

La flexibilización en el Derecho Penal: ¿tendencias del moderno Derecho Penal?

Edgar Iván Colina Ramírez*

SUMARIO: I. *Estado de la cuestión*. II. *Sociedad Moderna*. III. *Asignación del Derecho penal en la sociedad moderna*. IV. *Conclusiones*.

I. Estado de la cuestión

La modernización del Derecho penal ha suscitado la crítica de diferentes sectores de la dogmática, especialmente por la denominada escuela de Frankfurt¹, cuyo máximo exponente, Winfried Hassemer, ha manifestado que el moderno Derecho penal, ha abandonado sus fundamentos constitucionales, por lo que este se extiende cada vez a más áreas del Estado y la sociedad², lo que trae como consecuencia que a largo plazo pierda su *status* como *ultima ratio* de protección de bienes jurídicos y se convierta así en un medio utilizable de una política—criminal difusa, establecida en sentimientos de amenaza y riesgo a las expectativas nutridas de esperanzas y soluciones.³

Sin embargo, las afirmaciones vertidas por el propio Hassemer, han sido objeto de diversas críticas⁴ que con razón, postulan que tales planteamientos son cuando

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal y Procesal de la Universidad de Sevilla /Asesor del Secretario del Trabajo y Previsión Social.

¹La Escuela de Frankfurt no se concibe como tal pues entre sus miembros existen diferencias tanto ideológicas como metodológicas. Vid. al respecto a Silva Sánchez, Jesús María, en «Prólogo a la edición española», en *La insostenible situación del Derecho penal*, ed. española a cargo del Área de Derecho penal de la Universidad de Pompeu Fabra, Comares, Granada, 2000, p. XII. Sin embargo, los postulados que proponen están orientados a la defensa de un modelo ultra liberal del Derecho penal, en el que se aboga por su restricción a un Derecho penal básico, que tuviera por objeto las conductas atentatorias contra la vida, la salud, la libertad y la propiedad, asimismo proponen el mantenimiento de las máximas garantías en la ley, la imputación de responsabilidad y el proceso. Vid. ID. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª.ed. ampliada, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, p 4.

²Hassemer, Winfried, «Interkulturelles Strafrecht». En Zaczyk, Rainer / Köhler Michael / Kahlo Michael (edits.), *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag*, Springer, Berlin- Heidelberg- New York, 1998, p. 118.

³*Ibid.*, p. 119.

⁴Vid. entre otros a Gracia Martín Luis, «La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático)» en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª Época, No. 3, UNED, Madrid, 2010, *passim*; Silva Sánchez, Jesús María, en «Prólogo...», *op. cit.*, pág. XIII; Martínez Buján Pérez, Carlos, «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídicos-penales. (Especial referencia al ámbito económico)» en Díez Ripollés, José Luis, *et al* (edits.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Dr. Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 397; Reus, Katharina, *Das Recht in der Risikogesellschaft*, Duncker&Humblot, Berlín, 2010, pp. 72 y ss.

menos insostenibles y contradictorios,⁵ pues como intentaré demostrar en el presente artículo la modernización del Derecho penal es una necesidad inminente en las sociedades postmodernas, máxime que el discurso de modernización establece criterios e instrumentos político-criminales que no solo no son contrarios al Estado de derecho, sino antes bien cumplen con todos sus postulados.⁶ Huelga decir que la modernización del Derecho penal no se ha establecido en base a criterios homogéneos, sino que se establecen en base a diversos ámbitos que se solapan en gran medida; así Gracia Martín distingue cuando menos seis ámbitos que se incluyen bajo esta tendencia.⁷

El debate de la sociedad moderna se introduce en la sociología a mediados de los años 80, con el concepto «*sociedad del riesgo*»⁸. Sin embargo este concepto no sólo se incorpora a la sociología sino también a diversos campos de la ciencias económicas y sociales; no obstante que el modelo “sociedad del riesgo” no se ha mantenido en puridad como un compartimento estanco, sino antes bien se le han añadido diversos componentes como «globalización» o «*internacionalización*», tanto en la economía política, como en el Derecho. Asimismo el continuo desarrollo social que se presenta en el ámbito de la información tecnológica también se le llega a definir como «sociedad de la información»⁹, lo que se puede comprobar *prima facie*, es que al momento de describir a las sociedades postindustriales se puede realizar desde diversas perspectivas, y no solo así como sociedad del riesgo, no obstante por la amplitud y características que encierran estos discursos sobre los diversos sistemas sociales, me ceñiré únicamente en el discurso de la sociedad moderna¹⁰ o sociedad del riesgo y su

⁵Polaino Navarrete Miguel, señala que: «no todos los planteamientos del Derecho penal mínimo en absoluto son plenamente plausibles. En ellos hay también flagrantes contradicciones y frecuentes ambigüedades...», en *Instituciones de Derecho penal*. PG., (cursivas añadidas) Grijley, Perú, 2005, p0. 37.; asimismo Silva Sánchez Jesús María, establece que: «... deben formularse propuestas posibilistas, en vez de refugiarse únicamente en el extremo opuesto de la defensa de una utopía (y ucronía) liberal radical...», (cursivas añadidas) en «Prólogo...», *op. cit.*, p. XIII.

⁶Gracia Martín, Luis, *Protegémosnos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 155.

⁷Los ámbitos que se incluyen el moderno Derecho penal son: «a) El denominado *Derecho penal del riesgo*, con el cual se trataría de dar una respuesta, preferentemente por medio de los tipos de peligro abstracto, a los grandes riesgos que crean ciertas actividades en la actual «sociedad del riesgo», como las relativas a la tecnología atómica y nuclear, a la informática, a la genética, o a la fabricación y comercialización de productos; b) el Derecho penal económico y del ambiente, que agrupa un conjunto de tipos penales orientados a proteger el ambiente y otros «nuevos» bienes jurídicos de la Economía que, generalmente, remiten a substratos de carácter colectivo; c) el Derecho penal de la empresa, en el cual se trata sobre todo de las cuestiones de imputación que plantea el hecho delictivo cometido a partir de una organización empresarial, y por esto con arreglo a los principios de división del trabajo y de jerarquía; d) el Derecho penal de la Unión Europea para la protección de los bienes jurídicos «europeos» diferenciados de los nacionales; e) el Derecho penal de la globalización para la protección de bienes jurídicos en el actual mercado global autorregulado y no controlado por los Estados nacionales; y f) el tan controvertido —y por Jakobs denominado en 1985— *Derecho penal del enemigo*», (cursivas añadidas), *Vid.* ampliamente, con la bibliografía ahí citada a Gracia Martín, Luis, «La modernización del Derecho penal...», *op. cit.*, pp. 31 y ss.

⁸*Vid.* ampliamente Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trads. Jorge Navarro / Daniel Jiménez / M^a Rosa Borrás, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1998, *passim*.

⁹Castells, Manuel, *La sociedad red*, 2^a ed., 2^a reimp., trads. Carmen Martínez Gimeno / Jesús Albores, Alianza, Madrid, 2001, pp. 35 y ss.

¹⁰Una aproximación al concepto de modernidad se refiere a los modos de vida u organización social que surgieron en Europa alrededor del siglo XVII en adelante y cuya influencia, posteriormente, los han convertido en más o menos mundiales. *Vid.* Giddens, Anthony, *Las consecuencias de la modernidad*, Ana Lizón Ramón (trad.), Alianza Universidad, Madrid, 1994, p. 15.

influencia en el Derecho penal, en este sentido resulta necesario establecer en líneas generales qué se entiende por riesgo, ya que éste es una conexión imprescindible entre la sociedad moderna y el Derecho penal.

II. Sociedad Moderna

1. Sociedad del riesgo

El término de sociedad de riesgo se ha examinado ampliamente en el ámbito de la sociología, en el que se pone de relieve las formas y los peligros que hoy día se enfrenta la sociedad. Uno de los precursores de este concepto es el sociólogo Ulrich Beck, quien fue uno de los primeros en definirla, en su obra *«La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad»*, este autor la describe de una manera análoga al proceso que vivió en su momento la sociedad agrícola del siglo XIX, elaborando una imagen estructural de la sociedad industrial, la modernización disuelve hoy los contornos de la sociedad industrial, y en la continuidad de la modernidad ha surgido otra figura social, distinta a la denominada «sociedad (industrial) del riesgo», que presenta un casi imposible consenso entre las antinomias de continuidad y censura en la modernidad, teniendo su expresión entre la modernidad y sociedad industrial, entre sociedad industrial y sociedad del riesgo.¹¹

Estos nuevos riesgos que surgen en nuestra sociedad, tienen la característica de que son creados por la propia sociedad, en palabras de Giddens son riesgos manufacturados¹², pues estos se crean a través de los propios conocimientos y tecnologías que va adquiriendo la sociedad a lo largo del tiempo; sirva de ejemplo los riesgos medio ambientales y sanitarios, que vivimos hoy día, pues estos inevitablemente son el resultado de nuestra intervención en la naturaleza, estos riesgos son producto de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados sistemáticamente con su desarrollo ulterior¹³. En cuanto al papel que juega el Derecho penal en la sociedad moderna, consiste en un instrumento estabilizador de los nuevos riesgos surgidos en la sociedad.

2. Sociedad global

Unido al concepto de sociedad del riesgo se encuentra también el de *«globalización»*, que nace y se nutre en la década de los años setentas¹⁴, no obstante que cuando

¹¹Beck Ulrich, *La sociedad del riesgo...*, *op.cit.*, 1998, p. 16.

¹²Giddens Anthony, *Sociología*, 4ª ed., con la colaboración de Karen Birdsdall, Jesús Cuéllar Menezo (trad), Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 103.

¹³Beck Ulrich, *La sociedad del riesgo...*, *op.cit.*, 1998, p. 28.

¹⁴Serbin Andrés, «Globalización y sociedad civil transnacional: el Estado actual del debate», en *Papel Político* N° 14, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Septiembre de 2002, p. 9.

se alude al término globalización suele asociarse casi de manera inmediata al ámbito económico, si bien es cierto que es precisamente en la economía donde resulta más patente, ello no significa que sea únicamente ahí donde se desplieguen sus efectos. En el ámbito de la sociología se refieren al término globalización para establecer una serie de procesos de intercambios, ya sea de información, económicos, tecnológicos, comerciales, etc., que se están intensificando en las relaciones sociales y por tanto surge una interdependencia a nivel mundial.¹⁵ No obstante un concepto más preciso de globalización se refiere en gran parte a un proceso predominantemente económico, articulado en torno a una reestructuración productiva a escala mundial, la revolución techno-productiva y la globalización financiera.

Estos sectores llevan a una visión del sistema internacional como interdependiente e interconectado, el cual se refuerza con las nuevas tecnologías y la liberalización / apertura comercial, que afecta a los actores tradicionales del sistema internacional y los Estados-Nación se establecen, en función del flujo global de bienes, capitales e ideas; si vemos a la globalización bajo un concepto únicamente unidimensional, se centrará en los sectores económicos, en la preeminencia de los agentes del mercado sobre las economías nacionales y sobre el rol de los Estados, así como en la creciente permeabilidad y articulación entre las dinámicas domésticas y las internacionales, y el papel crucial del mercado *neoliberal* como autorregulador del sistema¹⁶. Las denominaciones conceptuales de la globalización se pueden desarrollar en cuatro dimensiones, es decir bajo un análisis económico, político, cultural y ecológico¹⁷. Sin embargo, estos aspectos con independencia de su ámbito de observación comparten rasgos comunes como el flujo de la información, la organización del trabajo, la sociedad civil, entre otros.

El indicador principal de la globalización es la desnacionalización de los Estados individuales. El propio desarrollo de las interacciones globales rompe con los conceptos espacio-temporales; estas nuevas formas de interacción con el mundo sirven en gran medida para disminuir ciertos aspectos nacionalistas, vinculados a los Estados-Nación, no obstante también el desarrollo global puede encontrarse implicado en la intensificación de sentimientos nacionalistas más localizados¹⁸. Bajo la rápida expansión de la mundialización el Estado-Nacional en muchos de los casos ya no puede dar respuestas satisfactorias; en todas partes se está intentando obtener la autonomía local y las identidades culturales regionales en una sociedad cada día más desnacionalizada.

¹⁵Giddens, Anthony, *Sociología*, *op.cit.*, p. 84.

¹⁶Serbin Andrés, «Globalización...», *op.cit.*, p. 10.

¹⁷Bonß Wolfgang, «Globalisierung unter soziologischen Perspektiven», en Voigt, Rüdiger (Dir.), *Globalisierung des Rechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1999/2000, p. 46.

¹⁸Giddens Anthony, *Consecuencias...*, *op.cit.*, p. 68.

El término desnacionalización lo emplea Beck al determinar que la sociedad global está signada por la multiplicidad y la no integración, es decir, la desnacionalización trae consigo no solo la desaparición del Estado-Nacional, sino que va más allá, pues tiende a transformarlo en un Estado transnacional¹⁹, por lo que existe un nuevo conflicto entre soberanía nacional y la cooperación transnacional, que aparece precisamente en la era de la globalización. Según Beck, la globalización es un momento decisivo para la formación de una sociedad del riesgo mundial que sólo en términos ecológicos es siempre menos nacional, pero los riesgos del mundo producidos en la globalización se observan como una segunda modernidad²⁰, pues el primer modernismo fue fundado en la sociedad nacional y es tan solo en la segunda modernidad en que la sociedad se convierte en una sociedad mundial transnacional²¹. En este aspecto Beck, señala que las causas centrales de la lucha en la segunda modernidad se completan a través de diversos conflictos que en gran medida se erosionan, sin embargo la característica especial de este proceso de globalización es que descubre la expansión, la densidad y la estabilidad de la sociedad regional y global.²²

Luhmann señala que en razón de las posibilidades de enlaces globales, que son producto del resultado de los avances de las tecnologías de la información y la comunicación de una real unidad de horizontes y postulados²³, la sociedad del riesgo mundial y globalización son fenómenos que están relacionados con el presente, máxime que se pueden observar las características de las empresas de aventura también en la sociedad global. Hay elementos tan comunes entre la sociedad del riesgo y la globalización como podría ser la incertidumbre construida (socialmente creada)²⁴. En el curso de la globalización en el que predominantemente ha tenido gran influencia en la economía y la sociedad, también se ha globalizado el riesgo.

3. El concepto de riesgo en el debate de la sociedad moderna

La sociedad se encuentra hoy día marcada por los nuevos riesgos y la globalización, así el termino riesgo surge como uno de los elementos clave para entender la sociedad contemporánea. Sin embargo, cabe hacer algunos cuestionamientos como ¿qué se entiende por *riesgo*? Al respecto hay muchas y variadas respuestas no obstante que, a

¹⁹Beck Ulrich, ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización., 1ª ed. de la colección bolsillo, Bernardo Moreno / M^a Rosa Borràs (trads.), Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2008, p. 42.

²⁰*Ibid* pp. 87 y ss.

²¹*Ibid* pp. 66 y ss.

²²Beck Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía mundial*, R. S. Carbó (trad.) Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2004, pp. 338 y ss.

²³Luhmann Niklas, «Die Weltgesellschaft», en *Archiv für rechts-und sozialphilosophie*, No. 57, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1971, p. 8.

²⁴Giddens Anthony, «Vivir en una sociedad postradicional», en Beck, Ulrich et al., *Modernización reflexiva Política, tradición y estética en el orden social moderno*, 2ª reimp., versión española de Jesús Albores, Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 136.

menudo, se intente definir este término, no siempre queda medianamente claro que es; por lo que es necesario en primer término distinguirlo de conceptos que *prima facie* se utilizan como sinónimos a pesar de sus diferencias sustanciales. En este sentido resulta cuando menos necesario distinguir el término riesgo del término peligro, pues ambos se utilizan con frecuencia en el ámbito de la sociología así como en la dogmática jurídico-penal (no obstante bajo otro contexto).

Beck establece una clara distinción entre riesgo y peligro, pues el primero es en gran medida el producto del progreso industrial, los riesgos no son indefinidos, al contrario, son identificables, calculables y libres siendo a menudo daños irreversibles. Estas amenazas que surgen ya no se encuentran en el exterior en procesos ajenos al ser humano, sino más bien, en la propia capacidad históricamente obtenida de personas para la definición de auto-transformación, apertura y cierre de la reproducción de las condiciones de vida.²⁵ Si bien tanto en el riesgo como en el peligro se proponen posibles daños futuros cuyo nacimiento resulta algo inseguro y más o menos improbable. Cuando se trata de peligros se atribuye el nacimiento del daño al entorno o medio ambiente, es decir, no influye el actuar humano mientras que cuando se trata de riesgos se ve como una consecuencia de la propia actuación u omisión, por lo que la diferencia radica en una cuestión de imputabilidad, pues la asunción del riesgo se basa en una representación del peligro que resultará posible siempre que existan tecnologías que ofrezcan alternativas, de manera que los posibles daños se puedan atribuir a la elección de una actuación o de una omisión²⁶. La noción sociológica de imputabilidad sirve como un elemento de diferenciación sobre el binomio *riesgo / peligro*, pues por un lado aquellos daños que son considerados como fortuitos o contratiempos que provienen del exterior serán definidos peligros, mientras que se clasifica como un riesgo la decisión que pueden ser atribuida a un tercero y que es fruto de un daño eventual o probable consecuencia de una decisión.²⁷ Bajo una distinción de carácter sistémico el peligro es considerado como una heterorreferencia, pues se encuentra provocado externamente, mientras que el riesgo es considerado como autorreferencia, pues se crea en su propio entorno²⁸.

El sociólogo Christoph Lau, analizó el concepto de riesgo bajo tres categorías: riesgos tradicionales (*traditionelle Risiken*), riesgos industriales del estado de bienestar (*Industriel-wohlfahrtsstaatliche Risiken*) y nuevos riesgos (*Neue Risiken*)²⁹. Esta

²⁵Beck Ulrich, *La sociedad del riesgo...*, op.cit., p. 28.

²⁶Luhmann Niklas, *Sociología del riesgo*, 3ª ed. en español, Silvia Pappe et al (trad.) coord. de la trad. Javier Torres Nafarrete, Universidad Iberoamericana, México, 2006, pp. 73 y ss.

²⁷Ibid pp. 72 y ss.

²⁸Martínez García Jesús Ignacio, «Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann», en Pérez Alonso, Esteban, et al. (eds.), *Derecho, globalización y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 331.

²⁹Lau Christoph, «Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken», en *Soziale Welt*, Vol. 40, No. 3, Nomos Verlagsgesellschaft, München, 1989, pp. 420 y ss.

última categoría se basa en que estos riesgos crean nuevos efectos no previstos pero realizados por la interacción de muchos actos individuales.³⁰ Este término “*nuevo riesgo*” se vincula con el concepto de riesgo, desarrollado por el propio Beck, porque este surge de los resultados de las decisiones y acciones de individuos o instituciones, también lo son los peligros que nos amenazan hoy día principalmente como consecuencia de la visualización de acciones humanas³¹.

Evers / Nowotny, han establecido que los riesgos se basan siempre en decisiones, es decir, presuponen la posibilidad de decidir, por lo que son el resultado de la transformación de inseguridades y peligros, mientras que los peligros son incontrolables.³² Luhmann, propuso diferenciar riesgo, no en base a su previsibilidad, sino como la atribución a eventos perjudiciales sobre ciertas decisiones.³³ Esta diferenciación de riesgo y peligro presupone también tomar en consideración el concepto de incertidumbre, pues en el caso de toma de decisiones esta juega un papel significativo.³⁴ Un argumento sustancial al de Luhmann, es el que maneja Franz Xaver Kaufmann, en el que pone de manifiesto que el riesgo se deriva de consideraciones complejas no sólo en cuanto a su propia pertinencia, sino además en términos de sus consecuencias y las propias posibilidades de control de riesgo correctivo. Por lo tanto, el riesgo es dependiente sobre elementos de experiencia o definición de situaciones específicas, así como por sus subjetivas expectativas generalizadas³⁵.

Bajo este contexto, el concepto de riesgo en decisiones subjetivas de incertidumbre se establece de manera independiente de los actores, por lo que las incertidumbres asociadas con el riesgo se pueden observar como un movimiento predecible. Dicho de otra manera, son situaciones que tienen un impacto negativo si se calculan de manera incorrecta y se realizan sin ninguna precaución, por lo que la acción y decisión del riesgo tienen otra característica del mundo empresarial es decir, la rendición de cuentas y responsabilidad³⁶.

4. Riesgo y Derecho penal

Como se puede observar no existe un concepto único sobre el riesgo, situación que también resulta trasladable en el ámbito del Derecho penal a pesar que esta discusión sobre la sociedad del riesgo ha sido debatida intensamente en la doctrina jurídico-

³⁰Ibíd, p. 423.

³¹Beck Ulrich, *La sociedad del riesgo...*, op.cit., p. 237.

³²Evers Adalbert y Nowotny Helga, *Über den Umgang mit Unsicherheit. Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1987, p. 32.

³³Luhmann Niklas, *Sociología...*, op.cit., p. 72.

³⁴Ibíd, p. 69.

³⁵Kaufmann Franz-Xaver, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem: Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Auflage, Situgart, 1973, p. 273.

³⁶Bonß Wolfgang, «Globalisierung...», op.cit., pp. 54 y ss.

penal³⁷. No obstante en la doctrina jurídico-penal se han formulado institutos a partir de este concepto del riesgo, como por ejemplo: *riesgo permitido, incremento del riesgo, creación de un riesgo jurídicamente relevante, disminución del riesgo*³⁸, etc., Sin embargo, considero que un concepto tan poroso como el de riesgo debe ser determinado de manera sustancial acotando así su margen de actuación, pues a diferencia de la sociología o la economía, que ineludiblemente trata sobre temas de riesgo, este concepto en el ámbito del Derecho penal debe ser lo más concreto e individualizado posible, pues si la función de la dogmática jurídico penal es en gran medida tematizar, sistematizar, legitimar o deslegitimar lo que es objeto de actividad legislativa desde un ámbito racional³⁹, resultaría casi insalvable abordar los conceptos riesgo / peligro sin tomar en cuenta cuestiones de responsabilidad

III. Asignación del Derecho penal en la sociedad moderna

1. Las nuevas funciones del Derecho penal

El Derecho penal hoy día se enfrenta a nuevas expectativas debido a los vertiginosos cambios que vive la sociedad como consecuencia de la globalización. Uno de los debates más fructíferos en cuanto a globalización y Derecho penal se refiere se encuentra en el denominado Derecho penal medioambiental, en el que la impotencia de los Estados frente a la globalización se hace visible de manera patente⁴⁰; así como en el orden socio-económico, la utilización de nuevas tecnologías o el terrorismo (global), en este sentido, se trata de dar una respuesta global a un problema transnacional, así la globalización jurídica o mejor dicho la legalización global, se ve reflejada en la implementación de regulaciones que superan la competencia de los Estados⁴¹; un claro ejemplo lo constituye el Estatuto de Roma, en el que se implementa la Corte Penal Internacional.

En el ámbito de la sociedad global, se le ha dotado de nuevas funciones al Derecho penal, por lo que éste se ha convertido en un instrumento flexible de armonización con los problemas globales. Esta nueva función trae aparejada la expansión

³⁷Dentro de la bibliografía casi inabarcable *vid.* por todos en el ámbito español a Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, así como en Alemania a Prittowitz, Cornelius, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1993, de igual manera Reus, Katharina, *Das Recht in der Risikogesellschaft...*, *op. cit.*

³⁸*Vid.* al respecto con la bibliografía ahí citada a Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., JM Bosch, Barcelona, 2001, *passim*.

³⁹Robles Planas Ricardo, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en von Hirsch, Andrew / Seelmann, Kurt / Wohlers, Wolfgang (ed. alemana), Id. (ed. española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona 2012, p. 20.

⁴⁰Hefendehl Roland, «Derecho penal medioambiental: ¿por qué o cómo?», Gonzalo Medina (trad.) en *Estudios Públicos. Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, N° 110, Otoño 2008, Chile, pp. y ss.

⁴¹Borja Jiménez Emiliano, «Globalización y concepciones del Derecho penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, Universidad Santiago de Compostela, 2009, p. 188.

(racional) del Derecho penal, pues nos encontramos ante un Derecho crecientemente unificado⁴².

Bajo este contexto, el Derecho penal no sólo va a tener una importancia en el ámbito nacional, sino que también va a ser un medio para combatir el crimen global; el Derecho penal en la actualidad cobra gran relevancia en un ámbito global, por ejemplo en el terrorismo, delitos ecológicos, tráfico de drogas, delincuencia organizada, delitos informáticos, entre otros. No obstante que la legislación penal trata de obtener respuesta a los problemas globales, sin perjuicio del principio de aplicación territorial de la ley penal, que limita la aplicación del Derecho penal a la realización de acciones delictivas realizadas dentro de su territorio —de manera general, no obstante las diversas excepciones que el propio Código penal establece—, ello se ve reflejado en el principio de justicia universal.⁴³ El Derecho penal, en la actualidad, tiene un alcance global con significativos problemas prácticos que surgen de los diferentes derechos sustantivos así como de los derechos procesales, en el que muchos de los problemas se desplazan al Derecho penal, en vez de encontrar soluciones en su orden natural que es el Derecho de policía⁴⁴; como consecuencia se tiene hoy más que nunca al Derecho penal con graves problemas de eficacia y legitimidad,⁴⁵ no obstante lo anterior no es óbice para regular a través del Derecho penal estas nuevas necesidades que no sólo surgen en el ámbito nacional, sino que tienen un alcance global, por lo que si bien se puede pensar *prima facie* que se presentan problemas de eficacia y legitimidad, debemos entonces buscar respuestas satisfactorias que se adecuen a estas nuevas formas de delincuencia y no sólo denunciar el detrimento del Estado liberal de Derecho, pues en la actualidad el moderno Derecho penal no hace otra cosa que regular una pluralidad de conductas que con antelación se encontraban fuera de su alcance.

En la actualidad al Derecho penal, se le ha denominado como Derecho penal del riesgo, Derecho penal moderno, Derecho penal transnacional, Derecho penal simbólico, Derecho penal de la prevención⁴⁶. Aunque estos conceptos son sustancialmente diferentes según el autor que los trate, tanto el Derecho penal moderno como el Derecho penal del riesgo, tienen un contenido sustancial y una importancia que refleja los problemas del Derecho penal en esta época. El término “moderno” se

⁴²Posición contraria es la que sostiene Silva Sánchez Jesús María, pues al respecto establece que: «...si bien es un Derecho crecientemente unificado, también lo es que es menos garantista, pues se flexibilizan las reglas de imputación y se relativizan las garantías político-criminales, tanto a nivel sustantivo y procesal». *vid. Id. La expansión... op.cit.*, pp. 83 y 88.

⁴³Un caro ejemplo se puede observar en el artículo 23.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que al efecto establece: «Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española...» (cursivas añadidas)

⁴⁴Silva Sánchez Jesús María, *La expansión... op.cit.*, p. 32.

⁴⁵Prittwitz, Cornelius, *Strafrecht...*, *op.cit.*, p. 160.

⁴⁶*Ibid.*, p. 261

utiliza para distinguir ciertas formas de Derecho penal —mal llamado clásico⁴⁷— plasmadas en los Códigos penales. Con razón Gracia Martín, establece que el Derecho penal moderno lo compone una pluralidad de nuevos tipos penales que amplían la intervención penal a ámbitos que con antelación habían permanecido fuera de su alcance así como diversas extensiones del alcance de algunos tipos penales tradicionales y agravación de las penas. Por lo anterior, se entiende que el Derecho penal moderno es un fenómeno cuantitativo que se desarrolla en mayor medida en la parte especial.⁴⁸

2. Posiciones contrarias a la modernización del Derecho penal

El discurso de la resistencia a la modernización del Derecho penal⁴⁹, establece que a través de la creación y desarrollo de la modernización, se trata de dar una respuesta adecuada a los nuevos problemas de la sociedad moderna, no obstante se advierten cambios sustanciales en el Derecho penal, tanto en sus principios como en sus fundamentos; en particular se presenta una pérdida parcial de las garantías del Estado de Derecho, ya que sólo a expensas de ir contra los fundamentos constitucionales el objetivo del Derecho penal moderno será verdaderamente eficaz, con lo que a la postre se resolverán los problemas de la sociedad⁵⁰.

La denominada escuela de Frankfurt fundamenta su crítica bajo dos supuestos, por un lado la flexibilización y por otro la funcionalización del Derecho penal. En el ámbito de la flexibilización, establece que no obstante que el moderno Derecho penal no hace otra cosa que llevar hasta sus últimas consecuencias los criterios del «Derecho penal clásico de la Ilustración»,⁵¹ esto es la primacía de los principios legales como la tipicidad, culpabilidad y la subsidiariedad, de igual manera que el principio *in dubio pro reo*; de tal manera que el término Derecho penal clásico emerge de las características del contrato social⁵², es decir que

⁴⁷Como correctamente señala Gracia Martín, «...el nuevo Derecho penal da lugar, ciertamente, a una ruptura con el de la Ilustración en determinados aspectos, y por ello no es desacertado atribuirle el carácter de «moderno». Pero esto no justifica la coronación del Derecho penal de la Ilustración como «clásico». Por un lado, porque las profundas transformaciones de la sociedad moderna hacen que, al menos, algunos objetos y enunciados político-criminales y policiales de la Ilustración, ya no puedan ser tomados hoy como modelo de referencia ni como medida de lo accesible a la intervención penal legítima. Y por otro lado, porque exigencias de carácter ético-político y de justicia apuntan también a que algunos de aquellos objetos y enunciados tengan que ser vistos como unos que precisamente no deben ser. Por esto, y porque el Derecho penal de la Ilustración y el actual derivan de dos modelos diferenciados —pero no excluyentes— de Estado de Derecho, he propuesto denominar al primero como «Derecho penal (del Estado) liberal», y al actual como «Derecho penal (del Estado) social y democrático», (cursivas añadidas), *vid. Id.* «La modernización del Derecho penal...», *op.cit.*, p. 30.

⁴⁸*Ibid.*, p. 31.

⁴⁹Término empleado por Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos...*, *op.cit.*, p. 163.

⁵⁰Naucke Wolfgang, «Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, No. 4, 1990, Nomos Verlag, Baden-Baden, pp. 254 y ss.

⁵¹Hassemer Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Muñoz Conde, Francisco / Diaz Pita, M^a del Mar (trads.), Temis, Bogotá, 1999, p. 22.

⁵²Hassemer, Winfried, *Persona, mundo...*, *op.cit.*, p. 18 ID «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», Larrauri, Elena (trad), revisada por Mainecke, Monika en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, T. XLV, fasc. I, Ministerio de Justicia, Madrid, Enero-Abril, 1992, p. 238.

«solo puede ser un hecho típico la lesión de la libertad asegurada por el contrato social, así el bien jurídico tiene una función sistemática, como criterio negativo para una criminalización legítima: sin bien jurídico no hay injusto penal. Los límites de la renuncia de la libertad social deben ser absolutamente precisos e impenetrables. Se debe renunciar a ulteriores restricciones o intervenciones del ejecutivo bajo todas las circunstancias. Los límites de esta renuncia tampoco pueden residir en la interpretación de un tercero. De aquí extrae el sentido el positivismo legal y pueden entenderse principios contemporáneos, como la prohibición de analogía; el principio de taxatividad adquiere pleno significado. El Estado es una institución derivada de los ciudadanos y se debe funcionalizar su poder en aras de los derechos de los ciudadanos. El contrato social no tolera ningún poder que no sea derivado y ninguna usurpación. Precisamente por ello el poder del Estado debe ser en el Derecho Penal, donde más claramente se muestra, limitado y vinculado a los derechos del individuo. Con ello se comprenden principios penales como in dubio pro reo, el derecho a la tutela judicial, a la defensa, a no declarar, y principios fundamentales, como proporcionalidad y subsidiariedad⁵³».

Hassemer adopta el concepto de Derecho penal clásico derivado del contrato social, donde el término «clásico», no está delimitado por un tiempo o un número de objetos, así el mencionado contrato social se representa como la relación entre Estado, Derecho penal y los ciudadanos, por lo que es necesario establecer las garantías específicas a los límites de la renuncia a la libertad; en este sentido los modelos del contrato social no se pueden construir únicamente de manera horizontal, sino también de manera vertical, en el que el Derecho penal juega un papel bien definido en el mantenimiento de este modelo. La dimensión vertical del contrato social tiene como premisa asegurar la renuncia de las libertades acordadas horizontalmente, por lo que sólo el Estado va a tener justificación en cuanto posibilite la coexistencia de los contratantes en una situación jurídica, manteniendo los límites de la renuncia de la libertad de forma igualitaria para todos⁵⁴.

Este autor, establece que las características del Derecho penal clásico, suponen establecer límites, no obstante deben formar parte de este Derecho las lesiones derivadas a los bienes jurídicos individuales, e igualmente puestas en peligro graves y evidentes⁵⁵, por lo que entiendo que todos aquéllos supuestos que no entren en el denominado Derecho penal clásico deben ser despenalizados o regulados en el Derecho de intervención, por lo que sólo pueden ser punibles sólo si realmente amenazan un interés jurídico reconocido por un comportamiento específico, lo que significa que para justificar una protección de bienes jurídicos penales individuales, estos bienes deben de estar tipificados de manera clara y específica.

Por esta razón la protección de los bienes jurídicos en interés de la persona, como

⁵³Hassemer, Winfried., *op.cit.*, p. 18 y Id. «Rasgos y crisis...» *op.cit.*, 1992, pp. 237 y ss.

⁵⁴*Ibid.*, p. 237 y ss., en el mismo sentido *Persona, mundo*, pp. 17 y 18.

⁵⁵*Ibid.*, p. 32, en el mismo sentido «Rasgos y crisis...» *op.cit.*, p. 248.

la vida, la salud, la libertad y la propiedad, es decir, bienes jurídicos individuales, deben de estar incluidos en el Derecho penal clásico, no obstante el propio Hassemer, realiza ciertas matizaciones, pues los bienes jurídicos universales deben ser precisados del mejor modo posible y funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales⁵⁶.

La crítica del Derecho penal moderno no ha sido puesta de relieve exclusivamente por Hassemer, sino de igual manera por diversos penalistas, que realizan su oposición en la idea de la flexibilización del Derecho penal, retomado y desarrollado en una forma diferente a sus postulados. Albrecht, establece que el Derecho penal sufre una transformación fundamental en el que están surgiendo contornos de control social represivo debido al cambio de Estado Liberal de Derecho del siglo XIX y a la intervención social Estado del siglo XX⁵⁷. Con esa perspectiva, este autor ha investigado la capacidad de control del Derecho penal entre la sociedad del riesgo, el sistema administrativo y el sistema económico⁵⁸.

Toma como ejemplo para deslegitimar el moderno Derecho penal a los ámbitos administrativo y económico, pues en estos sectores el Derecho penal es sólo inadecuado respecto a la legitimidad de los déficits de eficiencia ambiental y económica del Estado, en el que se debe estar al daño causado por lo que en este sentido resulta ineficaz⁵⁹. Sin embargo, el Derecho penal se utiliza como un medio de política incrementadora, a costa de sus principios. Esta tendencia va unida a la proliferación de normas penales, como la creación de delitos de peligro; asimismo se establece una aplicación excepcional de los delitos de riesgo, por lo que a su juicio el moderno Derecho penal rompe con el Estado de Derecho. Su opinión es que esta reducción se fundamenta en que el concepto de prevención se establece junto al control social en el período previo al delito⁶⁰.

Albrecht, señala que las características del moderno Derecho penal se ven patentes en el aumento de delitos de peligro abstracto, la estandarización de los delitos imprudentes, así como la simplificación de los tipos penales, con ayuda de las cláusulas generales⁶¹, en consecuencia cree que la modernización del Derecho penal es más que problemática, en este sentido propone la despenalización de ese moderno sector,

⁵⁶*Ibid.* p. 33

⁵⁷Albrecht Peter-Alexis, «Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat. Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts», en *Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1988, p. 207.

⁵⁸*Ibid.* pp. 182 y ss.

⁵⁹*Ibid.* pp. 192 y 200.

⁶⁰Albrecht, Peter-Alexis, «Die Funktionalisierung des Opfers im Kriminaljustizsystem», en Schünemann, Bernd / Dubber, Markus Dirk (dirs.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000, p. 49.

⁶¹Albrecht, Peter-Alexis, «Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts», en *Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1993, p. 180.

tanto en el ámbito sustantivo como procesal⁶², no obstante no renuncia a un control legal, pero no en el ámbito del Derecho penal, sino en otros medios más razonables como el Derecho civil o el Derecho público y social, por lo que el Derecho penal no se debe utilizar si otros sistemas de control social pueden tener el mismo efecto.

Herzog caracteriza al moderno Derecho penal especialmente como Derecho penal del riesgo. Su crítica en términos generales se centra en el amplio alcance de estos delitos⁶³. Las áreas más características del Derecho penal del riesgo, son la delincuencia económica y la ambiental; establece que los riesgos no existen *per se*, sino más bien son el resultado de procesos complejos de interacción y de interpretación de la construcción social cuyos actores ven su seguridad interna a través de la percepción del riesgo subjetivo, por lo que estos riesgos surgen en primer lugar de la inseguridad social y de las propias necesidades de seguridad, lo que conduce a la creación del Derecho penal de riesgo. El Derecho penal en la actualidad es el producto de un cambio, proveniente de este aumento social sobre la percepción de riesgo y como consecuencia de la seguridad que la propia sociedad necesita, así los delitos de riesgo se crean como adelantamiento a la lesión⁶⁴. Según su concepción, resultan altamente problemáticos los conceptos de «inseguridad social», «necesidades de seguridad» y «delitos de peligro»; establece que la derivación de este Derecho penal de riesgo de las necesidades sociales es una apreciación equivocada⁶⁵, además que los delitos de peligro descomponen la propia autorregulación social⁶⁶.

En opinión de Prittwitz, el Derecho penal de riesgo tiene una función de mayor control y una función simbólica, en la actualidad, permite comprobar que el Estado cumple con su política de poder más allá de los límites del Derecho penal a través de un enfoque trascendental⁶⁷. El Derecho penal simbólico sirve para contrarrestar sentimientos de incertidumbre subjetiva, por lo que se ha tornado en un Derecho penal de control sobre conductas de riesgo, así en contraste con el «Derecho penal clásico» se establece una prevención mediante el Derecho penal antes de una lesión y otros intereses legales⁶⁸. Sin embargo, la aplicación de este modelo plantea cuestiones específicas de eficacia y legitimidad. Este autor parte del concepto de sociedad de riesgo propuesto por Beck⁶⁹ en el que establece a la sociedad del riesgo como sujeta a amenazas y peligros desconocidos, producto del progreso industrial.

⁶²*Ibid.*

⁶³Herzog, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit Und Strafrechtliche Daseinsvorsorge: Studien Zur Vorverlegung Des Strafrechtsschutzes in Den Gefährdungsbereich*, V. Dekers Verlag, Heidelberg, 1991, *passim*.

⁶⁴*Ibid* p. 54.

⁶⁵*Ibid* p. 70.

⁶⁶*Ibid* p. 72.

⁶⁷Prittwitz Cornelius, *Strafrecht und Risiko...*, *op.cit.*, pp. 242 y ss.

⁶⁸*Ibid.*, p. 245.

⁶⁹*Ibid*, p. 365.

El mismo autor, por otra parte, se refiere a un modelo contrapuesto de sociedad del riesgo, propuesto por Evers y Nowotny, como un ámbito de seguridad (objetiva / subjetiva) o también como gestión de riesgo, en el que puede dominar a los riesgos asociados con el proceso de industrialización y modernización. Analiza también un modelo diverso de sociedad del riesgo, propuesto por Franz-Xaver Kaufmann que, en contraste con la sociedad de riesgo definida por Evers y Nowotny, se caracteriza por ser una sociedad donde a pesar de la incertidumbre subjetiva está aumentando una certeza objetiva. Esto significa una incertidumbre de orientación que es causada por la personalidad, la situación, la cultura y genera un aumento de la complejidad de las relaciones sociales⁷⁰.

En relación con estos modelos de sociedad del riesgo Prittwitz caracteriza al Derecho penal como un Derecho penal preventivo, Derecho penal simbólico y Derecho penal del riesgo. El Derecho penal en la sociedad del riesgo se caracteriza por los grandes riesgos que se derivan como efectos secundarios de los avances tecnológicos, en el que el Derecho penal juega un papel preventivo. En segundo lugar, la inseguridad social genera que se establezca una seguridad simbólica a través de la legislación penal, en la que el Derecho penal tendría un papel funcional⁷¹. En cuanto al problema que plantea este moderno Derecho penal, en la dogmática, se trata a través de la figura del riesgo permitido⁷², en el que éste se puede definir a través del Derecho administrativo, por lo que no se debe aplicar dicho concepto al ámbito de la dogmática jurídico-penal, pues la reconstrucción del riesgo permitido puede aumentar sujetos o acusaciones penales, por lo que se debe reducir la gama de riesgos permitidos y en segundo lugar restringir el ámbito objetivo / subjetivo de asignación⁷³.

Bajo esta concepción, no resulta difícil establecer el pronóstico de Prittwitz, respecto al moderno Derecho penal (Derecho penal del riesgo), pues bajo estos argumentos este es ilegítimo, ya que la amenaza de la sociedad del riesgo y las estructuras complementarias de la Ley penal no encajan, pues la resolución de los problemas en la sociedad moderna no se resuelven superficialmente con la ayuda del Derecho penal, sino por otros órganos de control como la política o el Derecho administrativo.

En conclusión la posición de estos autores (escuela de Frankfurt) frente al moderno Derecho penal se caracteriza por la relajación de las garantías provenientes del Estado liberal; asimismo los objetos de protección jurídico-penal en la actualidad (en el ámbito de la economía o del medio ambiente) referidos a los bienes jurídicos colectivos carecen de legitimación pues no tienen un sustento fáctico susceptible de

⁷⁰Prittwitz Cornelius, *Strafrecht und Risiko...*, op.cit., 1993, pp. 62 y ss.

⁷¹*Ibid.*, pp. 237 y ss.

⁷²*Ibid.*, pp. 267 y ss.

⁷³*Ibid.*, p. 385.

ser reconocido por ninguna realidad empírica a la persona⁷⁴, en este sentido estos bienes jurídicos colectivos son modelos funcionales de organización política, social o económica, con lo que a la postre el moderno Derecho penal es tendente a la ampliación de la incriminación; por otro lado al sustituirse los modelos de lesión por los de peligro abstracto se trastocan los principios de lesividad, subsidiariedad y *ultima ratio* lo que a la postre da lugar a la lesión de principios establecidos en el Derecho penal. Asimismo, el moderno Derecho penal presenta un carácter simbólico, en el que este juega un papel de solución a las demandas sociales, con un efecto exclusivamente pedagógico o educativo.

3. Justificación del Derecho penal

Si no queremos caer en las utopías de un Derecho penal anacrónico y sobre todo alejado de la realidad social, el camino que propone la Escuela de Frankfurt debe ser cuando menos revisado en profundidad en cuanto al alcance y verdadera aplicación de dichas propuestas. No cabe duda que el Derecho penal se debe adecuar a las nuevas realidades sociales⁷⁵. Si entendemos por funciones *lato sensu*, a aquellas prestaciones que mantienen un sistema⁷⁶ (en este caso social), el Derecho penal como parte de este sistema tiene forzosamente que desarrollarse en el ámbito social y por tanto debe realizar un esfuerzo para asumir los problemas sociales.⁷⁷ En este sentido, resulta bastante gráfica la afirmación de que el moderno Derecho penal, no se desvía, ni flexibiliza, ni los principios ni las garantías del Estado de Derecho, sino antes bien los profundiza, para realizarlos en toda su plenitud⁷⁸.

Contrariamente a los anhelos de Hassemer, en el sentido de retornar al Derecho penal de la ilustración, resulta contundente lo manifestado por Silva Sánchez, ya que dicho anhelo, presenta no sólo pretensiones anacrónicas, sino también ucrónicas, pues el Derecho penal de la Ilustración nunca existió como tal, pues se ha olvidado que existía una rígida protección del Estado, al igual que la propia configuración de ciertos principios de organización social, asimismo la rigidez de las garantías no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles⁷⁹. Si bien, resulta acertada la idea de que el contrato social vincula tanto al Estado / Derecho penal / ciudadano, ello no es aplicable al menos bajo su propuesta de la teoría personal del bien jurídico, pues la idea del contrato social en el que se derivan

⁷⁴Posición similar adopta Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal...*, *op.cit.*, 2001, p. 73.

⁷⁵Gracia Martín Luis, «La modernización del Derecho penal...», *op.cit.*, 2010, p. 38.

⁷⁶Jakobs Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, reimp., Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijóo Sánchez (trads), Civitas, Madrid, 2000, p. 17.

⁷⁷Jakobs, Günther, *Sociedad, norma...*, *op. cit.* 2000, p. 22.

⁷⁸Gracia Martín Luis, «La modernización del Derecho penal...», *op.cit.*, p. 38.

⁷⁹Silva Sánchez Jesús María, *La expansión...*, *op.cit.*, 2011, p. 165.

derechos y obligaciones, no se puede vincular a un momento y espacio determinado, pues con cada muerte o nacimiento, se extingue o surge de nuevo un contrato social, máxime que al ser suscrito por un grupo determinado, excluye automáticamente a las personas que no participaron en su suscripción⁸⁰.

La Escuela de Frankfurt defiende una concepción personal de bien jurídico, por lo que sostiene que la noción de un bien jurídico colectivo no es más que la suma de los bienes jurídicos individuales. La complejidad de las sociedades modernas requieren de mayor protección a las instituciones. No obstante, ello *per se* no constituye un argumento razonable para establecer al mismo nivel de valoración a los bienes jurídicos institucionales con los individuales o incluso la funcionalización de éstos al servicio de los intereses generales⁸¹. Sin embargo esta apreciación resulta parcialmente incompleta, pues si una de las funciones que desarrolla el Derecho penal consiste en garantizar las condiciones en las que las personas se pueden desarrollar en sociedad, las reflexiones en torno al bien jurídico deben desarrollarse precisamente en relación con la sociedad en su conjunto y no simplemente con la perspectiva individual⁸².

Establecer que todos los bienes jurídicos colectivos son contrarios a Derecho resulta superfluo e insostenible, pues no se pueden negar las realidades sociales que necesitan de protección jurídico-penal, ya que hay bienes que *per se* disfrutan todas las personas sin limitación alguna, pues recurren en muchas de las ocasiones a realidades naturales, por lo que dichos bienes se encuentran descriptivamente configurados; máxime que estos no se pueden poner a disposición de las personas de manera ilimitada, por lo que se deben de construir libres de desgaste, ya que si esto no se configura así, sería motivo de negar a la persona bienes que comportan en gran medida un interés y garantía para toda la sociedad⁸³.

De igual manera, no se puede sostener que los delitos de peligro abstracto contribuyan a la ampliación del Derecho penal, si entendemos que el fin de protección de la norma es la evitación de lesión de bienes jurídicos, esto también resulta aplicable a los delitos de peligro abstracto⁸⁴, pues estos bienes jurídicos son atributos de las personas, cosas o instituciones, que tienen como premisa fundamental el libre desarrollo

⁸⁰Schünemann, Bernd, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», Manuel Cancio Mélia (trad), *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Ministerio de Justicia, T. XLIX, fasc.I, Enero-abril, 1996, pp. 192 y ss.

⁸¹Hassemer, Winfried, *Persona, mundo...*, 1999, *op.cit.*, p. 33.

⁸²Amelung, Rechtsgüterschutz (nota I), pp. 330 y ss. Citado por Jakobs, Günther, «¿Daño social? Fundamentaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal», Miguel Polaino Orts (trad), en *Cuadernos de Política Criminal*, 2ª época, No. 100, Dykinson, Madrid, 2010, p. 31.

⁸³Hefendehl Roland, «El bien jurídico como eje material de la norma penal», María Martín Lorenzo (trad.), en Id. (ed.), Edición española a cargo de Alcacer, Rafael / Martín, María / Ortiz de Urbina, Iñigo, *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 190.

⁸⁴Vid. ampliamente a Kindhäuser, Urs, *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, p. 144.

del individuo, por lo que su valor consiste de manera ineludible a la propia función que posibilita la libertad⁸⁵, así la puesta en peligro «abstracta», es un menoscabo para los bienes jurídicos, pues estos no se pueden utilizar de una manera racional como medio libre de desarrollo, cuando su utilización no asegura que al emplearlos estos puedan ser dañados⁸⁶.

Bajo esta perspectiva Kindhäuser, acertadamente establece que la función del bien jurídico como operador del libre desarrollo se puede ver afectada bajo tres hipótesis; la primera se refiere a la modificación del bien jurídico en su sustancia, por lo que éste ya no puede cumplir su función, ya sea de manera total o parcial, en este caso se produce una lesión al bien jurídico; diverso supuesto se presenta cuando se pone al bien jurídico en una situación en la que depende únicamente de la casualidad que sea menoscabado en su sustancia, por lo que el interés, orientado a la existencia segura, en la utilización del bien, así este menoscabo presenta una puesta en peligro concreta, para el bien jurídico y por último se puede presentar la situación en la que no están garantizadas las condiciones necesarias de seguridad para la disposición racional del bien jurídico, por lo que éste sólo se puede utilizar de manera restringida, y en consecuencia pierde valor para su titular, en tal sentido se puede decir que existe un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro abstracta.

En consecuencia, podemos decir que no existe a través de la creación de delitos de peligro abstracto una ampliación del Derecho penal (en concreto de los bienes jurídicos), puesto que únicamente se incrementan las posibilidades de menoscabo de estos, pues es precisamente en la seguridad donde se deben establecer criterios de valoración para su utilización⁸⁷.

Si bien compartimos, la idea de que una función exclusivamente simbólica del Derecho penal obstaculiza la función de instrumentalización⁸⁸, puesto que de manera inmediata no se observa el ámbito de protección concreto, sino antes bien sirven en gran medida a la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos, o en todo caso tiene como fin dar una aparente tranquilidad a los ciudadanos, a través de leyes ineficaces que tienen como contrapartida dar la impresión de que se hace algo para combatir acciones y situaciones indeseables⁸⁹. Ello no significa *prima facie* que se deba descartar dicha función simbólica, pues todas las leyes penales tienen un im-

⁸⁵Kindhäuser Urs, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», Nuria Pastor Muñoz (trad.), *Indret*, No.1, Barcelona, 2009, p. 10.

⁸⁶Kindhäuser Urs, «Estructura y...», *op.cit.*, p. 14.

⁸⁷*Ibid.*, p. 15.

⁸⁸Silva Sánchez Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª. ed. ampliada y actualizada, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 483.

⁸⁹Roxin Claus, *Derecho penal. PG, T I, Fundamentos. la estructura de la teoría del delito*, trad. de la segunda edición alemana y notas, Diego-Manuel Luzon Peña / Miguel Díaz y García Conlledo / Javier De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 59.

pacto simbólico, ya que constituyen una manifestación educativa o ético social en el campo del Derecho penal⁹⁰. El problema que se plantea es tratar de establecer una función meramente simbólica, sin complementarla con las demás funciones que realiza el Derecho penal, así la función simbólica resulta inescindible de la instrumental, a la que sirve de complemento, pues la eficacia de protección se ve reforzada en la medida que las escalas axiológicas en las cuales se desvaloró la conducta, se elevan a la categoría de delito, se transmiten y refuerzan mediante la conminación de pena⁹¹.

En base a la identificación de la intervención simbólica, propuesta por Diez Ripolles,⁹² se establecen tres supuestos generales: en *función de su objeto*, de las *personas afectadas*, por los *efectos sociales producidos*. Podemos decir que el moderno Derecho penal, no se encuentra en ninguno de estos, pues, si se entiende la función simbólica en base del objetivo satisfecho cuya caracterización se distingue por la no atención a la prevención de daños o riesgos graves para los bienes jurídicos;⁹³ ello no se cumple, pues precisamente la vocación del moderno Derecho penal es preservar las condiciones de libertad para la sociedad en su conjunto, es decir sus contenidos hacen posible su propio mantenimiento, por lo que si lo que se pretende es que a través del Derecho penal se protejan bienes jurídicos, esta protección deberá ser efectiva, por lo que no se puede renunciar a penalizar conductas generadoras de peligros (abstracto)⁹⁴.

Otra clasificación se basa en razón de las personas afectadas⁹⁵ en el que la intervención penal no repercute sobre delincuentes reales o potenciales próximos, por lo que se desplaza su influencia hacia los objetos personales más alejados de su posible responsabilidad por la afección de bienes jurídicos y finalmente en función del contenido de los efectos sociales⁹⁶ en el que se superan las necesidades de control social a satisfacer por la reacción penal, situación que se presenta cuando se va más allá del efecto de confirmación del orden social básico en ciudadanos con capacidad delictiva.

Dichas características en modo alguno se pueden plantear en este sector de modernización, pues la característica de este Derecho penal es precisamente la protección de estos nuevos intereses como la economía o el medio ambiente, por lo que una regulación normativa jurídico-penal sobre estos sectores resulta imprescindible,

⁹⁰Silva Sánchez Jesús María, *Aproximación...*, *op.cit.*, p. 484.

⁹¹Terradillos Basoco Juan María, «Función simbólica y objeto de protección del derecho penal», en Bustos Ramírez, Juan, (dir.), *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Chile, 1995, p. 10.

⁹²Diez Ripollés José Luis, «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en Arroyo Zapatero, Luis, et al, (coords.) *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad Castilla la Mancha, Cuenca, 2003, pp. 165 y ss.

⁹³Diez Ripollés José Luis, «El Derecho penal simbólico...», *op.cit.*, p. 165.

⁹⁴Jakobs Günther, ¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, Manuel Cancio Melia (trad.), Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 41.

⁹⁵Diez Ripollés José Luis, «El Derecho penal simbólico...», *op.cit.*, p. 167.

⁹⁶*Ibid.*, p. 168.

máxime que dichos tipos penales se dirigen a personas que ya sea por su *status* o función dentro de una organización realizan acciones que dañan el tejido social de tal manera que resultan reprochables en el ámbito penal y no solo así en el Derecho administrativo o civil, pues con su conducta dañan directamente bienes que son tutelados en el ámbito penal y no solo realizan una falta o contravención de normas administrativas o civiles. Si entendemos que los tipos penales que regula el moderno Derecho penal se orientan a la protección de la convivencia pacífica, no es de recibo manifestar que estos tipos son puramente simbólicos, pues como acertadamente manifiesta Gracia Martín⁹⁷: “toda ley que no se encuentre orientada bajo los postulados de protección, será ilegítima, cuestión que dicho sea de paso no se presenta en el moderno Derecho penal”.

IV. Conclusiones

El moderno Derecho penal no significa flexibilización, en el sentido de relajación de estructuras dogmáticas tradicionales con el objetivo de utilizarlo para solucionar los problemas de la sociedad moderna, por lo que resulta contrario manifestar que bajo este rubro de modernización se relajan los requisitos de atribución penal. En este sentido el moderno Derecho penal no se encuentra orientado a sus efectos ni mucho menos es un instrumento descontrolado de la política-criminal.

El tratar de abordar una problemática tan compleja en el ámbito del moderno Derecho penal, solo desde la defensa del «buen Derecho penal liberal» resulta incorrecto, pues la función del Derecho penal no sólo se concentra en la lesión efectiva de bienes jurídicos, sino que también se le atribuye una función preventiva, la cual obviamente no se puede reducir únicamente a evitar futuras lesiones a través de una prevención general, sino que se precisa también que el Derecho penal reaccione antes de la lesión de bienes fundamentales, pues en los casos de una intervención posterior trae consigo consecuencias irreparables, por lo que bajo una función protectora, el Derecho penal debe intervenir ante los riesgos que se planteen en la sociedad actual.

Referencias

Albrecht, Peter-Alexis, «*Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat. Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts*», en *Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1988, pp. 182-209.

⁹⁷Gracia Martín Luis, «La modernización del Derecho penal...», *op.cit.*, p. 71.

«Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts», en *Kritischen Vierteljahres-schrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1993. (pp. 163-182).

«Die Funktionalisierung des Opfers im Kriminaljustizsystem», en Schünemann, Bernd / Dubber, Markus Dirk (dirs.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000.

Amelung, Rechtsgüterschutz (nota l), p.p. 330 y ss. Citado por Jakobs Günther, «¿Daño social? Fundamentaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal», Polaino- Orts Miguel (trad.), en *Cuadernos de Política Criminal*, 2ª. época, No. 100, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 29-45.

Beck, Ulrich, “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”, Jorge Navarro / Daniel Jiménez / M^a. Rosa Borrás (trads.), Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1998.

“Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía mundial”, R. S. Carbó (trad.), Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2004.

“¿Qué es la globalización?”, Falacias del globalismo, respuestas a la globalización”, 1ª ed. de la colección bolsillo, Bernardo Moreno / M^a. Rosa Borrás, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2008.

Bonß, Wolfgang, «Globalisierung unter soziologischen Perspektiven», en Voigt Rüdiger (dir.), *Globalisierung des Rechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1999/2000.

Borja Jiménez, Emiliano, “Globalización y concepciones del Derecho penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, Universidad Santiago de Compostela, 2009, pp. 141-206.

Cancio Meliá, Manuel, “Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas”, 2ª. ed., JM Bosch, Barcelona, 2001.

Castells, Manuel, “La sociedad red”, 2ª ed., 2ª reimp., Carmen Martínez Gimeno / Jesús Albores (trads.), Alianza, Madrid, 2001.

Diez Ripollés, José Luis, "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en Arroyo Zapatero, Luis, et al, (coords.) *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad Castilla la Mancha, Cuenca, 2003.

Evers Adalbert / Nowotny, Helga, "Über den Umgang mit Unsicherheit. Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft", Suhrkamp, Frankfurt, 1987.

Giddens, Anthony, "Las consecuencias de la modernidad", Ana Lizón Ramón (trad.), Alianza Universidad, Madrid, 1994.

"Sociología", 4ª ed., con la colaboración de Karen Birddsall, Jesús Cuéllar Menezo (trad.), Alianza Editorial, Madrid, 2001.

"Vivir en una sociedad postradicional", en Beck, Ulrich / Giddens Anthony / Lash, Scott, *Modernización reflexiva Política, tradición y estética en el orden social moderno*, versión española de Jesús Albores, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

Gracia, Martín Luis, "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia", Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

"La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático)" en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª Época, No. 3, UNED, Madrid 2010, pp. 27-72.

Jakobs, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijóo Sánchez (trads.), Civitas, Madrid, 2000.

"¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", Manuel Cancio Meliá (trad.), Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

Hassemer, Winfried, "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno", Elena Larrauri (trad.) revisada por Monika Mainecke en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, T. XLV, fasc. I, Ministerio de Justicia, Madrid, Enero-Abril, 1992, pp. 236-249.

«Interkulturelles Strafrecht». En Zaczyk, Rainer / Köhler Michael / Kahlo Michael (edits.), *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag*, Springer, Berlín- Heidelberg- New York, 1998.

“Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal”, Francisco Muñoz Conde / M^a. del Mar Díaz Pita (trads.), Temis, Bogotá, 1999.

Hefendehl, Roland, «El bien jurídico como eje material de la norma penal», María Martín Lorenzo (trad.) en Id. (ed.), Edición española a cargo de Alcacer, Rafael / Martín, María / Ortiz de Urbina, Iñigo, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

“Derecho penal medioambiental: ¿por qué o cómo?”, Gonzalo Medina (trad.) en *Estudios Públicos. Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, N° 110, Otoño 2008, Chile, pp. 165-192.

Herzog, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit Und Strafrechtliche Daseinsvorsorge: Studien Zur Vorverlegung Des Strafrechtsschutzes in Den Gefährdungsbereich*, V. Dekers Verlag, Heidelberg, 1991.

Kaufmann, Franz-Xaver, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem: Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Auflage, Stuttgart, 1973.

Kindhäuser, Urs, *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989.

“Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, Nuria Pastor Muñoz (trad.), *Indret*, 1/2009, Barcelona, pp. 1-19.

Lau, Christoph, «Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken», en *Soziale Welt*, Vol. 40, No. 3, Nomos Verlagsgesellschaft, München, 1989, pp. 417-436.

Luhmann, Niklas, «Die Weltgesellschaft», en *Archiv für rechts-und sozialphilosophie*, No. 57, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1971, pp. 1-35.

“Sociología del riesgo”, 3ª ed. en español, Silvia Pappe *et al* (trads.) coordinador de la traducción Javier Torres Nafarrete, Universidad Iberoamericana, México, 2006.

Martínez-Bujan Pérez, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídicos-penales. (Especial referencia al ámbito económico)” en Díez Ripollés, José Luis, et al (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Dr. Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid 2002.

Martínez García, Jesús Ignacio, “Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann”, en Pérez Alonso, Esteban, et al (eds.), *Derecho, globalización y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Mendoza Buergo, Blanca, “El Derecho penal en la sociedad del riesgo”, Civitas, Madrid, 2001.

Naucke, Wolfgang, «Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, No. 4, 1990, Nomos Verlag, Baden-Baden, pp. 244-259.

Polaino Navarrete, Miguel, “Instituciones de Derecho penal”, *PG.*, Grijley, Perú, 2005.

Prittowitz, Cornilius, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorioi Klostermann, Frankfurt, 1993.

Reus, Katharina, *Das Recht in der Risikogesellschaft*, Duncker&Humblot, Berlín, 2010.

Robles Planas, Ricardo, “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, en Von Hirsch, Andrew / Seelmann, Kurt / Wohlers, Wolfgang (ed. alemana), Id. (ed. española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona 2012.

Roxin, Claus, "Derecho penal. *PG, TI*, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", traducción de la segunda edición alemana y notas, Diego-Manuel Luzón Peña / Miguel Díaz y García Conlledo / Javier De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

Serbin, Andrés, "Globalización y sociedad civil transnacional: el Estado actual del debate", en *Papel Político* N° 14, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Septiembre de 2002, pp. 9-24.

Schünemann, Bernd, "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", Manuel Cancio Meliá (trad.), *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Ministerio de Justicia, T. XLIX, fasc. I, Enero-Abril, 1996, pp. 187-217.

Silva Sánchez, Jesús María, en el "Prólogo a la edición española", en *La insostenible situación del Derecho penal*, ed. española a cargo del Área de Derecho penal de la Universidad de Pompeu Fabra, Comares, Granada, 2000.

"Aproximación al Derecho penal contemporáneo", 2ª ed. ampliada y actualizada, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

"La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales", 3ª ed. ampliada, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

Terradillos Basoco, Juan María, "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", en Bustos Ramírez, Juan, (dir.), *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Chile, 1995.