoce que con el método normativista de JAKOBS se llega, "...en última instancia al establecimiento de toda una serie de argumentaciones circulares, detrás de cuya fachada las verdaderas decisiones son tomadas de modo puramente decisionista" (p. 46).

Para culminar esta sección, el autor elabora un balance de las dos corrientes ya analizadas, y concluye que la Escuela de Frankfurt no quiere aportar a la modernización del Derecho Penal sino sólo obstaculizarla, y que el pensamiento de JAKOBS abre las compuertas “a las meras decisiones que tácitamente se toman por él como presupuesto...” (p. 48).

En este orden de ideas, y para finalizar su obra, SCHÜNEMANN pasa a denunciar el peligro de una “dogmática sin consecuencias” (p. 48) o dogmática ecléctica, alimentada por la gran diversidad de métodos, opciones valorativas y formas de argumentación en la actual ciencia penal alemana. Advierte que la selección de la teoría que se considera más correcta, es realizada generalmente por la jurisprudencia, cuyo criterio dominante es la “practicabilidad del resultado”, en detrimento de la coherencia dogmática (p. 52). Así, afirma que “...los tribunales, en cierto sentido, pueden escoger libremente el resultado material que les convenga, pues para cualquier resultado podrán aducir algún apoyo en la bibliografía” (p. 52). En esta misma línea el autor pone de presente el “desplazamiento de los criterios empíricos de funcionamiento de la pena” (p. 58) en las discusiones de la teoría de la pena, lo que conlleva –según SCHÜNEMANN- también en este ámbito a una dogmática sin consecuencias sociales.

SUSANA ESCOBAR VÉLEZ
Abogada
Universidad EAFIT

MOCCIA, SERGIO, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (editor), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997, págs. 113 a 142.

En este artículo, traducido del italiano por RAGUÉS I VALLÉS, MOCCIA reflexiona, como el título lo indica, acerca del actual abandono de la tutela de verdaderos bienes jurídicos, por la protección, en su lugar, de funciones y

deberes. Este autor critica severamente esta situación, y presenta, en este trabajo, importantes análisis de lo mencionado, con un especial enfoque a la intervención punitiva en materia económica.

Al iniciar el texto se menciona que, desde las contribuciones de HUGO GROCIO, es un dato fundamental el que la ley penal sólo se encargue, y en último caso, de reprimir los comportamientos que impliquen una dañosidad social, aquellos que ataquen bienes jurídicos especialmente significativos; por lo cual, “..el bien jurídico ha pasado a desempeñar una función crítica y trascendente al sistema penal, entendiéndose como criterio decisivo para una política criminal expresiva del Estado social de Derecho” (p. 114).

Sin embargo, MOCCIA afirma también que actualmente el concepto de bien jurídico sufre una crisis que cuestiona su función fundamental de limitación de la intervención penal, al entenderse como legítima la incriminación de conductas muy distantes de una agresión efectiva, siendo posible que cualquier conducta inocua desde la dañosidad social, se reconduzca a la tutela de fundamentales y remotos bienes jurídicos, llegándose a penalizar así las meras violaciones de deberes. Y de acuerdo a esto, en cuanto a los delitos contra el orden económico que ocupan especial atención del autor, indica: “En particular, respecto a los delitos contra el orden económico, se ha afirmado que expresan «una ofensividad de tipo particular, que se mide en términos no tanto de consecuencias concretas, como de incompatibilidad con las tendencias programáticas del sistema»” (p. 115).

Continuando con estas reflexiones, el autor italiano nos recuerda algo muy importante, como es que esa desnaturalización del bien jurídico que fue descrita, ha coincidido, en la historia, con sistemas autoritarios; y que con la misma, se llega a una protección no de las víctimas sino de las funciones (p. 118), lo que, según acertadamente indica, no es justificable si se entiende que los principios no pueden adaptarse a las exigencias de control.

Como se esbozó al inicio de esta reseña, en este artículo se hace énfasis en lo que ocurre en el sector de la economía, y especialmente, en el de la protección de las finanzas públicas. En este ámbito, afirma el autor: “El objeto de tutela de referencia parece ser, sobre el plano estructural, todo aquello asimilable al orden público ideal, más que un interés de tipo patrimonial-económico. [...] Esta construcción, en realidad, banaliza el concepto de bien jurídico cuando éste es indispensable para la construcción del delito desde el punto de vista de garantías formales y substanciales. Se acaba, pues, favoreciendo la proliferación de objetos ficticios de tutela, que avalan opciones de incriminación hipertrófica” (p. 121). Y continúa indicando: “En efecto, la defensa del “bien-ratio” conduce a la incriminación de conductas que pueden ser contrarias a la ratio de una o más disposiciones, pero que, realmente, están muy lejos de la efectiva lesión del bien que la conducta se propone en realidad atacar. Por tanto, no nos parece conveniente el recurso a los llamados “bienes-prestación”. Semejantes bienes parecen representar, en substancia, las abreviaturas conceptuales de las diversas finalidades para cuya satisfacción se constituye, se mantiene o se incrementa el patrimonio del Estado o, en cualquier caso, de sujetos supraindividuales” (p. 122).

Vistas las anteriores palabras de MOCCIA, podemos decir que su trabajo aporta valiosas consideraciones acerca del bien jurídico y su rescatable función negativa de limitación, así como sobre múltiples y detallados aspectos que no se alcanzarán a enunciar, y por los que es fundamental leer el texto completo, pero sobre los que se puede expresar que aluden a la defensa, como se dijo, del bien jurídico, sin negar que la fisonomía del mismo puede ir mutando según la evolución de la realidad social (p. 116). En cuanto a esto, destacamos la siguiente afirmación: “...la presencia de un ataque real y efectivo deberá presidir el tipo, sea abstracto o concreto, con el fin de conjurar, de modo inmediato, la subrepticia e ilegítima exaltación de una óptica de meras violaciones de deberes, que empieza por la devaluación del elemento subjetivo y acaba dando una nueva

dimensión a la perspectiva misma del Derecho penal del hecho” (p. 116).

El autor italiano continúa con su análisis, mostrando cómo proliferan los tipos con función preventiva y las normas penales en blanco, contrariando la política criminal racional y garantista según la cual, en el Estado de Derecho, los tipos deben asentarse en un resultado, bien sea de lesión o de peligro; lo que, según él, “...exige una fidedigna reconstrucción estructural del bien jurídico” (p. 125). Todo ello, sin olvidar que, para MOCCIA, “Se quiere configurar un sistema “abierto”, que sea capaz de adaptarse a las concretas contingencias de la tutela penal, teniendo efectivamente presente la realidad en que va a operar. Las valoraciones del ordenamiento no cristalizan, por tanto, en un diseño normativo inmutable, sino que sólo mediante las cláusulas constitucionales genéricas de defensa de derechos fundamentales es posible su adecuación a la evolución de las relaciones sociales” (p. 126).

Tras indicar lo anterior, aclara que son necesarios objetivos de real efectividad y legitimidad, y tipificaciones que sean comprensibles por los destinatarios; lo que, en su criterio, implica una menor intervención del Derecho penal en algunos casos, pero también “...la activación del legislador penal en la apreciación de fenómenos impregnados de dañosidad social que no se habían considerado...” (p. 126), con una técnica de tutela penal subsidiaria y fragmentaria.

También, hablando de los ordenamientos penales de Alemania e Italia, señala que el parágrafo 264 StGB, como paradigma de los tipos sobre el fraude de subvenciones, se caracteriza por lo alejada que allí está la conducta del ataque al bien en cuestión, y por su redacción problemática, desde el punto de vista hermenéutico. En este sentido, afirma que este tipo penal, “Realmente, refleja el polo opuesto de lo que debe ser una norma penal...” (p. 129). Así mismo, dice: “Por lo que respecta a la citada normativa penal tributaria italiana, adopta un modelo totalmente negativo, de administrativización

de la tutela penal, opuesto al de la defensa de bienes jurídicos. Se puede afirmar concisamente que esta es una característica que impregna toda la legislación penal fiscal italiana, más allá, por tanto, de la regulación de los impuestos sobre la renta y sobre el valor añadido” (p. 130). Igualmente realiza, en cuanto a estos temas, alguna alusión al ordenamiento español.

Refiriéndose a la tutela del patrimonio, indica que ésta “...asume relevancia en la sociedad y, además, en el ordenamiento, no porque, o no sólo porque, determinados objetos o derechos que tengan valor económico se atribuyan a un sujeto, sino por el hecho de que la disponibilidad de estos bienes asegura al sujeto un margen de desarrollo de su personalidad en los ámbitos de la experiencia socio-individual “en que se trata de la adquisición y de la pérdida, del disfrute o de la posesión, de la riqueza y de la pobreza”. El concepto de patrimonio que de aquí se deriva es un concepto dinámico-funcional, fuertemente caracterizado por elementos personalistas...” (p. 133), poniéndose de relieve la potencialidad económica del sujeto.

De esta manera, el citado autor deja clara su postura, y defiende la tutela de bienes jurídicos y no de funciones. En efecto, afirma: “No más daños macroscópicos, ligados a bienes impregnados de una estructura de espectro amplísimo... [...] Al contrario, debe reclamarse un ataque claramente hipotetizable y verificable en su relación con un bien de contornos definidos que realmente sea cuestionado por la conducta antijurídica” (p. 135); con la finalidad de que en el centro de la tutela penal, se encuentren los bienes jurídicos, y no las “*rationes*”.

MOCCIA recalca, además, la incompatibilidad existente entre el uso de tipos de peligro abstracto y un sistema penal garantista, desde diversas perspectivas. Igualmente, sostiene que esta clase de tipos pueden ser problemáticos desde la legalidad, y que frente a estas conductas no debe acudir al Derecho penal, como lo indica el principio de *extrema ratio*, sino que es más adecuado, por ejemplo, el Derecho administrativo.

Lucidamente, este autor expresa su posición, al indicar: “Se reafirma, por tanto, que el proceso de transformación progresiva de la tutela de bienes a la tutela de funciones que inspira la dinámica de la producción legislativa más reciente en materia penal, es un camino muy arriesgado, pues se opone diametralmente al eje del principio de ofensividad –y, más aún, al de subsidiariedad– y, por consiguiente, es ajeno a la función de garantía que el bien jurídico en sentido real aún está destinado a desempeñar dentro del ejercicio de la potestad punitiva” (p. 142).

Finalmente, este penalista termina su artículo con las siguientes palabras, con las que se quiere terminar igualmente esta reseña, y que reflejan bien el sentido más importante del escrito: “En una época en que se auguran profundos cambios, en los que no puede dejar de verse graves contradicciones con el espíritu del Estado social de Derecho, constituye un deber la neta reafirmación de los principios fundamentales, de todos aquellos principios instaurados como garantía de los derechos del individuo y, con ellos, también el Derecho penal; pese a todo, también el Derecho penal. Este deber va más allá de la mera defensa de postulados de escuela y consiste en asumir una voluntad de resistencia frente a novedades que pretenden encaminarse hacia inquietantes perspectivas” (p. 142).

DIANA RESTREPO RODRÍGUEZ
Abogada
Universidad de Antioquia

HASSEMER, WINFRIED, “Viejo y nuevo Derecho penal”, en HASSEMER, WINFRIED, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 15-37.

En este breve artículo, el profesor alemán WINFRIED HASSEMER, representante de la Escuela de Frankfurt, logra presentar la “dialéctica de lo moderno” que vive el Derecho penal actual: lo que antes fuera un avance, una modernización en cuanto a la humanización y control

del *ius puniendi*, hoy amenaza con invertirse; así como enunciar lo que, en su opinión, puede ser una solución a esta problemática.

El autor empieza por afirmar que las reflexiones que conciernen a la parte especial, al ser ésta en donde más se realiza el “nuevo Derecho penal”, pero que los criterios para valorar y fundamentar son extraídos, valga la redundancia, de los fundamentos del Derecho penal y su parte general. Tras indicar lo anterior, HASSEMER muestra tres tesis que sirven de punto de partida al análisis que desarrolla, las cuales son: “(1) El centro ideal del derecho penal “clásico” está formado por las ideas de certeza y subsidiariedad, herencia del Estado de derecho, su imagen del delito es el delito como lesión (de un bien jurídico). (2) El moderno derecho penal se ha alejado con creciente rapidez de este centro ideal. (3) Esta evolución ha planteado al derecho penal problemas específicos” (p. 17).

Profundizando en lo que denomina como la “dialéctica de lo moderno”, presenta su concepción del Derecho penal clásico. Entiende por “clásico” una idea, una aspiración y no un tiempo real o un conjunto de objetos delimitable históricamente, y señala cómo ese Derecho penal clásico surge de la muerte del Derecho natural, y tiene como modelo político el contrato social -el cual tampoco es una realidad temporal, sino una condición de posibilidad del Derecho-. HASSEMER considera que esto tiene una dimensión horizontal y otra vertical, y que esta última “...sirve para asegurar la renuncia de las libertades acordadas horizontalmente. Se le llama Estado o superioridad, significando que se trata de instituciones derivadas y no de instituciones que tengan razón de ser por sí mismas” (p. 18).

En este punto, nos parece oportuno resaltar la concepción que este autor tiene de la finalidad, del sentido mismo del Estado, el cual se funda en la consideración de que éste se encuentra funcionalizado al servicio del ciudadano; pues aunque ésta suela ser una idea “poco novedosa”, no es por ello menos importante, ni menos propensa a

su olvido, especialmente en países que, como Colombia, se encuentran en condiciones tan complejas que llevan, por diversos motivos, a que surja una preocupante, o mejor, una insoportable disposición a la aceptación de argumentos propios del autoritarismo, con la idea de solucionar así problemas que, por su duración y crudeza, pueden parecer imposibles de resolver sin sacrificarlo todo (límites, principios, ideales, personas).

Siguiendo con la exposición del contenido del texto que aquí se reseña, y dentro de la orientación señalada, HASSEMER muestra cómo el Derecho penal cumple una función estabilizadora de las condiciones del contrato social, y cómo allí es esencial el concepto de bien jurídico como criterio negativo, el cual implica que sólo puede haber delito donde hay lesión a un bien jurídico. Así, indica que los límites a la renuncia de libertades deben estar precisados contundentemente, y no dejarse al poder interpretativo de un tercero (mandato de certeza); y afirma: “El Estado es sólo una institución derivada de los derechos de los ciudadanos, de ellos recibe su legitimación, y ellos son, al mismo tiempo, los límites de su poder. [...] Precisamente por esto, hay que limitar el poder estatal del modo más enérgico allí donde más claramente se manifiesta, es decir, en el derecho penal, que debe ser configurado desde el punto de vista de los derechos individuales, como una forma de protección, la más enérgica y contundente, de los mismos. [...] 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 caracterizan el derecho penal de hoy; pero, al 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” (p. 19).

Luego de estas importantes reflexiones, él pasa a caracterizar al Derecho penal moderno, como aquel en el que la protección de bienes jurídicos se convierte en un criterio positivo de justificación de la criminalización; se exagera la idea de prevención, dominando la creencia

de mejorar el mundo con el Derecho penal, apareciendo el fin como justificador de los medios; y, según lo expresa el autor, se debilitan los límites normativos del Derecho penal y procesal penal ante el sentimiento de amenaza y la esperanza en el sistema punitivo. También señala que la orientación a las consecuencias deja de entenderse como una pauta complementaria para una correcta legislación, y pasa a ser una característica y meta dominante, que margina los principios de igualdad y retribución justa; y que en definitiva, se tiende a ver al Derecho penal no como *ultima ratio* sino como “primera” o “sola” solución.

Concretamente, el autor alemán expone como características específicas o novedosas del moderno Derecho penal, que éste se manifieste en ámbitos como el del medio ambiente, la economía, las drogas y la “criminalidad organizada” en general, ignorando otros; que los instrumentos que utiliza estén al servicio de la mayor capacidad del Derecho penal, en contra de garantías que se habían vuelto obstáculos; y que, cada vez más, se protejan bienes universales y no individuales, formulados de manera vaga, así como que se acuda a los delitos de peligro abstracto, como la forma más representativa del Derecho penal moderno. Otra particularidad del mismo, es que “El derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad” (p. 25). Así mismo, se plantean nuevos problemas, como el peligro de que el Derecho penal se realice en la práctica de modo deficitario, no sólo en cuanto a la no aplicación de las leyes, sino en cuanto a sus consecuencias injustas y arbitrarias. Sobre esto, HASSEMER apunta que “Las cifras oscuras no sólo son altas, sino también selectivas” (p. 26) e indica que estos déficits son resultado de problemas estructurales (el Derecho penal se está usando indebidamente) que se agudizan con el empleo enérgico de los instrumentos jurídico-penales, lo que conlleva el peligro de que el Derecho penal quede reducido a una función simbólica, y pierda sus funciones reales.

Además, afirma que los costos del Derecho penal moderno inciden sobre todo en las garantías tradicionales del Estado de Derecho: se amplía el arbitrio judicial de una manera poco controlable y verificable con criterios dogmáticos, el mandato de certeza es visto como un obstáculo, y cada vez se pervierten más los principios clásicos del Derecho procesal, en cuanto al que se expresa en el texto: “El derecho penal material y el derecho procesal penal están, en última instancia, en íntima relación funcional y, por eso, un derecho procesal penal con todas las garantías del Estado de derecho es sólo posible contando con un derecho penal material basado en los mismos principios: es decir, presidido por el principio de legalidad, concentrado en bienes jurídicos precisos y limitado a funciones que pueda cumplir” (p. 29).

Presentado el panorama actual, HASSEMER enuncia las diversas alternativas que surgen en el ámbito del Derecho procesal penal, del Derecho de organización de los tribunales y, finalmente, del Derecho penal material. Dentro de este último, expone dos tipos de soluciones: una abstracta y otra concreta. Indica que la primera opta por una cláusula general que utilice el regulador sutil y flexible de la llamada “peligrosidad social”, lo que, según él, se expone a las mismas críticas que ya se han planteado: es demasiado indeterminado, puede llevar a un “derrumbe normativo”, y produce una praxis absolutamente insoportable desde el punto de vista normativo. Respecto a la segunda, y asumiendo entonces una respuesta concreta, apunta que: “...la solución está en eliminar una parte de la modernidad del actual derecho penal, llevando a cabo una doble tarea: por un lado, reduciendo el verdadero derecho penal a lo que se denomina “derecho penal básico” (a), y, por otro, potenciando la creación de un “derecho de intervención” (b) que permita tratar adecuadamente los problemas que sólo de manera forzada se pueden tratar dentro del derecho penal clásico” (p. 32).

El autor aclara que en el Derecho penal básico, hoy, no podría renunciarse a la protección de bienes jurídicos

universales, junto con los individuales, pero afirma también que esto "...no constituye un argumento decisivo a favor de la equiparación en el mismo nivel valorativo de los bienes jurídicos institucionales con los individuales, o incluso la funcionalización de estos al servicio de los intereses generales" (p. 32); y dice con razón: "Por eso, soy de la opinión de que en derecho penal, la parte del derecho que más incide en la libertad humana, los bienes jurídicos universales deben ser precisados del mejor modo posible y funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales" (pp. 32-33).

De esta manera, HASSEMER nos recuerda, una vez más, que el individuo no puede ser instrumentalizado. Pensamos que la exposición realizada por el autor en el texto que se ha venido presentando, permite visualizar al Derecho penal como un instrumento que, por su dureza e incidencia en la libertad de que se ha hablado aquí, debe encontrar siempre, sin excepciones, claros límites en favor de los derechos y garantías de todas las personas. En ese sentido, estimamos importantes los aportes de este autor y, aunque para ratificar su afirmación de que en todo caso no se pueden excluir del Derecho los problemas modernos, consideramos clarificadora su siguiente indicación: "La perfección sistemática y la limpieza conceptual no son valores jurídicos en sí mismos, sino valores al servicio de respuestas adecuadas a su tiempo" (p. 34).

Finalmente, concluyendo con su trabajo sobre el "nuevo y viejo Derecho penal", este penalista alemán presenta, a grandes rasgos, los lineamientos de lo que sería su solución, ante la "dialéctica de lo moderno". Ésta consistiría en la creación de un "Derecho de intervención", en el que se podrían regular los problemas que las sociedades actuales han trasladado al moderno Derecho penal, y así se liberaría al mismo de las exigencias que implican la solución de problemas sociales que no puede resolver, debido a las bases mismas de la intervención penal en el Estado de Derecho. De esta manera esboza, sin precisarla, la alternativa que postula como adecuada, y que no acepta la modernización del Derecho penal, pero

sí la del Derecho, a través del "Derecho de intervención", el cual "...estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos" (p. 35).

Sin más indicaciones, en este artículo, respecto a ese "Derecho de intervención", las cuales son sin duda echadas de menos, HASSEMER concluye con la manifestación de que las cuestiones vistas, reconducibles al concepto de efectividad preventiva, requieren para su respuesta de categorías que no son propias del Derecho penal, y de que "Es obvio que el derecho penal está al final o al margen de la elaboración de estos problemas" (p. 35).

Para terminar esta reseña, baste decir que entendemos que éste es un texto fundamental dentro de la discusión alrededor del Derecho penal moderno; es más, dentro de cualquier estudio que pretenda abordar temas del Derecho penal, sin desconocer que, más allá del mantenimiento de la vigencia de la norma que muchos señalan como eje central e incluso finalidad del Derecho penal, la protección de bienes jurídicos en pro de las personas, se plantea de manera determinante e irrenunciable como limitador del mismo.

DIANA RESTREPO RODRÍGUEZ
Abogada
Universidad de Antioquia

MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, 209 págs⁹².

En su libro intitulado *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, la profesora BLANCA MENDOZA BUERGO, realiza

⁹² Reseña publicada también en *Nuevo Foro Penal*, No. 67, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, pp. 225-228.

una descripción detallada del panorama actual en las tendencias de la política criminal y la ciencia del Derecho penal, a partir de la influencia que en los últimos años ha tenido sobre dichos ámbitos la concepción moderna de la sociedad como sociedad del riesgo. En este sentido, la autora llama en particular la atención sobre los importantes efectos que sobre el Derecho penal ha tenido esta compleja concepción de la estructura social, caracterizada en mayor medida por la atomización, especialización y despersonalización tanto de los factores de riesgo como de sus efectos; el incremento de estructuras organizativas de actuación; y una incesante sensación de inseguridad en el núcleo social, lo cual, en última instancia, se traduce, según ella, en reiteradas demandas de intervención punitiva por parte del Derecho penal, provenientes de la sociedad.

En este orden de ideas, BLANCA MENDOZA describe de forma rigurosa la situación moderna de la discusión teórica sobre el desarrollo actual de la política criminal y la ciencia del Derecho penal en Europa, en especial en Alemania y España, encarnada a grandes rasgos en dos importantes corrientes teóricas, entre las que es posible vislumbrar a primera vista, por un lado, aquella que propende por la expansión de los límites de intervención del Derecho penal, y otra que, por contra, de manera crítica y acertada, de acuerdo con la autora, aboga por la limitación del poder punitivo con base en la aplicación de principios y criterios de imputación liberales y garantistas.

Para tal fin, la autora estructura el contenido material del texto, de conformidad con la siguiente unidad organizativa y discursiva: en primer lugar, encontramos la *introducción*, en la cual dicha profesora se encarga de trazar frente a sí misma y frente al lector, la justificación y el objetivo de su trabajo, vale decir, realizar un análisis de algunos aspectos relevantes de la política criminal actual y su influencia en la creación y aplicación de los conceptos propiamente dogmáticos.

Así mismo, en segundo orden, la autora procede a desarrollar en mayor medida el cuerpo de su trabajo, en

un apartado denominado *Los términos de la discusión actual: crítica del moderno Derecho penal del riesgo versus Derecho penal de la seguridad*. Acá, en un primer momento, la profesora BLANCA MENDOZA hará una caracterización detallada de la teoría sociológica sobre la sociedad del riesgo, a partir de tres elementos básicos, a saber: la variación en la entidad de los peligros que acarrea la sociedad actual en relación con los de otras épocas, la complejidad organizativa de las relaciones sociales, así como el sentimiento de inseguridad subjetiva por parte de los agentes sociales. En efecto, la autora señala que este nuevo entendimiento sobre el funcionamiento de las sociedades actuales, repercute de manera particularmente intensa en la política criminal y en el Derecho penal, toda vez que implica, en palabras textuales, “la ampliación de las fronteras de lo punible, la agudización de la orientación de la prevención y el cambio en el papel que se atribuye al control penal de conflictos” (p. 24), aspectos todos estos que conducen desde luego, en última instancia, a indagar en torno al siguiente interrogante: ¿debe el Derecho penal de la sociedad del riesgo replantear o no los criterios básicos de imputación, de cara a alcanzar la efectiva protección de la sociedad? Tal respuesta, como bien lo expresa la profesora, dependerá de la posición teórica que se adopte en relación con la discusión actual sobre la expansión del Derecho penal.

Así, más concretamente, en el terreno propio de la política criminal, BLANCA MENDOZA señala que el desarrollo actual del Derecho penal de la sociedad del riesgo, transita hacia una concepción preventiva (general positiva o integradora) de la legitimación del poder punitivo, cuyo objeto de protección normativa se desplaza del concepto de bien jurídico individual hacia la categoría sociológica de funciones sociales, vale decir, asistimos ante un proceso de funcionalización y flexibilización del Derecho penal, de cara tanto a la prevención de situaciones problemáticas a gran escala, como a la protección y el mantenimiento del sistema. Ello, sin embargo, según la profesora, conduce a una política criminal estrictamente simbólica, tendiente a afianzar el

sentimiento de seguridad en la sociedad, así como el compromiso político-jurídico del legislador en relación con la protección de la misma.

En otro orden de cosas, esto es, en el marco de la discusión actual sobre la configuración estructural de la dogmática jurídico-penal, la profesora en comento anota que esta nueva caracterización del Derecho penal como Derecho penal del riesgo, recurre en el proceso de elaboración conceptual a categorías dogmáticas tales como los tipos de peligro abstracto, la protección de bienes jurídicos supraindividuales de tipo difuso, así como a la flexibilización y desformalización del Derecho penal sustancial y procesal, con miras a producir un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal, a partir de la desmaterialización del concepto del bien jurídico. Un Derecho penal así entendido, según la autora, desnaturaliza la función primigenia de protección exclusiva de bienes jurídicos individuales por parte del mismo y, por contra, se desliza tanto hacia la tutela de normas organizativas como al mantenimiento de funciones sistémicas.

Pues bien, ante este panorama expansionista del Derecho penal en Europa, encontramos a grandes rasgos, a criterio de BLANCA MENDOZA, tres importantes posiciones teóricas. Por un lado, la de quienes defienden a capa y espada los principios fundantes del Derecho penal garantista y, por tanto, la aplicación de las estructuras de imputación ya conocidas a las nuevas realidades. Otra, por su parte, que coincide con la concepción teórica del Derecho penal del riesgo, aboga por la flexibilización de los principios de atribución de responsabilidad penal, acorde con los postulados de prevención y seguridad social. Finalmente, la autora destaca la posición de quienes se muestran reacios a aceptar la expansión del Derecho penal a los nuevos ámbitos de peligro, por considerar que la misma no se corresponde con la tarea propia del poder punitivo, en atención a su condición de *última ratio*.

En este mismo orden de ideas, en tercer lugar, la profesora BLANCA MENDOZA, luego de realizar un análisis

exhaustivo sobre la discusión actual de las tendencias del Derecho penal en Europa, realiza lo que ella denomina una *valoración crítica de la polémica*. En este apartado, la autora reconoce abiertamente que resulta a todas luces insensato negar actualmente el giro que ha dado el Derecho penal hacia exigencias políticas y sociales de prevención y seguridad, lo cual se traduce en la anticipación de las barreras de protección e intervención del mismo en ciertos sectores, así como en exigencias simbólicas de eficacia.

No obstante lo anterior, frente a dicho panorama, la profesora reivindica en su texto la importancia de los principios y de los criterios estructurales de atribución de responsabilidad, como factores básicos y fundantes en la difícil tarea de legitimación del Derecho penal. En tal medida, exalta la condición de *última ratio* del Derecho penal y señala la posibilidad de protección de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, como estrategia mediata para la protección de intereses individuales.

Así, finalmente, la autora, con base en las líneas anteriores, saca *conclusiones* y asume una *toma de posición*, en los siguientes términos: “la finalidad de protegerse frente a los riesgos y procurar más seguridad a través del Derecho penal puede mantenerse en la medida en que sea compatible con los principios básicos del Derecho penal de un Estado de derecho y con aquellos principios y categorías dogmáticas que posibiliten y aseguren en mayor medida una atribución de responsabilidad adecuada y coherente con tal modelo” (p. 192).

Pues bien, en el apartado anterior, quedó consignada a grandes rasgos la posición teórica que asume la autora en el texto, la cual discurre básicamente en el sentido de legitimar la intervención del Derecho penal en aquellos nuevos escenarios de riesgo para la sociedad, en la medida en que éste se adapte a los principios y categorías propios del Estado liberal, tanto en sus postulados políticos criminales como en su estructura de imputación

de responsabilidad penal. En otras palabras, BLANCA MENDOZA pone de presente y enaltece la importante función garantista de principios fundantes del Derecho penal, tales como el de la protección de bienes jurídicos individuales, *ultima ratio* y lesividad, entre otros, como opción política-jurídica legítima frente a los de la postura actual que aboga por la expansión de un Derecho penal protector de funciones sistémicas, vale decir, orientado no a la protección de bienes jurídicos sino a la protección de la vigencia de las normas.

En definitiva, pues, el texto de la profesora BLANCA MENDOZA constituye una excelente obra doctrinaria y teórica por el análisis que presenta de la situación actual por la que atraviesa la política criminal y la ciencia del Derecho penal en Europa, enmarcada dentro de la discusión y la disyuntiva por la expansión o la limitación del poder punitivo, en el escenario de la nueva sociedad del riesgo. En este sentido, queda latente en el texto de la autora en mención, la discusión sobre las funciones y los fines que se atribuyen o se deberían atribuir al Derecho penal en las sociedades actuales, como instrumento punitivo de control social.

En otro orden de cosas, ya en el plano nacional, en nuestro concepto, la obra de la profesora BLANCA MENDOZA, constituye un importante referente de discusión e ilustración, frente a las nuevas tendencias de la política criminal y de la ciencia del Derecho penal en Colombia que, durante los últimos años, se han abierto paso dentro de destacados sectores doctrinarios y académicos en nuestro país, de la mano de teorías funcionalistas, cuyo exponente principal en su versión radical es el profesor alemán GÜNTHER JAKOBS. Las consecuencias políticas y jurídicas de acoger uno u otro modelo de sistema de Derecho penal (garantista o fundamentador), quedan así plasmadas de manera detallada y concisa en el texto de la autora que ocupa nuestra atención en esta ocasión.

SEBASTIÁN NARANJO SERNA
Abogado
Universidad EAFIT

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, Madrid, Civitas, 2001, 167 págs⁹³.

El lector que haya tenido la oportunidad de acceder a la primera edición de esta obra, se enfrentará con una experiencia de lectura interesante al abordar con cuidado la segunda edición que es objeto de esta reseña. En efecto, el mismo autor en nota previa advierte que este nuevo texto es “significativamente más extenso y [...] también más completo”. Pero el cambio va más allá, pues no sólo se introducen nuevas fuentes bibliográficas o se profundiza en algunos temas, sino que se desarrollan planteamientos completamente novedosos, que abren espacios de discusión trascendentales para el desarrollo de la Política criminal y el Derecho penal.

Cabe advertir que nuestro propósito no es el de abordar con profundidad cada uno de los temas desarrollados por el autor -tarea que rebasa los límites de una reseña bibliográfica-, sino informar al lector acerca de la estructura del texto, enunciar las principales tesis desarrolladas por SILVA SÁNCHEZ y esgrimir algunas críticas preliminares a las propuestas que plantea; lo anterior con el fin de motivar a la lectura de una obra que, sin duda, aporta elementos de análisis y genera al mismo tiempo grandes interrogantes.

Al introducir la obra, el autor contrapone dos tendencias dentro de la sociedad actual: una tendencia doctrinal de minimización del Derecho penal y una tendencia legislativa de expansión de este Derecho. De esta última se ocupará a lo largo del texto, examinando sus manifestaciones, causas y consecuencias, y proponiendo, al finalizar la obra, un modelo político-criminal.

En principio, y como manifestaciones de la expansión del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ alude principalmente

⁹³ Reseña publicada también en *Nuevo Foro Penal*, N° 67, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, pp. 235-241.

a las siguientes: la creación de nuevos tipos penales, la agravación de los existentes, la flexibilización de los principios de garantía y de las reglas de imputación y la ampliación de los ámbitos de riesgo relevantes para el Derecho penal.

Luego el autor dedica un espacio considerable a establecer las causas de esta expansión. Se refiere en primer lugar a la “demanda social de *más* protección” que se canaliza de manera irracional hacia una demanda de punición. Alude, en segundo lugar, a la efectiva aparición de nuevos bienes jurídicos o al aumento de valor de otros preexistentes, para mostrar que “seguramente existe un espacio de *‘expansión razonable’* del Derecho penal” (p. 27), así como también existen manifestaciones de expansión irrazonable.

Como otra causa de la expansión, el autor menciona la efectiva aparición de nuevos riesgos, e introduce el concepto de “sociedad del riesgo” o “sociedad de riesgos” (p. 27) para referirse a la manera como se viene caracterizando la sociedad postindustrial. Se afirma que los numerosos avances técnicos que vienen desarrollándose han configurado el “*riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural*” (p. 27), consistente en que gran parte de las amenazas o riesgos para los ciudadanos, provienen de decisiones de otros ciudadanos dentro del manejo de los desarrollos técnicos.

Lo anterior genera, según el autor, un cambio en las modalidades delictivas no intencionales, la tipificación exagerada de conductas de comisión por omisión y de tipos de peligro, la disminución del riesgo permitido y, en últimas, la configuración de una legislación simbólica. Todo esto aunado a la “sensación social de inseguridad” (p. 32) que en opinión de SILVA SÁNCHEZ resulta desproporcionada con respecto al peligro objetivo. Así, la seguridad se asume como una pretensión que debe ser satisfecha por el Estado y particularmente por el Derecho penal, haciendo que cada vez sean mayores las demandas de criminalización de conductas, en detrimento de las garantías propias de un Estado

de Derecho, que la sociedad considera “demasiado ‘rígidas’” (p. 41).

En esta misma línea, SILVA SÁNCHEZ se refiere a otros fenómenos como el de la “configuración de una sociedad de ‘sujetos pasivos’” (p. 42) y la identificación de la mayoría con la víctima del delito. En este punto, consideramos acertada su posición cuando advierte que el Derecho penal se ha llegado a identificar más como la Carta Magna de la víctima que como la Carta Magna del delincuente, generando entre otros efectos, la interpretación restrictiva de eximentes y atenuantes, la interpretación extensiva de los tipos penales y el entendimiento de la pena como mecanismo de reintegración de la víctima y exclusión del autor del delito.

En la misma sección se pone de presente cómo la criminalidad de los desposeídos cede terreno a la de los poderosos y realiza una advertencia que resulta importante transcribir para luego contraponerla con la propuesta que el mismo autor desarrolla al finalizar el texto: “Así, la apuesta, que parece decidida, por una expansión del Derecho penal, que conlleve la relativización de los principios de garantía y reglas de imputación en el ámbito de la criminalidad de los poderosos, *siendo criticable en sí misma*, puede incurrir además en el error adicional de repercutir sobre la criminalidad en general, incluida la de los *‘powerless’*, *en los que no parece pensarse en primera instancia a la hora de proponer las reformas antigarantistas*” (pp. 57-58, cursivas nuestras).

Como un factor adicional para explicar la demanda de punición y la expansión del Derecho penal, se alude a la insuficiencia o inexistencia de otros mecanismos jurídicos o no jurídicos de protección; menciona entre éstos a la sociedad como instancia de moralización, al Derecho civil de daños y a los mecanismos de protección administrativa que, según SILVA SÁNCHEZ, aparecen desprestigiados debido a los fenómenos de corrupción y burocratización.

Al continuar con el desarrollo de las causas de expansión del Derecho penal, se introduce un análisis que no dista de ser polémico, acerca de los llamados por él “gestores atípicos de la moral” (p. 66), concebidos como grupos o movimientos sociales que contribuyen a la expansión del Derecho penal debido a la demanda de protección de sus respectivos intereses. Cita entre éstos a ecologistas, feministas, pacifistas, e incluso a la criminología crítica.

Como una novedad dentro de la exposición del autor, se encuentra la alusión a los fenómenos de justicia negociada frente al modelo de justicia penal clásica; aquellos entendidos como manifestación de la desformalización y privatización de la justicia, propuesta que ha sido criticada por la reducción de garantías. A esta crítica se adhiere SILVA SÁNCHEZ, añadiendo que sólo en la medida en que el Derecho penal se conserve como público y formalizado, alejado de tensiones sociales y aplicaciones arbitrarias, logrará mantener su eficacia preventiva. Y cabe aquí un interrogante: ¿Por qué en la primera edición de la obra el autor hacía mención en este punto de la necesidad de un Derecho penal de ciudadanos y no de enemigos, pero esto se suprime en la nueva edición? Sin pretender aventurarnos a una respuesta, parece que ésta se encuentra en las últimas páginas del texto, donde el autor introduce un nuevo capítulo referido al “Derecho penal del enemigo”, el cual considera, bajo ciertas circunstancias, “inevitable”. Pero esto lo abordaremos más adelante.

Continuando con el análisis del texto, el autor le dedica varias páginas de su obra al fenómeno de la globalización económica y la integración supranacional como elementos que contribuyen a reforzar la tendencia expansiva del Derecho penal. El lector encontrará un desarrollo aún más completo que el de la primera edición e igualmente bien estructurado, de aspectos que revelan gran complejidad y que introducen los problemas transnacionales que el Derecho penal se ve abocado a asumir en la actualidad.

Así, al indagarse por el papel de la dogmática penal y sus características en la globalización, SILVA SÁNCHEZ

introduce el concepto de “Derecho penal de dos velocidades”. Para explicarlo expone que el Derecho penal de la globalización no es todo el Derecho penal, sino que se concentra en la delincuencia económica u organizada y modalidades conexas. Partiendo de lo anterior, se enfrenta a una disyuntiva: sectorializar las reglas de la Parte General, renunciando “...a la teoría del delito como teoría general y uniforme...” (p. 91) o modificar las reglas de las modalidades delictivas clásicas, desactivando el sistema general de reglas con vocación garantista. Ante tal disyuntiva, el autor opta “matizadamente” por la primera opción, la del Derecho penal de dos velocidades. Sin embargo, posterga su desarrollo para las secciones finales del libro, y se detiene en la exposición de algunas características de la dogmática de la globalización.

En este sentido, SILVA SÁNCHEZ establece ciertas diferencias planteadas por dicha dogmática en cuanto a temas que se vinculan con la imputación objetiva; la responsabilidad en comisión por omisión en los delitos de empresa o estructuras organizadas; la autoría y participación; y por último, la inversión en la carga de la prueba de las causales de justificación y exculpación.

El análisis planteado continúa con la evaluación de la vigencia de los principios político-criminales en el Derecho penal de la globalización, y concluye con una nueva sección que introduce temas más cercanos al ámbito europeo como el de la criminalidad de los sujetos extracomunitarios, la tensión entre integración y atomización y entre homogeneización y multiculturalidad, y la política de tolerancia cero en contra de los extranjeros que delinquen.

Posteriormente, y para cuestionar la influencia que algunos le atribuyen a “ciertas construcciones teóricas” (p. 113) en el fenómeno de la expansión del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ pretende desmentir la idea de que la propuesta que asigna como función al Derecho penal “el aseguramiento de la vigencia de las normas” (p. 114) sea el factor determinante de la referida expansión.

En efecto, el autor –y esto también es una novedad presente en la segunda edición- afirma que la propuesta de JAKOBS se encuentra con obstáculos que resultan ser muy similares a los de la teoría dominante del bien jurídico. Lo anterior se utiliza como argumento para sostener que las críticas formuladas a la teoría de JAKOBS no resultan suficientes para atribuirle a ésta corresponsabilidad en la expansión del Derecho penal, atendiendo a que esas mismas críticas son trasladables –con las diferencias pertinentes- a las teorías dominantes del bien jurídico. SILVA SÁNCHEZ considera que incluso las posiciones de JAKOBS en cuanto al alcance del Derecho penal, los delitos y las reacciones frente a los mismos, no difieren de las de otros autores inscritos en una “visión clásica del delito”, y a veces resultan menos extensivas que éstas.

Nuestra opinión en este sentido se contrapone a la sostenida por el autor, pues consideramos que los planteamientos de JAKOBS sólo conducen a la disolución del concepto de bien jurídico, con la consecuente pérdida de su función limitadora de la intervención penal. Así mismo, en un “Derecho penal del enemigo”, los principios se desconocen para dar entrada a un poder punitivo que, además de ampliarse, lo hace sin garantías.

Como una conclusión general, SILVA SÁNCHEZ pone de presente la transición del modelo de “delito de lesión de bienes individuales”, al modelo de “delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales” (p. 121). Lo anterior, reflejado en la protección de contextos más genéricos, ha desembocado en la denominada “administrativización” del Derecho penal que el autor pasa a explicar. Con esta idea introduce el tema de los delitos de acumulación, como paradigma de dicho fenómeno; paradigma que, en su opinión, no puede permitirse cuando se trata de imponer penas privativas de la libertad.

El lector encontrará en esta segunda edición, dos nuevas secciones dentro del análisis de las manifestaciones de la “administrativización” del Derecho penal. Una, referida

a la inclusión de la actividad administrativa como objeto de protección penal, y la segunda concerniente al redescubrimiento de la inoquización del individuo, como consecuencia de tres factores: el desencanto en torno a las posibilidades de resocialización del delincuente, la sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad.

Los planteamientos finales del autor se dirigen a la elaboración de su propuesta político-criminal. En este punto se podrá advertir, tal vez con algo de desconcierto, que las ideas iniciales no se corresponden en su totalidad con dicha propuesta. En efecto, dentro de las primeras secciones se manifiesta la preocupación por la relativización de los principios y garantías de un Derecho penal clásico de base liberal; relativización a la que, se dice, ha contribuido la limitada capacidad de este Derecho para combatir la macrocriminalidad. Sin embargo, se concluye afirmando que quizás lo debido es asumir dichas limitaciones y “...mantener escrupulosamente las garantías político-criminales del Estado de Derecho y las reglas clásicas de imputación...” (pp. 72-73, cursivas nuestras).

No obstante lo anterior, la propuesta final de SILVA SÁNCHEZ no parece atender las indicaciones que él mismo ha considerado convenientes. Así, expone que la opción de retornar al Derecho penal liberal no sólo es anacrónica sino ucrónica, pues tal Derecho nunca existió como lo pretenden reconstruir; adicionalmente, matiza el problema de la expansión del Derecho penal, reconduciéndolo específicamente al problema de la “expansión del Derecho penal de la pena privativa de libertad” (p. 152).

Es aquí donde nuevamente el lector hallará un desarrollo, ahora más amplio, del llamado “Derecho penal de dos velocidades”. Para explicarlo, SILVA SÁNCHEZ distingue entre dos clases de ilícitos penales: los castigados con penas privativas de la libertad y los vinculados a otros tipos de sanciones. Respecto a los primeros, contempla la necesidad de mantener el modelo liberal de principios y reglas de imputación; sin embargo expone que la

respuesta a la demanda punitiva requerirá seguramente una ampliación del Derecho penal y una consecuente flexibilización de principios de garantía y reglas de imputación. Lo anterior no es cuestionado por el autor, siempre y cuando dicha ampliación no se base en la imposición de penas privativas de la libertad. Esta configuración dualista se convierte, para SILVA SÁNCHEZ, en un punto medio entre un Derecho penal amplio y un Derecho penal “mínimo y rígido” que según él, la sociedad no estaría dispuesta a admitir.

Por último, SILVA SÁNCHEZ introduce una nueva sección que, sin duda, contiene el planteamiento más polémico dentro del texto: la posibilidad de admitir una tercera velocidad del Derecho penal, que sería aquella en la cual el Derecho penal de la cárcel concurriera con la flexibilización de las reglas de imputación, de los criterios procesales y de las garantías político-criminales. Esta tercera velocidad operaría, según el autor, ante fenómenos de “delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, [...] la criminalidad organizada y el terrorismo” (p. 163); el Derecho penal de tercera velocidad, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, es en estos “ámbitos *excepcionales* y por tiempo limitado, inevitable” (p. 164).

El autor –y creemos que en esto no le falta razón– relaciona las ideas anteriores con el Derecho penal del enemigo propuesto por JAKOBS. En este sentido manifiesta que en ámbitos donde el sujeto con su conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma sino todo el Derecho, puede plantearse el incremento de penas de prisión y la relativización de las garantías; a esto añade que el Derecho penal de la tercera velocidad sólo debe considerarse para “hechos ‘de emergencia’”, como una especie de “Derecho de guerra” en el cual se renuncia a “soportar los costes de la libertad de acción” (p. 166).

SILVA SÁNCHEZ no desconoce el cuestionamiento acerca de si el Derecho penal del enemigo puede considerarse realmente “Derecho” o es, por el contrario, una reacción

de hecho. Para responder a esta inquietud, se refiere a la necesidad de revisar permanentemente presupuestos de regulación para que el “mal” del Derecho penal del enemigo pueda considerarse realmente como el “mal menor” (pp. 166-167).

Los resultados a los cuales llega el autor son, en nuestro sentir, insatisfactorios; a través de ellos se puede dar cabida a demandas de punición irracionales y pierde sentido toda referencia al carácter de *última ratio* del Derecho penal. En efecto, si ya resultaba criticable la introducción de una “segunda velocidad” del Derecho penal, una “tercera velocidad” parece inconcebible desde los postulados de un Derecho penal mínimo, respetuoso de los principios y garantías del Estado de Derecho.

Creemos que todos los problemas sociales no pueden reconducirse al ámbito del Derecho penal, pues por esta vía se desemboca en una sobrecriminalización que desconoce, entre otros aspectos, el carácter fragmentario de la intervención penal y sus diferencias con un Derecho administrativo sancionador.

De esta manera, pretender la flexibilización de garantías, principios y reglas de imputación frente a delitos castigados con penas diferentes a las privativas de la libertad, es desnaturalizar al Derecho penal como Derecho de garantías para el individuo, y alejarlo de la función limitadora que ya hemos resaltado. Qué decir entonces de un “Derecho penal de tercera velocidad” o “Derecho penal del enemigo”, cuando comienza por desconocer en el individuo su calidad de “persona” en aras de justificar que se le trate como objetivo de guerra. Si bien el autor matiza su postura calificando de “inevitable” la aparición de esta “tercera velocidad” y justificándola únicamente en casos de emergencia, este matiz sólo pone en evidencia lo peligroso del planteamiento.

Así, las circunstancias de la sociedad postindustrial –que el autor expone de manera magistral en la obra objeto de análisis–, nos deben conducir, no a la aceptación

resignada de un fenómeno “inevitable” sino a la discusión y denuncia de prácticas que alejan al Derecho penal de su sustrato básico: la dignidad humana. Por eso nos sostenemos con firmeza en la concepción de un Derecho penal, no de “enemigos”, sino de “ciudadanos”.

SUSANA ESCOBAR VÉLEZ
Abogada
Universidad EAFIT

GRACIA MARTÍN, LUÍS, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, 219 págs⁹⁴.

En alguna parte dice el profesor ZAFFARONI que los libros, una vez publicados, devienen hijos emancipados, pues siguen cursos de ediciones, traducciones, interpretaciones y críticas, todas ellas de manera relativamente autónoma. Asimismo, las maneras en las cuales el lector suele aproximarse a los textos, son tan divergentes como el carácter de cada cual, y en ello no existe gran diferencia entre un libro de Derecho y otro diverso; de cualquier modo, la literatura, sea ésta jurídica, filosófica, sociológica, es, como decía WILDE, “una cuestión de temperamento”. Y tal vez no sea descabellado decir que con el libro del profesor LUÍS GRACIA MARTÍN ocurre lo propio que con cualquier otra obra, esto es, se somete a cursos de interpretaciones y críticas que con frecuencia desbordan los presupuestos del autor.

No obstante, sea cual fuere el temperamento del lector, el orden y la disposición con la cual se aproximó a la obra, el tiempo que tardó en su lectura, va de suyo que, una vez leído el libro objeto de reseña, el lector se habrá percatado de algunas características, “sobresalientes”

tal vez, del mismo. Así, en primer término habrá advertido la longitud del título: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, longitud ésta que contrasta con la cortedad del libro mismo, la cual viene, empero, sugerida desde el propio título por el primer término que en él puede hallarse: “*prolegómenos*”. En segundo lugar, y sin necesidad de ser muy suspicaz, con seguridad el lector se habrá topado con autores tan variados, aún dentro de sus respectivas disciplinas, como FOUCAULT, NIETZSCHE, PROUDHON, ROUSSEAU, KANT y LOCKE de un lado, y SCHÜNEMANN, TIEDEMANN, JAKOBS, ZAFFARONI y GIMBERNAT de otro. Finalmente, si fue un poco más detenido, habrá observado que en el libro se emplean expresiones tales como “batalla”, “lucha”, “vencer”, “resistencia”, las cuales reflejan de manera diáfana la intensidad de una discusión teórica que gravita, casi de manera inexorable, en torno al poder. Esa sería, con todo, una primera observación.

No bastando, por supuesto, con esa primera observación, que simplemente destaca algunos elementos que ya de suyo son sobresalientes, se hace indispensable una segunda. Se trataría, en consecuencia, de hacer una descripción corta, incompleta quizás, en la cual se expresen las tesis centrales del texto, remitiendo al lector, naturalmente, a que ante cualquier oscuridad recurra al texto mismo del profesor GRACIA. Y, en efecto, probablemente la mejor forma de realizar esa segunda oteada sea exponiendo primero las conclusiones a las que llega el autor y posteriormente la argumentación que lleva a ellas, para que el lector no quede en vilo hasta el final de la reseña.

En este orden de ideas, las conclusiones son dos: en primer lugar, afirma el autor del texto, debe superarse el Derecho penal de la ilustración, como quiera que supone la protección de los intereses de una clase social, en desmedro de las otras, lo cual pudo haberse dado cuando estas últimas estaban “materialmente” excluidas

⁹⁴ Reseña publicada también en *Nuevo Foro Penal*, N° 67, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, pp. 229-234.

de la sociedad; la segunda conclusión, derivada de la primera, sería que, en lugar de ese Derecho penal, debe construirse un nuevo Derecho penal, que atienda también a los comportamientos de las clases sociales poderosas.

El camino que recorre el autor para arribar a estas conclusiones puede sintetizarse en cuatro puntos, a saber:

1) Antes de todo, el profesor GRACIA trata de exponer qué se entiende por “moderno”, esto es, qué es “la modernidad”, de suerte que, una vez expresado el concepto, se coteje con el nuevo Derecho penal de cara a saber si es posible caracterizarlo como moderno. En ese sentido, afirma que: “moderno” y “modernidad” son “únicamente palabras con cuya mención sólo se remite a materiales históricos constituidos por una multitud de objetos, acontecimientos, enunciados, ideas, discursos y relaciones entre ellos, para a continuación iniciar y desarrollar una indagación sobre sus características y sobre su sentido, con el fin de alcanzar algún conocimiento significativo sobre ellos como condición previa e indispensable de la posibilidad de comprensión, precisamente, de los conceptos mismos de “moderno” y “modernización” de que se habla” (p. 43). Más adelante puntualiza que, en todo caso, la modernidad es un punto de ruptura en relación con el ayer; la etapa histórica que supone un rompimiento con épocas pretéritas; de esta suerte, el Derecho penal de la ilustración pudo haberse considerado “moderno” debido a que significaba una ruptura con el Derecho penal del *Ancien Régime*. Con todo, aclara, es más adecuado llamar al Derecho penal de la ilustración “Derecho penal liberal”, pues muestra el contexto sociopolítico en que se dieron las condiciones de posibilidad de ese preciso Derecho penal (p. 44). Finalmente afirmaría que, siguiendo a IGNACIO SOTELO, puede predicarse de algo que es moderno, cuando reúne dos condiciones: (i) aparición de nuevos objetos o modificación de los existentes, que el autor llama “condición formal”, y; (ii) ruptura sustancial en relación con la situación anterior, denominada “condición material”.

2) Una vez establecido el concepto de “modernidad” o de “moderno”, trata el autor de mostrar por qué los contenidos del Derecho penal son modernos. Antes de cotejar contenidos y conceptos, aclara que el actual Derecho penal implica un cambio, en principio cuantitativo, en relación con el Derecho penal tradicional. Este “nuevo” Derecho penal de que se habla estaría conformado por: el Derecho penal del riesgo, el Derecho penal económico y del medio ambiente, el Derecho penal de la empresa, el Derecho penal de la globalización, el Derecho penal de la Unión Europea, y, finalmente, el Derecho penal del enemigo. Todos estos conjuntos normativos, considerados de manera individual o conjunta, implican un cambio cuantitativo en relación con el Derecho penal tradicional, como quiera que: o suponen el adelantamiento de las barreras de protección penal, o llevan aparejadas modificaciones en los modelos de imputación jurídico penal, o criminalizan nuevos comportamientos, todo lo cual va permitiendo afirmar que, efectivamente, se cumple la “condición formal” para que pueda decirse de algo que es moderno.

3) El tercer punto, en la tesis de GRACIA, consiste en construir un concepto de Derecho penal moderno en sentido material. No obstante, aclara que el cometido de la publicación es, simplemente, formular un concepto material “como hipótesis de trabajo”. En esa construcción no comparte los criterios de “la crítica a la modernización”, pues según estos el Derecho penal actual sería moderno debido a que supone una ruptura con principios liberales, propios del Estado de Derecho. GRACIA, empero, considera que los postulados y principios que orientan la modernización del Derecho penal son perfectamente conformes con el Estado de Derecho. Eso sí, siempre que se entienda que las garantías de éste no son las postuladas desde el discurso penal de la ilustración, pues ellas contemplan ambivalencias y exclusiones, son selectivas y represivas sólo respecto de las clases sociales desfavorecidas, razón por la cual no son sostenibles en un Estado de Derecho. De allí que, según GRACIA, afirmar que la vigencia del Derecho penal moderno implica una vulneración o flexibilización

de las garantías del Estado de Derecho es “confundir la velocidad con el movimiento” (pp. 156 y 157).

4) Habiendo descartado que el criterio para determinar si el nuevo Derecho penal es moderno sea la ruptura que comporta frente a las garantías del Estado de Derecho, entiende el autor que la modernización es la lucha por el discurso de criminalidad; en ese sentido afirma: “en general, entiendo por Derecho penal moderno en sentido material, al sistema de regulaciones jurídico penales que tienen por objeto la criminalización formal, de conformidad con el sistema de garantías políticas del estado social y democrático de derecho, del sistema de acción ético-socialmente reprochable de las clases poderosas” (pp. 190 y 191), afirmación ésta que va acompañada de lo que muy seguramente puede comprenderse como la forma en que el autor entiende el Derecho penal: “la misión del Derecho penal es contribuir con sus medios específicos al fomento de los valores ético-sociales elementales para los materiales de acción social”. Así las cosas, se trataría de recuperar un campo de “criminalidad material” que hasta hoy se ha encontrado cubierto por el ropaje de derecho subjetivo.

Ese sería, sintéticamente, el recorrido realizado por GRACIA, el cual finaliza con las dos conclusiones primeramente esbozadas y con algunas consecuencias que bien valdría la pena reseñar: la primera, que los enunciados del discurso de resistencia se encuentran hoy desprovistos de validez, pues no están referidos al Estado Social de Derecho; en segundo lugar, el discurso de modernización no debe preocuparse de debatir con el discurso de resistencia, habida cuenta de que serían ideas que ya no pueden ser asimiladas en nuestro tiempo.

Siendo, entonces, que todo el discurso de GRACIA gira en torno a la modernidad, valdría la pena manifestar un primer desacuerdo, pues no parece claro qué es “modernidad” o moderno, o por lo menos no parece claro en la obra del profesor español, y en ese sentido sería pertinente adherirse a la voz de FOUCAULT cuando afirmaba

que “el término moderno está evidentemente vacío de sentido”⁹⁵. Y aún si se lo pretende llenar de sentido, es, cuando menos, objetable que se diga que un proyecto jurídico penal y político criminal como el propuesto por GRACIA sea moderno, pues la modernidad, según la teoría política, se ha caracterizado precisamente por la existencia de elementos divergentes a los señalados en su obra, tales como: una economía nacional, esto es, un mercado nacional, y, ser un proceso de relevante seguridad jurídico-política al interior del Estado. De allí que resulte menos confuso hablar de posmodernidad, como quiera que ésta comporta elementos más cercanos a los descritos por el profesor, como el intenso desarrollo científico, la estructuración de una economía mundializada, la pérdida de valor de la soberanía y la reacción institucional frente a nuevos “macroproblemas”, tales como la corrupción, el narcotráfico, el daño al medio ambiente sano, entre otras⁹⁶.

Y aún si se asume que es preciso y delimitado el concepto de modernidad dado por GRACIA, habría que preguntarse si resulta tan evidente, como al parecer lo asume el profesor, cuándo nos encontramos frente a un cambio, una ruptura sustancial, una modificación cualitativa en relación con situaciones anteriores, y no simplemente frente a una diferencia, una ruptura de grado, dificultad que ya había sido puesta de presente por PERELMAN, quien se preguntaba “¿en qué momento el cambio, en lugar de ser un cambio de grado, se vuelve un cambio de naturaleza?”⁹⁷.

Por otra parte, ya en lo tocante a la propuesta político-criminal de la obra, el autor considera que no es válida

⁹⁵ FOUCAULT, MICHEL, *Defender la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 79.

⁹⁶ Para las características de la modernidad y de la posmodernidad véase, MONTOYA BRAND, MARIO y VÁSQUEZ, A. V., “Hacia un panorama teórico de las afecciones y riesgos colectivos en Colombia”, en *Estudios de Derecho*, N° 137, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Universidad de Antioquia, 2003, pp. 18-23.

⁹⁷ PERELMAN, CHAÏM, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, Bogotá, Norma, 1997, p. 122.

una crítica formulada desde los principios liberales, dado que nos encontramos en un Estado Social de Derecho y no en un Estado Liberal de Derecho. No obstante, es desafortunado considerar este tema de tal forma, ya que de la sola cláusula del Estado Social de Derecho no puede desprenderse un único sentido, así como tampoco una sola filosofía; por el contrario, todo Estado Social de Derecho, y “la Constitución colombiana actual no se diferencia significativamente de cualquiera otra contemporánea que pretenda, como en ella, configurar un “Estado social de derecho”⁹⁸, plantea un permanente conflicto entre una filosofía liberal y otra social, siendo perfectamente posible adoptar tanto una política criminal eminentemente liberal, como un Derecho penal garantista, cuando menos en el sentido también liberal del término⁹⁹.

De la misma manera que resulta inconveniente realizar una lectura como la que hace GRACIA de las filosofías constitucionales, pues desconoce que una misma constitución puede prohiar más de una filosofía; resultaría perjudicial, si no se piensa con mayor detenimiento, el trasplante de dicho proyecto político criminal, habida cuenta de que en Latinoamérica en general y en Colombia en particular, no haya las mismas circunstancias que en Europa, pese a que bien podría haber algunas similitudes.

Alguien decía, en alguna ocasión, que “Colombia es un país que vive simultáneamente en cinco siglos”¹⁰⁰, y, en consecuencia, cuenta con factores tan divergentes de los europeos que seguramente no sería ni siquiera sensato realizar el antedicho trasplante teórico y político;

máxime si se tiene en cuenta que, siendo “la lucha por la modernización” la pretensión de criminalizar las conductas de los poderosos, como decía el profesor ZAFFARONI refiriéndose a Latinoamérica, y esto sería aplicable de alguna u otra manera a Colombia, “son múltiples los casos que demuestran acabadamente que en nuestro medio los poderosos sólo son vulnerables al sistema penal cuando colisionan con otro poder mayor que logra retirarles la cobertura de invulnerabilidad, en una pugna que se desarrolla en la cúpula hegemónica”¹⁰¹.

Es dable pensar, en consecuencia, que este propósito de aumentar la clientela del Derecho penal resultaría estéril: “Un “cambio (o aumento) de presos” difícilmente va a resolver [...] los problemas del país”¹⁰². Por el contrario, sería apenas lógico considerar que una medida de expansión del Derecho penal puede producir más problemas o intensificar los existentes; máxime si se tiene en cuenta que “la operatividad de nuestros sistemas penales alcanza niveles de violencia que son poco menos que increíbles en los países centrales” y que “el poder de las agencias del sistema penal no se ejerce conforme a legalidad en nuestro margen”¹⁰³. Y no sería temerario afirmar que, dada la alta selectividad con la cual funciona nuestro sistema penal, el mismo seguirá descargando toda su violencia con severidad sobre los desprotegidos, quienes, ya frente a ese “moderno” Derecho penal de que hablara GRACIA, no tendrán para invocar las garantías existentes en el “viejo” Derecho penal de la ilustración, que aunque precarias, tímidas y hasta modestas, son límites al fin de cuentas.

JUAN SEBASTIÁN CEBALLOS BEDOYA
Estudiante de Derecho
Universidad EAFIT

⁹⁸ GAVIRIA DÍAZ, CARLOS, “La defensa de la autonomía en un país heterónimo”, en www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/CarlosGaviria.pdf.

⁹⁹ PÉREZ TORO, WILLIAM F., “Constitución y reglamentación”, en *Estudios políticos*, N° 4, Medellín, Universidad de Antioquia, 1993, p. 80.

¹⁰⁰ APONTE, ALEJANDRO DAVID, “Institucionalización de la función penal y garantismo: dilemas hacia el futuro de la justicia penal en Colombia”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 64, Medellín, Universidad EAFIT, 2003, p. 17.

¹⁰¹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *En busca de las penas perdidas*, segunda edición, Bogotá, Temis, 1993, p. 86.

¹⁰² GONZÁLEZ ZAPATA, JULIO, “Algunas visiones sobre la crisis de la administración de justicia”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 62, septiembre-diciembre, Bogotá, Temis, 1999, p. 9.

¹⁰³ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, “Crítica sociológica al Derecho penal”, en www.defensapublica.org.ar/revista/1999/o7/doctrina.int/nota.htm.

JAKOBS, GÜNTHER y CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, 102 págs.

Los cuadernos Civitas han publicado en 2003 un libro polémico por su contenido, que ya desde el título es seductor: *Derecho penal del enemigo*. En él participan los profesores GÜNTHER JAKOBS y MANUEL CANCIO MELIÁ, cada uno con un texto que aborda desde perspectivas diferentes el tema sugerido por el título antedicho. El libro, que hunde sus raíces en las profundidades de la filosofía política –esbozando y analizando las propuestas de HOBBS, FICHTE, ROUSSEAU y KANT en lo que atañe al tratamiento del enemigo- y en las intrincadas, y podría decirse que contemporáneas, discusiones de política criminal, se muestra como punto de partida para polemizar y discutir un tema que, como lo es el del Derecho penal del enemigo, tiene amplias repercusiones políticas, aún en los sitios de recepción de la doctrina europea, y más concretamente en Colombia.

Ciertamente, JAKOBS inicia el prólogo afirmando: “De acuerdo con una cómoda ilusión, todos los seres humanos se hallan vinculados entre sí por medio del derecho en cuanto personas”, y, según él, es cómoda porque no determina en qué casos hay una relación jurídica y en qué casos “ajurídica”; y, es ilusoria porque si quiere ser, no sólo un vínculo conceptual, sino también real, ha de conformar la “configuración social” (p. 13). Carece de realidad social, afirma, el “esquema normativo” que no dirige la conducta de las personas (p. 14). Lo propio ocurre con la persona, institución que el Derecho “crea”, cuando no existe la expectativa de un comportamiento determinado por derechos y deberes, y “en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente” (p. 14). “Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo” (p. 14).

Al decir de JAKOBS, respecto a su posición ha habido numerosas críticas, como la que entiende que su “diagnóstico” “da miedo” y que su formulación es

“indecorosa”. Ciertamente, aduce el profesor, “el mundo puede dar miedo, y de acuerdo con una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje” (p. 15).

Por su parte, CANCIO MELIÁ afirma que la diferencia entre la visión de JAKOBS y la suya, no reside tanto en el diagnóstico, sino en el significado que del mismo se desprende (p. 16).

El profesor español encuentra “gran potencial crítico” en la construcción de JAKOBS, pues “constata” que el Derecho penal del enemigo “no puede” ser Derecho, tal y como se concibe en “nuestros sistemas jurídico-políticos”. En su sentir, la realización de este diagnóstico implica un reclamo para que la normatividad del Derecho penal del enemigo pase al “ámbito de discusión política correcto: a las medidas en estado de excepción” (p. 17). Si estas medidas, dice el autor, son mantenidas dentro del Derecho penal, puede ocurrir que “algo nuevo” sustituya “al actual sistema normativo del Derecho penal” (p. 17).

JAKOBS, GÜNTHER, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, GÜNTHER y CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, págs. 19 a 56.

Para JAKOBS, las expresiones Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo son “dos tipos ideales” que difícilmente pueden realizarse de manera pura, pues aún el terrorista “más alejado de la esfera ciudadana” es tratado como persona “al concedérsele” en el proceso penal los derechos propios del ciudadano (p. 22). No se trata, en consecuencia, de “describir” dos esferas opuestas del Derecho penal, sino de hacer una descripción que revele la posibilidad de que ambas esferas se superpongan, “se solapen”.

Todo Derecho, según el profesor alemán, está vinculado a la coacción, cuya forma más intensa es el Derecho penal; cualquiera pena, en consecuencia, igual que cualquier legítima defensa, “se dirige contra un enemigo” (p. 26).

* También la Universidad Externado de Colombia ha presentado una edición de esta obra en 2005.

Precisamente –dice- los autores que “fundamentan el Estado” mediante un contrato, entienden que el delito es la infracción al contrato, por lo cual quien lo comete no puede aprovecharse ya de sus “beneficios”; a partir de allí deja de estar en una relación con los demás (p. 26). Así lo entienden, al decir de JAKOBS, autores como ROUSSEAU (p. 26) y FICHTE (p. 27), cuyas reflexiones permitirían pensar que el “status de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder” (p. 28). Sin perjuicio de ello, no acoge el autor las tesis de FICHTE y ROUSSEAU precisamente por la “separación radical” que hacen entre ciudadano y enemigo; pero “un ordenamiento debe mantener también al criminal”, pues él sí cuenta con el derecho a “arreglarse con la sociedad” y, por su parte, tiene el deber de reparar, entendiendo que la noción de deber tiene como presupuesto la “personalidad”; “el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho” (p. 28).

Por su parte, según el autor del texto, HOBBS concibe al delincuente como ciudadano, pero cuando se trata de “rebelión, es decir, de alta traición”, entonces ya se está frente a una “rescisión de la sumisión” y frente a un retorno al estado de naturaleza; “aquellos que incurrir en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos”, diría ciertamente HOBBS, citado por JAKOBS (p. 29).

En el mismo sentido, de conformidad con las citas del profesor JAKOBS, KANT postularía que aquel que no participa de la vida de un Estado, aquel que amenaza constantemente, puede no ser tratado como persona, “sino que se le puede “tratar”, como anotaría expresamente KANT “como un enemigo”” (p. 31). Tanto en HOBBS como en KANT, agrega, se encuentra esa dualidad “Derecho penal del ciudadano” y “Derecho penal del enemigo”. “El Derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra” (p. 33). “El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo [...] combate

peligros. [...] Con toda certeza existen múltiples formas intermedias” (p. 33).

En este sentido, dice JAKOBS, los delitos no existirían en circunstancias “caóticas”, sino sólo en una comunidad ordenada, esto es, en el Estado, “del mismo modo que lo negativo sólo se puede determinar ante el trasfondo positivo y viceversa” (pp. 34-35). Además, el delito no implica el fin de dicha comunidad, sino que es “un desliz reparable” (p. 35). De allí que el Estado moderno vea, de hecho, “normal” a un ciudadano, no a un enemigo; una persona que “a [sic] dañado la vigencia de la norma” y que es llamado a equilibrar dicho daño, precisamente con la pena. Pero ello será así mientras la persona dé garantías de que se conducirá como persona, actuando en fidelidad al orden jurídico (p. 36). Ocurre con las personas, conforme lo afirma el autor, lo propio que con las normas: no pueden mantenerse de manera “completamente contrafáctica” (p. 36).

Ahora bien, continúa el autor, si una norma pretende configurar la sociedad, el comportamiento conforme a ella “debe ser esperable, [...] [pues] sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida” (p. 37). De allí que aquellos casos en los cuales se combate el que se haya apartado de manera decidida y duradera del Derecho, es porque no prestan la garantía cognitiva mínima “para el tratamiento como persona” (pp. 39-40). Aquí, el orden jurídico no trata de restaurar la vigencia de la norma, sino de eliminar “un peligro”, de suerte que “la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos” (p. 40).

En efecto, si se incluye a los enemigos en el concepto de delincuente ciudadano, se corre el riesgo de mezclar los conceptos “guerra” y “proceso penal”. Para preservar las cualidades del Derecho penal del ciudadano y mantenerlas “vinculadas a la noción de Estado de

derecho”, debe llamarse a aquello “que hay que hacer” contra el enemigo, precisamente, Derecho penal del enemigo, “guerra refrenada”.

Al ciudadano se le espera hasta que exteriorice su hecho para reaccionar; al enemigo se le intercepta “en el estadio previo y [...] se le combate por su peligrosidad” (pp. 42-43). Esto último puede ocurrir “eventualmente años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad. Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina “pena” (p. 43).

Finalmente, no todo delincuente es enemigo, razón por la cual la introducción de elementos de Derecho penal del enemigo en el “Derecho penal general”, “es un mal desde la perspectiva del Estado de derecho” (p. 48).

CANCIO MELIÁ, MANUEL, “¿“Derecho penal” del enemigo?”, en JAKOBS, GÜNTHER y CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, págs. 57 a 102.

Los ordenamientos penales del “mundo occidental”, han comenzado a sufrir cambios; de una posición estática, hacia una posición en la cual están constantemente “introduciéndose nuevos contenidos y reformándose sectores de regulación ya existentes con gran rapidez” (p. 60), de suerte que las confrontaciones políticas se plasman más rápidamente en el Código penal.

Estos cambios hallan una manifestación clara en el “Derecho penal del enemigo”, “que fue (re-)introducido [...] recientemente por JAKOBS a la discusión” (p. 60). “El concepto de Derecho penal del enemigo supone un instrumento idóneo para describir un determinado ámbito, de gran relevancia, del actual desarrollo de los ordenamientos jurídico penales. Sin embargo, en cuanto Derecho positivo, el Derecho penal del enemigo sólo forma parte nominalmente del sistema jurídico penal real: “Derecho penal del ciudadano” es un pleonismo, “Derecho penal del enemigo” una contradicción en los términos” (p. 61).

El Derecho penal del enemigo es el resultado de un devenir político criminal expansionista. Dicha evolución político criminal se manifiesta en dos fenómenos: Derecho penal simbólico y “resurgir del punitivismo” (p. 65), siendo ambos constituyentes del “linaje del Derecho penal del enemigo” (p. 65). Se trata, en todo caso, de fenómenos que, al tiempo que son constitutivos de la genealogía del Derecho penal del enemigo, son inescindibles.

En lo que atañe a la determinación conceptual, dice CANCIO MELIÁ, es posible advertir en la obra de JAKOBS tres elementos característicos del Derecho penal del enemigo: (i) Adelantamiento de la punibilidad; (ii) Penas “desproporcionadamente altas”; (iii) Es una normatividad en la cual algunas garantías son matizadas e incluso suprimidas (pp. 80-81). En el mismo orden, afirma el autor, SILVA SÁNCHEZ propone un Derecho penal de dos velocidades, cuya primera velocidad sería la correspondiente a aquel sector del ordenamiento que impone penas privativas de la libertad y que observa todas las garantías y principios procesales clásicos; y, la segunda velocidad, sería el sector en el cual las penas son pecuniarias “o privativas de algún derecho” y se flexibilizan algunas garantías. En consecuencia, es dable pensar que la tercera velocidad sea el Derecho penal del enemigo, cuya ecuación estaría compuesta por la imposición de una pena privativa de la libertad y la flexibilización de las garantías (p. 83).

Es posible pensar que la “esencia” del concepto de Derecho penal del enemigo estriba en que es una “reacción de combate” del orden jurídico contra individuos peligrosos; con dicho instrumento, el Estado amenaza a sus enemigos (p. 86). No obstante, dicha definición resulta incompleta, como quiera que lo que permite vislumbrar el Derecho penal del enemigo es, en efecto, que no simplemente se dirigen operaciones de combate, sino verdaderas cruzadas “contra malhechores archimalvados”, razón por la cual el concepto de “enemigo” tiene una connotación más pseudoreligiosa que “tradicional-militar”. Por esta vía, no simplemente se

señala al “otro”, sino que se le demoniza. Ahí se plasma la combinación de punitivismo y Derecho penal simbólico. Por contera, en la tipificación penal del Derecho penal del enemigo, según afirmaciones del autor, en su base, no sólo hay hechos sino múltiples elementos que permiten una “caracterización del autor como perteneciente a la categoría de enemigo” (p. 88).

“¿El Derecho penal (fácticamente existente) forma parte conceptualmente del Derecho penal?” (p. 91). Antes de responder al interrogante, es preciso observar que no es adecuado decir que la posición de JAKOBS sea “estructuralmente conservadora o incluso autoritaria”, pues, como ocurre en Colombia, ya algunas providencias de la Corte Constitucional han declarado la inexecutable de algunas normas penales con fundamento, específicamente, en el concepto de Derecho penal del enemigo formulado por JAKOBS (pp. 92-93); aunque, ciertamente, “no existen concepciones teóricas (estrictamente jurídico-penales) que hagan invulnerable a un ordenamiento penal frente a evoluciones ilegítimas” (p. 93).

Ahora bien, dando respuesta al interrogante antes formulado, puede decirse que “la respuesta que aquí se ofrece es: no” (p. 93), pues el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas sino que demoniza a los infractores, de suerte que podría decirse no se compadece con un Derecho penal del hecho. Subraya CANCIO, finalmente, que estas características suelen presentarse matizadas (p. 94).

El concepto de JAKOBS, continúa CANCIO, del Derecho penal es eminentemente normativo, perteneciente al mundo de los significados. Estas conductas de los enemigos implicarían un quebrantamiento “de la norma respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son especialmente vulnerables” (pp. 96-97). “ETA [...] no sólo mata, hiere y secuestra, sino pone en cuestión un consenso constitucional muy delicado y frágil en lo que se refiere a la organización territorial de España” (p. 97).

Finalmente, es dable pensar que el Derecho penal del enemigo es un Derecho penal de autor, en contravía

directa del principio del hecho, lo que podría constatarse, a juicio del profesor español, en “la amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista”; todo lo cual está contenido en la legislación española (p. 102).

Comentarios personales: Basándose en lo que tal vez pueda llamarse una pacífica distinción –que, aunque pacífica, es discutible– entre Derecho penal y guerra, y aún entre proceso penal y guerra, podría afirmarse que la tesis del profesor JAKOBS ha consistido en señalar que dos esferas o ámbitos del Derecho penal, que no obedecen a las mismas razones, ni están configuradas de igual manera, se solapan y superponen constantemente: estas esferas son el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo. Y a su juicio resulta conveniente separarlas, como quiera que la introducción de elementos de Derecho penal del enemigo en el “Derecho penal general” “es un mal desde la perspectiva del Estado de derecho” (p. 48). En el mismo sentido, afirma que si se incluye a los enemigos en el concepto de delincuente ciudadano, se corre el riesgo de mezclar las nociones “guerra” y “proceso penal”, y, por consiguiente, para poder preservar las cualidades del Derecho penal del ciudadano y mantenerlas “vinculadas a la noción de Estado de derecho”, debe llamarse a aquello “que hay que hacer” contra el enemigo, específicamente Derecho penal del enemigo, “guerra refrenada” (p. 41).

Esta distinción, empero, resulta bastante cuestionable. No solamente en Colombia, país en el cual, dada su característica de ser un país cruzado por un conflicto de larga duración, los códigos penales y las medidas represivas en general se presentan bajo el título de “luchas contra la criminalidad”, sino también en los países desarrollados. Tanto en aquel como en estos la ley es el resultado de confrontaciones permanentes, de múltiples combates; con toda razón decía MICHEL FOUCAULT¹⁰⁴ que “la ley nace de las batallas reales, de

¹⁰⁴ FOUCAULT, MICHEL, *Defender la sociedad*, p. 55.

las victorias, las masacres, las conquistas que tienen su fecha y sus héroes de horror; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; surge con los famosos inocentes que agonizan mientras nace el día". Y, de hecho, después de expedida, la ley no es pacificación, así como tampoco lo es el Estado; debajo de ellos "la guerra continúa causando estragos en todos los mecanismos de poder, aún los más regulares. La guerra es el motor de las instituciones y el orden: *la paz hace sordamente la guerra hasta en el más mínimo de sus engranajes*"¹⁰⁵ (cursivas nuestras). Y ello no sólo es válido o explicativo en lo pertinente al Derecho penal; ya el mismo RADBRUCH reconocía, en 1948, respecto del proceso laboral, que "cada litigio se presenta [...] ante el juez imparcial como la proyección concreta de una gran lucha de clases"¹⁰⁶. Precisamente porque la ley nace de plurales y heterogéneas confrontaciones y luchas, no necesaria o exclusivamente de clases, "siempre se es, forzosamente, el adversario de alguien"; el enemigo no es exclusivamente quien se enfrenta de manera duradera y permanente al Derecho. Si realmente existe una distinción entre Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano, ella no parece ser que aquel se identifique con la guerra y éste no. La distinción, más bien, estribaría en el hecho de que el Derecho penal ciudadano es una guerra sometida a más ritos, a una gramática mucho más estricta que la que disciplina el Derecho penal del enemigo.

En este orden de ideas, la pretendida distinción entre Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano, aparece más como una estrategia de legitimación del último, y quizás también del primero; o, tal vez, como una forma de desviar la mirada de éste hacia aquél. JAKOBS lo sugiere de una forma más o menos clara. Para él, "el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un

error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico" (p. 47). Y agrega que cada posición tiene su lugar "legítimo", que a su vez puede usarse en el lugar equivocado (p. 47). Pero, realmente, la legitimidad del Derecho penal, sea que se trate del Derecho penal del ciudadano o del Derecho penal del enemigo, no se logra sencillamente con segmentar o separar su parte más violenta de la que está sometida a más reglas y exigencias; no se logra "creando" o habilitando una esfera que absorba todas las perversidades del poder punitivo. En uno u otro caso, se trata, si se quiere, de sutiles procedimientos y liturgias para preservar las numerosas relaciones de dominación de nuestra sociedad.

CARNELUTTI solía decir, en una singular conferencia, que "fascinados por la ley, los hombres han acabado por perder de vista la excepción"¹⁰⁷. Empero, parece que la segmentación o diferenciación propuesta por JAKOBS –en algún sentido similar a la propuesta por el profesor SILVA SÁNCHEZ– puede producir, precisamente, el efecto contrario al señalado por el maestro italiano, esto es, que fastidiados por la excepción, los hombres terminen por perder de vista la ley; que fastidiados y concentrados en la problemática de un Derecho penal del enemigo, se termine por olvidar que el Derecho penal tradicional también es un espacio de batalla y que en todo proceso penal se libra una guerra rituada contra pequeños enemigos.

Empero, valga aclarar, para finalizar, que, aunque JAKOBS no diga cómo es posible, ni mediante qué mecanismo o técnica legislativa se puede dar, si la división o demarcación entre Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano contribuye a que no desaparezcan las garantías de éste, pues entonces nuestra crítica no puede trascender de lo que ya se ha esbozado. Pero, como ha dicho ZAFFARONI, "la experiencia histórica demuestra que la excepcional habilitación del poder

¹⁰⁵ Ibidem, p. 56.

¹⁰⁶ RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 164.

¹⁰⁷ CARNELUTTI, FRANCESCO, "La muerte del derecho", en AAVV, *La crisis del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970, p. 343.

punitivo siempre termina ordinarizándose¹⁰⁸, ya sea separando lo excepcional de lo ordinario o no: “por eso el Derecho penal no tiene dos velocidades, sino caja automática: avance y retroceso, y toda derogación de limitaciones al poder punitivo es una marcha atrás hacia la inquisición”¹⁰⁹.

JUAN SEBASTIÁN CEBALLOS BEDOYA
Estudiante de Derecho
Universidad EAFIT

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en DIEZ RIPOLLÉS, J. L. (coordinador), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2003, págs. 395 a 431.

Mediante este artículo, el penalista español MARTÍNEZ-BUJÁN, muestra parte de la discusión entre quienes propenden por la expansión del Derecho penal y quienes asumen que éste debe mantenerse limitado al mínimo, haciendo especial énfasis en lo relativo a la intervención punitiva en lo económico. Para ello, se vale del uso metafórico de teorías de la astrofísica.

En efecto, el mencionado autor indica cómo la teoría del *Big Bang* se traslada metafóricamente a la economía, las ciencias sociales y el lenguaje común, por lo que no resulta extraño que con ella se aluda a la expansión del Derecho penal, representada en el Código penal español de 1995 y en las regulaciones socioeconómicas de la Unión Europea.

A su vez, señala como la nueva teoría del *Big Crunch*, que indica que hay un punto de retorno en la expansión

a partir del cual el universo empezará a contraerse, puede servir de metáfora para aludir a la propuesta de un “Derecho penal mínimo”, en la que “...de un lado, se pretende restringir la selección de bienes jurídico-penales a aquellos bienes que se califican de “clásicos”, en la medida en que se articulan sobre la base de la protección de los derechos básicos del individuo; de otro lado, se trata de respetar a ultranza todas las reglas de imputación y todos los principios político-criminales de garantía característicos del Derecho penal “clásico” o de la Ilustración” (p. 396).

En este punto, se alude a la Escuela de Frankfurt, advirtiendo que ésta considera que la intervención del Derecho penal en nuevos sectores, como el de la economía, supondría sacrificar garantías esenciales del Estado de Derecho, por lo que, para el respeto de las reglas de imputación y de los principios, formula un bien jurídico-penal individualista o personal, indicando, según el autor, que sólo merecen protección los bienes supraindividuales que sean “...intereses mediatos o instrumentales al servicio del individuo” (p. 397).

Dentro del análisis de esta concepción, MARTÍNEZ-BUJÁN expone los planteamientos de HASSEMER; específicamente muestra los tres rasgos que este penalista trae para caracterizar al moderno Derecho penal, así como los tres instrumentos más representativos que del mismo considera existen frente a la economía, y la propuesta que ofrece. Sobre esto último, afirma que el profesor alemán, sin proponer una absoluta descriminalización, plantea que “...el Derecho penal liberal tradicional debería, ciertamente, reducir su objeto a lo que él denomina el “Derecho penal nuclear”, pero las infracciones concernientes a esos nuevos bienes jurídicos (como los referentes al orden económico) podrían ser reguladas a través de lo que él llama un “Derecho de intervención”, que –aunque no aparece suficientemente concretado- tendría que ser configurado como un Derecho sancionador situado a medio camino entre el Derecho penal y el Derecho de contravenciones o de infracciones del orden, entre el Derecho público y el Derecho civil; este Derecho de intervención se

¹⁰⁸ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar - Temis, 2005, p. 510.

¹⁰⁹ Ibid.

caracterizaría por contener garantías y procedimientos menos rigurosos y exigentes que los que acompañan al Derecho penal, pero, como contrapartida, dispondría de sanciones de menor entidad que este último, o sea, menos lesivas para los Derechos individuales“ (p. 399).

Una vez presentada así la postura de HASSEMER, el autor del texto que se reseña pasa a examinar la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, la cual considera se puede enmarcar también en esa metáfora del *Big Crunch*. De este último penalista indica como describe, en su libro *La expansión del Derecho penal*, el fenómeno de la expansión, caracterizándolo por la aparición de nuevos bienes jurídicos, la amplificación del riesgo penalmente relevante, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios; resultando de ello un Derecho penal que da una aparente o simbólica solución a los problemas sociales.

Tras exponer el diagnóstico que SILVA SÁNCHEZ trae acerca de lo anterior, se muestra como para este autor, con esa expansión, se da la administrativización del Derecho penal, en donde se modifica el contenido material del tipo, llegando al modelo de los delitos de peligro de bienes supraindividuales, y “Se tiende a la protección de “contextos” cada vez más genéricos” (p. 401), en donde como en el Derecho administrativo “...tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto” (p. 401). Además, se muestra la crítica que hace a los delitos de acumulación, formulados especialmente para los delitos contra el medio ambiente.

Sin embargo, MARTÍNEZ-BUJÁN dice que cuando SILVA SÁNCHEZ llega a las conclusiones político-criminales, se aleja de la escuela de Frankfurt y de la alternativa del “Derecho de la intervención”, y propone en su lugar, de *lege ferenda*, que lo que configuraría esa nueva rama del ordenamiento, continúe en el Derecho penal, pero creando un modelo dual del mismo, con dos niveles o velocidades: el primero, con penas privativas de la libertad, pero salvaguardando el modelo clásico de las reglas de imputación y las garantías; y el segundo,

con otras sanciones no privativas de la libertad, pero admitiendo una “flexibilización controlada” (p. 402) de esas reglas y garantías. Además, apunta, de *lege lata* se sostendría que frente a algunos delitos económicos que debieran estar en el segundo nivel, pero que tienen penas privativas de libertad, hay que rechazar cualquier flexibilización de las reglas de imputación o los principios de garantía.

Al valorar las propuestas de HASSEMER y de SILVA SÁNCHEZ, MARTÍNEZ-BUJÁN señala, en primer lugar, que comparte, aunque con matices, la constatación del fenómeno de la expansión y la crítica del Derecho penal simbólico, entendiendo a este último no como referido a que lo que se manifiesta pretender no coincida con lo que realmente se obtenga o pretenda, sino entendido como que se trata de “...un problema de ausencia de legitimidad de la intervención penal para producir aquellos efectos socio-personales acordes con las decisiones fundamentadoras de la pena” (p. 403). En segundo lugar, afirma que si bien tanto la propuesta de HASSEMER de crear un “Derecho de intervención”, como la de SILVA SÁNCHEZ de un “modelo dual” de Derecho penal, son proposiciones razonables, prefiere la de las dos velocidades, debido a las siguientes ventajas que, en su opinión, esta opción presenta:

- El Derecho penal tiene más fuerza comunicativa, de estigmatización.
- Cuenta además con mayor imparcialidad y neutralidad que el Derecho administrativo, por ser jurisdiccional.
- No sería de fácil comprensión un nuevo sector del ordenamiento sin arraigo en la tradición jurídica.

Lo anterior, con la aclaración que hace MARTÍNEZ-BUJÁN acerca de que “...los delitos económicos de mayor gravedad deben permanecer en la esfera del Derecho penal nuclear y ser conminados con penas privativas de libertad” (p. 409), sin que allí se flexibilicen las reglas de imputación ni los principios.

Una vez visto que MARTÍNEZ-BUJÁN adopta la postura de SILVA SÁNCHEZ, es importante recalcar que el primero,

como se indicó, ubica la solución de las dos velocidades de este último, en la metáfora del *Big Crunch*, con la cual se refiere a la orientación por un “Derecho penal mínimo”. Sin embargo, no consideramos que pueda decirse que esa propuesta corresponda a un Derecho penal mínimo, ni mucho menos teniendo en cuenta que en la segunda edición, de 2001, de la obra de SILVA SÁNCHEZ, se contempla una tercera velocidad, que si bien aquí no se analizará, es más cercana, como algunos autores lo afirman –entre ellos Díez Ripollés¹¹⁰-, a la idea de un Derecho penal del enemigo, que definitivamente se aleja de los planteamientos de esa teoría del *Big Crunch* de la que habla MARTÍNEZ-BUJÁN.

Realizada la anterior observación, debe aclararse que, en todo caso, este autor manifiesta que se aleja de la postura del *Big Crunch* -que como hemos señalado, para él, incluiría tanto la propuesta de HASSEMER como la de SILVA SÁNCHEZ-, esencialmente en cuanto a la deslegitimación que de los delitos económicos realiza esta teoría, ya que, en su criterio, incluye a todos éstos en el Derecho penal simbólico, sin importar los bienes jurídicos y la técnica de tipificación de cada delito. Según sostiene MARTÍNEZ-BUJÁN, ese rechazo a los delitos económicos suele vincularse a la deslegitimación de los bienes jurídicos supraindividuales y de las tipificaciones de peligro abstracto, y a la inadecuada generalización o simplificación de lo “económico”. Muchas veces, dice, la doctrina asume como delitos económicos, algunos que en realidad lesionan bienes jurídicos individuales, aunque se considere que, mediatamente, con su acumulación, afectan el orden económico. Y para ejemplificar esta problemática trae el delito de defraudación tributaria y la discusión surgida a su alrededor.

De esta manera, afirma que las críticas que realiza la teoría del *Big Crunch* (especialmente la Escuela de

Frankfurt), al basarse en una teoría personalista del bien jurídico, “...se hallan en buena medida desenfocadas” (p. 426), por comprender mal el contenido material de los bienes jurídicos supraindividuales y por reconducir problemas de técnica de tipificación hacia el bien jurídico. Además porque, en su opinión, muchos de los delitos económicos cuestionados tutelan bienes jurídicos individuales, y otros protegen bienes jurídicos colectivos al servicio del individuo.

MARTÍNEZ-BUJÁN acepta que la expansión del Derecho penal es innegable, y que ello es a veces censurable, pero asume que no se puede deslegitimar globalmente la intervención penal en nuevos sectores, como el del orden económico, sobre el cual trae consideraciones específicas en cuanto a su inadecuada generalización y a la orientación de los delitos económicos hacia la tutela de diferentes clases de bienes jurídicos. Igualmente, en alusión comparativa a la teoría del *Big Bang*, entiende este autor que “...el crecimiento paulatino del Derecho penal gestado en la época de la Ilustración se halla justificado y que incluso resulta lógico que, al compás de las profundas renovaciones sociales que se han operado en los últimos tiempos, crezca de forma cada vez más acelerada” (p. 429). Pero indica también que siempre que haya pena privativa de libertad, tendrá que extremarse el rigor en el mantenimiento de las reglas de imputación y de los principios político-criminales de garantía, aceptando un modelo dual como el propuesto por SILVA SÁNCHEZ.

Finalmente, MARTÍNEZ-BUJÁN expresa que, así como la hipótesis del *Big Crunch* no es hoy verificable en la astrofísica, “...tampoco parece sensato proponer en el terreno del Derecho penal un regreso al instante del nacimiento del Derecho penal clásico, como pretenden los autores que militan en la escuela de Frankfurt” (p. 430); y que en contra de lo desarrollado por esta escuela, debe recordarse que “...el ordenamiento jurídico no sólo tiene que proteger la libertad de quienes infringen las normas sino también –y fundamentalmente- la libertad de quienes las cumplen” (p. 431).

¹¹⁰ Díez Ripollés, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 07-01, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/respc07-01.pdf>, 2005, pp. 01:27-01:29. Trabajo que en esta misma publicación se reseña.

Así termina entonces este artículo, con el que no estamos de acuerdo en varios aspectos, entre los que ya se indicó alguno, y entre los que puede mencionarse, además, el rechazo a afirmaciones como la que su autor realiza, en cuanto a que para proteger bienes jurídicos individuales en la sociedad moderna, "...la única técnica de tutela imaginable es la de acudir a los delitos de peligro y, fundamentalmente, a través de los delitos de peligro abstracto" (p. 416), pues sin ello el Derecho penal fracasaría en la protección de bienes jurídicos, como dice lo sostiene SHÜNEMANN. Sin embargo, no porque estemos en desacuerdo con las opciones que MARTÍNEZ-BUJÁN asume, se deja de reconocer el mérito que para el debate actual sobre la expansión del Derecho penal tiene este escrito, y de resaltar los aportes que en cuanto a los delitos económicos, enmarcados en la discusión descrita, se dan en el mismo.

DIANA RESTREPO RODRÍGUEZ
Abogada
Universidad de Antioquia

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, "Sobre el concepto de Derecho penal del riesgo: algunas notas", en *Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional*, N° 4, julio-septiembre, Bogotá, Legis, 2003, págs. 111 a 130.

En este artículo, PAREDES CASTAÑÓN hace un análisis de la irrupción que ha tenido el concepto de Derecho penal del riesgo, como una forma de explicar la evolución del Derecho penal, en la sociología jurídico penal, en el plano descriptivo de la política criminal y en la dogmática. El autor tiene como punto de partida el enfoque desde el cual ha sido tradicionalmente abordada la discusión acerca del Derecho penal del riesgo, al cual le formula fuertes críticas, a partir de precisiones conceptuales que realiza a lo largo de su exposición, e invita a pensar el Derecho penal contemporáneo en clave de una política criminal respetuosa de las garantías, que permita asumir los nuevos retos.

Este penalista inicia su exposición afirmando que no es adecuado abordar la discusión del concepto de Derecho

penal del riesgo del modo estándar o aproximándose de manera global a éste, tal y como lo han hecho los seguidores del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Frankfurt, pues estos teóricos y quienes critican la irrupción del Derecho penal de riesgo en el sistema penal, se apropiaron de la teorización que hizo ULRICH BECK sobre las sociedades del riesgo, como una manera de explicar el origen de las tendencias evolutivas del Derecho penal contemporáneo, tratando esto como un discurso global, es decir, como si las respuestas que está dando el sistema penal fueran todas a un mismo tipo de problema, que para el caso concreto serían los riesgos tecnológicos, cuando es claro que las orientaciones del actual Derecho penal se deben a diversos problemas que se presentan en las actuales sociedades complejas, como el racismo, la delincuencia económica, y no sólo los riesgos que implica la tecnología.

Es ésta la razón que lleva a PAREDES CASTAÑÓN a realizar, en la primera parte de su trabajo, un llamado de atención a los teóricos para que se aproximen a este tema no de una manera global, sino teniendo como punto de partida ciertas precisiones conceptuales que son necesarias para no entremezclar discursos críticos que atacan problemas diferentes, cuya única semejanza radica en que afectan el Derecho penal de los países occidentales más desarrollados, más o menos al mismo tiempo.

Continuando con la línea de precisión conceptual que se reclama, el autor hace cuatro matizaciones genéricas. La primera de ellas es que hay que distinguir entre los fenómenos que resultan de la labor legislativa y los que se atribuyen a la judicial. La segunda advertencia, se refiere a la necesidad de relativizar las descripciones y valoraciones que se hacen del "Derecho penal clásico" y el nuevo Derecho penal o Derecho penal del riesgo, ya que muchos de los rasgos que se distinguen como propios del nuevo Derecho penal, no son tales, pues guardan continuidad con ciertas características del Derecho penal clásico, diferenciándose a veces en la mayor intensidad con la que éstos se presentan en el Derecho penal del riesgo. La tercera matización apunta

a la valoración política que se hace de las tendencias del Derecho penal Contemporáneo, poniéndose de presente que en política criminal no es suficiente, en palabras del autor, “la esquemática distinción conservador / progresista” (p. 116), debiendo ser, en cambio, dos los criterios a los que se acuda cuando se pretenda valorar políticamente una medida, así: por un lado hay que observar el grado de intervención estatal en la libertad individual que implica una medida, y por otro, es preciso determinar a qué sectores sociales específicamente pretende proteger el Derecho penal.

La cuarta precisión que el autor realiza, alude a establecer claramente la diferencia entre los fenómenos mal denominados Derecho penal del riesgo y Derecho penal del enemigo. Porque si bien es cierto que en muchas ocasiones ambos se presentan al mismo tiempo, en los países occidentales éstos tienen diferentes causas y manifestaciones.

Una vez hechas las anteriores precisiones, el autor se adentra en el análisis del Derecho penal del riesgo, que comprende las dos cuestiones fundamentales en un principio señaladas: de una parte, el tratamiento jurídico de los riesgos para los bienes jurídicos clásicos, cuando aquellos tengan origen en una actividad humana tecnificada; y de otra, la protección de nuevos bienes jurídicos con el fin de regular realidades sociales novedosas, ya sea porque se presenten nuevas conductas o porque ha variado la percepción que se tenía de la realidad.

En lo que al tratamiento jurídico penal de los riesgos se refiere, el penalista menciona que son varios los problemas que éstos acarrearán, principalmente, las dificultades para prever y controlar sus magnitudes, es decir, para establecer los riesgos que pueden generarse a partir de determinada actividad y la probabilidad de que ocurran.

Considera que dada la incertidumbre que generan estas cuestiones, surge la pregunta de si es posible controlar o evitar a través del Derecho penal, aquellas que la

experiencia indique como probables consecuencias de dichas acciones tecnológicamente mediadas. Frente a esta pregunta, PAREDES CASTAÑÓN se limita a analizar el índice de siniestralidad, como el criterio que a menudo se presenta como el único visible desde el punto de vista técnico-legislativo, para determinar en qué eventos se justifica la intervención penal. Puesto que no siempre es posible garantizar una conexión necesaria entre las acciones y las consecuencias lesivas, por ejemplo en los delitos de peligro abstracto y actos preparatorios, las sanciones impuestas a estas conductas deberán atender siempre al principio de proporcionalidad, es decir, que las penas sean inferiores a las de los delitos de peligro concreto o a las de los delitos de lesión.

Sin embargo, aunque para el autor pueda decirse, en términos de lesividad, que un fundamento estadístico se queda corto para justificar la intervención penal, él se muestra partidario de una concepción menos estricta de lesividad, porque de lo contrario se negaría la dañosidad de aquellas conductas que, careciendo de potencialidad causal directa, sí pueden aumentar la probabilidad de que la lesión tenga lugar.

Así pues, en su opinión, se hace evidente la necesidad de adaptar la teoría general del delito a las nuevas formas de criminalidad, claro está, respetando siempre las garantías, los derechos fundamentales y los criterios de justicia en la imputación.

Por otro lado, PAREDES CASTAÑÓN se detiene a estudiar el fenómeno de la construcción de nuevos bienes jurídicos, mediante la referencia a fenómenos macrosociales, que se caracterizan no tanto por la novedad sino por la complejidad que ellos mismos envuelven. Esta complejidad trae problemas como la dificultad para determinar el contenido del bien jurídico y por ende, las acciones que lo vulneran. De la carencia de concreción del bien jurídico, se deriva que éste sea, en sí mismo, o muy difícil o muy fácil de justificar como objeto de protección penal, tornándose pobre la discusión político criminal. A lo anterior se suma que por encontrarnos ante

bienes jurídicos que tutelan fenómenos macrosociales, se hace imposible, en palabras del expositor, articular un “control social global” a través de instrumentos penales (p. 117).

El autor encuentra que las dificultades señaladas se reducen a una sola: el método utilizado para definir estos nuevos bienes jurídicos no es el indicado. Teniendo claro esto, propone como solución “*una estrategia metodológica reduccionista, esto es, un esfuerzo por descomponer analíticamente los fenómenos macrosociales que se pretenden afrontar a través de instrumentos jurídicos represivos en objetos más idóneos*” (p. 128). Lo anterior facilitaría determinar cuándo se lesiona el bien jurídico y establecer de frente al objeto de protección, los casos en que la intervención penal resulta eficaz o inútil.

Finalmente, PAREDES CASTAÑÓN reconoce que si bien son ciertos los cuestionamientos que se le hacen al nuevo Derecho penal por su falta de eficacia, certeza y técnica jurídica, esto no significa que deba renunciarse a él, porque como se ha visto es posible implementar una política criminal que permita salvar los obstáculos que se presentan actualmente, sin tener que renunciar a las garantías.

Este texto merece gran importancia en la medida en que aborda el estudio del concepto de Derecho penal del riesgo desde enfoques muy variados, como lo son la política criminal, la dogmática y la sociología jurídica, permitiéndole al lector tener una comprensión muy amplia del problema. Además, son muy valiosas las precisiones conceptuales que se hacen para el entendimiento del tema, porque a diferencia de muchos autores, PAREDES CASTAÑÓN revisa los presupuestos y las pautas metodológicas a partir de las cuales se han realizado la mayoría de las discusiones en torno al Derecho penal del riesgo.

ROLLY ANDREA GARCÍA TÉLLEZ
Estudiante de Derecho
Universidad de Antioquia

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA; FELIP I SABORIT, DAVID; ROBLES PLANAS, RICARDO y PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en AAVV, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003, págs. 113 a 135.

Escrito por cuatro autores, este artículo se enmarca en el tema de la expansión del Derecho penal y realiza específicamente, un examen acerca de los mecanismos propuestos por el Estado español, con alguna referencia al Derecho comparado, frente a tres clases de criminalidad: la individual leve reiterada, la individual grave violenta, y la grave organizada.

En la introducción, los autores afirman que los discursos de las últimas campañas electorales en Europa, como el del Partido Popular español de “más seguridad, menos impuestos”, se han empezado a traducir en propuestas de reforma a la legislación penal. Indican, a continuación, que los procesos modernos de expansión del Derecho penal se manifestaron primero en la extensión de éste a sectores antes al margen, y casi inmediatamente después, en la intensificación de la intervención en ámbitos tradicionales (terrorismo, delincuencia organizada a gran escala), pero también, según ellos, últimamente la expansión afecta las esferas de la criminalidad individual grave y la delincuencia leve. Al respecto, dicen: “La expansión del derecho penal que se manifiesta no tanto en su extensión cuanto en su *intensificación* es, a nuestro juicio, la que da cuenta de modo especial de la concepción de aquél como mecanismo de abordaje del problema de la inseguridad en las sociedades contemporáneas” (p. 114). Inseguridad que, apuntan, tiene fuentes objetivas en esa criminalidad, pero también fuentes subjetivas, consistentes en sensaciones de inseguridad por la representación que de su presencia y extensión se ha formado el colectivo social.

Dicho lo anterior, pasan a exponer, en cuanto a la *criminalidad leve reiterada*, que ésta se traduce en los delitos patrimoniales leves, los cuales sólo

generan sensación de inseguridad cuando se repiten cotidianamente. Así, manifiestan que si la alarma al respecto ha aumentado, no es por una tendencia a la “tolerancia cero”, sino por la percepción de que esta criminalidad tiende a incrementarse; y que, de esta manera, “...la prisión vuelve a ser el instrumento básico de defensa social que debe utilizarse en «legítima defensa» para evitar que los incorregibles sigan perturbando nuestro día a día” (p. 115).

Sin embargo, también observan los autores, críticamente, que lo que se suele combatir son los síntomas del mal y no sus causas, y que hay peligro de que todo el Derecho penal se contamine de la ideología que antes sólo caracterizaba al Derecho penal del terrorismo. Igualmente, señalan que las medidas que se proponen, son discutibles desde la eficacia instrumental y la eficiencia a mediano y largo plazo.

Continuando con su exposición, afirman que frente a la criminalidad aludida, hay tres grandes modelos en el Derecho comparado: el “agravatorio” que establece un incremento de la pena para la reincidencia y la multirreincidencia, el de la “peligrosidad” en donde se imponen medidas de seguridad para los reincidentes, y el “mixto” que combina los dos anteriores. En cuanto a esto, ubican al Código penal español en un modelo agravatorio (arts. 22.8 y 81.1 C.P. español) –en el que se encontraría también la regulación colombiana–, e indican que es necesaria una revisión del contenido y función político-criminal de la reincidencia, ya que la misma “...está en estrecha relación con la idea de peligrosidad futura del sujeto y, por ello, las reacciones que se adopten contra ella no deberían tener naturaleza automática sino distintiva en función de los correspondientes juicios de pronóstico” (p. 118). Sobre este problema, dicen que el delito cometido es sólo un síntoma de la peligrosidad, el cual debe ser, junto a otros datos como las circunstancias personales del delincuente, la base para realizar un “pronóstico de peligrosidad”, frente al cual, según ellos, debe reaccionarse con medidas de seguridad que hoy, de modo generalizado, se exige sean postdelictuales.

También sostienen que en los Anteproyectos de reforma de la legislación penal, presentados por el gobierno en 2003, se da una hiperagravación por reincidencia, y se establecen un conjunto de medidas para reprimir la habitualidad delictiva; y de esta manera, en los mencionados Anteproyectos se entiende, en contra de los pronunciamientos mayoritarios de la doctrina y del Tribunal Supremo, que la reincidencia es una circunstancia que incrementa la culpabilidad del autor. Por ejemplo, muestran como la habitualidad legítima incluso la imposición de prisión provisional, la cual en estos casos no tendría la naturaleza de medida cautelar, sino más bien, de medida de seguridad. Y agregan: “Esta propuesta parece ir, precisamente, en la línea de lo que se viene apuntando: en la de «excluir» de la vida pública a los sujetos que delinquen habitual o reiteradamente. [...] Hasta qué punto todo este régimen está inspirado por consideraciones de intervención predelictual y, en esa medida, podría ser considerado ilegítimo será, seguramente, el núcleo de la discusión doctrinal en los próximos meses y años” (p. 120).

Los autores concluyen, sobre las medidas frente a esta criminalidad, lo siguiente: “La reiteración delictiva en la delincuencia patrimonial leve es un fenómeno preocupante, cuya solución no es sencilla. Por eso debería renunciarse a la aceptación acrítica de premisas que conducen de modo necesario a la solución más simple. Es cierto que medidas como la agilización de los juicios, un mayor incremento de la presencia policial en las calles, o la articulación de mecanismos de seguimiento y asistencia a los delincuentes habituales y a sus familias, son demasiado caras y con escasa rentabilidad política a corto plazo. Es cierto que la opinión pública parece no desear que se le eduque en su sensibilidad político criminal, sino que parece esperar respuestas claras y contundentes que le apacigüen su agresividad y calmen sus temores. Es cierto que los medios de comunicación reflejan lo que muchos ciudadanos sienten: miedo a salir a la calle. Pero en todo caso conviene discutir si acaso es tan cierto que de todo ello se derive necesariamente la exigencia de una adopción urgente de medidas para

la lucha contra la inseguridad en las calles y, más aún, que dichas medidas deban pasar, precisamente, por el incremento de penas” (p. 121).

Por otro lado, en cuanto a la *criminalidad grave violenta*, observan que la afectación de la seguridad ciudadana que ésta genera, no está esencialmente unida al hecho ocurrido, sino al temor de que se repita. En este ámbito, consideran ellos que la amenaza de pena es menos eficaz, pues el delincuente en su ponderación no la tiene en cuenta. En efecto, afirman: “Podría decirse que entre la norma penal y su destinatario (el potencial delincuente) no hay un diálogo y, por tanto, la ley fracasa como mecanismo de intimidación (prevención general negativa)” (p. 121). E indican además que el castigo efectivo tampoco incide en la motivación de estos delincuentes, que la ley penal no realiza la función de prevención general positiva, y que fracasa toda pretensión de resocialización. A todo esto, según expresan los autores, se unen intensas demandas de seguridad, pues la sociedad no está dispuesta a asumir los riesgos de la reincidencia de este tipo de delitos.

Así, al buscar modos de combatir esta delincuencia, señalan que se recurre a la inoquización; “...dado que no es posible dirigir la conducta de estos sujetos de tal modo que respeten las prohibiciones del derecho penal, se les ha de tratar como focos de peligrosidad y, por ello, se han de adoptar contra ellos medidas asegurativas que les impidan repetir esos delitos graves en el futuro” (pp. 122-123). De esta manera, dicen, todo este “retorno de la inoquización”, como lo ha llamado SILVA SÁNCHEZ, se manifiesta en figuras como la prisión provisional, la cual “...es de *facto* un instrumento de inoquización importante en manos de la Administración de Justicia” (p. 124), y de mucha más fácil aplicación que la pena privativa de libertad. Frente a esto, opinan: “La pregunta, evidentemente, como se ha señalado, es si es legítimo emplear de este modo una «medida cautelar»” (p. 124). Y dejan planteada esta cuestión, la que, en nuestra opinión, merece una clara y contundente respuesta negativa.

De acuerdo a los autores, también se observa esta tendencia en la posibilidad de impedir que se conceda la libertad condicional a sujetos considerados peligrosos, consagrada en el art. 78 del Código penal español vigente, y en las disposiciones al respecto de los arts. 90 y ss. del mismo, el art. 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y los arts. 192 y ss. del Reglamento penitenciario. Además, manifiestan que el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, muestra la predisposición a “...tratar al delincuente como una fuente de peligro, frente a la cual la pena opera como mecanismo de inoquización” (p. 125). Igualmente, traen como ejemplo el Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas por Delitos más Graves, el cual considera como necesario el endurecimiento de los presupuestos para disfrutar de los beneficios penitenciarios.

Como consecuencias del uso de la inoquización como respuesta del Derecho penal ante la criminalidad individual grave, pero también ante la criminalidad organizada, los autores traen las siguientes: la pérdida de confianza en la función intimidatoria y resocializadora del Derecho penal, el abandono de la idea de proporcionalidad entre hecho y sanción, la crisis del Derecho penal del hecho, el no combate de la peligrosidad desde una perspectiva terapéutica sino inoquizadora, y la conversión del Derecho penal en un instrumento cuasi-policial.

Concluyendo sobre el tratamiento a esta clase de delincuencia, afirman: “En efecto, la segregación entre el tratamiento jurídico-penal de las organizaciones criminales y el derecho penal común es cada vez más acentuada” (p. 127); las nuevas medidas que incrementan las penas, más que por una justificación preventivo-intimidatoria, se presentan para satisfacer necesidades psico-sociales de pena.

Finalmente, la tercera criminalidad que examinan, es la correspondiente a la *delincuencia grave organizada*. Según ellos, ésta es uno de los principales focos de

inseguridad, pero cuesta discernir si las legislaciones y tendencias político-criminales en este ámbito responden a nuevas necesidades objetivas, o a demandas sociales desmesuradas e irracionales de punición. Aseguran que si bien la criminalidad organizada es un problema real, no debe olvidarse su intensa instrumentalización, y ponen en evidencia algo que en nuestra opinión es muy importante, al decir: "Asimismo, en ciertos ámbitos específicos, como por ejemplo, los fenómenos migratorios, las organizaciones criminales son presentadas como uno de los factores esenciales del problema y por tanto, se convierten en el objetivo primordial de una legislación penal simbólica destinada a resolver problemas que en realidad la desbordan. Finalmente, en países como España, la delincuencia organizada es percibida como un fenómeno importado («mafias extranjeras» que desplazan una delincuencia nacional más desestructurada y menos peligrosa), cosa que facilita una reacción punitiva extrema. [...] En suma, la criminalidad organizada es un factor objetivo generador de inseguridad, pero el estado psico-social que de ello se deriva es inmediatamente retroalimentado por los medios de comunicación y el poder político encargado de la represión de la criminalidad para legitimar así más fácilmente sus políticas" (p. 129).

Explicado así el problema, los autores analizan la reacción al mismo, mostrando que "La respuesta de los legisladores a la inseguridad generada por las organizaciones criminales no se ha limitado al tradicional incremento de penas sino que está suponiendo una importante transformación del derecho penal, en la línea de consolidar el establecimiento de un «derecho penal de enemigos»" (p. 129). Y sostienen que una de las manifestaciones de este combate es la tipificación de la mera pertenencia o colaboración con una organización delictiva, que se observa en casi todo los países europeos.

Dentro de esa tendencia, señalan dos aspectos que pueden incidir severamente en la configuración del Derecho penal actual: la laxitud de las definiciones

del concepto de organización criminal, y el que se esté imponiendo un modelo de "...transferencia de la responsabilidad de un colectivo a cada uno de los miembros de la organización, que se aleja de los criterios dogmáticos de imputación individual de responsabilidad que rigen de ordinario en derecho penal" (p. 130), abandonando el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad. Frente a esto, indican: "Este exceso en la imputación (y en la dimensión de la pena) sólo podría explicarse por la peligrosidad del sujeto manifestada por la integración o por el significado simbólico de la adhesión a la organización criminal. Nos dirigimos hacia un derecho penal de autor" (p. 132).

Para terminar, afirman: "En definitiva, la política se ha liberado sin complejos, de los principios garantistas en derecho penal sustantivo que, aparentemente, dominaban el panorama político criminal y dogmático durante buena parte del siglo XX en Europa. En este sentido, puede hablarse del predominio de un enfoque anglosajón" (p. 133). Y luego expresan que antes estos criterios de imputación anómalos, sólo regían en el ámbito del terrorismo, "...donde, tal vez inevitablemente, rige la excepcionalidad por definición" (p. 134), y un poco en materia de drogas. Más adelante, añaden que "Queda por ver si el tratamiento del crimen organizado pasará simplemente a engrosar este derecho penal excepcional relativamente acotado o bien acabará «contaminando» el conjunto del sistema" (p. 134); y que parece difícil contener las nuevas tendencias en donde se va renunciando al hecho como fundamento de la responsabilidad penal.

A lo largo de este artículo, como vimos, se construye un diagnóstico de lo que está ocurriendo frente a las tres criminalidades que se tratan, dando los autores una valiosa imagen de la situación, frente a la cual conviene estar atentos. Una idea que recorre todo el texto, es la de que estamos ante el peligro, e incluso ante la realización, de una contaminación del Derecho penal con el "Derecho penal del terrorismo", de la excepcionalidad. Ante esto, que consideramos acertado como descripción, nos

preocupa, sin embargo, la sensación que queda de la lectura del texto reseñado, en cuanto a que allí se esté aceptando ese Derecho penal excepcional descrito, frente a figuras como el “terrorismo”, e incluso en cuanto a la criminalidad relacionada con las drogas, lo que en nuestro entender, debe ser también enfáticamente rechazado, no sólo en ciertos ámbitos de la intervención penal, sino en todos los que ésta abarque, con independencia de la gravedad que representen.

DIANA RESTREPO RODRÍGUEZ
Abogada
Universidad de Antioquia

PRITTWITZ, CORNELIUS, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en ARROYO ZAPATERO, LUIS; NEUMANN, ULFRID y NIETO MARTÍN, ADÁN (coordinadores), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 259-287.

El propósito que el autor se traza en este artículo es doble: reconstruir el concepto de Derecho penal del riesgo y exponer el debate que se ha generado alrededor de este tema. En cuanto al primer aspecto, PRITTWITZ caracteriza al Derecho penal del riesgo como expansivo, desde tres aspectos: nuevos bienes jurídicos, “adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible” y “reducción de las exigencias para la reprochabilidad...” (p. 262).

Como característica adicional del Derecho penal del riesgo, alude al hecho de que la conducta tipificada no se ha considerado previamente como inadecuada sino que se criminaliza precisamente para que el comportamiento sea desvalorado socialmente, lo que conduce, según el autor, a reafirmar la creencia en el poder del Derecho penal como conformador de costumbres.

En este punto se destaca el análisis a través del cual se deduce que la nueva criminalización atiende más a los comportamientos acordes con el sistema que a

los desviados, comportamientos que generalmente contravienen con una “moral lejana” (p. 263), lo que deja entrever –para el autor- una postura crítica hacia el poder y la sociedad, por parte de los agentes criminalizadores. De lo anterior se desprende que el Derecho penal del riesgo sirve a fines legítimos pero que implica, a la vez, una serie de exigencias que lo desbordan, toda vez que se trata de un programa penal que no obedece a las categorías morales y sociales más asentadas, y que se impone frente al poder.

Como conclusión de esta primera fase del análisis, se expone que los problemas de la sociedad actual quedan sin respuesta al trasladarlos al Derecho penal, lo que puede generar efectos contraproducentes, como el socavamiento paulatino de su “perfil constitucional” (p. 264).

En este mismo sentido, PRITTWITZ entiende que no parece discutible la existencia de nuevas fuentes de riesgo y la urgencia de esta amenaza, pero que la seriedad de la situación no torna en imprescindible la intervención del Derecho penal, sino que, por el contrario, determina que se renuncie al mismo, toda vez que se muestra como una solución inadecuada. Por esta razón –y éste es quizás uno de los aspectos más relevantes del texto, y que abre la puerta al debate- se rechaza la crítica de SCHÜNEMANN frente a los frankfurtianos [escuela a la cual pertenece el autor], mediante la cual los denuncia por situar en un lugar preferente al individuo egoísta, en detrimento de la preservación de las futuras generaciones, pervirtiendo el orden de los bienes jurídicos (pp. 269-270).

Posteriormente, el análisis se centra en la polémica alrededor del tema del Derecho penal del riesgo, y se advierte que es necesario formular argumentos relativos al por qué de la necesidad de intervención del Derecho penal, y no simplemente presuponerla.

Señala también el autor –en un razonamiento que compartimos- que la constatación de un interés digno de protección y de ataques graves en contra del

mismo, es condición necesaria pero no suficiente para la intervención penal. Así, el concepto de bien jurídico responde al interrogante de si determinado interés merece protección, pero no exige que esta protección sea penal; a esto debe sumársele la idoneidad de los instrumentos utilizados por el Derecho penal, como derivación del principio de proporcionalidad en sentido amplio que debe conducir las actuaciones del Estado y, por ende, las del legislador penal.

El desarrollo del análisis prosigue con el examen de las alternativas al Derecho penal del riesgo: el Derecho civil o el administrativo. En este sentido se alude, entre otras, a la concepción que admite como más favorable la intervención penal porque implica la existencia de una amenaza que intimida, ligada a la restricción de la libertad individual, mientras que en el Derecho civil o administrativo se dan “restricciones a la libertad de todos” (p. 285). Frente a esta postura, PRITTWITZ advierte que el Derecho civil o el administrativo tienen mayor aptitud para marcar pautas de conducta porque “...precisamente resultan menores y menos importantes las cortapisas impone [sic] el Estado de derecho” (p. 285). Sin embargo, en el desarrollo de esta idea se echa de menos una argumentación más amplia por parte del autor, de cara a un problema de medular importancia dentro de la discusión acerca de la eficacia del Derecho penal frente a los llamados nuevos riesgos.

En las últimas secciones del artículo, se examina cómo la orientación al riesgo ha penetrado en la sociedad y en el Derecho penal. La exposición concluye con la reiteración del escepticismo frente a la actuación del Derecho penal en la sociedad del riesgo. Se confirma además la existencia de la llamada Escuela de Frankfurt, conformada por “...el contorno específico que adopta su crítica al Derecho penal -el escepticismo ante su capacidad de respuesta, el recordar constantemente su potencial de terror y abuso, afirmando al mismo tiempo el dominio incondicionado del derecho en su interior-” (p. 287).

SUSANA ESCOBAR VÉLEZ
Abogada
Universidad EAFIT

TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico”, en TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA Y ACALE SÁNCHEZ, MARÍA (coordinadores), *Temas de Derecho penal económico*, Madrid, Trotta, 2004, págs. 219 a 240.

En la introducción del texto, el autor alude a la tendencia de la doctrina española actual, de mostrarse crítica con la orientación expansiva de la política criminal, en especial dentro del ámbito del Derecho penal económico (p. 219).

Dentro de las causas que para la doctrina resultan determinantes del fenómeno aludido, el autor señala que suelen ser diversas pero que, sin embargo, se ha aceptado como referencia el catálogo propuesto por SILVA SÁNCHEZ en su obra sobre la expansión del Derecho Penal.

Para TERRADILLOS BASOCO, dentro de las consecuencias que traería el cúmulo de factores causales de la expansión pueden mencionarse:

- Olvido del principio de lesividad por parte del Derecho penal: se crean nuevos bienes jurídicos que por sus contornos difusos, dejarían de ser límites para el poder punitivo estatal.
- Relativización de los criterios de imputación y de los principios garantistas.
- Administrativización del Derecho penal, por su recurso a leyes penales en blanco, que remiten a normas administrativas. “El Derecho penal de protección de bienes jurídicos se habría convertido en un Derecho de gestión de riesgos” (p. 220).

El autor percibe varias dificultades para las tendencias encaminadas a minimizar los efectos de la huida al Derecho penal; dificultades de las cuales se destacan en su análisis las siguientes: la dimensión transnacional de la delincuencia económica exige una respuesta de similar dimensión, lo que implica tropezarse con diversidad de

sistemas jurídicos que ofrecen soluciones y valoraciones distintas, dificultando la identificación del problema. Advierte, además, que se trata de delitos que se alejan de los modelos tradicionales, lo que ha generado que se reclame para ellos un tratamiento dogmático específico.

Lo anterior, según el autor, ha desencadenado propuestas como la de un Derecho penal de dos velocidades: un Derecho penal clásico, con todas sus garantías, para los delitos sancionados con pena privativa de la libertad, y una flexibilización de garantías y estructuras dogmáticas para el Derecho penal económico (p. 221).

En cuanto a la globalización, TERRADILLOS BASOCO critica la posición de quienes entienden que el proceso de globalización resulta determinante de la expansión punitiva en el ámbito económico pues, por el contrario, advierte que la característica básica de este proceso es precisamente la desregulación (p. 222).

Para fundamentar su posición, pone de presente la necesidad de superar un concepto simplificador de la globalización, entendida como expansión de la economía, las instituciones democráticas y el reconocimiento de derechos y libertades individuales. Así, afirma que la desigualdad es elemento integrante del proceso globalizador, en el cual los beneficios se concentran en tres polos: Unión Europea, Estados Unidos y Japón. Concluye entonces que un proceso de criminalización como ejercicio de poder no puede responder a pautas universalmente compartidas, y no puede hablarse, por consiguiente, de una política criminal uniforme, "...sino de diferentes alternativas impuestas por la desigualdad originaria" (p. 223).

Continuando con su línea argumentativa, el autor pretende demostrar –con un planteamiento novedoso y bien fundamentado– que la globalización no genera expansión penal sino, por el contrario, inhibición. Lo anterior lo sustenta, por ejemplo, con el poder de las grandes compañías transnacionales y conglomerados financieros ("soberano privado supraestatal difuso",

en terminología de CAPELLA) que imponen sus políticas a los Estados para asegurar el flujo de capitales. Así mismo, pone de presente el desplazamiento del papel preponderante de la ley por parte del contrato; aquella, según TERRADILLOS BASOCO, en el ámbito residual que le queda ha perdido el monopolio de su creación y aplicación. Se menciona además la descriminalización de comportamientos de contaminación, explotación o antisindicales, para atraer el flujo de capitales. Por último, el autor afirma que el criterio rector de las valoraciones, entre ellas las político-criminales, es el éxito: "Este giro valorativo puede ser determinante a la hora de fijar el umbral de criminalización en ámbitos como la delincuencia de cuello blanco, en los que se sigue constatando la alta valoración social del empresario que obtiene éxito, aún moviéndose en la frontera confusa de lo ilegal" (p. 224).

Según el autor, la desregulación que acompaña a la globalización es parcial, pues el intervencionismo se ha aumentado frente a sujetos o comportamientos que se consideran disfuncionales (disidencia, marginalidad provocada por desempleo o inmigración). Así, se observa una doble tendencia en la política criminal: inhibición en áreas que el mercado puede disciplinar conforme al contratante más fuerte, e intervención para asegurar la "pax publica" que requiere el mercado (p. 225).

Una vez analizado el fenómeno de la globalización, el autor pasa a explorar el resto de presuntas causas de la expansión penal, entre ellas:

a) Aparición de nuevos riesgos: TERRADILLOS BASOCO considera que ésta no puede entenderse como causa injustificada de la expansión, pues dichos riesgos son de igual o superior entidad que los tradicionales, y lo que hace el Derecho penal es tutelar los mismos bienes jurídicos frente a formas de ataque nuevas y más lesivas. A lo anterior agrega que los nuevos riesgos "... no se instalan, precisamente, en el orbe socioeconómico [...] con lo que queda en entredicho la coherencia de la consideración de esos riesgos como instrumento de expansión del Derecho penal socioeconómico" (p. 226).

b) Sensación social de inseguridad: para el autor, ésta tampoco puede ser entendida como causa determinante de la expansión. Admite que la demanda social de seguridad es real, pero advierte al mismo tiempo que el hecho de que sea real no quiere decir que no pueda ser racionalizada. Se requieren entonces, según su planteamiento, respuestas reales y no expansivas. A lo anterior añade que las campañas promovidas por esa demanda social de seguridad se dirigen a la delincuencia de la población marginal, no a los delitos de cuello blanco (p. 226).

c) Sociedad de sujetos pasivos: al retomar este concepto expuesto por SILVA SÁNCHEZ, el autor considera que tampoco puede estimarse como causa relevante de la expansión del Derecho penal económico. En este sentido expone que es “demasiado arriesgado” deducir de la progresiva presencia de sujetos pasivos en desmedro de las clases activas, una menor tolerancia en cuanto a los límites del riesgo permitido y la tipificación de delitos de peligro (p. 226).

d) Identificación de la mayoría social con la víctima: con respecto a este punto, el autor cuestiona que la solidaridad con la víctima sólo opere contra los delincuentes poderosos. A lo anterior agrega que tampoco parece viable que esa solidaridad genere una exigencia de expansión penal, como sí una mayor eficiencia en su aplicación o en la reparación de los daños generados con el delito (p. 227).

e) Descrédito de otras instancias de protección: se señala que “Resulta contradictorio [...] afirmar que el descrédito de la Administración [...] lleva a una demanda de injustificada intervención penal, y preconizar, simultáneamente, un mayor protagonismo de los mecanismos sancionadores administrativos en detrimento de los penales” (p. 227). Añade el autor que si ese descrédito es cierto, no se podría considerar expansivo un Derecho penal que opera cuando las instancias prepenales resultan impotentes, pues en ese caso tendría plena operancia el carácter de *última ratio* de aquél.

f) Nueva actitud de la criminología de izquierda y de la izquierda política: TERRADILLOS BASOCO considera que las causas de la expansión no pueden identificarse con esta nueva actitud. En primer lugar advierte que los consumidores, ecologistas, feministas, etc., no se integran todos en la izquierda política, ni siguen siempre a la criminología de izquierda; además no todos se orientan a defender sólo sus propios intereses, ni esta defensa se concreta cada vez en peticiones de expansión del Derecho penal. Para concluir agrega que también la derecha política ha encontrado en la aprobación de normas penales una manera de adquirir rasgos políticos progresistas (pp. 227-228).

Una vez abordada la influencia de los “pretendidos factores causales”, el autor pasa a cuestionarse por la relevancia de la expansión punitiva en el ámbito económico, anticipando que la misma no es tan importante e irreversible (p. 228).

Como manifestaciones de expansión, presenta:

a) Artificial búsqueda de bienes jurídicos: TERRADILLOS BASOCO se distancia en parte de quienes consideran que ésta es la primera manifestación de la actual expansión penal. En este sentido advierte que el principio del bien jurídico no ha perdido su eficacia limitadora y significación política; además, en el ámbito del Derecho económico, considera que la política criminal española ha optado por la protección de bienes jurídicos que, lejos de ser artificialmente creados, son reales y referibles a la persona (pp. 228-229).

b) Recurso a tipos de peligro, especialmente de peligro abstracto: con respecto a esta técnica legislativa, el autor considera que debe valorarse teniendo en cuenta las características específicas de los bienes jurídicos, pues éstos en ocasiones no pueden ser protegidos a través de una técnica diferente. Añade que con la exigencia de que el peligro sea real y probado, se relativizan las críticas con respecto al desmedro de los principios de legalidad,

lesividad y culpabilidad. Por último, el autor afirma que “incluso el denominado principio de precaución puede reforzar la legitimidad político-criminal de estos tipos” (p. 229).

c) Orientación procesal hacia la expansión en supuestos en los que se incentiva a recurrir a la acción penal, cuando se podría obtener solución en el ámbito mercantil: el autor no profundiza mucho en este aspecto; sin embargo afirma que posteriormente mostrará cómo –en este ámbito- las especialidades procesales se orientan más al abstencionismo punitivo que a la expansión.

Como prueba de absentismo penal en materia económica en España, el autor propone varios ejemplos, de los cuales mencionamos los que consideramos más relevantes:

- Recurso a tipos de resultado lesivo o exigencia de condiciones objetivas de punibilidad, en casos en los cuales la doctrina avalaba acudir a tipos de peligro. El autor añade la necesidad de optar por interpretaciones que reflejen los juicios de desvalor sobre comportamiento y resultado; así, por ejemplo, debe interpretarse la expresión “en perjuicio”, no como “para perjudicar” sino como “perjudicando”, lo que hace que se esté en presencia de un delito de lesión (p. 230).

- En cuanto a los delitos contra derechos de los trabajadores, TERRADILLOS BASOCO sostiene que la innovación criminalizadora que se produjo al incluir el delito de discriminación laboral, se hizo a través de una disposición que resulta “prácticamente inaplicable”, por lo que no puede hablarse en este caso de que exista vocación expansiva (p. 232).

- En el ámbito del Derecho económico, según el autor, resultan frecuentes los supuestos en los cuales se excepciona el régimen de persecución de oficio, lo que resulta contradictorio al tratarse de delitos que se dirigen contra intereses colectivos.

- Por último, el autor se refiere a que el Derecho penal español parte de la negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (p. 234).

Para exponer su posición con respecto a la función simbólica y la expansión del Derecho penal, realiza ciertas precisiones terminológicas y concluye afirmando que la función simbólica del Derecho penal, entendida como la utilización del mismo no tanto para proteger bienes jurídicos sino para confirmar valores, expectativas, programas políticos, etc., implica una tendencia expansionista. Sin embargo, para el autor, la función simbólica actualmente puede concebirse como el enmascaramiento de una realidad de indiferencia o complicidad con el delito que sólo se persigue retóricamente, no en la práctica. La función simbólica entendida así, supone no una expansión del Derecho penal, sino su inhibición, una “desprotección programada”. Para ejemplificar lo anterior, se refiere al Libro II del Código penal español que consagra una “... apariencia de intervención frente a la delincuencia de los económicamente poderosos...” (p. 236).

Sobre la administrativización y el Derecho penal de dos velocidades, el autor considera que la descriminalización de conductas irrelevantes, de irregularidades a las que puede poner fin el Derecho privado o el administrativo-sancionador, es adecuada. A esto añade que la administrativización del sistema sancionador no genera necesariamente un desarme preventivo, pues las sanciones administrativas pueden tener efectos incluso en ámbitos vetados a las sanciones penales (pp. 236-237).

Luego se destaca la referencia de TERRADILLOS BASOCO a la propuesta que realiza SILVA SÁNCHEZ en cuanto a la creación de un Derecho penal de dos velocidades. En este sentido el autor –en una postura que compartimos-, señala: “No resulta, sin embargo, totalmente coherente una propuesta que, nacida de la preocupación por la degradación de las garantías, concluye reivindicando un modelo garantista de ‘menor nivel’”. Agrega que, de

aceptarse esta “segunda velocidad”, cabría el riesgo de acudir a una “tercera velocidad” que flexibilice los principios político-criminales y las reglas de imputación aún para conductas sancionadas con pena privativa de la libertad (p. 237). Concluye afirmando que la mayor preocupación consiste en que la selección de lo excluido del Derecho penal clásico responde a criterios que no se comparten, pues se prescinde de los hechos para atender únicamente a las consecuencias jurídicas, “con lo que se olvidaría que la paulatina sustitución de la privación de libertad por otras penas menos aflictivas no predetermina que los hechos en que encuentran su origen no deban ser imputados a sus autores siguiendo las reglas y respetando los principios comunes a todo el Derecho penal...” (pp. 237-238).

En las conclusiones, el autor finaliza su artículo sosteniendo que la delincuencia económica no debe ser desvalorada levemente, a través de sanciones pecuniarias; considera que, por el contrario, exige sanciones contundentes como la pena privativa de la libertad, lo que conduce a mantener el nivel de garantías (p. 238).

Con respecto al retorno a los principios garantizadores, el autor afirma que éste viene impuesto desde el modelo constitucional y no sólo por advertirse una tendencia expansionista en materia socioeconómica, “...que no es el caso” (p. 239).

Señala, finalmente, que los esfuerzos descriminalizadores no se deben limitar al ámbito socioeconómico, que no es, como ya lo ha advertido, el ámbito privilegiado de la expansión. Reitera que en el plano de las garantías no caben retrocesos de ninguna índole y que Garantismo y eficiencia pueden coexistir también en el Derecho penal económico, “...pero no a costa de una recíproca limitación, sino a través de la potenciación de sus aportes políticos y jurídicos. Porque también pueden convivir Estado del Bienestar con Derecho penal mínimo” (p. 240).

SUSANA ESCOBAR VÉLEZ
Abogada
Universidad EAFIT

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 07-01, disponible en [http://criminet.ugr.es / recpc/07/respc07-01.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/07/respc07-01.pdf), 2005, pp. 01:1-01:37.

Como su autor lo afirma, en este artículo se pretende “... cuestionar los presupuestos analíticos y las estrategias de intervención del discurso doctrinal que está consolidando el nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana” (p. 01:2). Y para ello se parte de la idea de que sólo se puede comprender la actual política criminal española, sobre la que se reflexiona en este trabajo, “...si se asume la tesis de que hemos entrado en una dinámica que tiende a superar el hasta hace poco indiscutido modelo penal garantista y a sustituirlo por otro al que he denominado el modelo penal de la seguridad ciudadana” (pp. 01:1-01:2). Y aunque referidos a lo que ocurre en ese país europeo, los análisis que DÍEZ RIPOLLÉS realiza son en parte válidos para otros países, no sólo de aquel continente, sino también de nuestra América central y del sur, como se podrá comprobar a continuación, y especialmente en lo que tiene que ver con la aplicación de ciertas políticas y sus resultados, más que en lo relativo a su surgimiento, el cual se adscribe a sociedades “del primer mundo”.

Para empezar, el autor expone cómo las propuestas securitarias se han legitimado al ser presentadas como un aspecto más de la expansión del Derecho penal dentro de la moderna sociedad del riesgo. De esta manera, indica que bajo la idea de la intervención en nuevos ámbitos, se encubre el hecho de que el contenido de sus proposiciones incide es en la delincuencia clásica. Así, muestra que el debate sobre la sociedad del riesgo parte de un conjunto de *realidades sociales* que podemos sintetizar como sigue: en la sociedad moderna hay nuevos riesgos artificiales que afectan amplios colectivos, es difícil atribuir la responsabilidad por tales riesgos a personas determinadas, y hay un exagerado sentimiento de inseguridad (el cual no parece corresponder con los riesgos mencionados) que activa demandas de intervenciones socio estatales.

Continuando con su análisis, afirma que frente a esto se plantea una *política criminal* que tiene los siguientes rasgos: busca ampliar los ámbitos sociales objeto de la regulación penal, se concentra en perseguir la criminalidad de los poderosos, da preeminencia a la intervención punitiva frente a otros instrumentos de control social por considerarla más eficaz, y presenta la necesidad de acomodar los contenidos del Derecho penal y procesal penal a las dificultades que implica la persecución de la nueva delincuencia.

Presentado lo anterior, extrae con inteligencia el *Derecho penal* que de ello resulta, y que se caracteriza por: el incremento de la criminalización mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos, el predominio de figuras típicas que se alejan del resultado (delitos de peligro abstracto, de acumulación y de obstaculización de funciones de control) -imponiéndose el principio de precaución-, la anticipación del momento de la intervención penal, y “Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales...” (p. 01:5).

A su vez, frente a lo que se viene de mencionar, DIEZ RIPOLLÉS identifica cuatro *posturas doctrinales*:

(1) La de la Escuela de Frankfurt, que reconoce las actuales necesidades sociales de intervención, pero manteniendo los conceptos nacidos en la Ilustración, así como las garantías materiales y procesales, y dentro de la cual HASSEMER propone un “Derecho de intervención” que se encargue de la nueva criminalidad.

(2) La de SILVA SÁNCHEZ, con su “Derecho penal de segunda velocidad” que responda a los nuevos riesgos con la flexibilización de las garantías y los criterios de imputación, pero abandonando, como contrapartida, la pena de prisión.

(3) La postura de un amplio sector de la doctrina que sostiene que, en último término, la modernización del Derecho penal se encamina a posibilitar el libre

desarrollo personal de los ciudadanos, respondiendo a riesgos reales en un saludable avance en cuanto al uso no sesgado de los instrumentos de control social, que se observa en la incidencia sobre sectores sociales privilegiados; y mantiene que el moderno Derecho penal no abandona los principios básicos del Derecho penal garantista.

(4) Finalmente, estaría la posición de “resistencia garantista”, que “...no ve la necesidad de realizar cesiones aceptando niveles intermedios de intervención penales o parapenales. Considera, por otro lado, que las propuestas llamadas modernizadoras están determinadas por un ilusorio afán de intercambiar garantías por eficacia: Los modernizadores sostienen tenazmente la mayor eficacia del derecho penal frente al derecho administrativo sancionador u otro tipo de intervenciones jurídicas o no, pese a que un adecuado manejo del principio de subsidiariedad permite fácilmente llegar a conclusiones contrarias; en la práctica las intervenciones penales en los ámbitos sociales modernos se concentran en casos de bagatela, con lo que finalmente resultan también lesionados los principios de fragmentariedad y proporcionalidad” (pp. 01:8-01:9), y en donde se le termina asignando al instrumento punitivo, una función meramente educadora que lo hace caer en el “Derecho penal simbólico”.

Hasta aquí, lo enunciado en el texto que se reseña, si bien es muy valioso por su claridad y orden, no muestra aspectos muy diferentes a los que pueden encontrarse en otros autores que escriben sobre el “Derecho penal moderno”. Sin embargo, es a partir de la tercera parte del mismo, denominada “La irrupción de la seguridad ciudadana y el desbordamiento del marco analítico”, que el autor español desarrolla la idea que anunciara en el título, la del “debate desenfocado” que se presenta.

En efecto, afirma que a la controversia entran nuevas preocupaciones y argumentos, observándose la inclusión en los ámbitos sometidos a discusión, de temas como la violencia doméstica y los delitos contra la libertad

sexual, así como el que se pretenda "...cobijar bajo el concepto de moda al "riesgo" que creaban con su misma existencia los "otros", las personas excluidas del modelo de bienestar, como desempleados, inmigrantes..." (p. 01:9). Con todo ello, dice, se va reconociendo un cambio en el modelo de intervención penal, el cual se ha servido de transformaciones en el análisis político criminal; y de esta manera, presenta cuatro cambios específicos, que se caracterizan de la siguiente forma:

En primer lugar, está el tener en cuenta las carencias sociales, lo que cohonesta muy bien con la potenciación de la integración del fenómeno de la inseguridad ciudadana, en aquel pretendidamente más amplio de la sociedad del riesgo, y que lleva a tratar igual realidades diferentes, abarcándolas en el amplio concepto de "riesgo". Dentro de esto, la inocuización selectiva de los delincuentes habituales de la criminalidad clásica, se ve como una parte eficiente de la "gestión administrativa de riesgos". También el protagonismo de las víctimas se presenta como "reacción emancipadora" de las clases desfavorecidas frente a los poderosos. "Las pretensiones de interpretar el conjunto de la nueva política criminal expansiva como una corriente emancipadora, que aspiraría a controlar de una vez por todas la criminalidad de los poderosos, son especialmente desafortunadas" (p. 01:12).

En segundo lugar, se ubica la transformación de la expansión modernizadora del Derecho penal en una expansión securitaria, que no sería ya extensiva sino intensiva, y en la que rigen ideas como la de que las estructuras convencionales de esta rama del ordenamiento son ineficaces y se requiere por tanto abrir nuevas vías punitivas para enfrentar la delincuencia patrimonial reiterada de los marginados; y de que frente a la delincuencia grave sólo es exitosa la inocuización. Así, observa DIEZ RIPOLLÉS que la expansión del Derecho penal se materializa en tres grupos: la delincuencia organizada, la delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual, y la criminalidad de la marginación y la exclusión social. Y manifiesta que "No queda ahí la cosa, pues

en el marco de la intervención penal es la policía, no la jurisdicción, y dentro de ésta última los fiscales y no los jueces, los que han de llevar la iniciativa: Es el momento de los juicios rápidos y de las conformidades" (p. 01:17).

En tercer lugar, se encuentra la nueva relación entre individuo (como persona que ha cometido o está en trance de cometer un delito) y sociedad, la cual puede calificarse como "...la ideología de la distribución o reparto de riesgos entre individuo y sociedad" (p. 01:17), en donde el coste de la criminalidad se pasa íntegramente al propio delincuente. Por los riesgos de la reincidencia, se "...aconseja superar el principio jurídicopenal de la culpabilidad por el hecho, de modo que habrá que extender las intervenciones sobre el reincidente más allá del momento en que ha cumplido la condena, así como anticiparlas a periodos previos a ella" (p. 01:18), y así se potencia tanto la inocuización como el peligrosismo, ocultándose bajo un discurso de terminología tecnocrática, la insolidaridad social que le inspira. Dentro de esto, manifiesta el autor que sorprende, además, que desde este enfoque pendiente de la eficiente asignación de recursos, no se tengan en cuenta los altos costos de una política criminal de aislamiento y segregación social.

En cuarto lugar, se trae a la contraposición entre individuo y ciudadano en el diseño de la política criminal, que distingue entre quienes merecen o no ser considerados ciudadanos. Así, se disminuye de categoría a ciertos delincuentes, pues como afirma DIEZ RIPOLLÉS, según JAKOBS, "...al individuo que además se muestra peligroso hay que tratarlo como enemigo social..." (p. 01:19). Y críticamente indica el primero: "...ha llegado el tiempo de degradar al delincuente para poder así justificar el rigor de las intervenciones penales que se planean. En todo caso, debe tratarse de una degradación que no despoje al delincuente de su capacidad para actuar libre y racionalmente, cualidades ambas, como ya sabemos, que constituyen presupuestos de las secuencias analíticas precedentes" (p. 01:19).

El penalista español, en cuanto al alemán, señala que partiendo de sus raíces funcionalistas "...que se resumirían en la constatación de que el concepto de persona no es uno originario, sino uno que resulta atribuido al individuo como producto de la comunicación dentro del sistema social, atribución que dependerá del grado de satisfacción de las expectativas normativas que esté en condiciones de prestar el individuo, [...] considera razonable la postura de Hobbes y Kant, quienes consideran que se ha de privar del estatus de ciudadano a todo aquel que muestre una tendencia a persistir en el delito" (pp. 01:19-01:20), y que plantea que el Derecho penal que debe regir para los enemigos, debe ser diferente, con menos garantías, encaminado no a reafirmar la vigencia de la norma, sino a neutralizar la peligrosidad. Frente a esto, DIEZ RIPOLLÉS entiende que, de esta manera, se genera una nueva forma de Derecho penal de autor, estructurado no sobre el hecho, sino sobre la persona del delincuente, y especialmente sobre quien rechace persistentemente el ordenamiento jurídico, mostrando su disponibilidad a delinquir.

Explicados estos cuatro puntos, el autor referido realiza una importante clasificación, en donde muestra las diferentes concepciones que se ubican en una orientación que critica y que denomina como "*Derecho penal de la seguridad ciudadana*". De esta manera, en nuestra opinión, pone en evidencia el verdadero rostro y consecuencias de teorías que no son tan inocentes como se presentan en ocasiones, y que responden a una opción concreta por la función que debe desempeñar el Derecho penal en la sociedad. Concretamente, DIEZ RIPOLLÉS agrupa allí tres posturas doctrinarias:

- (1) El "Derecho penal del enemigo" planteado por JAKOBS, el cual parte de la idea de la peligrosidad de ciertos delincuentes y avala las iniciativas legislativas de la expansión securitaria, concentrando esfuerzos en el proceso penal.
- (2) El "Derecho penal de la tercera velocidad" desarrollado por SILVA SÁNCHEZ, de forma muy cercana

al Derecho penal del enemigo, pero que se contempla como excepcional e implica también una segunda velocidad sin penas privativas de libertad; además, que se aleja de la idea de la lucha contra la peligrosidad del individuo, fundándose en la sobresaliente lesividad de los comportamientos a enfrentar renunciando a ciertas cuotas de libertad.

- (3) La "reconstrucción del Derecho de la peligrosidad", una nueva peligrosidad que supone la reacreditación de las medidas de seguridad, si bien con aspectos diferenciadores, valga la redundancia, de aquel Derecho de la peligrosidad "que había quedado arrinconado no hace mucho" (p. 01:26), pues se fundaría en la cualidad de los individuos de ser generadores de inseguridad ciudadana. Esta alternativa renuncia a la obtención de un estatus autónomo, con la finalidad de pernear varios sectores, y no busca corregir o resocializar al delincuente sino inocuizarlo (dentro o fuera de prisión). Además, este Derecho de la peligrosidad incorpora las otras dos corrientes mencionadas.

Frente a las propuestas precedentes, DIEZ RIPOLLÉS indica que el hecho de que el "Derecho penal de la seguridad" opte, apoyado en decisiones previas de naturaleza ética y teleológica, por la eficacia y efectividad de la intervención penal sobre cualquier otra consideración, muestra que "...estamos ante un derecho penal asentado sobre un proyecto político de consolidación de las desigualdades sociales y de fomento de la exclusión social de ciertos colectivos ciudadanos" (p. 01:28), y que hay una visión comunitarista de la sociedad, quizá aún no totalitaria, pero que niega actitudes de una sociedad abierta y pluralista, lo que abre una vía a la uniformidad social y el autoritarismo. Afirma también que, "Por lo demás, están aún por demostrar la eficacia y efectividad que estos modelos de seguridad ciudadana dicen aportar. Ciertamente la sociedad occidental donde al parecer se ha desarrollado más a fondo este modelo, los Estados Unidos de América, no ofrece unos resultados en la lucha contra la criminalidad que lo avalen" (p. 01:29). Y continuando con su crítica, señala que en el

contexto descrito, se busca la efectividad a corto plazo, pero se abandonan las consideraciones de eficacia en los objetivos de tutela, lo que cuestiona la efectividad a mediano y largo plazo, y que además se generan efectos devastadores en la estructura de racionalidad del Derecho penal, al cuestionarse principios que se encuentran bien arraigados.

De esta forma plantea, como conclusión, que "...el modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo y, singularmente, de las propuestas que abogan por una modernización del derecho penal. Este hecho, por muy reprobable y digno de lamentar que sea, condiciona inevitablemente el futuro del discurso modernizador, el cual no puede proseguir como si no hubiera pasado nada. De ahí que los justificados esfuerzos por introducir el derecho penal en nuevos y novedosos sectores sociales necesitados de su intervención han de desarrollarse teniendo en cuenta, y previniendo, esa instrumentación por parte del discurso securitario de una serie de valoraciones y decisiones políticocriminales propias del argumentario modernizador" (p. 01:31).

Teniendo en cuenta lo anterior, Díez RIPOLLÉS sostiene que ciertas afirmaciones que acreditan el incremento de intervención penal como respuesta a nuevos conflictos, deben matizarse y precisarse para no legitimar intervenciones puramente securitarias. Igualmente, dice, requieren probarse las bondades que se predicán del Derecho penal moderno, las cuales se suelen aceptar

sin que hayan sido demostradas. Finalmente, llama la atención en cuanto a que, si bien algunos partidarios de la modernización han adquirido conciencia acerca de la manipulación que sufría su discurso, y se han distanciado de ese proceder, aún debe reaccionarse enérgicamente para prevenir que dos corrientes políticocriminales contrapuestas se entrecrucen; "En especial deben corregirse posturas doctrinales que, en su afán por justificar la modernización, han acabado sirviéndose de novedades o argumentos políticocriminales extraños a ella, entre los cuales se encuentran algunos de naturaleza securitaria" (p. 01:33).

Es precisamente en cuanto a esa reacción enérgica, que consideramos valioso el artículo presentado, pues advierte con claridad acerca de los peligros involucrados en la discusión en torno a la corriente modernizadora –no en la modernización como tal, sobre la cual el autor aquí no se pronuncia-, y de las terribles consecuencias que ésta puede conllevar, debido a su manejo incorrecto, a "...la destreza con la que el discurso doctrinal de la seguridad ciudadana se ha engarzado en ella" (01:03). Y es que sólo teniendo claro adónde se dirige el discurso, podrá oponerse resistencia a resultados inaceptables, como el del autoritarismo, al cual, según indica Díez RIPOLLÉS, se le estaría abriendo la vía.

DIANA RESTREPO RODRÍGUEZ
Abogada
Universidad de Antioquia



RECOPIACIÓN BIBLIOGRÁFICA

- ALBRECHT, PETER ALEXIS: "El Derecho penal en la intervención de la política populista", en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, (edición española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, Comares, 2000.
- ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: "La protección del futuro y los daños cumulativos", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 04, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf, 2002.
- _____. *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ANIYAR DE CASTRO, LOLA: "Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal, y sistema penal subterráneo", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Cali, 1985.
- APONTE, ALEJANDRO DAVID: "Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. El Derecho penal de emergencia en Colombia: entre la paz y la guerra", en DE GIORGI, R. (a curi di), *Il Diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Lecce, Pensa Multimedia, 2002.
- _____. *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal del ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un Derecho penal de la enemistad*, Bogotá, Temis, 2005.
- _____. *Guerra y Derecho penal del enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del Derecho penal de emergencia en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1999.
- _____. *Guerra y Derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Ibáñez, 2006.
- _____. "Institucionalización de la función penal y garantismo: dilemas hacia el futuro de la justicia penal en Colombia", en *Nuevo Foro Penal*, N° 64, Medellín, Universidad EAFIT, 2003.
- ARIAS HOLGUÍN, DIANA PATRICIA: *A propósito de la discusión sobre el Derecho penal "moderno" y la sociedad del riesgo*, Cuadernos de Investigación, N° 42, Medellín, Universidad EAFIT, 2006.
- ARROYO ZAPATERO, LUIS: "Derecho y riesgo", en *INIURIA – Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, N° 8, 1995.

BARATTA, ALESSANDRO: "El concepto actual de seguridad en Europa", en *Revista Catalana de Seguridad Pública*, Nº 8, Escola de Policia de Catalunya, 2001.

_____ "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión desde la criminología crítica", en *Pena y Estado*, Nº 1, Buenos Aires, Editorial el Puerto, 1991.

_____ "Política criminal: entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos", en CARRANZA, E. (coord.) *Delito y seguridad de los habitantes*, México, Siglo XXI Editores, 1997; también en *Seminarios 9*, Bogotá, Jurídicas, 1998.

BECK, ULRICH: "De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo: cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica", en *Revista de Occidente*, Nº 150, Madrid, Fundación José Ortega y Gasset, 1993.

_____ *La sociedad del riesgo global*, traducción de ALBORES REY, J., Madrid, Siglo XX, 2002.

_____ *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, traducción de NAVARRO, J.; JIMÉNEZ, D. y BORRÁS, M^a R., Barcelona, Paidós, 1998.

BENLLOCH PETIT, GUILLERMO: "El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIV, Madrid, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, 2001.

BERGALLI, ROBERTO: "Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía", en LOSANO, M. G. y MUÑOZ CONDE, F. (coords.), *El Derecho penal ante la globalización y el terrorismo: "Cedant Arma Togae"*, actas del Coloquio Internacional Humboldt

– Montevideo – abril de 2003, Valencia, Tirant lo Blanch - Alexander von Humboldt, 2004.

BERNARDI, ALESSANDRO: "El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Nº 8, Elcano (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2002.

BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, CARLOS: "Los efectos negativos de la globalización y propuestas alternativas", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo V, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002.

BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL: "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismos de control social en las sociedades contemporáneas", en FARALDO CABANA, P. (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

CANCIO MELIÁ, MANUEL: "«Derecho penal del enemigo» y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000", en *Jueces para la Democracia*, Nº 44, julio, Madrid, 2002.

_____ "Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito", en MONTEALEGRE LYNETT, E. (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

CARMONA RUANO, MIGUEL: "El impacto jurídico del 11 de septiembre", en *Jueces para la Democracia*, Nº 45, Madrid, 2002.

CASTEX, FRANCISCO: "Apostillas al abandono del Derecho penal liberal", en *Nueva Doctrina Penal*, 2002/B, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2003.

CASTRO, JULIO CÉSAR: "La sociedad de riesgo ¿una fundamentación complementaria para los delitos de

- peligro?”, en *Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, año 3, Nº 5/6 - 2003, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.
- CESANO, JOSÉ DANIEL: *La política criminal y la emergencia: entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo*, Córdoba, Mediterránea, 2004.
- CEREZO MIR, JOSÉ: “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 10, 2ª época, Madrid, UNED, 2003.
- CORCOY BIDASOLO, MIRENXXU: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- _____ “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004.
- DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MERCEDES: “Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Nº 4, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2000.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO: “Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 14, 2ª época, Madrid, UNED, 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUÍS: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 07-01, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/respc07-01.pdf>, 2005.
- _____ “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001.
- _____ “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 06-03, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>, 2004.
- _____ “Un modelo dinámico de legislación penal”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.
- DONNA, EDGARDO ALBERTO: “¿Es posible el Derecho penal liberal?”, en LOSANO, M. G. y MUÑOZ CONDE, F. (coords.), *El Derecho penal ante la globalización y el terrorismo: “Cedant Arma Togae”, actas del Coloquio Internacional Humboldt – Montevideo – abril de 2003*, Valencia, Tirant lo Blanch - Alexander von Humboldt, 2004.
- DONINI, MASSIMO: “Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI”, en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004.
- _____ *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004.
- _____ “¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico”, en *Nuevo Foro Penal*, Nº 65, Medellín, Universidad EAFIT, 2003.
- ESER, ALBIN; HASSEMER, WINFRIED y BURKHARDT, BJÖRN: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, edición española coordinada por MUÑOZ CONDE, F., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- FARALDO CABANA, PATRICIA (dir.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

- FERNÁNDEZ, GONZALO D.: "El Derecho penal orientado a las consecuencias. La quiebra del modelo", en *Revista de Ciencias Penales*, Nº 2, Montevideo, 1996.
- FERRAJOLI, LUIGI: "Crisi della legalità e diritto penale minimo", en CURI, U. y PALOMBARINI, G. (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002.
- _____ "La soberanía en el mundo moderno", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- _____ "L'imputato come nemico: un topos della giurisdizione dell'emergenza", en *Dei Delitti e delle Pene*, Nº 3, Bari, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.
- FIANDACA, GIOVANNI: "La tipizzazione del pericolo", en *Dei Delitti e delle Pene*, Bari, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.
- FIERRO, GUILLERMO J.: "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: "¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medida de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriadad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas)", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001.
- GIUNTA, FAUSTO: "¿Qué justificación para la pena? Las modernas instancias de la política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos", en ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U. y NIETO MARTÍN, A., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- GOMES, LUIZ FLÁVIO: "Globalización y Derecho penal", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2003; disponible también en <http://www.eldial.com/home/prudentia/pru57/03.asp>.
- GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: "Libertad, seguridad y sociedad del riesgo", en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004.
- GORRIZ NÚÑEZ, ELENA: "Posibilidades y límites del Derecho penal de dos velocidades", en TERRADILLOS BASOCO, J. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Coords.), *Temas de Derecho penal económico*, Madrid, Trotta, 2004.
- GRACIA MARTÍN, LUIS: "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo"", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), Nº 07-02, disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, ISSN 1695-0194 [RECPC 07-02 (2005), 11 ene], pp. 02:1-02:43, 2005.
- _____ *El horizonte del finalismo y el "Derecho penal del enemigo"*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- _____ *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- _____ "¿Qué es la modernización del Derecho penal?", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

- _____ “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “derecho penal del enemigo”, en *Revista General de Derecho Penal*, N° 2, Iustel, 2004.
- GÜNTHER, KLAUS: “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un ‘cambio de paradigma’ en el Derecho penal?”, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, (edición española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, Comares, 2000.
- HASSEMER, WINFRIED: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 51, Bogotá, Temis, 1991.
- _____ “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLV, Madrid, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, 1992.
- _____ “Viejo y nuevo Derecho penal”, en HASSEMER, W.: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1999.
- _____ y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- HERZOG, FELIX: “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 53, Bogotá, Temis, 1991.
- _____ “Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo -Perspectivas más allá del Derecho penal-”, en ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U.; y NIETO, A. (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- HIRSCH, HANS-JOACHIM: “El Derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad”, en *Derecho penal. Obras completas*, tomo II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- _____ “Internacionalización del Derecho penal y de la ciencia del Derecho penal”, en *Revista Penal*, N° 17, Salamanca, La Ley S.A. - Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, 2006.
- HORKHEIMER, MAX y ADORNO, THEODOR WIESENGRUND: *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, Madrid, Trotta, 1997.
- INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.): *La insostenible situación del Derecho penal* (edición española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, Comares, 2000.
- JAKOBS, GÜNTHER: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Civitas-UAM, 1997.
- _____ *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- _____ *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- _____ y CANCIO MELIÁ, Manuel: *Derecho penal del enemigo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- KINDHÄUSER, URZ: “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

- KUHLEN, LOTHAR: "El Derecho penal del futuro", en ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U. y NIETO MARTÍN, A., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- LANDROVE DÍAZ, GERARDO: "El Derecho penal de la seguridad", en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, N° 10, Madrid, La Ley, 2003.
- LASCANO, CARLOS JULIO: "La insostenible 'modernización del Derecho penal' basada en la 'tolerancia cero' desde la perspectiva de los países 'emergentes'", en *Cahiers 2003*, disponible en <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>.
- _____ "La insostenible "modernización del Derecho penal" basada en un "Derecho penal para enemigos" (como manifestación de un nuevo Derecho penal autoritario)", en *Pensamiento Penal del Sur*, N° 1, Buenos Aires, 2004.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: "El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos", en *Revista del Poder Judicial*, N° 48, 3ª época, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- LOSANO, MARIO G. y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (coords.): *El Derecho penal ante la globalización y el terrorismo: "Cedant Arma Togae", actas del Coloquio Internacional Humboldt – Montevideo – abril de 2003*, Valencia, Tirant lo Blanch - Alexander von Humboldt, 2004.
- MARÍN FRAGA, FACUNDO J.: "Derecho penal del enemigo", en *La ley*, Madrid, La Ley, 2005.
- MARINUCCI, GIORGIO y DOLCINI, EMILIO: "Derecho penal "mínimo" y nuevas formas de criminalidad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 9, Madrid, UNED, 2002.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS: "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Tecnos, 2002.
- _____ "El Derecho penal del enemigo", en *Diario La Voz de Galicia*, marzo 26 de 2004, A Coruña, 2004.
- MENDOZA BUERGO, BLANCA: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.
- _____ "Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo", en AAVV, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003.
- MILANESE, PABLO: "El moderno Derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima", en <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=13,119,0,0,1,0>.
- MOCCIA, SERGIO: "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujo iliberales", en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (editor), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a C. Roxin*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997.
- _____ *La perenne emeregenza, tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª edición, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS (coord.): *Globalización e internacionalización del Derecho penal: implicaciones político-criminales y dogmáticas*, México DF, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales - Ius Poenale, 2003.
- _____ "Internacionalización del Derecho penal y dogmática penal", en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1723/19.pdf> - *Biblioteca Jurídica Virtual*, México DF, UNAM.

- _____ (coord.): *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, México DF, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales - Ius Poenale, 2003.
- MÜLLER-TUCKFELD, JENS CHRISTIAN: "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, (edición española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, Comares, 2000.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "De nuevo sobre "el Derecho penal del enemigo", en *Revista Penal*, N° 16, Salamanca, La Ley S.A. - Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, 2005.
- _____ "El «moderno» Derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias", en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, N° 3, Madrid, La Ley, 1996.
- _____ "El nuevo Derecho penal autoritario", en *Nuevo Foro Penal*, N° 66, septiembre-diciembre, Medellín, Universidad EAFIT, 2003.
- _____ "¿Hacia un Derecho penal del enemigo?", en *Diario El País*, enero 15 de 2003, Madrid, 2003.
- _____ "Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la "tolerancia cero" al "derecho penal del enemigo"", en *Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas*, RECJ.02.01/05 3, disponible en: www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp, 2005.
- _____ "Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal", en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Aranzadi, 2001.
- NAVARRO CARDOSO, FERNANDO: "Expulsión "penal" de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal "simbólico" con Derecho penal del "enemigo", en *Revista General de Derecho Penal*, N° 2, Iustel, 2004.
- NAVARRO DOLMESTCH, ROBERTO: "«Reconfiguración» del sistema de fuentes del Derecho penal y «amenaza de crisis» del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización", en FARALDO CABANA, PATRICIA (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- OROZCO ABAD, IVÁN y GÓMEZ ALBARELLO, JUAN GABRIEL: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, Temis, 1999.
- PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL: "Responsabilidad penal y nuevos riesgos: El caso de los delitos contra el medio ambiente", en *Actualidad Penal*, Madrid, La Ley, 1997.
- _____ "Sobre el concepto de Derecho penal del riesgo: algunas notas", en *Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional*, N° 4, julio-septiembre, Bogotá, Legis, 2003.
- PÉREZ ARROYO, MIGUEL RAFAEL: "La funcionalización del Derecho penal, políticas-criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático-penales: vistazo a la catedral desde un margen", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LII, Madrid, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, 1999.

PÉREZ DEL VALLE, CARLOS: "Sobre los orígenes del "Derecho penal del enemigo", algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 75, 2001.

_____ "Sociedad de riesgos y reforma penal", en *Revista del Poder Judicial*, Nº 43/44, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

PÉREZ TORO, WILLIAM FREDY: "Guerra y delito en Colombia", en *Estudios Políticos*, Nº 16, Medellín, Universidad de Antioquia, 2000.

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO: "Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal penal del enemigo", en *Jueces para la Democracia*, Nº 49, 2004.

_____ "La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del «enemigo» tras el atentado del 11 de septiembre de 2001", en *Revista Mientras Tanto*, Nº 83, Barcelona, Icaria Editorial, 2002.

POZUELO PÉREZ, LAURA: "De nuevo sobre la denominada 'expansión' del Derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos", en MONTEALEGRE LYNETT, E. (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

PRITTWITZ, CORNELIUS: "Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?", en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004.

_____ "El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal", en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, (edición española a cargo del

Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, Comares, 2000.

_____ "¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre Derecho penal y guerra", en *Revista Penal*, Nº 14, Salamanca, La Ley S.A. - Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, 2004.

_____ "Sociedad del riesgo y Derecho penal", en ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U. y NIETO MARTÍN, A., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Adónde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, Civitas, 2004.

RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: "Retos actuales de la política criminal y la dogmática penal", en *Pensamiento Penal y Criminológico – Revista de Derecho Penal Integrado*, Vol. IV, Nº 6, Córdoba, Mediterránea, 2003.

RAMOS VÁSQUEZ, J. A.: "Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual", en FARALDO CABANA, PATRICIA (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

RÍOS FERRER, ROLANDO: "Perspectivas sociológicas de un Derecho Penal funcional a partir de la categoría riesgo", disponible en <http://www.monografias.com/trabajos30/derecho-penal-funcional/derecho-penal-funcional.shtml#relac>.

RIQUERT, FABIÁN L. y PALACIOS, LEONARDO P.: "El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes", en *La Ley*, Año V, Nº 3, junio, 2003, págs.1 a

- 8, disponible también en <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf>.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, MARÍA ISABEL: *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO: “Colombia: el revés del contrato social de la modernidad”, en SANTOS, B. DE S. y GARCÍA VILLEGAS, M.: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Bogotá, 2001.
- SCHÖNE, WOLFGANG: “La protección del hombre en el mundo moderno (Algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, N° 12, Universidad de les Illes Balears, 1985.
- SCHÜNEMANN, BERND: *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- _____ *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.
- SGUBBI, FILIPPO: *El delito como riesgo social*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Desalma, 1998.
- SILVA DIAS, AUGUSTO: “«¿Y si todos los hiciéramos?» Consideraciones acerca de la «(in)capacidad de resonancia» del Derecho penal con la figura de la acumulación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVI, Madrid, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: “Hacia el Derecho penal del “Estado de Prevención”. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid- Barcelona, Marcial Pons, 2003.
- _____ *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 2001.
- _____; FELIP I SABORIT, DAVID; ROBLES PLANAS, RICARDO y PASTOR MUÑOZ, NURIA: “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en AAVV, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003.
- SOTO NAVARRO, SUSANA: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO: “¿Derecho penal liberal o Derecho penal crítico en Colombia?”, en *Francesco Carrara (homenaje en el centenario de su muerte)*, Bogotá, Temis, 1988.
- _____ “Garantismo y Derecho penal”, en *Jueces para la Democracia*, N° 35, Madrid, 1999.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS JESÚS: “Derecho penal y riesgos tecnológicos”, en ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U.; y NIETO, A. (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- SÜSS, FRANK: “El trato actual del mandato de determinación”, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, (edición española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, Comares, 2000.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA: “El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras”, en CAPELLA

- HERNÁNDEZ, J. R. (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- _____ “Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico”, en TERRADILLOS BASOCO, J. y ACALE SÁNCHEZ, M. (coords.), *Temas de Derecho penal económico*, Madrid, Trotta, 2004.
- _____ “Peligro abstracto y garantías penales”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 62, Bogotá, Temis, 1999.
- UHRLANDT, ERICA M.: “Interpretación judicial y discursos de emergencia”, en *Revista Derecho Penal*, N° 10, Rosario, Juris, 2003.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO: “Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia”, en SANTOS, B. DE S. y GARCÍA VILLEGAS, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Bogotá, 2001.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: “El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 15, Madrid, UNED, 2005.
- _____ “Globalización y Derecho penal”, en LOSANO, M. G. y MUÑOZ CONDE, F. (coords.), *El Derecho penal ante la globalización y el terrorismo: “Cedant Arma Togae”, actas del Coloquio Internacional Humboldt – Montevideo – abril de 2003*, Valencia, Tirant lo Blanch - Alexander von Humboldt, 2004.
- _____ “Hacia un Derecho penal expansionista”, en *Berbiquí*, N° 29, agosto, Medellín, Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, 2005.
- ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO: *El enemigo en el Derecho penal*, Bogotá, Ibáñez – Universidad Santo Tomás, 2006.
- _____ “La legitimación del control penal de los “extraños””, en AA.VV., *Dogmática y criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Legis, 2005.
- _____ “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: “Seguridad ciudadana y Estado Social de Derecho. A propósito del ‘código penal de la seguridad’ y el pensamiento funcionalista”, en OCTAVIO DE TOLEDO; GURDIEL y CORTÉS (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA: “Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales”, en VELÁSQUEZ, F. (coordinador), *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez*, Bogotá, Temis, 2005.
- _____; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA y DIEGO DÍAZ-SANTOS, MARIA ROSARIO: *El Derecho penal ante la globalización*, Madrid, Colex, 2002.

TÍTULOS PUBLICADOS EN ESTA COLECCIÓN

Copia disponible en: www.eafit.edu.co/investigacion/cuadernosdeinv.htm

Cuaderno 1 - Marzo 2002

**SECTOR BANCARIO Y COYUNTURA
ECONÓMICA EL CASO COLOMBIANO**

1990 - 2000 Alberto Jaramillo, Adriana
Ángel Jiménez, Andrea Restrepo Ramírez,
Ana Serrano Domínguez y Juan Sebastián
Maya Arango

Cuaderno 2 - Julio 2002

**CUERPOS Y CONTROLES, FORMAS
DE REGULACIÓN CIVIL. DISCURSOS Y
PRÁCTICAS EN MEDELLÍN 1948 – 1952**

Cruz Elena Espinal Pérez

Cuaderno 3 - Agosto 2002

UNA INTRODUCCIÓN AL USO DE LAPACK

Carlos E. Mejía, Tomás Restrepo y Christian
Treffitz

Cuaderno 4 - Septiembre 2002

**LAS MARCAS PROPIAS DESDE
LA PERSPECTIVA DEL FABRICANTE**

Belisario Cabrejos Doig

Cuaderno 5 - Septiembre 2002

**INFERENCIA VISUAL PARA LOS
SISTEMAS DEDUCTIVOS LBPCO, LBPC Y
LBPO**

Manuel Sierra Aristizábal

Cuaderno 6 - Noviembre 2002

**LO COLECTIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE
1991**

Ana Victoria Vásquez Cárdenas,
Mario Alberto Montoya Brand

Cuaderno 7 - Febrero 2003

**ANÁLISIS DE VARIANZA DE LOS BENEFICIOS
DE LAS EMPRESAS MANUFACTURERAS EN
COLOMBIA,
1995 – 2000**

Alberto Jaramillo (Coordinador),
Juan Sebastián Maya Arango, Hermilson
Velásquez Ceballos, Javier Santiago Ortiz,
Lina Marcela Cardona Sosa

Cuaderno 8 - Marzo 2003

**LOS DILEMAS DEL RECTOR: EL CASO DE
LA UNIVERSIDAD EAFIT**

Álvaro Pineda Botero

Cuaderno 9 - Abril 2003

INFORME DE COYUNTURA: ABRIL DE 2003

Grupo de Análisis de Coyuntura Económica

Cuaderno 10 - Mayo 2003

GRUPOS DE INVESTIGACIÓN

Escuela de Administración

Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 11 - Junio 2003

**GRUPOS DE INVESTIGACIÓN ESCUELA DE
CIENCIAS Y HUMANIDADES, ESCUELA DE
DERECHO, CENTRO DE IDIOMAS Y
DEPARTAMENTO DE DESARROLLO ESTUDIANTIL**

Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 12 - Junio 2003

**GRUPOS DE INVESTIGACIÓN -
ESCUELA DE INGENIERÍA**

Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 13 - Julio 2003
PROGRAMA JÓVENES INVESTIGADORES
– COLCIENCIAS: EL ÁREA DE LIBRE COMERCIO
DE LAS AMÉRICAS Y
LAS NEGOCIACIONES DE SERVICIOS
Grupo de Estudios en Economía y Empresa

Cuaderno 14 - Noviembre 2003
BIBLIOGRAFÍA DE LA NOVELA COLOMBIANA
Álvaro Pineda Botero, Sandra Isabel Pérez,
María del Carmen Rosero y María Graciela Calle

Cuaderno 15 - Febrero 2004
PUBLICACIONES Y PONENCIA 2003
Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 16 - Marzo 2004
LA APLICACIÓN DEL DERECHO EN LOS SISTEMAS
JURÍDICOS CONSTITUCIONALIZADOS
Gloria Patricia Lopera Mesa

Cuaderno 17 - Mayo 2004
PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS A GRAN
ESCALA PARA LA MICROEMPRESA: HACIA UN
MODELO VIABLE
Nicolás Ossa Betancur

Cuaderno 18 - Mayo 2004
ARTÍCULOS RESULTADO DE LOS PROYECTOS DE
GRADO REALIZADOS POR LOS ESTUDIANTES
DE INGENIERÍA DE PRODUCCIÓN QUE SE
GRADUARON EN EL 2003
Departamento de Ingeniería de Producción

Cuaderno 19 - Junio 2004
ARTÍCULOS DE LOS PROYECTOS DE GRADO
REALIZADOS POR LOS ESTUDIANTES DE
INGENIERÍA MECÁNICA QUE SE GRADUARON EN
EL AÑO 2003
Departamento de Ingeniería Mecánica

Cuaderno 20 - Junio 2004
ARTÍCULOS RESULTADO DE LOS PROYECTOS
DE GRADO REALIZADOS POR LOS
ESTUDIANTES DE INGENIERÍA DE PROCESOS
QUE SE GRADUARON EN
EL 2003
Departamento de Ingeniería de Procesos

Cuaderno 21 - Agosto 2004
ASPECTOS GEOMORFOLÓGICOS DE LA AVENIDA
TORRENCIAL DEL 31 DE ENERO DE 1994 EN LA
CUENCA DEL RÍO FRAILE Y
SUS FENÓMENOS ASOCIADOS
Juan Luis González, Omar Alberto Chavez,
Michel Hermelín

Cuaderno 22 - Agosto 2004
DIFERENCIAS Y SIMILITUDES EN LAS TEORÍAS
DEL CRECIMIENTO ECONÓMICO
Marleny Cardona Acevedo, Francisco Zuluaga Díaz,
Carlos Andrés Cano Gamboa,
Carolina Gómez Alvis

Cuaderno 23 - Agosto 2004
GUIDELINES FOR ORAL ASSESSMENT
Grupo de investigación Centro de Idiomas

Cuaderno 24 - Octubre 2004
REFLEXIONES SOBRE LA INVESTIGACIÓN DESDE
EAFIT
Dirección de investigación y Docencia

Cuaderno 25 - Septiembre 2004
LAS MARCAS PROPIAS DESDE
LA PERSPECTIVA DEL CONSUMIDOR FINAL
Belisario Cabrejos Doig

Cuaderno 26 - Febrero 2005
PUBLICACIONES Y PONENCIAS -2004-
Dirección de investigación y Docencia

Cuaderno 27 - Marzo 2005
EL MERCADEO EN LA INDUSTRIA DE LA CONFECCIÓN - 15 AÑOS DESPUÉS -
Belisario Cabrejos Doig

Cuaderno 28 - Abril 2005
LA SOCIOLOGÍA FRENTE A LOS ESPEJOS DEL TIEMPO: MODERNIDAD, POSTMODERNIDAD Y GLOBALIZACIÓN
Miguel Ángel Beltrán, Marleny Cardona Acevedo

Cuaderno 29 - Abril 2005
“OXIDACIÓN FOTOCATALÍTICA DE CIANURO”
Grupo de Investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-

Cuaderno 30 - Mayo 2005
EVALUACIÓN A ESCALA DE PLANTA PILOTO DEL PROCESO INDUSTRIAL PARA LA OBTENCIÓN DE ACEITE ESENCIAL DE CARDAMOMO, BAJO LA FILOSOFÍA “CERO EMISIONES”
Grupo de Investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-

Cuaderno 31 - Junio 2005
LA DEMANDA POR FORMACIÓN PERMANENTE Y CONSULTORÍA UNIVERSITARIA
Enrique Barriga Manrique

Cuaderno 32 - Junio 2005
ARTÍCULOS DE LOS PROYECTOS DE GRADO REALIZADOS POR LOS ESTUDIANTES DE INGENIERÍA MECÁNICA QUE SE GRADUARON EN EL AÑO 2004
Escuela de Ingeniería
Departamento de Ingeniería Mecánica

Cuaderno 33 - Julio 2005
PULVERIZACIÓN DE COLORANTES NATURALES POR SECADO POR AUTOMIZACIÓN
Grupo de Investigación Desarrollo y Diseño de Procesos -DDP-
Departamento de Ingeniería de Procesos

Cuaderno 34 - Julio 2005
“FOTODEGRADACIÓN DE SOLUCIONES DE CLOROFENOL-CROMO Y TOLUENO-BENCENO UTILIZANDO COMO CATALIZADOR MEZCLA DE DIÓXIDO DE TITANIO (TiO₂), BENTONITA Y CENIZA VOLANTE”
Grupo de Investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-
Edison Gil Pavas

Cuaderno 35 - Septiembre 2005
HACIA UN MODELO DE FORMACIÓN CONTINUADA DE DOCENTES DE EDUCACIÓN SUPERIOR EN EL USO PEDAGÓGICO DE LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN
Claudia María Zea R., María del Rosario Atuesta V., Gustavo Adolfo Villegas L., Patricia Toro P., Beatriz Nicholls E., Natalia Foronda V.

Cuaderno 36 - Septiembre 2005
ELABORACIÓN DE UN INSTRUMENTO PARA EL ESTUDIO DE LOS PROCESOS DE CAMBIO ASOCIADOS CON LA IMPLANTACIÓN DEL TPM EN COLOMBIA
Grupos de Investigación:
Grupo de Estudios de la Gerencia en Colombia
Grupo de Estudios en Mantenimiento Industrial (GEMI)

Cuaderno 37 - Septiembre 2005
PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS A GRAN ESCALA PARA LA MICROEMPRESA COLOMBIANA
Nicolás Ossa Betancur
Grupo de Investigación en Finanzas y Banca
Área Microfinanzas

Cuaderno 38 - Noviembre 2005
PROCESO “ACOPLADO” FÍSICO-QUÍMICO Y BIOTECNOLÓGICO PARA EL TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES CONTAMINADAS CON CIANURO
Grupo de Investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-

Cuaderno 39 - Febrero 2006
LECTURE NOTES ON NUMERICAL ANALYSIS
Manuel Julio García R.
Department of Mechanical Engineering

Cuaderno 40 - Febrero 2006
MÉTODOS DIRECTOS PARA LA SOLUCIÓN DE SISTEMAS DE ECUACIONES LINEALES SIMÉTRICOS, INDEFINIDOS, DISPERSOS Y DE GRAN DIMENSIÓN
Juan David Jaramillo Jaramillo, Antonio M. Vidal Maciá, Francisco José Correa Zabala

Cuaderno 41- Marzo 2006
PUBLICACIONES, PONENCIAS, PATENTES Y REGISTROS 2005
Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 42- Mayo 2006
A PROPÓSITO DE LA DISCUSIÓN SOBRE EL DERECHO PENAL “MODERNO” Y LA SOCIEDAD DEL RIESGO
Diana Patricia Arias Holguín
Grupo de Estudios Penales (GEP)

Cuaderno 43- Junio 2006
ARTÍCULOS DE LOS PROYECTOS DE GRADO REALIZADOS POR LOS ESTUDIANTES DE INGENIERÍA MECÁNICA QUE SE GRADUARON EN EL AÑO 2005
Departamento de Ingeniería Mecánica
Escuela de Ingeniería

Cuaderno 44- Junio 2006
EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PROBLEMAS MÁS RELEVANTES DE LA FÓRMULA DEL ART. 29 INCISO 3
Susana Escobar Vélez
Grupo de Estudios Penales (GEP)

Cuaderno 45- Septiembre 2006
ARTÍCULOS DE LOS PROYECTOS DE GRADO REALIZADOS POR LOS ESTUDIANTES DE INGENIERÍA DE DISEÑO DE PRODUCTO QUE SE GRADUARON EN EL AÑO 2004 Y EN EL 2005-1
Departamento de Ingeniería de Diseño de Producto
Escuela de Ingeniería

Cuaderno 46- Octubre 2006
COMENTARIOS A VISIÓN COLOMBIA II CENTENARIO: 2019
Andrés Ramírez H., Mauricio Ramírez Gómez y Marleny Cardona Acevedo
Profesores del Departamento de Economía
Antonio Barboza V., Gloria Patricia Lopera M., José David Posada B. y José A. Toro V.
Profesores del Departamento de Derecho
Carolina Ariza Z. - *Estudiante de Derecho*
Saúl Echavarría Yepes-*Departamento de Humanidades*

Cuaderno 47- Octubre 2006
LA DELINCUENCIA EN LA EMPRESA: PROBLEMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DELITOS COMUNES
Grupo de Estudios Penales (GEP)
Maximiliano A. Aramburo C.

Cuaderno 48 - Octubre 2006
GUIDELINES FOR TEACHING AND ASSESSING WRITING
Grupo de Investigación - Centro de Idiomas (GICI)
Ana Muñoz
Sandra Gaviria
Marcela Palacio

Cuaderno 49 - Noviembre 2006
APLICACIÓN DE LOS SISTEMAS FOTOCATALÍTICOS PARA LA DESTRUCCIÓN DE COMPUESTOS ORGÁNICOS Y OTRAS SUSTANCIAS EN FUENTES HÍDRICAS
Grupo de Investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-
Edison Gil Pavas
Kevin Molina Tirado

Cuaderno 50 - Noviembre 2006
PROPUESTAS METODOLÓGICAS EN
LA CONSTRUCCIÓN DE CAMPOS
PROBLEMÁTICOS DESDE EL CICLO DE VIDA DE
LAS FIRMAS Y EL CRECIMIENTO INDUSTRIAL DE
LAS MIPYMES

Grupo de Estudios Sectoriales y Territoriales
Departamento de Economía
Escuela de Administración
Marleny Cardona Acevedo
Carlos Andrés Cano Gamboa

Cuaderno 51 - Enero 2007
PRODUCTO DE TELEPRESENCIA PARA
LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN
EL ÁMBITO NACIONAL

Departamento de Ingeniería de Sistemas
Departamento de Ciencias Básicas
Helmuth Treftz Gómez,
Pedro Vicente Esteban Duarte
Andrés Quiroz Hernández
Faber Giraldo Velásquez,
Edgar Villegas Iriarte

Cuaderno 52 - Febrero 2007
PATRONES DE COMPRA Y USO DE VESTUARIO
MASCULINO Y FEMENINO EN
LA CIUDAD DE MEDELLÍN

Departamento de Mercadeo
Belisario Cabrejos

Cuaderno 53 - Febrero 2007
EL DEBATE SOBRE LA MODERNIZACIÓN
DEL DERECHO PENAL

Materiales de investigación
Grupo de Investigación
Grupo de Estudios Penales (GEP)
Juan Oberto Sotomayor Acosta
Diana María Restrepo Rodríguez

