

PROF. DIEGO ARAQUE MORENO. ¿DERECHO PENAL DEL RIESGO O DERECHO PENAL LIBERAL? 11-33. REVISTA CENIPEC. 31. 2012. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. DIEGO ARAQUE MORENO

**¿DERECHO PENAL DEL RIESGO O DERECHO PENAL LIBERAL?**

**Recepción:** 04/11/2011.

**Aceptación:** 16/05/2012.



Prof. Diego Araque Moreno  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN  
MEDELLÍN - COLOMBIA  
*daraque@udem.edu.co*

### **Resumen**

El artículo aborda la actual discusión sobre la idoneidad del Derecho penal liberal para responder a los desafíos de un nuevo modelo de sociedad. En él se describe el debate entre quienes están a favor y en contra de un nuevo Derecho penal y se abordan los principales argumentos y críticas de unos y otros. Finalmente se analiza la viabilidad de un nuevo modelo penal en el contexto latinoamericano.

**Palabras clave:** sociedad del riesgo, modernización, expansionismo, resistencia.

### **The criminal law of risk or liberal criminal law?**

#### **Abstract**

The article addresses the current discussion regarding the suitability of liberal criminal law for meeting the challenges of a new model of society. It provides an overview of the debate between those in favor and those against a new model of criminal law and looks at the main arguments and criticisms on each side. Finally, it discusses the viability of a new criminal justice model in the Latin American context.

**Key words:** risk society, criminal law, modernization, expansionism, resistance.

## **Droit pénal du risque ou droit pénal libéral?**

### **Résumé**

Cet article aborde la question d'actualité relative à la discussion à propos de l'adéquation du droit pénal libéral pour répondre aux défis imposés par le nouveau modèle social. Nous avons essayé de restituer le débat en expliquant les positions assumés par ceux qui sont à faveur d'un nouveau droit pénal et de ceux qui sont contre, en reprenant les principaux arguments et les critiques érigés par les uns et les autres. Enfin, nous analysons la viabilité d'un nouveau modèle pénal dans le contexte latino-américain.

**Mots clés:** société du risque, droit pénal, modernisation, expansionnisme, résistance.

## **Direito penal de risco ou direito penal liberal?**

### **Resumo**

O artigo aborda a atual discussão sobre a idoneidade do Direito penal liberal para responder aos desafios de um novo modelo de sociedade. Nele se descreve o debate entre aqueles que estão a favor e contra um novo Direito penal, abordando os principais argumentos e críticas de uns e outros. Finalmente se analisa a viabilidade de um novo modelo penal no contexto latino-americano.

**Palavras chave:** sociedade de risco, direito penal, modernização, expansionismo, resistência.

## 1.- Introducción

Como es ya bastante sabido, desde finales del Siglo XX y principios del Siglo XXI se ha venido evidenciando que el punto central de controversia en el discurso jurídico penal gira en torno al tema relacionado con la necesidad de un Derecho penal que esté en condiciones de responder de manera idónea a los desafíos que plantea un nuevo tipo de sociedad; nuevo modelo de sociedad que según Beck (2006: 22) se denomina como la sociedad del riesgo y que se caracteriza, entre otros aspectos, porque en la misma “figuran riesgos y consecuencias de la modernización que se plasman en amenazas irreversibles a la vida de las plantas, de los animales y de los seres humanos. Al contrario que los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, estos riesgos ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y 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”.<sup>1</sup>

Esas amenazas globales o supranacionales, reflejadas en los gigantescos avances científicos, industriales o tecnológicos característicos de la sociedad postindustrial, generan una sensación permanente de intranquilidad e inseguridad entre los miembros que participan en las distintas relaciones de tráfico social.<sup>2</sup> Esto ya que los riesgos en cuestión amenazan con afectar a un número indeterminado de sujetos, a todo un significativo grupo poblacional, abarcando incluso a las generaciones que todavía están por venir (Beck, 2006: 48 - 49); situación que ha llevado por cierto a algunos a preguntarse si es posible y necesario preservar el futuro de la humanidad por

<sup>1</sup> Sobre las características de este tipo de sociedad y sus consecuencias para el Derecho penal, Mendoza (2001). Apartándose de los aportes “políticos” de Beck, y compartiendo el punto de partida del “real descubrimiento sociológico del riesgo” caracterizado por N. Luhmann, véase a Prittwitz (2004: 147 y ss).

<sup>2</sup> Según Beck (2006: 33) “... los riesgos y peligros de hoy... son un *producto global* de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados *sistemáticamente* con su desarrollo ulterior”. Siguiendo a Mendoza (2006: 352), cabría sostener que “la posibilidad, mayor cada día, de que se produzcan daños que afectan a una buena parte de la Humanidad o, al menos, a un colectivo indeterminado pero grande de personas es algo que querámoslo o no, marca de forma decisiva nuestras vidas y la forma de concebir, enfocar y tratar con los nuevos riesgos que, en ocasiones –de manera especial en los países pobres-, se superponen a los peligros ‘tradicionales’, naturales o no, pero más conocidos”.

intermedio del Derecho penal. V.gr., autores como Schünemann (1996, 20 - 21), procuran por la necesidad de dispensar protección penal al medio ambiente en pro de la protección de las futuras generaciones, pues, según dice, “...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...”<sup>3</sup>

Así vistas las cosas, es evidente la dificultad que existe con miras a pronosticar las consecuencias nefastas que pueden seguir de la manipulación de esas amenazas de naturaleza supranacional derivadas por ejemplo de la manipulación de riesgos como la energía atómica o nuclear, por hablar solamente de un caso. Por esta misma razón resulta ciertamente complicado ejercer un control efectivo sobre la manipulación que de dichos procesos realiza el hombre, más todavía si se tiene en cuenta que los riesgos derivados de este tipo de actividades se caracterizan por ser “invisibles” e “irreversibles” al igual que por un alto potencial de destrucción masiva, al punto que según Beck (2006: 36) en últimas “La sociedad del riesgo es una sociedad *catastrófica*”.

De allí que no sea de extrañar que en los miembros de la sociedad que someramente se viene de caracterizar exista un constante y permanente temor o sensación de inseguridad;<sup>4</sup> lo cual en muchas ocasiones se traduce en una

<sup>3</sup> Próximo, Roxin (2007: 79), en donde se señala sobre este aspecto que “el maltrato de animales y el exterminio de especies animales deben ser penados de la misma forma que, por ejemplo, la destrucción del clima terrestre que perjudica eficazmente la vida de las generaciones venideras. Se podría pensar que estos dos eventos contradicen la idea de protección de bienes jurídicos, pues el atentado contra los animales y las futuras generaciones no afectan necesariamente la coexistencia pacífica de los hombres que viven en la actualidad. Sin embargo, por eso no se necesita renunciar al principio de protección de bienes jurídicos como lo quiere hacer Stratenwerth. Solamente hay que ampliarlo haciendo extensivo el contrato social, más allá del círculo de los hombres que viven actualmente, a otras criaturas y a las generaciones futuras”.

<sup>4</sup> Sobre esta problemática, la de la inseguridad, analizada en sus dimensiones objetiva y subjetiva, Mendoza Buergo (2006: 356 - 359).

demanda de protección que es exigida por los propios ciudadanos y que viene a ser dispensada en algunas ocasiones desde el ámbito y con las propias herramientas que caracterizan al Derecho penal.

Por este camino el Derecho penal de nuestros días se caracteriza principalmente por la expedición desmesurada de leyes en materia criminal con miras a enfrentar los nuevos desafíos que se siguen del nuevo tipo de sociedad, lo cual se realiza haciendo uso de nuevas técnicas que se estiman adecuadas para responder a esas nuevas necesidades de criminalización acudiendo por ejemplo a los llamados delitos de peligro abstracto; o dispensando protección a los denominados bienes jurídicos de carácter difuso o de naturaleza colectiva; o bien adelantando las barreras de protección penal mediante la criminalización de actos que en principio podrían ser estimados como de simple preparación; ora mediante técnicas de interpretación como la que corresponde a los delitos cumulativos; o quizá mejor, apelando a construcciones normativas a través de las cuales se procura disciplinar situaciones de riesgo como en el caso de la teoría de la imputación objetiva o las nuevas tesis sobre el dolo; más todavía: acudiéndose al uso indiscriminado de los tipos penales en blanco; o, por poner un último ejemplo dentro del amplio abanico de posibilidades, criminalizando parte de aquellos comportamientos que otrora quedaban reservados a otras ramas del derecho sancionador dando lugar de esta manera al no menos conocido fenómeno de la administrativización del Derecho penal.<sup>5</sup>

Siendo este el contexto que jalona la discusión del Derecho penal de principios de siglo, de su estudio trata en consecuencia el presente artículo en el cual se abordarán de forma descriptiva las principales críticas al modelo liberal de Derecho penal que a su vez lideran el discurso de la modernización de la herramienta punitiva como respuesta al discurso de la resistencia que desde la denominada Escuela de Frankfurt procura la defensa a ultranza del Derecho penal garantista rehusándose rotundamente al uso de éste como

<sup>5</sup> Según Prittitz (2004: 150 - 151), el Derecho penal del riesgo se ha convertido en un Derecho penal expansivo entendido en sentido tridimensional: creación de nuevos bienes jurídicos, adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible y reducción de las exigencias de reprochabilidad que se expresa en el cambio de paradigma de hostilidad al bien jurídico a la peligrosidad para el mismo.

instrumento idóneo, adecuado y proporcional para la solución de los problemas que se originan en los nuevos riesgos derivados de los avances y desarrollos sociales; así mismo se examinarán también de forma descriptiva las más importantes propuestas o alternativas que con respecto al Derecho penal del riesgo se han ensayado desde distintos sectores de la doctrina, para, finalmente, analizar la discusión en cuestión primordialmente desde el punto de vista de las necesidades de los países de la periferia.

## **2.- El discurso de la modernización del Derecho penal**

Los peligros empíricamente verificables derivados de la sociedad del riesgo se erigen en la principal causa –más no la única, pues también se apela a fenómenos como la globalización y nuevas formas de crimen organizado– que orienta la propuesta de “modernización” del Derecho penal como quiera que éste en tal orden de ideas debe responder de manera eficaz e idónea frente a los nuevos desafíos de que se viene hablando, si bien algún sector de la doctrina se muestra bastante escéptico y crítico con esta posición.<sup>6</sup>

Por esta razón los defensores de la propuesta que tiende hacia el modelo de modernización señalan que el enfoque clásico del Derecho penal necesariamente debe ser revisado toda vez que el mismo no está en condiciones de reaccionar de forma adecuada a las nuevas necesidades de protección de la sociedad del riesgo pues éstas se caracterizan por las interconexiones causales en la producción de los daños y, en dicho orden de ideas, por la ejecución de acciones anónimas en vez del contacto intersubjetivo, propio este último de las sociedades de corte industrial.

Ante este panorama se ha suscitado una polémica entre los defensores del Derecho penal liberal que encabeza la llamada Escuela de Frankfurt y sus principales críticos o detractores. A tales efectos Schünemann (1996: 32 - 33) señala por ejemplo de manera expresa en contra de los defensores del Derecho penal liberal que “cuando la escuela de Frankfurt postula la reconducción, por principio, del Derecho Penal a los delitos de resultado,

<sup>6</sup> Así por ejemplo, Prittwitz (2004: 173), señala expresamente, contra la tesis que sugiere apelar al Derecho penal para la preservación del futuro, que “esta utilización del Derecho penal constituye una respuesta ineficaz, contraproducente y simbólica en el peor sentido del término”.

está abogando por una negativa a la modernización del Derecho Penal, negativa que necesariamente ha de fracasar en la finalidad de éste de proteger bienes jurídicos, al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna”.<sup>7</sup>

En este mismo sentido Silva Sánchez plantea a su vez la imposibilidad de “volver” al Derecho penal liberal con respecto al cual señala de paso que “nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. La verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días” (2006: 165).

Siendo ello así se expresa de forma plenamente consecuente que el “viejo” Derecho penal necesariamente debe ser reemplazado por otro mucho más “moderno” que esté en condiciones de proteger no sólo los bienes jurídicos que se puedan reconducir a intereses de carácter personal –como se propone desde Frankfurt- sino también de responder frente a los nuevos peligros que subyacen en el modelo de la sociedad postindustrial brindando por consiguiente protección a bienes jurídicos de carácter supraindividual o colectivo, como es el caso por ejemplo del medio ambiente.<sup>8</sup> Así las cosas es indispensable someter a examen la estructura del Derecho penal clásico, especialmente sus principios

<sup>7</sup> La respuesta a la “filípica” de Schönemann se puede observar en Prittwitz (2004: 159 - 161), quien señala que “los ataques de Schönemann me parecen no sólo lingüísticamente excesivos, sino poco convincentes, dado que una doctrina monista y personal del bien jurídico reconoce absolutamente bienes jurídicos universales, y nada, salvo la retórica petulancia y combatividad de Schönemann, obliga a esta doctrina, en el conflicto entre ‘la más insensata veleidad del individuo egoísta’ y ‘las condiciones de vida de las futuras generaciones’, a tomar partido por la primera. Naturalmente, puede y debe producirse 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 Schönemann no ofrece ningún aporte argumental. Quien sostenga la posición mencionada en último lugar con la grandilocuencia de Schönemann, 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!’”.

<sup>8</sup> En este sentido, entre otros, G. Stratenwerth (2005), quien de forma expresa señala en el Prólogo de la última edición de su Manual que “el punto de partida del pensamiento individualista tradicional de la ciencia del Derecho penal ya no se ajusta a los desafíos de la actualidad, en vista especialmente de las enormes amenazas para el ecosistema de la tierra”.

y garantías político criminales, al igual que sus presupuestos o reglas de imputación de responsabilidad penal, como quiera que éstas fueron creadas o diseñadas pensando en otro tipo de sociedad y de acuerdo a unas necesidades distintas a las que rigen en la actualidad. O quizá mejor: el Derecho penal liberal tuvo su origen en un contexto social que según se viene de ver hoy por hoy ha sido de lejos superado, pues, siguiendo en esto a Feijóo, “si algo es evidente es que el Derecho penal creado para estabilizar las sociedades industriales que tienen su origen en el Siglo XIX ya no es válido cuando ese modelo ha entrado en crisis, como demuestra una lectura de la obra de Beck. Si el paradigma social ha cambiado, tal y como están intentando hacerlo ver las Ciencias sociales, y la sociedad vigente ya no corresponde con el modelo de sociedad industrial, el Derecho penal tendrá que acompañar ese cambio de paradigma. Si las características de la sociedad actual como Sociedad del riesgo obligan a cambiar las estrategias preventivas públicas o estatales modificando el perfil de los Estados modernos, el Derecho penal no se puede mantener impasible ante esa dinámica evolutiva, sino que tiene que procesarla internamente de acuerdo con sus fines y funciones” (2006: 150 - 151).

Como consecuencia de todo lo anterior se fundamenta ampliamente sobre la necesidad de modernizar el Derecho penal, lo cual, como se ha venido sosteniendo, se ve reflejado entre otros aspectos en la protección penal de nuevos intereses y la consiguiente creación de nuevas figuras delictivas, en especial en aquellos casos en que es posible pronosticar un riesgo para bienes jurídicos de carácter colectivo o supraindividual los cuales vendrían a ser precisamente aquellos que se hace menester blindar frente a los nuevos desafíos y peligros provenientes de la existencia de un nuevo orden social tratando de esta forma de preservar el futuro y las generaciones venideras a través de la herramienta punitiva y su supuesta protección a este tipo de intereses que involucran a toda la colectividad. Aquí la protección penal vendría dada por distintas técnicas que orientan la función que le compete al legislador, de dudosa o cuestionable recepción dentro del modelo político de Estado de Derecho habida cuenta que muchas de ellas desconocen o soslayan los principios político criminales que orientan el Derecho penal dentro de un modelo político del juez en mención, situación que precisamente motiva toda la discusión de la que se ha venido hablando pues, de no ser así,

esta última carecería de todo tipo de sentido y por lo mismo sería completamente infundada.

Por poner solo un ejemplo de las múltiples herramientas a las que se acude preferentemente y que son de bastante usanza en la política criminal de los días que corren, piénsese nada más en los llamados delitos de peligro abstracto por cuyo intermedio el Derecho penal anticipa las barreras de protección al criminalizar aquellos comportamientos que todavía no han producido ninguna lesión o riesgo concreto para el bien jurídico respectivo pero en relación con el cual habida cuenta su naturaleza o trascendencia se estima que se hace menester suministrar este tipo de protección de carácter anticipado; a costa por ejemplo del tradicional principio de lesividad, establecido como uno de los más importantes baluartes del Derecho penal garantista, lo que importa más bien es dispensar protección penal de cara a situaciones típicas de procesos de riesgos considerables, anticipándose de esta forma el legislador a cualquier tipo de lesión o daño; renunciando de paso a las exigencias de tipo probatorio ya que en los delitos de peligro abstracto no se hace necesaria, con el mismo rigor, la demostración de los extremos fácticos y subjetivos propios de los procesos de tipificación de resultados causales o de lesiones para un bien jurídico.<sup>9</sup>

O se apela también, con igual o mucha más frecuencia que en el caso anterior, sobre todo cuando se trata de materias que oscilan al vaivén de los cambios frecuentes y constantes, como sería el caso por ejemplo del orden económico social, a la tesis de los llamados tipos penales en blanco, mediante los cuales el legislador delega su facultad democrática de configuración y determinación de los preceptos normativos al remitir o reenviar a otras normas de carácter extrapenal –donde de manera mucho más técnica se disciplinan este tipo de asuntos- a efectos de poder concretar la materia misma de prohibición, definida por aquél de forma incompleta o abierta en los respectivos supuestos

<sup>9</sup> Véase Hans (2004: 131 - 132), quien al tiempo señala que es el campo de las contravenciones administrativas y de las faltas el espacio inicialmente reservado para esta técnica de tipificación, “de lo que se sigue que tienen que existir razones especiales en el injusto respectivo, que legitimen objetivamente un encasillamiento excepcional dentro del Derecho penal criminal”, a saber, “la dimensión del daño amenazante y la altura del riesgo respectivo” examinados a la luz del principio de proporcionalidad.

de hecho; quedando así en entredicho, entre otros, el principio de reserva de ley, pues en últimas es un organismo distinto al representante de la voluntad popular el que determina las conductas merecedoras de sanción penal, tratándose las más de las veces de autoridades ejecutivas que fungen para el caso como los respectivos órganos de control de la materia de que se trate.<sup>10</sup>

O por citar un último ejemplo, se propone también el mecanismo de los delitos cumulativos; aunque en este caso se trata más de una técnica de naturaleza interpretativa que consistente en que comportamientos considerados como insignificantes o de poca monta terminan siendo altamente lesivos si se suman o acumulan entre sí de suerte tal que pequeños daños al ecosistema, por poner el caso quizá más paradigmático, pueden tener un alto potencial destructivo si los comportamientos se vuelven reiterativos dentro de los múltiples integrantes de la sociedad.<sup>11</sup> De esta manera, por este camino, se terminan criminalizando conductas que por sí solas resultan inocuas para dañar o lesionar el bien jurídico en sí mismo considerado, esto es se sancionan delitos considerados como bagatelas en claro detrimento del principio de lesividad; amén que también se vendría a vulnerar entre otros el principio de responsabilidad personal o subjetiva según el cual las personas responden individualmente en materia penal por lo que efectivamente hacen y no por los resultados de terceros.<sup>12</sup>

Situaciones como las anteriormente descritas, entre otras, son las que justo han provocado la controversia en pro o en contra de un nuevo modelo de Derecho penal. Pues así vistas las cosas es claro que el uso indiscriminado de estas –y otras– “nuevas” herramientas o técnicas legislativas –que incluso abarcan el campo procesal y por tanto no son exclusivas del Derecho sustancial– termina por desnaturalizar al Derecho penal entendido éste en

<sup>10</sup> Sobre esta problemática, Sandoval (1991: 95 - 124).

<sup>11</sup> O como lo afirma Alcácer (2001: 151): “la imputación de 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 los hiciéramos*, a la destrucción futura del planeta o, por poner un ejemplo menos drástico, y más factible a corto plazo, a la destrucción irreparable de los bosques húmedos del trópico”.

<sup>12</sup> Sobre las críticas a los tipos cumulativos o aditivos, resulta de interés, entre otros, el aporte de Silva (2004), en donde se concluye que dicha figura es una clara manifestación del llamado fenómeno de la “administrativización del derecho penal”, a la vez que mediante la misma se procura la flexibilización de las reglas de imputación penal.

sus términos más tradicionales. Es más, se señala o se sostiene que el Derecho penal de principios de siglo ya no tiene por finalidad exclusiva la protección de los bienes jurídicos objetivamente merecedores de sanción penal; sino que, incluso, ha pasado a invadir otras esferas que en otros tiempos eran del resorte exclusivo del derecho administrativo sancionador; por lo anterior se ha vuelto recurrente hablar así mismo de la administrativización del Derecho penal como una de las tantas consecuencias del fenómeno de la modernización, mediante el cual también serían merecedores de reproche penal meros ilícitos de desobediencia o infracciones de tipo administrativo, perdiendo de esta manera la herramienta penal el norte en lo que tiene que ver con su carácter de *ultima ratio* o mecanismo extremo al regular fenómenos que otrora eran objeto de reglamentación por parte del Derecho penal administrativo o sancionador.<sup>13</sup>

### 3.- El discurso de la resistencia

Ahora bien, una de las principales críticas dirigidas al Derecho penal de los últimos tiempos proviene de la denominada Escuela de Frankfurt, siendo por tanto Hassemer uno de los principales opositores al fenómeno de la modernización del Derecho penal y en este mismo orden de ideas uno de los principales defensores del enfoque clásico o liberal –discurso de la resistencia.

En efecto, como es de sobra conocido, esta escuela de pensamiento es una de las defensoras del “viejo” Derecho penal, propio de la época de la ilustración, por manera que en este mismo sentido se ha encargado de reivindicar la validez plena de los principios político criminales conquistados en aquella época como verdaderas garantías ciudadanas y límites al ejercicio del poder punitivo, siendo en consecuencia una postura antropocéntrica al configurar a la persona de carne y hueso como el eje o el centro de la construcción de todo el sistema penal.

Para la *Frankfurter Schule*, por consiguiente, el Derecho penal se erige en una herramienta de *ultima ratio*, de mínima intervención, cuyas principales

<sup>13</sup> Sobre este tópico, Feijóo (2006: 157), quien críticamente señala que “si quiere ser legítima, la pena estatal tiene vetada la posibilidad de punir un hecho que individualmente considerado carezca de lesividad o peligrosidad para otros ámbitos de organización, es decir, no sea una organización defectuosa que pueda afectar por sí misma a otros ámbitos de organización”.

características vendrían a ser en este orden de ideas la subsidiariedad, la fragmentariedad, la protección de bienes jurídicos de carácter personal, etc. “En esta concepción clásica –señala Hassemer (1999: 19)-, el derecho penal es ciertamente un medio violento de represión, pero también un instrumento de garantía de la libertad ciudadana, y como tal es indispensable para asegurar la convivencia; lo que no quiere decir que sea autónomo, sino un eslabón de una cadena; la *ultima ratio* para la solución de los problemas sociales, y no una panacea de los mismos”.

Aunque lo cierto es que, como lo señala algún sector de la doctrina, bajo el nombre de Escuela de Frankfurt confluye toda una pléyade de autores de enfoques que abarcan desde las posturas abolicionistas hasta otras mucho más morigeradas de orientación simplemente reduccionista.<sup>14</sup> Con todo, como se ha replicado desde el centro mismo por parte de algunos de sus propios exponentes, lo que permite hablar de una escuela en este caso, más allá de los distintos aspectos en que enfatiza cada uno de sus integrantes, es su misma posición crítica y escéptica hacia la capacidad de respuesta del Derecho penal y su señalamiento constante al mismo como una herramienta de terror y abuso que permite el dominio del Derecho en su interior, posición que, por cierto, se reconoce que no es única ni exclusiva de este movimiento (Prittwitz, 2004: 178 - 179).

Siendo así lo anterior, es entendible que los miembros de este enfoque asuman así mismo una postura crítica a propósito del fenómeno mismo de la modernización que del Derecho penal se demanda a partir de la idea principal de la existencia de nuevos riesgos y peligros propios de los avances y desarrollos sociales. En palabras de Feijóo (2006: 145 - 146), “la escuela de Frankfurt canaliza sus críticas globales contra el ‘Derecho penal moderno’ por su insostenible situación, al haber quedado configurado mediante bienes jurídicos o normas que no se corresponden con un modelo liberal-clásico de delito y por sus tendencias intervencionistas y expansionistas. Según estos autores, el Derecho penal característico de los estados europeos occidentales presenta un perfil insostenible por sus características anti-liberales y anti-

<sup>14</sup> Véase en Feijóo (2006: 140), nota 11.

ilustradas. A partir de dicho diagnóstico se propugna la vuelta a un tradicional Derecho penal liberal característico de la Ilustración y las revoluciones burguesas que algunos de estos autores han mitificado”.

Como ya se señaló, ha sido Hassemer uno de los principales fustigadores del discurso del Derecho penal moderno, a cuyos efectos ha expresado precisamente que la “Dialéctica de lo moderno”, en materia penal, se caracteriza, lo mismo en la teoría que en la práctica, por una metodología empírica que remite a las consecuencias jurídicas y que prescinde de la metafísica (i); por una orientación preventiva de la pena (ii); y por un interés marcado de comprometer al legislador penal por intermedio de principios político criminales como el del bien jurídico (iii). Todo esto se traduce específicamente en una política de criminalización enfocada a determinados sectores cuyos instrumentos preferidos son la protección de bienes jurídicos institucionales y el uso de delitos de peligro abstracto, convirtiéndose así el Derecho penal en una “política de seguridad” difícil de realizarse en la práctica y reducido a una función meramente simbólica cuyos costos repercuten en las garantías tradicionales del Estado de derecho (Hassemer, 1999: 19).<sup>15</sup>

Por estas razones Hassemer (1999) ha propuesto como solución concreta que el Derecho penal de tradición liberal, esto es el Derecho penal garantista, quede reservado para los delitos clásicos o tradicionales los cuales vendrían a constituir el núcleo duro o principal del sistema punitivo. De este “derecho penal básico”, cuyos límites estarían abiertos a la discusión, harían parte todas las lesiones de los bienes jurídicos clásicos individuales y los peligros graves como incendios, conducción bajo efectos de alcohol, asociaciones criminales, puestas en peligro al Estado, etc. De hecho admite también este autor, dentro de este modelo de Derecho penal básico, la protección de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, pero teniendo como referente la función que ellos cumplirían en razón de los bienes o intereses de carácter personal.

<sup>15</sup> Por su parte, Prittwitz (2004: 152 - 153) señala que “cabe temer ocasionalmente efectos colaterales contraproducentes en la intervención del Derecho penal, pues, dado que no se atajan las causas estructurales –o, dicho de un modo más certero, sistémicas- que conducen al fracaso del Derecho penal como solución, las pretendidas mejoras que en él se efectúan socavan paulatinamente su perfil constitucional”.

Consecuente con lo anterior, la propuesta de este autor, con miras a la “nueva” criminalidad de la sociedad del riesgo, sería sometida a consideración de una nueva vía, esto es una nueva rama del ordenamiento jurídico –que estaría todavía pendiente por ser desarrollada- que él denomina “derecho de intervención”, el cual se ubicaría entre el Derecho penal y el derecho administrativo sancionador, “con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones” (Hassemer, 1999: 34 - 35).

Lo que se propone entonces es la creación de una herramienta jurídica completamente nueva, idónea, capaz de reaccionar frente a los desafíos y los problemas de la modernidad, no tan rígida como las reglas de imputación y las garantías del Derecho penal en sí mismo considerado, el cual, así las cosas, no debe ser recargado por la “dialéctica de lo moderno”. Sin embargo, la falta de desarrollo y de concreción de esta nueva herramienta sería una de las críticas que comúnmente se realiza a esta propuesta señalándose que “parece de poca utilidad reaccionar contra una evolución probablemente imparable y justamente también necesaria sólo repeliéndola y proponer como alternativa –extremadamente irrealista- un ‘derecho preventivo de intervención’, cuyos contornos son por ahora, por decir poco, sumamente oscuros”.<sup>16</sup>

Aunque lo cierto es, como ya se señaló, que las alternativas propuestas por los distintos autores de la Escuela de Frankfurt son bastante variopintas como quiera que otros de sus exponentes sugieren que los nuevos problemas científico-naturales y sociales queden reservados al campo del denominado Derecho penal accesorio<sup>17</sup> o bien al Derecho civil o administrativo ya que en éstos entre otros aspectos no existen las mismas ataduras que al Derecho penal impone el modelo de Estado de Derecho (Prittwitz, 2004: 174 - 177). Sea de ello lo que fuere, cabe señalar que las propuestas de devolver al derecho administrativo todo el Derecho penal moderno, en términos generales son signadas como “academicistas”.<sup>18</sup> Con todo, lo que sí es cierto

<sup>16</sup> En este sentido, Stratenwerth (2005: 58).

<sup>17</sup> Así, Naucke (2006: 138).

<sup>18</sup> Así, Silva (2006: 167 - 168), quien desde una perspectiva “racionalizadora” del Derecho penal sugiere como algo mucho más realista acudir a un Derecho penal de “varias velocidades” el cual

es que para estos autores el Derecho penal nuclear no debe ser utilizado como la panacea de los males que se originan con ocasión de la existencia de los nuevos riesgos sociales.

Más todavía: el mismo Hassemer (2008: 62) se ha encargado de manifestar que se ha tornado anacrónica la estrategia liberal que simplemente se ha ocupado de marginar del Derecho penal el pensamiento moderno orientado hacia la seguridad. Esto lo ha venido a señalar luego de describir la situación moderna del Derecho penal fundado en la idea de la prevención y de destacar una vez más la necesidad de no renunciar “al patrimonio” propio del Derecho penal “en tanto se opere la defensa de peligros por intermedio del Derecho penal—por tanto, no se desee perseguir esa meta con Derecho administrativo o con algo así como un Derecho de intervención—” (2008: 58). Valga decir, aquel que se construye a partir de un conjunto de garantías y límites a la intervención punitiva, mismos que, precisamente, se han visto últimamente “bombardeados” por el nuevo modelo penal fincado en la idea del peligro. “De esta forma —señala— queda siempre mentado que las exigencias del Derecho penal frente a sospechosos, condenados, testigos, víctimas, parientes y respecto de todos nosotros tienen que permanecer balanceadas con las garantías ciudadanas de protección y consideración pertenecientes al Derecho constitucional”.<sup>19</sup>

---

estaría condicionado y sometido a graduación en consideración a la relación existente entre las garantías de un sistema y la gravedad de sus sanciones, de forma tal que “ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del Derecho sancionatorio tiene por qué haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías”.

<sup>19</sup> Señalando más adelante que “El Derecho penal debe, por lo tanto, reafirmarse; debe, frente a la presión preventiva, mantenerse firme y defender su patrimonio propio. Ello significa, en primer lugar, que todos los deseos de seguridad, que por fuera del Derecho penal pueden ser perseguidos también con promesa de éxito, no tienen nada que buscar en el Derecho penal; el Derecho penal es *última ratio* y debe quedar así. Significa, también, que un Derecho penal de seguridad debe hacer valer y proteger su especialidad autónoma, que consisten en centrar su atención en la personalidad y la dignidad del afectado por él, y respaldar vigorosamente la perspectiva de la libertad —huelga decir que sobre la base de la limitación de la proporcionalidad—. Y ello significa, finalmente, la obligación de trabajar para convencer que un Derecho penal orientado hacia la seguridad no puede garantizar seguridad de un modo confiable, que la seguridad tiene límites empíricos y normativos también en el Derecho penal, y que, por lo tanto, tenemos que aceptar convivir con el riesgo” (2008: 63).

#### 4.- Toma de posición

Visto todo lo anterior, con meridiana claridad cabe colegir que se asiste en la actualidad, lo mismo en la teoría que en la práctica, a la existencia de un fenómeno que, gústenos o no, procura por una redefinición del Derecho penal conforme a las nuevas necesidades del modelo de sociedad postindustrial, si bien es cierto que frente a dicho enfoque existen todavía no pocos autores que se oponen al mismo y que en su lugar lideran la defensa de un Derecho penal nuclear orientado y fundado única y exclusivamente hacia una posición garantista, al mejor estilo del Derecho penal liberal, esto es un modelo en el cual lo primordial es la defensa de los derechos individuales frente al poder omnímodo del aparato punitivo, lo cual es procurado principalmente mediante el reforzamiento y el respeto irrestricto de las garantías y principios político criminales conquistados durante la época de la ilustración, tanto en el campo sustancial como en el procesal; así, principios como los de legalidad, lesividad, protección de bienes jurídicos en función de la persona, responsabilidad individual, etc., son reivindicados en pos de legitimar mínimamente el ejercicio del Derecho penal, delegando por tanto en otros instrumentos jurídicos la solución de los conflictos que se suscitan con ocasión de los avances de la modernización y el desarrollo social y tecnológico.

Ahora bien, es claro que la modernización del Derecho penal reclamada por muchos no tendría nada de objetable si no fuera porque los términos de esa redefinición van en contra justamente de las conquistas logradas por la filosofía ilustrada, erigidas como barreras de contención frente al ejercicio del Derecho penal y, de contera, como auténticas garantías ciudadanas. De allí entonces que lo cuestionable no es tanto que el Derecho penal se acople a los nuevos desafíos propios de nuestros tiempos; o quizá mejor: lo verdaderamente criticable es en este orden de ideas que dicho replanteamiento se realice a costa de los principios político criminales del Derecho penal liberal y a espaldas de las reglas o de los presupuestos dogmáticos de imputación de responsabilidad penal. Ningún problema por consiguiente se suscitaría si el Derecho penal pudiera responder de forma adecuada a los nuevos desafíos sin soslayar los principios y los presupuestos en cuestión, armonizando así la defensa de todos los integrantes de la sociedad, más allá de su posición de víctimas o de

victimarios, como precisamente correspondería a una política criminal propia de un modelo de Estado social pero a la vez democrático y liberal de Derecho.

Como con razón lo señala la doctrina que pregona la necesidad de modernizar el Derecho penal, es una verdad inconcusa el hecho de que el modelo de sociedad actual no es en estricto rigor el mismo en el cual fueron pensadas las bases del Derecho penal ilustrado o liberal. Ciertamente, a estos efectos se manifiesta que “la sociedad actual es claramente diferente a la que existía en el siglo pasado y la de éste de la del anterior siglo” (López, 2006: 325).<sup>20</sup> Ello de por sí sugiere que el Derecho penal, como forma de control social, necesariamente ha de ser funcional a las nuevas características que definen los perfiles y contornos del nuevo entramado social, so pena de estar desvinculado de la realidad, siendo esta por cierto una de las críticas que con más frecuencia se realiza en relación con los estudios o aportes científicos de la dogmática jurídico-penal.

Así las cosas, parece claro que el Derecho penal debe tener en cuenta la nueva realidad social a efectos de lograr sus fines y cometidos, los cuales deberán seguir siendo la protección de aquellos intereses de vital importancia para la existencia y desarrollo de las facultades plenas de los individuos que componen la actual y que comprenderán las futuras generaciones, aunque teniendo como norte su naturaleza instrumental de *ultima ratio* en la solución de los conflictos sociales y sin soslayar sus limitaciones reales y empíricas a la hora de cumplir verdaderamente con dicho cometido. De no ser así se corre el riesgo que el Derecho penal sea una herramienta completamente disfuncional –al no responder a la nueva realidad social-, de espaldas a las necesidades que rigen los contactos intersubjetivos en las relaciones de tráfico social correspondientes al momento histórico actual; o bien seguirá siendo, como en efecto lo es hoy en no pocos campos, un mecanismo puramente simbólico y

<sup>20</sup> O como lo señala Mendoza (2006: 356): “... si se parte de que en el mundo actual nos enfrentamos a situaciones de riesgo novedosas y de carácter global y que la naturaleza y potenciales efectos y víctimas de los modernos riesgos no tienen que ver y son cualitativa y cuantitativamente distintos a los correspondientes a otras épocas, ello vendría a propiciar que la manera de enfrentarnos y gestionar los nuevos riesgos cambien y también lo haga, asumiendo ciertos rasgos característicos, la configuración normativa de la sociedad, con indudables efectos tanto en la política criminal como en el Derecho penal...”.

por consiguiente de poca o nula utilidad en la solución real de los conflictos sociales –en el evento de desconocer sus propias limitaciones–.

Lo anterior no significa sin embargo por sí solo que se justifique en un todo y por todo el modelo del llamado Derecho penal del riesgo, menos aún sus consecuencias sustanciales y procesales, así como ciertas figuras o estructuras delictivas. Pues como lo señala Gimbernat (1999), estimase que “los conceptos fundamentales de la Parte General siguen siendo adecuados –aún más: irrenunciables- para tratar –y penetrar en- estas nuevas manifestaciones jurídicopenales” (Gimbernat, 1999: 52). De allí que, se insiste, se ha de procurar por armonizar los dos extremos de la discusión, por lo que tampoco se trata de cuestionar, sin más, de manera general, la necesidad incontrastable de adecuar el Derecho penal a una nueva realidad y a unas condiciones que van variando con el día a día, propias de un modelo de sociedad que inhesitadamente ha propiciado un cambio de paradigma. En este orden de estimaciones, cabe compartir que, “a diferencia de lo que sostiene la denominada escuela de Frankfurt, no tiene sentido deslegitimar todas las normas penales que tienen que ver con las nuevas características sociales como una desvirtuación del auténtico Derecho penal, sino de denunciar aquellos supuestos concretos donde se está haciendo un uso ilegítimo de la pena”. Por ello, siguiendo con esta misma ilación, es perfectamente posible sostener así mismo que “el Derecho penal puede atender a nuevas necesidades sociales siempre que no se desvirtúen o desnaturalicen sus funciones y el papel que debe desempeñar legítimamente la pena estatal. Ello obliga a llevar a cabo análisis político-criminales más detallados que la descalificación global que caracteriza a lo que se ha denominado el ‘discurso de la resistencia’” (Feijóo, 2006: 153).

Lo dicho con anterioridad significa de paso que -como también ya lo ha destacado un sector de la doctrina crítica- no puede perderse de vista que el discurso de la modernización del Derecho penal ha provocado en la práctica, quizá de forma subrepticia, un endurecimiento punitivo con respecto a la criminalidad común, esto es en relación con los delitos tradicionales. A estos efectos, piénsese a título de mera ilustración en el llamado Derecho penal del enemigo, aún con toda la indefinición y los problemas de legitimidad que todavía existen sobre el mismo, con respecto al cual se ha llegado a proponer, aunque con reservas, de forma excepcional y por tiempo limitado, penas privativas de

la libertad con flexibilización de garantías y de las reglas de imputación penal, teniendo cabida dentro de esta categoría los delincuentes profesionales en materia patrimonial, así como los delitos sexuales violentos y reiterados, la criminalidad organizada y, naturalmente, el delito de terrorismo.<sup>21</sup>

Obvio que por este camino los nuevos riesgos de la sociedad postindustrial, en rigor, no vendrían a ser los que presumiblemente legitiman la expansión actual del Derecho penal.<sup>22</sup> Se trata en consecuencia de fenómenos distintos y por tanto diferentes entre sí, razón por la cual no se pueden mezclar como si fueran harina del mismo costal; observación esta última que cobra mucha más fuerza en sociedades como las latinoamericanas en donde no son propiamente los riesgos científicos, tecnológicos, químicos y demás que se parezcan los que caracterizan nuestro tipo de sociedad y los que demandarían por consiguiente un mayor tipo de control, sino, antes bien, los riesgos que provienen principalmente del mismo aparato estatal, razón por la cual resultan de mayor importancia y trascendencia las garantías político criminales de orientación liberal y el apego y respeto irrestricto por los presupuestos y reglas tradicionales de imputación de responsabilidad penal.

Por esta “pequeñez”, olvidada por muchos, con mayor razón el sistema penal se muestra muchos más represivo en nuestras sociedades con respecto a esa criminalidad de corte tradicional, factor éste que sin lugar a dudas debe ser seriamente analizado antes de importar de forma acrítica las propuestas europeas sobre la necesidad de modernizar el Derecho penal. No sin razón se señala en la doctrina que “el mayor problema, en mi opinión, es que la oportunidad de ciertas modificaciones en las condiciones bajo las que se exige responsabilidad penal se ve acompañada por el afán preventivo y asegurador, que se exagera y se expande indebidamente a todos los

<sup>21</sup> De este tema ya me he ocupado en *¿Es compatible la propuesta de un derecho penal de enemigo con el modelo de Estado de derecho?* (Araque: 2008), al cual remito. Por lo demás, un enjundioso estudio sobre el particular puede verse en Ferreira (2012).

<sup>22</sup> Así, Díez (2005: 278 - 279), quien señala que “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 alledaños 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”.

ámbitos del Derecho penal, incluso a aquellos más tradicionales donde no se justifican tales transformaciones y sí se constata que ello se hace a costa de principios garantistas irrenunciables en un Estado de Derecho” (Mendoza, 2006: 369). En definitiva, y así vistas las cosas, es bastante claro que no son iguales las necesidades y los peligros latinoamericanos a los de la Europa central, dato este que, como se viene de señalar, importa tener en cuenta al momento de examinar las más recientes propuestas que jalonan la discusión que gira en torno a la necesidad o no de un nuevo modelo de Derecho penal, acorde con un nuevo tipo de sociedad.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcácer, R. (2001). *La protección del futuro y los daños cumulativos*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LIV. Madrid.
- Araque, D. (2008). *¿Es compatible la propuesta de un derecho penal de enemigo con el modelo de Estado de derecho?* En: “*Revista Pensamiento y Poder 1*”. *Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas Remington*. Medellín.
- Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós. Barcelona: España.
- Díez, J. (2005). *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. En: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Navarra. Thomson-Civitas.
- Feijóo, B. (2006). *Sobre la ‘administrativización’ del Derecho penal en la sociedad del riesgo. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI*. En: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI, Liber Amicorum en Homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*. Editorial Colex. Madrid.
- Ferreira, F. (2012). *Derecho penal del enemigo. ¿Una despersonalización coherente o disfuncional?* En: *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Dr. Juan Fernández Carrasquilla*. Medellín. Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Gimbernat, E. (1992). *¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del*

- sistema de sanciones?* En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LII. Madrid.
- Hans, H. (2004). *Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho*. En: *El penalista liberal*. Hammurabi, Buenos Aires.
- Hassemer, W. (1999). *Viejo y nuevo derecho penal*. En: *Persona, mundo y responsabilidad*. Editorial Temis, Bogotá.
- \_\_\_\_\_ (2008). *Seguridad por intermedio del Derecho penal*. En: *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Tirant lo Blanch, Valencia: España.
- López, J. (2006). *El papel del Derecho penal en la segunda modernidad*. En: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI, Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Editorial Colex. Madrid.
- Mendoza, B. (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Civitas. Madrid.
- \_\_\_\_\_ (2006). *Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo*. En: *Derecho y justicia penal en el Siglo XXI, Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Editorial Colex, Madrid.
- Naucke, W. (2006). *Derecho penal. Una introducción*. Editorial Astrea. Buenos Aires.
- Prittwitz, C. (2004). *Sociedad del riesgo y Derecho penal*. En: *El penalista liberal*. Hammurabi, Buenos Aires.
- Roxin, C. (2007). *¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?* En: *Derecho penal y sociedad*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Sandoval, J. (1991). *Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista*. En: *Revista Nuevo Foro Penal* 61. Temis, Bogotá, pp. 95-124.
- Schünemann, B. (1996). *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Silva, A. (2004). *¿Y si todos los hiciéramos?* En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LVI. Madrid.
- Silva, J. (2006). *La expansión del derecho penal*. (2ª ed.). Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. Thomson-Civitas, Navarra.