

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

En su libro intitulado *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, la profesora Blanca Mendoza Buergo, realiza una descripción detallada del panorama actual en las tendencias de la política criminal y la ciencia del derecho penal, a partir de la influencia que en los últimos años ha tenido sobre dichos ámbitos la concepción moderna de la sociedad como sociedad del riesgo. En este sentido, la autora llama la atención, en particular, acerca de los importantes efectos que sobre el Derecho penal ha tenido esta compleja concepción de la estructura social, caracterizada en mayor medida por la atomización, especialización y la despersonalización tanto de los factores de riesgo como de sus efectos, el incremento de estructuras organizativas de actuación, y una incesante sensación de inseguridad en el núcleo social, lo que en última instancia, plantea la prof. Mendoza, se traduce en reiteradas demandas sociales de intervención punitiva por parte del Derecho penal.

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

El texto se estructura de conformidad con la siguiente unidad organizativa y discursiva: en primer lugar, en la *introducción*, la autora se encarga de trazar frente a sí misma y frente al lector, la justificación y el objetivo de su trabajo, vale decir, realizar un análisis de algunos aspectos

relevantes de la política criminal actual y su influencia en la creación y aplicación de los conceptos propiamente dogmáticos.

En el segundo orden, se desarrolla en mayor medida el cuerpo del trabajo, en un apartado denominado *Los términos de la discusión actual: crítica del moderno Derecho penal del riesgo versus Derecho penal de la seguridad*. Acá, en un primer momento, la profesora Mendoza hará una caracterización detallada de la teoría sociológica sobre la sociedad del riesgo, a partir de tres elementos básicos, a saber: la variación en la entidad de los peligros que acarrea la sociedad actual en relación con los de otras épocas, la complejidad organizativa de las relaciones sociales, así como el sentimiento de inseguridad subjetiva por parte de los agentes sociales. Se propone que este nuevo entendimiento sobre el funcionamiento de las sociedades actuales, repercute de manera particularmente intensa en la política criminal y en el Derecho penal, toda vez que implica, en palabras textuales, *la ampliación de las fronteras de lo punible, la agudización de la orientación de la prevención y el cambio en el papel que se atribuye al control penal de conflictos*, aspectos todos estos que conducen desde luego, en última instancia, a formular el siguiente interrogante: ¿debe el Derecho penal de la sociedad del riesgo

replantear o no los criterios básicos de imputación, de cara a alcanzar la efectiva protección de la sociedad? Tal respuesta, como bien lo expresa la profesora, dependerá de la posición teórica que se adopte en relación con la discusión actual sobre la expansión del Derecho penal.

En el terreno propio de la política criminal, se señala que el desarrollo actual del Derecho penal de la sociedad del riesgo transita hacia una concepción preventiva (general positiva o integradora) de la legitimación del poder punitivo, cuyo objeto de protección normativa se desplaza del concepto de bien jurídico individual hacia la categoría sociológica de funciones sociales, vale decir, asistimos a un proceso de funcionalización y flexibilización del Derecho penal, de cara tanto a la prevención de situaciones problemáticas a gran escala, como a la protección y el mantenimiento del sistema. Ello, sin embargo, se propone también en el texto, conduce a una política criminal estrictamente simbólica, tendiente a afianzar el sentimiento de seguridad en la sociedad, así como el compromiso político-jurídico del legislador en relación con la protección de la misma.

En el marco de la discusión sobre la actual configuración de la dogmática jurídico-penal, se destaca que la caracterización del Derecho penal como Derecho penal del riesgo, implica recurrir en el proceso de elaboración conceptual a categorías dogmáticas tales como los tipos de

peligro abstracto, a la protección de bienes jurídicos supraindividuales de tipo difuso, así como a la flexibilización y desformalización del Derecho penal sustancial y procesal, con miras a producir un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal, a partir de la desmaterialización del concepto del bien jurídico. Según la autora, un Derecho penal así entendido, desnaturaliza la función primigenia de protección exclusiva de bienes jurídicos individuales por parte del mismo y, por contra, se desliza tanto hacia la tutela de normas organizativas como al mantenimiento de funciones sistémicas.

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

poder punitivo, en atención a su condición de *última ratio*.

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

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

Finalmente, con base en las líneas anteriores, se sacan *conclusiones* y se asume una posición, en los siguientes términos: *la*

finalidad de proteger frente a los riesgos y procurar más seguridad a través del Derecho penal puede mantenerse en la medida en que sea compatible con los principios básicos del Derecho penal de un Estado de derecho y con aquellos principios y categorías dogmáticas que posibiliten y aseguren en mayor medida una atribución de responsabilidad adecuada y coherente con tal modelo.

Pues bien, en el apartado anterior, quedó consignada a grandes rasgos la posición teórica que asume la autora en el texto, la cual discurre básicamente en el sentido de legitimar la intervención del Derecho penal en aquellos nuevos escenarios de riesgo para la sociedad, en la medida en que éste se adapte a los principios y categorías propios del Estado liberal, tanto en sus postulados político criminales como en su estructura de imputación de responsabilidad penal. En otras palabras, se pone de presente y se enaltece la importante función garantista de principios fundantes del Derecho penal tales como el de la protección de bienes jurídicos individuales, *ultima ratio*, lesividad, entre otros, como opción político-jurídica legítima frente a los de la postura actual que aboga por la expansión de un Derecho penal protector de funciones sistémicas, vale decir, orientado no a la protección de bienes jurídicos sino a la protección de la vigencia de las normas.

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

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

SEBASTIÁN NARANJO SERNA
Abogado
Universidad EAFIT

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

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

No obstante, sea cual fuere el temperamento del lector; el orden y la disposición con los cuales se aproximó a la obra; el tiempo que tardó en su lectura, va de suyo que, una vez leído el libro objeto de reseña, el lector se habrá percatado de algunas características, "sobresalientes" tal vez, del mismo. Así, en primer término se habrá percatado de la longitud del título: *Prolegómenos para la lucha por la modernización del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, longitud ésta que contrasta con la cortedad del libro mismo, la cual viene, empero, sugerida desde el propio título por la primera expresión que en él puede

hallarse: "prolegómenos". En segundo lugar, y sin necesidad de ser muy suspicaz, con seguridad el lector se habrá topado con autores tan variados, aún dentro de sus respectivas disciplinas, como Foucault, Nietzsche, Proudhon, Rousseau, Kant y Locke de un lado, y Schünemann, Tiedemann, Jakobs, Zaffaroni y Gimbernat de otro. Finalmente, si fue un poco más detenido, habrá observado que en el libro se emplean expresiones tales como "batalla", "lucha", "vencer", "resistencia", las cuales reflejan de manera diáfana la intensidad de una discusión teórica que gravita, casi de manera inexorable, en torno al poder. Esa sería, con todo, una primera observación.

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

En este orden de ideas, las conclusiones son dos: en primer lugar, afirma el autor del texto, debe superarse el derecho penal de la ilustración, como quiera que supone la protección de los intereses de una clase social, en desmedro de las otras, lo cual pudo haberse dado cuando estas últimas estaban "materialmente" excluidas de la sociedad; la segunda conclusión, derivada de la primera, sería que, en lugar de ese Derecho penal, debe construirse un nuevo Derecho penal, que atienda también a los comportamientos de las clases sociales poderosas.

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

1) Antes de todo, el profesor Gracia trata de exponer qué se entiende por "moderno", esto es, qué es "la modernidad", de suerte que, una vez expresado el concepto, se coteje con el nuevo Derecho penal de cara a saber si es posible caracterizarlo como moderno. En ese sentido, afirma que: "moderno" y "modernidad" son "únicamente palabras con cuyas mención sólo se remite a materiales históricos constituidos por una multitud de objetos, acontecimientos, enunciados, ideas, discursos y relaciones entre ellos, para, a continuación, iniciar y desarrollar una indagación sobre sus características y sobre su sentido, con el fin de alcanzar algún conocimiento significativo sobre ellos como condición previa e indispensable de la posibilidad de comprensión, precisamente, de los conceptos mismos de "moderno" y

"modernización" de que se habla" (p. 43). Más adelante puntualiza que, en todo caso, la modernidad es un punto de ruptura en relación con el ayer; la etapa histórica que supone un rompimiento con épocas pretéritas; de esta suerte, el Derecho penal de la ilustración pudo haberse considerado "moderno" debido a que significaba una ruptura con el Derecho penal del *Ancien Régime*. Con todo, aclara, es más adecuado llamar al Derecho penal de la ilustración "Derecho penal liberal", pues muestra el contexto sociopolítico en que se dieron las condiciones de posibilidad de ese preciso Derecho penal (p. 44). Finalmente afirmará, siguiendo a Ignacio Sotelo, que puede predicarse de algo que es moderno cuando reúne dos condiciones: (i) aparición de nuevos objetos o modificación de los existentes, que el autor llama "condición formal"; y; (ii) ruptura sustancial en relación con la situación anterior, denominada "condición material".

2) Una vez establecido el concepto de "modernidad" o de "moderno", el autor trata de mostrar por qué los contenidos del Derecho penal son modernos. Antes de cotejar contenidos y conceptos, aclara que el actual Derecho penal implica un cambio, en principio cuantitativo, en relación con el Derecho penal tradicional. Este "nuevo" Derecho penal de que se habla estaría conformado por: el Derecho penal del riesgo, el Derecho penal económico y del medio ambiente, el Derecho penal de la empresa, el Derecho penal de la globalización,

el Derecho penal de la Unión Europea, y, finalmente, el Derecho penal del enemigo. Todos estos conjuntos normativos, considerados de manera individual o conjunta, implican un cambio cuantitativo en relación con el Derecho penal tradicional, como quiera que: o suponen el adelantamiento de las barreras de protección penal; o llevan aparejadas modificaciones en los modelos de imputación jurídico penal; o criminalizan nuevos comportamientos, todo lo cual va permitiendo afirmar que, efectivamente, se cumple la "condición formal" para que pueda decirse de algo que es moderno.

3) El tercer punto, en la tesis de Gracia, consiste en construir un concepto de Derecho penal moderno en sentido material. No obstante, aclara que el cometido de la publicación es, simplemente, formular un concepto material "como hipótesis de trabajo". En esa construcción no comparte los criterios de "la crítica a la modernización", pues según estos el Derecho penal actual sería moderno debido a que supone una ruptura con principios liberales, propios del Estado de derecho. Gracia, empero, considera que los postulados y principios que orientan la modernización del Derecho penal son perfectamente conformes con el Estado de derecho. Eso sí, siempre que se entienda que las garantías del Estado de derecho no son las postuladas desde el discurso penal de

la ilustración, pues ellas contemplan ambivalencias y exclusiones, son selectivas y represivas sólo respecto de las clases sociales desfavorecidas, razón por la cual no son sostenibles en un Estado de derecho. De allí que, según Gracia, afirmar que la vigencia del Derecho penal moderno implica una vulneración o flexibilización de las garantías del Estado de derecho es "confundir la velocidad con el movimiento" (pp. 156 y 157).

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

las cosas, se trataría de recuperar un campo de "criminalidad material" que hasta hoy se ha encontrado cubierto por el ropaje de derecho subjetivo.

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

Siendo, entonces, que todo el discurso de Gracia gira en torno a la modernidad, valdría la pena manifestar un primer desacuerdo, pues no parece claro qué es "modernidad" o moderno, o por lo menos no parece claro en la obra del profesor español, y en ese sentido sería pertinente adherirse a la voz de Foucault cuando afirmaba que "el término moderno está evidentemente vacío de sentido"¹. Y aún si se lo pretende llenar de sentido, es, cuando menos, objetable que se diga que un proyecto jurídico penal y político criminal como el propuesto por Gracia sea moderno, pues la modernidad, según la teoría política, se ha caracterizado precisamente por la existencia de elementos divergentes a los señalados en su obra, tales como:

¹ FOUCAULT, MICHEL, *Defender la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 79.

una economía nacional, esto es, un mercado nacional, y, ser un proceso de relevante seguridad jurídico-política al interior del Estado. De allí que resulte menos confuso hablar de posmodernidad, como quiera que esta comporta elementos más cercanos a los descritos por el profesor, como el intenso desarrollo científico, la estructuración de una economía mundializada, la pérdida de valor de la soberanía y la reacción institucional frente a nuevos "macroproblemas", tales como la corrupción, el narcotráfico, el daño al medio ambiente sano, entre otras².

Y aún si se asume que es preciso y delimitado el concepto de modernidad dado por Gracia, habría que preguntarse si resulta tan evidente, como al parecer lo asume el autor, cuándo nos encontramos frente a un cambio, una ruptura sustancial, una modificación cualitativa en relación con situaciones anteriores, y no simplemente frente a una diferencia, una ruptura de grado, dificultad que ya había sido puesta de presente por Perelman, quien se preguntaba "¿en qué momento el cambio, en lugar de ser un cambio de grado, se vuelve un cambio de naturaleza?"³.

² Para las características de la modernidad y de la posmodernidad véase, MONTÓYA BRAND, MARIO y A.V. VÁSQUEZ, "Hacia un panorama teórico de las afecciones y riesgos colectivos en Colombia", en *Estudios de Derecho*, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Nº 137, Julio de 2003, pp. 18-23.

³ PERELMAN, CHAIM, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, Bogotá, Norma, 1997, p. 122.

Por otra parte, ya en lo tocante a la propuesta político-criminal de la obra, el autor considera que no es válida una crítica formulada desde los principios liberales, dado que nos encontramos en un Estado social de derecho y no en un Estado liberal de derecho. No obstante, es desafortunado considerar este tema de tal forma, ya que de la sola cláusula del Estado social de derecho no puede desprenderse un único sentido, así como tampoco una sola filosofía; por el contrario, todo Estado social de derecho, y "la Constitución colombiana actual no se diferencia significativamente de cualquiera otra contemporánea que pretenda; como en ella, configurar un "Estado social de derecho"⁴, plantea un permanente conflicto entre una filosofía liberal y otra social, siendo perfectamente posible adoptar tanto una política criminal eminentemente liberal, como un Derecho penal garantista, cuando menos en el sentido también liberal del término⁵.

De la misma manera que resulta inconveniente realizar una lectura como la que hace Gracia de las filosofías constitucionales, pues desconoce que una misma

⁴ GAVIRIA DÍAZ, CARLOS: "La defensa de la autonomía en un país heterónimo", en [www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/Carlos Gaviria.pdf](http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/Carlos%20Gaviria.pdf)

⁵ PÉREZ TORO, WILLIAM F. "Constitución y reglamentación", en *Estudios políticos*, Nº4, Medellín, Universidad de Antioquia, Julio-diciembre, 1993, p. 80.

constitución puede prohijar más de una filosofía, resultaría perjudicial, si no se piensa con mayor detenimiento, el trasplante de dicho proyecto político criminal, habida cuenta de que en Latinoamérica en general y en Colombia en particular, no halla las mismas circunstancias que en Europa, pese a que bien podría haber algunas similitudes. Alguien decía, en alguna ocasión, que "Colombia es un país que vive simultáneamente en cinco siglos"⁶, y, en consecuencia, cuenta con factores tan divergentes de los europeos que seguramente no sería ni siquiera sensato realizar el antedicho trasplante teórico y político; máxime si se tiene en cuenta que, siendo "la lucha por la modernización" la pretensión de criminalizar las conductas de los poderosos, como decía el profesor Zaffaroni refiriéndose a Latinoamérica, y esto sería aplicable de alguna u otra manera a Colombia, "son múltiples los casos que demuestran acabadamente que en nuestro medio los poderosos sólo son vulnerables al sistema penal cuando colisionan con otro poder mayor que logra retirarles la cobertura de invulnerabilidad, en una pugna que se desarrolla en la cúpula hegemónica"⁷.

Es dable pensar, en consecuencia, que este propósito de

⁶ APONTE, ALEJANDRO DAVID, "Institucionalización de la función penal y garantismo: dilemas hacia el futuro de la justicia penal en Colombia", en *Nuevo Foro Penal*, N° 64, Medellín, Universidad Eafit, 2003, p. 17.

aumentar la clientela del Derecho penal resultaría estéril: "Un "cambio (o aumento) de presos" difícilmente va a resolver (...) los problemas del país"⁸. Por el contrario, sería apenas lógico considerar que una medida de expansión del Derecho penal puede producir más problemas o intensificar los existentes; máxime si se tiene en cuenta que "la operatividad de nuestros sistemas penales alcanza niveles de violencia que son poco menos que increíbles en los países centrales" y que "el poder de las agencias del sistema penal no se ejerce conforme a legalidad en nuestro margen"⁹. Y no sería temerario afirmar que, dada la alta selectividad con la cual funciona nuestro sistema penal, el mismo seguirá descargando toda su violencia con severidad sobre los desprotegidos, quienes, ya frente a ese "moderno" Derecho penal de que hablara Gracia, no tendrán para invocar las garantías existentes en el "viejo" Derecho penal de la ilustración, que aunque precarias, tímidas y hasta modestas, son límites al fin de cuentas.

JUAN SEBASTIÁN CEBALLOS BEDOYA
Estudiante de Derecho.
Universidad EAFIT

⁷ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *En busca de las penas perdidas*, 2ª edición, Bogotá, Temis, 1993, p. 86.

⁸ GONZÁLEZ ZAPATA, JULIO, "Algunas visiones sobre la crisis de la administración de justicia", en *Nuevo Foro Penal*, N° 62, septiembre-diciembre de 1999, p. 9.

⁹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, "Crítica sociológica al Derecho penal", en www.defensapublica.org.ar/revista/1999/07/doctrina.int/nota.htm

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA

La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, segunda edición, revisada y ampliada, Madrid, Civitas, 2001

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

Cabe advertir que nuestro propósito no es el de abordar con profundidad cada uno de los temas desarrollados por el autor —tarea que rebasa los límites de una reseña bibliográfica—, sino informar al lector acerca de la estructura del

texto, enunciar las principales tesis desarrolladas por Silva Sánchez y esgrimir algunas críticas preliminares a las propuestas que plantea; lo anterior con el fin de motivar a la lectura de una obra que, sin duda, aporta elementos de análisis y genera al mismo tiempo grandes interrogantes.

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

En principio, y como manifestaciones de la expansión del Derecho penal, Silva Sánchez alude principalmente a las siguientes: la

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

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

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

Lo anterior conlleva, según el autor, a un cambio en las modalidades delictivas no intencionales, a la tipificación exagerada de conductas de comisión por omisión y de delitos de peligro, a la disminución del riesgo permitido y, en últimas, a la configuración de una legislación simbólica. Todo esto aunado a la "sensación social de inseguridad" (p. 32) que en su opinión resulta desproporcionada con respecto al peligro objetivo. Así, la seguridad se asume como una pretensión que debe ser satisfecha por el Estado y particularmente por el Derecho Penal, haciendo que cada vez sean mayores las demandas de criminalización de conductas, en detrimento de las garantías propias de un Estado de Derecho, que la sociedad considera "demasiado rígidas". (p. 41).

En esta misma línea, se hace alusión a otros fenómenos como el de la "configuración de una sociedad de 'sujetos pasivos'", y la identificación de la mayoría con la víctima del delito. En este punto, consideramos acertada su posición cuando advierte que el Derecho penal se ha llegado a identificar más como la Carta Magna de la víctima que como la Carta magna del delincuente, generando entre otros efectos, la interpretación restrictiva de eximentes y atenuantes, la interpretación extensiva de los tipos penales y el entendimiento de la pena como mecanismo de reintegración de la víctima y exclusión del autor del delito.

En la misma sección el autor pone de presente cómo la criminalidad de los

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

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

Al continuar con el desarrollo de las causas de expansión del Derecho penal, se propone un análisis que no dista de ser polémico, acerca de los llamados por él "gestores atípicos de la moral", concebidos como grupos o movimientos sociales que contribuyen a la expansión del Derecho Penal debido a la demanda de protección de sus respectivos intereses. Cita entre

estos a ecologistas, feministas, pacifistas, e incluso a la criminología crítica.

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

Continuando con el análisis del texto, Silva Sánchez le dedica varias páginas de su obra al fenómeno de la globalización económica y la

¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Primera edición, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p. 58.

integración supranacional como elementos que contribuyen a reforzar la tendencia expansiva del Derecho penal. El lector encontrará un desarrollo aún más completo que el de la primera edición e igualmente bien estructurado, de aspectos que revelan gran complejidad y que introducen los problemas transnacionales que el Derecho penal se ve abocado a asumir en la actualidad.

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

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

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

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

En efecto, el autor —y esto también es una novedad presente en la segunda edición— afirma que la propuesta de Jakobs se encuentra con obstáculos que resultan ser muy similares a los de la teoría dominante del bien jurídico. Lo anterior se utiliza por el autor

como argumento para sostener que las críticas formuladas a la teoría de Jakobs no resultan suficientes para atribuirle a esta corresponsabilidad en la expansión del Derecho penal, atendiendo a que esas mismas críticas son trasladables —con las diferencias pertinentes— a las teorías dominantes del bien jurídico. Silva Sánchez considera que incluso las posiciones de Jakobs en cuanto al alcance del Derecho Penal, los delitos y las reacciones frente a los mismos, no difieren de las de otros autores inscritos en una "visión clásica del delito", y a veces resultan menos extensivas que éstas.

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

Como una conclusión general, el autor pone de presente la transición del modelo de "delito de lesión de bienes individuales", al modelo de "delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales" (p. 121). Lo anterior, reflejado en la protección de contextos más genéricos, ha desembocado en la denominada "administrativización" del Derecho penal que el autor también explica. Con esta idea se introduce el tema de los delitos de

acumulación, como paradigma de dicho fenómeno; paradigma que, según Silva, no puede permitirse cuando se trata de imponer penas privativas de la libertad.

El lector encontrará en esta segunda edición, dos nuevas secciones dentro del análisis de las manifestaciones de la "administrativización" del Derecho penal. Una, referida a la inclusión de la actividad administrativa como objeto de protección penal, y la segunda concerniente al redescubrimiento de la inocuidad del individuo, como consecuencia de tres factores: desencanto en torno a las posibilidades de resocialización del delincuente, la sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad.

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

político-criminales del Estado de Derecho y las reglas clásicas de imputación(...)" (pp. 72 y 73).

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

Aquí, el lector encontrará nuevamente un desarrollo, ahora más amplio, del llamado "Derecho penal de dos velocidades". Para explicarlo, Silva Sánchez distingue entre dos clases de ilícitos penales: los castigados con penas privativas de la libertad y los vinculados a otros tipos de sanciones. Con respecto a los primeros contempla la necesidad de mantener el modelo liberal de principios y reglas de imputación; sin embargo expone que la respuesta a la demanda punitiva requerirá seguramente una ampliación del Derecho penal y una consecuente flexibilización de principios de garantía y reglas de imputación. Lo anterior no es cuestionado por el autor, siempre y cuando dicha ampliación no se base en la imposición de penas privativas de

la libertad. Esta configuración dualista se convierte, para Silva Sánchez, en un punto medio entre un Derecho penal amplio y un Derecho penal "mínimo y rígido" que según él, la sociedad no estaría dispuesta a admitir.

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

El autor -y creemos que en esto no le falta razón- relaciona las ideas anteriores con el *derecho penal del enemigo* propuesto por Jakobs. En este sentido manifiesta que en ámbitos donde el sujeto con su conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma sino todo el Derecho, puede plantearse el incremento de penas de prisión y la relativización de las garantías; a esto añade que el Derecho penal de la tercera velocidad sólo debe considerarse para "hechos 'de emergencia'", como una especie de "Derecho de guerra" en el cual se

renuncia a "soportar los costes de la libertad de acción" (p. 166).

Silva Sánchez no desconoce el cuestionamiento acerca de si el Derecho penal del enemigo puede considerarse realmente "Derecho" o es, por el contrario, una reacción de hecho. Para responder a esta inquietud, se refiere a la necesidad de revisar permanentemente presupuestos de regulación para que el "mal" del Derecho penal del enemigo pueda considerarse realmente como el "mal menor" (pp. 166 y 167).

Los resultados a los cuales se arriba así son, en nuestro sentir, insatisfactorios; a través de ellos se puede dar cabida a demandas de punición irracionales y pierde sentido toda referencia al carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. En efecto, si ya resultaba criticable la introducción de una "segunda velocidad" del Derecho penal, una "tercera velocidad" parece inconcebible desde los postulados de un Derecho penal mínimo, respetuoso de los principios y garantías del Estado de Derecho. Creemos que todos los problemas sociales no pueden reconducirse al ámbito del Derecho penal, pues por esta vía se desemboca en una sobrecriminalización que desconoce, entre otros aspectos, el carácter fragmentario de la intervención penal y sus diferencias con un Derecho administrativo sancionador.

De esta manera, pretender la flexibilización de garantías, principios y reglas de imputación frente a delitos castigados con penas diferentes a

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

Así, las circunstancias de la sociedad postindustrial -que el autor expone de manera magistral en la obra objeto de análisis-, nos deben conducir, no a la aceptación resignada de un fenómeno "inevitable" sino a la discusión y denuncia de prácticas que alejan al Derecho penal de su sustrato básico²: la dignidad humana. Por eso nos sostenemos con firmeza en la concepción de un Derecho penal, no de "enemigos", sino de "ciudadanos".

SUSANA ESCOBAR VÉLEZ
Estudiante de Derecho.
Universidad EAFIT

² En este mismo sentido Cfr. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "El nuevo Derecho penal autoritario" en *Revista Nuevo Foro Penal* N° 66, Medellín, Universidad EAFIT, septiembre-diciembre de 2003, pp. 15 a 41.