



UNIVERSIDAD EAFIT

Abierta al mundo

Acreditada Institucionalmente por el Ministerio de Educación Nacional

ISSN 1692-0694

A PROPÓSITO DE LA DISCUSIÓN SOBRE EL DERECHO PENAL “MODERNO” Y LA SOCIEDAD DEL RIESGO

DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN

Grupo de Investigación

GRUPO DE ESTUDIOS PENALES (GEP)

Comentarios: Favor dirigirlos a **anastasiad4@hotmail.com**

Los contenidos de este documento son responsabilidad de los autores.

Está autorizada la reproducción total o parcial de este material siempre y cuando se cite la fuente.

**A PILI y AMADOR
por tanta belleza**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	1
ABSTRACT	1
PALABRAS CLAVE	1
AUTORA	2
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	2
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN	2
GRUPO DE INVESTIGACIÓN	2
ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	5
1. CONSIDERACIONES PREVIAS	7
2. LA SOCIEDAD DEL RIESGO: UN DIAGNÓSTICO	9
2.1. Características de la sociedad del riesgo	11
2.2. Consideraciones finales sobre la sociedad del riesgo	14
3. DOCTRINA CRÍTICA DE LA «MODERNIZACIÓN» DEL DERECHO PENAL	17
3.1. Consecuencias que se derivan de la sociedad del riesgo para el Derecho penal	17
3.2. Alternativas	28
4. DOCTRINA QUE AVALA LA «MODERNIZACIÓN» DEL DERECHO PENAL	33
4.1. Argumentos expuestos para avalar la modernización del Derecho penal	34
4.2. Valoración de los argumentos del sector que avala la «modernización» del Derecho penal	41
5. CONSIDERACIONES FINALES	46
6. BIBLIOGRAFÍA	49

RESUMEN

En el texto se realiza una aproximación a la discusión sobre el Derecho penal «moderno», al que subyace un diagnóstico sociológico que tiene por objeto a las actuales sociedades europeas postindustriales, en las que se verifica un alto desarrollo tecnológico, del cual se derivan unos riesgos principales y accesorios de naturaleza política, económica y social.

Desde este diagnóstico se extraen los argumentos para justificar unas tendencias legislativas que se adscriben a una clara expansión de la intervención punitiva; expansión que se evidencia en la regulación, a través del Derecho penal, de nuevos ámbitos, y además, en la modificación de la forma en que éste operaba en viejos sectores.

La doctrina penal ha respondido a esta cuestión de diversas maneras: desde las posturas que realizan una crítica severa a tal proceder, hasta aquellas que reconocen la necesidad de que el sistema penal evolucione para responder a los «nuevos conflictos», pasando por posiciones intermedias que sin renunciar a los límites, aceptan que se requiere su transformación para poder responder con eficacia a los problemas que plantean las sociedades actuales.

Así pues, en el texto se presentan sintéticamente los contornos de una discusión que resulta importante para la doctrina penal en general, incluyendo la nuestra, a la cual, sin duda, subyace otro diagnóstico.

ABSTRACT

In the work, an approach is made on the so called "modern" Criminal Law, underlying a sociological diagnosis having as a target the present post industrial European societies, in which a high technological development is seen, from which derivate some main and accessories risks of political, economical and social nature.

The reasons are extracted from this diagnosis, to justify some legislative tendencies ascribing to a clear expansion of the punitive intervention; expansion evidenced in the regulation of new ambits, through the Criminal Law, and besides, in the modification of the way in which this was operated in old sectors.

The doctrine has responded to this question in different ways: from the positions severely criticizing such a proceeding, to those recognizing the need for the penal system to evolve as to answer to the "new conflicts", and existing all the same, some intermediate positions that accept, not leaving its limits, the requiring of its transformation to be able to answer efficiently to the problems of the present societies.

Therefore, it is synthetically shown the contour of a discussion that is important for the doctrinal work in general, including Colombian doctrine, which, doubtlessly, has another implicit diagnosis.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal, Derecho penal «moderno», Derecho penal del enemigo, sociedad del riesgo, internacionalización del Derecho penal, delitos cumulativos, delitos de peligro abstracto.

AUTORA

DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN

Profesora de Derecho penal de la Universidad de Antioquia
Realiza estudios de doctorado en la Universidad de Cádiz [España]
E-mail: anastasiad4@hotmail.com

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS.

Investigadora principal: Diana Patricia Arias Holguín.

Financiación: Fundación Carolina – Universidad de Antioquia.

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

DERECHO PENAL ECONÓMICO

GRUPO DE INVESTIGACIÓN

GRUPO DE ESTUDIOS PENALES [GEP] - UNIVERSIDAD EAFIT

Grupo reconocido por Colciencias – Categoría C

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

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
ANF	Anuario de Filosofía
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CGN	Consejo General del Notariado
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal Colombiano
CPE	Código Penal Español
CPC	Cuadernos de Política Criminal
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
JD	Jueces para la Democracia
NFP	Nuevo Foro Penal
PJ	Revista del Poder Judicial
RDPP	Revista de Derecho y Proceso Penal
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RDPPC	Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología
RP	Revista Penal
UE	Unión Europea
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia



INTRODUCCIÓN

Este trabajo constituye la primera parte de una investigación de mayor envergadura que se denominó “Aproximación político-criminal al «blanqueo de capitales» en el ordenamiento español”, el cual, a su vez, es un acercamiento al tema de la tesis doctoral que actualmente realizo bajo la dirección del Dr. JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO, en la Universidad de Cádiz. La estancia en España para los estudios de doctorado, ha sido posible gracias a la financiación de la Fundación Carolina, y a la comisión de estudios proporcionada por la Universidad de Antioquia.

Ahora bien, las reflexiones que se exponen en este escrito, surgieron a partir de las dificultades encontradas en el análisis del art. 301 del CPE, delito de «blanqueo de capitales», y que se regula en nuestro país bajo la denominación de «lavado de activos», en el art. 323 del CP.

Los obstáculos que se suscitaron, no son otros distintos a aquéllos que vienen siendo discutidos por la doctrina penal bajo la denominación de Derecho penal «moderno», polémica mediante la cual se someten a juicio las tendencias de una legislación que se adscribe a una clara expansión de la intervención punitiva. Expansión que se evidencia en la regulación, a través del Derecho penal, de nuevos ámbitos, y además, en la modificación de la forma en que éste operaba en viejos sectores.

Sobre la revisión del cómo de la intervención penal por parte de las actuales tendencias del Derecho penal, se puede decir que ésta se inclina por la relativización de los presupuestos para la imposición de la pena, sacrificando claramente garantías y reglas de imputación, que se reivindican desde un punto de vista valorativo concreto, con la finalidad de reducir la irracionalidad del instrumento punitivo, en la medida en que éste comporta un uso ineludible de violencia.

El tema mismo del presente texto me obliga a la justificación de la pertinencia de presentar esta discusión en nuestro país, ya que pareciera circunscribirse sólo al contexto europeo. Esta explicación pretende responder, además, la exigencia no siempre satisfecha por nuestra doctrina, de contextualizar las construcciones o discusiones que surgen para explicar una realidad tan disímil a la nuestra, y de donde suelen provenir nuestras teorías penales.

Así pues, abordar esta temática aquí, es pertinente en primer lugar, porque cuando se alude a Derecho penal «moderno», el cual se adscribe a una clara expansión de la represión, apelando a la flexibilización de los presupuestos de la pena y de las garantías político-criminales que se suelen derivar del Estado de Derecho, se está apuntando a una tendencia que se verifica, no sólo en Europa, sino también en nuestros países latinoamericanos, y en general en el mundo occidental.

Las razones y los diagnósticos de esta situación, variarán de acuerdo a la sociedad que se trate, pero sin duda a todas ellas subyace una razón común: la globalización.

En segundo lugar, y esta razón nos atañe tan sólo a nosotros, hablar de este tema en Colombia es útil, porque para nadie es un secreto que la fuente de la que beben nuestros códigos penales y la doctrina penal en general, suele ser los códigos y las teorías penales de los doctrinantes españoles y alemanes. Si esto es así, en la tarea de contextualización de nuestros delitos y penas, será necesario acercarnos a este origen.

Establecer las diferencias y encontrar las similitudes, mediante la descripción de uno de los dos contextos (en este caso el europeo), sirve para la tarea de descartar aquellos argumentos que, apoyados en otras realidades, pretendan justificar legislaciones expansionistas como las que se caracterizarán a continuación.

En cuanto al desarrollo de esta parte de la investigación, en primer lugar se abordó el diagnóstico sociológico implícito en la discusión del Derecho penal «moderno», y que se erige como el punto central de las diferencias que se presentan entre el continente europeo y el nuestro. En segundo lugar, se trató la polémica que, sobre este modelo de intervención, propone la doctrina que critica la flexibilización de reglas de imputación y garantías que supone la referida modernización, para en seguida presentar, brevemente, el sector doctrinal que asume una postura intermedia. Finalmente, se presentan los argumentos que expone el grupo de autores que avalan la necesidad de renovar los instrumentos punitivos.

Asimismo, en este texto se delimitan los puntos de partida posibles respecto al modelo de Derecho penal por el que se puede optar en cualquier estudio penal actual (sobre todo los referidos, entre otros, a los delitos medioambientales y económicos), incluyendo aquellos análisis que nos conciernen.

Desde aquí es importante anticipar que se adoptó un punto de partida coincidente con la defensa de un Derecho penal limitado. La justificación de tal postura se encuentra en el hecho de que se reconoce que, en términos empíricos, la aplicación y ejecución de la pena se traduce en dolor y, por tanto, se impone la necesidad de rodear de todas las reservas la decisión en torno a acudir a este recurso para intervenir en los conflictos

sociales. Estas cautelas se expresan en las garantías que protegen al ciudadano en un Estado de Derecho.

En todo caso, es importante reconocer que este informe es una modesta descripción del estado de cosas respecto a la discusión sobre el Derecho penal «moderno», útil sobre todo para determinar puntos de partida y delimitar caminos, y que servirá para continuar una tarea que es ambiciosa, y que consiste en adentrarse en la solución de los problemas que surgen de un sistema punitivo, adscrito a un modelo de expansión difícilmente compatible con el Estado de Derecho.

De otro lado, es oportuno expresar mis agradecimientos al Prof. Dr. JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO, no sólo por las importantes recomendaciones en cuanto al contenido mismo de la investigación, sino, además, por proporcionarme todos los medios posibles para la dedicación exclusiva a este trabajo; también, al Prof. Dr. LUÍS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ que estuvo a cargo de la dirección de esta primera aproximación al tema de la tesis doctoral y sin cuya orientación no hubiese sido posible el texto que aquí se presenta. Hago extensivo estos agradecimientos a todos mis compañeros del área penal de la Universidad de Cádiz, especialmente, a ROSA GALLARDO GARCÍA, por su complicidad y compañerismo.

Igualmente, profeso una inmensa gratitud hacia los profesores JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA y ALFONSO CADAVID QUINTERO, quienes han incidido en mi formación académica, desde hace ya varios años, y que además tuvieron la generosidad, no sólo de leer el texto que aquí se presenta, sino, además, el informe de investigación completo, para luego discutir conmigo algunas ideas y darme oportunos consejos.

Resulta justo agradecer, también, a DIANA RESTREPO RODRÍGUEZ, quien se ocupó de realizar la corrección de estilo de esta investigación y, durante todo el proceso de escritura, discutió conmigo las ideas, permitiéndome alcanzar una claridad difícil de lograr en soledad.

Finalmente, no puedo dejar de lado a GUSTAVO LÓPEZ ROZO, mi amigo, a quien le he heredado un profundo amor por la diferencia, y a mi compañero de viaje, HEART GRISALES CENTENO, a quien le agradezco infinitamente, su espera y paciencia mientras yo me dedicaba a estas reflexiones.



1 CONSIDERACIONES PREVIAS

En este escrito se abordará la discusión que ha surgido respecto a las políticas legislativas, que en materia penal, pretenden responder a los conflictos que en las sociedades «post industriales», en este caso europeas, se presentan en virtud de su mayor complejidad en el nivel económico, tecnológico y ambiental.

Las políticas legislativas que se han puesto en entredicho, se caracterizan por la creación de tipos penales cuyo objeto de protección es de naturaleza supraindividual y cuyo contenido material es difuso, por recurrir indiscriminadamente a los tipos de peligro abstracto, y por la tendencia a flexibilizar las reglas de imputación de la responsabilidad penal y las de naturaleza procesal, entre otras.

En cuanto a la realidad normativa descrita en el párrafo que precede, se puede decir que ésta entra en tensión con las garantías penales derivadas de los principios de legalidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de lesividad, de proporcionalidad, de defensa, de presunción de inocencia, etc., los cuales tradicionalmente se han defendido como límites al *ius puniendi*.

La doctrina penal ha respondido a esta cuestión de diversas maneras: desde las posturas que realizan una crítica severa a tal proceder, hasta aquellas que reconocen la necesidad de que el sistema penal evolucione para responder a los «nuevos conflictos», pasando por posiciones intermedias que sin renunciar a los límites, aceptan que se requiere su transformación para poder responder con eficacia a los problemas que plantean las sociedades actuales.

Antes de realizar el diagnóstico sobre la política criminal actual y el Derecho penal en el que se materializa, es importante advertir que la división tajante entre dos sectores contrapuestos, es decir, entre doctrina crítica y doctrina que avala la modernización no es del todo correcta, porque la diversidad de opiniones que se encuentra en la discusión, hace que entre los autores que se agrupan bajo un mismo punto de partida, se encuentren muchas e importantes diferencias.

En efecto, entre las posturas que comparten la crítica que se realiza a las actuales líneas político-criminales, que implican una disminución de las exigencias o los

obstáculos para ejercitar el *ius puniendi*, se encuentran relevantes discrepancias a la hora de confeccionar el catálogo de los bienes jurídicos protegibles penalmente¹.

De la misma manera, "...en el seno de la tendencia doctrinal que defiende, en lo esencial, la evolución reciente y actual del Derecho penal y que no acepta sin más la crítica global a ésta ni todas las consecuencias

que se quieren derivar de la misma, podemos encontrar distintas posturas que muestran entre sí diferencias, que en muchos casos, no sólo son de matiz..."².

No obstante lo anterior, la presentación de la discusión se realizará a través de la agrupación de las posturas en sectores contrapuestos, porque un análisis pormenorizado de cada uno de los autores, para recalcar sus diferencias, desborda los objetivos de este trabajo.

¹ Sobre las cuestiones en común, véase B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 116, cuando afirma: "...frente a la situación dibujada por la corriente crítica con la actual evolución merece destacar especialmente los siguientes aspectos: por un lado, el de resaltar los problemas que conlleva la utilización de ciertos instrumentos que diluyen la entidad del injusto y la claridad en su percepción, así como todo lo que suponga flexibilización o difuminación de criterios o categorías claras de atribución de responsabilidad [...]. En este sentido, y salvo alguna posición aislada más extrema, 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 instrumentos que de su rechazo frontal".

² *Ibidem*, p. 125.



2

LA SOCIEDAD DEL RIESGO: Un Diagnóstico

Dentro de los sectores doctrinales que abordan la discusión sobre el Derecho penal y la política criminal actual, se ha asentado la idea de que éstos responderían a un modelo concreto de sociedad. Este modelo de sociedad al que se refieren, post industrial y tecnológico³, encuentra una explicación sociológica en la teoría de la sociedad del riesgo de BECK⁴, cuyos rasgos explicarían y determinarían la política criminal actual.

³ Se excluirán de este diagnóstico los países denominados «tercer mundistas». Sobre esto, U. BECK: *La sociedad del riesgo global*, (1999), trad. J. Albores Rey, Siglo Veinte, Madrid, 2002, p. 8, expresa: "...la globalidad de riesgo no significa, [...] una unidad global del riesgo, sino todo lo contrario: [...] En la última década la pobreza se ha agudizado en todas partes [...]. No sólo ha aumentado la brecha entre ricos y pobres, sino que además aumenta el número de personas que cae en la trampa de la pobreza. Las políticas de libre mercado, impuestas por Occidente a países endeudados, empeoran la situación al obligar a estos países a desarrollar industrias especializadas para el abastecimiento de los ricos, en lugar de proteger, educar o cuidar a los más débiles. Las naciones más pobres gastan ahora más en pagar los intereses de su deuda a los países más ricos de lo que emplean en sanidad y educación en sus propios países". En el mismo sentido, J. M. TERRADILLOS BASOCO: "Sistema penal y criminal internacional", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Vol. I, coord. Adán Nieto Martín, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha y Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 766. Con referencia a la realidad

peruana, y concretamente frente al Derecho penal, M. R. PÉREZ ARROYO: "La funcionalización del Derecho penal, políticas-criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático-penales: vistazo a la catedral desde un margen", en *ADPCP*, Tomo LII, Madrid, 1999, pp. 520 y 521, afirma que: "...el modelo sociomorfológico de sociedad postindustrial nada o poco se parece a nuestra realidad peruana y menos aplicable serán entonces los planteamientos críticos que al respecto se lleven a cabo desde el Derecho penal y el proceso penal, político criminalmente hablando, como son por ejemplo, el de la flexibilización de las garantías penales (expuesto por Silva Sánchez) en función de una relación proporcional de las consecuencias jurídicas penales del delito [...] No podemos flexibilizar las garantías penales cuando éstas nunca han sido rígidas y menos cuando el Estado, cada vez más, con su política criminal de alta intervención y ambiciosa represión, ha ido incluso contra los más elementales principios y garantías penales como el de la presunción de inocencia, el debido proceso, el principio de culpabilidad..."

⁴ En contra de la naturaleza sociológica de la tesis de U. Beck, afirma C. PRITTWITZ: "Sociedad del riesgo y Derecho penal", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coords. L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 261, que: "...mi reconstrucción del Derecho penal de riesgo no comparte el punto de partida normativo de los dogmáticos del riesgo, y tampoco conecta con las previsiones catastróficas de Ulrich Beck más políticas, en el mejor sentido de la palabra, que sociológicas..."

En correspondencia con lo dicho, SILVA SÁNCHEZ indica que:

“Es un lugar común afirmar que las sociedades occidentales contemporáneas muestran una gran complejidad y se caracterizan por la proliferación de riesgos: de ahí que la expresión que se ha elegido para su denominación sea la de la “sociedad del riesgo” o, en términos subjetivos, atendiendo a la representación, más o menos deformada, que de ella tienen las personas, la de la “sociedad de la inseguridad”. En efecto, una característica singular del modelo de sociedad en el que vivimos es la ubicuidad de los riesgos, su procedencia de actividades no marginales, sino estructurales al propio sistema, así como su difícil control una vez que se hacen presentes en la realidad. En el ámbito de la economía, la inseguridad de las sociedades europeas de nuestros días adquiere connotaciones especiales en tanto que se enmarca en procesos de privatización, desregulación y globalización”⁵.

En concreto, en el modelo de sociedad actual se verifica, en algunos sectores, el predominio de la idea de riesgo⁶, y a la idea de riesgo responde asimismo la política criminal y el Derecho penal.

⁵ J. M. SILVA SÁNCHEZ: “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 *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, dir. J. M. Silva Sánchez, Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2003, p. 311.

⁶ U. BECK: *La sociedad...*, citado, p. 214, entiende que: “Los riesgos no se refieren a los daños producidos. No son lo mismo que la destrucción. Si lo fueran todas las compañías de seguros quebrarían. Sin embargo los riesgos si representan una amenaza de destrucción. El discurso de los riesgos empieza donde acaba nuestra confianza en nuestra seguridad y deja de ser relevante cuando ocurre la catástrofe potencial. El concepto de riesgo, por tanto, caracteriza un peculiar estado intermedio entre la seguridad y la destrucción, en el que la percepción de los riesgos que nos amenazan determina el pensamiento y la acción...”

El estado de cosas es descrito por CANCIO MELIÁ, en los siguientes términos:

“...en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución de las legislaciones penales del mundo occidental está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores. Desde el punto de vista de numerosos autores, en la evolución actual tanto el Derecho penal material como el Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “Derecho penal de la puesta en riesgo” o de características antiliberales”⁷.

Insistiendo, el camino expedito de la eficiencia se recorre en todos los niveles de la criminalización, tanto

⁷ M. CANCIO MELIÁ: “«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 *JD*, nº 44, julio, Madrid, 2002, p. 19. También, el mismo autor en G. JAKOBS y M. CANCIO MELIÁ: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 64. Que esta descripción es acertada lo demuestra la siguiente afirmación de C. MARTÍNEZ BUJAN-PÉREZ: “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch*, en la selección de bienes jurídicos penales (especial referencia al ámbito económico)”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, eds. J. L. Díez Ripollés, C. M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín y J. F. Higuera Guimerá, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 402 y 403: “Por una parte, es innegable el fenómeno de la expansión del Derecho penal en el ámbito de las legislaciones europeas y, en especial, en el marco del reciente movimiento de reforma desarrollado en el seno de la UE. Es incuestionable así mismo que dicho fenómeno encuentra un claro ejemplo en el CP español de 1995, tanto desde una perspectiva «cualitativa» (creación de nuevos delitos), como desde un punto de vista «cuantitativo» (agravación de los ya existentes) [...]. Por otra parte, tampoco se puede soslayar el dato de que detrás del fenómeno de la expansión del Derecho penal se halla la pretensión de resolver problemas sociales a través del cómodo expediente de limitarse a transmitir a la opinión pública mensajes tranquilizadores (que suelen ser calificados como «simbólicos»), desvinculados de la finalidad «instrumental» que cabalmente debe perseguir la sanción penal, esto es la de proteger bienes jurídicos”. En el mismo sentido, J. M. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho penal*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 20.

en el Derecho sustantivo como en el Derecho procesal. Los delitos se multiplican, las penas se incrementan, se anticipa la tutela penal a actos preparatorios o incluso a formas de participación en actos preparatorios⁸, se flexibilizan las reglas de imputación del delito, y se producen profundas transformaciones en el ámbito procesal. Para ilustrar, obsérvese el deterioro del secreto profesional como una garantía de respeto a derechos como el de la intimidad, derecho que requiere para su plena realización fáctica, de una escrupulosa relación de confianza que se hace inexistente cuando, por ejemplo, se le imponen a los abogados deberes de información respecto a los asuntos que en ejercicio de su función les son confiados; véase al respecto la Directiva 2001/97/CEE⁹.

⁸ Desde ya conviene decir que una importante manifestación de la política criminal a la que se viene aludiendo, se encuentra en la propuesta realizada en la Convención de Naciones Unidas de 1988, respecto a la forma de incriminación de las modalidades imperfectas de ejecución, autoría y participación de los delitos objeto de dicho instrumento internacional, y frente a las cuales afirma J. L. DIEZ RIPOLLÉS: "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", en *CPC*, nº 46, Edersa, Madrid, 1992, p. 78, que: "El análisis de todas las conductas aludidas en este apartado nos muestra en primer lugar que se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico y consumo de drogas: se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico penales de intervención mínima y de seguridad jurídica [...]. Baste para ello con destacar que de la combinación de los preceptos anteriores resultan punibles conductas consistentes en actos preparatorios de actos preparatorios del tráfico: [...] realizados estos últimos en grados de autoría o participación, incluido el encubrimiento; o que se castigan no sólo la autoría sino también la participación, incluido el encubrimiento, en actos preparatorios de actos preparatorios; o que es delito el encubrimiento de actos de participación en conductas ejecutivas o preparatorias". También M. A. ABEL SOUTO: *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002. p. 88, cuando afirma: "A esta subdivisión las Naciones Unidas responden con una tríada de tipos penales: la producción de riqueza se contrarresta con el castigo del delito base sobre drogas; la transformación se palia creando los tipos de blanqueo que abarcan tanto la conversión o transferencia de bienes como la ocultación o encubrimiento de su origen delictivo y, por último, la inversión de ganancias ilícitas se pretende neutralizar con un tipo de utilización de los bienes derivados del tráfico de drogas al que se equiparan la adquisición de esos bienes así como su posesión en lo que constituye una anticipación subrepticia de las barreras de protección penal."

Como ya se ha dicho, a la idea del Derecho penal «moderno» le precede el diagnóstico sociológico que realiza BECK y, por tanto, resulta útil presentar previamente los rasgos que caracterizan a las sociedades post industriales, a los que responden estas políticas legislativas y que han dado origen al debate sobre la política criminal y el Derecho penal actual.

Una clarificadora síntesis de la sociedad descrita por BECK la realiza MENDOZA BUERGO¹⁰, quien resalta que las condiciones que rodean a ésta son: en primer lugar, la vertiginosa y compleja evolución tecnológica e industrial que trae consigo consecuencias indeseables; en segundo lugar, la dificultad para controlar y calcular los riesgos que se derivan de la innovación tecnológica e industrial; y en tercer lugar, la «sensación de inseguridad subjetiva» de las personas que habitan en estas sociedades.

2.1 CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Así pues, con más detalle y respecto a cada característica se tiene lo siguiente:

2.1.1. Las consecuencias indeseables que trae consigo el acelerado y generoso avance tecnológico e industrial

⁹ En este tema, conviene agregar, tal como expone R. MULLERAT: "Las directivas europeas contra el blanqueo de capitales. Impacto sobre el secreto profesional del abogado", en *La Ley*, nº 6, La Ley-Actualidad, Madrid, 2002, p. 1742, que: "Hoy el secreto profesional está en crisis. En Europa, el Tribunal Europeo de Justicia, en el caso *AM&S* en 1982 denegó el secreto profesional a los abogados de empresa. En Estados Unidos, la Model Rules de la ABA exigen revelar el secreto cuando el abogado sospecha que el cliente proyecta cometer un delito de sangre, la Patriot Act, de 30 de julio de 2002, obliga a los abogados a denunciar la violación de las leyes de valores. Las medidas anti-blanqueo son otro ejemplo de esta crisis, al convertir al abogado en una especie de cancerbero (gatekeeper)". Puede decirse, además, que esta relativización del secreto profesional tiene un efecto directo sobre el derecho de defensa que, al igual que el derecho a la intimidad, requiere, para su vigencia fáctica, de una escrupulosa relación de confianza.

¹⁰ B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal...*, citado, p. 209. También, C. J. SUÁREZ GONZÁLEZ: "Derecho penal y riesgos tecnológicos", en *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, coords. L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 290 y 291.

se concretan en **la complejidad de los riesgos**. Dicha complejidad se evidencia en el hecho de que estos pueden afectar a un número ilimitado de personas y que, en muchas ocasiones, tienen origen en la intervención del hombre, es decir, no son sólo imputados ni imputables a los desastres naturales. Los riesgos, entonces, pueden ser los directamente reconducibles a las personas o a la naturaleza, y de ellos se desprenden unos accesorios de naturaleza social, política o económica¹¹.

Ahora bien, BECK ilustra lo que a su parecer constituyen riesgos accesorios, cuando afirma que: "...como los riesgos ecológicos globales, los riesgos financieros globales no pueden "mantenerse en un solo lado", sino que se desbordan y transforman en riesgos sociales y políticos, es decir, riesgos para la clase media, los pobres o las élites políticas..."¹².

¹¹ *Ibidem*, pp. 25 y ss. También, U. BECK: *La sociedad...*, citado, p. 99, afirma: "Las "amenazas a la naturaleza" no son simplemente eso; señalarlas también significa amenazar la propiedad, el capital, el empleo, el poder sindical, el fundamento económico de sectores y regiones enteras y la estructura de los estados-nación y los mercados globales. Por tanto, existen "efectos colaterales" de la naturaleza y "efectos colaterales de los efectos colaterales" dentro de las instituciones fundamentales de la primera modernidad". En la misma dirección, afirma, pp. 57 y 120, que: "...las denominadas "amenazas globales" han conducido a un mundo en el que se ha erosionado la base de la lógica establecida del riesgo y en el que prevalecen peligros de difícil gestión en lugar de riesgos cuantificables. Los nuevos peligros están eliminando los cimientos convencionales del cálculo de seguridad. Los daños pierden sus límites espacio-temporales y se convierten en globales y duraderos. Ya es a duras penas posible responsabilizar a individuos concretos de tales daños: el principio de culpabilidad ha ido perdiendo su eficacia..."

¹² U. BECK: *La sociedad...*, citado, pp. 10 y 11. También, este mismo autor en la primera versión de su obra: *La sociedad del riesgo*, trad. J. Navarro, D. Jiménez, M^a R. Borrás, Paidós, Barcelona, 1998, p. 19, afirma que: "En el centro figuran riesgos y consecuencias de la modernización que se plasman en irreversibles a la vida de las plantas, de los animales, de los seres humanos. Al contrario de los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX, estos riesgos ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y la reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen unas *amenazas globales* que en este sentido son *supranacionales* y *no* específicas de una clase y poseen una dinámica social y política nueva".

En todo caso, la complejidad no sólo se reputa de la clase, intensidad y cantidad del riesgo sino, además, de la dificultad de preverlo y, por ende, de controlarlo. Por esto, a pesar de que "la decisión que parte del ámbito industrial o técnico económico y la ponderación de beneficios, hace que surja la cuestión de la *imputación* y la *atribución de responsabilidades por las consecuencias indeseadas*, tanto a las personas singulares como a las empresas o a las autoridades administrativas implicadas [...] los grandes peligros surgidos ya en la segunda mitad de este siglo -significativamente los riesgos atómicos, químicos, biotecnológicos y ecológicos- *suprimen los pilares básicos del cálculo de riesgos y de seguridad...*"¹³.

2.1.2. También expone BECK que "en la fase del discurso sobre la sociedad del riesgo global puede llegar a aceptarse que las amenazas generadas por el desarrollo tecnológico industrial –medido de acuerdo con los criterios institucionales existentes- no son ni calculables ni controlables"¹⁴. En consecuencia resulta difícil imputar la responsabilidad individual por las conductas que se han concretado en riesgos, reduciendo significativamente la asunción personal de la responsabilidad¹⁵.

Sumado a lo anterior, destaca el autor precitado que:

"Aquí podemos observar directamente una de las estrategias centrales de la producción de

¹³ B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal...*, citado, p. 28.

¹⁴ U. BECK: *La sociedad...*, citado, pp. 51- 52.

¹⁵ *Ibidem*, p. 9. Adicionalmente, el autor explica que: "El riesgo y la *responsabilidad* están intrínsecamente relacionados, como el riesgo y la *confianza*, o el riesgo y la *seguridad* (seguros y seguridad). ¿A quién puede atribuirse la responsabilidad (y por tanto los costes)? ¿O vivimos en un contexto de "Irresponsabilidad organizada"? Éste es uno de los principales puntos de la mayoría de conflictos de nuestra época. Algunos creen que el riesgo induce control, de modo que cuanto mayor el riesgo mayor la necesidad de controlabilidad. El concepto de "sociedad de riesgo global", sin embargo, llama la atención sobre la controlabilidad *limitada* de los peligros que nos hemos creado. La principal cuestión es cómo tomar decisiones en condiciones de incertidumbre fabricada, cuando no sólo es incompleta la base de conocimiento, sino que el disponer de más y mejor conocimiento frecuentemente supone más incertidumbre".

diferencia y de la falta de diferencia. Las normas establecidas de atribución y de responsabilidad –causalidad y culpa– se derrumban. Esto significa que aplicarlas a pesar de todo en la administración, la gestión y la terminología legal produce ahora el resultado opuesto: los peligros aumentan *debido a que* se hacen anónimos. Las antiguas rutinas de decisión, control y producción (en el derecho, la ciencia, la administración, la industria y la política) causan la destrucción material de la naturaleza y su normalización simbólica. Ambos procesos se complementan y acentúan mutuamente. En concreto no es la ruptura de las normas, sino que son las propias normas las que “normalizan” la muerte de especies, ríos o lagos¹⁶.

2.1.3. Asimismo, se expresa como uno de los rasgos de la actual sociedad del riesgo, la «**sensación de inseguridad subjetiva**» que no está ligada exclusivamente con los peligros reales¹⁷.

¹⁶ *Ibidem*, p. 50. También, sobre el concepto de “irresponsabilidad organizada”, afirma, pp. 236 y 237, que éste “contribuye a explicar cómo y por qué las instituciones de la sociedad moderna deben reconocer ineludiblemente la realidad de la catástrofe mientras que, simultáneamente, niegan su existencia, ocultando sus orígenes y excluyendo la compensación y el control. Expresándolo de otro modo, las sociedades del riesgo se caracterizan por la paradoja de una degradación medioambiental. Sin embargo, al mismo tiempo parece que ningún individuo o institución es específicamente responsable de nada...” También F. HERZOG: “Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo – Perspectivas más allá del Derecho penal-”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coords. L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 257 y ss.

¹⁷ B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal...*, citado, p. 30. Este rasgo es descrito por U. BECK: *La sociedad...*, citado, p. 89, en los siguientes términos: “Cuando los peligros se presentan, las instituciones que tan pronto son responsables como no responsables de ellos se ven forzadas a competir con las proclamas de seguridad que se les ha obligado a formular, una competencia de la que sólo pueden salir perdiendo. Por un lado se las presiona permanentemente para que aumenten la seguridad de las cosas más seguras; por otro lado, esto eleva exageradamente las expectativas y agudiza la atención, de tal modo que al final no sólo los accidentes, sino incluso la mera sospecha de accidentes puede hacer que se derrumben las proclamas de seguridad. El otro aspecto del reconocimiento

Respecto a esta característica, es bastante expresiva la opinión de SILVA SÁNCHEZ, quien entiende que:

“...resulta más que dudoso que la medida de la inseguridad sentida por los ciudadanos se corresponda de modo exacto con el grado de existencia objetiva de riesgos difícilmente controlables o, sencillamente incontrolables (los propios de la *Risikogesellschaft*) que les afectan personalmente y de modo inmediato. Además [...], resulta innegable que la aparición de los nuevos riesgos se ve, en cierto modo, compensada por la radical reducción de los peligros procedentes de fuentes naturales [...]. Por ello, más bien puede sostenerse de modo plausible que, por muchas y muy diversas causas, *la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos*. Expresado de otro modo, existe una elevadísima «sensibilidad al riesgo»¹⁸.

de los peligros es el fracaso de las instituciones que derivan su justificación de la no existencia del peligro. Ésa es la razón por la que el “nacimiento social” de un peligro es un suceso que es por igual improbable y dramático, traumático y perturbador para toda la sociedad”. Aunque referido a otra clase de riesgo, ejemplifica esta característica el diagnóstico del impacto que en el mundo ha tenido el ataque del 11 de septiembre a las Torres Gemelas, en Estados Unidos. En este sentido, M. CARMONA RUANO: “El impacto jurídico del 11 de septiembre”, en *JD*, nº 45, noviembre, Madrid, 2002, p. 81, quien afirma respecto a este suceso que: “...en un mundo globalizado (aún con los matices que luego se dirán), un fenómeno de esta magnitud en el corazón mismo del “imperio” tenía que ser necesariamente, un fenómeno global e igualmente global ha sido el alcance de la reacción...” Más adelante, p. 88, afirma: “...sin duda, como ya se ha dicho, el “efecto colateral” más trascendente del impacto emocional, amplificado por los medios de comunicación, que ha producido el 11 de septiembre, es el desencadenamiento en casi todos los países de una serie de medidas y proyectos legislativos que, en aras de la protección de la “seguridad ciudadana”, suponen un refuerzo de los poderes gubernamentales y policiales y una mayor posibilidad de restricción de las libertades de los ciudadanos”. En igual sentido, G. PISSARELO y A. DE CABO: “La larga sombra de Sacco y Vanzetti (excepción, extranjería, terrorismo)”, en *JD*, nº 44, julio, Madrid, 2002, pp. 15 y ss.

¹⁸ J. M. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión...*, citado, p. 37. Pero más allá de esto y como afirma A. SILVA DIAS: “«¿Y si todos lo hiciéramos?» Consideraciones acerca de la «(in)capacidad de resonancia» del

Una de las consecuencias que para la política criminal puede tener una alta «sensibilidad al riesgo», es que a ella le corresponde, también, una alta demanda de seguridad, que se colma, generalmente, a través del Derecho penal. A su vez, éste es aprovechado, desde distintos ámbitos, como un "arsenal" más para hacer política.

Esta realidad es descrita con rotundidad por ALBRECHT, cuando afirma:

"La degradación sistemática de la formalidad propia del Estado de Derecho en su función protectora requiere una legitimación expresa. Al respecto, la alusión a la lucha contra la criminalidad no es por sí sola una razón lo bastante convincente, pues los resultados de las prácticas represivas son demasiado pobres y completamente contraproducentes. El problema de la droga aumenta a pesar de apretar las tuercas de la represión, los peligros crecen a causa de los riesgos del medio ambiente y de la economía, y la sensación de seguridad de los ciudadanos se desmorona -en gran parte debido a la industria de los medios de comunicación-. La política se sirve de un arma terminológica prodigiosa para no sucumbir ante el reproche de la inactividad: el Derecho penal preventivo. El Derecho penal preventivo es un medio ideal de consolidación política, una carta de presentación para demostrar que

aparentemente existe una actividad política. Ya ninguna política prescinde de él en su arsenal de recursos"¹⁹.

2.2 CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Independientemente de que se asuma o no el diagnóstico de la «sociedad del riesgo», considero que le asiste razón a MENDOZA BUERGO, cuando indica:

"...tampoco puede negarse que, a diferencia de la sociedad industrial del siglo XIX o de principios del siglo XX, en la sociedad actual se

Derecho penal con la figura de la acumulación", en *ADPCP*, vol. LVI, Madrid, 2003, p. 441: "...la sociedad del riesgo se caracteriza también por una exacerbación de la atribución de la responsabilidad. Los espacios de imputación tradicionalmente asignados a Dios, la naturaleza, el destino, la colectividad se reducen en pro de una ampliación de la responsabilidad y de la culpabilidad individual. Esta «expansión de la imputación» (Weyma Lübbe) propia de las sociedades contemporáneas se inscribe en una lógica de la estabilidad social: a mayor inseguridad colectiva, mayor exigencia de atribución de culpabilidad como vehículo para la explicación del daño y para generar tranquilidad social. Ello provoca una transferencia de ámbitos de responsabilidad desde instancias como el destino, la naturaleza o la colectividad a la esfera de la imputación individual. Esta forma de imputación tiende a abandonar el campo de lo dominable o previsible."

¹⁹ P. A. ALBRECHT: "El Derecho penal en la intervención de la política populista", trad. R. Robles Planas, en *La insostenible situación del Derecho penal*, dir. J. M. Silva Sánchez, Granada, 2000, pp. 482 y 483. En el mismo sentido, J. M. TERRADILLOS BASOCO: "La Constitución penal. Los derechos de libertad", en *Las sombras del sistema constitucional español*, edición de J. Ramón Capella, Trotta, Madrid, 2003, p. 366, cuando afirma: "El fenómeno conocido como huida del Derecho penal no sólo revela que el legislador olvida el principio de intervención mínima. Oculta, o pretende ocultar, la dejación estatal en materia de prevención del delito. Siempre es más fácil reformar la norma penal que articular políticas criminales de amplio espectro, y más cuando, por su sentido agravatorio y expansivo, la reforma pueda comportar éxitos electorales". También F. HERZOG: "Límites al control penal de los riesgos sociales", en *ADPCP*, Tomo XLVI, Madrid, 1993, p. 326, cuando expresa: "A la expansión de los riesgos sociales corresponde hoy en día un tipo de política, que apenas se plantea descubrir perspectivas de desarrollo social y poner en marcha determinados proyectos políticos a largo plazo. Los riesgos son tomados en serio cuando éstos, en realidad o en la conciencia de los (potencialmente) afectados, adquieren dimensiones de crisis catastróficas. Las directrices típicas de la política son entonces la exigencia de que «hay que hacer algo», las «reacciones» y el «auxilio inmediato». Entre los recursos para manejar tales riesgos y crisis se cuentan cada vez más con el derecho penal del cual se exige una intervención más intensiva atendiendo al grado de dramatización y a la correspondiente exigencia de actuación, una mayor severidad o una ampliación de los tipos de peligro. La ampliación del derecho penal sirve entonces en el debate político ante todo como coartada para, de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos, demostrar que se es consciente de un determinado problema". Igualmente, J. A. BRANDARIZ GARCÍA: "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismos de control social en las sociedades contemporáneas", en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, dir. P. Faraldo Cabana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 36, 37 y 38.

han desarrollado nuevos campos de actividad y avances tecnológicos que encierran un elevado peligro y un enorme potencial y capacidad lesiva -energía y armas nucleares, nuevas tecnologías en el terreno de la química, de la genética y de la biotecnología, aplicables a los más variados ámbitos, etc.- y cuyos eventuales efectos dañinos o incluso catastróficos pueden tener una amplísima difusión que alcanzaría a futuras generaciones, lo que -junto a la limitación espacial o temporal- constituyen auténticas *notas peculiares* de estos *nuevos riesgos actuales*²⁰.

Ahora bien, y en consecuencia, esos nuevos riesgos o la transformación de los ya existentes, han implicado el endurecimiento y expansión de la intervención penal en algunos sectores concretos.

Respecto a estos ámbitos menciona HIRSCH, refiriéndose a la situación alemana, que:

“Las nuevas formas y técnicas de criminalidad han dado lugar, en las dos últimas décadas a una gran actividad legislativa. [...] En ellas se contemplan tres manifestaciones parcialmente coincidentes: unas afectan a casos relativos a ámbitos que han surgido del progreso técnico y científico [...] Un segundo grupo tiene como objeto formas de conducta que hasta ahora, en parte, ya estaban conminadas con sanciones de carácter punitivo en el Derecho de las contravenciones o en la legislación penal especial, pero que debido a un cambio de

valoración se situaron en el campo de mira con mayor ímpetu, y con su incorporación al Código penal han experimentado una revalorización e intensificación, así como una expansión, particularmente, en el estado previo. A él pertenece, sobre todo, el Derecho Penal del medio ambiente y el Derecho Penal económico. El tercer grupo, finalmente, se refiere a los ámbitos en los que se ha incrementado considerablemente una conducta ya punible, y ese *efectivo* crecimiento de la delincuencia y sus manifestaciones ha motivado anticipaciones y agravaciones de la punibilidad. Se pueden mencionar la criminalidad de drogas y, en general, la criminalidad organizada”²¹.

²⁰ B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal...*, citado, p. 40. En similares términos C. PRITTWITZ: “Sociedad del riesgo...”, citado, p. 265, cuando estima que: “En cualquier caso, aunque la discusión penal y político criminal dejara de lado repentinamente, y pese a todos sus méritos, el proyecto de sociedad del riesgo de *Ulrich Beck*, no debería dejar de prestar atención a los conceptos de riesgo, derecho penal del riesgo y sociedad del riesgo; pues, por encima de cualquier discrepancia, con el derecho penal del riesgo nos referimos a la «preservación del futuro frente a grandes riesgos mediante el Derecho penal» o al Derecho penal de una sociedad en la que la definición de riesgos se ha convertido en uno de los aspectos centrales del conflicto social”.

²¹ H. J. HIRSCH: “El Derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de la criminalidad”, en *Derecho penal, obras completas*, tomo II, trad. M. C. Alastuey Dobón, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 61 y 62. En términos similares, B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal...*, citado, p. 42, expresa que “...podrían incluirse los sectores no estrictamente *nuevos* ni ligados a los nuevos riesgos tecnológicos, pero en los que sí inciden otros rasgos de la actual sociedad, como la *globalización* y el carácter trasnacional de ciertas formas de delincuencia. En tales sectores, aunque ciertos comportamientos ya estaban incriminados hace algún tiempo, ha aumentado fuertemente la comisión de delitos. Este dato junto a ciertos cambios en las formas de aparición de tal tipo de criminalidad, ha dado ocasión para un adelantamiento y endurecimiento de la punición, lo cual ha ocurrido significativamente en la criminalidad vinculada a las drogas y estupefacientes y en general en la criminalidad organizada”. También, Sobre los delitos que se han visto involucrados en el «Derecho penal del riesgo» afirma J. C. CASTRO: “La sociedad de riesgo ¿una fundamentación complementaria para los delitos de peligro?”, en *RDPPC*, año 3, nº 5/6 - 2003, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2004, p. 332, que: “Si tuviéramos que ajustar la observación diríamos que los fenómenos que han atraído la atención del nuevo derecho penal de riesgo son pocos y se conocen como los derivados de los progresos técnicos y científicos y dentro de ellos las experimentaciones con material nuclear o atómico, la informática, la investigación genética y la biotecnología aplicada; por otro lado la contaminación ambiental, que en cierta forma ha visto endurecida su represión, pasando del área administrativa a la penal y el derecho penal económico (que ha visto el nacimiento de numerosas formas de persecución, por ejemplo lavado de activos, sea por evasión impositiva, tráfico de sustancias o corrupción gubernamental) y por último la trasnacionalización de los delitos y la globalización de las actividades delictivas, por ejemplo en las llamadas criminalidades organizadas (aunque ya previstas, ahora transformadas en el mal de los males)”.

En todo caso, de los tres grupos subrayo el tercero porque, como se tendrá ocasión de tratar, los delitos que se inscriben en esa tendencia hacen parte de lo que se denomina «internacionalización del Derecho penal», rasgo que adquiere una más correcta denominación bajo la expresión de Derecho penal de la globalización. En este grupo de delitos, la política criminal nacional está condicionada por la configuración de unas directrices de naturaleza supranacional, y esto es así tanto en España como en Colombia, y en general en todos los países del mundo occidental.

Un ejemplo de lo que se viene describiendo es el delito de «blanqueo de capitales», que está ligado a las características anteriormente designadas, esto es, a la criminalidad organizada y a la de drogas; es más, su tipificación surge como uno de los medios de lucha contra el narcotráfico. En este ilícito se encuentra, también, una notoria relación entre la importancia que ha adquirido en el contexto actual y la globalización de los mercados²².

²² La relación entre delito y globalización la trata, entre otros, J. ESTEFANÍA: *La nueva economía. La globalización*, Temas de Debate, Madrid, 1996, pp. 51, 52 y 67: "...los nuevos poderes -esos inclasificables mercados movidos nunca se sabe exactamente por quién- elaboran sus propias leyes, mueven sus sedes de producción, desplazan sus capitales a la velocidad de la luz e invierten (o desinvierten) de un extremo a otro del planeta; no conocen fronteras, ni Estados, ni culturas; se burlan de las soberanías nacionales, especulan contra las monedas, provocan recesiones y adoctrinan a los gobernantes [...] Un mercado (global) sin reglas es un mercado negro en el que los nuevos sujetos de poder son, muchas veces, las mafias, adquieran el disfraz que adquieran [...] Ante todo ello surgen muchas preguntas: ¿Cómo gestionar una economía que se globaliza a tan distintos ritmos, con un sistema financiero que padece de una metástasis de *dinero negro*? ¿Cómo combatir al peor de los enemigos invisibles, las multinacionales del narcotráfico? ¿Cómo reinsertar a los marginados?"



3

DOCTRINA CRÍTICA DE LA “MODERNIZACIÓN” DEL DERECHO PENAL

3.1 CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO PARA EL DERECHO PENAL

Las consecuencias que se derivan del contexto social²³ descrito para la política criminal y el Derecho

²³ Profundiza sobre el contexto social descrito por U. Beck, J. ESTEFANÍA: *La nueva...*, citado, p. 26, quien destaca algunos de los efectos económicos y sociales negativos de la globalización, cuando afirma que: “El mercado global va suplantando en algunas esferas al poder tradicional de los Estados, y lo que fue publicado inequívocamente como sinónimo de progreso lo empieza a ser también de temor, inseguridad, peligro para el ciudadano o desigualdad [...] En los últimos años ha habido una extensión de la democracia en el mundo, pero también ha aumentado el paro, la desigualdad y la pobreza [...] la globalización de la economía debe significar algo más que la explotación global de los mercados, ya que en su avance ha estimulado los desequilibrios más sórdidos; en los últimos años dos terceras partes de la humanidad han caído en una mayor postración: mil millones de personas padecen de un hambre crónico que sería paliado con apenas un 2 por 100 de la producción mundial de grano, lo que es imposible hacer sólo con las tendencias naturales del mercado”. Asimismo, acerca de los efectos de la globalización se puede consultar a A. MARTÍNEZ-GONZÁLEZ-TABLAS: “Aspectos más relevantes de la globalización económica”, en *CDJ*, tomo V, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 71 y ss. C. BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ: “Los efectos negativos de la globalización y propuestas alternativas”, en *CDJ*, Tomo V, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 133 y ss.

penal, son destacadas por los autores del sector crítico -aunque como ya hemos dicho con distinto matiz- y se concretan en los siguientes puntos²⁴:

3.1.1. Énfasis en el aspecto preventivo del instrumento penal, lo cual supone un adelantamiento de la intervención, a través de delitos de peligro abstracto y de la configuración de bienes jurídicos universales de vago contenido²⁵.

y A. DE JULIOS-CAMPUZANO: “Globalización y modernidad”, en *AFD*, tomo XIX, Madrid, 2002, pp. 13 y ss.

²⁴ Una importante síntesis de los rasgos del Derecho penal ligado a la globalización es la que realiza L. F. GOMES: “Globalización y Derecho penal”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 343: “Según nuestra concepción siete son los pecados capitales del Derecho penal en la era de la globalización: 1) hipertrofia irracional (caos normativo); 2) instrumentalización (del Derecho penal); 3) inoperatividad, selectividad y simbolismo; 4) excesiva anticipación de la tutela penal (prevencionismo); 5) descodificación; 6) desformalización (flexibilización de las garantías penales, procesales y ejecucionales), y 7) prisionización (explosión carcelaria)”.

²⁵ W. HASSEMER, en W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 28 y 29, quien estima que “La protección de bienes jurídicos en el moderno Derecho penal es, pues, cada vez más una protección institucional. De ello se deriva que los bienes jurídicos a proteger

El uso de los bienes jurídicos supraindividuales y los delitos de peligro abstracto, según HASSEMER, genera el efecto indeseable de la proliferación de delitos sin víctimas o de difícil individualización, desvinculando, en consecuencia, el delito del daño²⁶.

Como ya se ha mencionado *supra*, en la discusión sobre los alcances de la crítica que estamos reseñando, se puede encontrar a algunos autores que sin compartir todos los extremos, de ninguna manera avalan la relativización de las garantías y de las reglas de imputación. Es posible decir que se encuentran en un nivel de escepticismo menor frente a la eficacia del Derecho penal, pero no así frente a la vigencia y respeto de las garantías.

Uno de estos penalistas es TERRADILLOS BASOCO, quien defiende la conveniencia de la intervención penal en ciertos ámbitos como el económico, el medio ambiente, etc., pero sin que ello signifique una relativización de garantías.

En efecto, expone el autor que frente a la criminalidad grave no se puede prescindir de la pena de prisión, lo cual no implica que se esté haciendo una defensa de la expansión del Derecho penal "...que le haga traspasar los límites fijados por su tradicional cometido de tutela, [...], convirtiéndolo en un instrumento puramente funcionalista, al servicio de contingentes programas políticos y elaborados al margen de las garantías propias

sean universales y no individuales [...] Los nuevos bienes jurídicos que legitiman la intervención del moderno Derecho penal, no admiten matizaciones; apenas hay una conducta que puede ser descriminalizada invocando el principio de protección de bienes jurídicos".

²⁶ W. HASSEMER, en W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad...*, citado, pp. 29 y 30. También en W. HASSEMER: *Persona, mundo y responsabilidad*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 24, cuando afirma: "Es fácil entender por qué el legislador utiliza esta vía. Los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del derecho penal, al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad, [...] utilizando los delitos de peligro abstracto en lugar de los delitos de lesión o de peligro concreto disminuyen obviamente también las posibilidades de defensa, los presupuestos y limitaciones del castigo..." Igual cita en W. HASSEMER: "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno", en *ADPCP*, Tomo XLV, Madrid, 1992, p. 242.

del Estado de Derecho; o como instrumento meramente simbólico [...], cegado por la ambición de tutelar todos los bienes jurídicos relevantes..."²⁷.

Teniendo como punto de partida lo que se acaba de exponer, TERRADILLOS BASOCO no sólo se aparta de las críticas reseñadas en este capítulo, en lo que tiene que ver con el catálogo de lo protegible, sino, además, en la asimilación del peligro abstracto al peligro hipotético, la cual juzga inadmisibles y además evitable, en atención al principio de lesividad.

Es así como entiende que las objeciones que se lanzan a los delitos de peligro abstracto son válidas y defendibles si se parte de que éstos están ayunos de peligrosidad, asimilándose en consecuencia, tal como se expuso,

²⁷ J. M. TERRADILLOS BASOCO: "Sistema penal...", citado, p. 769. También, el mismo autor en: "El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras", en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, coord. J. R. Capella Hernández, CGPJ, Madrid, 1999, p. 190. Es importante advertir que una de las razones políticas que inspiran al autor para sostener la necesidad de intervención del Derecho penal en esos ámbitos (el económico, el ecológico y el de los trabajadores) radica en el hecho de entender que la «criminalidad de los poderosos» se ve auspiciada por estrategias de desregulación que en el contexto del mercado global supone la distribución desigual del Derecho penal. En efecto, afirma el autor en: "Sistema penal...", citado, pp. 777 y 778: "La globalización, lejos de constituir una palanca de ampliación de estrategias penales de aplicación igualitaria, consagra la desigualdad, sobre todo como efecto de procesos de desregulación cuya consecuencia fundamental es la impunidad del poderoso en entornos débiles." Dentro de este mismo grupo de autores se puede ubicar a H. J. HIRSCH: "El Derecho penal y procesal penal...", citado, pp. 79 y 80, cuando afirma: "Sin embargo, como he señalado anteriormente en el examen de los puntos problemáticos de los nuevos ámbitos, las tareas que se plantean en ellos pueden llevarse a cabo por completo con los instrumentos tradicionales [...] Tampoco es posible argumentar, por tanto, que los instrumentos de nuestro Derecho Penal actual representan una reliquia del siglo XVII, ya que son el resultado de una evolución producida paso a paso a lo largo de dos siglos. No hay ninguna alternativa jurídico-penal para ella. En consecuencia, puede constatar que en relación con la aptitud del Derecho Penal para luchar contra las nuevas formas de criminalidad no rige otra cosa que su aptitud respecto de la criminalidad tradicional". Igualmente, V. MILITELLO: "Dogmática penal y política criminal desde una perspectiva europea", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coords. L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 61.

el peligro abstracto al presunto. Sin embargo, estos ataques se relativizan cuando se entiende por peligro “la aminoración de las condiciones de seguridad del bien jurídico”, y se exige, tanto en los delitos de peligro concreto como en los delitos de peligro abstracto, no sólo la carga de comprobación de peligrosidad *ex ante* de la acción sino, además, la prueba de que, *ex post*, se ha puesto en riesgo el bien jurídico tutelado. Riesgo que en el caso de los delitos de peligro concreto supone la reducción de la defensa del bien y en los delitos de peligro abstracto la idoneidad y capacidad de la acción para disminuir dichas condiciones de defensa²⁸.

En todo caso, y como ya se ha expuesto, a pesar de las claras diferencias que se encuentran en los planteamientos de TERRADILLOS BASOCO y los autores que critican la modernización, citados *supra*, podemos decir que éste no puede ser situado dentro del sector que avala la modernización, dado que en sus propuestas no se vislumbra el afán por modificar las reglas de imputación y las garantías sino, precisamente, todo lo contrario. En concreto, este autor se ubicaría, entonces, en el sector intermedio de esta discusión.

Dentro de esta misma línea, MUÑOZ CONDE responde afirmativamente a las preguntas sobre si se deben proteger penalmente bienes jurídicos colectivos, autónomamente, es decir, desligados de la vida y de la

²⁸ J. M. TERRADILLOS BASOCO: “Peligro abstracto y garantías penales”, en *NFP*, nº 62, septiembre/diciembre, Temis – Universidad de Antioquia, Bogotá, 1999, p. 79, cuando afirma: “Si la denominación “delitos de peligro” se adecua sólo a conductas que implican menoscabo de las condiciones preexistentes de seguridad de un bien jurídico, deben estimarse definitivamente superadas las pretensiones doctrinales de calificar como tales a supuestos delictivos en los que la idea misma del peligro está ausente...” Más adelante expresa, pp. 93 y 94: “...Si una interpretación acorde con principios de innegable raigambre constitucional impide llegar a la identificación «ilícito administrativo-ilícito penal» -por más que la lectura simplificadora de la letra de la Ley lo permitiera-, tampoco es de recibo la postura doctrinal de seguir lanzando diatribas contra unos delitos de peligro abstracto [...] Antes bien, se impone una interpretación de los preceptos penales capaz de dotar de máxima relevancia a las garantías propias del Derecho penal democrático: en este caso, enfatizando la necesidad de un juicio de desvalor sobre el resultado, e intensificando las consecuencias de la proclamación del principio de lesividad, con sus secuelas sobre los de legalidad y de culpabilidad”.

salud personal, “pero siempre que en la intervención del Derecho penal en esta materia se cumplan determinadas exigencias características del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho...”²⁹. De la misma manera lo hace respecto a los delitos de peligro abstracto frente a los cuales comparte el punto de partida de TERRADILLOS BASOCO, referenciado *supra*³⁰.

Otro autor que se aparta fundamentalmente de las propuestas que critican el Derecho penal «moderno» - defendidas entre otros, por HASSEMER-, en lo que tiene que ver con el catálogo de lo protegible, es MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, quien expone lo siguiente³¹:

“...me limito a insistir en la idea -apuntada ya en otro lugar- 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. Eso sí, en este caso dichos delitos habrán de quedar sometidos, por supuesto, a idénticas reglas de

²⁹ F. MUÑOZ CONDE, en W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad...*, citado, p.65.

³⁰ En efecto, F. MUÑOZ CONDE: *Ibidem*, pp. 78 y 79, afirma que: “En todo caso y sin perjuicio de que el Derecho administrativo sancionador siga ocupando un lugar preeminente en la sanción y prevención de este tipo de conductas, no está de más que en el moderno Derecho penal existan previsiones legales para sancionar también penalmente comportamientos verdaderamente peligrosos, tanto para la vida o la integridad física de las personas, como para el conjunto de condiciones que garantizan a esas personas en general un determinado grado de bienestar físico y psíquico. Lo que en ningún caso puede implicar estos delitos de peligro, tipificados con una u otra técnica, es una pérdida o disminución de las garantías características del Derecho penal del Estado de Derecho, es decir, las garantías tradicionales del Derecho penal clásico, o si se prefiere, del viejo Derecho penal”. Sobre la posición de este autor respecto a la discusión sobre el Derecho penal «moderno» puede verse, además, F. MUÑOZ CONDE: “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, coords. Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 572. También de esta línea es S. HUERTA TOCILDO: “Principios básicos de Derecho penal y art. 325 del Código penal”, en *RP*, nº 8, julio, La Ley, Madrid, 2001, p. 52.

³¹ C. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ: “Algunas reflexiones...”, citado, p. 408.

imputación y a los mismos principios de garantía que informan los restantes delitos incardinados en el Derecho penal nuclear, desestimando toda solución flexibilizadora o relativizadora de tales reglas o principios; es más, para los aludidos delitos económicos cabría propugnar incluso la vigencia de criterios exegéticos más estrictos..."

Asimismo, para dejar clara la opinión de este autor, conviene traer a este lugar la siguiente afirmación que realiza respecto de las similitudes que pueden tener sus posturas con algunos de los autores del sector crítico del Derecho penal «moderno», particularmente de aquellos que integran la llamada escuela de Frankfurt:

"...hay que reconocer que la opción criminalizadora aquí defendida es, asimismo, compatible con la creación de *lege ferenda*, de un «derecho de intervención» al estilo de lo que preconiza la escuela de Frankfurt, con la importante salvedad eso sí, de que el contenido sería bastante diferente. Si, como se indicó más arriba, se parte de la base de que los delitos económicos de mayor gravedad deberían permanecer en la esfera del Derecho penal clásico y deberían ser susceptibles de merecer penas privativas de libertad, el cuerpo normativo que acogiese el Derecho de intervención habría de ser configurado forzosamente en cambio, como un Derecho sancionador claramente «accesorio», que no contemple entre sus sanciones las penas privativas de libertad y que pueda ser objeto de unos principios de imputación diferentes a los que disciplinan la interpretación de los delitos del Derecho penal nuclear"³².

³² C. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ: *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 29. Finalmente, en "Algunas reflexiones...", citado, p. 407, expresa que: "Abstractamente consideradas, las propuestas de crear un «Derecho de intervención (al estilo HASSEMER) o, en su caso, un «modelo dual» de Derecho penal (en la línea sugerida por SILVA) merecen ser tomadas en consideración [...]. Con todo considero preferible la propuesta del modelo dual del sistema penal. En efecto, frente al cuerpo legislativo intermedio del «Derecho de intervención» (que, dicho sea de paso, no ha sido concretado suficientemente por HASSEMER o por algún

3.1.2. De otro lado, un rasgo que destacan la mayoría de los autores que describen el modelo actual de Derecho penal, desde la perspectiva crítica, consiste en el evidente **sacrificio de las garantías en aras de la eficacia**. Esta tendencia se manifiesta en la flexibilización³³ de aquellas necesarias para la imputación de responsabilidad y en el uso de los principios, que tradicionalmente funcionaban como límite al *ius puniendi*, para fundamentar proyectos de criminalización. Así, principios como el de exclusiva protección de bienes jurídicos o el de legalidad, que tradicionalmente funcionaban como límites no disponibles ni para el legislador, ni para los operadores jurídicos, ahora se convierten en las razones para criminalizar en determinados ámbitos.

Esto es particularmente dramático en el caso del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el cual, en la versión tradicional, se formulaba como la prohibición de intervenir penalmente en ausencia de un objeto jurídico de tutela, es decir, la existencia del bien era condición necesaria pero no suficiente para legitimar la intervención. Ahora, reformulado en coherencia con esta lógica, resulta que basta la presencia de un bien jurídico para que ya esté debidamente fundamentado el ejercicio del *ius puniendi*³⁴.

otro integrante de la escuela de Frankfurt), parece que la opción de seguir manteniendo las infracciones no nucleares o accesorias en el seno del Derecho penal presentan indudables ventajas".

³³ R. NAVARRO DOLMESTCH: "«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 *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, dir. P. Faraldo Cabana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 162, afirma que "Un sistema plenamente garantista es *rígido* en el sentido que el ejercicio de la potestad punitiva, tanto por el legislador como por el juez y los demás operadores jurídicos, se encuentra unido indisolublemente a un conjunto de límites nunca disponibles para ellos. Por el contrario, un sistema penal será flexible en la medida en que éste no esté dotado de garantías estructurales tanto materiales como instrumentales o éstas sean disponibles (formal o informalmente) por los órganos estatales".

³⁴ En este sentido, C. PRITZWITZ: "Sociedad del riesgo...", citado, p. 278, sostiene que: "La convicción según la cual no puede negarse la intervención penal allí donde existe un problema particularmente importante o incluso vital resulta un argumento mucho más

Por tanto, se asiste a la “...discordancia entre lo programático de un Derecho penal sometido a límites y el día a día de una creciente criminalización. Y del mismo modo persiste la *nonchalante* actitud ante los [...] presupuestos centrales de legitimación del Derecho penal. Nada de eso es tolerable, tanto menos en una época en que ampliamente se reconocen las escasas capacidades del Derecho penal para la solución de problemas”³⁵.

3.1.3. Una tercera característica del Derecho penal «moderno» es la constatación de su marcado **efecto**

importante en la crítica a mi posición. Su punto de arranque se encuentra en una concepción muy determinada a la hora de entender los perfiles del principio de *ultima ratio* [...]: cuánto más importante es un problema más legítima aparece la utilización del derecho penal. Esta idea no puede rebatirse en sus fundamentos. La constatación de un interés digno de protección y el posterior reconocimiento de que existen ataques especialmente graves resulta una condición necesaria pero no suficiente para la intervención penal. La concepción crítica original del carácter fragmentario del derecho penal tal como fue formulada por *Binding* a tenor de la cual era el azar cotidiano lo que acababa por determinar aquello que el legislador considera punible continúa siendo un programa político inaceptable. El concepto de bien jurídico responde únicamente a la cuestión de si un determinado interés merece protección, pero no a si esta protección debe realizarse penalmente. A la existencia de un bien jurídico debe añadirse la idoneidad de los instrumentos del derecho penal, lo que se deriva de un principio tan unido al Estado de derecho como es el de proporcionalidad en sentido amplio, al que ha de acomodarse todas las actuaciones del Estado y por tanto también el legislador penal”.

³⁵ C. PRITZWITZ: “El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, trad. R. Robles Planas, dir. C. M. Romeo Casabona, Comares, Granada, 2000, p. 428. En la misma dirección HASSEMER, en W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad...*, citado, p. 25, cuando expresa: “Los límites normativos del Derecho penal y del Derecho procesal penal en un Estado de Derecho se debilitan ante el extendido sentimiento de amenaza y la extendida esperanza de que se puede con ayuda del Derecho penal afrontar con eficacia estas nuevas amenazas que suponen la criminalidad organizada, la destrucción del medio ambiente y el narcotráfico”. Asimismo, W. HASSEMER: “Rasgos...”, citado, p. 244, cuando afirma: “Un Derecho penal moderno comporta unos costes. Los suframos acudiendo a la reserva de nuestros principios liberales: Los costes de los delitos de peligro abstracto son evidentes y ya explicados: la disminución de los requisitos de punibilidad son al mismo tiempo una disminución de las posibilidades de defensa y supeditan el juez al legislador...”.

simbólico, sobre todo cuando se acude a este instrumento para colmar el reclamo de seguridad de la sociedad, resultando que sus consecuencias indeseables se exacerban cuando reacciona ante peligros irreales.

En este sentido expone DÍEZ RIPOLLÉS:

“...el proceso que ahora nos interesa destacar [...] es aquel por el que la opinión pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al Derecho, y al Derecho penal en particular, reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en estos debates públicos sobre problemas sociales relevantes. A su vez los poderes públicos, concedores de los significativos efectos socializadores y, sobretodo, sociopolíticos que la admisión de tales demandas conlleva, no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan. Así entramos en el reino del proceder legislativo declarativo-formal, cuya pretensión es la de plasmar en la norma legal del modo más fiel posible el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva, y que está ayuno de cualquier consideración sobre la medida en que la norma en cuestión puede colaborar a la solución del problema”³⁶.

³⁶ J. L. DÍEZ RIPOLLÉS: “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *AP*, nº 1, La Ley, Madrid, 2001, p. 3. Aunque es importante aclarar que el autor considera que la función simbólica en materia penal tiene una dimensión positiva. En este sentido afirma, pp. 20 y 21, que “Partiendo del reconocimiento de que el Derecho penal simbólico constituye un uso patológico de los efectos expresivo-integradores de la sanción penal, resulta, sin embargo, insostenible la extendida descalificación o desconsideración de los componentes expresivos e integradores de la pena en la actual reflexión político criminal. En primer lugar, porque una buena parte de ellos [...] como hemos tenido ocasión de ver, se ajustan estrictamente al objetivo de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos, así como al resto de decisiones políticocriminales que fundamentan la utilización de la pena. En segundo lugar, porque renunciar a todos aquellos que van más allá de la intimidación del delincuente real o potencial supone prescindir de alguno de los

3.1.4. HASSEMER señala, igualmente, como una característica del Derecho penal «moderno», la **orientación a las consecuencias** y considera que son ejemplos de estas tendencias "...las actuales exigencias por hacer del remedio penal un instrumento de pedagogía social con el fin de "sensibilizar" a la gente en ámbitos tales como la protección del medio ambiente o la discriminación de la mujer. No se pretende, sin embargo, con ello que la intervención sea en estos ámbitos "adecuada" o "correcta", sino sólo poner de relieve ante la población que hay que respetar el medio ambiente o prohibir la violencia contra las mujeres"³⁷.

Frente a esta línea de argumentación, orientada en el sentido de otorgar a la pena funciones promocionales de inculcación de valores de conciencia, se afirma que:

"...por un lado, se apoya en la creencia, como mínimo discutible, de que la pena puede desempeñar una función pionera en la formación de conciencia [...]. Por otro lado, ello implica una forma de moralismo. Moralismo jurídico porque confiere al Derecho penal y, en particular a la pena la función de crear censuras morales donde no existen previamente. Inadmisibles porque pretende que esa función sea realizada precisamente a través de sanciones más restrictivas de derechos y libertades que las sociedades poseen, desatendiendo de esa forma los límites que el Estado de Derecho impone a la intervención penal"³⁸.

medios más eficaces, en la actual sociedad de masas, para lograr de una manera legítima el objetivo de mantener el orden social primario. En la actual sociedad comunicacional, con la proliferación de mecanismos de transmisión de los mensajes normativos y su influencia sobre los comportamientos, parece poco realista sostener que el control social penal deba limitarse al uso de aquellos efectos que hemos llamado materiales, sólo reforzados por un efecto expresivo-integrador, el intimidatorio". Ahora bien, refiriéndose a los aspectos negativos del Derecho penal simbólico, igualmente, B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal...*, citado, p. 159.

³⁷ W. HASSEMER en W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad...*, citado, p. 25.

³⁸ A. SILVA DIAS: "«¿Y si todos lo hiciéramos?...», citado, pp. 463 y 464.

Nótese que una vez que el Derecho penal asume la función de promocionar valores en la sociedad, se libera de la necesidad de una valoración empírica sobre su eficacia para el fin de reducción de la comisión de delitos, porque en todo caso su uso estaría justificado en torno a estas funciones pedagógicas o a las de estabilización de la vigencia de la norma, según el caso, las cuales aún subsistirían de no verificarse su eficacia en los términos referidos³⁹.

3.1.5. La internacionalización del Derecho penal es, pues, otro rasgo que sin duda se viene ubicando dentro del «Derecho penal del riesgo». En este sentido SILVA SÁNCHEZ afirma que:

"Los aspectos comentados hasta aquí sufren un espectacular impulso debido a dos fenómenos que se muestran como típicos de las sociedades posindustriales: la globalización económica y la integración supranacional. En efecto las peculiares exigencias de la reacción jurídico-penal a la delincuencia propia de uno

³⁹ Este peligro se ve realizado en las tesis que defienden el fin preventivo general positivo de la pena. En este sentido R. ALCÁCER GUIRAO: "Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política", en *ADPCP*, Tomo LI, Madrid, 1998, p. 370, afirma que, desde un sector de la doctrina que se inscribe en las teorías de prevención general positiva, se verifica una asimilación del fin de la pena con el fin del Derecho penal, esto porque "a diferencia de la prevención general «clásica», de intimidación, cuya función es la mera evitación de acciones, las funciones atribuidas por las diferentes concepciones de la prevención general positiva parecen perseguir ya un bien (y por ello un fin) en sí mismo". De igual forma, NEUMANN/SCHROTH: *Neura Theorien*, citados por el autor, p. 34, plantean que: «La teoría de la prevención general positiva tiende cuanto menos a localizar el cometido de la pena en un distinto y superior nivel al de la teoría de la prevención de intimidación. Y ello porque la estabilización de la norma a través de la sanción de conductas desviadas no es únicamente un medio de evitación de hechos punibles, sino que aparece como funcional para el fin más amplio de la estabilización de la sociedad como tal. Es decir: mientras que la teoría de la intimidación enjuicia la efectividad de la pena exclusivamente desde el punto de vista de la posible limitación de la criminalidad, para la teoría de la prevención general positiva, la pena tiene, más allá de la profilaxis de la criminalidad, una función más amplia, positiva: la estabilización de las normas sirve, no sólo por medio de la limitación de los márgenes de criminalidad, a la integración y con ello a la estabilización de la sociedad».

y otro marco parecen capaces de acentuar sustancialmente las tendencias, que, como se dijo, se hallan patentes en los ordenamientos jurídicos nacionales, hacia una demolición del edificio conceptual de la teoría del delito, así como del constituido por las garantías formales y materiales del Derecho penal -y del Derecho procesal penal-. Mi pronóstico es, en efecto, que el Derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales [...], no se trata aquí en primera instancia de discutir las condiciones de posibilidad de una ciencia supranacional del Derecho penal, cuanto de construir concretas respuestas jurídico-penales supranacionales...⁴⁰.

Al respecto, también DONINI, quien, sin embargo, identifica este rasgo como el único en realidad novedoso, dentro de lo que se ha denominado como Derecho penal «moderno». En efecto, manifiesta que:

“Las principales novedades *estructurales* no simplemente *in the books* pueden ser de tipo institucional o de tipo cultural (aunque los dos fenómenos estén unidos de modo evidente). La primera de todas arremete las bases epistemológicas del Derecho penal, puesto que hace referencia a las fuentes. Se trata del nacimiento de una «*red normativa*» realmente compleja: tanto legislativa como judicial, tanto nacional como comunitaria e internacional, que se coexiste y, en parte, sustituye, a la tradicional «*pirámide*» de escalones del sistema jurídico. Se asiste así a un *entrelazado reticular de fuentes de producción* normativa (que va más allá de las «disposiciones abstractas de la ley y a un *pluralismo horizontal y vertical de esas mismas fuentes* y de sus respectivos universos culturales. Fuentes–derecho, fuentes-hecho

y fuentes-institución se encuentran en la *law in action*: ley y derecho, y, por tanto, también judicatura, Tribunal Constitucional, Derecho comunitario, y por tanto, reglamentos, directivas, decisiones marco, etc., y además tratados y jurisprudencia internacional [...]. El derecho es norma y en esta medida también decisión e institución. Su estructura ya no es simplemente piramidal, porque el *stufendau* tiene jerarquías intermitentes y elásticas que son compuestas⁴¹.

En concreto, la internacionalización del Derecho penal consiste en que las legislaciones aquí descritas, como de características antiliberales, se extienden, sobre todo para algunos delitos, a otras partes del planeta. La razón que explica tal extensión está ligada al fenómeno típico del actual modelo económico capitalista, esto es, **la globalización**. La globalización como contexto social previo a la explicación de tal rasgo. En este sentido, afirma DONINI que:

“...el universo cerrado del Estado nacional, tiende a desmoronarse frente a órdenes nuevos, frente a nuevos proyectos penales que se añaden a los del ámbito nacional. Nuevos órdenes supranacionales junto a los que, a veces, el Derecho penal aparece como un derecho especial: este es un cuadro que se ajusta bien, aunque sea con algunas peculiaridades europeas, al marco general de

⁴⁰ J. M. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión...*, citado, pp. 81 y ss.

⁴¹ M. DONINI: “Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI”, en *La política criminal en Europa*, dirs. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo, coord. V. Gómez Martín, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 43 y 44. Sobre este rasgo, también, J. L. DIEZ RIPOLLÉS: “El Derecho penal simbólico...”, citado, p. 2, quien entiende que: “El fenómeno ha adquirido en los últimos tiempos ciertamente un alcance inquietante, fácilmente perceptible en las últimas reformas penales que están teniendo lugar en Europa, y ha encontrado una buena ocasión para su desarrollo en la profunda renovación de que han sido objeto diversos códigos penales europeos, entre ellos el español, sin que deba olvidarse el uso cada vez más recurrente del Derecho penal por parte de los organismos internacionales y europeos a la hora de resolver los conflictos”. Igualmente, M. P. DE LA CUESTA AGUADO: “Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo”, en *RDPP*, nº 4, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, p. 143.

la globalización. Este movimiento centrífugo se inserta en el marco de una nueva trama de particularismo y universalismo que recuerda en algunos aspectos a la *Edad Media del Derecho*. Resurge la pluralidad de ordenamientos jurídicos vigentes junto a los estatales: los ordenamientos se atraviesan entre sí continuamente. El *statutum* (ley de la ciudad, derecho «especial») es el derecho nacional, la *lex (universale)* del emperador es la supranacional (comunitaria o internacional) y todo ello forma conjuntamente un nuevo *ius propium*⁴².

Una de las consecuencias que se derivan de la internacionalización del Derecho penal, es que ésta impone una homogenización normativa de las medidas penales que se emprenden para erradicar aquellos fenómenos que están en el centro de las preocupaciones supranacionales.

Uno de los obstáculos más relevantes para la aludida unificación legislativa, radica en aquel que surge de la contraposición de sistemas sustantivos y procesales, de los países que reciben tales iniciativas, y que son diversos en cuanto al sistema de garantías. Esto porque el afán de eficacia que inspira el diseño de las medidas internacionales en materia, por ejemplo, de narcotráfico,

criminalidad organizada, terrorismo y lavado de activos, dudosamente alcanzan el grado de compatibilidad en aquellos ordenamientos en los cuales se dispone de un sistema de garantías exigentes⁴³.

⁴² M. DONINI: "Escenarios..." citado, p. 45. También, A. BERNARDI: "El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo", en *RDPP*, nº 8, Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, pp. 14 y 15, cuando afirma: "Es necesario partir del fenómeno de la *globalización de la economía*, que tiende sobretodo a erosionar inexorablemente la soberanía nacional y a mellar nuestra concepción «sistemática del derecho»; pero tiende además por reacción a estimular la extensión de la competencia nacional, en la tentativa de combatir las formas de criminalidad organizada con carácter transnacional unida al citado fenómeno. Tal extensión, dirigida como decía a perseguir en base a la ley del Estado hechos cometidos fuera del territorio nacional, viene realizada [...] de un modo indirecto y soterrado (por ejemplo, previendo la posibilidad de que la autoridad judicial pueda sujetar a las penas previstas para el blanqueo, o para los delitos de carácter societario, comportamientos que presuponen la comisión de hechos considerados penalmente relevantes en base al ordenamiento nacional dentro de la cual actúa la autoridad, pero al mismo tiempo, son considerados lícitos según la ley del lugar en el cual se han cometido)..."

⁴³ Resulta expresiva de esta realidad, la siguiente afirmación de J. M. TERRADILLOS BASOCO: "Sistema penal...", citado, p. 760, quien entiende que: "...son evidentes los excesos con los que se ha querido hacer frente a los –simbólicos– delitos de tráfico de drogas. Por otra parte, cuando se preconiza llegar a la inversión de la carga de la prueba en la persecución del blanqueo de dinero, se está enfatizando en la importancia de este delito, sin el cual posiblemente fuese inviable, por no rentable, la criminalidad económica organizada. Pero se está proponiendo una subversión de los principios procesales, que una vez aceptada, podría entrar en una dinámica expansiva idónea para acabar con nuestro sistema acusatorio y con la presunción de inocencia". Sobre la política criminal que se ensaya frente a la criminalidad organizada, afirma, J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI: "El Derecho penal ante la criminalidad organizada: Nuevos retos y límites", en *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 95, que: "Ante un fenómeno de esta suerte, descrito por lo general de manera alarmante, las legislaciones internas y los instrumentos internacionales tienden a la adopción de estrategias de "emergencia", postulando la derogación de ciertas reglas y principios tradicionales del derecho penal y procesal con objeto de facilitar la intervención y asegurar la prevención y el control. Aún más, se propugna hasta "un cambio de enfoque del sistema penal", que no ha de limitarse a la persecución y castigo de los delincuentes individuales; se espera en efecto, del propio derecho penal que se empeñe plenamente en la desarticulación de las organizaciones criminales y hasta en el control de los productos derivados del delito, impidiendo a los delincuentes todo enriquecimiento procedente de la actividad criminal". También, opina F. HERZOG: "Sociedad del riesgo...", citado, p. 252, que: "... existe el peligro social decisivo de hacer entrar clandestinamente en este juego de capital ilegal a través de las actividades de la criminalidad organizada a partir del poder de definición jurídico-penal. Se ha desarrollado un escenario de amenaza, e instalado un extenso sistema de control flanqueado jurídico-penalmente, sin un conocimiento criminológico y criminalista sólido. En esta cadena caen sobretodo pequeños peces, cuya captura debe reflejar la existencia de unos controles funcionalmente aptos de los mercados de capital". Igualmente, P. FARALDO CABANA: "Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, dir. P. Faraldo Cabana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 299 y 300. También sobre la misma reforma (LO 7/2003, de 30 de junio), M. ACALE SÁNCHEZ: "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas", en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, dir. P. Faraldo Cabana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 380.

Lo anterior no sería un dato relevante si no fuera por el hecho de que estas políticas, que se gestan en la comunidad internacional, y que pueden poner en riesgo el arsenal de garantías dispuesto en los ordenamientos, tienden a imponerse, ya sea porque dejan poco margen al legislador «nacional» para adaptarlas a las exigencias constitucionales, o porque simplemente éste las introduce en los ordenamientos sin oponer mayor resistencia. Como consecuencia de este condicionamiento, la introducción de estas normas puede estar inspirada en afanes distintos a los que suelen justificar la producción legislativa en el contexto del Estado de Derecho.

Como un ejemplo de lo que se viene tratando, está el delito de «blanqueo de capitales». En este sentido, ROMERO BARRANQUERO, refiriéndose a los problemas de legitimación que surgen al momento de aplicar las normas que regulan este ilícito, en los distintos países, sostiene que:

“...estos problemas se dan en todas las legislaciones que contemplen este delito. En realidad, estas cuestiones se pueden atribuir a una raíz común: estamos ante la dificultad de transformar en derecho interno una penalización que ha sido impulsada desde afuera, vale decir en el nivel internacional [...]. Pero además de las normas mencionadas del derecho internacional y comunitario, cabe destacar la presión de Estados Unidos sobre la legislación los [Sic] países europeos como en los de América Latina respecto a que se contemplen los delitos de tráfico de drogas, y el lavado de dinero proveniente de cualquier ilícito”⁴⁴.

⁴⁴ G. ROMERO BARRANQUERO: “Lavado de dinero”, en *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Vol. I, coord. Adán Nieto Martín, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha y Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 596. En el mismo sentido, J. M. TERRADILLOS BASOCO: “Sistema penal...”, citado, p. 756, nos ilustra al respecto, cuando estima que: “La internacionalización de la criminalidad exige una respuesta penal adecuada, que ha de revestir alcance también internacional, y ha de sustentarse en la articulación de instrumentos de cooperación judicial y policial que garanticen la necesaria flexibilidad y eficacia. Como ya se adelantó, se han registrado significativos avances frente a delitos sobre la necesidad de cuya criminalización media acuerdo. Así podría

En efecto, tal como se ha dicho, la incorporación de las políticas legislativas supranacionales a las que se ha aludido, no siempre supone la asunción voluntaria por parte de los Estados, sino por el contrario responde a la poca capacidad de resistir que tienen éstos frente a ellas. Así, por ejemplo, en Europa la primera Directiva que aludió a una regulación expresa del «blanqueo de capitales», estuvo originada en la necesidad de cumplir un compromiso internacional para evitar, asimismo, una sanción financiera. En este sentido, ABEL SOUTO, informa que:

“Con todo, los órganos comunitarios no han obrado a *motu proprio* al diseñar la Directiva sobre el blanqueo ya que su voluntad más que espontánea fue inducida. Efectivamente, en los últimos años de la década de los ochenta los Estados Unidos pretendieron exigir, so pena de retirada de licencia, a las entidades financieras extranjeras que operasen en este país la comunicación a las autoridades estadounidenses de cualquier transacción superior a 10.000 dólares, obligación que ya grababa a las instituciones nacionales. Tamaña lesión de los intereses europeos forzó a la Comunidad a emprender acciones diplomáticas que redundaron en que los EE.UU. abandonasen el mencionado proyecto y como contraprestación se procedió a la Directiva 91/308/CEE. En este sentido la Directiva se

quedar ejemplificado en el Grupo de Acción Financiera Internacional contra el blanqueo de capitales, impulsado por los siete países más industrializados, y cuya labor “altamente positiva” se ha desarrollado presionando a los veinticinco países miembros a la adopción de la normativa adecuada para combatir esa modalidad delictiva”. En la misma dirección S. SEMINARA: “La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea”, en *La política criminal en Europa*, dirs. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo, coord. V. Gómez Martín, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 275 y 276, cuando afirma que “Por lo que respecta al blanqueo, se había notado como los esfuerzos para su represión habían encontrado durante mucho tiempo insoportables dificultades en la resistencia de los concretos Estados, incluso dentro de la Unión Europea. El cambio radical se ha producido como consecuencia del atentado del 11 de septiembre de 2001 y por la lucha de la administración Bush contra los países de la denominada *Black list*...”

muestra secuaz de una moda internacional con abolengo estadounidense que cree haber encontrado en la intervención sobre el blanqueo la panacea contra el crimen organizado⁴⁵.

⁴⁵ M. A. ABEL SOUTO: *El blanqueo...*, citado, p. 218. Pero incluso y trascendiendo el continente Europeo, los mecanismos de evaluación acerca de la incorporación de las recomendaciones del GAFI, dan cuenta de la escasa capacidad que tienen los Estados para resistir la incorporación de las normas relativas al «blanqueo de capitales», en este sentido el GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI*, www.gafisud.org, pp. 10 y ss, establecen en las Recomendaciones 21 y ss, las medidas a adoptar respecto a los países donde no se aplican las Recomendaciones. Sobre esto, ilustran las consideraciones introductorias de la Federación Latinoamericana de Bancos FELEBAN, en <http://www.latinbanking.com>: "Cuando se encuentra que un país no cumple con las **Cuarenta Recomendaciones**, el GAFI aplica una serie de medidas, entre ellas, la de declararlo país no cooperante y así presionarlo para que haga más estricto su sistema contra el lavado de dinero. Como primera medida, el miembro que no cumpla las recomendaciones debe presentar un informe de progreso en la siguiente reunión plenaria del GAFI. Si se requiere medidas subsiguientes, el Presidente del GAFI le envía a ese país una carta o misión de alto nivel. Además el GAFI puede emitir una declaración, requiriendo a las instituciones financieras prestar atención especial a las relaciones y transacciones comerciales con individuos, compañías e instituciones financieras con sede en el país que no cumple. Como medida de última instancia, puede suspenderse la condición de miembro del GAFI. Con el fin de reducir la vulnerabilidad del sistema financiero y asegurarse que todos los Centros Financieros adopten e implementen medidas para la prevención, detección y represión del delito del lavado de activos, el GAFI elabora desde febrero de 2000 una lista negra de **Países y Territorios No Cooperantes (NCCT's)** en las que refleja aquellas jurisdicciones cuya conducta impide la cooperación internacional, ya sea por carecer de normas suficientes con base en las **Cuarenta Recomendaciones**, o falta de aplicación de las existentes. El último informe de la iniciativa fue publicado en junio 25 de 2002". Aquí cobra vigencia la siguiente afirmación de J. M. TERRADILLOS BASOCO: "El Derecho penal de la globalización...", citado, p. 205, cuando sostiene que: "La globalización económica se superpone a la política, tanto en su origen como en su proyección. Lo que se manifiesta en la jerarquización de fuentes, reales, del Derecho. Aquí procede recurrir al concepto acuñado por CAPELLA, de "soberano privado supraestatal difuso", titular de un poder de hecho y nacido no del acuerdo internacional, sino de la conjunción de las grandes compañías transnacionales y de los conglomerados financieros. El G7, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, entre otras instituciones, son así el titular privado de un poder supraestatal que interactúa con los Estados a cuyas instituciones impone sus propias políticas y que produce efectos de naturaleza pública. La

De acuerdo a lo expuesto, la internacionalización del Derecho penal que se viene describiendo, genera un menoscabo del propio Estado de Derecho, en dos sentidos:

El primero consiste en que, al menos indirectamente, el contenido de las normas, que en los distintos países regulan las materias que son de interés internacional (como en el ejemplo propuesto, el «lavado de activos» o el «blanqueo de capitales»), es definido, o mejor configurado, en el espacio propio de la cooperación intergubernamental y por tanto el debate parlamentario, acerca de la inclusión dentro del catálogo de lo protegible por la vía penal, se ve por lo menos condicionado.

En este sentido, VOGEL, refiriéndose a las particularidades que tiene este tema en el contexto de la UE, sostiene que "una armonización del Derecho penal material que es esencialmente negociada entre los representantes de los Estados miembros en reuniones que no son públicas, sin una participación sustancial del Parlamento Europeo y de los Parlamentos de los Estados miembros, se ubica tendencialmente en tensión con el principio jurídico penal de legalidad"⁴⁶.

capacidad de resistencia estatal frente a esa ingerencia, si es que así se considera, está sustancialmente recortada".

⁴⁶ J. VOGEL: "Estado y tendencias de la armonización en Derecho penal material en la Unión Europea", en *RP*, nº 10, julio, *La ley*, Madrid, 2002, p. 128. En el mismo sentido, J. M. TERRADILLOS BASOCO: "El Derecho penal de la globalización...", citado, p. 193, entiende que: "En el ámbito en que se manifiesta con más claridad el tantas veces denunciado "déficit democrático" de la Comunidad, es el propio principio de legalidad. Este principio despliega su eficacia inicialmente sobre el sistema de fuentes y su articulación recíproca. La ordenación jerárquica entre las diferentes instancias e instrumentos creadores de normas de trascendencia penal supone la asunción de decisiones que tienen mucho que ver con el modelo sobre el que se pretende proseguir la construcción europea. Y esa cuestión no escapa al axioma de que "los conflictos por las competencias son conflictos por el poder". De ahí que mientras el modelo no esté acabado, las propuestas de un sistema normativo penal se van a resentir de la carencia de puntos de referencia sólidos". Igualmente M. DONINI: "Escenarios del Derecho penal...", citado, p. 45. También, J. C. FERRÉ OLIVÉ: "Derecho penal y competencias de las comunidades europeas", en *CPC*, nº 48, Edersa, Madrid, 1992, p. 815. Asimismo, M. A. ABEL SOUTO: *El blanqueo...*, citado, pp. 192 y ss.

El segundo punto que incide directamente en el menoscabo del Estado de Derecho, reside en que una vez construidas estas iniciativas de una manera tal que dejan poco espacio para las garantías del ciudadano, al ser incorporadas a sistemas que desde sus niveles normativos superiores responden a las directrices propias del Estado de Derecho, entran en tensión con esos límites y derechos que en esos ordenamientos se reconocen.

Lo anterior, en la medida en que al realizarse la producción normativa de este delito, en el espacio de la cooperación interestatal, se evidencia la preponderancia de la visión de aquellos países con mayor poder político y económico. En consecuencia, las iniciativas que terminan imponiéndose, en algunos casos, se gestan para un determinado contexto jurídico que no siempre es compatible con todos los países que suscriben las medidas diseñadas en el nivel supranacional⁴⁷.

⁴⁷ Un ejemplo de tal circunstancia se encuentra en la siguiente explicación de E.-J. LAMPE: "El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)", en *EPC*, Tomo XX, trad. M. A. Abel Souto y J. M. Pérez Pena, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997, p. 132, refiriéndose al «blanqueo de capitales» en el ordenamiento alemán y en relación con las normas internacionales y comunitarias, cuando afirma: "La redacción del tipo objetivo del § 261 es en parte poco clara y en parte demasiado amplia. El legislador alemán ha cumplido sólo parcialmente con su deber de esclarecer las estructuras típicas del "blanqueo de dinero". El hecho de que se haya basado para ello en premisas jurídico comunitarias e internacionales no cambia para nada las cosas. Tendría que haber trasladado las premisas dentro del marco de los principios constitucionales para él vinculantes. La dimensión y amplitud de la falta de claridad del § 261 me parece suficiente como para afirmar una infracción del imperativo constitucional de la determinación típica". Adicionalmente, p. 118, nota al pie 24, pone de relieve la influencia a la que se vio sometido el ordenamiento alemán a la hora de configurar el injusto del delito de «blanqueo de capitales», cuando afirma que la disposición por la que, en Alemania, se introduce el «blanqueo de capitales» "...se inspire manifiestamente en el § 1956 del 18 U.S.C. introducido en 1986 en EE.UU..." Al respecto, también, M. A. ABEL SOUTO: *El blanqueo...*, citado, p. 79, afirma que "Semejante constatación ya se remonta al informe de la delegación de los Estados Unidos en el que se indica que gran parte de la dicción empleada por el artículo 3.1. b) de la Convención [de Viena de 1988] deriva de las leyes estadounidenses sobre blanqueo de dinero y a tales efectos remite, a modo de ejemplo, no sólo a la sección 1956 del título 18 del *United status Code*, sino también la sección 1957". Esto

Así pues, considero que le asiste razón a DE JULIOS-CAMPUZANO, cuando refiriéndose a la incidencia de la globalización en el constitucionalismo contemporáneo y en las constituciones mismas de los distintos Estados, afirma que:

"Y es que la irrupción de los procesos de producción a escala global y la gradual interdependencia de los mercados financieros y de mercancías determina, sin duda, una nueva fase en el constitucionalismo contemporáneo, que se ve absorbido por la fuerza centrípeta de los grandes intereses económicos transnacionales, cuya capacidad de influir en el desarrollo de las políticas estatales es prácticamente ilimitada. Esto, obviamente, afecta a la fuerza normativa de la constitución cuyas cláusulas sociales quedan al albur de las fuerzas imprevisibles del mercado. Este dominio que el sistema capitalista ejerce sobre el espacio político restringe el ámbito público y limita drásticamente el discurso democrático, cercenando con ello, la capacidad de la ciudadanía para vertebrar acciones estratégicas y programas políticos específicos. De esta manera, [...] la capacidad decisoria del Estado queda profundamente erosionada al producirse una merma de su capacidad para controlar su propio futuro democrático"⁴⁸.

es relevante porque todas las legislaciones del mundo occidental se han visto influenciadas a la hora de crear el tipo penal o tipos penales del «blanqueo de capitales» por la Convención de Viena de 1988. Igualmente, L. R. RUIZ RODRÍGUEZ: *Cuestiones generales sobre el blanqueo de capitales*, inédito, p. 2, refiriéndose en general a las iniciativas de la comunidad internacional, afirma: "A impulso de la regulación de los Estados Unidos en esta materia, se han venido implantando dos métodos para la prevención del blanqueo de capitales. La autorregulación y la intervención administrativa, ocupando la primera un espacio definitivamente menor".

⁴⁸ A. DE JULIOS-CAMPUZANO: "Globalización...", citado, p. 30. Adicionalmente, este autor, refiriéndose a las afecciones que ha generado la globalización en la ciudadanía, afirma, p. 19, que: "Frente a la concepción homogénea e igualitaria de la ciudadanía como un estatus único de los miembros de la comunidad, situados en pie de igualdad, la sociedad actual ha generado tendencias a la diferenciación, que traducen la necesidad de ajustar la atribución de facultades y derechos en función de las posiciones diferenciadas de los miembros de la comunidad política. Esto se traduce en una crisis

3.1.6. Finalmente, se presenta como una versión del «Derecho penal del riesgo», lo que se denomina, actualmente, «Derecho penal del enemigo». En este sentido, BRANDARIZ GARCÍA entiende que “...para la gestión de la sensación social de inseguridad, así como para el ajuste de la cohesión social, resulta funcional la construcción de “enemigos internos”, cuya identidad como sujetos sociales se ubique en el territorio confuso de la ilegalidad y la criminalidad, y los configure como una categoría de riesgo, de modo que aparezcan como destinatarios privilegiados de las instancias de control social formal”⁴⁹.

y se desdibujan. En el marco interno de los Estados, las leyes de inmigración se endurecen [incluso las que regulan la materia penal] y asistimos a un fenómeno de fortificación de la ciudadanía que se erige en estamento diferenciado frente a sectores crecientes de población inmigrante”.

⁴⁹J. A. BRANDARIZ GARCÍA: “Itinerarios de evolución...”, citado, pp. 44 y 45. Más adelante, p. 54, manifiesta que: “A pesar del escaso lapso temporal transcurrido, probablemente puede afirmarse que, en la que se ha denominado era de la *Guerra Global Permanente*, inaugurada de forma harto simbólica con los acontecimientos de 2001, las tendencias apuntadas se intensifican, pero adquieren un valor y un sentido parcialmente distintos, mediante su decidida integración con lo que se ha denominado la «cultura de la emergencia»”. En la misma dirección, J. L. Díez RIPOLLÉS: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *RECPC*, <http://criminet.urg.es>, p. 21, cuando expresa que: “La elaboración conceptual desarrollada por Jakobs constituye un nuevo y significativo progreso en la consolidación de actitudes sociales de incompreensión hacia la delincuencia, de extrañamiento social del delincuente, el cual, ahora, en determinadas circunstancias, se ve privado de su carácter de ciudadano aún de persona, para convertirse en enemigo de la sociedad. De esta manera, no sólo han quedado definitivamente arrinconados los enfoques estructurales sobre la criminalidad, sino que incluso aproximaciones securitarias como la distribución del riesgo entre sociedad y ciudadano sufren mermas legitimadoras, dado que resulta cada vez más difícil de justificar que la sociedad deba compartir algo, deba acordar cualquier reparto de riesgos, con quien es su enemigo. La meta es asegurar la exclusión de la sociedad de ciertos delincuentes”. También M. CANCIO MELIÀ en G. JAKOBS y M. CANCIO MELIÀ: *Derecho penal...*, citado, pp. 62 y ss. Igualmente, A. APONTE C.: *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal del ciudadano?*, Temis, Bogotá, 2005, pp. 1 y ss. Igualmente, PRITTWITZ, C.: “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?”, en *La política criminal en Europa*, dirs. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo, coord. V. Gómez Martín, Atelier, Barcelona, 2004.

3.2 ALTERNATIVAS

Luego de presentar a grandes rasgos las líneas de discusión suscitadas por el sector doctrinal crítico del Derecho penal «moderno», conviene hacer brevemente una reseña de algunas de las propuestas que, desde el mismo, se realizan como posibles soluciones al estado de cosas ya descrito. Por lo que aquí respecta se aludirá a la alternativa que propone SILVA SÁNCHEZ y que consiste en la configuración de un Derecho penal de dos o «tres velocidades», y la de HASSEMER cuya denominación apela a un Derecho de intervención.

3.2.1. SILVA SÁNCHEZ sugiere un Derecho penal de dos velocidades: el primer nivel estaría constituido por los delitos a los que les correspondería la pena privativa de libertad y en esa medida estaría supeditado a las garantías y reglas de imputación propias de la tradición liberal⁵⁰; en el segundo nivel estarían, por ejemplo, los delitos que atentan contra los bienes jurídicos supraindividuales, frente a los cuales se respondería con penas no privativas de libertad, que, por tanto, admitirían una flexibilización de las garantías y las reglas de imputación⁵¹. Esta flexibilización no se admitiría en el primer nivel.

⁵⁰ En efecto, afirma J. M. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión...*, citado, p. 152, que: “...puede afirmarse que ciertamente existe [...] un espacio de expansión razonable del Derecho penal. El espacio de la *expansión razonable* del Derecho penal de la pena de prisión viene dado por la existencia de conductas que, por sí solas, lesionan o ponen en peligro real un bien individual, eventualmente, cabe admitir lo mismo a propósito de bienes supraindividuales, siempre que sea la conducta del concreto sujeto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real. En este ámbito, además, la razonabilidad de la expansión requerirá la plena salvaguarda de todos los criterios clásicos de imputación y principios de garantía...”.

⁵¹ Asimismo, estima J. M. SILVA SÁNCHEZ: *Ibidem*, p. 162, que: “... puede admitirse *resignadamente* la expansión –ya producida– del Derecho penal a ilícitos de acumulación o peligro presunto, esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales (e incluso supraindividuales, si es que estos se conciben con un mínimo rigor). Pero la admisión de la *razonabilidad* de esta segunda expansión, que viene acompañada de los rasgos de flexibilización reiteradamente aludidos, exigirá ineludiblemente que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión...”.

Posteriormente, SILVA SÁNCHEZ trata de una manera ambigua la tercera velocidad. Ambigua porque no es claro si lo hace en un nivel descriptivo o prescriptivo. Esta tercera velocidad estaría constituida por el Derecho penal del enemigo, en el cual a pesar de estar ante eventos de pena privativa de libertad, se admite la flexibilización de las garantías y las reglas de imputación.

En este sentido, expresa refiriéndose a la tercera velocidad, que sin negar que ésta "...describe un ámbito que debería ser deseablemente reducido a la mínima expresión, aquí se acogerá con reservas la opinión de que la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, inevitable"⁵².

Un sistema penal de estas características es el que actualmente se diseña para responder, por ejemplo, a los delitos de terrorismo⁵³.

Esta tercera velocidad dota de legitimidad a este uso del instrumento penal, según el autor, fundamentándose en razones de "...absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, en un marco de la emergencia"⁵⁴.

MENDOZA BUERGO, frente a la propuesta de un Derecho penal de dos velocidades, expresa que aunque alentada por el afán de preservar las garantías y las reglas de imputación propias del Estado de Derecho y de no dejar

⁵² *Ibidem*, pp. 163 y 164. Este espacio en palabras del autor estaría reservado para, p.163, "...la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado".

⁵³ P. FARALDO CABANA: "Un Derecho penal de enemigos...", citado, p. 317, afirma: "Las reformas sustantivas en la ejecución de la pena privativa de libertad operada por la LO 7/2003, de 30 de junio, que afectan a la duración máxima de la pena de prisión y a las condiciones para obtener permisos de salida y para acceder al tercer grado y a la libertad condicional, se incardinan, a mi juicio, en la tendencia a la consolidación y fortalecimiento de un Derecho penal de enemigos para el terrorismo y la delincuencia organizada..."

⁵⁴ J. M. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión...*, citado, p. 166.

sin respuesta los conflictos que surgen en la actual configuración de las sociedades europeas, conlleva el peligroso defecto de que la desformalización y flexibilización propia del Derecho penal con la que se responde a los nuevos ámbitos, se extienda a todo el sistema⁵⁵.

En correspondencia con lo que antes ha dicho, la autora indica:

"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 sólo, *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 la 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"⁵⁶.

Los peligros que, al parecer de MENDOZA BUERGO, subyacen a la aceptación de dos niveles de diferenciación del respeto de las garantías político-criminales y las reglas de imputación en materia penal, se han concretado en la tercera velocidad. Es decir, la desformalización y flexibilización se ha extendido aún cuando se esté ante penas privativas de libertad. Esto se hace más evidente si se tiene en cuenta que las normas que se crean por razones de emergencia y excepcionalidad⁵⁷,

⁵⁵ B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal...*, citado, p. 184.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 185.

⁵⁷ Al respecto, resultan apropiadas las consideraciones de L. FERRAJOLI: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 807 y 808: "La alteración de las fuentes de legitimación ha consistido precisamente en la asunción de la *excepción* o de la *emergencia* (antiterrorista, antimafia o anticamorra) como justificación política de la ruptura o si se prefiere, del cambio de las reglas del juego que en el estado de derecho disciplinan la función penal. Esta concepción de la emergencia no es otra que la idea de la primacía de la *razón de*

terminan teniendo una vocación de permanencia, por la costumbre reiterada del legislador a convertirlas en legislación permanente.

Como consecuencia, en la propuesta del Derecho penal de dos o tres velocidades, el afán de reaccionar con eficacia a los conflictos de mayor envergadura prevalece sobre el fin de construir una respuesta a la violencia del delito con unos niveles de racionalidad suficiente para que se impongan, también, límites a la violencia que intrínsecamente contiene la pena⁵⁸.

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, se puede afirmar que la propuesta de SILVA SÁNCHEZ en modo alguno es superadora de los defectos del Derecho penal de riesgo que lúcidamente describe y enjuicia.

3.2.2. De otro lado, pasando ahora a la propuesta de HASSEMER, se observa que ésta se concreta en los siguientes puntos:

En primer lugar, la reducción del Derecho penal a lo que se denomina núcleo básico, destacándose por una visión personalista de los bienes jurídicos, desde la cual no se niega la necesidad de protección de bienes jurídicos supraindividuales, pero limitándolos, en primer lugar, a una escrupulosa concreción de lo protegido, y en segundo lugar, funcionalizándolos para el fin de tutela de los bienes de naturaleza individual.

En segundo lugar, creación de un «Derecho de intervención». Para fundamentar esta alternativa, HASSEMER expone que "...hay que buscar una forma

estado sobre la *razón jurídica* como criterio informador del derecho y del proceso penal, aunque sea en situaciones excepcionales como la creada por el terrorismo político o por otras formas de delincuencia organizada. Y equivale a un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no ya jurídico sino inmediatamente político, no ya subordinado a la ley como sistema de vínculos y de garantías sino supraordenado a ella [...]: la salvación o incluso el bien del estado es la *Grundnorm* del «derecho de emergencia», la ley suprema a la que han de plegarse todas las demás, incluidos los principios generales, de los cuales legitima el cambio".

⁵⁸ Estas dos finalidades, reducir tanto la violencia del delito como la violencia de la pena, son las que se construyen en el Derecho penal garantista. En este punto, véase, por todos, a L. FERRAJOLI: *Derecho y razón*, citado.

de responder a los problemas modernos con una modernización del Derecho: no ya recargando el tradicional Derecho penal con adiciones modernizadoras, sino desarrollando respuestas jurídicas adaptadas a los retos de la modernización social. Estas respuestas deben ser todavía diseñadas"⁵⁹.

Este «Derecho de intervención» se ubicaría entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, 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 [...]. Esta clase de derecho «moderno» no sólo 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"⁶⁰.

El así denominado «Derecho de intervención», está aún pendiente de elaboración conceptual, es decir, hace falta la presentación de una propuesta concreta de lo que sería un Derecho de esta naturaleza y más importante aún, las razones que aconsejan construir un nuevo sistema de intervención que aglutine esas otras ramas (Derecho administrativo sancionador, Derecho civil, etc.), las cuales ya están disponibles para que el legislador, en apoyo del principio de mínima intervención, les delegue la regulación de los conflictos que estén en capacidad de resolver.

Esta ausencia de un programa claro sobre el cual debatir en términos racionales, hace que a pesar de que se comparta tanto política como teóricamente el diagnóstico que sobre el Derecho penal actual plantea el autor, no se pueda asumir sin más la sugerencia que realiza⁶¹.

Ahora bien, HIRSCH, realiza objeciones adicionales que es importante referenciar aquí. En efecto, afirma:

⁵⁹ HASSEMER en W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad...*, citado, p. 45.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 46.

⁶¹ Ya C. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, advertía sobre la inconcreción de la propuesta de HASSEMER. *Vid. Supra*, nota al pie 32.

“...cómo un “Derecho de la intervención” estatal, ha de desempeñar realmente un papel autónomo entre el Derecho Penal y el Derecho de las contravenciones en el asunto que ocupa aquí el lugar más destacado, a saber, la protección de los bienes jurídicos colectivos. Si supuestamente esos casos no encuentran acomodo en el Derecho penal, entonces el Derecho de las contravenciones sería la alternativa punitiva indicada. Además surge la pregunta de cuál es el verdadero motivo de que en el “Derecho de la intervención” deban establecerse garantías menos pretenciosas. 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”⁶².

En todo caso, más que la creación de un nuevo sector de regulación, sería conveniente que se tomara en serio la necesidad de incidir, a través de la investigación jurídica, en las técnicas que utiliza el legislador para crear los tipos penales y aún más, en un desarrollo de los límites a los que debe estar sometido en su tarea de creación, para hacerlos más operativos. Esto supondría por ejemplo, la evolución de principios como el de mínima intervención,

⁶² H. J. HIRSCH: “El Derecho penal y procesal penal...”, citado, p. 78. En términos similares, S. SEMINARA: “La evolución del Derecho penal...”, citado, p. 286: “Bajo el perfil actualmente examinado, no parece que la indicación de una *tercera vía* alternativa tanto al ilícito penal como al ilícito administrativo, haya ofrecido hasta ahora convincentes soluciones, ya que –con independencia de la etiqueta adoptada- permanece siempre abierto el problema, por un lado, de la tipología de las sanciones aplicables y, por el otro, de las garantías propias del Estado de Derecho: mientras la huida a la sanción penal privativa de libertad acaba con el hecho de representar el odioso privilegio concedido a sujetos pertenecientes a las clases sociales más elevadas, a pesar de la afectación a intereses particularmente cualificados, el descenso del umbral garantístico (o bien la dilatación de los criterios de imputación) evoca esquemas sancionatorios propios del ilícito administrativo”. También V. MILITELLO: “Dogmática penal...”, citado, p. 61.

en una línea que le permita ser más concreto, desde el punto de vista empírico, y, por tanto, más fecundo en su función como límite⁶³.

En este sentido, se considera bastante interesante la propuesta de Díez Ripollés, quien al respecto de la necesidad de profundizar en la investigación jurídica sobre el problema de la creación del Derecho, asevera: “El objetivo inmediato residiría en poner a punto un modelo de legislación que entendiendo a ésta como un proceso de decisión, la aproxime lo más posible a la teoría de la decisión racional...”⁶⁴.

⁶³ Esta opinión está en plena correspondencia con la de B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal...*, citado, pp. 182 y ss, quien entiende que “Partiendo de la legitimidad de aspirar a una mayor seguridad, parece que el punto central a debatir en esta polémica es la fijación de las *condiciones de protección legítima de la seguridad a través del Derecho penal*. Las soluciones adecuadas sólo pueden venir por la vía de *reconocer y respetar realmente el carácter subsidiario y de última ratio* del Derecho penal en la solución de los conflictos sociales, lo que entraña el *recurso a otras ramas jurídicas* para la defensa frente a los peligros, *pues éste es en primera instancia el medio legítimo para procurar seguridad*.” Más adelante afirma, p. 83: “...frente a los aspectos más preocupantes de la evolución actual ya señalados, considero preferible la solución que implica fomentar en primera opción el *recurso racional* a otras vías de regulación que no sea la penal y la utilización de esta última sólo con el carácter excepcional que se le debe asignar. Esto no supone, sin embargo, necesariamente la defensa de la solución propugnada por HASSEMER, en el sentido de crear un «*Derecho de Intervención*», sin las estrictas exigencias de atribución de responsabilidad propias del Derecho penal, aunque también sin las penas propias del mismo. Este derecho de intervención [...] no parece imprescindible como rama autónoma y con entidad propia, sino que en principio, podría dar lugar al necesario Derecho administrativo sancionador racional y eficaz que todos deseamos, más las correspondientes medidas y sanciones de Derecho privado-civiles y mercantiles”.

⁶⁴ J. L. Díez Ripollés: “Un modelo dinámico de legislación penal”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, eds. J. L. Díez Ripollés, C. M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín y J. F. Higuera Guimerá, Tecnos, Madrid, 2002, p. 292. Las razones que ofrece el autor para destacar la necesidad de prestar atención hacia la legislación son: “...la ley penal ha acumulado recientemente unas funciones sociales significativamente distintas a las que le eran tradicionales, entre las que se pueden citar la asunción por el Código penal, a falta de mejores alternativas, del papel del código moral de la sociedad,

su protagonismo en la progresiva juridificación de cualesquiera conflictos o dilemas valorativos sociales, o su utilización con fines meramente simbólicos. En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, por la intensa implicación de la ciudadanía, directamente o mediante los medios de comunicación, en los debates sobre la configuración de la mayor parte de las leyes penales: Sin ignorar la positiva consecuencia de reforzamiento de la sociedad democrática que ese fenómeno posee, trasluce igualmente una progresiva desconfianza de la opinión pública y la sociedad en general en los cuerpos expertos de la justicia [...]. En tercer lugar, por qué no decirlo, más de cien años de rigurosa profundización en los parámetros que deben regir la exigencia de responsabilidad penal ante los tribunales ha permitido alcanzar el nivel de escolasticismo, esto es, aquel en el que los nuevos a veces refinados progresos conceptuales no rinden una mínima utilidad en la aplicación judicial; en desconcertante contraposición, el campo de creación de las leyes penales que luego se han de interpretar se ha permitido que quedara en manos de la improvisación y el oportunismo social y político". También, del mismo autor: "El derecho penal simbólico...", citado, p. 3, donde expresa que "los medios para neutralizar esta preocupante evolución de la política legislativa penal deben transitar por diferentes vías. Una de ellas es sin duda, el desplazamiento del énfasis de la reflexión jurídicopenal desde el campo de la aplicación del Derecho al de su creación. Resulta urgente profundizar en la elaboración de una teoría y una técnica de la legislación penales que sienten con claridad los presupuestos materiales, y no sólo formales, de cualquier decisión legislativa penal; y que están lejos de satisfacer con la identificación del bien jurídico a proteger en cada caso o con reflexiones ingenuas sobre el principio de intervención mínima vigente en Derecho penal...".



4 DOCTRINA QUE AVALA LA “MODERNIZACIÓN” DEL DERECHO PENAL

Las tendencias de la política criminal que auspician la expansión del Derecho penal, son expuestas por HASSEMER así:

“...apoyadas y favorecidas por las teorías *actualmente dominantes en derecho penal*. Estas teorías “funcionales” o funcionalistas permiten o favorecen la adaptación de los instrumentos jurídico-penales a las necesidades de la moderna política criminal. El derecho penal entendido por VON LISZT, como “barrera infranqueable de la política criminal”, se está convirtiendo en una utopía; lo que actualmente interesa y sirve a un sistema político funcional son conceptos como orientación a las consecuencias, ponderación de intereses en juego, previsión de peligros y programas flexibles”⁶⁵.

⁶⁵ W. HASSEMER: *Persona...*, citado, p. 10. En el mismo sentido, A. SILVA DIAS: “¿Y si todos lo hiciéramos?...”, citado, p. 451, refiriéndose al modelo de derecho penal que “identifica el hecho punible como una grave perturbación de expectativas normativas que garanticen el subsistema jurídico-penal en el sistema social y, por tanto, como un «quid» valorativamente aséptico, sostiene que: “...en obediencia a necesidades de integración sistémica, promueve una flexibilización de aquellas estructuras y de estos principios, propugnando formas de responsabilidad objetiva, cuasiobjetiva (centrada en una previsibilidad

Se ha dicho que frente a esta manera de enjuiciar críticamente el Derecho penal «moderno», se encuentra un sector de la doctrina que se opone al énfasis negativo con el que se realiza el juicio, sobre todo en lo que tiene que ver con los delitos de peligro abstracto, que se ven como un instrumento necesario para enfrentar la complejidad en las relaciones sociales y como un medio idóneo para garantizar, entre otras cosas, los derechos de las generaciones futuras⁶⁶.

Ahora bien, tal como ya se ha expuesto, las críticas que presentan los doctrinantes que avalan la modernización del Derecho penal no son predicables respecto de todas las posturas críticas, tal como se expuso *supra*. Sin

potencial) y vicarial, en la cual se incluye precisamente la imputación basada en la acumulación de acciones similares de terceros”.

⁶⁶ Es importante advertir, acudiendo a B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal...*, citado, pp. 114 y 115, que “...todos, incluso los defensores de la tendencia expansiva, rechazan, al menos teóricamente, la tesis de la intervención penal a cualquier coste. Pero hay que destacar que, aunque se producen conclusiones en buena parte similares, que se orientan en la misma línea de moderación en cuanto a la utilización del instrumento penal, algunas posiciones son claramente críticas con la evolución actual, mientras que otros no ven grandes incompatibilidades entre las «necesarias adaptaciones» y los principios básicos del Derecho penal”.

embargo, se ha optado por la generalización, atendiendo, como se dijo, a las necesidades de este escrito.

4.1. ARGUMENTOS EXPUESTOS PARA AVALAR LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

En concreto, las críticas más reiterativas que se realizan a las tesis que no defienden la modernización del Derecho penal, por parte del sector de la doctrina que la avala (y que ve como algo inevitable -y en algún caso deseable- la desformalización y flexibilización de los principios y reglas de imputación que se viene dando en algunos sectores de regulación), son:

4.1.1. La necesidad, a través del Derecho penal, de la **protección de generaciones futuras** (esta discusión se introduce sobre todo a través del Derecho penal del medio ambiente).

En esta dirección, SCHÜNEMANN, quien con referencia al concepto personal del bien jurídico propuesto por HASSEMER, afirma:

“...ha pasado por alto dos aspectos esenciales. En primer lugar, parece evidente que no puede limitarse la participación en el contrato social, y con ello, los derechos y las obligaciones que de él derivan, a los individuos que viven en un determinado momento [...] La idea en su conjunto sólo puede llevarse a la práctica de modo coherente si se concibe como parte del contrato a toda la humanidad, esto es, incluyendo también a las generaciones futuras [...] Y como, además, no hay razón alguna para que sea de mejor condición una generación frente a las demás, cabe deducir como segunda norma básica que existe un derecho de todas las generaciones a una parte relativamente igual de los recursos naturales [...] Y en este lugar aparece la segunda falla del concepto personal de bien jurídico, que no tiene en cuenta las dimensiones de las distintas potencialidades de lesión de una determinada sociedad en función de su estadio de desarrollo tecnológico...”⁶⁷.

⁶⁷ B. SCHÜNEMANN: “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, en *ADPCP*, tomo XLIX, Madrid,

La defensa del Derecho penal (recurriendo al medio ambiente) como medio para proteger los derechos de las futuras generaciones, permite acudir a los daños cumulativos como presupuesto de intervención; éstos se “convierten en el paradigma lesivo del Derecho penal del medio ambiente”⁶⁸. Los delitos que se construyen a partir de este punto de partida no soportan el juicio del principio de personalidad (responsabilidad exclusivamente por hechos propios), el principio de proporcionalidad, mínima intervención, etc.

Lo anterior en la medida en que, tal como expone SILVA DIAS “...los tipos cumulativos no requieren comprobación alguna de la causalidad (e imputación objetiva) entre la contribución individual y el daño global. Si se exigiese dicha comprobación y, con ello, se otorgase relevancia a la llamada interrupción del curso causal, sólo sería objetivamente imputable la conducta que sobrepase el límite a partir de la cual la destrucción del bien jurídico colectivo apareciera como inevitable”⁶⁹.

Tal como expone el autor referenciado, los partidarios de la incriminación mediante la acumulación someten a dos requisitos su represión: a) “El legislador tiene que

1996, pp. 192 y 193. Una crítica más general pero esclarecedora de la postura del autor, se observa en la presentación que hace del libro de L. GRACIA MARTÍN: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 14 y 15, cuando afirma que: “Frente a estas posiciones de la «Escuela de Frankfurt» se objeta por sus críticos, entre ellos por mi mismo, que la indiscutible modernización de la sociedad también abarcaría naturalmente la conducta desviada y habría llevado a una modernización de la criminalidad que haría irrecusable la correspondiente modernización del Derecho. El Derecho penal tendría que reaccionar en una medida equivalente a la dañosidad social frente a formas específicas de ésta que se habrían formado en la sociedad industrial desarrollada, y esto requeriría de un cambio de perspectiva hacia las clases media y alta, de una cuidadosa explicación de los bienes jurídicos colectivos puros para diferenciarlos de los meros bienes jurídicos aparentes, y de una puesta de relieve de aquellos sectores de distribución colectivos a los que tiene que conectarse el Derecho penal para garantizar la necesaria protección de bienes jurídicos...”.

⁶⁸ R. ALCÁCER GUIRAO: “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en *ADPCP*, Tomo LIV, 2001, Madrid, 2003, p. 156.

⁶⁹ A. SILVA DIAS: “«¿Y si todos lo hiciéramos?»...”, citado, p. 437.

someter el efecto cumulativo a un pronóstico realista, esto es, tiene que poder afirmar, a partir de los datos de las ciencias empíricas y sirviéndose por tanto de una discrecionalidad vinculada a los conocimientos científicos disponibles, que es razonable esperar (que es probable) que sin una prohibición reforzada por la pena, ciertas actuaciones serán realmente practicadas de modo tan asiduo que de ellas se derivará una lesión grave y global del bien jurídico...⁷⁰, b) "...las contribuciones individuales no se sustraen del carácter limitador del principio de insignificancia, careciendo por tanto de relevancia penal todas aquellas conductas que pudieran ser calificadas de mera bagatela".

Este último condicionamiento parece que no logra satisfacer las exigencias que se derivan del principio de lesividad, dado que a través de los tipos cumulativos se le asigna pena a una conducta que en sí misma es inocua para generar el menoscabo del bien jurídico.

Ahora bien, los argumentos que avalarían tal forma de intervención se suelen exponer desde dos perspectivas: la sociológica y aquella que se construye desde la filosofía moral.

Del primer fundamento, es decir, el **sociológico**, se afirma que apela a la manifestación de los nuevos peligros desencadenados por la dinámica de la sociedad del riesgo. Éste da prioridad a los criterios del daño global o de las grandes cifras, esto es, a los probables efectos nocivos que para el orden social resultarían de la acumulación de contribuciones singulares realizadas independientemente unas de otras⁷¹.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 438.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 439 y 440. En la misma dirección, R. ALCÁZAR GUIRAO: "La protección del futuro...", citado, p. 150, cuando afirma: "La sociedad del riesgo ha generado un fundamental cambio de la representación social sobre el progreso tecnológico: mientras que en sus comienzos la tecnología iba dirigida a disminuir, evitar o reparar riesgos emanados de la naturaleza, en la actualidad se ha convertido en la mayor fuente de peligro, riesgos que adquieren una potencialidad de destrucción masiva, tanto espacial como temporalmente, capaz de afectar a poblaciones enteras, presentes o futuras. El obrar humano adquiere con ello un alcance causal sin precedentes, orientado a un futuro todavía incierto, pero de tintes catastróficos. Ello lleva a otro aspecto central de la sociedad del riesgo: la *tendencia expansiva* de

Según SILVA DIAS, argumentando a partir de la contaminación de la atmósfera y de las aguas, FEINBERG sintetiza los presupuestos de la visión sociológica. En este sentido, el autor afirma que:

"...primero el legislador constata qué contribuciones sucesivas de multitud de individuos, una vez sumados se aproximan, alcanzan o sobrepasan ampliamente un determinado umbral de lesividad global. Segundo, estas contribuciones son desiguales en cantidad y en valor social. Tercero, cada contribución es inocua en sí misma, pero desplaza el bien colectivo a una situación más próxima a ese umbral de lesividad. Cuarto, cuando la acumulación de contribuciones singulares sobrepasa el umbral de lesividad establecido, se causa un daño público en el sentido de que se menoscaban gravemente bienes jurídicos vitales comunes. Por último, muchas de las actividades que subyacen a las contribuciones individuales son beneficiosas socialmente hasta el punto de que su prohibición global produciría un daño público mayor del que las mismas producen"⁷².

la atribución de la responsabilidad. En la sociedad del riesgo el reino del azar o el infortunio cede espacios a la culpabilidad..." Sobre esto, también, C. PRITTWITZ: "Sociedad del riesgo...", citado, p. 281, afirma: "En este marco, en efecto, *Kuhlen* defiende que resulta legítimo y efectivo un derecho penal dotado sólo de instrumentos clásicos como los delitos de peligro abstracto sino de otros nuevos, como los delitos de acumulación, que ha de utilizar cuando resulte adecuado".

⁷² *Ibidem*, p. 440, citando a FEINBERG: *Harm to others (the moral limits of the criminal law, vol. I)*, Oxford Univ. Press, New York-Oxford, 1984. Más adelante afirma, p. 442, que: "En este escenario la idea de la acumulación va a posibilitar que se imputen a la esfera individual acciones carentes en sí mismas de nocividad social, no siendo su lesividad, por tanto, públicamente perceptible, ni por ello reconocible al autor, sobre la base de que, según un juicio realizado por un observador dotado de mayor información empírica, la probabilidad de futura realización ulterior por un gran número puede conllevar un considerable poder de destrucción. Esa probable lesividad global, cuya conformación causal escapa a las relaciones de la vida cotidiana, constituye la razón, o mejor una de las razones capitales para que una conducta, relativamente inofensiva para el bien jurídico, se torne objeto de censura social y en particular de censura jurídico-penal".

El fundamento del reproche penal, entonces, descansa en un proceso colectivo del que el agente hace parte pero cuyo desenlace escapa a su control⁷³; por esto afirma SILVA DIAS, que el problema de la acumulación no es de tipicidad sino de criminalización o, en similares términos, que es una cuestión de fundamentación y no de aplicación de tipos legales⁷⁴.

En cuanto al argumento expuesto desde la **filosofía moral**, se sostiene que éste centra el desvalor moral en la acción individual, fundamentándose en la vulneración de deberes de solidaridad. Esto se conoce como la micro-lesión del *free-rider* (viajero sin tiquete) y la reprochabilidad de su comportamiento calculador⁷⁵.

De lo anterior, resulta que "lo que es moralmente condenable es que el infractor obtiene un beneficio mientras quienes cumplen con las normas, no obstante su superioridad moral, sufren una pérdida. Esta situación coloca el universo moral patas arriba: la deshonestidad es recompensada y la honradez y el civismo son penalizados o, por lo menos, no recompensados"⁷⁶.

Este fundamento se traslada al ámbito penal, argumentando que en este caso se produce una

⁷³ *Ibidem*, p. 442. En el mismo sentido, R. ALCÁZER GUIRAO: "La protección del futuro...", citado, cuando expresa que: "...no es tanto el agente individual quien tiene ese potencial destructor, sino antes el «actor colectivo», configurándose como tal incluso la sociedad en su conjunto. Ello conlleva la asunción de una responsabilidad colectiva o vicaria, desde la cual la imputación de la responsabilidad por esos grandes riesgos globales habrá de reconducirse a acciones mínimas, dado que esos riesgos se originan a partir de una *acumulación* de actos individuales que, siendo en sí inocuos, podrían llevar, *si todos lo hiciéramos*, a la destrucción del planeta...".

⁷⁴ A. SILVA DIAS: "«¿Y si todos lo hiciéramos?»...", citado, p. 443. Este problema de fundamentación, según este mismo autor, pasaría por responder las siguientes preguntas: "¿Puede la incriminación de un comportamiento asentarse sobre razones objetivas, sistémicas, que escapen a la percepción pública?; expresado de otro modo: ¿puede someterse a la amenaza de pena una conducta cuyo desvalor es invisible para la generalidad de los destinatarios sólo porque, según su pronóstico realista, la acción vendrá a ser realizada por una multitud de agentes?".

⁷⁵ *Ibidem*, p. 444.

⁷⁶ A. SILVA DIAS: *Ibidem*, p. 445, citando a FEINBERG: *Harm to others...*

desigualdad que es también jurídica; desigualdad que se ve restablecida mediante la intervención penal, la cual estaría sujeta a los dos condicionamientos que se han mencionado *supra*. Asimismo, dicha intervención se fundamentaría en la frustración de los intereses colectivos⁷⁷.

En todo caso, SILVA DIAS precisa que los supuestos del *free-rider*, serán de acumulación cuando:

- "Se comprueba que una acción está comprendida en un determinado mundo de la vida como práctica egoísta u obtención de una ventaja a costa de la tendencia cooperativa de la mayoría"⁷⁸.
- "La conclusión (realista) de que esa acción es practicada por un número lo suficientemente grande de personas como para que la continuidad de su permisión constituya una amenaza para una entidad simbólica que sea socialmente valorada como bien colectivo"⁷⁹.

Frente a la configuración del injusto, teniendo como fundamento el daño acumulativo, se pueden realizar las siguientes objeciones:

- Tal como expone SILVA DIAS, "El delito acumulativo pretende conciliar el carácter individual de la

⁷⁷ *Ibidem*, p. 447. Este autor sostiene frente al concepto del *free-rider*, p. 446, que: "Acéptese o no el concepto del daño potencial como sede última de la prohibición de la acción del *free-rider*, una cosa resulta evidente: dicha figura se entremezcla pero no coincide con la de la acumulación. Ésta implica la práctica masiva actual de conductas que, a partir de un pronóstico realista, podrían perjudicar, sino fueran prohibidas, daños a determinados bienes jurídicos colectivos, mientras aquélla presupone una práctica generalizada de cooperación en la preservación del bien colectivo y su reprochable aprovechamiento por alguno o algunos individuos".

⁷⁸ *Ibidem*, p. 447.

⁷⁹ *Ibidem*. Agrega el autor, pp. 447 y 448, que "si se verifica la primera pero no la segunda condición no estaremos, [...] ante un supuesto de acumulación" "[...] La lógica del gran número es, en suma, determinante para la calificación de una conducta como de acumulación y el problema de su desvalor debe ser entendido principalmente desde esa óptica" "[...] El desvalor fundamental de la contribución individual no es describible en términos de lesividad sino sólo en términos de disfuncionalidad".

responsabilidad criminal con un fundamento de imputación colectivo; mejor, con un fundamento asentado en los efectos probables de la acción colectiva. En sí misma considerada cada acción singular carece de lesividad [...] para que cada una de esas conductas sea tenida como una infracción, obedeciendo a la lógica de las grandes cifras, es necesario recurrir a un modelo de violación de un deber basado en valores límites, esto es, al modelo propio de un ilícito de desobediencia. Pero este no encontraría resonancia en el fundamento de legitimidad penal⁸⁰.

- Frente al argumento moral para fundamentar el daño acumulativo, sostiene el autor referenciado, que la censura de la actividad individual se explica como la punición de una manifestación de mera desobediencia⁸¹.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 463. En la misma perspectiva, R. ALCÁCER GUIRAO: “La protección del futuro...”, citado, p. 152, cuando expresa respecto a los delitos cumulativos que: “Desde ese presupuesto de imputación, no es preciso siquiera un peligro abstracto y *actual* para los intereses individuales, sino que bastará con que pueda concluirse una prognosis de realización futura de conductas similares por terceras personas, y que la suma de ellas alcance poder destructivo del medio ambiente, para que la conducta realizada, en sí insignificante sea objeto de reproche penal”. Más adelante, p. 152, este último autor, manifiesta que los delitos cumulativos implican “...una lesividad basada en riesgos genéricos o difusos, delimitados en virtud de estándares formales, o en producciones de efectos vinculados sólo en virtud de una causalidad estadística”. También, C. PRITTWITZ: “Sociedad del riesgo...”, citado, pp. 281 y 282, cuando sostiene que: “...no estaríamos hablando de la reforma al derecho penal, si, en efecto, el problema verdaderamente decisivo fuera el proceso de producción, que sin duda alguna existe y es relevante para el medio ambiente. El proceso de producción es sin duda un problema que afecta a todos los bienes públicos, incluidos la pureza del agua y el aire, pero sólo constituye la cuestión decisiva cuando se trata de determinar los costes sobre los bienes públicos. Por el contrario, en el contexto de la política criminal medioambiental podría resultar complicado considerar los procesos de fabricación como el «pecado original». El problema es sobre todo sistémico. El escenario tan espeluznante que dibuja *Stratenwerth*, ante el que colegas tan prudentes como el propio *Stratenwerth* o *Kuhlen* consideran necesario y adecuado arrojar por la borda las estructuras de imputación o al menos aligerarlas, no se deriva de comportamientos *desviados* en relación a los procesos de producción sino de procesos legales, sistémica y normativamente conformes”.

⁸¹ A. SILVA DIAS: “«¿Y si todos lo hiciéramos?»...”, citado, p. 462.

- En cuanto a la fundamentación del reproche penal al *free-rider*, que descansa en el principio de igualdad jurídica, el cual impondría la intervención penal para restablecer el equilibrio entre el sujeto egoísta y quienes cumplen con la norma, se puede decir que aquí se apela a un argumento que se basa en el uso dudoso del principio de igualdad, al pervertir su dimensión garantista, y sobre todo, se pasa por alto el carácter de *ultima ratio* que debe comportar la intervención penal.
- Dado que el reproche de la acción cumulativa reposa sobre las perturbaciones que causa la acción individual al ámbito previo del bien jurídico, y que estas molestias son reguladas en el sector administrativo, a través de los deberes de ordenación, es clara la confusión que se genera entre este ilícito cumulativo y la infracción administrativa⁸².
- Adicionalmente, vulnera el principio de responsabilidad subjetiva: sólo se puede imputar aquello que sea previsible y dominable, y en esa medida sería imposible atribuir responsabilidad allí donde el sujeto no domina el curso del suceso, y más aún cuando el resultado de riesgo o de lesión sólo es probable bajo el supuesto de la concurrencia de pluralidad de agentes⁸³.

⁸² En este sentido, A. SILVA DIAS: “«¿Y si todos lo hiciéramos?»...”, citado, pp. 462 y 463. También, R. ALCÁCER GUIRAO: “La protección del futuro...”, citado, pp. 158 y 159, sostiene al respecto que: “... dada la imposibilidad de establecer un nexo de lesividad relevante entre las mínimas contribuciones individuales y el medio ambiente como entidad sistémica o supraindividual, el único criterio relevante de lesividad susceptible de aplicación práctica ha de venir dado por el establecimiento de determinados *standards* de contaminación, arbitraria y formalmente fijados por las regulaciones del Derecho administrativo, con los problemas, ya conocidos que ello genera [...] con esa nueva conformación del aparato punitivo se pasa a una «administrativización» del Derecho penal, desde la cual lo relevante no es ya la reacción ético-jurídica a una lesión culpable de intereses ajenos, sino un cometido de gestión y organización de contextos sociales”.

⁸³ Sobre esto afirma R. ALCÁCER GUIRAO: “La protección del futuro...”, citado, p. 153, que el modelo de Derecho penal que subyace a los delitos cumulativos se caracterizaría por: “...una expansión de las estructuras de imputación, [...] con al menos, las siguientes vertientes: responsabilidad cuasi-objetiva, centrada en una previsibilidad potencial, o directamente objetiva...” Igualmente, A. SILVA DIAS: “«¿Y si todos lo hiciéramos?»...”, citado, p. 465.

- Menoscaba, también, el principio de personalidad o de responsabilidad personal, que alude a que únicamente se responde por actos propios y no ajenos. En este caso, el sujeto no sólo es responsable por lo que hace, sino que requiere la intervención de un número plural de sujetos, con los cuales no actúa bajo acuerdo e incluso entre quienes existe anonimato. En este sentido, la imputación bajo el presupuesto de la acumulación es responsabilidad por hechos ajenos⁸⁴.
- Además, se indica que lesiona el principio de proporcionalidad. En este sentido ALCÁCER GUIRAO, refiriéndose al ordenamiento alemán, entiende que esta crítica es bastante relevante, "...dada la evidente desproporción entre una conducta con un grado ínfimo de peligro y una pena de hasta cinco años de pena privativa de libertad. Pero Kulhen atribuye a ese reproche un carácter secundario, dada precisamente la trascendencia de la protección de las condiciones de vida de las generaciones futuras. Con ello, entonces, viene a reconocer que la protección penal de esos intereses, caracterizada por la organización de los problemas sistémicos, de «grandes riesgos», a través de la regulación de conductas individuales, conlleva necesariamente una alteración y «funcionalización» de los principios garantísticos y de imputación propios del Derecho penal tradicional"⁸⁵.

⁸⁴En la misma dirección, A. SILVA DIAS: "« ¿Y si todos lo hiciéramos?»...", citado, p. 465, cuando afirma: "...el contexto cumulativo no obedece al modelo de responsabilidad individual, limitada por la intervención penal del agente en la producción del hecho lesivo, sino en una responsabilidad basada en un probable riesgo global producido por la intervención de un gran número de intervinientes, es decir, basada en hechos de terceros". Al respecto, R. ALCÁCER GUIRAO: "La protección del futuro...", citado, p. 153, sostiene refiriéndose a las vertientes en las cuales se verifica una expansión de la imputación de responsabilidad penal por medio de los ilícitos cumulativos, que una de ellas es la "...responsabilidad colectiva de grupos sociales u organizaciones empresariales o vicarial, en un reparto de imputación en función de lo realizado por terceras personas, acorde a los fenómenos de delegación de control de riesgos, y de la imputación individual en virtud de una probabilidad de acumulación de acciones similares por terceros".

⁸⁵*Ibidem*. Sumado a lo dicho, y como expone C. PRITZWITZ: "La sociedad del riesgo...", citado, pp. 286 y 288: "...resulta equivocada la contraposición entre «egoístas racionales» y «leales en sí al derecho», [...] desconoce que el racional choice approach supone

Todas estas objeciones evidencian las implicaciones que conlleva una reformulación de los principios político-criminales que han limitado el *ius puniendi*; éstas no sólo suponen flexibilización de garantías y reglas de imputación de la responsabilidad penal, sino una dudosa moralización del Derecho penal que, aunque alentado por buenas intenciones (la protección de los derechos de generaciones futuras), supone un costo demasiado alto para el Estado de Derecho⁸⁶.

4.1.2. Un segundo argumento, para avalar la modernización del Derecho penal, consiste en sostener que la transformación que han experimentado las sociedades post industriales y el surgimiento de nuevos conflictos, de la mano de los cambios de paradigmas tecnológicos, **aconsejan una revisión de principios y reglas que tuvieron origen en un contexto social e histórico ya superado.**

La concepción de SCHÜNEMANN, supone la aceptación de que el contexto social exige un Derecho penal con instrumentos que permitan enfrentar esas nuevas

una reconstrucción en cuyo marco puede representarse tanto la infracción como la lealtad normativa. El hombre «en sí» o en «general» fiel al derecho es alguien que en determinadas ocasiones decide obedecer. Cuando esto se conecta con la aceptación de la prevención general como fortalecedora de la fidelidad normativa en un determinado sistema [...] surge forzosamente la pregunta de cómo influye en este proceso la enorme variedad de prohibiciones cuya infracción en ocasiones, aunque conocida, resulta difícil de descubrir o se realiza de una forma masiva; y todo ello en el bien entendido de que no resulta ni deseable ni posible construir controles eficaces mediante un fortalecimiento de la policía o la administración de justicia. La respuesta resulta evidente. Las condiciones que acaban de mencionarse, cuya observación resulta sencilla del moderno derecho penal, reblandecen la confianza normativa no sólo en el Derecho penal, sino en el conjunto del Estado de Derecho".

⁸⁶Al respecto le asiste razón a C. PRITZWITZ: "La sociedad del riesgo...", citado, p. 270, cuando refiriéndose a las buenas intenciones que subyacen en quienes sostienen la necesidad de protección de los derechos de las generaciones futuras, afirma que: "Y en este punto, como sabemos, ni las intenciones altisonantes, ni la nobleza del «enemigo» convierten en útil al instrumento ni en exitosa la lucha [...] Una Ciencia Penal orientada a las consecuencias debe considerar al menos que también en el Derecho penal las buenas intenciones pueden originar malos resultados y que además es posible que las consecuencias inadvertidas predominen sobre las queridas".

complejidades (la criminalidad organizada, los delitos medioambientales, etc.), pero sometiendo a control estos instrumentos (en el Derecho sustancial: los delitos de peligro abstracto, los bienes jurídicos supraindividuales; y en el proceso penal: los procedimientos electrónicos de escucha, etc.).

En este sentido, afirma que “...es equivocado anatemizar de este modo por principio los delitos de peligro abstracto; ello resulta reaccionario, entre otras cosas, porque con ello se bloquea la necesaria aportación de la ciencia del Derecho penal a una legitimación tanto constructiva como crítica de los delitos de peligro abstracto, y con ello, la aportación a una actividad legislatora racional en este ámbito...”⁸⁷.

Adicionalmente, expresa que:

“Naturalmente, la regulación del procedimiento penal ha de tener en cuenta los contextos de actuación del comportamiento intolerable desviado, de manera que el conflicto entre las libertades del ciudadano y las necesidades de investigación y de intervención de la Administración de justicia conlleva que sea necesario someter a revisión las reglas tradicionales cuando cambian las relaciones sociales [...]. Por tanto, lo único que hace falta es algo de fantasía y el deseo de un verdadero control de las medidas de intervención jurídico-procesales en el ámbito penal, pero en este sentido el legislador no se ha visto presionado de ninguna manera por parte de la ciencia del Derecho penal, ya que ésta hasta el momento se ha empeñado en este ámbito en una estéril oposición fundamentalista”⁸⁸.

Ahora bien, a pesar de que la postura de SCHÜNEMANN es, en verdad, bastante radical, no se puede afirmar que renuncie, teóricamente, a toda dimensión limitativa del Derecho penal, aunque es innegable que acepta cuotas de flexibilización y desformalización. Esto hace que sus argumentos puedan tener en la práctica bastante

rendimiento como criterios de legitimación de las políticas legislativas, las cuales integran lo que se viene describiendo como política criminal y Derecho penal «moderno»⁸⁹.

En este sentido, le asiste razón a MENDOZA BUERGO, quien frente a la defensa de SCHÜNEMANN de una aportación doctrinaria más constructiva frente a la modernización del Derecho penal, afirma que:

“El mayor problema que afecta a la «aportación constructiva» que intenta este autor es el hecho de que la construye sin referencia alguna a los que se consideran principios limitadores «clásicos» del Derecho penal, que deberían tenerse en cuenta para intentar frenar de alguna manera la corriente de criminalización de comportamientos a la que se asiste actualmente. Falta en su aportación toda referencia al principio de *última ratio*, o al necesario carácter fragmentario del Derecho penal, de modo que en alguno de los niveles de examen propuestos se plantee la ineludible cuestión de si es necesaria la criminalización del comportamiento de que se trate o si, por el contrario, bastaría para el caso una tutela no necesariamente penal...”⁹⁰.

Asimismo, dentro de este sector de opinión, CORCOY BIDASOLO entiende que en “el momento se advierte que el desarrollo de la actividad tecnológica no puede dejarse en manos de quienes la promueven y que es necesaria la intervención del Estado para controlar los riesgos tecnológicos. En este «nuevo Derecho penal» confluyen, por consiguiente, el nuevo sistema de Estado social, con un nuevo sistema de valores, y el nuevo

⁸⁷ B. SCHÜNEMANN: “Consideraciones...”, citado, p. 200.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 202 y 205.

⁸⁹ La postura intermedia de B. SCHÜNEMANN: : “Consideraciones...”, citado, p. 209, puede evidenciarse aquí: “...mientras que la escuela de Frankfurt no quiere llevar a cabo una aportación constructiva a la modernización del Derecho penal, sino que desea convertirse tan sólo 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 toman por él como presupuesto, y con ello en última instancia, en transigir”.

⁹⁰ B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal...*, citado, p. 155.

sistema de Estado liberal, en el contexto de la sociedad tecnológica post-industrial...⁹¹.

Desde este punto de partida y ante la pregunta de cómo reaccionar frente a los nuevos riesgos que se suscitan en la sociedad moderna, esta autora manifiesta claramente

⁹¹ M. CORCOY BIDASOLO: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 24. Más adelante, pp. 175 y ss, propone una reinterpretación de los bienes jurídicos supraindividuales y los delitos de peligro abstracto de tal manera que se superen las críticas de su naturaleza antigarantista. En términos similares, C. PÉREZ DEL VALLE: "Sociedad de riesgos y reforma penal", en *PJ*, nº 43/44, CGPJ, Madrid, 1996, p. 84, quien estima que algunos aspectos de la modernización del Derecho penal pueden ser considerados positivos: "...este es el caso de lo que HASSEMER denomina «rebaja» o «flexibilización» de ciertas categorías dogmáticas. Desde mi punto de vista, en la medida en que esta flexibilización es fruto de una sistematización de las teorías que conforman esas instituciones dogmáticas de acuerdo con las reglas de la prueba en el proceso, permite un control más adecuado de su contenido en el caso concreto". Una defensa vehemente de la modernización del Derecho penal se encuentra en la obra de L. GRACIA MARTÍN: *Prolegómenos...*, citado, p. 156, quien señala: "Desde mi posición, [...] afirmo, por el contrario, que el Derecho penal moderno es uno en todo conforme con las exigencias del Estado de Derecho, pero además quiero enfatizar aquí de una vez por todas que esta conformidad se realiza en un grado tan *absoluto* que la misma no admite ni excepciones ni una mínima relativización..." Este mismo autor en: "¿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*, eds. J. L. Díez Ripollés, C. M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín y J. F. Higuera Guimerá, Tecnos, Madrid, 2002, p. 393, manifiesta que: "Una efectiva modernización del Derecho penal es una exigencia absolutamente necesaria ya desde el punto de vista de la *protección de bienes jurídicos*, pero sobre todo es exigible e irrenunciable desde puntos de vista éticos y políticos. El proceso de modernización del Derecho penal puede -y debe- ser definido, por tanto, como «lucha» por el discurso de la criminalidad [...] Desde la perspectiva histórico-material adoptada, 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 sociales poderosas*." También, J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: "El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos", en *PJ*, 3ª época, nº 48, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 302 y 303. Igualmente, L. KUHLEN: "El derecho penal del futuro", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coords. L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Universidad de Castilla la - Mancha, Cuenca, 2003, pp. 225 y ss.

que "a esta cuestión se puede responder en el sentido que propone la Escuela de Frankfurt [...] o proponer una «tercera vía» como la planteada por Stratenwerth, para resolver la cuestión del «aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal», sin que ello obedezca a una concepción [...] puramente funcionalista [...]. La nueva dogmática debe ir en esta dirección y, sin olvidar los principios garantistas, servir a los intereses predominantes de la actual sociedad..."⁹².

Hasta aquí se puede decir que el sector de la doctrina que defiende la necesidad de este «nuevo Derecho penal», parte del reconocimiento -aunque esto no siempre implique la aceptación de la «sociedad del riesgo» como diagnóstico del estado de cosas- de que en la actualidad se han incrementado los factores de riesgo; los cuales se ven intensificados por el avance tecnológico con el que cuentan los países desarrollados. Este cambio de contexto justificaría, entonces, una revisión del Derecho penal con la finalidad de hacerlo eficaz en la satisfacción de las demandas que estas transformaciones le plantean⁹³.

En todo caso es importante recalcar que la defensa de la modernización del Derecho penal, parte de la idea de que éste debe alcanzar a un tipo de criminalidad que escapa al Derecho penal tradicional. Dicha delincuencia sería la económica, la ecológica e incluso la criminalidad organizada. En concreto, aquella que se ve favorecida por las actuales características de la sociedad.

⁹² M. CORCOY BIDASOLO: *Delitos de peligro...*, citado, pp. 25 y 26.

⁹³ Insistiendo, se tiene la idea de que los principios y límites que tradicionalmente se han defendido para limitar el *ius puniendi* pretendían responder a contextos históricos superados y en esa medida se justifica su revisión para enfrentar las realidades que plantean los tiempos actuales. En este sentido, G. MARINUCCI y E. DOLCINI: "Derecho penal «mínimo» y nuevas formas de criminalidad", en *RDPC*, nº 9, 2ª época, enero, UNED, Madrid, 2002, p. 160, quienes exponen: "Aquello que caracteriza al Derecho penal contemporáneo es sólo una creciente atención a los bienes colectivos, fruto no de una visión panpenalista de control social por parte de la doctrina y del legislador, sino de las transformaciones económico institucionales, que han hecho emerger nuevas entidades merecedoras y necesitadas de pena, o que han acrecentado la importancia de los bienes colectivos clásicos". Una similar opinión es la de J. A. RAMOS VÁSQUEZ: "Del otro lado del espejo: Reflexiones

4.1.3. Otra de las críticas que se suele realizar a las posturas que se presentan como escépticas frente a la modernización del Derecho penal, consiste en que el énfasis en la renuncia de la pena de prisión para los nuevos sectores de regulación (medio ambiente, economía, etc.), que defienden algunos de los autores del sector crítico del Derecho penal «moderno», **encubre el afán de proteger a determinados autores que ostentan posiciones económicas y sociales privilegiadas.**

En plena sintonía con las objeciones ya planteadas, es recurrente el ataque a los argumentos postulados por la doctrina crítica, afirmando que detrás de éstos se esconde la pretensión de favorecer, con la inhibición penal, a unos concretos autores.

Así, CORCOY BIDASOLO manifiesta que hay razones objetivas para sostener que las corrientes doctrinales (en especial la defendida por la escuela de Frankfurt) que critican el Derecho penal «moderno» "...obedecen a un denominador común que converge en la voluntad de proteger de la intervención penal a determinados sectores de la sociedad [...]. En los delitos en los que se protegen bienes jurídicos supraindividuales, generalmente, los potenciales autores no son «los de siempre», por lo que puede afirmarse que existe más que una mera sospecha de que desde estos posicionamientos se trata de proteger a estos nuevos autores"⁹⁴.

desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual", en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, dir. P. Faraldo Cabana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 78.

⁹⁴ M. CORCOY BIDASOLO: *Delitos de peligro...*, citado, pp. 186 y 187. También L. GRACIA MARTÍN: *Prolegómenos...*, citado, pp. 182 y 183, quien afirma que: "En el discurso liberal, las garantías penales, además de la función discursiva formal y estratégica de encubrir los efectos materiales reales causados a partir de los dispositivos de la cara oculta del discurso, tienen una dimensión múltiple. Para la clase poderosa, son garantías en sentido formal, y materialmente funcionan también como garantías. En concreto, para las clases poderosas, el principio de legalidad es una *garantía múltiple*, pues: a) es una garantía de protección de «sus» esferas de libertad material abundante o superabundante frente a todos los posibles ataques de las clases sociales subordinadas y relegadas por aquéllas a esferas de libertad material escasa o superescasa; b) a la vez, las garantías penales liberales –en particular el principio de legalidad– duplican su valor para las clases poderosas mediante su

4.2 VALORACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL SECTOR QUE AVALA LA «MODERNIZACIÓN» DEL DERECHO PENAL

Ya se ha anticipado la opinión que se sostiene en este trabajo, frente a esta discusión, en el epígrafe correspondiente a las alternativas diseñadas por HASSEMER Y SILVA SÁNCHEZ. La posición que se asume supone necesariamente optar por el rechazo de las propuestas, o mejor, del programa de Derecho penal que surge en el sector de la doctrina que avala su modernización.

La elección de cualesquiera de las opciones está determinada ineludiblemente por el propio punto de partida filosófico y político frente al Derecho penal y, particularmente, por la mayor o menor confianza en la eficacia de éste como instrumento para responder a los conflictos sociales de ésta y de toda época.

Quienes optan por defender la modificación de los presupuestos de la responsabilidad penal para confeccionar una respuesta idónea a la demanda de

funcionamiento discursivo material como *garantías de exclusión* de las acciones materialmente criminales de las mismas del discurso de la criminalidad; c) no obstante, esta última garantía opera, a su vez, también como *garantía de expansión* de las esferas de libertad material abundante o superabundante de dichas clases sociales, pues la exclusión de su propia criminalidad del discurso les garantiza una completa libertad de actuación criminal (en sentido material) que opera como motor de dicha «expansión». Igualmente, G. MARINUCCI y E. DOLCINI: "Derecho penal «mínimo» y nuevas...", citado, p. 160, cuando afirman: "Resquebrajados los pilares argumentativos sobre los cuales se busca fundar la exclusión del Derecho penal de todos los comportamientos ligados al mundo de los negocios, el Derecho penal «mínimo» revela un rostro incómodo: la frase frecuente «menos intervención del Estado» parece dirigirse a la impunidad de la «gente honorable», de los «delincuentes de guantes amarillos» o, como se dice a partir de los años sesenta, de la «criminalidad de cuello blanco». Asimismo, P. FARALDO CABANA: "Un Derecho penal...", citado, p. 313, refiriéndose al modelo de SILVA SÁNCHEZ, afirma: "El discurso contrario al «moderno» Derecho penal, [...] se presenta como defensor a ultranza de los derechos y garantías individuales cuando no es más que la pantalla tras la cual se oculta la creación de un Derecho penal sin penas privativas de libertad para los dirigentes de empresa y sin garantías pero con penas de prisión desproporcionadamente elevadas para los enemigos de la sociedad..."

protección de los derechos de los ciudadanos «medios», frente a los actos fraudulentos de quienes ostentan el poder, ya sea social o económico; o por defender la idoneidad del Derecho penal como instrumento para proteger los derechos de las futuras generaciones, le otorgan una notable confianza al Derecho penal y entienden que éste está capacitado para cumplir tales funciones.

Frente a los argumentos que exponen quienes transitan por tal camino, conviene, en primer lugar, manifestar como lo hace ALCÁCER GUIRAO, que cuando se afirma la inconveniencia del Derecho penal como medio para proteger los derechos de las futuras generaciones, no se trata de rechazar de plano la tutela del medio ambiente mediante el Derecho, ni de "...restar legitimidad moral a las aspiraciones de una ciencia ecológica solidaria hacia las condiciones de supervivencia de las generaciones futuras. Lo único que se está afirmando es que el medio legítimo [...] no puede ser la restricción de la libertad a través de la pena, instrumento que, en virtud de esa incidencia en la libertad del ciudadano, sólo puede emplearse legítimamente cuando ello sirva para proteger las condiciones esenciales de la misma libertad del ciudadano..."⁹⁵.

⁹⁵ R. ALCÁCER GUIRAO: "La protección...", citado, p. 173, quien deja claro que tal posición tiene como presupuesto una concepción liberal. Asimismo, H. J. HIRSCH: "El Derecho penal y procesal penal...", citado, p. 79, refiriéndose a la defensa de STRATENWERTH, de la intervención del Derecho penal para proteger los derechos de las generaciones futuras, afirma que: "...como se ha señalado anteriormente en el examen de los puntos problemáticos de los nuevos ámbitos, las tareas que se plantean en ellos pueden llevarse a cabo por completo con los instrumentos tradicionales. Además, se puso claramente de manifiesto el importante papel que reivindica para la demarcación y limitación del Derecho penal el concepto de bien jurídico, la distinción entre lesión, puesta en peligro y riesgo de la acción, y la consideración de aquella, así como, naturalmente, la exigencia de culpabilidad. Si se renuncia a ello ya no puede hablarse de ningún modo de un Derecho penal acorde con el Estado de Derecho, que preserve al individuo de la represión arbitraria del Estado. Y cuando esto significa que la mera infracción de las normas generales de comportamiento, también las culturalmente acuñadas, puede bastar como punto de partida de la responsabilidad penal, se plantea la pregunta de cómo puede ser esto suficiente para aplicar una pena estatal".

Los autores del sector doctrinal crítico, antes que proponer la desprotección sin más de ciertos bienes o instituciones, sostienen la inconveniencia de recurrir *per se*, y sin mayores esfuerzos justificativos, a su protección a través del Derecho penal⁹⁶.

En este sentido le asiste plena razón a PRITTWITZ, cuando refiriéndose a la postura de SCHÜNEMANN sobre el tema que se viene tratando, advierte que:

"...debe procurarse 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 colectividad. Pero en este punto *Schünemann* no ofrece ningún aporte argumental. Quien sostenga la posición mencionada [...], 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: «¡Tú no eres nada, tu pueblo lo es todo!»"⁹⁷.

⁹⁶ En este sentido, J. C. MÜLLER-TUCKFELD: "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", en *La insostenible situación del Derecho penal*, trad. R. Robles Planas, dir. J. M. Silva Sánchez, Comares, Granada, 2000, p. 528, quien afirma que: "Las constelaciones de poder dominantes impiden un necesario cambio de orientación de la política ambiental, un cambio que huya del Derecho penal ambiental eficaz (y barato) en términos simbólicos que antes hemos expuesto, para transformarse en una política ambiental consecuente que intervenga de forma radical en los procesos productivos, si algo puede ser tildado de «favorable a la industria» es la confianza en el Derecho penal del medio ambiente como instrumento de control social". También, F. HERZOG: "Sociedad del riesgo...", citado, p. 258, quien respecto a las medidas apropiadas para combatir el rasgo de la "irresponsabilidad organizada" descrito por U. BECK, citado, *supra*, afirma: "La sociedad del riesgo necesita «avisadores» sociales del riesgo, restricciones internas a la sociedad a través de formas de solidaridad contra la irresponsabilidad organizada y las responsabilidades, que engañan su indiferencia moral. El Derecho penal del riesgo no es capaz de lograr esto, todavía peor: se aparta de estos necesarios proyectos de una autorregulación social". Igualmente, C. PRITTWITZ: "Sociedad del riesgo...", citado, pp. 264, 265 y 269.

⁹⁷ C. PRITTWITZ: "Sociedad del riesgo...", citado, pp. 270 y 271, este autor, en las pp. 271 y 272, sostiene que: "Aunque no sigamos

De otro lado y en cuanto a la objeción relativa a que con los planteamientos de la doctrina crítica se pretenda favorecer a una concreta criminalidad, esto es, a la criminalidad de cuello blanco, defecto que pretende superarse con la defensa ya no sólo de la intervención penal sino con la flexibilización de las garantías comentada en este escrito, conviene apelar a SILVA SÁNCHEZ, cuando afirma que “sólo una firme persistencia en la necesidad de mantener escrupulosamente las garantías político-criminales del Estado de Derecho y las reglas clásicas de imputación también en la lucha contra la «antipática» o incluso «odiosa» macrocriminalidad podría evitar uno de los elementos determinantes en mayor medida de la «expansión» del Derecho penal...”⁹⁸.

En todo caso, no se puede perder de vista que en el sistema penal se sigue interviniendo de manera selectiva y desigual⁹⁹. Por esto, a pesar de que en las políticas legislativas actuales se fomenta la expansión del Derecho penal a «los nuevos sectores», con una carga bastante notable de desformalización y desmoronamiento de las garantías «tradicionales», éste sigue sin alcanzar a «los poderosos». No obstante, si algo se ha logrado, es que la desformalización y flexibilización de las garantías y de

incondicionalmente las valoraciones de ULRICH BECK, da que pensar su drástico cambio de rumbo en el sólo transcurso de dos años: si en 1986 había puesto todavía todas sus esperanzas en el Derecho y la Justicia, dos años después reconoce -desde una crítica liberal- que debido precisamente al alto valor simbólico del Derecho es necesario un proceso de «descontaminación simbólica». Ante esta vacilación entre las «alabanzas celestiales» y la «aflicción mortal», resulta más realista la perspectiva sociológica -y no jurídica por desgracia- relativa al predominio de los efectos colaterales...”

⁹⁸ J. M. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión...*, citado, pp. 72 y 73.

⁹⁹ En este sentido, J. O. SOTOMAYOR ACOSTA: *Inimputabilidad y sistema penal*, Temis, Bogotá, 1996, p. 22, cuando manifiesta: “Las normas penales no sólo se forman y aplican selectivamente, reflejando al mismo tiempo las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad, sino que, a su vez, ejercen también una función activa de producción y reproducción de tales relaciones sociales: en primer lugar, por cuanto la aplicación selectiva de las sanciones penales se convierte en un medio esencial para el mantenimiento de la escala vertical de la sociedad [...]; y en segundo término, porque el hecho de castigar ciertos comportamientos ilegales sirve para cubrir un amplio número de otros comportamientos ilegales, que de esta manera quedan por fuera del radio de acción del sistema penal...”

las reglas de imputación, se extiendan al Derecho penal que interviene frente a los «no poderosos»¹⁰⁰.

Se ha dicho que otra de las críticas que se reiteran dentro del sector que defiende la modernización del Derecho penal, es la necesidad de transformarlo (formalizado y con estrictos presupuestos de imputación de responsabilidad), dado que éste surgió en un contexto distinto al presente. Esta necesidad de modernización, tal como se ha dicho, la justifica el alto desarrollo tecnológico que presentan las sociedades actuales y que implica, a su vez, una mayor sofisticación de la criminalidad, a la que se debe responder, por tanto, de forma diversa.

En correspondencia con esta crítica, RAMOS VÁSQUEZ, afirma que “el Derecho penal “Clásico”, [...] no constituye en modo alguno el parámetro a utilizar como punto de referencia para futuras configuraciones de esta rama del ordenamiento, toda vez que la sociedad a la que

¹⁰⁰ Al respecto J. M. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión*, citado, pp. 57 y 58, afirma que “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”. También, J. L. DIEZ RIPOLLÉS: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *RECPC*, <http://criminolnet.urg.es>, p. 12, sostiene que: “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. Sin perjuicio de reconocer que la modernización del Derecho penal tiene un marcado componente de esa naturaleza, el cual se ha de mantener, lo que está sucediendo con el incremento actual de la intervención penal tiene en la gran mayoría de las ocasiones poco que ver con eso: Lo que la población demanda son actuaciones enérgicas contra la delincuencia clásica, la que nace en los aledaños de la desocialización y la marginación, sectores sociales respecto a los que, además, se ha producido un notable desapego y desinterés por parte de las clases sociales medias mayoritarias; las exigencias de actuación sobre la delincuencia de los poderosos, sin desaparecer ocupan un lugar secundario y, desde luego, no se percibe entre esas clases medias una pérdida del encanto que le producen los sectores sociales privilegiados y sus pautas de comportamiento”.

pretende regular presenta innumerables diferencias respecto de la existente en la época ilustrada"¹⁰¹.

Según se entiende aquí, esta objeción da por supuesto, sin probarlo, el anacronismo del Derecho penal «tradicional», porque una cosa es que el contexto en el cual se originan los principios y límites al *ius puniendi* sea uno históricamente ya superado, y otra cosa es que ésta sea razón suficiente para modificarlo. Esto porque el programa de Derecho penal que empieza a gestarse en la Ilustración y que ha ido evolucionando posteriormente, es una de las opciones que se pueden tomar para enfrentar la criminalidad. Opción que expresa una concreta racionalidad, en la que la ponderación de las garantías y la eficacia se impone cuando se acude a la solución penal, y dentro de la cual no puede presumirse *prima facie*, la prevalencia de la eficacia en detrimento de las garantías. Es decir, expresa una racionalidad que asume que el fin de reducción del delito no justifica el uso de cualquier medio¹⁰².

¹⁰¹ J. A. RAMOS VÁSQUEZ: "Del otro lado...", citado, p. 78.

¹⁰² Sobre este tema R. ALCÁCER GUIRAO: "Los fines...", citado, p. 392, afirma: "...si, como se ha afirmado, el Derecho penal necesita de una doble legitimación: en atención a fines y en atención a valores o principios, ninguno de los dos criterios puede servir para legitimar exclusivamente la labor punitiva. Así, un modelo deontológico puro –la teoría absoluta de la retribución-, por ejemplo se presenta desde la racionalidad instrumental como irracional, dada su ausencia de fines; un modelo teológico puro es, por su parte, también rechazable, dada su ausencia de límites y correctores valorativos –el fin justificaría los medios-. Lo razonable es, entonces, que la justificación y la actuación del Derecho penal venga determinada por una ponderación de ambas formas de racionalidad..." En líneas similares, expresa F. MUÑOZ CONDE: "El nuevo Derecho penal autoritario", en *NFP*, n° 66, septiembre/diciembre, Universidad EAFIT, Medellín, 2003, pp. 21 y 22. En esta dirección encaja la siguiente afirmación de C. PRITTWITZ: "Sociedad del riesgo...", citado, pp. 272 y 273, quien entiende que el aspecto central del Derecho penal está en la respuesta que se dé a la siguiente cuestión: "...si esta sociedad conmocionada necesita la intervención del derecho penal. Pregunta que requiere formular argumentos específicos relativos al por qué existe tal necesidad y no, presuponiéndola, a su envergadura. [...] El fundamento de una posición como la que acaba de describirse debería 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

Al respecto, conviene enfatizar con APONTE, que lo que sí resulta anacrónico es la flexibilización de garantías y disolución de reglas de imputación penal, que está en la base no sólo del Derecho penal «moderno» sino también en la del Derecho penal de enemigo. En efecto, sostiene este autor que:

"...en el marco del análisis de la actuación de un derecho penal de enemigo se encuentra que la tendencia eficientista en él explícita es anacrónica. La tradición moderna al contrario, hilada dentro de la filosofía política de la época de las luces, estuvo en capacidad de justificar los derechos humanos y del ciudadano como fundamentos del derecho penal y del derecho procesal penal, y permite observar al criminal como partícipe del contrato social"¹⁰³.

Pero más allá de todo esto conviene advertir, tal como sostiene DIEZ RIPOLLÉS, que los argumentos que se exponen para justificar la modernización del Derecho penal, se vienen usando para legitimar un modelo de intervención punitiva basado en la seguridad ciudadana. En este sentido manifiesta 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

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 resultados". Y finalmente, A. SILVA DIAS: "«¿Y si todos lo hiciéramos?»...", citado, pp. 452 y 453, cuando sostiene que: "Sin tener que cerrarse a la perspectiva sistémica y a consideraciones de funcionalidad, el Derecho penal moderno no puede prescindir de una teoría de la validez de sus formas de intervención, ya se trate de la creación de tipos incriminadores, ya de la conminación y aplicación de penas, ya a otro nivel, de la determinación de las estructuras o categorías nucleares que componen el sistema de imputación jurídico-penal. La ausencia de una teoría de la validez abandona el Derecho penal a la funcionalización y a la Administrativización, por un lado, y a la flexibilización de las estructuras de la imputación y a la lógica del Derecho penal del enemigo, por otro".

¹⁰³ A. APONTE C.: *¿Derecho penal de enemigo...*, citado, pp. 16 y 17.

del Derecho penal. Este hecho por muy reprobable y digno de lamentar que sea, condiciona inevitablemente el discurso modernizador, el cual no puede proseguir como si no hubiera pasado nada”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ J. L. DÍEZ RIPOLLÉS: “De la sociedad del riesgo...”, citado, p. 31. Seguidamente, señala, pp. 31 y 32, los argumentos que vienen siendo utilizados para justificar este modelo securitario de intervención penal, y dentro de ellos destaca: “Especialmente deberían matizarse afirmaciones que tienden a acreditar indiscriminadamente los incrementos de la intervención penal como una consecuencia obligada del surgimiento de nuevos conflictos sociales a abordar, o que no se preocupan lo suficiente de delimitar con precisión aquellos ámbitos de intervención propios del derecho penal moderno, con la indeseada consecuencia de otorgar legitimidad a nuevos ámbitos o niveles de intervención puramente securitarios. En ese sentido, la simplificadora visión de que el conjunto de la nueva política criminal camina hacia la prevención de la delincuencia de los poderosos...”.



5 CONSIDERACIONES FINALES

Ahora bien, frente a una situación como la descrita, es necesario abordar dos cuestiones; en primer lugar, se debe determinar el punto de partida político y filosófico para la explicación, valoración y aplicación del Derecho penal; en segundo lugar, se debe decidir qué hacer con los tipos penales que están en el centro del debate que aquí se ha descrito bajo la denominación de Derecho penal «moderno».

En cuanto a la primera de las cuestiones, conviene decir que considero que MENDOZA BUERGO sitúa la discusión en el lugar correcto, cuando expresa:

“...más allá de la frecuente crítica a la funcionalización o excesiva instrumentalización del Derecho penal por los fines políticos, es importante resaltar que en la *tensión* entre la defensa y el respeto de los valores y principios básicos del Derecho penal garantista por un lado, y la consecución de fines político-criminales de defensa o seguridad que pueden eventualmente amenazar su plena vigencia, por el otro, atribuir o reconocer la *primacía* o preponderancia de los primeros constituye, en definitiva, una decisión de carácter *ético-político*, en el sentido de que se trata de una opción valorativa basada en criterios de *preferencia moral*. El fin que

se quiera alcanzar a través del Derecho penal puede ser objeto de polémica como también puede serlo la fijación del significado concreto y el alcance exacto de algunos principios, pero debe quedar suficientemente claro que en esta opción está implicada la decisión sobre el modelo y la concepción del derecho penal que se desea”¹⁰⁵.

De acuerdo a esto, la primera cuestión pasa por la elección entre dos opciones contrapuestas. Éstas están conformadas por los modelos de Derecho penal que subyacen a esta discusión, es decir, un Derecho penal limitado o un Derecho penal intervencionista y expansivo.

Aquí se trata, insistiendo, de opciones valorativas, no de que la defensa de un Derecho penal mínimo no sea posible en estos momentos históricos. Por el contrario, en este punto está implicada la pregunta acerca de los costos que estamos dispuestos a pagar para alcanzar una dudosa «eficacia» en la reducción del delito¹⁰⁶. Esto

¹⁰⁵ B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal...*, citado, p. 190.

¹⁰⁶ Al respecto, C. PRITTWITZ: “La sociedad del riesgo...”, citado, p. 280, expresa que: “...resulta necesario plantear una pregunta clave, antes

implicaría la renuncia a la elaboración de una dogmática garantista, que elabore requisitos estrictos que deban ser objeto de prueba en el proceso para afirmar la existencia de responsabilidad penal, y la negación de principios político-criminales que determinen el cómo y el cuándo de la intervención punitiva.

Si se defiende un modelo expansivo, el costo es político y se carga al Estado de Derecho¹⁰⁷; pero incluso el precio de esa erosión del Estado de Derecho lo sufraga el ciudadano, en la medida en que en esta decisión no se puede perder de vista la violencia que intrínsecamente contiene toda reacción penal.

De cualquier forma y tal como ya se ha hecho explícito, la opción que se adopta en este trabajo mantiene un gran escepticismo frente a la idoneidad del Derecho penal para reducir la comisión del delito. Este escepticismo está fundado en la imposibilidad de probar, desde un punto de vista empírico, la función preventiva de la pena, respecto de la que ALCÁCER GUIRAO, afirma:

“...ninguna de las diferentes concepciones de la misma, ni la prevención general negativa ni la positiva, es empíricamente verificable en la actualidad. De hecho si en algo existe unanimidad en esta materia es en el desconocimiento general de cómo actúa socialmente la pena [...]. En realidad lo único que se sabe, y ello como mera hipótesis inductiva, es que una sociedad en la que no existiera el Derecho penal estaría sumida en mayores cotas de violencia social que otra en que sí existiera o dicho de otra forma, que el Derecho penal es, *con carácter general*, preventivamente efectivo en relación

de responder a si se aceptarían las restricciones en el programa penal del Estado de Derecho: ¿Este alto precio (restricción de garantías) va a permitir alcanzar el resultado apropiado (capacidad de resolver el problema)?”

¹⁰⁷ Sobre los costos que paga el Estado de Derecho por este modelo de intervención, se puede ver el análisis que realiza, en el ejemplo concreto del «blanqueo de capitales», БОТКЕ, W: “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, en *RP*, nº 2, julio, Praxis-Universidad de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, Barcelona, 1998.

a una razonable evitación de conductas lesivas para la libertad de los individuos...”¹⁰⁸.

Insistiendo, esta desconfianza viene justificada por la incertidumbre respecto a la capacidad preventiva del Derecho penal, la cual aconseja sólo recurrir a él cuando sea estrictamente necesario y con todas las garantías que salvaguardan al individuo frente a esta intervención estatal¹⁰⁹.

Optar por este camino condiciona los resultados de cualquier investigación sobre los delitos situados en el debate de los modernos riesgos, pero incluso, tal como se apuntó *supra*, también los de aquellos delitos que se adscriben al Derecho penal de la seguridad ciudadana.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, es decir, qué hacer frente a los ilícitos que se adscriben al Derecho

¹⁰⁸ R. ALCÁCER GUIRAO: “Los fines...”, citado, pp. 388 y 389.

¹⁰⁹ Tal como se había expuesto, ésta es la opción propuesta por B. MENDOZA BUERGO: *El Derecho penal...*, citado, p. 186; opción que no sobra reiterar, con el fin de insistir en la que aquí se adopta. En efecto, afirma la autora que: “La tesis central que pretende sostenerse a este respecto, es que resulta mucho más importante respetar la *identidad* del derecho penal en su carácter de última ratio, observando estrictamente los principios que fundamentan la intervención penal, de manera que se asegure la *seriedad* de la conminación penal –lo cual redundará finalmente en su mayor eficacia-, que acabar desnaturalizando el instrumento penal en el intento de abarcar de modo más eficaz ámbitos y funciones que se ve forzado a asumir, influido por presiones coyunturales de diverso tipo. Tal efecto sería la inevitable consecuencia de no emplear el Derecho penal de manera racional y proporcionada, teniendo en cuenta que se trata del recurso más drástico, lo que obliga a limitarlo a lo *estrictamente necesario*”. Asimismo, J. C. CASTRO: “La sociedad de riesgo...”, citado, p. 377, quien señala: “La idea de contrarrestar los problemas del riesgo circundante debe antes que nada respetar algunos postulados mínimos, como por ejemplo: la elaboración de bienes jurídicos aprehensibles, a los cuales el derecho penal pueda ajustar la exégesis de la norma; respeto por el mandato de certeza, para que los legisladores cumplan el mandato constitucional que alimenta el principio de legalidad, ello con redacciones específicas [...]; un claro establecimiento de marcos penales, para su cumplimiento; y una permanente observación de la eficacia, justicia y proporcionalidad del derecho penal de riesgo en la práctica”. Igualmente, sobre el denominado «escepticismo frente a la eficacia del Derecho penal», Vid. C. PRITZWITZ: “Sociedad del riesgo...”, citado, pp. 272, 278 y 287.

penal «moderno», opino que es prioritario construir criterios de racionalidad, tanto en el nivel de creación de las normas, como en el ámbito de aplicación de los tipos penales. En el primer sentido, además de lo mencionado respecto a la propuesta de DIEZ RIPOLLÉS, acerca de la racionalidad de las leyes penales¹¹⁰, conviene agregar las siguientes consideraciones de DONINI:

“El reto que el presente lanza a la ciencia penal es aquel de *mantener algunas de las promesas siempre renovadas y nunca cumplidas del Derecho penal moderno*: si verdaderamente el Derecho penal está orientado a objetivos y no tiene una función meramente retributiva, pedagógica o de mera reafirmación ideológica de valores, sino que mira las consecuencias reales de la intervención (= es decir, tiene como fin la realización de objetivos), el proyecto legislativo necesita compararse con el *saber empírico*. Ello debe suceder ya sea en el *input*, en el momento de ingreso de las informaciones en la fase de posición de las normas (ciencia de la legislación) –porque si el legislador no valora aquellos conocimientos en el proyecto legislativo, no se comprende como pueda estar autorizado a hacerlo el intérprete-, como en *output*, en el momento de sopesar posteriormente la efectividad y eficacia del instrumento penal, que quiera medir su auténtica subsidiariedad”¹¹¹.

¹¹⁰ Vid. *Supra*, nota al pie 64.

¹¹¹ M. DONINI: “Escenarios del Derecho penal...”, citado, p. 53. Más adelante, pp. 56 y 57, agrega el autor, que: “El legislador debería estar obligado a indicar los objetivos de sus incriminaciones, comenzando por la enunciación de los bienes jurídicos protegidos, que están relacionados con el conjunto de las intervenciones extrapenales que estén a su disposición. A tal obligación, después, debería corresponder un poder de control por parte de las Cortes constitucionales en razón de la racionalidad respecto a los objetivos así como en razón de la consecución, posible o no, de las consecuencias a las cuales los objetivos deberían conducir, en vez de circunscribir el control solamente respecto a los valores. Con esas condiciones quizás también los juristas podrían dejar de fingir que argumentan con la autoipoiesis de consideraciones teológicas o de valor, para empezar a dotarse de instrumentos aptos para

Por otro lado, en el ámbito de la aplicación de la norma penal, es esencial intentar, también, diseñar criterios de racionalidad que, sin desbordar el ámbito de la ley, permitan remediar los complejos problemas que se presentan en los injustos típicos del Derecho penal «moderno». Estas soluciones deben ahondar, valga la insistencia, en la posibilidad de realizar las garantías propias del Estado de Derecho.

Esta tarea se debe desarrollar especialmente en los tipos penales que se configuran en el contexto supranacional, en la medida en que estos existirán a pesar de su ilegitimidad, porque quizás, tal como se dijo *supra*, los Estados no quieran o no tengan la capacidad de resistir a la referida internacionalización del Derecho penal.

Finalmente, no se puede perder de vista que en el contexto latinoamericano, se deben descartar todos los argumentos que apelen a la sociedad del riesgo para fundamentar proyectos de criminalización, porque es claro que a estos países no ha llegado el alto desarrollo post industrial y tecnológico generador de los riesgos y de los miedos de las actuales sociedades europeas.

El reto que tenemos aquí en Colombia, pasa, a su vez, por elaborar nuestros propios diagnósticos, en los cuales seguramente se hablará de los «estatutos de seguridad» y de las «seguridades democráticas», que se han presentado como verdaderas opciones de Derecho penal altamente represivo, con los costos que se ha dicho estos modelos comportan.

verificar los resultados de la intervención punitiva. Fuera de una cultura idealista y retributiva, sólo el *ser* puede permitir controlar y comprobar el *deber ser*. A viceversa, la carencia de saber en el ámbito del ser, nos condena sin quererlo a regresar al tipo de cultura que pensábamos haber superado”.



BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M. A.: *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002.

ACALE SÁNCHEZ, M.: "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas", en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, dir. P. Faraldo Cabana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ALBRECHT, P. A.: "El Derecho penal en la intervención de la política populista", trad. R. Robles Planas, en *La insostenible situación del Derecho penal*, dir. J. M. Silva Sánchez, Comares, Granada, 2000.

ALCACER GUIRAO, R.: "La protección del futuro y los daños cumulativos", en *ADPCP*, Tomo LIV, 2001, Madrid, 2003.

_____ "Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política", en *ADPCP*, Tomo LI, Madrid, 1998.

APONTE C., A.: *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal del ciudadano?*, Temis, Bogotá, 2005.

BECK, U.: *La sociedad del riesgo global*, (1999), trad. J. Albores Rey, Siglo Veinte, Madrid, 2002.

_____ *La sociedad del riesgo*, trad. J. Navarro, D. Jiménez, M^a R. Borrás, Paidós, Barcelona, 1998.

BERNARDI, A.: "El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo", en *RDPP*, nº 8, Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002.

BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, C.: "Los efectos negativos de la globalización y propuestas alternativas", en *CDJ*, Tomo V, CGPJ, Madrid, 2002.

BOTTKE, W.: "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en *RP*, nº 2, julio, Praxis-Universidad de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, Barcelona, 1998.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismos de control social en las sociedades contemporáneas", en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, dir. P. Faraldo Cabana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CANCIO MELIÁ, M.: "«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 *JD*, nº 44, julio, Madrid, 2002.

- CARMONA RUANO, M.: "El impacto jurídico del 11 de septiembre", en *JD*, nº 45, noviembre, Madrid, 2002.
- CASTRO, J.C.: "La sociedad de riesgo ¿una fundamentación complementaria para los delitos de peligro?", en *RDPPC*, año 3, nº 5/6 - 2003, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2004.
- CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, A.: "Globalización y modernidad", en *AFD*, tomo XIX, Madrid, 2002.
- DE LA CUESTA AGUADO, M. P.: "Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo", en *RDPP*, nº 4, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: "El Derecho penal ante la criminalidad organizada: Nuevos retos y límites", en *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", en *CPC*, nº 46, Edersa, Madrid, 1992.
- _____ "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *AP*, nº 1, La Ley, Madrid, 2001.
- _____ "Un modelo dinámico de legislación penal", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, eds. J. L. Díez Ripollés, C. M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín y J. F. Higuera Guimerá, Tecnos, Madrid, 2002.
- _____ "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", en *RECPC*, <http://criminet.urg.es>.
- DONINI, M.: "Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI", en *La política criminal en Europa*, dirs. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo, coord. V. Gómez Martín, Atelier, Barcelona, 2004.
- ESTEFANÍA, J.: *La cara oculta de la prosperidad. Economía para todos*, Taurus, Madrid, 2003.
- _____ *La nueva economía. La globalización*, Temas de debate, Madrid, 1996.
- FARALDO CABANA, P.: "Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, dir. P. Faraldo Cabana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE BANCOS (FELEBAN): www.latinbanking.com.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C.: "Derecho penal y competencias de las comunidades europeas", en *CPC*, nº 48, Edersa, Madrid, 1992.
- GOMES, L. F.: "Globalización y Derecho penal", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003.
- GRACIA MARTÍN, L.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 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*, eds. J. L. Díez Ripollés, C. M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín y J. F. Higuera Guimerá, Tecnos, Madrid, 2002.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI*, www.gafisud.org.
- HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- _____ "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno", en *ADPCP*, Tomo XLV, Madrid, 1992.

- _____ *Persona, mundo y responsabilidad*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- HERZOG F.: “Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo – Perspectivas más allá del Derecho penal-”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coords. L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2003.
- _____ “Límites al control penal de los riesgos sociales”, en *ADPCP*, Tomo XLVI, Madrid, 1993.
- HIRSCH, H. J.: “El Derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de la criminalidad”, trad. M. C. Alastuey Dobón, en *Derecho penal, obras completas*, tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- HUERTA TOCILDO, S.: “Principios básicos de Derecho penal y art. 325 del código penal”, en *RP*, nº 8, julio, La Ley, Madrid, 2001.
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.
- KUHLEN, L.: “El derecho penal del futuro”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coords. L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2003.
- LAMPE, E.-J.: “El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)”, trads., M. Abel Souto y J. M. Pérez Pena, en *EPC*, Tomo XX, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos”, en *PJ*, 3ª época, nº 48, CGPJ, Madrid, 1997.
- MARINUCCI, G. y DOLCINI, E.: “Derecho penal «mínimo» y nuevas formas de criminalidad”, en *RDPC*, nº 9, 2ª época, enero, Madrid, UNED, 2002.
- MARTÍNEZ –BUJAN PEREZ, C.: “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch*, en la selección de bienes jurídicos penales (especial referencia al ámbito económico)”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, eds. J. L. Díez Ripollés, C. M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín y J. F. Higuera Guimerá, Tecnos, Madrid, 2002.
- _____ *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MARTÍNEZ-GONZÁLEZ-TABLAS, A.: “Aspectos más relevantes de la globalización económica”, en *CDJ*, tomo V, CGPJ, Madrid, 2002.
- MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.
- MILITELLO, V.: “Dogmática penal y política criminal desde una perspectiva europea”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coords. L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2003.
- MULLERAT, R.: “Las Directivas europeas contra el blanqueo de capitales. Impacto sobre el secreto profesional del abogado”, en *La Ley*, nº 6, La Ley-Actualidad, Madrid, 2002.
- MÜLLER-TUCKFELD, J.C.: “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, trad. R. Robles Planas, dir. J. M. Silva Sánchez, Comares, Granada, 2000.
- MUÑOZ CONDE, F.: “El nuevo Derecho penal autoritario”, en *NFP*, nº 66, septiembre/diciembre, Universidad EAFIT, Medellín, 2003.
- _____ “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, coords. Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- NAVARRO DOLMESTCH, R.: “«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 *Nuevos retos del Derecho*

- penal en la era de la globalización, dir. P. Faraldo Cabana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PÉREZ ARROYO, M. R.: "La funcionalización del Derecho penal, políticas-criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático-penales: vistazo a la catedral desde un margen", en *ADPCP*, Tomo LII, Madrid, 1999.
- PÉREZ DEL VALLE, C.: "Sociedad de riesgos y reforma penal", en *PJ*, nº 43/44, CGPJ, Madrid, 1996.
- PISSARELO, G. y DE CABO, A.: "La larga sombra de Sacco y Vanzetti (excepción, extranjería, terrorismo)", en *JD*, nº 44, julio, Madrid, 2002.
- PRITTWITZ, C.: "Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?", en *La política criminal en Europa*, dirs. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo, coord. V. Gómez Martín, Atelier, Barcelona, 2004.
- _____ "Sociedad del riesgo y Derecho penal", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coords. L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2003.
- _____ "El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal", trad. R. Robles Planas, en *La insostenible situación del Derecho penal*, dir. J. M. Silva Sánchez, Comares, Granada, 2000.
- RAMOS VÁSQUEZ, J. A.: "Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual", en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, dir. P. Faraldo Cabana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ROMERO BARRANQUERO, G.: "Lavado de dinero", en *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Vol. I, coord. Adán Nieto Martín, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha y Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.: *Cuestiones generales sobre el blanqueo de capitales*, inédito.
- SCHÜNEMANN, B.: "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", en *ADPCP*, tomo XLIX, Madrid, 1996.
- SEMINARA, S.: "La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea", en *La política criminal en Europa*, dirs. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo, coord. V. Gómez Martín, Atelier, Barcelona, 2004.
- SILVA DIAS, A.: "«¿Y si todos lo hiciéramos?» Consideraciones acerca de la «(in)capacidad de resonancia» del Derecho penal con la figura de la acumulación", en *ADPCP*, vol. LVI, Madrid, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "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 *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, dir. J. M. Silva Sánchez, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
- _____ *La expansión del Derecho penal*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001.
- SOTOMAYOR ACOSTA, J. O.: *Inimputabilidad y sistema penal*, Temis, Bogotá, 1996.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.: "Derecho penal y riesgos tecnológicos", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coords. L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2003.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: "Sistema penal y criminal internacional", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Vol. I, coord. Adán Nieto Martín, Ediciones de la Universidad Castilla - La Mancha y Universidad Salamanca, Cuenca, 2001.
- _____ "El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras", en *Transformaciones del*

Derecho en la mundialización, coord. J. R. Capella Hernández, CGPJ, Madrid, 1999.

_____ “La Constitución penal. Los derechos de libertad”, en *Las sombras del sistema constitucional español*, ed. J. Ramón Capella, Trotta, Madrid, 2003.

_____ “Peligro abstracto y garantías penales”, en *NFP*, nº 62, septiembre/diciembre, Temis – Universidad de Antioquia, Bogotá, 1999.

VOGEL, J.: “Estado y tendencias de la armonización en Derecho penal material en la Unión Europea”, en *RP*, nº 10, julio, La ley, Madrid, 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
Trefftz

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)

